

Zulässigkeit von Partizipationssscheinen bei Genossenschaften

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_363/2013 vom 28. April 2014 i.S.

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister gegen Genossenschaft X (zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von MLaw Adriano R. Huber und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**
 - 1. Sachverhalt
 - 2. Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte**
 - 1. Erwägungen des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister
 - 2. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts
 - 3. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen**
 - 1. Lückenfüllung und Analogieschluss im Gesellschaftsrecht
 - 1.1 Gewähltes Vorgehen der Gerichte
 - 1.2 Würdigung
 - 1.2.1 Zwingendes Recht und Lücke
 - 1.2.2 Lücke und Analogie
 - 2. Der aktienrechtliche Partizipationschein
 - 2.1 Vermögensrechtliche Ausgestaltung
 - 2.2 Beteiligungsrechtliche Ausgestaltung
 - 3. Partizipationschein bei der Genossenschaft
 - 3.1 Voraussetzungen analoger Regelungen
 - 3.2 Analogie der Regelungen
 - 3.2.1 Vermögensrechtliche Ausgestaltung
 - 3.2.2 Mitgliedschaftsrechtliche Ausgestaltung
 - 3.2.3 Würdigung
- IV. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung**

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Die Genossenschaft X (Beschwerdegegnerin), eine schweizerische Universalbank, beabsichtigte die Emission von statutarischem Beteiligungskapital im Umfang von CHF 300'000'000. Dieses sollte in voll liberierte Beteiligungsscheine zu nominal CHF 100 in der Form von Wertrechten ohne Stimmrecht aufgeteilt werden. Die Beteiligungsscheine hätten ein Recht auf gleiche Verzinsung wie die Anteilsscheine verliehen. Ein Recht auf Rückzahlung

der Einlage hätte nur bei Liquidation bestanden. Ein Anspruch auf Anteil am Liquidationsüberschuss hätte der Beteiligungs- wie der Anteilsschein nicht vermittelt. Den Inhabern der Beteiligungsscheine wäre sodann ein statutarisches Recht auf Stellung eines Antrags auf Auskunft und Einsicht zuhanden der Delegiertenversammlung und auf Bekanntgabe der Anträge, Traktanden und Beschlüsse derselben zugekommen. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2012 stellte die Genossenschaft X beim Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA, Beschwerdeführerin) das Gesuch, es sei festzustellen, dass die in den beigelegten Statuten markierten Änderungen besagten Inhalts rechtmässig sind, der öffentlichen Ordnung nicht widersprechen, nicht gegen die guten Sitten verstossen, keinen Nichtigkeitsgrund erfüllen und damit genehmigungsfähig sind.¹

2. Prozessgeschichte

Mit Verfügung vom 17. Oktober 2012 stellte das EHRA fest, dass die betreffende Statutenänderung nicht genehmigungsfähig sei.² Die Genossenschaft X erhob dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit dem Begehren, besagte Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die beabsichtigte Statutenänderung zulässig und eintragungsfähig ist. Eventuell sei die Verfügung aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Schaffung von Beteiligungskapital zulässig und eintragungsfähig ist.³ Mit Urteil vom 13. Juni 2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vollumfänglich gut.⁴ Daraufhin gelangte das EHRA mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht mit dem Begehren, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juni 2013 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die geplante Statutenänderung zur Schaffung von Beteiligungsscheinen nicht genehmigungsfähig ist. Die Genossenschaft X beantragte die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.⁵ Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 28. April 2014 vollumfänglich gut.⁶

¹ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, A.

² BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, A.

³ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, C.

⁴ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013.

⁵ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, C.

⁶ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014.

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Erwägungen des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister

Das EHRA war der Ansicht, dass die geplanten Beteiligungsscheine «wesentliche Elemente des aktienrechtlichen Partizipationsscheins»⁷ enthielten. Solche seien im Genossenschaftsrecht mit Blick auf den Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» vom 24. September 1993⁸ nicht zulässig.⁹

2. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht teilte die Ansicht des EHRA, dass es sich beim geplanten Beteiligungsschein um ein Finanzierungsinstrument handle, das dem aktienrechtlichen Partizipationsschein nachempfunden sei.¹⁰ Für diesen enthalte das Recht der Genossenschaft keine Regelung, weshalb dessen Zulässigkeit durch Auslegung beurteilt werden müsse.¹¹ Dafür zog das Gericht zunächst die Entstehungsgeschichte des aktienrechtlichen Partizipationsscheins in Erwägung. Eine Regelung desselben 1992 sei nötig gewesen, weil zuvor der aktienrechtliche Genussschein als Finanzierungsinstrument benutzt worden sei. Das habe hinsichtlich der Rechtsstellung der Genussscheininhaber zu erheblichem Missbrauchspotential geführt, weil diesen keine gesetzlichen Mitwirkungsrechte zugestanden hätten. Heute seien die beiden Institute klar abgegrenzt, indem der Genussschein nicht mehr als Finanzierungsinstrument eingesetzt werden könne, der Inhaber des Partizipationsscheins, mit Ausnahme des Stimmrechts, aber dem Aktionär gleichgestellt worden sei.¹² Sodann erläuterte das Gericht, dass die Zulässigkeit des Partizipationsscheins bei der GmbH in der Revision von 2005 klar abgelehnt wurde. Die GmbH sollte mit Rücksicht auf die Bedürfnisse kleinerer Unterneh-

men als nicht kapitalmarktfähige Rechtsform ausgestaltet werden.¹³ Dabei sei sodann auch die Zulässigkeit des Partizipationsscheins bei Genossenschaften im Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» vom 24. September 1993¹⁴ thematisiert worden. Dieser habe aber lediglich festgehalten, dass auch bei der Genossenschaft zu regeln und zu klären sei, ob und unter welchen Beschränkungen der Partizipationsschein zulässig sein soll.¹⁵ Aus den genannten historischen Auslegungselementen lasse sich nicht der Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber durch die fehlende Regelung dessen Unzulässigkeit im Sinne eines qualifizierten Schweigens ausdrücken wollte.¹⁶ Das Gericht befasste sich deshalb im Folgenden mit den in der Lehre geäußerten Meinungen. Dabei kam es im Einklang mit einem Teil der Lehre zum Schluss, dass der Partizipationsschein auch im Genossenschaftsrecht zulässig sein müsse. Zur Begründung verwies es auf das Prinzip der Privatautonomie, die fehlenden Konflikte mit dem Genossenschaftsrecht und die Rechtslage bei den Genussscheininhabern vor der Kodifizierung des Partizipationsscheins.¹⁷

3. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht bestätigte, dass es sich bei dem geplanten Beteiligungsschein um ein dem aktienrechtlichen Partizipationsschein entsprechendes Finanzierungsinstrument handle.¹⁸ Sodann führte es aus, dass mittels Auslegung festzustellen sei, ob ein Gesetz eine Lücke aufweise, welche das Gericht im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen habe.¹⁹ Im Gegensatz zur Vorinstanz ging das Bundesgericht von einer teleologischen bzw. systematisch-teleologischen Auslegung aus. Demnach spreche die Tatsache, dass der Gesetzgeber durch die Revision des Aktien- und GmbH-Rechts den Partizipationsschein nur für Rechtsformen zulassen wollte, deren Struktur für die Aufnahme von Eigenkapital auf dem Kapitalmarkt geeignet ist, gegen die Annahme einer Lücke.²⁰ Zudem zeige der aktienrechtliche Partizipa-

⁷ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013; BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, A.

⁸ Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht». Schlussbericht vom 24. September 1993, abrufbar unter: <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/revision/schlussber-arbeitsgruppe-d.pdf>> (zuletzt besucht am 8. Juli 2014).

⁹ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, B; BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, A.

¹⁰ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 6.

¹¹ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 5.

¹² BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 7.

¹³ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 8.

¹⁴ Groupe de réflexion (Fn. 8).

¹⁵ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 9.

¹⁶ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 10.

¹⁷ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 13 ff.

¹⁸ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.1.

¹⁹ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.5.

²⁰ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.6.1.

tionsschein, dass der Gesetzgeber dessen Zulässigkeit von gesetzlichen Schutzvorkehrungen, insbesondere der Möglichkeit der Sonderprüfung, abhängig machen wollte. Die Zulassung dieses Finanzierungsinstruments sei deshalb von einem Tätigwerden des Gesetzgebers abhängig.²¹ Im Genossenschaftsrecht liessen sich zudem keine Verweise auf die Schutzmechanismen im Aktienrecht finden.²² Dementsprechend sei die freie Ausgestaltung des Grundkapitals im Sinne des Formenzwangs und der Formenfixierung eingeschränkt.²³

III. Bemerkungen

1. Lückenfüllung und Analogieschluss im Gesellschaftsrecht

1.1. Gewähltes Vorgehen der Gerichte

Über die Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften haben die Gerichte anhand von zwei Teilfragen entschieden: Zum einen stellt sich die Frage, ob das Fehlen eines genossenschaftlichen Partizipationsscheins eine echte Lücke im Gesetz darstellt.²⁴ Zum anderen war zu klären, wie eine allfällige Lücke vom Gericht zu schliessen wäre.²⁵ Die Genossenschaft X hatte letztere Frage durch ihr Begehren präjudiziert: Ihr Wille zur Schaffung eines Beteiligungsscheins im Sinne des aktienrechtlichen Partizipationsscheins²⁶ implizierte einen Analogieschluss.

1.2. Würdigung

1.2.1 Zwingendes Recht und Lücke

Der dargestellte Umgang der Gerichte mit der Frage zeigt die Ambivalenz von zwei gegenläufigen Prinzipien im Gesellschaftsrecht, die beide nicht kodifiziert sind: Zum einen gilt im Gesellschaftsrecht

das Prinzip der Privatautonomie.²⁷ Die Privaten können ihre Rechtsbeziehungen innerhalb der Schranken des Gesetzes frei gestalten. Zum anderen ist das Gesellschaftsrecht aber von den Prinzipien des Formenzwangs und der Formenfixierung gekennzeichnet. Die Schaffung von Mischgesellschaften und solchen eigener Art ist nicht und die Abweichung von einer bestimmten Form nur im Rahmen der zwingenden Normen zulässig.²⁸ Fraglich ist somit, ob dem Beteiligungsschein zwingende Normen entgegenstehen.²⁹ Während sich solches normalerweise aus einzelnen Gesetzesbestimmungen ergibt,³⁰ zeigt die vom Bundesgericht angewandte systematisch-teleologische Auslegung³¹ eine besondere Seite der Fragestellung auf: Zwingendes Recht ergibt sich auch aus einer Gesamtwürdigung des Gesetzes, das einer entsprechenden Ausgestaltung insgesamt entgegensteht³² und deshalb ein qualifiziertes Schweigen darstellt.³³

1.2.2 Lücke und Analogie

Die Notwendigkeit einer Gesamtwürdigung im vorliegenden Sachverhalt gründet sodann ihrerseits im Zusammenspiel von Lücke und Analogie, was den Fall besonders interessant macht: Das Bundesgericht zieht zur Untersuchung der Lückenhaftigkeit des Gesetzes indirekt die Argumente der Analogie hinzu.³⁴ Es beantwortet die Frage durch die gewählte systematisch-teleologische Auslegung mit Blick auf

²¹ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.6.3.

²² BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.6.5.

²³ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.7.

²⁴ Zustimmend: BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 6 ff.; ablehnend: BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.5 ff.

²⁵ Dazu *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern 2013, 203 ff., m.w.H.

²⁶ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 6; BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.1.

²⁷ Erwähnt in Art. 557 OR und Art. 598 OR, *Arnold Koller*, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss., Freiburg 1967, 106.

²⁸ Abgeleitet aus Art. 52 OR, *Hans Michael Riemer*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Band 1. Einleitung und Personenrecht. 3. Abteilung. Die juristischen Personen. 1. Teilband. Allgemeine Bestimmungen. Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, Bern 1993, I. Kap. N 12 ff.

²⁹ *Riemer* (Fn. 28), I. Kap. N 14.

³⁰ Im Aktienrecht bspw. *Christoph B. Bühler*, Zwingendes Aktienrecht: Rechtfertigungsgründe und Alternativen, GesKR 4/2013, 543 ff.

³¹ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.5.5.

³² Unter dem Begriff der immanenten Schranke, *Heinz Paulick*, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Habil., Tübingen 1954, 36.

³³ Wo keine Lücke vorliegt, ist eine Analogie im Gesellschaftsrecht ausgeschlossen, *Riemer* (Fn. 28), I. Kap. N 14. Im Gegensatz dazu keine Lücke annehmend, wenn eine Analogie möglich ist, *Eugen Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921, 354.

³⁴ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.5 ff.

die fehlende Wertungsparallelität der Regelungen.³⁵ Massgebend ist folglich, aus welchen Gründen der Gesetzgeber den Partizipationsschein bei einer Gesellschaft geschaffen hat und bei einer anderen nicht, weil dieser nicht ein regelungsbedürftiger Sachverhalt, sondern ein vom Gesetz geschaffenes Institut darstellt.³⁶ Das Gericht begründet damit das qualifizierte Schweigen im Wesentlichen mit einem Umkehrschluss. Obwohl eine fehlende Analogie nicht zwangsläufig einen Umkehrschluss zulässt,³⁷ wird dieser Zusammenhang im vorliegenden Fall angenommen: Die fehlende Ähnlichkeit der Wertungen im Recht der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft suggeriert, dass der Gesetzgeber ohne gesetzliche Regelung einen genossenschaftlichen Partizipationsschein nicht *per analogiam* zulassen wollte.³⁸

Eine Antwort auf die Frage nach der Lücke ist somit im vorliegenden Fall nicht ohne Untersuchung der Analogie der Regelungen zu finden. Das Bundesgericht hat diese Frage mit Blick auf die Wertungsparallelität untersucht, ohne auf die Frage einzugehen, ob überhaupt ein analoger Sachverhalt, das heisst eine analoge Regelung, vorliegt.³⁹ Diese Frage wird im Folgenden *de lege lata* und *de lege ferenda* untersucht.

2. Der aktienrechtliche Partizipationsschein

Der aktienrechtliche Partizipationsschein ist, trotz seiner historischen Entwicklung,⁴⁰ im geltenden Recht der Aktie nachempfunden.⁴¹ Die Bestimmungen über das Aktienkapital, die Aktie und den Aktionär gelten auch für das Partizipationskapital, den Partizipationsschein und den Partizipanten (Art. 656a Abs. 2 OR), soweit das Gesetz keine Spezialregelung vorsieht.

2.1. Vermögensrechtliche Ausgestaltung

Vermögensrechtlich ist der Partizipationsschein gleich ausgestaltet wie die Aktie: Beide stellen eine Teilsumme des Grundkapitals dar, das der Gesellschaft als Risikokapital dient.⁴² Im Gegensatz zum Fremdkapital vermitteln die Aktie und der Partizipationsschein folglich keinen Anspruch auf Rückzahlung der Einlage⁴³ oder einen Zins.⁴⁴ Der Aktionär und der Partizipant gehen vielmehr das Risiko ein, ihre Einlage vollständig zu verlieren. Für dieses Risiko werden sie mit einem der Kapitalbeteiligung folgenden residualen Anspruch auf den Erfolg, den Unternehmensgewinn und das Liquidationsergebnis, entschädigt.⁴⁵

2.2. Beteiligungsrechtliche Ausgestaltung

Die aktienrechtliche Mitgliedschaft bzw. Beteiligung des Partizipanten beruht typischerweise nur auf der Kapitalbeteiligung.⁴⁶ Nach Leistung der Einlage hat sowohl der Aktionär als auch der Partizipant gegenüber der Gesellschaft nur Rechte, aber keine Pflichten.⁴⁷ Die Unabhängigkeit der Gesellschaft von der Persönlichkeit der Aktionäre macht die Aktie im typischen Fall frei handelbar.⁴⁸ Das gilt in besonderem Masse, aufgrund des Entfallens des Stimmrechts, für den Partizipationsschein.⁴⁹ Abgesehen vom Stimmrecht dienen die Aktionärsrechte primär dem Schutz des Risikokapitals gegenüber ungerechtfertigten Eingriffen der Exekutivorgane⁵⁰ und der Aktionärsmehrheit⁵¹. Diese Rechte stehen grundsätzlich auch

³⁵ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.6.

³⁶ Der Partizipationsschein hat sich zwar historisch aus dem Genussschein heraus gebildet (BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.3.1). Auch der Genussschein allerdings verdankt seine Existenz dem gesetzgeberischen Willen, ein solches Recht zu schaffen.

³⁷ Kramer (Fn. 25), 213 Fn. 661.

³⁸ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.7.

³⁹ Zur Analogie: Kramer (Fn. 25), 206; BGE 129 V 345 E. 4.1.

⁴⁰ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 7.1; BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.3.1.

⁴¹ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 46 Rz. 2, § 49 Rz. 17 ff.

⁴² Art. 656a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 656f Abs. 1 OR. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 41), § 1 Rz. 38.

⁴³ Art. 680 Abs. 2 OR.

⁴⁴ Art. 675 Abs. 1 OR.

⁴⁵ Art. 660 OR.

⁴⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 41), § 49 Rz. 38.

⁴⁷ Art. 680 Abs. 1 OR; Art. 656a Abs. 1 OR.

⁴⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 41), § 49 Rz. 49.

⁴⁹ Fehlende Vinkulierungsproblematik; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 5 Rz. 7.

⁵⁰ Insb. das Recht auf Auskunft und Einsicht (Art. 697 OR) und das Recht auf Sonderprüfung (Art. 697a OR) sowie bei kotierten Aktiengesellschaften die Mitwirkungsrechte der VegüV.

⁵¹ Insb. das Recht auf Gleichbehandlung gegenüber dem Verwaltungsrat (Art. 717 OR) und der Generalversammlung (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR).

dem Partizipanten zu.⁵² Im Gegensatz zur Aktie ist der Partizipationsschein in der Mitgliedschaft aber insofern nachrangig, als er kein Stimmrecht verleiht. Der Partizipant ist dem Willen des Aktionärs unterworfen, der aber zur Gleichbehandlung verpflichtet ist.⁵³

3. Partizipationsschein bei der Genossenschaft

3.1. Voraussetzungen analoger Regelungen

Im Gegensatz zur GmbH liess sich in den Materialien keine explizite Aussage finden, ob Partizipationsscheine bei der Genossenschaft zulässig sind.⁵⁴ In der Lehre war die Zulässigkeit desselben umstritten.⁵⁵ Die ablehnende Haltung wurde insbesondere

damit begründet, dass der Partizipationsschein dem Wesen der Genossenschaft fremd sei⁵⁶ und entsprechende Schutzvorkehrungen fehlen würden.⁵⁷ Letzterer Argumentation folgt auch das Bundesgericht.⁵⁸ Zahlreiche Autoren hingegen liessen diese Argumente nicht gelten, verlangten aber zum Teil die gleichmässige Ausgabe an alle Genossenschafter (Art. 854 OR), und dass nicht die Bestimmung über die Gewinnverteilung umgangen wird (Art. 859 Abs. 3 OR),⁵⁹ welche indessen für Kreditgenossenschaften keine Geltung beansprucht (Art. 861 OR).

Unabhängig von der Frage nach der Wertungsparrallelität⁶⁰ müsste die Genossenschaft eine hinreichend gleiche Regelung⁶¹ aufweisen, um eine Analogie zum aktienrechtlichen Partizipationsschein zuzulassen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wären dazu «hinreichend gleich gelagerte Verhältnisse»⁶² bzw. «hinreichende sachliche Gemeinsamkeiten»⁶³ nötig. Das würde bedingen, dass die Beteiligung auf einer vergleichbaren vermögensrechtlichen Stellung des Gesellschafters beruht, oder diese zumindest gleichwertig privatautonom ausgestaltet werden kann. Zudem müsste die mitgliedschaftsrechtliche Stellung des Gesellschafters derjenigen der Aktiengesellschaft entsprechen oder zumindest die Möglichkeit einer gleichwertigen Ausgestaltung bieten.

⁵² Ihm stehen nur die Rechte nicht zu, welche sich aus dem Stimmrecht ergeben. *Beat Hess/Corrado Rampini/Till Spillmann*, Art. 656a N 4, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II*. Art. 530–964 OR. Art. 1–6 SchlT AG. Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012.

⁵³ Verbot der Schlechterstellung, Art. 656a Abs. 2 OR; Art. 656f OR, dazu *Böckli* (Fn. 49), § 5 Rz. 14 ff.

⁵⁴ Vgl. aber *Groupe de réflexion* (Fn. 8), 61.

⁵⁵ Von einer Unzulässigkeit ausgehend: *Georges Capitaine*, SJK, Karte 1155, 2; 1157, 2; *Georges Capitaine*, Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, ZBJV 3/1953, 112; *Max Gutzwiler*, Art. 861 N 11, in: Wolfhart Bürgi et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. V. Band: Das Obligationenrecht. 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Zürich 1972; *Florian Zihler*, Art. 60 N 1–2, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar. Handelsregisterverordnung (HRegV)*, Bern 2013; kritisch *Peter Forstmoser*, *Grossgenossenschaften*, ASR Bd. 397, Bern 1970, 240 ff. Sich für eine Zulässigkeit aussprechend: *Hans Peter Friedrich*, *Das Genossenschaftskapital im schweizerischen Obligationenrecht*, Diss., Zürich 1943, 54; *Fritz von Steiger*, *Fragen aus dem Genossenschaftsrecht. Kann die Genossenschaft Genussscheine ausgeben?*, SAG 8/1945, 181; *Walter Hensel*, *Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht*, Diss., Zürich 1947, 129; *Erich Fluri*, *Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht*, Diss., Zürich 1973, 115 ff.; *Susy B. Moser*, *Wohnbaugenossenschaften*, Diss., Zürich 1978, 38 f.; *Peter Jäggi/Jean Nicolas Druey/Christoph von Greyerz*, *Wertpapierrecht*, Basel 1985, 121; *Jacques-André Reymond/Rita Trigo Trindade*, *Die Genossenschaft*, in: Jacques-Michel Grossen (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*. Achter Band. Fünfter Halbband. Handelsrecht, Basel 1998, 70 f.; *Walter Gerber*, *Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen*, ASR Bd. 677, Bern 2003, 308 f.; *Sarah Brunner-Dobler*, *Fusion und Umwandlung von Genossenschaften*, Diss., Zürich 2008, 57 f.; *Franco Taisch/Thomas Schwyter*, *Finanzierung von Genossenschaften. Der Partizipationsschein als Op-*

tion; in: Martina Caroni et al. (Hrsg.), *Auf der Scholle und in lichten Höhen. Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre*. Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2010, 516 ff.; *Hans Nigg*, Art. 852/853 N 22; in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II*. Art. 530–964 OR. Art. 1–6 SchlT AG. Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012; *Franco Taisch/Tizian Troxler*, *Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften. Möglichkeiten und Grenzen de lege lata*, AJP 3/2013, 417 ff.

⁵⁶ *Gutzwiler* (Fn. 55), Art. 861 N 11; *Zihler* (Fn. 55), Art. 60 N 1–2.

⁵⁷ *Forstmoser* (Fn. 55), 241 f.

⁵⁸ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.6 f.

⁵⁹ So anstatt Vieler: *Friedrich* (Fn. 55), 54.

⁶⁰ BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 7 ff.; BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.

⁶¹ Voraussetzung des analogen Sachverhalts, *Kramer* (Fn. 25), 205 ff.

⁶² BGE 129 V 345 E. 4.1.

⁶³ BGE 129 V 345 E. 4.1.

3.2. Analogie der Regelungen

3.2.1 Vermögensrechtliche Ausgestaltung

In vermögensrechtlicher Hinsicht unterscheidet sich die Genossenschaft typischerweise erheblich von der Aktiengesellschaft: Ein Grundkapital ist nicht zwingend vorgesehen.⁶⁴ Allfällige Leistungen der Genossenschafter müssen nicht in einer Kapitalbeteiligung bestehen.⁶⁵ Ein Ausweis über eine Kapitalbeteiligung, der Anteilsschein, erfolgt nur, wenn er statutarisch vorgesehen ist, weil die Genossenschaft ein Eigenkapital aufbringen will und der Anteil eines jeden Genossenschafters am Genossenschaftsvermögen ausgedrückt werden soll.⁶⁶ Die Mitgliedschaft ist aber losgelöst von der Kapitalbeteiligung und dem Anteilsschein, was sich insbesondere in den Regeln zu dessen Übertragung manifestiert.⁶⁷

Aufgrund des Selbsthilfeszweckes ist sodann auch bei Bestehen von Anteilsscheinen keine Erzielung eines Reinertrags auf der Kapitalbeteiligung beabsichtigt: Der Zweck der genossenschaftlichen Mitgliedschaft besteht primär in der Nutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen zu Selbstkosten.⁶⁸ Liegt ein Reinertrag dennoch vor und wird dessen Verteilung statutarisch vorgesehen, so soll diese nach Massgabe der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen erfolgen.⁶⁹ Eine Verteilung aufgrund der Kapitalbeteiligung ist statutarisch möglich, doch, ausser bei Kreditgenossenschaften, auf den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten begrenzt.⁷⁰

Unterschiedlich ist schliesslich auch die Aufteilung des Vermögens bei Liquidation geregelt. In der Aktiengesellschaft steht dem Aktionär und dem Partizipanten ein wohlverworbenes Recht auf das am Ka-

pitalanteil bemessene Liquidationsergebnis zu.⁷¹ Bei der Genossenschaft hingegen ist nach Tilgung sämtlicher Schulden zunächst eine Rückzahlung der Anteilscheine (Nennwert) vorgesehen (Art. 913 Abs. 2 OR). Der Liquidationsüberschuss wird sodann zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen verwendet.⁷² Im Unterschied zur Aktiengesellschaft wird somit ein Erlös aus der Liquidation erst nach Rückzahlung der Anteilsscheine erstellt und wird mangels abweichender Statutenregelung nicht an die Genossenschafter verteilt. Die mangelnde gesetzliche Beteiligung am residualen Ergebnis ist sachgerecht, weil ein solches aufgrund des Selbsthilfeszweckes gar nicht bestehen sollte. Ob in den Statuten eine Verteilung des Überschusses auf die zuletzt vorhandenen Genossenschafter nach deren Kapitalbeteiligung vorgesehen werden kann, ist umstritten.⁷³

3.2.2 Mitgliedschaftsrechtliche Ausgestaltung

Auf der mitgliedschaftsrechtlichen Seite sind die Unterschiede typischerweise noch deutlicher: Den Genossenschaf tern können persönliche Leistungs- und Nachschusspflichten (Art. 867 OR und Art. 871 OR) oder eine unbeschränkte Haftung (Art. 869 OR) zukommen. In jedem Fall unterliegen sie einer Treuepflicht (Art. 866 OR). Für eine Analogie würde sich folglich die Frage stellen, ob den Partizipanten eine den Genossenschaf tern, oder den Aktionären nachgebildete Rechtsstellung zukommt. Eine genossenschaf tärähnliche Rechtsposition wäre aufgrund der genannten Pflichten verbunden mit dem fehlenden Stimmrecht problematisch und überdies nicht kapitalmarktfähig.

⁶⁴ So schon die Legaldefinition in Art. 828 Abs. 1 OR, *Hensel* (Fn. 55), 23.

⁶⁵ Art. 867 Abs. 1 OR.

⁶⁶ *Hensel* (Fn. 55), 33.

⁶⁷ Art. 849 OR, dazu *Peter Forstmoser*, *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht. Band VII. 4. Abteilung. Die Genossenschaft* (Art. 828–926 OR). Zweite Lieferung: Art. 839–851 OR, Bern 1974, Art. 849 N 26 ff.

⁶⁸ *Markus R. Neuhaus/Hans Peter Heiber*, Art. 859 N 4 f., in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter* (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II. Art. 530–964 OR. Art. 1–6 SchlT AG. Art. 1–11 Übest GmbH*, 4. Aufl., Basel 2012.

⁶⁹ Art. 859 Abs. 2 OR.

⁷⁰ Art. 859 Abs. 3 OR; *Neuhaus/Heiber* (Fn. 68), Art. 859 N 7.

⁷¹ *Christian Schäubli*, Art. 745 N 1, in: *Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter* (Hrsg.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II. Art. 530–964 OR. Art. 1–6 SchlT AG. Art. 1–11 Übest GmbH*, 4. Aufl., Basel 2012.

⁷² Art. 913 Abs. 4 OR.

⁷³ Für einen Überblick über den Meinungsstand: *Hans Ulrich Liniger*, *Die Liquidation der Genossenschaft, gleichzeitig ein Beitrag zur Genossenschaftstheorie*, Diss., Zürich 1982, 148 f.

3.2.3 Würdigung

Die Analyse der vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Struktur der Genossenschaft zeigt, dass erhebliche Unterschiede zu derjenigen der Aktiengesellschaft bestehen.

Zwar kann die vermögensrechtliche Beziehung trotz primär persönlicher Mitgliedschaftsbeziehung⁷⁴ zumindest ähnlich wie die aktienrechtliche ausgestaltet werden, indem den Genossenschaf tern sowohl ein Anteil am Reinertrag als nach einem Teil der Lehre⁷⁵ auch am Liquidationsüberschuss, bemessen an der Kapitalbeteiligung, statutarisch eingeräumt wird. Diese Ordnung steht aber zur jederzeitigen Disposition der Genossenschaf ter: Es besteht kein wohl erworbenes Recht auf den Liquidationsüberschuss.⁷⁶ Allfällige Partizipanten müssten sich folglich, im Rahmen von Art. 854 OR, dem diesbezüglichen Willen der Genossenschaf ter unterwerfen. Diese könnten über die dauernde Zurückbehaltung des Reinertrags entscheiden und die Statuten dahingehend ändern, dass daraus ein vollständiger Verlust des Liquidationsüberschusses resultiert. Es bedürfte folglich einer analogen Regelung wie in Art. 656f Abs. 4 OR. Der aus dem Partizipationsschein fließende vermögensrechtliche Anspruch würde somit nicht dem aktienrechtlichen entsprechen, sondern wäre nicht einheitlich festgelegt und könnte sich im Laufe der Zeit grundlegend ändern, was die Bestimmung eines Preises erschweren würde. Der genossenschaftliche Partizipationsschein würde damit an der Börse nicht wie ein aktienrechtlicher gehandelt, sondern eher wie eine nachrangige Obligation mit variablem Zins. Im vorliegenden Fall zeigt sich dieser Aspekt, weil bei der Liquidation wie beim Anteilsschein (nur) eine Rückzahlung des Nennwerts erfolgt wäre.⁷⁷ *De lege lata* liegt somit vermögensrechtlich kein analoger Sachverhalt vor. Selbst wenn das Gericht in kühner Rechtsfortbildung eine entsprechende Übernahme der vermögensrechtlichen Ausgestaltung wie bei der Aktiengesellschaft vorausgesetzt hätte, wäre es bei einer erheblichen Rechtsunsicherheit hinsichtlich der konkreten vermögensmässigen Rechte geblieben. Namentlich hätte das Gericht die kapitalistische Ausgestaltung

der Genossenschaft für die Partizipanten gegenüber Eingriffen der Genossenschaf ter im Sinne eines Art. 706 OR und Art. 656f OR schützen müssen.

Auf der mitgliedschaftlichen Ebene müsste eine Orientierung am aktienrechtlichen Gesamtkonzept erfolgen, was eine Übernahme der aktienrechtlichen Schutzrechte (Art. 656a OR und Art. 656f OR), insbesondere der Informationsrechte,⁷⁸ bedingen würde. Mangelnder Schutz bei der Rechnungslegung liesse sich aber im geltenden Recht nicht mehr monieren, weil die Unternehmen rechtsformunabhängig zur ordentlichen Revision verpflichtet sind.⁷⁹

Der Vergleich der beiden Regelungen zeigt, dass eine gesamtheitliche Übernahme des aktienrechtlichen Konzepts zwar möglich wäre, aber einer erheblichen Umgestaltung der genossenschaftlichen Normen bedürfte, welche nur *de lege ferenda* zu bewerkstelligen wäre. Das Bundesgericht hat die analoge Bildung eines entsprechenden Beteiligungsrechts *de lege lata* deshalb zu Recht nicht zugelassen.

IV. Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften abgelehnt. Es hat dabei das Vorliegen einer Lücke im Genossenschaftsrecht aufgrund der fehlenden Analogie der gesetzgeberischen Wertungsentscheide verneint. Die Analyse der Regelungskonzepte zeigt aber auch, dass die Genossenschaft sowohl in vermögens- als auch in mitgliedschaftsrechtlicher Hinsicht grundlegende Unterschiede zur Aktiengesellschaft aufweist, weshalb auch kein analoger Sachverhalt vorliegt.

Das Prinzip der Privatautonomie gilt, im Rahmen der zwingenden Normen, grundsätzlich auch im Gesellschaftsrecht. Die atypische Gestaltung einzelner Formen durch den Rechtsanwender ist des-

⁷⁴ Art. 828 Abs. 1 OR.

⁷⁵ Siehe die Darstellung bei *Liniger* (Fn. 73), 148 f.

⁷⁶ BGE 80 II 271 E. 1c.

⁷⁷ BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, A.

⁷⁸ Insb. zur Sonderprüfung, BGer 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 3.6.3.

⁷⁹ Art. 818 OR i.V.m. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a OR, so aber noch die Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3249.

halb geradezu typisch.⁸⁰ Die Grenze solcher Gestaltungen bildet aber das zwingende Recht. Dieses kann auch ein qualifiziertes Schweigen sein, welches bei Fehlen expliziter Entscheide des Gesetzgebers aus einer Gesamtwürdigung des Gesellschaftsrechts und damit aus den Prinzipien des Formenzwangs und der Formenfixierung herzuleiten ist. Dabei ist

aber, mit Blick auf die freiheitliche Schweizer Wirtschaftsordnung, im Zweifel der Privatautonomie der Vorrang einzuräumen. Eine Analogie im Besonderen bedingt aber, dass sich die zu übernehmende Ordnung gleichwertig in die Grundstruktur der Gesellschaftsform einfügen lässt.

⁸⁰ *Rolf H. Weber*, Juristische Personen, in: Jean-Michel Grosen et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht. Zweiter Band. Vierter Teilband. Einleitung und Personenrecht, Basel 1998, 79.