

Die Genossenschaft — Anachronismus oder Rechtsform der Zukunft?

Prof. Dr. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt, Benglen/ZH *

Im nachfolgenden Beitrag beschäftigt sich der Autor mit der in der Schweiz traditionsreichsten Gesellschaftsform, der Genossenschaft. Insbesondere wirft er einen Blick auf deren Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft und stellt fest, die Genossenschaft sei eine bewährte und im System des schweizerischen Rechts notwendige und zweckmässige Rechtsform. Um aber stiftungsmässigen Tendenzen bei einzelnen Grossgenossenschaften und ungerechtfertigten Differenzen zwischen Aktienrecht und Genossenschaftsrecht begegnen zu können, tritt Prof. Forstmoser für eine partielle Reform des Genossenschaftsrechts ein. Zw.

INHALT

- I. Standortbestimmung des schweizerischen Genossenschaftswesens
 1. Genossenschaftliche Vielfalt in der Schweiz
 2. Tendenzen der Stagnation im schweizerischen Genossenschaftswesen
 3. Folgerungen
- II. Genossenschaftstypus und Genossenschaftsbegriff des schweizerischen Rechts
 1. Typgerechte Ausgestaltung des schweizerischen Genossenschaftsrechts
 2. Die Genossenschaft im Spannungsfeld gegensätzlicher Typuselemente
 3. Qualifizierende Typus- und Begriffselemente
 4. Abkehr von der Typbindung für einzelne Genossenschaftsarten
- III. Die Stellung der Genossenschaft im System des schweizerischen Gesellschaftsrechts
 1. Notwendigkeit der genossenschaftlichen Rechtsform im System des schweizerischen Gesellschaftsrechts
 2. Die Genossenschaft als Ersatzform beim Fehlen einer passenden Gesellschaft
- IV. Tunlichkeit einer Reform des Genossenschaftsrechts?
 1. Reformvorschläge in der schweizerischen Literatur
 2. Der Einfluss der Aktienrechtsreform auf die Revision des Genossenschaftsrechts
 3. Die deutsche Reform des Genossenschaftsrechts
 4. Eigene Stellungnahme
- V. Vorschläge zur Liberalisierung des Genossenschaftsrechts
 1. Erleichterung der Finanzierungsmöglichkeiten
 2. Flexiblere Ordnung des Stimmrechts

3. Reduktion der Zahl der Gründer und der Verwaltungsräte
 4. Klarstellung der Rechtslage hinsichtlich des Selbsthilfeprinzips
 5. Erleichterung der Umwandlung der Genossenschaft in eine Handelsgesellschaft
- VI. Vorschläge im Sinne einer Straffung des Genossenschaftsrechts
1. Hinweis auf die steuerrechtliche Problematik
 2. Anpassung an das Aktienrecht
 3. Sicherstellung einer angemessenen demokratischen Kontrolle bei mitgliederstarken Genossenschaften
- VII. Schlussfolgerungen

Ich möchte einige Betrachtungen anstellen zur Funktion der Genossenschaft im schweizerischen Rechts- und Wirtschaftsleben. Ausgehen werde ich von den *Realien*, von einigen skizzenhaften Hinweisen auf Erscheinungsformen und Bedeutung der Genossenschaft (nachstehend I.). Daran schliesst die Frage an nach der *Ausgestaltung* und der *Stellung* der Genossenschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht (nachstehend II. und III.). Schliesslich folgen – da die Reform des Aktienrechts meines Erachtens von einer Reform des Genossenschaftsrechts begleitet sein muss – einige *rechtspolitische Überlegungen* (nachstehend IV.–VI.).

I. Standortbestimmung des schweizerischen Genossenschaftswesens

1. Genossenschaftliche Vielfalt in der Schweiz

a) Zu Recht ist immer wieder die grosse Verbreitung der genossenschaftlichen Rechtsform in den verschiedensten Wirtschaftszweigen hervorgehoben worden. Oft wird die Schweiz als das genossenschaftsreichste Land der Welt bezeichnet¹, und man hat auch festgestellt, dass es in unserem Land mehr Genossenschaftsmitgliedschaften

* Nach einem vor dem Zürcherischen Juristenverein am 24.10.1974 gehaltenen Vortrag. Meinem Freund, Herrn cand. iur. Max Bühler, bin ich dankbar für wertvolle Hinweise und einen intensiven Gedankenaustausch. Durch eine kritische Durchsicht des Manuskripts haben mich weiter unterstützt die Herren Prof. Dr. A. Meier-Hayoz und Dr. A. Heini.

¹ Vgl. etwa *Fritz v. Steiger*: Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechts (2. A. Zürich 1963) 9; *Richard König*: Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Funktionen der Genossenschaft im neuen Obligationenrecht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 71 (1935) 457.

ten als Haushalte gibt². In der Statistik des Handelsregisters ist die Genossenschaft als zweithäufigste Gesellschaftsform ausgewiesen, allerdings in grossem Abstand nach der AG: Ende 1973 waren 13 395 Genossenschaften und 81 948 Aktiengesellschaften eingetragen. Die Kollektivgesellschaft als dritthäufigste Form war mit 11 424 Einheiten registriert.

b) Auf die *Vielfalt* in der genossenschaftlichen Rechtswirklichkeit hat schon der Referent in der Expertenkommission zur Revision des schweizerischen Gesellschaftsrechts 1925 hingewiesen, wenn er bemerkt: «Die Schwierigkeiten, die sich der gesetzlichen Ordnung der Genossenschaft entgegen stellen, liegen in der ungeheuren Mannigfaltigkeit der Verbände, die sich dieser Rechtsform bedienen³.» Und auch *Max Gerwig* – ein Kenner der Materie – betont «die Vielfalt der verschiedensten Genossenschaftsarten, die Durchdringung *aller* Bevölkerungsschichten durch Genossenschaften⁴».

Diese Vielfalt macht eine Charakterisierung des schweizerischen Genossenschaftswesens als ganzes unmöglich: Wenn auch das zahlenmässige Schwergewicht bei der kleinen Genossenschaft liegt – und zwar besonders, was die Vermögensverhältnisse und das Geschäftsvolumen, weniger, was die Mitgliederzahlen anbelangt –, so finden sich doch auch einige Grossunternehmen in dieser Rechtsform. Neben der überwiegenden Mehrheit personenbezogener Gesellschaften stehen einige kapitalbezogene Gebilde. Körperschaftlich strukturierte Organisationen bestehen neben solchen, die mehr stiftungsmässige Züge tragen. Einzelne Genossenschaften beschränken sich auf die Erfüllung von Hilfsfunktionen zugunsten ihrer Mitglieder, andere haben sich von den Gesellschaftern gelöst und sind weitgehend autonom geworden. Neben demokratisch aufgebauten Gesellschaften gibt es ausgeprägt autokratisch organisierte⁵.

Die Genossenschaft durchdringt als Organisationsform sämtliche Wirtschaftszweige⁶: Übertrendend ist ihre

Bedeutung in der Landwirtschaft, und auch im Gewerbe ist sie eine beliebte Form der Kooperation. Sehr stark ist die Stellung der Genossenschaft sodann im Detailhandel, ganz besonders in der Lebensmittelbranche. Die Ziele des sozialen Wohnungsbaus werden vorwiegend in Zusammenarbeit von Genossenschaften und öffentlicher Hand verfolgt. Endlich finden wir zahlreiche Genossenschaften im Bank- und im Versicherungswesen.

2. Tendenzen der Stagnation im schweizerischen Genossenschaftswesen

Trotz dieser auch heute noch blühenden Vielfalt sind jedoch Tendenzen der Stagnation und Rückbildung im schweizerischen Genossenschaftswesen nicht zu übersehen:

a) Eine Reihe von Genossenschaften – und zwar von typischen Genossenschaften – ist in den letzten Jahren *umgewandelt* worden. Zu erwähnen ist die USEGO (Union Schweizerische Einkaufsgenossenschaft Olten), die nach einer Krise 1969 die Rechtsform der AG wählte und in diesem neuen Gewand heute offensichtlich floriert⁷. Erinnert sei weiter an die Umwandlung der genossenschaftlichen Zentralbank Basel im Jahre 1970.

Andere Genossenschaften haben bedeutsame Funktionen *ausgliedert* und an Körperschaften anderer Rechtsform übertragen. So hat etwa die Howeg, die bedeutendste Einkaufsorganisation des Gastgewerbes, 1974 eine als AG organisierte Holdinggesellschaft gegründet und zugleich die Aufgaben der Stammgenossenschaft stark beschränkt⁸.

Erstaunlich wenig wird die Genossenschaft als Rechtsform für neu zu schaffende *Kooperationsverhältnisse* verwendet. Man scheint kompliziertere Formen vorzuziehen, etwa die der Doppelgesellschaft mit einer AG als Organgesellschaft. Dies, obwohl *Walter Schlupe* bei seiner Untersuchung der Kooperationsformen des schweizerischen Rechts zum Schluss kommt, es sei die Genossenschaft – unter bestimmten Voraussetzungen – «eine nahezu ideale Rechtsform für Kooperationen⁹».

c) Als Rechtsform für *Kartelle* ist die Genossenschaft offenbar weitgehend durch den Verein abgelöst worden.

1969) sowie bei *Peter Forstmoser*: Berner Kommentar zum Genossenschaftsrecht (Lieferung 1, 1972) Systematischer Teil N 133 ff. Dort auch zahlreiche bibliographische Angaben.

⁷ Vgl. *Forstmoser*, Grossgenossenschaften (zit. Anm. 5) 36 ff.

⁸ Vgl. Neue Zürcher Zeitung Nr. 287 vom 24.6.1974 sowie Nr. 437 vom 20.9.1974.

⁹ *Walter R. Schlupe*: Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 92 (1973) II 153 ff, 338.

² So *Paul Trapper*: Soziologische Aspekte des modernen Genossenschaftswesens, unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, in: Soziologische Arbeiten II (Bern 1966) 117 ff.

³ Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (Bern 1928) 550 f.

⁴ *Max Gerwig*: Schweizerisches Genossenschaftsrecht (Bern 1957) 3.

⁵ Vgl. die Beispiele bei *Peter Forstmoser*: Grossgenossenschaften, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 397 (Bern 1970) 10 ff.

⁶ Eine Übersicht über die Bedeutung der Genossenschaften in den verschiedenen schweizerischen Wirtschaftszweigen findet sich bei *Ernst-Bernd Blümle* (Herausgeber): Genossenschaftswesen in der Schweiz, Veröffentlichung der Deutschen Genossenschaftskasse Band 6 (Frankfurt am Main

Die bundesgerichtliche Entscheidung (BGE 90 II 333 ff.), trotz rechtlicher Bedenken die Vereinsform für Kartelle zuzulassen bzw. wieder zuzulassen, ist nicht wirkungslos geblieben.

d) Die Abkehr von der genossenschaftlichen Rechtsform lässt sich auch *statistisch* nachweisen: 1951–1970 stieg die Anzahl eingetragener Genossenschaften um knapp 10 %, während sich die der Aktiengesellschaften verdreifachte. Von 1970–1973 verminderte sich die Zahl der Genossenschaften gar um 200 Einheiten, während die der Aktiengesellschaften um 16 600 anstieg.

3. Folgerungen

Ein Blick auf die wirtschaftliche Realität zeigt somit zweierlei: Einerseits ist die Genossenschaft immer noch eine beliebte Organisationsform für die verschiedensten Zwecke. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass auch für genossenschaftstypische Aufgaben vermehrt andere Rechtsformen, insbesondere die AG, vorgezogen werden¹⁰.

Damit stellt sich die Frage der *Gesetzesreform*: Soll die Abkehr von der Genossenschaft durch eine Liberalisierung des geltenden Rechts aufgefangen werden? Ist die im Gang befindliche Entwicklung umgekehrt zu begrüssen und durch eine Straffung der rechtlichen Normen noch zu fördern? Eine Antwort setzt eine Abklärung des Wesens der genossenschaftlichen Rechtsform und ihrer Stellung im schweizerischen Gesellschaftsrecht voraus. Nur so kann geklärt werden, in welchen Bereichen ein legitimes Bedürfnis nach dieser Rechtsform besteht.

II. Genossenschaftstypus und Genossenschaftsbegriff des schweizerischen Rechts

1. Typgerechte Ausgestaltung des schweizerischen Genossenschaftsrechts

Über Wert und Unwert einer typologischen Betrachtungsweise im Gesellschaftsrecht ist in den letzten Jahren viel geschrieben worden, ohne dass eine *unité de doctrine* hätte erreicht werden können¹¹.

¹⁰ Zur Problematik der genossenschaftlich strukturierten AG vgl. *François Gilliard*: Tendances coopératives dans la société anonyme, in: *Lebendiges Aktienrecht* (Festgabe für *W. F. Bürki*) (Zürich 1971) 149 ff. sowie *Kurt Hanns Ebert*: Die Problematik der kooperativen Aktiengesellschaften im schweizerischen und deutschen Aktienrecht, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 93 (1974) I 163 ff.

¹¹ Vgl. etwa *Walter R. Schluop*: Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, in: Festgabe *Max Obrecht* (Soluturn 1961) 9 ff.; *Arnold Koller*: Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht (Diss. Freiburg i. Ü. 1966);

Die Streitfrage soll hier nicht wieder aufgenommen werden. Doch ist festzuhalten, dass im Genossenschaftsrecht eine Betrachtung des zugrunde liegenden Typs, der Idee dieser Rechtsform, besonders ergiebig ist: Die Genossenschaft ist stärker als jede andere Gesellschaftsform des schweizerischen Rechts an einem vorgegebenen Typus orientiert und an diesen gebunden worden¹². Der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission drückt das primäre Anliegen der Revision des Genossenschaftsrechts während der Jahre 1919–1936 plastisch aus, wenn er erklärt, man habe «mit flammendem Schwert und heiligem Eifer alles aus dem Genossenschaftsparadies» vertreiben wollen, «was nicht einwandfrei als echt kooperativ ausgewiesen ist¹³».

Entsprechend wurden in der Legaldefinition wie auch im weiteren zwingenden Recht zahlreiche genossenschaftliche Wesenszüge für rechtsverbindlich erklärt. Die entscheidenden Typuselemente seien nachstehend (Ziff. 2 und 3) kurz skizziert.

2. Die Genossenschaft im Spannungsfeld gegensätzlicher Typuselemente

Der Genossenschaftsidee sind zahlreiche Spannungen zwischen polaren Tendenzen immanent¹⁴. Durch die starke Typbindung des Genossenschaftsrechts sind diese Spannungen auch in das positive Recht hineingetragen worden. Ein paar Beispiele:

a) Die Genossenschaft ist primär geschaffen für die Tätigkeit im *persönlich überschaubaren Raum*. Das Gesetz trägt dem Rechnung, indem es die Bestimmungen über die Gründung, die Organisation und die Verantwortlichkeit bedeutend einfacher hält als bei der AG¹⁵.

Gleichzeitig aber wohnt der Genossenschaft eine *Tendenz zu Wachstum und Grösse* inne. Im geltenden

Peider Mengiardi: Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 87 (1968) II 1 ff.; *Pierre Jolidon*: Problèmes de structure dans le droit des sociétés; portée et limites de la théorie des types, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 87 (1968) II 427 ff.; *Arthur Meier-Hayoz*/*Walter R. Schluop*/*Walter Ott*: Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 90 (1971) I 293 ff.; *Walter Ott*: Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 412 (Bern 1972); ferner die auch in der Schweiz stark beachtete Arbeit von *Heinz Paulick*: Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung (Tübingen 1954).

¹² Vgl. die Darstellung der Gesetzgebungsarbeiten bei *Forstmoser* Kommentar (zit. Anm. 6) Syst. Teil N 201 ff.

¹³ Stenographisches Bulletin des Nationalrates 1934, 752.

¹⁴ Näheres bei *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 6) Syst. Teil N 25 ff.

¹⁵ Vgl. die Hinweise nachstehend VI. Ziff. 2.

Recht wird diese Tendenz gefördert etwa durch die zwingende Verankerung des Prinzips der offenen Tür¹⁶. Dass der Gesetzgeber ein grundsätzlich unbeschränktes Wachstum akzeptiert hat, zeigt sich auch darin, dass er besondere Organisationsformen für mitgliederreiche Gesellschaften – die Urabstimmung¹⁷ und die Delegiertenversammlung¹⁸ – vorsieht.

b) Die Genossenschaft ist als *Förderungswirtschaft* konzipiert, als Gesellschaft, die nicht eigene Bedürfnisse erfüllen soll, sondern auf die Bedürfnisse der Mitglieder auszurichten ist. Die Legaldefinition hält diese dienende Funktion fest, indem sie den Genossenschaftszweck zwingend umschreibt als «Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder»¹⁹.

Die Genossenschaft tendiert aber auch zur *Verselbstständigung*, zur Loslösung aus der Abhängigkeit von den Mitgliedern. Auch dieses Bestreben wird durch gesetzliche Bestimmungen unterstützt: So soll ein Überschuss nach dispositivem Recht nicht an die Gesellschafter verteilt werden, sondern vollumfänglich in das Genossenschaftsvermögen fallen²⁰. Dadurch wird die Selbstfinanzierung gefördert und die Gesellschaft aus ihrer Abhängigkeit von Mitgliederbeiträgen befreit.

c) Auch im Spannungsfeld zwischen *Mitgliederförderung* und Verpflichtungen gegenüber der *Allgemeinheit* umspannt die Genossenschaft beide Pole. Und auch hier ist das in der Genossenschaftsidee vorhandene Spannungsfeld in das Gesetz integriert:

Die gesetzliche Umschreibung macht der Genossenschaft die Unterstützung der Mitglieder zur Vorschrift²¹. Die weitere rechtliche Ausgestaltung begünstigt jedoch eine Ausweitung der Aufgaben über den Kreis der Mitglieder hinaus. Besonders charakteristisch ist die Bestimmung über die Verwendung eines allfälligen Liquidationserlöses: Wenn statutarisch nichts vorgesehen ist, soll der Liquidationsüberschuss nicht an die Gesellschafter verteilt, sondern «zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen verwendet werden»²².

¹⁶ Art. 839 Abs. II OR.

¹⁷ D.h. die schriftliche Abstimmung per Post, die eingeführt werden kann bei Genossenschaften, die mehr als 300 Mitglieder zählen oder bei denen die Mehrheit der Mitglieder aus Genossenschaften besteht, vgl. Art. 880 OR.

¹⁸ Diese kann unter den gleichen Voraussetzungen wie die Urabstimmung eingeführt werden, vgl. Art. 892 OR.

¹⁹ Art. 828 Abs. I OR.

²⁰ Art. 859 Abs. I OR.

²¹ Vgl. Anm. 19.

²² Art. 913 Abs. IV OR. Art. 92 Abs. II der Handelsregisterverordnung erklärt ausserdem die Eintragung von Genossenschaften mit gemeinnützigem Zweck als statthaft. Obwohl diese Norm unbestreitbar zum Wortlaut der Legal-

d) Endlich sei erwähnt, dass der Gesetzgeber die Genossenschaft zwar als Rechtsform für *wirtschaftliche* Ziele geschaffen hat, dass er jedoch die gleichzeitige Verfolgung nichtwirtschaftlicher, *idealer* Zwecke zulässt²³.

e) Diese *Spannweite*, die ohne Brüche im gesetzlichen System erreicht werden konnte, erklärt die vielfältige Verwendung der Genossenschaft in der Praxis.

3. Qualifizierende Typus- und Begriffsamente

Das schweizerische Genossenschaftsrecht versucht – wie soeben gezeigt – in vielen Belangen *gegenseitige* Tendenzen zu verbinden. Immerhin hat der Gesetzgeber in zwei Punkten eindeutig Stellung bezogen:

- Er hat die Genossenschaft *personalistisch* aufgebaut.
- Er hat sie – im nichtvermögensmässigen Bereich zumindest – rein *körperschaftlich* ausgestaltet.

a) Der *personalistische Aufbau* zeigt sich schon in der Umschreibung der Genossenschaft in Art. 828 OR als einer Verbindung, die ihre Ziele «in gemeinsamer Selbsthilfe» verfolgt. Durch diese Formulierung wird deutlich gemacht, «dass die Förderung der Mitglieder durch deren aktive Mitarbeit zu geschehen hat»²⁴. Nicht nur «ein Stück Vermögen des einzelnen», wie bei der AG, sondern «ein Stück der wirtschaftlichen Persönlichkeit selbst»²⁵ soll in der Gesellschaft aufgehen.

Die Basis zu der das ganze schweizerische Genossenschaftsrecht durchziehenden *personalistischen* Ausgestaltung ist damit gelegt²⁶.

definition in Art. 828 OR in Widerspruch steht, spricht sich die schweizerische Literatur im allgemeinen für ihre Rechtmässigkeit aus; vgl. die Darstellung bei *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 6) Art. 828 N 125 ff.

²³ Nach der gesetzlichen Definition von Art. 828 OR soll die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen «in der Hauptsache» bezweckt werden. Vgl. auch die Ausführungen in Anm. 22.

²⁴ *Anton Heini*: Rundgang durch das schweizerische Genossenschaftsrecht, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen 10 (1960) 195.

²⁵ *Max Gerwig*: Die Genossenschaft, in: Sieben Vorträge über das neue OR (Basel 1937) 152.

²⁶ Konsequenterweise lässt Art. 92 Abs. I der Handelsregisterverordnung Genossenschaften mit ausschliesslich finanzieller Beteiligung der Mitglieder nicht zu. – Sehr deutlich kommt die *personalistische* Struktur im Recht der Generalversammlung zum Ausdruck: Kraft zwingenden Rechts kommt bei Wahlen und Abstimmungen jedem Genossenschafter eine und nur eine Stimme zu. Ausserdem ist die Möglichkeit zur Stellvertretung stark eingeschränkt. Die Vertretung kann nur durch *einen* anderen Genossenschafter erfolgen, wobei grundsätzlich kein Bevollmächtigter mehr als ein Mitglied vertreten darf (vgl. Art. 886 I OR). Nur bei Genossenschaften mit über 1000 Mitgliedern kann vorgesehen werden, dass jeder Genossenschafter bis zu neun weitere Gesellschafter vertreten darf (Art. 886 Abs. II

b) Ein weiteres entscheidendes Moment ist das des *körperschaftlichen Aufbaus* im nichtvermögensmässigen Bereich: Die Genossenschaft ist laut Legaldefinition «eine als Körperschaft organisierte Verbindung . . . von Personen oder Handelsgesellschaften», eine juristische Person mit körperschaftlicher Verfassung. Ihr persönliches Substrat wird gebildet durch Mitglieder und nicht – wie bei der Stiftung – durch ein zweckgewidmetes Vermögen. Den Mitgliedern müssen – im Gegensatz zu den Destinatären einer Stiftung – begriffsnotwendig Rechte und Pflichten zukommen. Sie und nicht eine vorgegebene Widmung sollen die Tätigkeit der juristischen Person bestimmen²⁷.

4. Abkehr von der Typbindung für einzelne Genossenschaftsarten

Wenn betont wurde, dass das Genossenschaftsrecht «typgerecht» ausgestaltet ist, dann muss dies für einzelne Genossenschaftsarten modifiziert werden:

- Bei *Bankgenossenschaften* hat der Gesetzgeber auf ein klares Verbot kapitalistischer Elemente verzichtet.
- Bei *Versicherungsgenossenschaften* lässt er einen anstaltsähnlichen Aufbau und damit die Abkehr von der körperschaftlichen Struktur zu.
- Sodann – und hierin liegt kein bewusster gesetzgeberischer Entscheid, sondern eher ein Versehen – wird die körperschaftliche Struktur auch bei mitgliederreichen *Grossgenossenschaften* faktisch preisgegeben.

Auch hierzu einige Hinweise:

a) Für *Kreditgenossenschaften* hebt Art. 861 Abs. I OR die für die übrigen Genossenschaften geltende Dividendenbeschränkung von Art. 859 Abs. III auf. Damit wird es den Genossenschaftsbanken ermöglicht, den Reinertrag nach kapitalistischen Grundsätzen an ihre Mitglieder auszuschütten.

Die Konsequenzen einer solchen atypischen Regelung können weit über die Vermögensseite der Mitgliedschaft hinausreichen: Das Motiv für den Beitritt zur Genossenschaft liegt nicht mehr im Bestreben, in gemein-

OR). – Im scharfen Gegensatz zum kapitalbezogen strukturierten Aktienrecht stehen schliesslich die Regeln über das Grundkapital: Ein solches ist bei der Genossenschaft nicht obligatorisch. Ebensovienig bestehen Vorschriften über die Mindesthöhe eines allfälligen Kapitals, über den Mindestnennwert oder die Mindestliberierung der Anteile.

²⁷ Entsprechend ist die interne Organisation der Genossenschaft eindeutig körperschaftlich aufgebaut: Die massgebenden Entscheidungsbefugnisse sind der Mitgliederversammlung bzw. der Delegiertenversammlung als einem Mitgliederausschuss vorbehalten. Betont wird das körperschaftliche Element vor allem auch durch das Selbsthilfeprinzip, welches eine Ausrichtung auf aktiv tätige und autonom entscheidende Mitglieder verlangt.

samer Selbsthilfe konkrete eigene Bedürfnisse zu befriedigen, sondern im abstrakten Dividendeninteresse. Dadurch ändert sich auch der Charakter der Gesellschaft. Sie bezweckt nicht mehr die Förderung bestimmter Mitgliederinteressen, sondern sucht möglichst hohe Erträge zu erzielen, um bedeutende Dividenden auszahlen zu können. Aus der Genossenschaft ist damit eine Kapitalgesellschaft geworden²⁸.

b) Den *Versicherungsgenossenschaften* ermöglicht eine Ausnahmebestimmung eine ausserordentliche Gewaltdenkonzentration. Art. 893 Abs. I OR lautet: «Die konzessionierten Versicherungsgenossenschaften mit über tausend Mitgliedern können durch die Statuten die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder zum Teil der Verwaltung übertragen²⁹.»

Aufgrund dieser Norm kann also die Generalversammlung bzw. eine allfällige Delegiertenversammlung faktisch vollständig ausgeschaltet werden. Den Mitgliedern sind dadurch sämtliche Herrschaftsrechte entzogen. Sie können fortan weder direkt noch auch nur indirekt – durch die Wahl der Verwaltung bzw. der Delegierten – auf die Geschicke der Gesellschaft Einfluss nehmen. Die Verwaltung ihrerseits ist nicht mehr von den Gesellschaftern gewählt und ihnen verantwortlich, sondern sie ergänzt sich selbst und ist nur noch dem Gesellschaftszweck unterstellt. Ähnlich einem Stiftungsrat hat sie die Aufgabe, die Verwendung eines für einen bestimmten Zweck vorgesehenen Vermögens zu regeln. Das körperschaftliche Element tritt dadurch gänzlich in den Hintergrund, die Genossenschaft wird zur Anstalt³⁰.

c) Eine Abkehr von der personalistisch körperschaftlichen Struktur zeigt sich sodann bei *Grossgenossenschaften* mit einer Vielzahl von Mitgliedern. Grundlage für diese Tendenz bildet der konsequent durchgeführte Grundsatz der einen Stimme pro Kopf, die gesetzliche Vorschrift, wonach jedem Genossenschafter eine und nur eine Stimme zukommen soll. Dieses Prinzip – als Garant einer demokratischen Grundordnung zwingend vorgeschrieben – erweist sich bei der Grossgenossenschaft mit tausenden von Mitgliedern im Gegenteil als der demokratisch-körperschaftlichen Ordnung abträglich: Während bei der grossen AG eine mehr oder minder wirksame Kontrolle der Verwaltung durch Grossaktionäre

²⁸ Noch weitergehende Konzessionen bestehen für Genossenschaftsbanken, die bereits vor Inkrafttreten des Bankgesetzes (d.h. vor 1935) als solche bestanden.

²⁹ Der Mitgliederversammlung vorbehalten bleibt die Beschlussfassung über die Einführung oder Vermehrung der Nachschusspflicht, die Auflösung oder die Fusion der Genossenschaft.

³⁰ Vgl. zu dieser Entwicklung etwa *Leo Sigg*: Das oberste Organ in der Genossenschaft (Diss Zürich 1954) 162.

bestehen bleibt, erscheint eine analoge Kontrolle durch die Mitglieder der Grossgenossenschaft nahezu unmöglich. Die Macht der Generalversammlung ist aufgesplittert auf eine Vielzahl von Gesellschaftern, denen zwar allen das gleiche, aber auch das gleich geringe Gewicht zukommt³¹.

Diese Entmachtung der Mitgliedergesamtheit und die damit verbundene Vormachtstellung der Verwaltung wird noch dadurch gefördert, dass eine Stellvertretung bei der Genossenschaft nur in engem Rahmen gesetzlich zugelassen ist. Der organisierte Zusammenschluss zu gemeinsamem Vorgehen wird dadurch nahezu verunmöglicht³².

Auch hier zeigt sich als Ergebnis eine stiftungsähnliche Konzeption: Die Verwaltung ist von den Mitgliedern praktisch unabhängig geworden, sie untersteht faktisch nur noch dem Gesellschaftszweck. – Hinzu kommt, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Verwendung des Reinertrages (Grundsatz der Nichtausschüttung) und eines allfälligen Liquidationsüberschusses (Verwendung für genossenschaftliche oder gemeinnützige Zwecke) einer Vermögensansammlung in toter Hand Vorschub leisten. Der Stiftungscharakter wird dadurch noch verstärkt, wobei freilich ein massgebender Unterschied zum Recht der Stiftung bestehen bleibt: Eine staatliche Aufsicht, wie sie das Stiftungsrecht vorschreibt, entfällt.

III. Die Stellung der Genossenschaft im System des schweizerischen Gesellschaftsrechts

Nach dieser isolierten Betrachtung der genossenschaftlichen Rechtsform ist nun ihre Stellung im System des schweizerischen Gesellschaftsrechts zu orten. Dabei werden wir zweierlei feststellen:

- Die Genossenschaft ist – namentlich als Ergänzung und Gegenstück zum Verein und zur AG – eine notwendige Rechtsform (vgl. Ziff. 1).
- Die Genossenschaft erfüllt aber auch Ersatzfunktionen da, wo das schweizerische Gesellschaftsrecht keine passende Organisationsform zur Verfügung stellt (vgl. Ziff. 2).

1. Notwendigkeit der genossenschaftlichen Rechtsform im System des schweizerischen Gesellschaftsrechts

In der Kette der Organisationsformen des schweizerischen Rechts stellt die Genossenschaft ein notwendiges Glied zwischen dem Verein und den Handelsgesellschaften dar:

³¹ Vgl. dazu *Forstmoser*, Grossgenossenschaften (zit. Anm. 5) 87.

³² Vgl. Anm. 26.

a) Mit dem *Verein* hat die Genossenschaft die Ausrichtung auf die Persönlichkeit des Mitglieds und nicht auf seine Kapitalbeteiligung gemein. Verein wie Genossenschaft sind personalistisch organisiert. Während aber der Verein von Gesetzes wegen nur für nichtwirtschaftliche Zwecke zur Verfügung steht, ist die Genossenschaft primär für die Verfolgung wirtschaftlicher Ziele ausgestaltet und im Gesetz entsprechend intensiv und dicht geregelt³³.

b) Die – primär – wirtschaftliche Zielsetzung verbindet die Genossenschaft mit den Handelsgesellschaften und insbesondere mit der *Aktiengesellschaft*.

Die nähere Ausgestaltung dieser Zielsetzung – und damit wiederum der personalistische Grundzug – stellt dagegen die Genossenschaft in einen klaren Gegensatz zu den übrigen Gesellschaftsformen des OR³⁴: Verlangt wird die Förderung *bestimmter* wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder. Die Förderung hat also unmittelbar durch die konkrete Tätigkeit zu erfolgen; eine mittelbare, allgemeine Förderung durch Ausschüttung von Dividenden genügt nicht³⁵.

Ein – natürlich schematisches – Beispiel mag dies verdeutlichen: Eine AG setzt sich zum Ziel, durch die Verwaltung von Liegenschaften Gewinne zu erzielen. Eine Baugenossenschaft dagegen will das Bedürfnis ihrer Mitglieder nach preiswerten Wohnungen befriedigen. Die AG wird möglichst hohe Mietzinse ansetzen, um ihren Gesellschaftern eine grosse Dividende auszahlen zu können. Die Baugenossenschaft wird hingegen ihre Mieten tief halten, weil ihr Zweck gerade darin besteht, den Mitgliedern – die zugleich ihre Mieter sind – preislich günstigen Wohnraum zu verschaffen. – Während also die AG ihre Gesellschafter wirtschaftlich in einer allgemeinen Art unterstützt, dadurch, dass sie ihnen eine gute Kapitalanlage zu bieten versucht, befriedigt die Genossenschaft ganz konkrete wirtschaftliche Bedürfnisse der Genossenschafter, das Bedürfnis nach günstigen Einkaufsmöglichkeiten, nach preiswerten Wohnungen usw.

c) Die Genossenschaft ist folglich eine *unerlässliche Organisationsform* für legitime wirtschaftliche Bedürfnisse vielfältiger Art. Sie ist die *einzige* Körperschaft, die zwar für den Einsatz im Wirtschaftsleben konzipiert, aber zugleich personenbezogen strukturiert ist. (Ähnliche Funktionen kann immerhin die GmbH erfüllen, aber nur, wo lediglich einige wenige Mitglieder vereinigt sind.)

³³ Zur Abgrenzung gegenüber dem Verein vgl. *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 6) Syst. Teil N 256 f.

³⁴ Zur Abgrenzung gegenüber den Handelsgesellschaften, insbesondere der AG vgl. *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 6) Syst. Teil N 258 ff.

³⁵ Vgl. dazu im einzelnen *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 6) Art. 828 N 87 ff.

Eine solche Form erscheint gerade heute, wo vermehrt der Ruf nach einer «Renaturalisierung der Wirtschaft»³⁶, nach Verstärkung der persönlichen Haftung, Verantwortung und Mitwirkung ertönt, als besonders förderungswürdig.

2. Die Genossenschaft als Ersatzform beim Fehlen einer passenden Gesellschaftsform

Im schweizerischen Recht besteht nach kaum mehr bestrittener Ansicht ein *numerus clausus* der Gesellschaftsformen³⁷. Diese Rechtslage bewirkt, dass für Zusammenschlüsse, für deren Struktur und Zielsetzung sich im geltenden Recht keine adäquate Form vorfindet, in eine der gesetzlich geregelten Gesellschaftsformen ausgewichen werden muss. Neben der AG erfüllt auch die Genossenschaft die Funktion des Lückenbüssers. Dabei sind verschiedenartige Tatbestände zu unterscheiden:

a) *Fehlen einer «société à capital variable» kapitalistischer Struktur.* Die Genossenschaft ist – solange im Aktienrecht das bedingte Kapital nicht eingeführt ist³⁸ – die Körperschaft mit veränderlichem Grundkapital des schweizerischen Rechts. Sie ist für personen- und nicht für kapitalbezogene Organisationen konzipiert. Da jedoch eine entsprechende Rechtsform für Kapitalgesellschaften fehlt, liegt die Versuchung nahe, die Rechtsform der Genossenschaft auch für kapitalistisch strukturierte Unternehmen zu gebrauchen.

Im Bereich der Kreditgenossenschaften hat der Gesetzgeber diese Tendenz sanktioniert, indem er hier teilweise eine kapitalbezogene Ausgestaltung der Mitgliedschaft gestattet hat³⁹. In diesem Bereich jedenfalls besteht die Möglichkeit, das Fehlen einer kapitalbezogenen Gesellschaft mit veränderlichem Grundkapital durch das Ausweichen in die Genossenschaftsform zu kompensieren.

³⁶ Vgl. etwa *Hans Ch. Binswanger*: Können wir das Wirtschaftswachstum steuern? In: *Zerstörerische Freiheit?* Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft 1974, 56 f.

³⁷ Vgl. etwa *Arthur Meier-Hayoz*: Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft, in: *Festschrift für Walther Hug* (Bern 1968) 377 ff.; *Koller* (zit. Anm. 11) 96 ff., mit weiteren Literaturangaben; ferner *Peter Forstmoser*: zur Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* NF 90 (1971) I 351.

³⁸ In den Vorarbeiten für eine Reform des schweizerischen Aktienrechts ist die Einführung des bedingten Kapitals für begrenzte Zwecke vorgesehen.

³⁹ Für diese Konzession hat sich seinerzeit vor allem *Georges Capitaine* ausgesprochen; vgl.: *Contribution à l'étude de la société à capital variable en droit suisse*, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 59 (1923) 265 ff. Ähnlich *Fritz Hummler*: Die Gesellschaft mit veränderlichem Kapital im französischen und im schweizerischen Recht (Diss. Bern 1926) insb. 56 ff., 84 ff.

b) *Fehlen einer besonderen Rechtsform für Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit.* Im Ausland besteht für Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit häufig eine besondere Gesellschaftsform, der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit⁴⁰. Das schweizerische Recht kennt eine solche Rechtsform nicht. Wiederum drängt sich die Verwendung der Genossenschaft auf.

Der schweizerische Gesetzgeber hat den Eigenarten der Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit Rechnung getragen und bei ihnen in ganz besonderem Ausmass eine anstaltsähnliche Organisation zugelassen. Damit fehlt eigentlich im schweizerischen Recht eine passende Gesellschaftsform für diese Zwecke nur formell, nicht materiell.

c) *Fehlen einer stiftungsähnlichen Rechtsform für wirtschaftliche Zwecke.* Bei Grossunternehmen zeichnet sich immer stärker die Tendenz ab, die demokratisch-körperschaftliche Organisation zu modifizieren. Mehr und mehr werden diese Unternehmen geleitet von einer Verwaltung, die sich weniger gegenüber den Mitgliedern als gegenüber dem Unternehmen als solchem und dem Unternehmenszweck verantwortlich fühlt⁴¹. Die körperschaftlichen Elemente werden zurückgedrängt und durch anstaltsmässige ersetzt. Namentlich im Ausland sind denn auch in den letzten Jahren eigentliche Unternehmensstiftungen gebildet worden⁴².

Die Rechtsform der Genossenschaft lässt sich nun besser als die der AG für anstaltsähnliche Gebilde verwenden. Sie macht es – bei der Grossgesellschaft – wie erwähnt möglich, Einflüsse der Mitglieder weitgehend zu eliminieren und diese faktisch Destinatären gleichzustellen. Ausserdem fördert sie die Bildung eines vom Bezug zu den Gesellschaftern losgelösten Vermögens, was den Stiftungscharakter noch unterstreicht.

⁴⁰ Vgl. für Deutschland § 15 ff. des Versicherungsaufsichtsgesetzes, für Frankreich das *Décret du 30 décembre 1938* portant règlement d'administration publique pour la constitution des sociétés d'assurance . . .

⁴¹ Vgl. statt vieler die Darstellungen und Literaturangaben bei *Rudolf Wiethölter*: Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht (Karlsruhe 1961) 38 ff. sowie *Wolfgang Zöllner*: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (München/Berlin 1963) 68 ff. Vgl. auch *Günter H. Roth*: Das Treuhandmodell des Investmentrechts, eine Alternative zur Aktiengesellschaft? (Frankfurt a. M. 1972).

⁴² Vgl. etwa *Uwe Pawel*: Eignet sich die Stiftung für den Betrieb erwerbswirtschaftlicher Unternehmen? (Bad Homburg/Berlin/Zürich 1967). Speziell für das schweizerische Recht vgl. *Peter Gnos*: Die Zulässigkeit der Unternehmensstiftung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1971), ferner *Mengiardi*: (zit. Anm. 11) 26 ff., 204 ff.

d) *Würdigung*. Die atypische Verwendung der genossenschaftlichen Rechtsform bei Bank- und Versicherungsgenossenschaften ist vom Gesetzgeber bewusst ermöglicht worden und mag vertretbar sein: Es kann zweckmässig sein, der Aktiengesellschaft als einer Körperschaft mit festem Grundkapital eine andere Grundkapitalsgesellschaft zur Seite zu stellen, deren Kapitalbasis variabel ist. Ebenso sind die Sonderbestimmungen für Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit vielleicht angebracht, da hier mitgliedschaftliche Interessen in der Regel fehlen und in Form der Versicherungsaufsicht eine wirksame Kontrolle vorhanden ist⁴³.

Problematischer ist dagegen meines Erachtens die Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft für anstaltsähnliche Gebilde ausserhalb der Versicherungsbranche: Bei diesen Gesellschaften entzieht sich die Verwaltung weitestgehend einer Kontrolle durch die Mitglieder, ohne dass dieser Verlust kompensiert wird, wie dies bei Stiftungen durch die Stiftungsaufsicht, bei Gegenseitigkeitsversicherungen durch die Versicherungsaufsicht der Fall ist. Auf diesen Punkt ist noch zurückzukommen.

IV. Tunlichkeit einer Reform des Genossenschaftsrechts?

1. Reformvorschläge in der schweizerischen Literatur

a) In der schweizerischen Literatur sind bis heute nur wenige Autoren für eine Revision des Genossenschaftsrechts eingetreten. Überwiegend herrscht die Auffassung vor, in der letzten Reform während der Jahre 1919 bis 1936 habe das schweizerische Genossenschaftsrecht seine endgültige Form gefunden⁴⁴.

b) Bei den Betrachtungen de lege ferenda geht wohl *Oehen*⁴⁵ – der «die Schaffung von zwei Formen der Genossenschaft» zur Diskussion stellt – am weitesten. *Liver*⁴⁶ spricht von der «ohnehin wünschbare(n) Restauration des Genossenschaftsrechtes»; doch fordert er konkret nur die Preisgabe des zwingenden Prinzips

⁴³ *Georges Capitaine*: Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 89 (1953) 105, wirft immerhin die Frage auf, ob nicht für Versicherungsunternehmen auf Gegenseitigkeit die Rechtsform der Stiftung eher angebracht gewesen wäre.

⁴⁴ Dies ist weitgehend der Tenor im Lehrbuch von *Gerwig* (zit. Anm. 4) sowie bei *Max Gutzwiller*: Zürcher Kommentar zum Genossenschaftsrecht (Bd. I 1972).

⁴⁵ *F. Oehen*: Das Problem der Pseudogenossenschaft, Schweizerische Juristen-Zeitung 63 (1967) 117 ff.

⁴⁶ *Peter Liver*: Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1964, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 101 (1965) 366.

der einen Stimme pro Kopf. Das Verbot des Pluralstimmrechts wird auch von anderen Autoren kritisiert⁴⁷.

Gerügt worden sind ferner von *Forstmoser*⁴⁸ das Fehlen einer wirksamen Kontrolle der Exekutive bei Grossgenossenschaften, von *Fluri*⁴⁹ und anderen Autoren die mangelhaften Finanzierungsmöglichkeiten, endlich von *Capitaine*⁵⁰ und *Friedrich*⁵¹ das Bestehen verschiedener ungerechtfertigter Anomalien im Vergleich zum Aktienrecht.

2. Der Einfluss der Aktienrechtsreform auf die Revision des Genossenschaftsrechts

Erstaunlich ist, dass die schweizerischen Reformbestrebungen im Aktienrecht zu keinen entsprechenden Vorstössen für das Recht der Genossenschaft geführt haben. Meines Erachtens sollte die Revision des Aktienrechts von den nötigen Anpassungen bei den anderen für eine wirtschaftliche Tätigkeit konzipierten Körperschaften begleitet sein. Nur so kann das Gleichgewicht zwischen den Rechtsformen gewahrt werden⁵².

3. Die deutsche Reform des Genossenschaftsrechts

In Deutschland ist vor kurzem eine Reform des Genossenschaftsgesetzes abgeschlossen worden. Lange Zeit blieb ungewiss, welche Tendenz die deutsche Reform, deren Arbeiten sich über zwei Jahrzehnte erstreckten, beherrschen sollte. Die Oberhand gewonnen haben

⁴⁷ Vgl. *Gutzwiller*, Kommentar (zit. Anm. 44) 92, 103 f.; ders.: Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 84 (1965) I 241; *Heini*, Rundgang (zit. Anm. 24), 210; ders.: Die Vereine, in: Schweiz. Privatrecht Bd. II (Basel/Stuttgart 1967) 527, 545; *Robert Briner*: Zur Rechtsform der schweizerischen Wirtschaftsverbände, Wirtschaft und Recht 16 (1964) 79; *W. Preiswerk*: Zur gesellschaftsrechtlichen Organisation von Wirtschaftsverbänden. Die Schweizerische Aktiengesellschaft 18 (1945/46) 57; Vgl. auch *Forstmoser*, Grossgenossenschaften (zit. Anm. 5) 289. – Auch das Bundesgericht kritisiert die zwingende Festlegung der Genossenschaft auf das Prinzip der einen Stimme pro Kopf in BGE 90 II 342. – Eher positiv äussert sich zum geltenden Recht *Sigg* (zit. Anm. 30) 19 f. Kritisch zum Mehrstimmrecht *Schnorr von Carolsfeld* (zit. Anm. 53) 18 ff.

⁴⁸ Grossgenossenschaften (zit. Anm. 5) 288 f.; Verwendung der Genossenschaft (zit. Anm. 37) 356.

⁴⁹ *Erich Fluri*: Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 411 (1973) 102 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

⁵⁰ Particularités (zit. Anm. 43) passim.

⁵¹ *Hans-Peter Friedrich*: Das Genossenschaftskapital im schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Basel 1943) 98 f.

⁵² Vgl. *Peter Forstmoser*: Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts, Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 54 (1973) 77 ff, 94.

schliesslich Kreise, welche die Abkehr von einer doktrinären Genossenschaftsideologie im Interesse einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der Genossenschaften befürworteten⁵³.

Auf weite Strecken bringt die deutsche Gesetzesnovelle nur Möglichkeiten, die in der Schweiz schon unter dem geltenden Recht bestehen. Vorbildlich für eine schweizerische Reform könnte immerhin zweierlei sein: die beschränkte Zulassung des Pluralstimmrechts⁵⁴ sowie zusätzliche Möglichkeiten für die Eigenkapitalbeschaffung⁵⁵.

4. Eigene Stellungnahme

a) Auszugehen ist nach meiner Ansicht davon, dass sich das schweizerische Genossenschaftsrecht bewährt hat. Insbesondere ist es durch eine starke Typbindung weitgehend gelungen, eine missbräuchliche Verwendung dieser Rechtsform – wie sie unter dem alten Obligationenrecht gang und gäbe war – zu verhindern.

b) Dennoch ist es heute wohl an der Zeit, einzelne partielle Reformen durchzuführen. Die Modifikationen sollten meines Erachtens in zwei Richtungen gehen: Einerseits ist da eine *Liberalisierung* anzustreben, wo die allzu starre geltende Ordnung die genossenschaftliche Rechtsform legitimen Bedürfnissen verschliesst. Andererseits ist eine *Straffung* zu verlangen, und zwar im Sinne einer Eindämmung der «stiftungsmässig» ausgestalteten Genossenschaft sowie zur Angleichung an das – geltende und künftige – Aktienrecht in den Bereichen, in denen es um generelle Anforderungen an wirtschaftlich tätige Körperschaften geht.

⁵³ Vgl. die Übersichten von *Harry Westermann*: Modernisierung des Genossenschaftsrechts, *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen* 23 (1973) 320 ff.; *Hans-Jürgen Schaffland*: Verbesserte Wettbewerbsfähigkeit der Genossenschaften durch die Novelle zum Genossenschaftsgesetz, *Blätter für Genossenschaftswesen* 119 (1973) 222 ff.; *Dietrich Schultz*: Das neue Genossenschaftsrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 27 (1974) 161 ff.; *Rudolf Reinhardt*: Zur Novelle des Genossenschaftsgesetzes, *Juristenzeitung* 28 (1973) 726 ff.; *Kritisch zur Novelle Ludwig Schnorr von Carolsfeld*: Kritische Bemerkungen. . ., *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen* 23 (1973) 7 ff.

⁵⁴ Vgl. § 43 Abs. III, wonach Genossenschaftlern, «die den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft besonders fördern», bis zu drei Stimmen gewährt werden können. Dazu *Westermann* (zit. Anm. 53) 333 ff.

⁵⁵ Vgl. insb. § 73 Abs. III: Danach kann Ausscheidenden statutarisch ein Anspruch auf Auszahlung eines Anteils an einem eigens zu diesem Zweck gebildeten Reservefonds eingeräumt werden. Kritisch zur neuen deutschen Ordnung in diesem Bereich *Rudolf Reinhardt*: Was hat die Novelle zur Lösung des Problems der Finanzierung der Genossenschaften beigetragen? In: *Festschrift Westermann* (Karlsruhe 1974) 473 ff.; ferner auch *Westermann* (zit. Anm. 53) 338.

V. Vorschläge zur Liberalisierung des Genossenschaftsrechts

Um die Genossenschaft für legitime Verwendungsformen attraktiver zu gestalten, sind nach meinem Dafürhalten an einigen Stellen flexiblere Lösungen angebracht:

1. Erleichterung der Finanzierungsmöglichkeiten

Es scheint, dass die Genossenschaft namentlich als Rechtsform für grössere Verbände vor allem deshalb mehr und mehr gemieden wird, weil Finanzierungsschwierigkeiten eintreten: Der genossenschaftliche Anteilschein ist aus verschiedenen Gründen als Kapitalanlage uninteressant: Die Dividende ist beschränkt⁵⁶, es fehlt eine Beteiligung an den Reserven und damit an der Zunahme des Substanzwertes⁵⁷, und eine Ausgestaltung als Wertpapier ist unzulässig⁵⁸.

Hier Abhilfe zu schaffen ist ausserordentlich schwierig, falls man – was ich befürworte – festhalten will an der Ausgestaltung der Genossenschaft als einer Rechtsform, die nicht zur Erzielung von Gewinnen, sondern für die konkrete Mitgliederförderung geschaffen ist. Immerhin sollte zumindest die Möglichkeit geprüft werden, dem ausscheidenden Mitglied eine *Beteiligung am Wertzuwachs* zu gewähren. Auch wäre für gewisse Genossenschaftsarten die Verbriefung der Anteile in *Namenpapieren* zu überdenken. Endlich könnte eine Regelung des Rechts der *Partizipationsscheine*⁵⁹ auch für die Genossenschaften dienlich sein und diesen ermöglichen, analog den Aktiengesellschaften in vermehrtem Masse Beteiligungskapital von dritter Seite zu erlangen.

⁵⁶ Gemäss Art. 859 III darf die auf Anteilscheine entfallende Quote des Reinertrages «den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen».

⁵⁷ Nach Art. 864 und 865 stehen dem ausscheidenden Genossenschafter grundsätzlich keine Rechte auf das Genossenschaftsvermögen zu. Die Statuten können eine gänzliche oder teilweise Rückzahlung der Anteilscheine, jedoch unter Ausschluss eines allfälligen Eintrittsgeldes, zuerkennen. Eine Beteiligung an den Reserven bleibt ausgeschlossen.

⁵⁸ Nach Art. 853 Abs. III OR können die genossenschaftlichen Anteilscheine «nicht als Wertpapiere sondern nur als Beweisurkunden errichtet werden».

⁵⁹ Partizipationsscheine stellen in der Praxis entwickelte Beteiligungspapiere dar, die ihrer Funktion nach als stimmrechtslose Aktien umschrieben werden können. Sie sollen im künftigen revidierten schweizerischen Aktienrecht näher geregelt werden. Zur Frage, ob die Genossenschaft Partizipationsscheine ausgeben kann, vgl. *Fritz v. Steiger*: Kann eine Genossenschaft Genussscheine ausgeben?, *Die Schweizerische Aktiengesellschaft* 17 (1944/45) 180 ff. – Für die Einführung von Partizipations- oder Genussscheinen im deutschen Genossenschaftsrecht spricht sich *Reinhardt* (zit. Anm. 55) 480 ff. aus.

2. Flexiblere Ordnung des Stimmrechts

Zu Recht ist verschiedentlich die starre Festlegung des Prinzips der einen Stimme pro Kopf kritisiert worden. Diese Ordnung bereitet Schwierigkeiten vor allem da, wo sich Partner verbinden wollen, deren Beitragsleistungen ungleich sind. Das Bundesgericht, welches die gesetzliche Ordnung in diesem Punkte ebenfalls kritisiert, spricht von einem «obstacle insurmontable»⁶⁰.

Das neue deutsche Genossenschaftsrecht sieht ein *Mehrstimmrecht* im maximalen Umfang von drei Stimmen vor. Für die Schweiz scheint mir eine noch freiere Ordnung durchaus vertretbar, solange man sich an den im deutschen Recht ausdrücklich verankerten Grundsatz hält, wonach Mehrstimmrechte «nur für Genossen begründet werden (sollen), die den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft besonders fördern»⁶¹. Man könnte dies erreichen in Anlehnung an eine im geltenden schweizerischen Recht enthaltene Formulierung und ein Mehrstimmrecht nur zulassen «nach dem Masse der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen»⁶², entsprechend der Intensität der Mitwirkung im Genossenschaftsbetrieb also. Damit könnte die Genossenschaft ohne Verletzung der Genossenschaftsidee als Rechtsform für die Kooperation und damit auch für Kartelle adäquater ausgestaltet werden⁶³.

3. Reduktion der Zahl der Gründer und der Verwaltungsräte

Auch die Mindestzahl von sieben Gründungsmitgliedern⁶⁴ kann ein Hindernis darstellen für die Verwendung dieser Rechtsform für echt genossenschaftliche Aufgaben. Wie bei der AG sollten wohl künftig nur noch drei Gründer verlangt werden⁶⁵.

Entsprechend müsste man auch das Erfordernis einer mindestens dreiköpfigen Verwaltung⁶⁶ fallen lassen, da ein aus mehreren Personen zusammengesetzter Verwaltungsrat weder Garant noch Erfordernis einer genossenschaftlichen Struktur ist.

⁶⁰ BGE 90 II 342.

⁶¹ Deutsches Genossenschaftsgesetz § 43 Abs. III. Dazu *Hanno Lembke*: Der Massgebliche Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Stimmrechts... (Erlangen 1973).

⁶² Art. 859 Abs. II.

⁶³ So auch das Bundesgericht in BGE 90 II 333 ff., 342. Kritisch *Alexander Korach*: Die Genossenschaft als Rechtsform für Kartelle (Diss. Zürich 1973) 51 ff., insb. 55, nach welchem auch für Kartelle «das Obligatorium des genossenschaftlichen Personalstimmrechts durchaus tragbar ist».

⁶⁴ Art. 831 Abs. I OR.

⁶⁵ Bei Genossenschaftsverbänden – Genossenschaften, deren Mitglieder ihrerseits wiederum Genossenschaften sind – lässt schon das geltende Recht eine Mindestzahl von drei Gründern zu, vgl. Art. 921 OR.

⁶⁶ Art. 894 Abs. I.

4. Klarstellung der Rechtslage hinsichtlich des Selbsthilfeprinzips

Nach der geltenden Legaldefinition soll die Genossenschaft ihre Ziele «in gemeinsamer Selbsthilfe» anstreben. In der Rechtswirklichkeit ist dieses Prinzip bei Grossgenossenschaften – man denke etwa an die grossen Konsumgenossenschaften – weitgehend preisgegeben worden. Die bundesgerichtliche Praxis hat diese Entwicklung sanktioniert; ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts legitimiert ausdrücklich die beitragslose Mitgliedschaft bei der Genossenschaft⁶⁷.

Ob man diese Entwicklung befürworten soll, möchte ich offen lassen und persönlich eher bezweifeln. Jedenfalls aber ist eine *klare gesetzliche Stellungnahme*, die den jetzigen Widerspruch zwischen Gesetzestext und Praxis behebt, unumgänglich.

5. Erleichterung der Umwandlung der Genossenschaft in eine Handelsgesellschaft

Schliesslich sei noch hingewiesen auf ein Reformpostulat, welches zwar nicht die Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft, wohl aber die Benutzung der zivilrechtlich adäquaten Form schlechthin fördern soll. Im Gegensatz zur Übergangszeit nach der Revision des OR ist heute eine liquidationslose Umwandlung von Genossenschaften in Handelsgesellschaften nicht mehr möglich⁶⁸. Nach meiner Ansicht sollten aber der Wahl der passenden Rechtsform die Hindernisse möglichst aus dem Weg geräumt werden, und es wäre daher die einfache *liquidationslose Umwandlung* der Genossenschaft in eine AG oder GmbH (und allenfalls auch umgekehrt) wieder zuzulassen⁶⁹.

VI. Vorschläge im Sinne einer Straffung des Genossenschaftsrechts

1. Hinweis auf die steuerrechtliche Problematik

Die Kritik an den Genossenschaften ist in der Schweiz zur Hauptsache eine Kritik an ihrer angeblichen oder tatsächlichen steuerlichen Bevorzugung. Ich kann auf diesen Punkt nicht näher eingehen⁷⁰, möchte aber immer-

⁶⁷ Vgl. BGE 93 II 36, dazu *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 6) Syst. Teil N 432 f. Eine Auseinandersetzung mit dieser Entwicklung findet sich bei *Rudolf Iseli*: Das Nichtmitgliedergeschäft der Genossenschaften, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Nr. 413 (Zürich 1973) 195 ff.

⁶⁸ Vgl. *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 6) Syst. Teil N 598 ff.

⁶⁹ So schon *Forstmoser*, Grossgenossenschaften (zit. Anm. 5) 121 ff., 281 f.

⁷⁰ Eine Übersicht über die steuerliche Behandlung der Genossenschaften im schweizerischen Recht findet sich bei *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 6) Syst. Teil N 506 ff.

hin darauf hinweisen, dass meines Erachtens die *Gleichstellung von Aktiengesellschaften und Genossenschaften* im Ertrags- und Kapitalsteuerrecht anzustreben ist. Dies jedenfalls für diejenigen Genossenschaften, die im wesentlichen unterschiedslos mit Mitgliedern und Nichtmitgliedern Geschäfte tätigen. Die Tendenz in der Steuergesetzgebung geht übrigens klar in dieser Richtung.

Ob die *Minimalsteuer* – d.h. die Besteuerung nicht nach dem tatsächlich *erzielten* und ausgewiesenen Ertrag, sondern nach einem potentiell *erzielbaren* Ertrag – ein passendes Mittel zur Erreichung einer gerechten und wettbewerbsneutralen Besteuerung darstellt, möchte ich offen lassen. Zur Zeit scheint in der Schweiz die Popularität der Minimalsteuer wieder im Abflauen zu sein⁷¹.

2. Anpassung an das Aktienrecht

a) Die bedeutsamste Leistung der letzten Revision des schweizerischen Genossenschaftsrechts war es, die wesensmässigen Unterschiede zwischen Aktiengesellschaft und Genossenschaft klar herauszuarbeiten. Die Ausrichtung des Genossenschaftsrechts auf die «typischen» Genossenschaften ist dem Gesetzgeber vortrefflich gelungen. Fast zwangsläufig wurden dabei die Gemeinsamkeiten von AG und Genossenschaft vernachlässigt: Wo es darum geht, eine adäquate Ordnung für eine wirtschaftlich tätige Körperschaft zu finden, da sollte für die AG und die Genossenschaft die gleiche Regelung gelten. Es ist dies eine Forderung, die – allgemeiner gefasst allerdings – auch den Bestrebungen zur Schaffung eines Unternehmensrechts zugrundeliegt.

b) Das *geltende* Recht verlangt in verschiedenen Punkten von der Genossenschaft weniger als von der AG⁷²: Bei der Gründung wird auf die öffentliche Beurkundung verzichtet. Die Genossenschaft (mit Ausnahme der Kredit- und der Versicherungsgenossenschaften) untersteht zudem lediglich den allgemeinen Regeln über Buchführung und Bilanz und nicht besonderen Vorschriften, wie sie für die AG gelten. Die Verantwortlichkeitsbestimmungen sind bedeutend einfacher und schwächer ausgestaltet, und es wird – um noch ein

besonders krasse Beispiel zu erwähnen – keine personelle Trennung zwischen Verwaltung und Kontrollstelle verlangt⁷³.

In all diesen Punkten sollte meines Erachtens die Genossenschaft den strengeren Vorschriften des Aktienrechts unterstellt werden.

c) Zu beachten ist sodann, dass das Genossenschaftsrecht auch an die erweiterten Anforderungen eines *künftigen* Aktienrechts anzugleichen ist. Dies betrifft vor allem die erweiterte Offenlegung, insbesondere im Hinblick auf die stillen Reserven, ferner das Erfordernis der Sachkunde der Revisionsstelle. Nur so können Wettbewerbsverzerrungen zwischen rechtlich unterschiedlich aufgebauten Wirtschaftseinheiten mit gleichen Funktionen ausgeschlossen werden.

3. Sicherstellung einer angemessenen demokratischen Kontrolle bei mitgliederstarken Genossenschaften

Das geltende Genossenschaftsrecht erlaubt es, der Verwaltung die nötige Freiheit und Unabhängigkeit bei der Geschäftsführung einzuräumen. Dagegen hat es zu wenig dafür gesorgt, dass auch bei mitgliederstarken Grossgenossenschaften eine angemessene demokratische Kontrolle erhalten bleibt.

In der Stärkung der mitgliedschaftlichen Kontrollrechte namentlich mit Bezug auf Grossgesellschaften liegt nach meinem Dafürhalten eine entscheidende Aufgabe für eine allfällige Reform. Eine wirksame Überprüfung der Geschäftsführung seitens der Gesellschafter kann bei Grossverbänden mit zahlreichen gleichberechtigten oder annähernd gleichberechtigten Mitgliedern nur auf dem Wege der *indirekten Demokratie* erreicht werden⁷⁴. Für solche Gesellschaften sollte daher die Einführung der Delegiertenversammlung zwingend vorgeschrieben werden⁷⁵. Der Mitgliedervertretung müssten bestimmte Befugnisse unübertragbar zugewiesen werden

⁷³ Weitere – ungerechtfertigte – Erleichterungen für die Genossenschaften liegen etwa darin, dass bei der Einberufung der Generalversammlung nur eine fünftägige Frist zu wahren ist (bei der AG zehn Tage) und dass im Gegensatz zum Aktienrecht die Rechnung nicht innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres der Mitgliederversammlung vorzulegen ist.

⁷⁴ Das Treuhandmodell, wie es in Anlehnung an amerikanische korporationsrechtliche Vorstellungen bei der AG vertretbar sein mag (vgl. Roth zit. Anm. 41) ist für die Genossenschaft abzulehnen: Bei ihr muss die Mitgliederkontrolle wirksam bleiben, weil eine Regelung über den (Wertpapier)markt, wie sie bei Aktiengesellschaften mit handelbaren Papieren spielen mag, ausgeschlossen ist.

⁷⁵ Zum Problem der Einführung der Delegiertenversammlung in einem künftigen Aktienrecht vgl. Hans Peter Weber-Dürler: Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussfassungsformen im

⁷¹ Zum Problem der Minimalsteuern vgl. etwa Irene Blumenstein: Die Minimalsteuer der Kantone Waadt, Wallis und Thurgau unter dem Gesichtspunkt des Verfassungsrechts, Archiv für schweiz. Abgaberecht 34 (1965/66) 1 ff.; Max Imboden: Die Voraussetzungen einer verfassungsmässigen Minimalsteuer, Archiv für schweiz. Abgaberecht 34 (1965/66) 193 ff.; Max Weber: Das Problem einer Minimalsteuer für juristische Personen, Schweiz. Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik 1956, 417 ff.; Forstmoser, Grossgenossenschaften (zit. Anm. 5) 257 ff.; ders.: Kommentar (zit. Anm. 6) Syst. Teil N 573 ff. Vgl. ferner BGE 61 I 321 ff., 92 I 439 ff., 94 I 37 ff., 96 I 64 ff. sowie 96 I 560 ff.

⁷² Vgl. die Übersicht bei Capitaine (zit. Anm. 43) passim.

– etwa in Anlehnung an den Art. 879 des geltenden Rechts, der die unübertragbaren Kompetenzen der Generalversammlung aufzählt. Die Grenze für die obligatorische Einführung der Delegiertenversammlung wäre vielleicht wie im deutschen Recht⁷⁶ bei 3000 Mitgliedern zu ziehen, vielleicht aber auch schon bei 1000 Mitgliedern.

Die Mitgliederversammlung sollte bei Grossgenossenschaften gänzlich ausgeschaltet werden, da hier die Gefahr reiner Zufallsentscheide oder der Dominanz einer organisierten Minderheit zu gross ist. An ihre Stelle hätte die Urabstimmung – die schriftliche Stimmabgabe per Post also – zu treten, wobei ihre Funktionen zugunsten der Delegiertenversammlung stark einzuschränken wären.

schweizerischen Gesellschaftsrecht, Abhandlungen zum schweizerischen Recht Nr. 420 (Bern 1973) 161 ff. und die dort zit. vorab deutschen Autoren. – *Weber-Dürler* lehnt die Einführung der Delegiertenversammlung bei der grossen AG de lege ferenda ab, vgl. 168.

⁷⁶ § 43 a Abs. I.

VII. Schlussfolgerungen

Fassen wir zusammen: Die Genossenschaft ist eine bewährte und im System des schweizerischen Rechts notwendige und zweckmässige Rechtsform. Doch ist nicht zu übersehen, dass heute eine Tendenz zur Abkehr von der Genossenschaft besteht, und zwar auch in Bereichen, in denen sie funktionell die richtige Organisationsform ist. Andererseits sind einige fragwürdige Umstände zu registrieren: die stiftungsmässigen Tendenzen bei einzelnen Grossgenossenschaften und ungerechtfertigte Differenzen zwischen Aktienrecht und Genossenschaftsrecht. Hier sollte eine partielle Reform die nötigen Konsequenzen ziehen, einerseits die wünschbare Flexibilität für die Bewältigung genossenschafts«typischer» Funktionen gewähren, andererseits stiftungsmässige Elemente zurückdämmen, den Schutz des Rechtsverkehrs gewährleisten und allfällige bestehende oder künftige Wettbewerbsvorteile der Genossenschaft gegenüber der AG verhindern.