

HUNDERT JAHRE SCHWEIZERISCHES GENOSSENSCHAFTSRECHT

Das Genossenschaftsrecht der Neuzeit ist weltweit in ständiger Auseinandersetzung mit der Genossenschafts*idee* entwickelt worden¹; die Genossenschaft als Rechtsform ist – weit stärker als etwa die Aktiengesellschaft – geprägt von der Ausrichtung auf ein Leitbild, einen in Doktrin und wirtschaftlicher Realität entwickelten Typus und durch die Auseinandersetzung mit diesem Typ. Die Entwicklung des *schweizerischen* Genossenschaftsrechts und seine heutige Ausgestaltung ist ein Musterbeispiel für diese Beziehung.

Der folgende Beitrag soll aufzeigen, wie die modern-rechtliche Genossenschaft im schweizerischen Recht entstanden ist: von der fehlenden oder mehr zufälligen Ordnung in den kantonalen Rechten des 19. Jahrhunderts² über die noch weitgehend «neutrale» Regelung im Obligationenrecht von 1881³ zur ausgesprochen typgerechten Ausgestaltung im revidierten Obligationenrecht von 1936^{3a}, die anschließend Doktrin und Praxis weiterentwickelt und modifiziert haben⁴. Den Anfang bilden eini-

¹ Vgl. dazu insb. Kurt Hanns EBERT, *Genossenschaftsrecht auf internationaler Ebene*, 2 Bände, Marburg a. d. Lahn 1966; William S. BARNES, *Les principes fondamentaux de la coopération en droit comparé*, Diss. Genf 1962; Laszlo VALKO, *Internationale Grundsätze des Genossenschaftsrechts*, *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen* 8 (1958) 205 ff.; Max GERWIG, *Schweizerisches Genossenschaftsrecht*, Bern 1957, 29 ff.; Peter FORSTMOSER, *Berner Kommentar zum Genossenschaftsrecht* Lieferung 1, Bern 1972, Syst. Teil N 19 ff., mit weiteren Angaben.

² Dazu II.

³ Dazu III.

^{3a} Dazu IV.

⁴ Dazu V.

ge Hinweise auf die Ursprünge des Genossenschaftswesens und ihren Einfluß auf das Genossenschaftsrecht⁵. Abgeschlossen werden soll die Arbeit durch einen rechtspolitischen Ausblick⁶.

I. Genossenschaftswesen und Genossenschaftsidee

1. Die Ursprünge des Genossenschaftswesens

a) Die Anfänge des modernen Genossenschaftswesens liegen im 19. Jahrhundert⁷. Sowohl in ihren geistigen Grundlagen wie auch in ihren ersten Realisierungen kennzeichnet sich diese Bewegung als *Reaktion auf den Hochkapitalismus* und die durch ihn geschaffene wirtschaftliche Lage⁸.

Freilich bestehen zwischen den modernen Genossenschaften und den genossenschaftlichen Organisationen früherer Zeiten Gemeinsamkeiten⁹. Zu einem richtigen Verständnis des neuzeitlichen Genossenschaftswesens gelangt man aber m. E. nur, wenn man sich der grundlegenden *Unterschiede zwischen der modernen Genossenschaft und den Genossenschaftsbildungen der vorliberalen Zeit* voll bewußt ist. In der Literatur sind diese Unterschiede zu Recht immer wieder betont worden, so etwa in der Schweiz von Arnold GYSIN¹⁰, Remigius BÄRLOCHER¹¹ und von GERWIG¹². Auch das geltende schweizerische Recht trägt den wesensmäßigen Verschiedenheiten zwischen der vorliberalen und der modernen Genos-

⁵ Dazu I.

⁶ Dazu VI.

⁷ Ausführliche Literaturhinweise zur Geschichte des Genossenschaftswesens bei FORSTMOSER (zit. Anm. 1) Syst. Teil N 25 ff.

⁸ Vgl. dazu GERWIG (zit. Anm. 1) 26 ff.; August EGGER, Revision des Genossenschaftsrechts, ZSR 41 (1922) 107a ff., 114a ff.; Ernst GRÜNFELD, Das Genossenschaftswesen, volkswirtschaftlich und soziologisch betrachtet, Halberstadt 1928, 105 f.

⁹ Vgl. Heinz PAULICK, Das Recht der eingetragenen Genossenschaften, ein Lehr- und Handbuch, Karlsruhe 1956, 20 ff., der aber auch die Unterschiede klar hervorhebt; ferner etwa Max GUTZWILLER, Zürcher Kommentar zum Genossenschaftsrecht Bd. I, Zürich 1946–1972, Einleitung N 1 ff.

¹⁰ Ergebnisse und Erfordernisse der Revision des Genossenschaftsrechts, ZSR 50 (1931) 317 ff., 323.

¹¹ Die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Kapitalgesellschaft (Diss. Bern 1941 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht 183) 4 f.

¹² Zit. Anm. 1, 31 ff.

senschaft Rechnung: Es beläßt die Genossenschaften der früheren Zeit, die sich bis heute erhalten haben, unter den Bestimmungen des kantonalen Rechts¹³ und ordnet bundesrechtlich nur die «modernen» Genossenschaften.

b) «Alles Genossenschaftswesen ist aus der Not geboren»¹⁴. Den Anstoß zu den ersten Genossenschaftsgründungen gab die bittere materielle *Notlage*, in die große Teile der Bevölkerung durch kapitalistische Wirtschaftsformen geraten waren. «Das Gemeinsame aller neueren, innerhalb des Hochkapitalismus entstandenen Genossenschaften ist der Schutz der Schwachen, wie groß auch im einzelnen die Unterschiede sein mögen»¹⁵. Dieser Schutz soll durch ein geschlossenes Vorgehen der wirtschaftlich Benachteiligten selbst, in *gemeinsamer Selbsthilfe* also, erreicht werden.

Am Anfang der neuzeitlichen Genossenschaftsbewegung steht damit ein wirtschaftliches Ziel: die *Verbesserung der sozialen Lage durch gemeinsame Selbsthilfe*.

Das Motiv, soziale Not in Selbsthilfe zu lindern, liegt auch den *schweizerischen* Genossenschaften des 19. Jahrhunderts zugrunde¹⁶. Auch hier setzte die Entwicklung einer eigentlichen Genossenschaftsbewegung in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts ein¹⁷.

c) Das Ziel, in gemeinsamer Selbsthilfe wirtschaftliche Zwecke zu verfolgen, wird freilich von allem Anfang an in doppelter Hinsicht *modifiziert*:

– Einmal ist es charakteristisch, daß sich die Genossenschaften neben ihrem wirtschaftlichen Hauptzweck stets auch *nicht wirtschaftlichen*,

¹³ Vgl. ZGB 59 III und dazu etwa Marco JAGMETTI, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, in: Schweiz. Privatrecht Bd. I, Basel 1969, insb. 265 ff.; Eugen HUBER, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechtes Bd. I, Basel 1886, 163 ff.; August EGGER, Zürcher Kommentar zum Personenrecht, 2. A. Zürich 1930, Art. 59 N 27 ff.; GUTZWILLER (zit. Anm. 9) 12 ff. (mit weiteren Literaturangaben), 25 sowie Art. 829 N 10 ff.; FORSTMOSER (zit. Anm. 1) Syst. Teil N 623 ff., mit Literaturangaben in N 584 f.

¹⁴ EGGER, Revision (zit. Anm. 8) 109a; ebenso GERWIG (zit. Anm. 1) 24; GRÜN-FELD (zit. Anm. 8) 105.

¹⁵ Georg WEPPERT, Die kulturellen Aspekte des Genossenschaftswesens, in: Aktuelle Genossenschaftsprobleme, Basel o. J., 155 ff., 161.

¹⁶ Vgl. etwa EGGER, Revision (zit. Anm. 8) 110a ff.; GERWIG (zit. Anm. 1) 44 ff.

¹⁷ Vgl. aber den Hinweis von Max KUMMER in ZBJV 114 (1978) 548 ff. auf «moderne» Genossenschaften, die bereits 1811 im Raume Genf bestanden.

kulturellen Aufgaben verpflichtet gefühlt haben¹⁸. Das Hauptgewicht lag dabei auf dem Bildungswesen.

– Eine Eigenart der Genossenschaften ist es sodann, daß ihr Wirkungskreis seit jeher über den Dienst an ihren Mitgliedern und über die bloße Selbsthilfe hinaus ging: Die Genossenschaften hielten und halten sich stets auch *gegenüber der Allgemeinheit verpflichtet*. «Le service à rendre ne s'inspire pas seulement de l'intérêt des membres, mais de l'intérêt de la communauté dans son ensemble»¹⁹. Diese Verantwortlichkeit nach zwei Seiten hin ist treffend als «doppelte Dienstfunktion» der Genossenschaft bezeichnet worden²⁰. – Eine Besonderheit der frühen *schweizerischen* Genossenschaftsbewegung liegt sodann darin, daß häufig begüterte Leute, namentlich Fabrikanten, die treibende Kraft waren²¹. Auch hierin liegt eine Ergänzung der reinen Selbsthilfeidee durch eine gemeinnützige Komponente.

2. Die Bedeutung der Genossenschaftsidee im Genossenschaftswesen

Das Genossenschaftswesen wird getragen von einem ausgeprägten *Traditionsbewußtsein*²². In keinem anderen wirtschaftlichen Sektor kommt bestimmten überlieferten Grundsätzen eine auch nur annähernd gleiche Bedeutung zu.

Klassisch ist etwa im Rahmen der Konsumgenossenschaftsbewegung die Berufung auf die sogenannten *Grundsätze von Rochdale*, die 1844 von einigen englischen Leinenwebern aufgestellt wurden. Diese hatten sich zusammengefunden, um einen Laden zu betreiben und die Möglichkeit zu erhalten, durch gemeinsamen Einkauf und Vertrieb günstige und reelle Waren zu erwerben. Die Rochdaler Grundsätze, deren Einfluß auf das geltende schweizerische Recht offenkundig ist, lauten wie folgt:

¹⁸ Vgl. hierzu etwa GYSIN (zit. Anm. 10) 335; FORSTMOSER (zit. Anm. 1) Syst. Teil N 100 ff., mit weiteren Angaben.

¹⁹ Paul LAMBERT, *La doctrine coopérative* (3. A. Brüssel 1964) 10, vgl. auch 245 f.; ebenso Heinz PAULICK, *Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung*, Tübingen 1954, 10; Emory S. BOGARDUS, *Principles of co-operation*, Washington 1952, 38 ff.

²⁰ Cornel J. BOCK, *Unzeitgemäße Betrachtungen zur Genossenschaftsidee*, *Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen* 18 (1968) 43 ff., 51.

²¹ Vgl. dazu GERWIG (zit. Anm. 1) 45 f., 50; GUTZWILLER (zit. Anm. 9) 32.

²² Vgl. statt vieler Paul LAMBERT (zit. Anm. 19) passim.

1. Offene Mitgliedschaft
2. Demokratische Verwaltung (ein Mann, eine Stimme)
3. Rückvergütung im Verhältnis zu den Einkäufen
4. Beschränkte Verzinsung des von den Mitgliedern zur Verfügung gestellten Kapitals
5. Politische und konfessionelle Neutralität
6. Barzahlung
7. Verwendung eines Teils des Überschusses für Bildungszwecke.

Die Grundsätze von Rochdale sind *bis heute ein Ausgangspunkt genossenschaftlichen Denkens* geblieben. Ein Komitee des Internationalen Genossenschaftsbundes, das in den Dreißigerjahren den Auftrag hatte, die allfällige Revisionsbedürftigkeit dieser Prinzipien abzuklären, kam zum Schluß «that no modification of the Rochdale Principles is either necessary or desirable»²³. Dreißig Jahre später wurde dieses Ergebnis erneut bestätigt: «Weit davon entfernt, veraltet zu sein, repräsentieren die Prinzipien von Rochdale in all dem, was sie an Wesentlichem enthalten, die Jugend und die Hoffnung der heutigen Zivilisation»²⁴.

Die Literatur zum Genossenschaftswesen geht regelmäßig von diesen und ähnlichen überlieferten Grundsätzen aus und betont ihre Weitergeltung²⁵.

Diese traditionsbewußte Grundhaltung findet sich nun nicht nur in einer mehr im Ideellen verhafteten Genossenschaftsbewegung, sondern auch bei den im Wirtschaftsleben stehenden *Gesellschaften in der Rechtsform der Genossenschaft*. Sie wird in der Schweiz gepflegt im Rahmen der Genossenschaftsverbände, beim VOLG und weiteren landwirtschaftlichen Genossenschaften, bei Coop und beim Schweizer Verband der Raiffeisenkassen, in gewissen Schranken auch bei der Migros. Sie bleibt damit nicht auf der Ebene des Theoretischen, sondern hat durchaus praktische Auswirkungen.

²³ Special Committee on the present application of the Rochdale Principles, in: Report on the Present Application of the Rochdale Principles ..., London 1934, 157.

²⁴ Paul LAMBERT, Der Internationale Genossenschaftsbund und die Prinzipien von Rochdale, Annalen der Gemeinwirtschaft 1965, 504; vgl. auch DERS., Les principes de Rochdale sont actuels, Brüssel 1965.

²⁵ Beispiele sind etwa Henry FAUCHERRE, Grundriß der Wirtschafts- und Genossenschaftskunde, Basel 1933, 21 ff.; Hans Jürgen SERAPHIM, Die geistigen Grundlagen der Konsumgenossenschaften von heute, Hamburg 1957, 19f.; Frank ROBOTKA, A Theory of Co-operation, o. O. 1947.

3. Die Bedeutung der Genossenschaftsidee für das Genossenschaftsrecht

Von Bedeutung ist diese traditionsbewußte Haltung, die Ausrichtung praktischer Tätigkeit auf die Genossenschaftsidee in unserem Zusammenhang deshalb, weil auch in der schweizerischen *Rechtsentwicklung* die Besinnung auf das geschichtliche Werden und die besondere Eigenart der Genossenschaft eine bedeutsame, im Laufe der Zeit freilich unterschiedliche Rolle gespielt hat. Dies sei im Folgenden anhand der Entwicklungsgeschichte des schweizerischen Genossenschaftsrechts aufgezeigt.

II. Die Genossenschaft in der kantonalrechtlichen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts ²⁶

a) Von den kantonalrechtlichen Kodifikationen sieht einzig diejenige Zürichs eine korporative Rechtsform eigener Art für die Genossenschaften vor ²⁷. Die Regelung des *Zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuches* (PGB) vermag jedoch den Besonderheiten der neuzeitlichen Genossenschaft in keiner Weise gerecht zu werden ²⁸: In § 21 des PGB, wo erstmals im Gesetz von der Genossenschaft die Rede ist, geht es um herkömmliche Organisationsformen der gemeinsamen Nutzung von Wald und Weide ²⁹: Gesprochen wird in § 21 von den «Korporationen der Gerechtigkeitsbesitzer», wobei BLUNTSCHLI in seinen Erläuterungen zum Gesetz erklärt: «Gewöhnlich ist eine Waldung oder sind Nutzungsrechte an einer Waldung der Hauptbestandteil ihres Vermögens, welches aus ursprünglicher Allmende zu privatrechtlichem Genossenschaftsgute geworden ist» ³⁰. In § 22 ist von «Aktienverbindungen» die Rede und wird in den

²⁶ Vgl. hierzu etwa Arthur BAUHOFFER, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853–55, ZSR 46 (1927) 1 ff.; GERWIG (zit. Anm. 1) 76 ff.; GUTZWILLER (zit. Anm. 9) 18 f., 57 f.; Ivo PEKO-KACIC, Die geschichtliche Entwicklung des genossenschaftlichen Rechtsgedankens in der Schweiz ..., Diss. Bern 1956, 11 ff.

²⁷ GERWIG (zit. Anm. 1) 78 f.; FORSTMOSER (zit. Anm. 1) Syst. Teil N 206.

²⁸ Zu positiv diesbezüglich Eugen HUBER, Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1920, nachstehend Bericht I, 140 f.

²⁹ Wie sie noch heute durch ZGB 59 III dem kantonalen Recht vorbehalten bleiben, dazu vorn bei Anm. 13.

³⁰ Das zürcherische PGB, mit Erläuterungen, herausgegeben von Dr. BLUNTSCHLI, 3. A. 1855, Anm. 1 zu § 21.

Erläuterungen ausgeführt: «Die Aktiengesellschaft ist eine Genossenschaft». In § 29 endlich wird bestimmt, es sei bei Korporationen mit Teilrechten «in der Versammlung der Genossenschaft nicht nach Personen, sondern nach Theilrechten zu stimmen». All dies zeigt, daß die AG von der Genossenschaft noch kaum getrennt war, daß vielmehr der Begriff «Genossenschaft» als Oberbegriff von privaten Organisationsformen mit eigener Rechtspersönlichkeit verstanden wurde, zu denen auch die Aktiengesellschaften zählten.

b) Auch die vor allem in den Westschweizer Kantonen anzutreffende «société à capital variable»³¹ ist nicht als Vorläuferin der modernrechtlichen Genossenschaft zu verstehen: Mit ihr gemeinsam hat sie zwar das veränderliche Grundkapital, doch ist dieses bei der modernen Genossenschaft eher eine Folge des Prinzips der offenen Tür als ein besonderer Wesenszug^{32,33}.

c) Vorläufer der modernen Genossenschaften in der Zeit der kantonalrechtlichen Kodifikationen waren viel eher gewisse *Aktiengesellschaften*, die in ihrer Struktur durchaus genossenschaftlich konzipiert waren, wie etwa der Konsumverein Zürich³⁴.

III. Das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 (altOR) und seine Weiterentwicklung

1. Die Zeit vor 1881

Weder der Entwurf MUNZINGERS noch der von FICK enthalten Bestimmungen für die Genossenschaft³⁵. Erst während der *parlamentarischen*

³¹ Zu dieser Erscheinungsform in den kantonalen Rechten vgl. PEKO-KACIC (zit. Anm. 26) 12f.

³² Dazu ausführlich FORSTMOSER (zit. Anm. 1) Art. 828 N 107 ff., insb. 118.

³³ Zur société à capital variable vgl. etwa Fritz HUMMLER, Die Gesellschaft mit veränderlichem Kapital im französischen und im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1926, insb. 56 ff., 84 ff.; Georges CAPITAINE, Contribution à l'étude de la société à capital variable en droit suisse, ZBJV 59 (1923) 265 ff.; ferner Peter FORSTMOSER, Großgenossenschaften (Diss. Zürich 1970 = Abhandlungen zum schweizerischen Recht 397) 119.

³⁴ Dazu ausführlich Hans MÜLLER, Die schweizerischen Konsumgenossenschaften, ihre Entwicklung und ihre Resultate, Basel 1896.

³⁵ HUBER, Bericht I (zit. Anm. 28) 141; PEKO-KACIC (zit. Anm. 26) 22.

Beratungen wurde dem Gesetzesentwurf ein Titel über die Genossenschaften beigelegt.

Die Ordnung des Genossenschaftsrechts im altOR geht auf einen Antrag von BLUNTSCHLI zurück, und dieser wurde auch mit der Redaktion dieses Titels betraut. Der Vorschlag BLUNTSCHLIS ist in der Folge von den Ratskommissionen ohne wesentliche Änderungen übernommen und in den Gesetzesentwurf eingefügt worden ³⁶.

2. Das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881

a) Die Äußerungen zur Genossenschaft in den *Materialien* zum altOR sind dürftig. Die bundesrätliche Botschaft vom 27. November 1879 begnügt sich damit, die ausländischen Vorbilder der schweizerischen Regelung aufzuführen und auf ein paar Bestimmungen hinzuweisen ³⁷. Im Bericht der ständerätlichen Kommission ³⁸ findet sich zur Genossenschaft nur der folgende Passus:

«Die wesentlich dem deutschen Gesetze über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft nachgebildete Organisation der 'Genossenschaften' betrachten wir als eine den Bedürfnissen des modernen Verkehrs entsprechende, praktische Bereicherung der Gesellschaftsformen» ³⁹.

Der Bericht der nationalrätlichen Kommission ⁴⁰ schweigt sich zur Genossenschaft überhaupt aus.

b) Das Gesetz selber zeichnet sich durch eine *knappe* ⁴¹ und *äußerst liberale* *Regelung* der Genossenschaft aus ⁴², und seine Vorzüge werden

³⁶ Daraus erklären sich auch die redaktionellen Besonderheiten, durch die sich der Titel über die Genossenschaften von den übrigen Bestimmungen des Körperrechts unterscheidet, vgl. HUBER, Bericht I (zit. Anm. 28) 141. – Allgemein zu den Einflüssen Bluntschlis und seines PGB auf das altOR: Hans MERZ, Die Quellen des schweizerischen Obligationenrechts von 1881..., in: Festschrift Zweigert, Tübingen 1981, 667 ff.

³⁷ BB1 1880 I 219 ff., 223.

³⁸ BB1 1880 III 149 ff.

³⁹ S. 175.

⁴⁰ BB1 1881 I 153 ff.

⁴¹ Das Genossenschaftsrecht wird im altOR in 38 Artikeln geregelt, die AG dagegen in 64.

⁴² Näheres bei Gottlieb BACHMANN, Die Genossenschaft, in: SCHNEIDER/FICK, Das schweizerische Obligationenrecht, Titel 23 bis Schluß, Zürich 1915, 243 ff.;

später von Eugen HUBER in der großen «Anpassungs- und Entwicklungsfähigkeit»⁴³ erblickt⁴⁴.

In der Legaldefinition⁴⁵ werden die Genossenschaften recht farblos umschrieben als

«Personenverbände, welche, ohne zu den in den Titeln XXIV bis XXVI normierten Gesellschaften zu gehören, gemeinsame Zwecke des wirtschaftlichen Verkehrs verfolgen ...».

Ansätze zu einer Ausrichtung auf die Genossenschaftsidee finden sich darin, daß für die Gründung die Mindestzahl von sieben Mitgliedern verlangt⁴⁶ und daß übermäßige Austritterschwerungen verboten werden⁴⁷. Einige weitere wichtige genossenschaftliche Grundsätze – namentlich die Prinzipien der offenen Mitgliedschaft⁴⁸ und der einen Stimme pro Kopf⁴⁹ – sind zwar bereits im Gesetz enthalten, aber nur in Normen dispositiver Natur. Ein Artikel⁵⁰ befaßt sich speziell mit gewinnstrebigen Genossenschaften⁵¹, und für die Liquidation wird – dispositiv – die Verteilung des Überschusses an die dannzumaligen Gesellschafter vorgesehen⁵². Genossenschaften können sodann auch mit einem festen Grundkapital gegründet werden⁵³. – Von einem Bewußtsein der besonderen Eigenart des genossenschaftlichen Zusammenschlusses kann also kaum die Rede sein.

In einer Hinsicht allerdings stand das altOR dem überpositiven Genossenschaftstypus näher als das heutige Recht: In Art. 689 sah es

Leo KIRCHHOFER, Beiträge zum schweizerischen Genossenschaftsrecht, Winterthur 1888; PEKO-KACIC (zit. Anm. 26) 23 ff.; GERWIG (zit. Anm. 1) 81 ff.; HUMMLER (zit. Anm. 33) 62 ff.

⁴³ Bericht I (zit. Anm. 28) 141.

⁴⁴ Ähnlich auch Rudolf Peter HAFER, Die personenrechtliche und kapitalistische Struktur der Genossenschaft im neuen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1938, 48 f.

⁴⁵ AltOR 678.

⁴⁶ AltOR 679.

⁴⁷ AltOR 684 II.

⁴⁸ AltOR 683.

⁴⁹ AltOR 707.

⁵⁰ AltOR 703.

⁵¹ Dazu Hans BAUR, Der Genossenschaftsanteil bei den kapitalistisch organisierten Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Diss. Bern 1917, insb. 14 ff.

⁵² AltOR 713.

⁵³ Zur Kritik vgl. HUBER, Bericht I (zit. Anm. 28) 142.

eine – statutarisch ausschließbare⁵⁴ – subsidiäre unbeschränkte Haftpflicht der Gesellschafter vor, was die enge Verbindung der Genossenschaften zu ihren Mitgliedern betonte.

3. Die Gesetzesnovelle vom 30. März 1911 und der Bundesratsbeschluß vom 8. Juli 1919

a) Anlässlich der *Gesetzesrevision von 1911* wurden die Titel 24–33 des altOR und damit auch das Genossenschaftsrecht⁵⁵ inhaltlich unverändert in der alten Artikelfolge übernommen⁵⁶. Ein Vorschlag des Bundesrates, die Bestimmungen über die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft spezialgesetzlich zu regeln⁵⁷, wurde schon durch die Expertenkommission des Nationalrats abgelehnt⁵⁸.

b) Dagegen wurde durch den als Notverordnung erlassenen *Bundesratsbeschluß (BRB) vom 8. Juli 1919* die gesetzliche Regelung der Genossenschaft dem Genossenschaftstypus einiges näher gebracht: Der BRB verbietet Neugründungen von Genossenschaften mit einem festen Grundkapital⁵⁹, und er sanktioniert die bundesgerichtliche Praxis, wonach die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft nicht in einem Inhaberpapier verbrieft werden darf⁶⁰. Im übrigen enthält der BRB hauptsächlich Schutzmaßnahmen gegen die wirtschaftliche Überfremdung⁶¹.

4. Die Weiterentwicklung des Genossenschaftsrechts in der Gerichtspraxis⁶²

a) Aufgabe der Gerichte war es, die auf weite Strecken auslegungs- und ergänzungsbedürftige Regelung des altOR auszubauen und die tragen-

⁵⁴ Vgl. altOR 688.

⁵⁵ 27. Titel.

⁵⁶ Näheres bei PEKO-KACIC (zit. Anm. 26) 49 ff.

⁵⁷ Vgl. Botschaft vom 3. März 1905, BBl 1905 II 8.

⁵⁸ Vgl. Stenographisches Bulletin des Nationalrats 1909, 460.

⁵⁹ Art. 678 II.

⁶⁰ Art. 678 III.

⁶¹ Vgl. Bericht des Bundesrates ... über den Bundesratsbeschluß vom 8. Juli 1919 ..., BBl 1919 IV 503 ff.

⁶² Vgl. hierzu Max GUTZWILLER, Die Genossenschaft im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur, Festgabe der Freiburger Fakultät (1943) 211 ff.; ferner GERWIG (zit. Anm. 1) 84; PEKO-KACIC (zit. Anm. 26) 51 ff. und FORSTMOSER, Kommentar (zit. Anm. 1) N 413 ff.

den Ideen der genossenschaftlichen Struktur herauszukristallisieren. Diese Weiterentwicklung ist «in erster Linie das Verdienst der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die sich um die Herausarbeitung des «genossenschaftlichen Typus» erfolgreich bemüht hat und so der abstrakten Rahmenregelung erst den plastischen Gehalt gab»⁶³.

b) Die Entscheide zum altOR zeigen eindrucklich die «*enorme sachliche Spannweite*»⁶⁴ des Genossenschaftsrechts. Sie befassen sich teils mit durchaus typischen Genossenschaften, teils mit Gesellschaften kapitalistischer Struktur, die sich dem Genossenschaftsrecht einzig wegen seiner freiheitlichen Ausgestaltung unterstellt hatten, teils auch mit Mischformen, bei denen eine systematische Eingliederung schwerfällt⁶⁵.

c) Das Bundesgericht hat dennoch die *personalistische Struktur* der Genossenschaft und damit die wesensmäßigen Unterschiede gegenüber der Aktiengesellschaft früh erkannt. Bereits in BGE 27 II 530 (1901) wird betont:

«Die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft ... ist ... durchaus persönlicher Natur und verselbständigt sich nicht [wie bei der Aktiengesellschaft] in einer Urkunde, der Aktie, durch deren Erwerb sie begründet werden kann.»

Und im Jahre 1905 findet sich – in BGE 31 II 677 – die folgende luzide Gegenüberstellung dieser beiden Körperschaftsformen:

«Wenn bei der Aktiengesellschaft das Recht der Mitgliedschaft allerdings in Geld geschätzt zu werden pflegt, so ist daraus in Bezug auf die Genossenschaft nichts abzuleiten. Denn das Interesse eines jeden Mitgliedes, die ihm statutarisch oder von Gesetzes wegen zustehenden Rechte persönlich auszuüben und ihm überbundene Pflichten ebenfalls persönlich zu erfüllen, tritt bei der Genossenschaft meistens nicht in dem Maße, wie bei der Aktiengesellschaft, gegenüber rein pekuniären Interessen in den Hintergrund, weshalb denn auch das Recht der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft nicht, wie bei der Aktiengesellschaft ..., im Zweifel veräußerlich ist.»

⁶³ Arnold KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss. Freiburg i. Ü. 1966, 74. Die bundesgerichtliche Judikatur zum altOR ist von GUTZWILLER in einer systematischen Studie (zit. Anm. 62) referiert worden. Die Darstellung behandelt auch die ersten, grundlegenden Entscheide zum revidierten OR.

⁶⁴ GUTZWILLER, Judikatur (zit. Anm. 62) 271.

⁶⁵ Vgl. die zahlreichen Beispiele bei GUTZWILLER, Judikatur (zit. Anm. 62) 223 ff.

Einzelne Entscheide lassen allerdings dieses Bewußtsein der genossenschaftlichen Eigenart vermissen. So wird in BGE 48 I 146 (1922) – einem steuerrechtlichen Entscheid – die Rückvergütung einer Genossenschaft ziemlich unbedenklich der aktienrechtlichen Dividende gleichgesetzt und davon ausgegangen,

«daß die Rückvergütung gleich der Dividende des Aktionärs ... sich als aus der Beteiligung eines Mitgliedes beim Verein hervorgehender, damit bezweckter und ihr angepaßter Gewinn betrachten läßt.»

d) Während der jahrzehntelangen Revisionsarbeiten zum OR von 1936⁶⁶ entwickelten sich reiche *Wechselbeziehungen zwischen Gerichtspraxis und rechtspolitischer Arbeit*. «... in dem Maße, als das Erneuerungsbedürfnis hervortritt und die dahin zielenden Arbeiten fortschreiten, beginnt eine gegenseitige Befruchtung: während sich einerseits die gesetzgebenden Faktoren die Ergebnisse der Judikatur zu Nutzen machen, wirkt umgekehrt die in Inangriffnahme einer grundsätzlichen, die (wesentlichen) Punkte heraushebenden Revision wahrnehmbar auf die Rechtsprechung zurück»⁶⁷. Die Folge ist eine «unmerkliche Intensivierung der genossenschaftlichen Charakterzüge»⁶⁸, durch welche deren Eigenart immer deutlicher hervortritt.

Zeugnis von dieser Vertiefung legt etwa BGE 61 II 188 ff (1935) – einer der letzten Entscheide unter der Herrschaft des altOR – ab: Anlässlich der Beurteilung des Rechts auf Austritt wird hier ausgeführt:

«In der Tat hat die unzulängliche Fassung des Gesetzes die Bildung von Genossenschaften ermöglicht, die sich von den Aktiengesellschaften im wesentlichen bloß noch durch das veränderliche Grundkapital unterscheiden. Allein das bedeutet gegenüber dem gesetzgeberischen Gedanken, von welchem das Genossenschaftsinstitut beherrscht ist, nichtsdestoweniger eine Entfremdung, die für die prinzipielle Frage des Austrittes aus wichtigen Gründen nicht maßgebend sein kann. Es ist vielmehr auf den gesetzlich primären Charakter der Genossenschaft als Personengemeinschaft abzustellen, der übrigens bei der großen Mehrzahl der Genossenschaften auch tatsächlich gewahrt ist ...»⁶⁹.

⁶⁶ Dazu nachstehend IV.

⁶⁷ GUTZWILLER, Judikatur (zit. Anm. 62) 245 f. – ein Beispiel ist etwa BGE 53 II 294.

⁶⁸ GUTZWILLER, Judikatur (zit. Anm. 62) 245.

⁶⁹ S. 192.

Das Bewußtsein des *nicht kapitalistischen Charakters* der Genossenschaft ist in diesen – weit eher auf das künftige als auf das (noch) geltende Recht ausgerichteten – Erörterungen klar zum Durchbruch gekommen.

IV. Die Reformarbeiten der Jahre 1919–1936 ⁷⁰

1. Der Entwurf Eugen Hubers von 1919 zur Revision des Gesellschaftsrechts

a) 1911 war Eugen HUBER der Auftrag erteilt worden, die Revision der dritten Abteilung des OR ⁷¹ vorzubereiten. 1914–15 legte Huber einen ersten Entwurf über das Handelsgesellschaftsrecht vor, der 1916 in einem kleinen Gremium beraten wurde. Ein neuer Entwurf, der sich nun auf die ganze (bisherige) dritte Abteilung erstreckte, wurde 1917 in einer erweiterten Kommission beraten ⁷². Ende 1919 legte Eugen HUBER den Entwurf eines BG betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vor ⁷³, im März 1920 einen Bericht über die Revision dieser Titel ^{73a}. Die dritte Abteilung, die auch das Genossenschaftsrecht enthält, ist mit der Überschrift «*Die Handelsgesellschaften*» versehen, wobei HUBER im Bericht I ⁷⁴ beifügt, daß «nicht übersehen ist, daß die Genossenschaften nicht immer als Handelsgesellschaften auftreten».

Der Entwurf I wird *dem besonderen Charakter der Genossenschaft besser gerecht* als das altOR. Huber ließ sich nach seinen eigenen Äußerungen

⁷⁰ Vgl. dazu BÄRLOCHER (zit. Anm. 11) 14 ff.; Ernest DURTSCHI, Zur Revision des Genossenschaftsrechtes, Brugg 1932; EGGER, Revision (zit. Anm. 8); FORSTMOSER, Kommentar (zit. Anm. 1) Syst. Teil N 213 ff.; GERWIG (zit. Anm. 1) 93 ff.; GUTZWILLER, Kommentar (zit. Anm. 9) 61 ff.; GYSIN (zit. Anm. 10); Robert HAAB, Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission ..., ZBJV 62 (1926) 145 ff., insb. 161 ff.; HAFTER (zit. Anm. 44) 53 ff.; Richard KÖNIG, Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Funktionen der Genossenschaft im neuen Obligationenrecht, ZBJV 71 (1935) 457 ff.; DERS.: Die Revision des schweizerischen Genossenschaftsrechtes, Gutachten des Schweizerischen Bauernsekretariates, Brugg 1922; PEKO-KACIC (zit. Anm. 26) 49 ff.; J. ROULET, Nature juridique et organisation des sociétés coopératives, ZSR 41 (1922) 287 ff.; Schweiz. Bauernverband, Die Revision des schweizerischen Genossenschaftsrechts, Brugg 1932.

⁷¹ Der heutigen Abteilungen 3–5.

⁷² Näheres in Bericht I (zit. Anm. 28) 5 ff.

⁷³ Nachstehend Entwurf I.

^{73a} Bericht I.

⁷⁴ S. 10.

vom Gedanken leiten, die Genossenschaftsform nur für diejenigen Unternehmungen zur Verfügung zu stellen,

«für die der Personalverband der Genossenschafter seinem Wesen nach geschaffen ist. Die Verwendung des Gebildes für Zwecke, die ihm seiner Natur nach fremd sind, soll also ausgeschlossen oder doch tunlichst beschränkt werden»⁷⁵.

b) Trotz dieser Zielsetzung enthält der Entwurf HUBER *zahlreiche Bestimmungen*, die im Lichte der Genossenschaftsdoktrin *nicht als adäquat* erscheinen. Während die Genossenschaftstheorie die Gegensätze zwischen der Kapitalgesellschaft und der Genossenschaft betont, steht für Eugen HUBER das *Gemeinsame* im Vordergrund. Dies zeigt sich schon in der Systematik seines Vorschlags: AG, Kommandit-AG, GmbH und Genossenschaft sind im gleichen Titel mit der Überschrift «Die Handelsgesellschaften mit Persönlichkeit» vereint und zudem durch vorangestellte gemeinsame Bestimmungen verbunden⁷⁶. Auch zahlreiche Einzelnormen zeugen von einer Verkennung der genossenschaftlichen Eigenart: Die Mitgliedschaft kann in einem analog zur Namenaktie ausgestalteten Anteilschein verkörpert⁷⁷ und – wenn die Statuten dies vorsehen – mit dem Papier übertragen werden⁷⁸. Das Prinzip der einen Stimme pro Kopf gilt nur dispositiv⁷⁹, ebenso das der offenen Tür⁸⁰. Den Genossenschaftern sollen die gleichen wohlerworbenen Rechte zukommen wie den Aktionären⁸¹. Die gewinnstrebige Genossenschaft ist weiterhin ausdrücklich vorgesehen⁸², und die Stimmkraft kann auch entsprechend dem Anteilscheinbesitz abgestuft werden⁸³. Das Verbot des festen Grundkapitals ist wieder fallengelassen worden⁸⁴. – Damit wäre es nach dem Vorschlag Eugen HUBERS möglich geblieben, die Genossenschaftsform für eine durchaus kapitalbezogen strukturierte Verbindung zu verwenden.

⁷⁵ Bericht I 143.

⁷⁶ Dazu Bericht I 143.

⁷⁷ Entwurf I 810, Bericht I 153.

⁷⁸ Entwurf I 809.

⁷⁹ Entwurf I 832 I.

⁸⁰ Entwurf I 804 I.

⁸¹ Entwurf I 801 II, Bericht I 147.

⁸² Entwurf I 801 II.

⁸³ Entwurf I 832 II.

⁸⁴ Freilich mit der Begründung, es ergebe sich «die Wahrung der Beweglichkeit in der Kapitalgrundlage aus den Vorschriften über die Mitgliedschaft ohne weiteres ...», Bericht I 153.

c) Im Hinblick auf die laufende Revision des Aktienrechts und die damit m. E. notwendig verbundene Reform auch des Genossenschaftsrechts⁸⁵ ist auf zwei Eigenarten der Vorschläge Eugen HUBERS hinzuweisen, die anlässlich der künftigen Revisionsarbeiten wieder diskutiert werden sollten:

– Huber betont, daß wirtschaftlich die Unterscheidung zwischen großen und kleinen Gesellschaften ebenso bedeutsam ist wie die zwischen Genossenschaft und AG⁸⁶. Für *große Gesellschaften* seien besondere Vorschriften in bezug auf Publizität und Kontrolle geboten, und zwar unabhängig von der Rechtsform:

«Sobald aber für die großen Aktiengesellschaften solche besonderen Vorschriften aufgestellt werden, so sieht man den Grund nicht ein, weshalb nicht für Genossenschaften von gleicher Bedeutung dieselben verschärften Bestimmungen gelten sollten»⁸⁷.

– Bemerkenswert ist weiter, daß Eugen HUBER die *Umwandlung* der Genossenschaft in eine AG *ohne Liquidation* vorsah⁸⁸ und damit die Anpassung der Rechtsform an geänderte wirtschaftliche Verhältnisse – m. E. zu Recht – erleichtern wollte⁸⁹.

d) Der Entwurf HUBERS ist – namentlich von genossenschaftlichen Kreisen – heftig *kritisiert* worden⁹⁰. Gerügt worden ist insbesondere die weitgehende Gleichstellung der Genossenschaft mit der AG⁹¹, wodurch auch die echten Genossenschaften für das Verhalten von Pseudogenossenschaften durch strenge Vorschriften bestraft würden.

⁸⁵ Dazu hinten V. lit. b.

⁸⁶ Bericht I 43.

⁸⁷ Bericht I 44; vgl. z. B. Entwurf I 651 III, 662 III. Vgl. neuerdings zu diesem Postulat Peter FORSTMOSER, Das Genossenschaftsrecht, das Recht der GmbH und die Teilrevision des Aktienrechts, SAG 48 (1976) 46 ff.

⁸⁸ Vgl. Bericht I 167 f.

⁸⁹ Vgl. FORSTMOSER, Großgenossenschaften (zit. Anm. 33) 122.

⁹⁰ Vgl. dazu GYSIN (zit. Anm. 10) 317; Arthur HOFFMANN, Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1925, nachstehend Bericht II, 97 f.; Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts, Bern 1928, nachfolgend Protokoll der Expertenkommission, 552, 553.

⁹¹ Vgl. PEKO-KACIC (zit. Anm. 26) 57.

2. Das Referat Eggers zur «Revision des Genossenschaftsrechtes»

Die *entscheidende Wende* in der Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts brachte das von August EGGER dem Schweizerischen Juristenverein im Jahre 1922 erstattete Gutachten⁹². EGGER kritisiert die Grundsatzlosigkeit des bisherigen Genossenschaftsrechts, die es auch reinen Kapitalgesellschaften ermöglicht habe, diese Rechtsform zu wählen. Das schweizerische Recht habe damit Entartungserscheinungen geradezu Vorschub geleistet⁹³. Für die künftige Rechtsentwicklung gelangt EGGER zu folgenden Postulaten:

«Das Genossenschaftsrecht muß die Genossenschaftsbewegung stärken und fördern und alles Hemmende und Lähmende von ihr fernhalten.»

und

«Das Genossenschaftsrecht muß aus dem Genossenschaftsgedanken heraus entwickelt werden»⁹⁴.

Diese *Orientierung an der Genossenschaftsbewegung und der Genossenschaftsidee* bleibt fortan ein maßgeblicher Gesichtspunkt der Revisionsarbeiten.

Aus seiner Grundthese heraus entwickelte EGGER präzise Vorschläge für ein neues Genossenschaftsrecht⁹⁵, die zu einem guten Teil Eingang in das geltende Recht gefunden haben.

3. Der Entwurf von alt Bundesrat Hoffmann, die Beratungen der Expertenkommission und der bundesrätliche Entwurf von 1928

a) Nach dem Tode Eugen HUBERS legte alt Bundesrat HOFFMANN 1923 einen neuen Entwurf zum Gesellschaftsrecht vor⁹⁶. Dieser folgt dem von EGGER vorgezeichneten Weg, erfaßt klar die genossenschaftlichen Eigenarten und bemüht sich speziell um eine scharfe Abgrenzung der Genos-

⁹² Zit. Anm. 8; vgl. auch das Korreferat von ROULET (zit. Anm. 70).

⁹³ Revision (zit. Anm. 8) 135a ff., 139a.

⁹⁴ S. 140a.

⁹⁵ Revision (zit. Anm. 8) 149a ff.

⁹⁶ Arthur HOFFMANN, Entwurf eines BG betreffend die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (1923), nachfolgend Entwurf II.

senschaft gegenüber der AG ⁹⁷. Eindrücklich sind diesbezüglich die Vorbe-
merkungen, die HOFFMANN seinen Erläuterungen zum Genossenschafts-
recht voranstellte ⁹⁸:

«Es wird darauf hingewiesen, daß in vielen Beziehungen die Genossen-
schaft der Aktiengesellschaft nicht nur nicht verwandt, sondern ihr
direktes Gegenstück ist. Die Aktiengesellschaft ist vorwiegend Kapi-
talvereinigung. Die Genossenschaft ist vorwiegend Personenvereini-
gung, die persönliche Anteilnahme der Mitglieder am Geschäftsbetrieb
tritt in den Vordergrund, die Kapitalverbindung in den Hintergrund;
fast immer stehen die Genossenschaften in irgendeiner Verbindung zur
privaten Erwerbs- und Verbrauchswirtschaft ihrer Mitglieder.»

Die einzelnen Normen des Entwurfs II zeugen von dieser stärkeren Be-
rücksichtigung des Genossenschaftsgedankens: Die gemeinsamen Bestim-
mungen für alle Gesellschaften mit Rechtspersönlichkeit sind fallengelassen
worden ⁹⁹. Die Genossenschaft wird in Art. 830 des Entwurfs um-
schrieben als eine

«als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen
Zahl von Personen, die in der Hauptsache die Förderung oder Siche-
rung wirtschaftlicher Interessen der Verbandsmitglieder auf gemein-
wirtschaftlicher Grundlage bezweckt» ¹⁰⁰.

Mit dieser Definition, die der heutigen schon sehr nahe steht, wird erst-
mals der Begriff der Genossenschaft eng gefaßt und den Anforderungen
der Genossenschaftsdoktrin angepaßt. – Der personalistische Grundzug
wird dadurch betont, daß die Bemessung des Stimmrechts nach Maßgabe
der Genossenschaftsanteile kraft zwingenden Rechts verboten wird ¹⁰¹
und daß die Ausschüttung von Dividenden nur in begrenzter Höhe
zulässig sein soll ¹⁰². Zudem wird die Treuepflicht des Genossenschafters
ausdrücklich im Entwurf verankert ¹⁰³.

⁹⁷ Vgl. Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen
Obligationenrechts, Bern 1925, nachfolgend Bericht II, 97 ff.

⁹⁸ Bericht II (zit. Anm. 97) 98.

⁹⁹ Dazu Bericht II 5 ff.

¹⁰⁰ Vgl. dagegen die noch recht unverbindlich gehaltene Definition in E I Art.
794, wonach sich als Genossenschaft «Personen oder Firmen, die zu einer Körper-
schaft verbunden sind, in das Handelsregister eintragen lassen [können], wenn
sie einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck verfolgen».

¹⁰¹ Entwurf II 879; Bericht II 115.

¹⁰² Entwurf II 855; Bericht II 108.

¹⁰³ Entwurf II 862; Bericht II 100.

Die Bindung der Genossenschaft im Rechtssinn an den von der Genossenschaftslehre entwickelten Genossenschaftstypus wird dadurch verstärkt, daß – im Gegensatz zum Entwurf I – zahlreiche Gesetzesbestimmungen *zwingend* ausgestaltet werden ¹⁰⁴.

b) Der Entwurf HOFFMANN wurde in der Folge von einer *Expertenkommission* durchberaten, ohne daß dabei grundsätzliche Änderungen des Genossenschaftsrechts vorgenommen worden wären. Deutlich kommt im Protokoll dieser Kommission der Wille zum Ausdruck, Pseudogenossenschaften auszuschalten und diese Rechtsform nur noch «wirklichen», «echten» Genossenschaften offen zu halten ¹⁰⁵. Aus dieser Grundhaltung heraus wurden die Bestimmungen, welche die genossenschaftliche Eigenart betonen, noch vermehrt. So wurde etwa die im Entwurf HOFFMANN vorgesehene Möglichkeit, statutarisch den Übergang der Mitgliedschaftsrechte mittels bloßer Übertragung der vermögensrechtlichen Ansprüche oder der Anteilscheine vorzusehen, durch zwingende Vorschrift ausgeschlossen ¹⁰⁶. Auch wurde die wesensmäßige Verschiedenheit von Handelsgesellschaften und Genossenschaft bereits im Titel des Gesellschaftsrechts dadurch zum Ausdruck gebracht, daß auf einen Antrag SIEGWARTS hin – dem Vorschlag EGGERS folgend ¹⁰⁷ – für die dritte Abteilung die Überschrift «Handelsgesellschaften und Genossenschaft» gewählt wurde ¹⁰⁸.

Vom Bestreben, das Genossenschaftsrecht der Genossenschaftsidee weitestmöglich anzupassen, ist allerdings in einer Hinsicht abgewichen worden: Für *Versicherungs-* und für *Kreditgenossenschaften* sind verschiedene Ausnahmebestimmungen beibehalten oder sogar neu eingeführt worden, Bestimmungen, die eine *atypische Ausgestaltung* dieser Gesellschaften – eine kapitalbezogene Struktur bei Kreditgenossenschaften, eine weitgehend anstaltliche Ausgestaltung bei Versicherungsgenossenschaften – zulassen ¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Vgl. GERWIG (zit. Anm. 1) 108.

¹⁰⁵ Vgl. etwa Protokoll der Expertenkommission (zit. Anm. 90) 551 f., 587.

¹⁰⁶ Vgl. Protokoll der Expertenkommission (zit. Anm. 90) 581 ff.

¹⁰⁷ Revision (zit. Anm. 8) 143a.

¹⁰⁸ Vgl. Protokoll der Expertenkommission 14.

¹⁰⁹ Für die Kreditgenossenschaften erklärt sich dies weitgehend daraus, daß deren Vertreter in der Expertenkommission nicht dem Kreise der «typischen» Genossenschaftsbanken entstammte, sondern Mitglied der Geschäftsleitung der

c) Mit *Botschaft* vom 21. Februar 1928¹¹⁰ legte der Bundesrat den eidgenössischen Räten seinen Entwurf zum neuen Gesellschaftsrecht vor. Er übernahm im wesentlichen die Ergebnisse der Beratungen in der Expertenkommission.

Der Bundesrat ging davon aus, daß der Gesetzgeber

«gestützt auf die Erfahrungen eines halben Jahrhunderts, eine scharfe Grenze zu ziehen hat zwischen Gebilden, die ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Struktur nach auf dem richtigen Genossenschaftsgedanken beruhen, und solchen, die nur der äußern Form nach Genossenschaften sind, in Wirklichkeit aber dem Genossenschaftsgedanken zuwiderlaufen»¹¹¹.

Demzufolge betont die bundesrätliche Botschaft erneut die grundlegenden Unterschiede zwischen Aktiengesellschaft und Genossenschaft:

«Aktiengesellschaft und Genossenschaft sind wirtschaftliche Gegensätze. Die Aktiengesellschaft ist Kapitalgesellschaft, die Genossenschaft Personenvereinigung ... die Genossenschaft ist eine Vereinigung persönlicher wirtschaftlicher Kräfte, die mit einer vermögensrechtlichen Grundlage verbunden sein kann, aber nicht verbunden zu sein braucht, bei der aber in allen Fällen die Mitglieder nicht, wie bei den kapitalistischen Vereinigungen, bloße Träger von Vermögensrechten sind, sondern das persönliche Substrat der Genossenschaft bilden ... Die Aktiengesellschaft ist ausgesprochene Kapitalgesellschaft, die Genossenschaft ist es nicht. Auch dort, wo sie auf gemeinsamen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, liegt der Hauptzweck in der ökonomischen Förderung ihrer Mitglieder»¹¹².

Diese Betrachtungen, die der Bundesrat den Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln voranstellte, zeigen, wie stark sich die Redaktoren des revidierten Genossenschaftsrechts von der Genossenschaftsidee haben leiten lassen.

d) Der bundesrätliche Entwurf ist von GYSIN in einer ausführlichen Abhandlung kritisch – im ganzen aber positiv – gewürdigt worden¹¹³.

Schweizerischen Volksbank waren. Vgl. dazu die Kritik bei GYSIN (zit. Anm. 10) 347.

¹¹⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, Bundesblatt 1928 I 205 ff., nachfolgend Botschaft und nach dem Sonderdruck zitiert.

¹¹¹ Botschaft (zit. Anm. 110) 80.

¹¹² Botschaft (zit. Anm. 110) 81.

¹¹³ Zit. Anm. 10.

4. Die Behandlung in den Räten und die Aufnahme des neuen Rechts in Literatur und Praxis

a) Die Beratungen über die Revision des Gesellschaftsrechts fanden zunächst in Kommissionen und anschließend im Plenum von National- und Ständerat in den Jahren 1932–1936 statt¹¹⁴. Wesentliche Änderungen sind dabei nicht mehr vorgenommen worden. Die ständerätliche Kommission hat zwar einige Kompromisse zugunsten von Pseudogenossenschaften zu schließen versucht, doch ist die nationalrätliche Kommission – wie ihr Berichterstatter Scherer betont –

«auf der ganzen Linie zur puritanischen Strenge des bundesrätlichen Entwurfes zurückgekehrt, die mit flammendem Schwert und heiligem Eifer alles aus dem Genossenschaftsparadies vertreibt, was nicht einwandfrei als echt kooperativ ausgewiesen ist»¹¹⁵.

Hervorgehoben werden die durchgreifende Neuheit des revidierten Rechts und das Bestreben, den bisherigen Mißbräuchen in der Verwendung der Genossenschaftsform entgegenzuwirken,

«de tracer ... des barrières que ne doivent point pouvoir franchir ceux qui, voulant échapper à certaines prescriptions gênantes des autres sociétés, ont cru pouvoir trouver un refuge dans le droit de sociétés coopératives»¹¹⁶.

Bei der Beratung durch die Räte standen u. a. drei Themen im Vordergrund: das Verbot des sog. Reserveeinkaufs, die Dividendenbeschränkung beim Sonderfall der Kreditgenossenschaften und die Frage, ob Versicherungsgenossenschaften mit großer Mitgliederzahl die Kompetenzen der Generalversammlung auf die Verwaltung übertragen können sollten:

Dem *Verbot der übermäßigen Erschwerung des Eintritts* in eine Genossenschaft¹¹⁷ war im bundesrätlichen Entwurf ein ausdrückliches *Verbot* bei-

¹¹⁴ Vgl. Stenographisches Bulletin Ständerat 1932, 195–216, 218–228, 278–285, 336; Nationalrat 1934, 749–780, 860–862; Ständerat 1935, 107–112; Nationalrat 1935, 202–208; Ständerat 1935, 267–268; Nationalrat 1935, 382–387; Ständerat 1936, 89–90; Nationalrat 1936, 778–782; Ständerat 1936, 203–204; Nationalrat 1936, 901–905; Ständerat 1936, 540–541; Nationalrat 1936, 1485, 1490.

¹¹⁵ Stenographisches Bulletin Nationalrat 1934, 752.

¹¹⁶ Stenographisches Bulletin Nationalrat 1934, 753; vgl. auch Stenographisches Bulletin Ständerat 1932, 196, 198; Nationalrat 1934, 738, 749, 750, 752.

¹¹⁷ Revidiertes OR 839 II.

gefügt worden, einen *Einkauf in die Reserven* durch Eintrittsgelder vorzusehen. Nach einer langen Kontroverse zwischen National- und Ständerat ¹¹⁸ ist dieses Verbot fallengelassen worden.

Für *Kreditgenossenschaften* hatte bereits der bundesrätliche Entwurf die *Höchstgrenze für Dividendenzahlungen* durchbrochen ¹¹⁹. Diese Ausnahmebestimmung ist in den Räten stark kritisiert, schließlich aber beibehalten worden ¹²⁰.

Schon der Entwurf HOFFMANN'S hatte es *Versicherungsgenossenschaften* mit großer Mitgliederzahl ermöglicht, die *Befugnisse der Generalversammlung* ganz oder zum Teil *auf die Verwaltung zu übertragen* ¹²¹. Trotz Widerständen im Nationalrat ¹²² ist auch diese Bestimmung, für die sich vor allem die Rentenanstalt eingesetzt hat, Gesetz geworden.

Bei der Diskussion über die erwähnten Sondernormen für Kredit- und Versicherungsgenossenschaften waren sich die Räte interessanterweise voll darüber im klaren, daß hier letztlich Sonderrecht zugunsten zweier Genossenschaften geschaffen werden sollte: für die Volksbank einerseits und die Rentenanstalt andererseits ¹²³.

b) Der Weg, der im Laufe der Gesetzesrevision von einem der genossenschaftlichen Eigenart wenig bewußten zu einem stark typbetonten Genossenschaftsrecht zurückgelegt worden ist, zeigt sich deutlich in einer Gegenüberstellung der Legaldefinition des alten und des revidierten OR:

AltOR 678 hatte gelautet:

«Personenverbände, welche, ohne zu den in den Titeln XXIV bis XXVI normierten Gesellschaften [Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Aktiengesellschaft] zu gehören, gemeinsame Zwecke des wirtschaftlichen Verkehrs verfolgen, müssen sich, um als Genossenschaften das Recht der Persönlichkeit zu erwerben, nach Maßgabe der folgenden Artikel in das Handelsregister eintragen lassen.»

¹¹⁸ Vgl. Stenographisches Bulletin Ständerat 1932, 204; Nationalrat 1934, 355; Ständerat 1935, 108; Nationalrat 1935, 382 ff.; Ständerat 1935, 267 f.; Nationalrat 1935, 203; Ständerat 1936, 89; Nationalrat 1936, 778 ff.; Ständerat 1936, 203; Nationalrat 1936, 901 ff.

¹¹⁹ Vgl. jetzt revidiertes OR 861 I.

¹²⁰ Vgl. Stenographisches Bulletin Nationalrat 1935, 205; Ständerat 1935, 267 f.; Nationalrat 1935, 385.

¹²¹ Vgl. jetzt revidiertes OR 893.

¹²² Vgl. Stenographisches Bulletin Nationalrat 1934, 774 ff., 860 ff.

¹²³ Vgl. Stenographisches Bulletin Nationalrat 1935, 205; 1934, 776.

Demgegenüber bestimmt nun das revidierte OR in Art. 828 I:

«Die Genossenschaft ist eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt»¹²⁴.

c) Das neue Recht ist *in Lehre und Praxis lebhaft begrüßt* worden¹²⁵. In allen Darstellungen ist dabei der Wille des Gesetzgebers hervorgehoben worden, das Genossenschaftsrecht nur den echten Genossenschaften zur Verfügung zu stellen und Entartungserscheinungen den Kampf anzusagen¹²⁶.

5. Folgerungen

Der Überblick über die Materialien zum geltenden schweizerischen Genossenschaftsrecht hat deutlich gemacht, wie sehr sich der Gesetzgeber bemüht hat, das *Genossenschaftsrecht auf die echten, typischen Genossenschaften auszurichten und Pseudogenossenschaften auszuschalten*. Mehr als bei irgendeiner anderen Gesellschaftsform sind bei der Genossenschaft die Revisionsarbeiten vom Bewußtsein getragen worden, daß es sich bei dieser Verbandsform um etwas Besonderes handle und daß es gelte, diese Besonderheit auch in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck zu bringen.

Leitbild für die Gesetzesrevision ist dabei die *Genossenschaftsidee* gewesen, wie sie von der Genossenschaftsdoktrin entwickelt worden und in der genossenschaftlichen Praxis seit Mitte des letzten Jahrhunderts gelebt worden ist.

¹²⁴ Die Definition ist maßgebend von GYSIN (zit. Anm. 10) geprägt worden, vgl. dort 330 ff., 346.

¹²⁵ Vgl. etwa Max GERWIG, Die Genossenschaft, in: Sieben Vorträge über das neue OR, Basel 1937, 149 ff.; Theo GUHL, Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, Bern 1937; KÖNIG (zit. Anm. 70); H. KUHN, Die Einführung des neuen Handelsrechts, SJZ 34 (1937/38) 231 f.; Othmar LEHNER in der Neuen Zürcher Zeitung vom 3.4.1937, Morgenausgabe.

¹²⁶ Vgl. etwa GERWIG, Genossenschaft (zit. Anm. 125) 151 f.; GUHL (zit. Anm. 125) 96 f.; KÖNIG (zit. Anm. 70) 457, 471 f.; KUHN (zit. Anm. 125) 231; LEHNER (zit. Anm. 125).

V. Die Weiterentwicklung des revidierten Genossenschaftsrechts

1. Die Behandlung in der Literatur

a) In der *rechtswissenschaftlichen Literatur* ist die Genossenschaft während der letzten Jahrzehnte *eher spärlich behandelt* worden. Zwar finden sich neben zwei Kommentaren ¹²⁷ – von denen der eine erst im Erscheinen ist – und einigen Gesamtübersichten ¹²⁸ eine stattliche Reihe von Monographien, namentlich von Doktorarbeiten, die einzelne Fragen ausführlich behandeln. Im Vergleich zur Flut aktienrechtlicher Spezialliteratur ist ihre Zahl aber bescheiden, und zudem handelt es sich bei einer größeren Zahl um nicht gedruckte und entsprechend schwer zugängliche Basler Dissertationen.

Allgemein fällt auf, daß sich die Literatur *viel eher mit den wirtschaftlichen, sozialen und ideellen Aspekten des Genossenschaftswesens als mit spezifischen Rechtsfragen* befaßt, und auch im juristischen Schrifttum nehmen Ausführungen über das Wesen und die wirtschaftliche Funktion von Genossenschaften einen breiten Raum ein ¹²⁹.

b) Durchwegs wird in der Literatur die Absicht des Gesetzgebers, die «*echten*» Genossenschaften zu fördern, hervorgehoben ¹³⁰. Auch werden die besonderen *Eigenarten* der Genossenschaft im Vergleich zu anderen Gesellschaftsformen betont ¹³¹ und die starke *Typbindung* des geltenden

¹²⁷ GUTZWILLER (zit. Anm. 9), FORSTMOSER (zit. Anm. 1).

¹²⁸ Neben dem Handbuch von GERWIG (zit. Anm. 1) sind namentlich zu erwähnen: Fritz von STEIGER, Grundriß des Schweizerischen Genossenschaftsrechts (2. A. Zürich 1963); Georges BROSSET/Claude SCHMIDT, Guide des sociétés en droit suisse Tome III, Genf 1965; Georges CAPITAINE, Genossenschaft, Schweiz. Juristische Kartothek 1154–1164, Genf 1955; GUHL/MERZ/KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. A. Zürich 1980, 736 ff.; Anton HEINI, Rundgang durch das schweizerische Genossenschaftsrecht, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen 10 (1960) 191 ff. Allgemeine Übersichten finden sich auch in den Kommentaren von GUTZWILLER (zit. Anm. 9) 55 ff. und FORSTMOSER (zit. Anm. 1) 77 ff.

¹²⁹ Charakteristisch sind etwa die Darstellungen von GERWIG (zit. Anm. 1) passim und GUTZWILLER, Kommentar (zit. Anm. 9) 41 ff. und passim sowie die oft (allzu) breiten Einleitungen mancher Monographien.

¹³⁰ Vgl. GERWIG (zit. Anm. 1) 153 f.; GUTZWILLER, Kommentar (zit. Anm. 1) 153 f.; GUTZWILLER, Kommentar (zit. Anm. 9) 62; F. v. STEIGER (zit. Anm. 128) 29.

¹³¹ Vgl. etwa statt vieler Georges CAPITAINE: Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, ZBJV 89 (1953) 97 ff., 121.

Genossenschaftsrechts hervorgehoben¹³². Häufig wird mit dem Hinweis auf die starke Typbezogenheit die Ansicht verbunden, das geltende Recht habe die Bildung unechter Genossenschaften wirksam verhindert¹³³.

Fast ausnahmslos herrschte bis vor etwa einem Jahrzehnt die Auffassung vor, in der Reform der Jahre 1919–1936 habe das schweizerische Genossenschaftsrecht seine *endgültige Form* gefunden¹³⁴.

Erst in neuerer Zeit ist dieses Bild allseitiger Harmonie gelegentlich *in Frage gestellt* worden, und zwar in zweierlei Hinsicht:

– Einmal wird darauf hingewiesen, daß das *revidierte Recht* entgegen den Erwartungen *atypische Erscheinungsformen und eigentliche Pseudogenossenschaften nicht verhindert* hat¹³⁵, daß vielmehr in der genossenschaftlichen Wirklichkeit Erscheinungsformen, die wesensmäßig kaum mehr als Selbsthilfeorganisationen bezeichnet werden können, große Bedeutung zukommt.

– Zum andern wird – *de lege ferenda* – die *Abkehr von einer allzu doktrinären Ausgestaltung des Genossenschaftsrechts*, einer zu starken Bindung an einen vorpositiven Genossenschaftstypus verlangt¹³⁶. In diesem Zusammenhang steht auch das Postulat, ungerechtfertigte Unterschiede in der rechtlichen Ordnung der AG und der Genossenschaft abzubauen¹³⁷.

¹³² So etwa von KOLLER (zit. Anm. 63) 92 f., 133; Peider MENGIARDI, Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, ZSR 87 (1968) II 117; Ruth BERNHEIMER, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1949; HEINI (zit. Anm. 128) 196.

¹³³ So GERWIG (zit. Anm. 1) 19, 56; F. v. STEIGER (zit. Anm. 128) 29; Sevet ÖZGÜR, Der Begriff der Selbsthilfe-Genossenschaften im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1952, 56.

¹³⁴ Dies ist weitgehend der Tenor im Handbuch von GERWIG (zit. Anm. 1) und im Kommentar GUTZWILLERS (zit. Anm. 9).

¹³⁵ Vgl. etwa F. OEHEN, Das Problem der Pseudogenossenschaft, SJZ 63 (1967) 117 ff.; FORSTMOSER, Großgenossenschaften (zit. Anm. 33) passim, insb. 10 ff., 77 f.; Rudolf ISELI, Das Nichtmitgliedergeschäft der Genossenschaften (Diss. Zürich 1973 = Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 413) 17 ff.

¹³⁶ Vgl. etwa Peter FORSTMOSER, Die Genossenschaft – Anachronismus oder Rechtsform der Zukunft?, SAG 46 (1974) 155 ff., insb. 163 ff. sowie für Teilbereiche Christoph PESTALOZZI, Mehrstimmrecht in Generalversammlung und Urabstimmung der Genossenschaft ... (Diss. Zürich 1977 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 21); Erich FLURI, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht (Diss. Zürich 1973 = Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 411) 102 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

¹³⁷ Hierzu insbesondere Urs HENGGLER, Berechtigte und unberechtigte Differen-

2. Die Weiterentwicklung des Genossenschaftsrechts durch die Judikatur

a) Die Judikatur zum revidierten OR steht sowohl zahlenmäßig wie auch inhaltlich hinter der zum altOR zurück. Zwar wurden in den ersten Jahren nach der Einführung des neuen Rechts noch einige *grundsätzliche Entscheide* gefällt:

In BGE 67 I 262 ff (1941) standen die bei Genossenschaften verbreiteten *Mitspracherechte von Gemeinwesen* zur Diskussion. Das Bundesgericht betonte das Selbstbestimmungsrecht privatrechtlicher Körperschaften, und es kam zum Schluß, daß die Genossenschaften statutarisch nicht bestimmen können, Statutenänderungen könnten nur mit Zustimmung eines bestimmten Einzelmitgliedes¹³⁸ oder eines Dritten¹³⁹ beschlossen werden.

BGE 69 II 41 ff (1943) stellte klar, daß der *Gleichbehandlungsgrundsatz* – obwohl im Genossenschaftsrecht besonders betont – nicht absolute, sondern nur *relative Gleichheit* verlangt. Konkret wurde die Statutenbestimmung einer Konsumgenossenschaft¹⁴⁰ geschützt, wonach Mitglieder, die gleichzeitig einer anderen Konsumgenossenschaft angehören¹⁴¹ nicht als Delegierte wählbar sein sollten.

BGE 74 I 517 ff (1948) schützte den Entscheid von Registerbehörden, wonach eine *kapitalbezogene Pseudogenossenschaft* aufzulösen oder allenfalls in eine andere Rechtsform umzuwandeln¹⁴² sei¹⁴³.

zen des Genossenschaftsrechtes gegenüber dem Aktienrecht ... (Diss Zürich 1976 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 19); Peter FORSTMOSER in SAG 1976 (zit. Anm. 87) und neuerdings auch etwa Hans Ulrich LINIGER, Die Liquidation der Genossenschaft (Diss. Zürich, erscheint voraussichtlich 1982) § 2 I 1c, § 3.

¹³⁸ Z. B. des beteiligten Gemeinwesens.

¹³⁹ Z. B. einer Behörde.

¹⁴⁰ Des A.C.V. beider Basel.

¹⁴¹ Anvisiert war damit die neugegründete Migros.

¹⁴² Für die Übergangszeit nach der Revision des OR hat eine Verordnung vom 29.12.1939 eine erleichterte Umwandlung vorgesehen. Die Verordnung ist heute formell aufgehoben nachdem ihre Weitergeltung während längerer Zeit umstritten gewesen war.

¹⁴³ Der Entscheid ist im Ergebnis richtig. Fragwürdig ist aber das obiter dictum auf S. 525 f., wonach «die Befriedigung des einer Mehrzahl von Personen gemeinsamen Bedürfnisses nach sicherer Anlage kleinerer oder größerer Kapitalien ... an und für sich als ein mögliches Ziel genossenschaftlichen Zusammenschlusses erscheint ...».

Im folgenden befaßten sich die Gerichte vorwiegend mit *Einzelfragen*, wobei allerdings die grundlegenden Wertungen wiederholt und bekräftigt wurden.

b) Aus der neuesten Zeit sind vor allem zwei Entscheide zu erwähnen, die eine Klärung wichtiger genossenschaftsrechtlicher Fragen gebracht haben:

In BGE 98 II 221 ff (1972) hat sich das Bundesgericht einläßlich mit dem *Grundsatz der offenen Tür* auseinandergesetzt. Es kam dabei – unter Beizug von Literatur und Materialien – zum Schluß, daß ein Recht des Außenstehenden auf Aufnahme nicht bestehe¹⁴⁴.

In BGE 101 II 125 ff (1975) stand der *Ausschluß* eines Genossenschafers *aus wichtigem Grund* zur Diskussion: Die langjährige Mieterin und Genossenschafterin einer Mieterbaugenossenschaft hatte sich nach dem Tode ihres Ehemannes und dem Wegzug ihres Sohnes trotz verschiedener Vorstöße der Genossenschaft geweigert, aus ihrer Vierzimmer- in eine Dreizimmerwohnung umzuziehen. Die Genossenschaft versuchte schließlich, sich des renitenten Mitgliedes durch einen Ausschluß aus wichtigem Grund zu entledigen. Sie berief sich dabei auf die in OR 866 verankerte *Treuepflicht* und erklärte, bei einer auf der Grundlage der Selbsthilfe errichteten Wohnbaugenossenschaft bestehe auch ohne besondere statutarische Grundlage «eine moralische, soziale oder rechtspolitische Pflicht, eine zu groß gewordene Wohnung an einen anderen Genossenschafter abzugeben, der auf eine größere Wohnung angewiesen sei. Diese Verpflichtung ergebe sich ohne weiteres schon aus dem Wesen

¹⁴⁴ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage verlief nicht geradlinig: In BGE 69 II 45 f. erklärte das Bundesgericht in einem dictum, die Genossenschaften seien im Rahmen der allgemeinen Rechtsgrundsätze frei, den Eintritt auch Personen zu verweigern, die alle Eintrittsvoraussetzungen erfüllten. In BGE 76 II 294 f. wird dagegen – ebenfalls in einem dictum – eine Aufnahmespflicht bejaht. BGE 81 II 126 äußert sich zum Aufnahmerecht zurückhaltend; dagegen ist durch BGE 82 II 292 ff. ein Wirtschaftsverband in analoger (es handelte sich um einen Verein) Anwendung von OR 839 II verpflichtet worden, einen beitriftswilligen Außenseiter als Mitglied aufzunehmen (eine Auseinandersetzung mit der Problematik des Aufnahmeanspruchs fehlt in dieser Entscheidung). Im Hinblick auf die in der Literatur geäußerte Kritik wurde in BGE 86 II 386 f. ausdrücklich offen gelassen, ob diese Rechtsprechung einer Überprüfung standhalte; in BGE 98 II 221 ist das Bundesgericht – wie erwähnt – zu seiner alten Ansicht (BGE 69 II 45) zurückgekehrt.

der Genossenschaft im allgemeinen ...»¹⁴⁵. – Das Bundesgericht teilte diese Ansicht nicht. Insbesondere lehnte es die Berufung auf die Treuepflicht als selbständiger Basis für Verhaltensregeln der Genossenschafter ab: Grundlage wie auch Schranke der Treuepflicht des Genossenschafers seien die Statuten. «Aus ihnen müssen alle den Genossenschaftern aus der Mitgliedschaft erwachsenden Verpflichtungen ... ersichtlich sein...»¹⁴⁶.

Die beiden Urteile – denen zumindest im Ergebnis zuzustimmen ist – zeigen die *Schranken der Typbindung* des geltenden Rechts: In beiden Fällen war über einen Rechtssatz zu befinden, der sich direkt aus Postulaten der Genossenschaftslehre – dem Grundsatz der offenen Tür bzw. der genossenschaftsrechtlichen Treuepflicht – herleitete. Beide Male kam das Gericht zum Schluß, daß sich daraus keine konkreten Verhaltenspflichten ableiten ließen.

c) Eine Eigenart der Judikatur zum revidierten Genossenschaftsrecht liegt darin, daß die Gerichte bei der Motivierung ihrer Urteile *weit häufiger als bei anderen Gesellschaftsformen auf die Materialien zur Revision zurückgegriffen haben*, und zwar nicht nur in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts, sondern auch noch in neuester Zeit¹⁴⁷.

Darin kommt eine weitgehende *Identifizierung der Gerichte mit den Intentionen des Gesetzgebers* zum Ausdruck. Die Ziele des Gesetzgebers sollen offenbar auch dann verwirklicht werden, wenn dessen Absicht im Gesetzestext keinen eindeutigen Niederschlag gefunden hat. Auf zwei Ausnahmen zu dieser Tendenz wird freilich noch hinzuweisen sein¹⁴⁸.

d) Einen breiten Raum nehmen in den Urteilsbegründungen sodann Ausführungen über die besondere Eigenart, das *Wesen* der Genossenschaft ein¹⁴⁹. Es wird hervorgehoben, daß das geltende Recht Pseudogenossenschaften nicht mehr zulassen will¹⁵⁰, daß im Genossenschaftsrecht eine starke Typbindung besteht, die besonders dadurch erreicht

¹⁴⁵ S. 127.

¹⁴⁶ S. 128.

¹⁴⁷ Vgl. etwa BGE 66 II 163f.; 67 I 265; 69 II 43f., 48; 74 I 519; 78 III 39f.; 88 II 226; 89 II 147; 92 I 405; 93 II 36; 98 II 227 ff.

¹⁴⁸ Nachstehend lit. e.

¹⁴⁹ Vgl. etwa BGE 69 II 44, 48f.; 74 I 519; für die Registerpraxis SAG 17 (1944/45) 142 ff.; 18 (1945/46) 93 ff.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 74 I 519, 522, 526; 92 I 404; SAG 17 (1944/45) 143; 18 (1945/46) 93.

wird, daß der Genossenschaftsbegriff in der Legaldefinition nicht mehr nur formell, sondern auch materiell umschrieben wird ¹⁵¹.

Als entscheidendes Element tritt dabei der *personalistische Charakter* der Genossenschaft in den Vordergrund ¹⁵². Aus der Personenbezogenheit werden wichtige Folgerungen gezogen. So wird etwa die Möglichkeit bejaht, trotz des zwingenden Grundsatzes der Rechtsgleichheit Differenzierungen vorzunehmen, soweit sich diese aus personalistischen, nicht kapitalbezogenen Kriterien ergeben ¹⁵³. Auch der zwingende Charakter des Prinzips der einen Stimme pro Kopf wird mit den starken persönlichen Bindungen in Genossenschaften begründet ¹⁵⁴. – Immerhin wird in der Judikatur nicht nur auf die starke Typbindung im Genossenschaftsrecht hingewiesen, sondern auch auf die Freiheit, die den Privaten in der Ausgestaltung ihrer Gesellschaft belassen worden ist ¹⁵⁵.

Die besondere Eigenart der Genossenschaft wird oft in einer *Gegenüberstellung von AG und Genossenschaft* verdeutlicht ¹⁵⁶. Die AG erscheint dabei als der Prototyp der Kapitalgesellschaft, die Genossenschaft dagegen als ausgeprägte Personengesellschaft. Analogieschlüsse vom Aktienrecht auf das Genossenschaftsrecht werden allerdings nicht generell abgelehnt ¹⁵⁷. – Ferner wird die Genossenschaft in der Gerichtspraxis auch häufig in *Gegensatz zum Verein* gestellt, indem der ideale Zweck des Vereins mit der wirtschaftlichen Zielsetzung der Genossenschaft verglichen wird ¹⁵⁸.

e) Bei allem Bestreben, den Absichten des Gesetzgebers gebührend Rechnung zu tragen und insbesondere die starke Typbindung des Genossenschaftsrechts zu beachten, zeigen sich aber auch einzelne *Gewichtsverlagerungen gegenüber der gesetzlichen Ordnung*:

Einmal betont die Rechtsprechung mit Nachdruck die *Interessen der Genossenschaft*, die sie denen der einzelnen Mitglieder offenbar überordnet. Vgl. etwa BGE 69 II 48f, wo erklärt wird:

¹⁵¹ BGE 74 I 519; SAG 17 (1944/45) 142f.; vgl. auch vorn bei Anm. 124.

¹⁵² Vgl. BGE 69 II 44; 72 II 103f.; 74 I 519ff.; SAG 17 (1944/45) 144; *Semaine judiciaire* 77 (1955) 192.

¹⁵³ BGE 69 II 43ff.; SJZ 58 (1962) 307f. Nr. 176.

¹⁵⁴ Vgl. BGE 72 II 193f.

¹⁵⁵ Vgl. etwa BGE 69 II 45f., 48.

¹⁵⁶ Vgl. etwa BGE 69 II 44.

¹⁵⁷ Vgl. BGE 78 II 156; 80 II 275.

¹⁵⁸ Vgl. BGE 82 II 307; ZBJV 79 (1943) 277.

«Nur soweit sind die Rechte der Genossenschafter unentziehbar, als sie sich aus dem Wesen der Genossenschaft ergeben ... Im übrigen finden sie am Gesellschaftszweck ihre Grenze. Es wäre auch ein Widerspruch, einem Genossenschafter von Gesetzes wegen ein Recht zuerkennen zu wollen, das dem Gesellschaftszweck zuwiderläuft. Der Genossenschafter wäre damit über die Genossenschaft gestellt ... Auch der Genossenschaftsrat ist nicht in erster Linie wegen der Mitglieder da, sondern wegen des Gesellschaftszwecks»¹⁵⁹.

Aus dieser Grundhaltung heraus läßt das Bundesgericht z. B. – im Gegensatz zu seiner Praxis zum altOR¹⁶⁰ – auch sehr weitgehende Austrittserschwerungen zu¹⁶¹.

Zwar läßt sich diese Tendenz, die Interessen der Genossenschaft als Ganzes über die der einzelnen Mitglieder zu stellen, aus dem genossenschaftlichen Solidaritätsgedanken heraus rechtfertigen. Die verstärkte Berücksichtigung der Gesellschaftsinteressen bewirkt aber auch, daß die dienende Funktion der Genossenschaft in den Hintergrund tritt, daß die Verselbständigung der Genossenschaft, ihre Loslösung von den Mitgliedern gefördert wird. Es tritt dadurch eine Verschiebung zugunsten der *Verselbständigung des genossenschaftlichen Unternehmens* ein¹⁶².

In einem weiteren Punkt ist die Rechtsprechung von der gesetzlichen Wertung abgewichen: Die Genossenschaft des schweizerischen Rechts ist als *Selbsthilfegemeinschaft* konzipiert. Die Materialien lassen keinen Zweifel darüber offen, daß dem Element der *gemeinsamen Selbsthilfe* in

¹⁵⁹ Anders in der Tendenz nun aber BGE 101 II 125 ff., wo die genossenschaftlichen Grundsätze der gemeinsamen Selbsthilfe und der Treuepflicht zugunsten der Individualinteressen von Genossenschaftern eingeschränkt werden: «Eine Beschränkung der Individualrechtssphäre der Genossenschafter kann nur insoweit angenommen werden, als die Rechtssphäre der Genossenschaft nach den Statuten erkennbar reicht ...» (S. 128, vgl. auch vorn bei Anm. 145f.).

¹⁶⁰ Dazu BGE 55 II 125 ff.; 45 II 651 ff.

¹⁶¹ Vgl. insb. BGE 89 II 149 ff., wo eine statutarische Bestimmung geschützt wurde, wonach der Genossenschafter einer Siedlungsgenossenschaft nur austreten können sollte, wenn er seine Liegenschaft verkaufte und der Erwerber der Genossenschaft beitrug. Das Bundesgericht begründet seinen Entscheid damit, daß die «vorgesehene Ordnung ... durch den Gesellschaftszweck geradezu vorausgesetzt» war (S. 151), weil die zentrale Heizungs- und Warmwasserversorgung rationell nur bei einer Beteiligung aller in Frage kommenden Liegenschaften betrieben werden konnte.

¹⁶² Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß sich m. W. kein schweizerisches Gericht und keine Registerbehörde je mit der zivilrechtlichen Problematik des sogenannten *Nichtmitliedergeschäftes* – der Ausdehnung der genossenschaft-

der Legaldefinition nicht nur dekorative Bedeutung zukommen sollte ¹⁶³. Die Rechtsprechung hat dieses Element jedoch mehr und mehr seines materiellen Gehalts entleert.

Zwar werden in den Urteilsbegründungen die Genossenschaften oft stereotyp als «Selbsthilfe-Körperschaften» ¹⁶⁴ charakterisiert, und es wird betont, daß das «Schwergewicht ... auf der persönlichen Beteiligung des Mitgliedes am genossenschaftlichen Zusammenwirken» ¹⁶⁵ liegt. Häufig wird auch den rechtlichen Erwägungen die Legaldefinition vorangestellt ¹⁶⁶. Konkrete Folgerungen sind aber daraus kaum abgeleitet worden ¹⁶⁷.

Wie sehr das *Moment der Selbsthilfe zu einem bloß formalen Prinzip* ohne jede materielle Bedeutung *abgeschwächt* worden ist, zeigt ein neuerer Entscheid des Bundesgerichts: In BGE 93 II 30ff, 36 wird u. a. erklärt:

«Risulta ... che i membri di una società cooperativa non sono necessariamente tenuti a fornire prestazioni alla società» ¹⁶⁸.

Damit wird für die Genossenschaft die m. E. dem Prinzip der Gesellschaft schlechthin widersprechende *beitragslose Mitgliedschaft* sanktioniert und der genossenschaftliche Selbsthilfegedanke seiner rechtlichen Verbindlichkeit beraubt ¹⁶⁹.

lichen Geschäftstätigkeit auf Nichtmitglieder – befaßt hat. Im Nichtmitgliedergeschäft verläßt die Genossenschaft zweifellos den Bereich der bloßen Mitgliederförderung. Bei Konsumgenossenschaften, aber auch bei Bank- und Versicherungsgenossenschaften geht dies soweit, daß unterschiedslos mit Genossenschaftern und Nichtmitgliedern Handel getrieben wird. Daß daran kein Anstoß genommen wird, zeugt von der Befürwortung des verselbständigten genossenschaftlichen Unternehmens. Zur Problematik des Nichtmitgliedergeschäftes vgl. die Monographie von ISËLI (zit. Anm. 135) sowie FORSTMOSER, Kommentar (zit. Anm. 1) Art. 828 N 75 ff.

¹⁶³ Vgl. etwa die bundesrätliche Botschaft (zit. Anm. 119) 81.

¹⁶⁴ BGE 69 II 44.

¹⁶⁵ BGE 72 II 104.

¹⁶⁶ Z. B. in BGE 74 I 519; 92 I 404.

¹⁶⁷ Eine Ausnahme bilden zwei Entscheide von Justizdirektionen in Handelsregistersachen, in denen die Eintragung von Genossenschaften im Handelsregister u. a. wegen des Fehlens der Selbsthilfe abgelehnt wurde, vgl. SAG 17 (1944/45) 142 ff.; 18 (1945/46) 93 ff.

¹⁶⁸ Implizit bestätigt in BGE 101 II 127f.

¹⁶⁹ Näheres bei FORSTMOSER, Kommentar (zit. Anm. 1) Art. 828 N 105f., Art. 832 N 104 ff.

In der Praxis gibt es denn heute auch Genossenschaften – vor allem im Konsumsektor –, bei denen sich die «Selbsthilfe» in einer symbolischen Sympathiekundgebung erschöpft, einer Kundgebung, die im bloßen Beitritt zur Genossenschaft ohne Übernahme irgendwelcher Pflichten liegt.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

a) Die Geschichte des schweizerischen Genossenschaftsrechts beginnt – sieht man von der eher zufälligen Erwähnung der Genossenschaft im Zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuch BLUNTSCHLIS ab – mit der Ordnung dieser Rechtsform im *altOR*. *Genossenschaftliches Gedankengut ist damals nur zaghaft ins Gesetz übernommen worden*, die freiheitliche Ausgestaltung der genossenschaftlichen Rechtsform hatte die Priorität vor einer typgerechten Struktur. Wenn auf das Genossenschaftstypische Rücksicht genommen wurde, dann überwiegend in Bestimmungen dispositiver Natur.

Die *Gerichtspraxis zum altOR* zeigt ein *wachsendes Verständnis* und Bewußtsein der genossenschaftlichen Eigenart, der Besonderheiten dieser Rechts- und Organisationsform. Den entscheidenden Durchbruch aber brachten die intensiven Diskussionen im Zuge der *Revisionsarbeiten der Jahre 1919–1936*. Sie führten zu einem *revidierten Recht*, das der Ausrichtung der genossenschaftlichen Rechtsform auf das Typische und damit der Unterbindung von Pseudogenossenschaften hohe Priorität einräumt.

Literatur und Judikatur zum revidierten OR haben die *starke Typbindung* des geltenden Genossenschaftsrechts durchwegs *anerkannt* und weit überwiegend positiv gewürdigt. Immerhin sind durch die Gerichte einige Abstriche an der starken Typbindung des schweizerischen Rechts vorgenommen worden, und in der neueren Literatur wird zuweilen einerseits kritisch darauf hingewiesen, daß das revidierte Recht die Entstehung von Pseudogenossenschaften nicht zu verhindern vermochte und andererseits die Frage gestellt, ob der Gesetzgeber in der Betonung der genossenschaftlichen Eigenart nicht zuweilen zu weit gegangen sei, ob er nicht Gemeinsamkeiten von AG und Genossenschaft hätte vermehrt Rechnung tragen müssen.

b) Damit scheint das Pendel etwas zurückzuschlagen, und in der Tat dürfte es bei einer *künftigen Reform* des schweizerischen Genossenschaftsrechts vor allem darum gehen, das Gemeinsame der verschiedenen für wirtschaftliche Ziele zur Verfügung stehenden Körperschaftsformen¹⁷⁰ gebührend zu beachten und für solche Fragen eine gleiche oder gleichartige Regelung zu schaffen, bei denen zwischen den verschiedenen Körperschaftsformen keine Wesensunterschiede bestehen:

– So ist m. E. eine *übereinstimmende Ordnung für die AG, die GmbH und die Genossenschaft* da aufzustellen, wo es um die *angemessene Regelung wirtschaftlicher Tätigkeit* schlechthin geht. Es betrifft dies namentlich die Bestimmungen zum Schutze der Gläubiger, des Unternehmens, der Allgemeinheit und zum Teil auch von Minderheiten¹⁷¹.

– Einer weiteren Parallele zwischen der *AG und der Genossenschaft* ist Rechnung zu tragen: dem Umstand, daß beide (auch) für *wirtschaftlich bedeutende Gebilde* und *große Mitgliederzahlen* geschaffen sind¹⁷². Wo sich

¹⁷⁰ AG, GmbH und Genossenschaft.

¹⁷¹ Das geltende Recht verlangt in diesen Bereichen in mancherlei Hinsicht bei der Genossenschaft weniger als bei der AG, ohne daß Unterschiede in der Interessenlage oder im Wesen der beiden Gesellschaften dies rechtfertigen.

So wird etwa bei der Gründung auf die öffentliche Beurkundung verzichtet (vgl. OR 834, ebenso für Statutenänderungen und den Auflösungsbeschluß, vgl. OR 888 II), und auch die Anforderungen an qualifizierte Gründungen gehen weniger weit als bei der AG (im Gegensatz zu OR 636 verlangt OR 834 kein qualifiziertes Mehr für die Beschlußfassung). Die Rechnungslegung richtet sich nach den allgemeinen Buchführungsvorschriften, nicht nach den strengeren Bestimmungen des Aktienrechts (vgl. die Verweisung auf OR 957 ff. in OR 858 I, freilich auch die Ausnahme in OR 858 II). Mit Bezug auf Verwaltung und Kontrolle fällt auf, daß die Verantwortlichkeitsbestimmungen einfacher und schwächer ausgestaltet sind als im Aktienrecht (vgl. OR 916 ff. mit OR 754 ff.). Sodann wird – ein besonders krasser Unterschied – keine personelle Trennung zwischen Verwaltung und Kontrollstelle verlangt (vgl. FORSTMOSER, Großgenossenschaften [zit. Anm. 33] 226. A. M. allerdings mit ausführlicher Begründung Peter Michael BELSER, Versicherungsgenossenschaften, Diss. Zürich 1975, 118 ff.). Schließlich sei noch erwähnt, daß für die Generalversammlung eine Einladungsfrist von nur fünf statt wie im Aktienrecht von zehn Tagen vorgesehen ist (vgl. OR 888 I mit OR 700 I), daß kein Geschäftsbericht vorgelegt werden muß (vgl. OR 879 II Ziff. 3 mit 698 II Ziff. 3) und daß – wiederum im Gegensatz zum Aktienrecht – nicht verlangt wird, daß die ordentliche Generalversammlung innert sechs Monaten nach Abschluß des Geschäftsjahres stattzufinden hat (vgl. OR 699 II; eine analoge Bestimmung im Genossenschaftsrecht fehlt). Vgl. im einzelnen die Monographie von HENGGELER (zit. Anm. 137).

¹⁷² Vgl. für die AG statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das

im Hinblick auf große Gesellschaften besondere Vorkehren aufdrängen – und solche Sonderregeln sind m. E. in einem künftigen Recht vermehrt vorzusehen –, da ist auch im Genossenschaftsrecht eine gleiche oder analoge Ordnung zu treffen.

Unabdingbar wird eine Reform in diesem Sinne dann, wenn die *laufende Aktienrechtsreform* zum Erfolg führen sollte: Würde die eingeleitete Teilrevision des Aktienrechts isoliert vollzogen, so würden die bereits bestehenden ungerechtfertigten Unterschiede zwischen den verschiedenen Körperschaftsformen des schweizerischen Rechts noch vermehrt¹⁷³. Aber auch unter geltendem Aktien- und Genossenschaftsrecht drängt sich m. E. eine Angleichung dieser beiden Rechtsformen in verschiedener Hinsicht auf¹⁷⁴.

Dabei kann es freilich niemals darum gehen, die Verdienste der letzten Reform des Genossenschaftsrechts über Bord zu werfen: Die *wesensmäßigen Unterschiede* der verschiedenen Körperschaften sollten auch in einem künftigen Recht *klar beachtet* werden, und es drängt sich im Genossenschaftsrecht nach wie vor eine *typusbewußte und typgerechte Ausgestaltung* auf. Doch kann das geltende Recht aufgrund der Erfahrungen der letzten Jahrzehnte in verschiedenen Bereichen verbessert und ausgewiesenen praktischen Erfordernissen angepaßt werden. Neben dem bereits erwähnten Postulat, auch im Gesellschaftsrecht – und insbesondere zwischen AG und Genossenschaft – Gleiches gleich zu behandeln, sollten dabei zwei Ziele verfolgt werden¹⁷⁵:

– Durch eine *strengere Ausgestaltung* einzelner Bereiche des Genossenschaftsrechts – insbesondere im Hinblick auf nicht gerechtfertigte Minderanforderungen gegenüber dem Aktienrecht – wäre die Entwicklung von Pseudogenossenschaften zu bremsen oder sollten diese einer angemessenen Ordnung unterworfen werden.

– Umgekehrt wäre das Genossenschaftsrecht da *liberaler auszugestalten*, wo eine allzu starre und traditionalistische Normierung des geltenden Rechts diese Rechtsform für legitime Bedürfnisse verschließt¹⁷⁶.

schweizerische Aktienrecht (2. A. Bern 1980) § 2 N 7ff., für die Genossenschaft FORSTMOSER, Grossgenossenschaften (zit. Anm. 33) 64ff.

¹⁷³ Vgl. dazu im einzelnen FORSTMOSER in SAG 1976 (zit. Anm. 87).

¹⁷⁴ Vgl. dazu die Hinweise vorn Anm. 171 sowie FORSTMOSER in SAG 1976 (zit. Anm. 87) 51 f. und HENGgeler (zit. Anm. 137) passim.

¹⁷⁵ Vgl. im einzelnen FORSTMOSER in SAG 1974 (zit. Anm. 136).

¹⁷⁶ Zu überprüfen sind in dieser Hinsicht insbesondere die Bereiche der Finan-

Durch diese Bereinigungen wird es m. E. möglich sein, das schweizerische Genossenschaftsrecht – aufbauend auf den unbestreitbaren Vorzügen der geltenden Ordnung und ohne Bruch mit der Vergangenheit – den Erkenntnissen der letzten Jahrzehnte und den heutigen Anforderungen anzupassen.

zierung und der Willensbildung, vgl. FORSTMOSE in SAG 1974 (zit. Anm. 136) 163 f.; PESTALOZZI (zit. Anm. 136) 50 ff.; FLURI (zit. Anm. 136) 102 ff.

HUNDERT JAHRE
SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT

LE CENTENAIRE
DU CODE DES OBLIGATIONS

Sonderdruck / Tirage à part

1982

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG SCHWEIZ
ÉDITIONS UNIVERSITAIRES FRIBOURG SUISSE