

# Der Genossenschaftszweck – gestern und heute

## Inhaltsübersicht

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>I. Einleitung</li> <li>II. Typus, Begriff und Legaldefinition der Genossenschaft</li> <li>III. Diskrepanz zwischen der objektiv-entstehungszeitlichen Bedeutung des Genossenschaftszwecks und der heutigen wirtschaftlichen Realität</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>IV. Gründe für ein Abweichen vom objektiv-entstehungszeitlichen Genossenschaftszweck</li> <li>V. Folgerungen für die heutige objektive Bedeutung des Genossenschaftszwecks</li> <li>VI. Hinweise zum Vereinszweck</li> <li>VII. Bedeutung für die Handelsregisterpraxis</li> <li>VIII. Zusammenfassung</li> </ul> |
|--|--|

## I. Einleitung

Art. 828 Abs. 1 OR<sup>5</sup> definiert die Genossenschaft als 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*. Damit weicht der Gesetzgeber für die Genossenschaft als einziger Rechtsform des Obligationenrechts<sup>6</sup> vom in Art. 530 Abs. 1 OR festgelegten und für sämtliche

<sup>1</sup> Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Partner bei Niederer, Kraft & Frey (Zürich).

<sup>2</sup> Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Luzern und Vorsitzender des Direktoriums des IFU | BLI Instituts für Unternehmensrecht und des Kompetenzzentrums für Genossenschaftsunternehmen, Inhaber taischconsulting, unternehmensführung und recht.

<sup>3</sup> Lic. iur., Advokat und Doktorand an der Universität Basel, wissenschaftlicher Mitarbeiter am IFU | BLI Institut für Unternehmensrecht sowie am Kompetenzzentrum für Genossenschaftsunternehmen, beides an der Universität Luzern.

<sup>4</sup> Dr. ssa. giur. und MLaw, SNF-Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am IFU | BLI Institut für Unternehmensrecht sowie am Kompetenzzentrum für Genossenschaftsunternehmen, beides an der Universität Luzern.

Das Autorenteam plant eine (Neu-)Kommentierung der Art. 828 bis 926 OR im Berner Kommentar.

<sup>5</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220).

<sup>6</sup> Ausserhalb des OR sind die zulässigen Gesellschafts- oder Verwendungszwecke auch beim Verein (Art. 60 ZGB) und bei den Gesellschaften nach dem Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG, SR 951.31) beschränkt. Vor der 2008 in Kraft getretenen Revision des Gesellschaftsrechts war die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) durch das Gesetz auf die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke fixiert (vgl. Art. 772 Abs. 3 aOR). Dafür existierten jedoch keine sachlichen Gründe (vgl. Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2001 3148, 3171, und in der Lehre wurde die Meinung vertreten, dass diese Zweckbeschränkung, trotz klarem Wortlaut, nicht bindender Natur sei (vgl. ZHK OR-VON STEIGER, V/5/c, Einleitung GmbH, N 56 und Art. 772 N 37).

Handelsgesellschaften<sup>7</sup> geltenden Prinzip der freien Zwecksetzung ab<sup>8</sup>. In der Praxis bereitet es freilich Schwierigkeiten, die rechtswidrigen<sup>9</sup> von den nur atypischen Genossenschaftszwecken zu unterscheiden.

Der vorliegende Beitrag greift diese Problematik mit dem Ziel auf, dem Genossenschaftszweck durch Auslegung schärfere Konturen zu verleihen. Dabei wird – ob schon dies gerade auch angesichts des vom Bundesgericht vertretenen «pragmatischen Methodenpluralismus» keineswegs zwingend sein muss<sup>10</sup> – einem insbesondere von MEIER-HAYOZ vertretenen methodischen Ansatz gefolgt<sup>11</sup>: Als Ausgangspunkt wird der *objektiv-entstehungszeitliche* Sinn von Art. 828 OR ermittelt. Im Zentrum steht dabei die Frage, wie die Gesetzesadressaten die Norm im Zeitpunkt ihres Erlasses verstehen durften und mussten<sup>12</sup> (nachfolgend III.). Bestehen bei der Rechtsanwendung indessen beachtenswerte<sup>13</sup> Gründe<sup>14</sup>, die ein *Abweichen* von diesem objektiv-entstehungszeitlichen Sinne gebieten (nachfolgend IV.), kann und soll im Rahmen der Auslegung und richterlichen Rechtsfortbildung davon abgewichen werden (nachfolgend V.). Denn die «[...] Entstehungsgeschichte darf nicht zum Vorwand werden, um sachlich gerechtfertigte oder machtvoll sich aufdrängende Anpassungen an die Gegenwart zu verhindern [...]»<sup>15</sup>. Grundlage ist somit der entstehungszeitliche objektive Sinn- und Wertungsgehalt der Norm; gleichzeitig wird aber der Funktion des Rechtes, aktuelle Probleme zu regeln und der Aufgabe der Rechtsanwendung, im konkreten Einzelfall eine sachlich richtige Entscheidung<sup>16</sup> zu treffen, in einer vermittelnden Art

<sup>7</sup> Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR, KollG); Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR, KomG); Aktiengesellschaft (Art. 630 ff. OR, AG); Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 ff. OR, KomAG) und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772 ff. OR, GmbH).

<sup>8</sup> Die Freiheit in der Zwecksetzung sämtlicher Handelsgesellschaften ergibt sich schon daraus, dass die Legaldefinitionen der Handelsgesellschaften (im Gegensatz zu der Genossenschaft) ausdrücklich erwähnen, dass es sich um Gesellschaften handle, womit auf die Definition der Gesellschaft in Art. 530 Abs. 1 OR verwiesen wird. Diese sieht keine Einschränkungen vor.

<sup>9</sup> Im Sinne eines Verstosses gegen Art. 828 OR.

<sup>10</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen methodischen Ansätzen BEK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, I/1, Art. 1 N 166 ff. und zum vom Bundesgericht seit 1984 als «Methodenpluralismus» und seit 1995 als «pragmatischer Methodenpluralismus» bezeichneten Ansatz eingehend BEK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, I/1, Art. 1 N 194 ff.

<sup>11</sup> BEK ZGB-MEIER-HAYOZ, I/1, Art. 1 N 151 ff. MEIER-HAYOZ bezeichnet dieses Vorgehen als *objektiv-historische Methode* (vgl.

BEK ZGB-MEIER-HAYOZ, I/1, S. 124). Der Begriff wird in der Literatur aber auch für Konzepte verwendet, die im Grundsatz keine Anpassung an die aktuellen Gegebenheiten zulassen. Das Gericht hat sich nach diesen Konzepten (starr) an die vom Gesetzgeber im Zeitpunkt des Erlasses dem Gesetz zugemessene Bedeutung zu halten (vgl. auch PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 4. Auflage, Zürich 2008, § 19 N 43, Neuauflage in Vorbereitung.). Aus diesem Grunde wird *darauf verzichtet*, den hier verfolgten methodischen Ansatz als objektiv-historische Methode zu bezeichnen. Vgl. zur Begrifflichkeit auch BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 2010, N 129.

<sup>12</sup> BEK ZGB-MEIER-HAYOZ, I/1, Art. 1 N 144; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Anm. 11), N 127; FORSTMOSER/VOGT (Anm. 11), § 19 N 22 ff.

<sup>13</sup> BEK ZGB-MEIER-HAYOZ, I/1, Art. 1 N 154.

<sup>14</sup> Infrage kommen etwa die Änderung der wirtschaftlichen Realität (Realien), aber auch der Wertewandel und andere Gründe. Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Anm. 11), N 129.

<sup>15</sup> BEK ZGB-MEIER-HAYOZ, I/1, Art. 1 N 154.

<sup>16</sup> Vgl. BGE 121 III 219 E. 1d/aa, S. 225.

Rechnung getragen<sup>17</sup>. Dieser Ansatz steht «[...] der richterlichen Rechtsfortbildung nicht ablehnend, sondern kritisch gegenüber [...]»<sup>18</sup>. Und es kann mit ihm gewissermassen der kleinste gemeinsame Nenner zwischen Positionen gefunden werden, die sich stark am historischen Willen des Gesetzgebers orientieren und solchen, die anerkennen,

«[...] dass sich das Gesetz wie jeder Text vom Autor löst und darum zwangsläufig nicht mehr nur authentisch (aus der Perspektive des Autors) verstanden wird, sondern ein Eigenleben im Blick des Interpreten entfaltet [und] das Gesetz durch seine Anwendung eine eigene Wirksamkeit gewinnt, die über das hinausgeht, was der Gesetzgeber beabsichtigt hatte [...]»<sup>19</sup>.

## II. Typus, Begriff und Legaldefinition der Genossenschaft

Die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen *rechtswidrigen* und *atypischen, aber rechtmässigen Genossenschaften* sind zumindest teilweise in einer nicht einheitlichen Begriffsverwendung begründet<sup>20</sup>. Eine Klärung der Begriffe erscheint deshalb angebracht.

Als *Typus* wird das *Leitbild* bezeichnet, das dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einer Gesellschaftsform vorschwebte<sup>21</sup>. Ob solche (verbindliche) Leitbilder überhaupt existieren, wird freilich gelegentlich in Frage gestellt. Und bei den Autoren, die eine Ausrichtung der einzelnen Gesellschaftsformen auf ein Leitbild bejahen, ist zum Teil umstritten, welches dieses Leitbild ist<sup>22</sup>.

Demgegenüber werden durch den *Begriff* diejenigen Elemente erfasst, die für die Entstehung einer bestimmten Gesellschaftsform *notwendigerweise erfüllt* sein müssen<sup>23</sup>.

Von der *Legaldefinition* unterscheidet sich der Begriff dadurch, dass dieser jene umfasst und allenfalls durch Präzisierungen ergänzt, die sich aus dem für die Rechtsform charakteristischen zwingenden Recht ergeben<sup>24</sup>.

Der *Begriff* kann und soll nicht sämtliche der überpositivrechtlichen oder wirtschaftlich-soziologischen Typuselemente einer gesellschaftlichen Erscheinungsform erfassen. Deutlich zeigen sich die unterschiedlichen Bedeutungen von Begriff und Typus darin, dass für die Entstehung einer Gesellschaft *sämtliche*

<sup>17</sup> Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID (Anm. 11), N 129. Vgl. für eine solche vermittelnde Position auch ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Auflage, Bern 2010, S. 133 ff.; FORSTMOSER/VOGT (Anm. 11), § 19 N 48 ff.

<sup>18</sup> BEK ZGB-MEIER-HAYOZ, I/1, Art. 1 N 153.

<sup>19</sup> BEK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, I/1, Art. 1 N 174.

<sup>20</sup> Vgl. auch WERNER VON STEIGER, Handelsrecht, Allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts, SPR VIII/1, Basel 1976, S. 239 f.

<sup>21</sup> VON STEIGER (Anm. 20), S. 240.

<sup>22</sup> Vgl. dazu den Hinweis für die AG bei PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 2 N 21.

<sup>23</sup> Vgl. dazu ARNOLD KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg 1966, S. 50 f., 56 f., 110 ff.

<sup>24</sup> Gelegentlich wird in diesem Zusammenhang auch von Gesellschaftsform oder Rechtsform gesprochen, wobei allerdings dann auch das dispositive Recht in die Betrachtung einbezogen wird: «[...] Unter Gesellschaftsformen verstehen wir die vom Gesetzgeber erfassten und durch zwingende und nachgiebige Bestimmungen abstrakt («begrifflich») geordneten Rechtsformen der verschiedenen Personenverbindungen [...]» (VON STEIGER (Anm. 20), S. 240). Vgl. zum Ganzen auch KOLLER (Anm. 23), S. 44 ff.

*Begriffsmerkmale erfüllt sein müssen*, während eine Gesellschaft innerhalb der Schranken des zwingenden Rechts *mehr oder weniger* einem bestimmten Typus entsprechen<sup>25</sup> kann<sup>26</sup>. Die Typusmerkmale geben deswegen in aller Regel nur die allgemeine Richtung vor, «[...] von der im Einzelfall mehr oder minder stark abgewichen werden kann [...]». Dies deckt sich mit der trivialen Feststellung, dass es zwar atypische Gesellschaften geben darf, nicht aber solche, die die gesetzlichen Begriffselemente nicht erfüllen [...]»<sup>27</sup>.

Der *privatautONOMEN Rechtsgestaltung* werden trotz der Orientierung des Gesetzgebers an bestimmten Leitbildern nur durch das zwingende Recht und den *numerus clausus* der Gesellschaftsformen<sup>28</sup> Grenzen gesetzt<sup>29</sup>. Das historische wie auch das aktuelle *wirtschaftlich-soziologische* Verständnis der Genossenschaft beschränken deshalb nur insofern die zulässigen Genossenschaftszwecke und damit die legalen Einsatzmöglichkeiten der Genossenschaft, als solche Typuselemente in das Gesetz übernommen wurden und so die freie Zweckbestimmung eingeschränkt wurde<sup>30</sup>.

### III. Diskrepanz zwischen der objektiv-entstehungszeitlichen Bedeutung des Genossenschaftszwecks und der heutigen wirtschaftlichen Realität

#### A) Übersicht

Nach dem Wortlaut von Art. 828 Abs. 1 OR sind die abgrenzenden Elemente<sup>31</sup> des Genossenschaftszwecks die *hauptsächlich wirtschaftliche Zielsetzung*, die *Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder* und die *gemeinsame Selbsthilfe*<sup>32</sup>. Letzteres meint freilich primär das Mittel, das zur Zweckerreichung eingesetzt wird, hat aber auch einen Konnex zum Zweck selbst<sup>33</sup>.

<sup>25</sup> Die *Typbindung* einer Gesellschaft – ihre Ausrichtung auf ein Leitbild mit der Hilfe von zwingendem Recht – ist bei den verschiedenen Gesellschaftsformen sehr unterschiedlich und bei den Genossenschaften besonders intensiv ausgeprägt (vgl. hinten IV. B) 1. und IV. C)).

<sup>26</sup> Vgl. zum ganzen Abschnitt PETER FORSTMOSER, *Atypische und widerrechtliche Genossenschaften und Vereine sowie ihre handelsregisterrechtliche Behandlung*, SAG 1983, S. 143.

<sup>27</sup> FORSTMOSER (Anm. 26), S. 143.

<sup>28</sup> Dazu etwa ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11. Auflage, Bern 2012, § 11 N 1 ff.

<sup>29</sup> Vgl. in diesem Sinne FORSTMOSER (Anm. 26), S. 144 f.; FRITZ VON STEIGER, *Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechts*, 2. Auflage, Zürich 1963, S. 93.

<sup>30</sup> Vgl. FORSTMOSER (Anm. 26), S. 143.

<sup>31</sup> Dass der Gesetzgeber abgrenzen wollte, zeigt sich im Titel der 3. Abteilung des OR (Art. 552 ff.): «Die Handelsgesellschaften und die Genossenschaft».

<sup>32</sup> Vgl. JACQUES-ANDRÉ REYMOND/RITA TRIGO TRINDADE, *Die Genossenschaft*, SPR VIII/5, Basel 1998, S. 15.

<sup>33</sup> Vgl. hierzu nachfolgend III. D).

## B) Hauptsächlich wirtschaftliche Zielsetzung

### 1. Wirtschaftliche Zwecke

Eine Gesellschaft verfolgt *wirtschaftliche* Zwecke, wenn sie zugunsten ihrer Mitglieder einen *ökonomischen Vorteil*, d. h. einen geldwerten Nutzen erstrebt<sup>34</sup>.

*Nichtwirtschaftliche* Zielsetzungen liegen demgegenüber vor, wenn eine Förderung der Mitglieder durch *ökonomische Vorteile nicht* beabsichtigt ist. Dies umfasst zwei Konstellationen:

- Entweder werden ideelle Interessen der Mitglieder gefördert.
- Oder die Leistung ist gemeinnützig, d. h. *Dritte* sind (ohne Gegenleistung) Empfänger der materiellen *oder* ideellen Leistung<sup>35</sup>.

Beim wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Zweck handelt es sich um den sog. *Endzweck* einer gesellschaftlichen Tätigkeit, der von der gemeinsamen *unmittelbaren Zweckverfolgung* (dem gemeinsamen Zweck i. S. v. Art. 530 Abs. 1 OR) der Gesellschaft abzugrenzen ist. Dieser bezieht sich auf ein konkretes Ziel (den Verkauf von Produkten, das Erbringen von Dienstleistungen ...), mit dessen Verfolgung der Endzweck erreicht werden soll<sup>36</sup>.

Von den Zwecken sind sodann die *Mittel*, die zur Zweckverfolgung eingesetzt werden zu unterscheiden. Sowohl wirtschaftliche wie auch nicht wirtschaftliche Zwecke können grundsätzlich durch den Betrieb eines Unternehmens (in den Worten des Gesetzgebers: eines *nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes*) oder auch ohne ein solches angestrebt werden<sup>37</sup>.

### 2. In der Hauptsache wirtschaftliche Zielsetzung

Die Genossenschaft muss nach ihrer Legaldefinition in der Hauptsache *bestimmte wirtschaftliche Interessen ihrer Mitglieder fördern oder sichern* und somit *überwiegend* wirtschaftliche Ziele im vorgenannten Sinne anstreben. Die Wendung «in der Hauptsache» lässt zwar Raum für eine *untergeordnete Verfolgung anderer Ziele*, seien diese ideeller oder gemeinnütziger Art<sup>38</sup>. Genossenschaften, die in der Hauptsache oder ausschliesslich ideelle oder gemeinnützige Zwecke verfolgen, sollten aber nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers<sup>39</sup> nicht zulässig

<sup>34</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 4 N 5.

<sup>35</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 4 N 6.

<sup>36</sup> In diesem Sinne ist der Zweck von Art. 828 Abs. 1 OR der Endzweck und der Zweck der Genossenschaft i. S. v. Art. 832 Ziff. 2 OR als unmittelbarer Zweck zu betrachten. Die Definition des unmittelbaren Zwecks ist u. a. deshalb relevant, weil die Vertretungsmacht der Verwaltung durch diesen limitiert wird (vgl. OFK OR-VON WATTENWYL, Art. 832 N 5 sowie etwa BGE 116 II 320 E. 3, S. 323 f.).

<sup>37</sup> Beispiel einer mittels unternehmerischer Tätigkeit verfolgten nicht wirtschaftlichen

Zielsetzung: Ein Sportverein betreibt zur Finanzierung der Infrastruktur und der Trainer ein Restaurant. Der Endzweck des Vereins besteht aber darin, den Mitglieder die Ausübung ihrer Sportart zu ermöglichen und nicht, diesen wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Beispiel einer wirtschaftlichen Zielsetzung ohne Führung eines Unternehmens: Ein Gewerbeverband führt zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation seiner Mitglieder politische Kampagnien durch.

<sup>38</sup> BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 15.

<sup>39</sup> Hier i. S. d. Parlaments. Anders aber der Bundesrat als Verordnungsgeber (vgl. hierzu nachfolgend V. A)).

sein, was sich insbesondere in den Materialien zur Beratung im Parlament deutlich zeigt<sup>40</sup>.

## C) Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder

### 1. Grundsätzliches

Die Bedeutung der Wendung «[...] bestimmter wirtschaftlicher Interessen [...]»<sup>41</sup> erschliesst sich nur, wenn die (ursprüngliche) *Funktion* der Genossenschaft in die Betrachtung einbezogen und so eine Abgrenzung zu den *gewinnstrebigen* Unternehmen getroffen wird<sup>42</sup>.

Die Genossenschaft sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers eine *hilfswirtschaftliche Einrichtung* sein. «[...] Genossenschaftszweck ist [...]», wie es der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission 1932 ausführte, «[...] die Ergänzung der Privatwirtschaft des einzelnen Mitgliedes [...]»<sup>43</sup>. Die Genossenschaft sollte demnach *kein* von seinen Mitgliedern losgelöstes Unternehmen sein, das eigene wirtschaftliche Ziele verfolgt und die Mitglieder nur mittels Zinsen und Dividenden fördert, sondern eine *dienende Einrichtung*, die zugunsten der *Erwerbs- und Verbrauchswirtschaft ihrer Mitglieder* bestimmte wirtschaftliche Interessen der Mitglieder erfüllt<sup>44</sup>.

Im *Gegensatz zur* (typischen) *Aktiengesellschaft*, «[...] die einem allgemeinen Gewinnstreben auf einem beliebigen Gebiete dient, das mit den speziellen wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre in der Regel nichts zu tun hat, und die

<sup>40</sup> Vgl. VON STEIGER (Anm. 29), S. 26; ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, ST N 130; BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 14. Der Bundesrat zielte mit der Wendung «in der Hauptsache» auf die idealtypische Genossenschaft, die ihrem Wesen nach als «Notgemeinschaft» auf die Befriedigung wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder ausgerichtet ist. Er beabsichtigte aber nicht, gemischte Zwecksetzungen oder Genossenschaften, die (ausschliesslich) ideelle Zwecke mit wirtschaftlichen Mitteln verfolgen, zu verbieten (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts, vom 21. Februar 1928, BBl 1928 205, 287). Das *Parlament* hat demgegenüber den Begriff «in der Hauptsache» enger gefasst. Es sollten nur noch Genossenschaften zulässig sein, die – wie es der Gesetzeswortlaut auch vermuten lässt – *in der Hauptsache die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder fördern* (AB 1934 N 752 f. Zu beachten ist allerdings, dass die dortige Begrifflichkeit nicht mit der hier verwendeten übereinstimmt). Dabei ging es insbesondere auch darum, die Genossenschaft gegenüber

dem Verein abzugrenzen (AB 1932 S 196 f.).

<sup>41</sup> Art. 828 Abs. 1 OR.

<sup>42</sup> Vgl. zur Mehrdeutigkeit und der Verwendung nicht juristischer Begriffe in Art. 828 OR ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, Art. 828 N 6.

<sup>43</sup> AB 1932 S 197; vgl. auch MAX GERWIG, Die Genossenschaft, in: Basler Handelskammer (Hrsg.), Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, Basel 1937, S. 152.

<sup>44</sup> BBl 1928 285 f., 292.; AB 1932 S 197. Vgl. hierzu auch WALTER DUBACH, Das Recht auf Rückvergütung und Preisnachzahlung in der Genossenschaft, Zürich 1932, S. 20 f.; FRITZ VON STEIGER, Die Eintragungen der Genossenschaft ins Handelsregister, Zürich 1939, S. 12, 21; VON STEIGER (Anm. 29), S. 29; A. EGGER, Revision des Genossenschaftsrechts, ZSR 1922, S. 152a; WALTER GERBER, Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen, Bern 2003, S. 40 f. und für Deutschland HEINZ PAULICK, Die Problematik eines genossenschaftlichen Förderkapitalstocks, in: H. Hubmann/H. Hübner (Hrsg.), Festschrift für Ludwig von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, Köln 1973, S. 414.

den Aktionär nur als Kapitalbeteiligten kennt und behandelt [...]»<sup>45</sup>, fördert die Genossenschaft ihre Mitglieder durch die direkte Sicherstellung *bestimmter wirtschaftlicher Interessen*<sup>46</sup>. Der *finanzielle Wert* gelangt demnach *nicht bloss mittelbar* in Form von Geld, sondern *unmittelbar*, in Form einer *spezifischen Leistung*, an die Mitglieder<sup>47</sup>. Bei der Genossenschaft ist die Förderung der Mitglieder also *direkt in die Wertschöpfungskette* der Genossenschaft eingebunden<sup>48</sup>. Für sie ist charakteristisch, dass sich die *unmittelbaren wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder mit dem unmittelbaren Zweck der Genossenschaft zumindest teilweise decken*<sup>49</sup>.

## 2. Abgrenzung zur Gewinnstrebigkeit

Aus dem Vorstehenden ergibt sich gleichsam die Definition der *Gewinnstrebigkeit im Rechtssinne*: Eine solche liegt dann vor, wenn das (einzige oder hauptsächliche) Ziel einer Geschäftstätigkeit darin besteht, *Ertrag zu erzielen, um diesen als Dividende auszuschütten* und den Mitgliedern dadurch einen *wirtschaftlichen Vorteil* in der *neutralen Form von Geld* zu verschaffen. Die Gewinnstrebigkeit stellt somit eine Unterart des wirtschaftlichen Endzwecks dar. Zentral ist das Motiv oder das Ziel, das mit der geschäftlichen Tätigkeit angestrebt wird, also, dass die Gewinnerzielung *zum Zweck* der Ausschüttung erfolgt.

Typischerweise<sup>50</sup> sind die *Erwerbs- respektive Handelsgesellschaften* gewinnstrebig<sup>51</sup>. Sie zielen primär darauf, die Kapitalinvestition der Mitglieder möglichst attraktiv zu gestalten<sup>52</sup>. Sie verfügen über Gesellschafter, die – idealtypisch – am unmittelbaren Gesellschaftszweck kein Eigeninteresse haben, sondern nur am Kapitalgewinn interessiert sind (reine Investorengesellschafter).

Genossenschaften sind, weil sie auf die Förderung spezifischer wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder und nicht auf die Erzielung von Dividendenerträgen ausgerichtet sind, *keine* im Rechtssinne gewinnstrebrigen Gesellschaften<sup>53</sup>.

## 3. Ertrag und Ertragsverwendung bei der Genossenschaft

### a) Kostendeckung im Mitgliedergeschäft als idealtypischer Ausgangspunkt

Sollen mit der Tätigkeit der Gesellschaft bestimmte wirtschaftliche Interessen der Mitglieder gefördert oder gesichert werden, ist es konsequent, die Leistungsbedingungen im Mitgliedergeschäft kostendeckend anzusetzen und auf eine Gewinnmarge zu verzichten. Die Wertschöpfung der Genossenschaft fließt an die

<sup>45</sup> AB 1934 N 752.

<sup>46</sup> Vgl. VON STEIGER (Anm. 29), S. 26.

<sup>47</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE (Anm. 28), § 4 N 11 f.; GERWIG (Anm. 43), S. 152. Vgl. Prot-Exp 1928, S. 752; AB 1934 N 752; AB 1932 S 197.

<sup>48</sup> Vgl. FRANCO TAISCH, Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung, Zürich 2009, N 3.

<sup>49</sup> Vgl. in diesem Sinne auch AB 1934 N 752.

<sup>50</sup> Alle Handelsgesellschaften des Obligationenrechtes stehen aber auch für andere Zwe-

cke offen. Hier zeigt sich erneut die Unterscheidung zwischen Typus und Begriff.

<sup>51</sup> Vgl. auch SEVKET ÖZGÜR, Der Begriff der Selbsthilfe-Genossenschaften im schweizerischen Recht, Zürich 1952, S. 104.

<sup>52</sup> Vgl. in diesem Sinne bereits EGGER (Anm. 44), S. 156a.

<sup>53</sup> Vgl. auch OFK OR-VON WATTENWYL, Art. 828 N 6.

Mitglieder, ohne dass ein Teil bei der Genossenschaft verbleibt. In diesem *idealtypischen Modell* fallen bei der Genossenschaft *keine Erträge* an. Für die Genossenschafter lohnt sich dieses Vorgehen, wenn die Kosten für die Tätigkeit der Genossenschaft gesamthaft geringer sind, als wenn jedes Mitglied den an die *Genossenschaft als gemeinschaftlichen Hilfsbetrieb* ausgelagerten Prozess selbst erbringen müsste (Reduktion der Transaktionskosten<sup>54</sup>).

#### b) Vorsichtsprinzip, Nachzahlung und Rückvergütung als Korrektive

Das vorgenannte Konzept ist in Reinform nur theoretisch umsetzbar. Denn es ist kaum je möglich, die Preise und Vergütungen exakt so anzusetzen, dass am Jahresende weder Verlust noch Ertrag resultiert. Aus Gründen der Vorsicht werden Genossenschaften deswegen in aller Regel eine Sicherheitsmarge einrechnen (Vorsichtsprinzip).

Erbringt eine Genossenschaft ihre Leistung nur an Mitglieder, dann stammt der wegen des Vorsichtsprinzips erwirtschaftete Ertrag aus dem Vermögen der Mitglieder, die von der Genossenschaft in diesem Umfang suboptimal gefördert worden sind. Denn der Ertrag der Genossenschaft wurde erzielt, weil die Genossenschafter *zu viel* für deren Leistungen *bezahlt* haben oder die Genossenschaft die Leistungen der Genossenschafter *nicht genügend entschädigt* hat<sup>55</sup>. Daher ist es folgerichtig, diese aus der *vorsichtigen Preis- und Vergütungspolitik* stammenden Erträge nach Massgabe der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen an die Mitglieder zu verteilen, wie es Art. 859 Abs. 2 OR bestimmt<sup>56</sup>. Es handelt sich dabei *nicht* um eine Dividende, sondern um eine *Rückvergütung oder Nachzahlung* an die Genossenschafter<sup>57</sup>.

#### c) Erzielen von Erträgen zum Zwecke der Selbstfinanzierung

Genossenschaften – und vor allem die grösseren unter ihnen, die sich zu selbständigen Unternehmen entwickelt haben – streben aber regelmässig an, die Leistungsbedingungen so anzusetzen, dass ein Überschuss erzielt wird, der *über das hinausgeht, was aus Gründen der Vorsicht angemessen* ist<sup>58</sup>. Damit nähern sich solche Genossenschaften den Kapitalgesellschaften an, was sich auch dadurch erklärt, dass Genossenschaften in funktionierenden Märkten oft mit diesen in Konkurrenz stehen und somit gezwungen sind, sich marktkonform zu verhalten<sup>59</sup>. Für Genossenschaften, die *nicht* gewinnstrebig im hier verstandenen Sinne sein dürfen, ist diese mit dem Vorsichtsprinzip nicht mehr begründbare Festsetzung

<sup>54</sup> SARAH BRUNNER-DOBLER, Fusion und Umwandlung von Genossenschaften, Zürich 2008, S. 26.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu GERWIG (Anm. 43), S. 183; VON STEIGER (Anm. 29), S. 91 und REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 15.

<sup>56</sup> Nach dem Wortlaut von Art. 859 Abs. 3 OR gilt die Verteilung nach Massgabe der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtung nur, sofern es die Statuten nicht anders ord-

nen. Welche anderen Verteilungsarten – insbesondere auch im Hinblick auf die Dividendenbeschränkung nach Art. 859 Abs. 3 OR – zulässig sind, soll an dieser Stelle offen bleiben.

<sup>57</sup> VON STEIGER (Anm. 29), S. 91; ÖZGÜR (Anm. 51), S. 104.

<sup>58</sup> Ein Mehrertrag ist natürlich nur insoweit möglich, als es der Markt zulässt.

<sup>59</sup> Vgl. VON STEIGER (Anm. 29), S. 91.



der Leistungsbedingungen soweit zuzulassen, als damit *Selbstfinanzierung bezweckt* wird. Das Motiv, Ertrag zu erwirtschaften, muss also in der Selbstfinanzierung und *nicht* in der Ertragsausschüttung bestehen.

Für die Zulässigkeit einer solchen Politik spricht schon das *Gesetz*<sup>60</sup>:

- Art. 859 Abs. 1 OR (Grundsatz des Rückbehalts eines Reinertrages) impliziert, dass die Genossenschaft ein Vermögen mit dem Ziel der Selbstfinanzierung äufnen darf.
- Mehr noch, Art. 859 Abs. 1 OR erhebt die Thesaurierung des gesamten Ertrags zur Regel und degradiert die Verteilung an die Mitglieder nach Massgabe der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen – also die Rückvergütung oder Nachzahlung – zur Ausnahme, die nur zulässig ist, wenn sie statutarisch vorgesehen ist.
- Auch die Reservebildungspflichten nach Art. 860 und 861 OR sprechen für die Zulässigkeit, zum Zweck der Selbstfinanzierung Erträge zu erwirtschaften. Sie greifen, wenn der Ertrag (auch) in anderer Weise als zur Äufnung des Genossenschaftsvermögens verwendet wird. Unter der Voraussetzung, dass die Genossenschaft Ertrag erwirtschaftet, ist somit eine minimale Vermögensbildung von Gesetzes wegen verlangt.

Aber auch *praktische Gründe* sprechen dafür:

- Aufgrund der für Anteilscheine als Regel geltenden Dividendenbeschränkung (Art. 859 Abs. 3 OR)<sup>61</sup> können sich Genossenschaften Eigenkapital nicht dadurch beschaffen, dass sie eine attraktive Kapitalanlage anbieten: Obschon mit Anteilscheinen – gleich wie mit Aktien – ein Eigenkapitalrisiko übernommen wird, ist der – ungewisse – Ertrag auf das begrenzt, was einem Gläubiger fest zugesichert wird. Der Anteilschein vereinigt so das unlimitierte Risiko eines Aktionärs mit der limitierten Renditeaussicht eines Obligationärs, er eignet sich daher nicht oder nur sehr beschränkt für die Kapitalanlage. Zur Schaffung von Eigenkapital sind die Genossenschaften daher auf die Selbstfinanzierung angewiesen: Sie müssen die für den Ausbau ihrer unternehmerischen Tätigkeit erforderlichen Mittel selbst erarbeiten. Ob und wie die im Bereich der Eigenkapitalbeschaffung bestehenden Nachteile allenfalls durch im Rahmen der privatautonomen Rechtsgestaltung zu schaffenden Finanzierungsinstrumente gemildert werden können, soll an dieser Stelle offenbleiben<sup>62</sup>.
- Die Bildung von Genossenschaftsvermögen erscheint sodann auch vor dem Hintergrund der Mitgliederförderung sinnvoll, als Grundlage für das nach-

<sup>60</sup> Vgl. hierzu auch BBl 1928 292.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu nachfolgend c).

<sup>62</sup> FRANCO TAISCH/THOMAS SCHWYTER, Finanzierung von Genossenschaften, Der Partizipationsschein als Option, in: Martina Caroni/

Sebastian Heselhaus/Klaus Mathis/Roland Norer (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich 2010, S. 515 ff.

haltige und langfristige Bestehen der Genossenschaft<sup>63</sup>. Zugleich eröffnet es der Genossenschaft die Möglichkeit, zu wachsen und eine kritische Grösse zu erreichen, die überhaupt erst eine effiziente und effektive Mitgliederförderung erlaubt (economies of scale)<sup>64</sup>. Zu diesem Zweck wurde übrigens seit jeher trotz der Ausrichtung auf die Mitgliederförderung das sog. Nichtmitgliedergeschäft für zulässig erachtet. Problematisch ist es freilich, wenn das Konzept der Mitgliederförderung seines Gehalts völlig entleert wird und sich eine Genossenschaft nur noch darauf ausrichtet, Erträge zum Zwecke der Selbstfinanzierung zu erwirtschaften<sup>65</sup>.

#### d) Dividende auf Anteilscheine im Allgemeinen

Bestehen *Anteilscheine*, was bei einer Genossenschaft nicht zwingend ist<sup>66</sup>, darf gemäss Art. 859 Abs. 3 OR – wie bereits erwähnt – die auf sie entfallende Quote des Ertrags den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen. Trotz dieser Möglichkeit, Gewinn nach Massgabe der Kapitalbeteiligung an die Gesellschafter auszuschütten, wäre es nicht gerechtfertigt, Genossenschaften in diesem Umfang als gewinnstrebend zu bezeichnen. Denn das Ziel der unternehmerischen Tätigkeit muss auch bei Genossenschaften mit Anteilscheinen in der *Hauptsache* in der *direkten Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder* bestehen. Die Dividende ist nur ein Nebenziel, das sich mit dem Genossenschaftszweck vereinbaren lässt, wenn Kapital – wie bspw. bei einer Baugenossenschaft – für die Tätigkeit der Genossenschaft und somit die *Förderung der bestimmten wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder erforderlich* ist. In solchen Fällen erscheint auch eine Beteiligung des Kapitals am Ertrag der Genossenschaft gerechtfertigt.

Die Genossenschaft ist somit wegen ihrer Förderpflicht (Art. 828 Abs. 1 OR) und der Dividendenbeschränkung (Art. 859 Abs. 3 OR) für Unternehmen ausgeschlossen, die auf einen möglichst hohen Kapitalertrag und ein entsprechendes Dividendeninteresse der Mitglieder ausgerichtet sind<sup>67</sup>.

#### e) Dividende auf Anteilscheine bei Kreditgenossenschaften

Bei *Kreditgenossenschaften*<sup>68</sup> besteht die Dividendenbeschränkung indessen nicht<sup>69</sup>. Mit dem Vorbehalt der erweiterten Reservebildungspflichten (Art. 861 Abs. 2 und 3 OR) kann grundsätzlich der gesamte Ertrag der Genossenschaft als

<sup>63</sup> Vgl. zum Ganzen GERWIG (Anm. 43), S. 180 f.; VON STEIGER (Anm. 29), S. 26, 91; ÖZGÜR (Anm. 51), S. 104. Vgl. in diesem Sinne für Deutschland, PAULICK (Anm. 44), S. 414 f.

<sup>64</sup> Vgl. GERBER (Anm. 44), S. 41 und GÜNTHER MÜLLER-STEWENS/CHRISTOPH LECHNER, *Strategisches Management*, 4. Auflage, Stuttgart 2011, S. 260.

<sup>65</sup> Vgl. auch BBI 1928 287.

<sup>66</sup> Art. 833 Ziff. 1 OR und Art. 853 Abs. 1 OR.

<sup>67</sup> So schon EGGER (Anm. 44), S. 156a; vgl. auch AB 1932 S 213.

<sup>68</sup> Unter den Begriff Kreditgenossenschaften fallen Genossenschaften, die dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) vom 8. November 1934 voll unterstehen, aber auch Genossenschaften, deren Zweck darin besteht, Gelder an die Mitglieder auszuleihen, ohne sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumsanlagen zu empfehlen (vgl. BSK OR II-NEUHAUS/HEIBER, Art. 858 N 10 m. w. N. w.).

<sup>69</sup> Art. 861 Abs. 1 OR; vgl. OFK OR-VON WATTENWYL, Art. 828 N 7.

Dividende im Verhältnis zur Kapitalbeteiligung an die Mitglieder ausgeschüttet werden. Ein Ausreizen dieser Gestaltungsfreiheit kann aber in einem Spannungsverhältnis zur sich aus Art. 828 Abs. 1 OR ergebenden Pflicht stehen, die Mitglieder direkt zu fördern. Denn mit Art. 861 Abs. 1 OR wird – wie sich aus dem systematischen Zusammenhang ergibt – zwar die *Freiheit* eingeräumt, theoretisch eine beliebig hohe Dividende zu entrichten, aber nicht von der *Pflicht* befreit, *bestimmte wirtschaftliche Interessen* der Mitglieder zu fördern. Wo die Grenze verläuft, lässt sich nicht genau bestimmen. Es kann an dieser Stelle auch offen bleiben, ob die völlige Preisgabe der direkten Mitgliederförderungspflicht bei einer Kreditgenossenschaft zulässig wäre<sup>70</sup>. Immerhin sei daran erinnert, dass die Aufhebung der Dividendenbeschränkung vom Gesetzgeber vor allem damit begründet wurde, dass der Betrieb einer Kreditgenossenschaft höhere Eigenmittel benötigt als der Genossenschaftsbetrieb in anderen Branchen. Um die erforderlichen Eigenmittel beschaffen zu können, wurde den Kreditgenossenschaften die Möglichkeit eingeräumt, eine attraktive Kapitalanlage anzubieten<sup>71</sup>.

## D) Gemeinsame Selbsthilfe

Im Gesetzgebungsprozess wurde der gemeinsamen Selbsthilfe als Mittel zur Zweckverfolgung eine vorrangige Bedeutung zugemessen<sup>72</sup>. Die Mitglieder sollten ihre wirtschaftlichen Interessen durch ihr persönliches Mitwirken *selbst fördern oder sichern*<sup>73</sup>.

Der Begriff der *gemeinsamen Selbsthilfe* ist vor dem Hintergrund zu betrachten und zu verstehen, dass die Genossenschaft ursprünglich eine «Notgemeinschaft» war<sup>74</sup>. Die Industrialisierung im 19. Jahrhundert führte wegen der Mecha-

<sup>70</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen des Berichterstatters der ständerätlichen Kommission: «[...] Nicht unerhebliche Schwierigkeiten bieten dem Gesetzgeber gewisse Formen der Kreditgenossenschaften. Schon im Jahre 1925 bestanden 650 Bank- und Kreditgenossenschaften mit einem Sparkapital von über einer Milliarde Franken. Diese Tatsache wird den zuständigen Instanzen für die Auslegung des Art. 817 [heutiger Art. 828 OR] ohne weiteres die Pflicht nahelegen, auch das Kreditbedürfnis der Genossenschafter als ein durch die Genossenschaft gefördertes Interesse jedenfalls dann anzuerkennen, wenn der Genosse gegenüber andern Kunden des Instituts *einen bestimmten Vorteil genießt*. Dabei ist aber zu beachten, dass die Genossenschaft das Interesse ihrer Mitglieder *direkt fördern muss*; nur das Inaussichtstellen von grossen Gewinnchancen ist mit dem wahren Genossenschaftszweck unvereinbar [...]» (AB 1932 S 197, Hervorhebungen in Kursivschrift hinzugefügt).

<sup>71</sup> «[...] Massgebend für diese Ausnahme, die im Grunde mit dem Genossenschaftsge-

danken kollidiert, waren wohl die geschichtliche Entwicklung und die grosse praktische Bedeutung der Kreditgenossenschaften. Diese Genossenschaften erklären, dass sie einen höheren Zinsfuß bezahlen müssten, um das nötige Stammkapital zu erhalten, und dass sie auch auf diese Weise eine volkswirtschaftlich nützliche Funktion erfüllen. Die vorgeschlagene Lösung dürfte der historischen Gebundenheit und einer zielbewussten Zukunftstendenz am besten gerecht werden [...]» (AB 1932 S 213; vgl. zum Ganzen und zum Einfluss des Bankengesetzes auch AB 1935 S 110 und zur finalen Differenzbereinigung dieser in den Räten stark umstritten Bestimmung AB 1935 N 385 f.).

<sup>72</sup> Vgl. auch ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, Art. 828 N 9 ff.; REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 14.

<sup>73</sup> Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 14.

<sup>74</sup> DUBACH (Anm. 44), S. 18; vgl. auch EGGER (Anm. 44), S. 109a.

nisierung von Arbeitsabläufen und der Verdrängung von Kleinbetrieben durch Fabriken zu einem Überangebot an Arbeitskräften. Das ermöglichte ausbeuterische Lohnsenkungen, die «[...] zusehends zur Verelendung weiter Volkskreise [...]» führte<sup>75</sup>. Dies war nicht nur ein geeigneter Nährboden für das Gedeihen von sozialistischen und marxistischen Gesellschafts- und Wirtschaftskonzepten<sup>76</sup>, sondern auch ein Umfeld, das den *Zusammenschluss der Betroffenen* zur Sicherung oder Förderung ihrer (grundlegenden) wirtschaftlichen Interessen *notwendig* machte<sup>77</sup>. Genossenschaften sind mit anderen Worten entstanden, «[...] um dem Problem fehlender oder versagender Märkte zu begegnen [...]»<sup>78</sup>. Sie versorgten ihre Mitglieder in einem schwierigen Umfeld mit den für ihre private Erwerbs- oder Verbrauchswirtschaft notwendigen Bedarfsartikeln, sie nahmen ihnen ihre selbst produzierten Produkte ab und verwerteten oder vertrieben diese<sup>79</sup>. Die Genossenschaften gewährten Kredite oder unterstützten, stärkten und förderten die private Wirtschaft ihrer Mitglieder in anderer Weise<sup>80</sup>. Ebenfalls durch die ursprünglichen Genossenschaften sichergestellt wurde der Bedarf einkommenschwacher Bevölkerungsteile, sich gegen Lebensrisiken durch Versicherungen absichern zu können<sup>81</sup>.

In der Extremposition bedeutet gemeinsame Selbsthilfe die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks ohne Hilfe Dritter oder des Staates<sup>82</sup>. Der Gesetzgeber hat dem Begriff der gemeinsamen Selbsthilfe freilich keine derart weitreichende Bedeutung zugesprochen. In der parlamentarischen Beratung wurde das kooperative Zusammenwirken der Mitglieder als Wesenszug der traditionellen Genossenschaften aber immerhin dadurch betont, dass die ursprünglich vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung «in der Gemeinschaft» durch «gemeinsame Selbsthilfe» ersetzt wurde<sup>83</sup>.

Doch bedeutet die gemeinsame Selbsthilfe auch historisch betrachtet nicht, dass sich jedes Mitglied in gleicher Art und Weise aktiv an der Genossenschaft beteiligen muss. Schon die ursprünglichen Genossenschaften kannten *arbeitstei-*

<sup>75</sup> DUBACH (Anm. 44), S. 18.

<sup>76</sup> Vgl. DUBACH (Anm. 44), S. 18 f., der auf diesen Konnex hinweist. Die Genossenschaft sollte nach der Meinung sozialistisch-marxistischer Kreise gar als Instrument zur Sozialisierung der Wirtschaft eingesetzt werden: «[...] Owen hat als Vorstufe die Konsumgenossenschaften vorgesehen, die immer mehr zur Eigenproduktion überzugehen hätten. Saint-Simon, Fourier und Buchez glaubten die Sozialisierung der Wirtschaft durch die Produktivgenossenschaften erreichen zu können [...]». Ähnliche Bestrebungen und Ideen lassen sich übrigens dem aktuellen Parteiprogramm der Sozialdemokratischen Partei der Schweiz entnehmen (Sozialdemokratische Partei der Schweiz, Parteiprogramm, Für eine sozial-ökologische Wirtschaftsdemokratie, Lausanne 2010, S. 17).

<sup>77</sup> Nach EGGER (Anm. 44), S. 109a, ist alles «[...] Genossenschaftswesen [...] aus der Not geboren [...]». Vgl. zum Ganzen auch BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 23 ff.; DUBACH (Anm. 44), S. 19 f.

<sup>78</sup> BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 25 f., 29.

<sup>79</sup> Vgl. BBI 1928 286.

<sup>80</sup> CHRISTIAN SPECKER, Die Abgrenzung des Vereins von den wirtschaftlichen Verbandspersonen, Zürich 1948, S. 47 ff.

<sup>81</sup> WALTER BOSSHART, Aus der Geschichte der Mobiliar, Jubiläumsausgabe zum 175. Geburtstag, Bern 2001, S. 7; vgl. auch ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, Art. 828 N 14; EGGER (Anm. 44), S. 151a f.

<sup>82</sup> Vgl. EGGER (Anm. 44), S. 150a f.; vgl. auch ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, Art. 828 N 11 für weitere Bedeutungen.

<sup>83</sup> Vgl. BBI 1928 297 und AB 1932 S 198; AB 1934 N 752.

lige Prozesse mit verschiedenen Rollen und Funktionen der Mitglieder<sup>84</sup>. Auch sollte die Mitwirkung Dritter oder des Staates keineswegs ausgeschlossen werden<sup>85</sup>.

Die gemeinsame Selbsthilfe ist somit primär das Mittel, mit dem der Zweck – die Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder – angestrebt wird. Die gemeinsame Selbsthilfe deutet aber auch auf die für Genossenschaften charakteristische Selbstverwaltung, Selbstorganisation und Selbstbestimmung hin<sup>86</sup>. In diesem Sinne ist die gemeinsame Selbsthilfe auch ein Zweckelement der Genossenschaft, so wie es bereits der Gesetzeswortlaut zum Ausdruck bringt.

## E) Wirtschaftliche Realität

Die Mehrzahl der Genossenschaften erfüllt auch heute Zwecke, die ohne Weiteres mit Art. 828 OR zu vereinbaren sind. Einige haben sich aber offensichtlich vom Leitbild des historischen Gesetzgebers und damit auch von der sich aus einer historischen Auslegung des Genossenschaftszwecks ergebenden Zielsetzung entfernt:

- Die grossen *Konsumgenossenschaften* behandeln – als sogenannte Marktgenossenschaften<sup>87</sup> – Kunden und Mitglieder, was den Verkauf der Konsumgüter betrifft, unterschiedslos gleich. Der Unterschied zum aus historischer Perspektive unbedenklichen und wegen des Skaleneffekts allenfalls erforderlichen Nichtmitgliedergeschäft besteht darin, dass Mitglieder und Nichtmitglieder im Zweckgeschäft *völlig gleich behandelt* werden. Auch von den in den letzten Jahren eingeführten Rabattierungssystemen profitieren Kunden unabhängig davon, ob sie Mitglieder der Genossenschaft sind oder nicht. Der Förderauftrag im historischen Sinne ist zu Gunsten einer allgemeinen Ausrichtung auf die *Konsumenten*<sup>88</sup> oder die *Bevölkerung*<sup>89</sup> mutiert. Der Beitritt zu diesen Konsumgenossenschaften verschafft dem Mitglied keinen *relevanten* wirtschaftlichen Vorteil, den er nicht auch als Nichtmitglied erhalten könnte<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> ROMAN ABEGG, Die alte Eidgenossenschaft, Ein Versuch über die Genossenschaft, Zürich 1964, S. 83 ff.

<sup>85</sup> Ersteres ist evident, denn es ist der Genossenschaft nicht verwehrt, Fremdkapital aufzunehmen. Für letzteres spricht alleine schon Art. 926 OR, der die Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts an Genossenschaften regelt.

<sup>86</sup> Vgl. ABEGG (Anm. 84), S. 26 f. Vgl. zur Bedeutung dieser Elemente insbesondere bei der nachhaltigen Verwaltung von Gemeingütern (Allmendeproblematik) ELINOR OSTROM, Beyond Markets and States: Policentric Governance of Complex Economic Systems, American Economic Review 100 (June 2010), S. 652 ff.; ELINOR OSTROM, Governing the

Commons, The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge 1990, S. 185 f.; ELINOR OSTROM, Was mehr wird wenn wir teilen, vom gesellschaftlichen Wert der Gemeingüter, München 2011, S. 5 ff. Vgl. auch MARKUS HANISCH, Was die Genossenschaftswissenschaft von Elinor Ostrom lernen könnte, ZfgG 4/2010, S. 256 ff.

<sup>87</sup> Vgl. zur Terminologie, BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 29 ff.

<sup>88</sup> Statuten Coop Genossenschaft vom 19. Dezember 2008, Art. 2.

<sup>89</sup> Migros-Genossenschafts-Bund (MGB) Statuten vom 27. Oktober 2007, Art. 5a.

<sup>90</sup> Vgl. auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 19.

- Auch bestehen Genossenschaften, denen das Merkmal der *gemeinsamen Selbsthilfe* vollständig abhanden gekommen ist. Zu denken ist wiederum an die grossen *Konsumgenossenschaften*, aber auch an die *Versicherungs- oder Bankgenossenschaften*, bei denen diese Entwicklung freilich bereits durch gesetzliche Sonderbestimmungen vorgespurt ist<sup>91</sup>.
- Sowohl die ungenügende oder gänzlich fehlende Ausrichtung auf die Mitglieder als auch der Verlust der gemeinsamen Selbsthilfe gehen damit einher, dass sich solche Genossenschaften von ihrem dienenden oder hilfswirtschaftlichen Charakter verabschiedet und zu *verselbständigten (erwerbswirtschaftlichen) Unternehmen* entwickelt haben, zu Unternehmen, die nicht mehr auf die Ergänzung oder Unterstützung der privaten Erwerbs- und Verbrauchswirtschaft ihrer Mitglieder ausgerichtet sind.
- Nicht sehr zahlreich, aber ebenfalls auf dem Markt agierend sind schliesslich Genossenschaften, die *hauptsächlich gemeinnützige oder ideelle Interessen* verfolgen und somit vom an sich klaren Willen des Gesetzgebers abweichen.

## F) Fazit

Zusammenfassend sind vier Ausprägungen erkennbar, die – zumindest vordergründig – mit Blick auf den historisch ausgelegten Genossenschaftszweck problematisch erscheinen: die Weiterentwicklung der Genossenschaft weg vom hilfswirtschaftlichen, dienenden Betrieb und hin zum völlig *verselbständigten*, von seinen Mitgliedern losgelösten Unternehmen (i), der weitgehende Verzicht auf eine Unterscheidung zwischen dem *Mitglieder- und dem Nichtmitgliedergeschäft* (ii), die Verabschiedung von der *gemeinsamen Selbsthilfe* im historischen Sinne (iii) und – mit ganz anderer Stossrichtung – eine *hauptsächlich ideelle oder gemeinnützige Ausrichtung* (iv)<sup>92</sup>.

## IV. Gründe für ein Abweichen vom objektiv-entstehungszeitlichen Genossenschaftszweck

### A) Vorbemerkung

Nach dem hier verfolgten Ansatz darf vom objektiv-entstehungszeitlichen Auslegungsergebnis nur (aber immerhin) abgewichen werden, wenn hierfür – objektiv betrachtet – gute Gründe bestehen. Die Diskrepanz zwischen der wirtschaftlichen Realität und der objektiv-entstehungszeitlichen Bedeutung von Art. 828 OR könnte als solcher Grund betrachtet werden. Dies würde aber einem harten Schluss vom *Faktischen* auf das *Rechtliche*, also vom *Sein* auf das *Sollen* gleichkommen, was rechtsmethodisch als unzulässiger *naturalistischer Fehlschluss* be-

<sup>91</sup> Vgl. zum Verzicht auf die Dividendenbegrenzung vorn III. C) e). Bei Versicherungsgenossenschaften kann wegen OR 841 die mitgliedschaftliche Beziehung gegenüber einer

vertraglichen gänzlich in den Hintergrund treten.

<sup>92</sup> Vgl. auch BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 33.

zeichnet wird<sup>93</sup>. Dies bedeutet aber wiederum nicht, dass eine Orientierung am Faktischen ausgeschlossen ist. Sie ist vielmehr erforderlich, weil Normtext und Sachverhalt immer in einem hermeneutischen Bezug zueinander stehen<sup>94</sup>. Mit dem Bundesgericht hat sich die Gesetzesauslegung (auch) «[...] vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz [...]»<sup>95</sup>. Vor diesem Hintergrund stellt sich einerseits die Frage, welche Motive den historischen Gesetzgeber dazu veranlasst haben, den Verwendungszweck bei der Genossenschaft zu beschränken und ob diese Motive heute noch von Bedeutung sind (B)). Andererseits gilt es zu prüfen, welche weiteren Gründe allenfalls ein Abweichen von der objektiv-entstehungszeitlichen Bedeutung des Genossenschaftszwecks rechtfertigen könnten (C)).

## B) Gesetzgeberische Motive für die Zweckbeschränkung und deren heutige Bedeutung

### 1. Erfüllung der Forderungen der Genossenschaftsbewegung im geltenden Recht

Auf Druck genossenschaftlicher Kreise, die sich einen speziell zur Umsetzung der nach ihrer Vorstellung idealtypischen Wirtschaftsform reservierten körperchaftlichen Rechtsträger wünschten<sup>96</sup>, aber auch mit Unterstützung von Wettbewerbern, die keine Konkurrenz durch (steuerlich) privilegierte Genossenschaftsunternehmen wollten, wurde es zu einem Bestreben der 1936 in Kraft getretenen Gesetzesnovelle, das Genossenschaftsrecht so zu gestalten, «[...] dass nur noch solche Personenverbände sich als Genossenschaften gründen können, die auch wirtschaftlich dem wahren Wesen der Genossenschaft entsprechen [...]»<sup>97</sup>. Nach den Worten des Berichterstatters der nationalrätlichen Kommission bestand das gesetzgeberische Ziel gar darin, «[...] mit flammendem Schwert und heiligem Eifer alles aus dem Genossenschaftsparadies [...]»<sup>98</sup> zu vertreiben, «[...] was nicht einwandfrei als echt kooperativ ausgewiesen ist [...]»<sup>99</sup>.

Im Ergebnis führte dies dazu, dass die damals von der Genossenschaftsbewegung mit dem Prädikat «*echt genossenschaftlich*» qualifizierten Unternehmen zum Vorbild und Leitstern der Revision des Genossenschaftsrechts erhoben wurden. Der Gesetzgeber orientierte sich im Dienste der Genossenschaftsidee am damaligen überpositivrechtlichen *Genossenschaftstypus* respektive am damals wohl vorherrschenden *wirtschaftlich-soziologischen* Genossenschaftsbegriff<sup>100</sup>. Er hatte die Absicht, die Genossenschaft stärker an ein vorgegebenes Leitbild zu binden als dies bei den Handelsgesellschaften der Fall war.

<sup>93</sup> Vgl. zum Ganzen PHILIPPE MASTRONARDI, Juristisches Denken, 2. Auflage, Bern 2003, N 310 ff.

<sup>94</sup> Vgl. zum Ganzen MASTRONARDI (Anm. 93), N 328 ff.

<sup>95</sup> BGE 121 III 219 E. 1d/aa, S. 225; vgl. auch MASTRONARDI (Anm. 93), N 328 ff.

<sup>96</sup> Vgl. BBl 1928 286 f.

<sup>97</sup> AB 1934 N 752.

<sup>98</sup> AB 1934 N 752.

<sup>99</sup> AB 1934 N 752.

<sup>100</sup> Vgl. hierzu auch FORSTMOSER (Anm. 26), S. 144 m. w. N. w. in dortiger Fn 15.

Für eine solche Typenbindung besteht heute kein Anlass mehr: Obwohl 2012 das UNO-Jahr der Genossenschaften begangen wird, ist nicht erkennbar, dass in der Schweiz derzeit eine Bewegung existiert, die zur Umsetzung genossenschaftlicher Ideen eine eigens dafür reservierte Rechtsform fordert. Zwar besteht mit dem in Genf domizilierten Internationalen Genossenschaftsbund<sup>101</sup> eine Organisation, die sich für die Verbreitung der Genossenschaftsidee einsetzt. Und auch die Sozialdemokratische Partei der Schweiz (SP) hat das Potential von Genossenschaften – auf ihre Weise – erkannt<sup>102</sup>. Soweit ersichtlich erklingt aber nirgends mehr die Forderung nach einer eigens an genossenschaftspolitischen Idealen orientierten und auf sie verpflichteten Gesellschaftsform<sup>103</sup>.

## 2. Verhinderung von Gesetzesumgehungen

### a) Vorbemerkung

Ziel der Revision von 1936 war es auch, zu verhindern, dass Erleichterungen, die den *echten Genossenschaften* vorbehalten sein sollten<sup>104</sup>, von *Pseudogenossenschaften*<sup>105</sup> missbraucht werden konnten. In erster Linie waren es damals *Steuerprivilegien*, die der Gesetzgeber den *Pseudogenossenschaften* nicht gewähren wollte (vgl. b)). Auch im *Zivilrecht* wurden gewisse Erleichterungen vorgesehen, die aber insgesamt nicht zu einer stark ins Gewicht fallenden Privilegierung der Genossenschaften geführt haben (vgl. c)–f)).

### b) Steuerprivilegien

In vielen Kantonen kamen Unternehmen allein dadurch in den Genuss von Steuerprivilegien<sup>106</sup>, dass sie formell in der Rechtsform der Genossenschaft konstituiert waren, also unabhängig davon, ob sie gewinnstrebig oder im klassischen Sinn genossenschaftlich ausgestaltet waren<sup>107</sup>.

Das gesetzgeberische Motiv, diese steuerlichen Privilegien ausschliesslich den echten Genossenschaften zukommen zu lassen, ist heute obsolet geworden. Ein Markstein in dieser Entwicklung stellte ein 1955 vom Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartement publizierter Bericht zur rechtsformunabhängigen Besteuerung dar<sup>108</sup>. In den Folgejahren wurden steuerlich unterschiedliche Behandlungen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften sukzessive abgeschafft, und spätestens seit dem Ablauf der in Art. 72 ff. StHG<sup>109</sup> normierten Übergangs-

<sup>101</sup> Vgl. <http://www.ica.coop/al-ica>.

<sup>102</sup> Sozialdemokratische Partei der Schweiz (Anm. 76), S. 17, 20, 50, 57 f.

<sup>103</sup> Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass selbst von sozialdemokratischen Kreisen die Finanzierungsschwächen der Genossenschaft erkannt und für reformbedürftig erklärt werden (vgl. Sozialdemokratische Partei der Schweiz (Anm. 76), S. 17).

<sup>104</sup> Vgl. AB 1934 N 752, wo allgemein von der Umgehung strengerer Bestimmungen des Aktienrechts gesprochen wird.

<sup>105</sup> Vgl. zum Begriff: ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, ST N 128 ff.

<sup>106</sup> Vgl. zur Übersicht ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, ST N 199 ff., 203 und REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 19 ff.; PETER FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, Bern 1970, S. 91 ff.

<sup>107</sup> Vgl. AB 1935 N 385; GERWIG (Anm. 43), S. 151; vgl. auch FORSTMOSER (Anm. 106), S. 67 f.

<sup>108</sup> Vgl. hierzu ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, ST N 189 f. m. w. N. w.

<sup>109</sup> Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14.



fristen werden die Genossenschaften steuerlich gleich behandelt<sup>110</sup> wie die Kapitalgesellschaften<sup>111</sup>. Bei der Schaffung des Fusionsgesetzes<sup>112</sup> wurde sodann explizit darauf geachtet, dass *steuerliche Anreize* die Wahl einer für die spezifischen Unternehmenszwecke suboptimalen Rechtsform nicht begünstigen<sup>113, 114</sup>.

### c) Kapitalvorschriften

Das Gesetz verlangt weder bei der Gründung noch für den Betrieb einer Genossenschaft ein Grundkapital. Eine Genossenschaft kann gänzlich ohne Grundkapital auskommen<sup>115</sup>; ein zum Voraus festgesetztes Grundkapital ist sogar unzulässig<sup>116</sup>. Dort wo es vorhanden ist, verfügt es sodann aufgrund der zwingend variablen Ausgestaltung und der fehlenden Handelsregisterpublizität nicht über dieselbe Gläubigerschutzfunktion wie bei der Aktiengesellschaft<sup>117</sup> oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>118</sup>.

Mit dem Verzicht auf ein Grundkapital wird betont, dass die Genossenschaft keine Kapitalgesellschaft ist. Für Personen in wirtschaftlich knappen Verhältnissen stellt der Verzicht auf ein Minimalkapital sicherlich eine gewisse Erleichterung dar. In Kauf genommen wird dabei eine Schwächung des Gläubigerschutzes, die sich aber nicht derart stark auswirkt, dass sich im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften eine Zweckbeschränkung rechtfertigen würde. Erinnerung sei etwa an Folgendes:

- Für Vereine verlangt das Gesetz auch kein minimales Grundkapital, obwohl deren Aktivitäten genauso zu finanziellen Verpflichtungen (und damit zu Risiken für die Gläubiger) führen können wie die wirtschaftlichen Zielsetzungen der Genossenschaft.
- Bei der GmbH genügt sodann ein minimales Grundkapital von CHF 20 000.
- Ein Rechtsvergleich zeigt, dass der Sperrquote Grundkapital je länger je weniger Gewicht beigemessen wird: In den USA ist seit jeher die Gründung einer *corporation* mit USD 1000 möglich<sup>119</sup>, und in der Eurozone floriert seit einigen Jahren die 1 Euro-GmbH<sup>120</sup>.

<sup>110</sup> Vgl. für die Tarife Art. 27 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 StHG. Im Übrigen wird im StHG die Genossenschaft immer zusammen mit der Kapitalgesellschaft erwähnt: Art. 7, 7a, 8, 20, 24, 28, 29, 29a StHG.

<sup>111</sup> BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 196; vgl. auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 22.

<sup>112</sup> Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), SR 221.301.

<sup>113</sup> BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 196; Botenschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, BBl 2000 4337, 4368 f.

<sup>114</sup> Auf einem anderen Blatt steht, dass Genossenschaften allenfalls deshalb wenig Steuern abliefern, weil sie bewusst auf die Erzielung

von an sich möglichen Gewinnen verzichtet und damit das Steuersubstrat klein gehalten haben. Dieses «Privileg» des Enthaltensamen steht auch Aktiengesellschaften zu.

<sup>115</sup> BBl 1928 285; AB 1934 N 752.

<sup>116</sup> Art. 828 Abs. 2 OR, vgl. zum Ganzen auch ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, ST N 134 ff.

<sup>117</sup> Vgl. zur Funktion des Aktienkapitals als Haftungsbasis für die Gläubiger MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 16 N 66.

<sup>118</sup> Vgl. ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, ST N 137 f.

<sup>119</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 16 N 112.

<sup>120</sup> Vgl. als Beispiel die sog. Unternehmergesellschaft, die eine Unterart der GmbH nach deutschem Recht darstellt, § 5a des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG, vom 20. April 1892, Stand 22. Dezember 2011).

- Der Gesetzgeber hat es – von einigen wenigen spezialgesetzlichen Bestimmungen abgesehen – unterlassen, eine angemessene Relation zwischen der Höhe des Grundkapitals und dem Umfang der Geschäftstätigkeit zu verlangen<sup>121</sup>. Selbst grösste Unternehmen können sich mit einem minimalen Kapital begnügen, und wegen der in den letzten Jahrzehnten zum Zweck der Kapitalrückzahlung an die Aktionäre erfolgten Kapitalherabsetzungen liegt das Verhältnis des Grundkapitals zum Gesellschaftsvermögen heute bei vielen kotierten Gesellschaften im tiefen Prozent- oder gar im Promillebereich<sup>122</sup>.
- Vor allem aber ist das Grundkapital eine blossе Sperrquote, in der Vermögen in einer Gesellschaft zwar vorhanden sein sollte, aber keineswegs notwendigerweise vorhanden ist: Eine ungefähre Übereinstimmung von Grundkapital und Gesellschaftsvermögen (und *dieses* ist das Haftungssubstrat) besteht einzig unmittelbar nach der Gründung<sup>123</sup>. Sobald die Gesellschaft ihre Aktivität aufnimmt, verändert sich das Gesellschaftsvermögen, und in der Regel wird es zuerst einmal abnehmen.

Als Gläubigerschutzbestimmung ist daher das Grundkapital – obwohl es vom Schweizer Gesetzgeber liebevoll gepflegt worden ist – schlecht geeignet, und sein Fehlen stellt keinen erheblichen Nachteil für den Rechtsverkehr dar. Viel wichtiger sind Transparenz, angemessene Buchführungsvorschriften, eine Revision, die diesen Namen verdient<sup>124</sup> und strenge Bestimmungen zur Organverantwortlichkeit<sup>125, 126</sup>. Das allfällige Fehlen von Grundkapital und seine im Vergleich zur Aktiengesellschaft andere Struktur rechtfertigt deswegen keine Beschränkung der für die Genossenschaft zulässigen Verwendungszwecke.

#### d) Öffentliche Beurkundung

Weder bei der Gründung noch bei späteren Beschlüssen<sup>127</sup> bedarf es bei der Genossenschaft einer öffentlichen Beurkundung, was als weitere «Erleichterung» betrachtet werden kann, sich aber in der Praxis freilich nicht selten im Gegenteil als Erschwernis erweist.

Der Gesetzgeber hat jedoch *nicht* primär wegen der limitierten Zwecksetzung der Genossenschaft auf die öffentliche Beurkundung verzichtet, sondern aus der Fehlüberlegung heraus, die Genossenschaft sei für *einfache Verhältnisse* und *nicht fachkundige Personen* zugeschnitten, diese hätten einfachere Probleme und es stünden ihnen weniger materielle Mittel zur Verfügung, sodass für eine preis-

<sup>121</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 16 N 104 f.

<sup>122</sup> Aber auch früher bestand nicht zwingend eine angemessene Relation: Hoffmann-La Roche – schon damals eines der grössten Pharmaunternehmen der Welt – hatte bis 1989 ein Grundkapital von CHF 50 000 (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 16 N 104).

<sup>123</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 16 N 60 ff.

<sup>124</sup> Dazu nachstehend f).

<sup>125</sup> Dazu nachstehend e).

<sup>126</sup> Vgl. zum Ganzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 16 N 111 ff.

<sup>127</sup> Ausnahmen bilden die Herabsetzung und Aufhebung von Anteilscheinen: Auf diese Verfahren sind aktienrechtlichen Bestimmungen entsprechend anwendbar (vgl. Art. 834 Abs. 2 OR). Zum Ganzen URS HENGGELER, Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechts gegenüber dem Aktienrecht, Eine Problemauswahl im Hinblick auf eine Reform des Genossenschaftsrechts, Zürich 1976, S. 69.

werte Abwicklung zu sorgen sei<sup>128</sup>. Dies würde eine öffentliche Beurkundung allerdings *umso mehr* rechtfertigen, um klare Rechtsverhältnisse für die Eintragungen im Handelsregister zu schaffen<sup>129</sup>. Überdies hat der Gesetzgeber die Verwendung der Genossenschaft auch für komplexere und grössere Verhältnisse nicht ausgeschlossen und in expliziten Bestimmungen für grosse und mitgliederreiche Genossenschaften<sup>130</sup> bewusst vorgesehen. Es wäre deswegen *nicht einzusehen*, diese Verwendungszwecke *wegen der fehlenden öffentlichen Beurkundung* auszuschliessen. Gleiches gilt bezüglich nur gemeinnütziger oder hauptsächlich ideeller Zwecke. In der Praxis wird ohnehin der Beizug von fachkundigen Personen erforderlich sein, sobald die einfachen und überschaubaren Verhältnisse verlassen werden. Und die Prüfung durch das Handelsregisteramt – freilich nur eine grobe Triage – hängt nicht von der öffentlichen Beurkundung ab<sup>131</sup>.

#### e) Verantwortlichkeit

Erleichterungen finden sich auch im Bereich der Organverantwortlichkeit. Es besteht, mit Ausnahme der Verletzung der für den Fall der Überschuldung geltenden Pflichten<sup>132</sup>, nur gegenüber der Genossenschaft, nicht aber gegenüber den einzelnen Genossenschaf tern oder den Gläubigern, eine solidarische<sup>133</sup> Haftung aller mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Revision und Liquidation betrauten Personen für den Schaden, den sie der Genossenschaft verursacht haben<sup>134, 135</sup>. Bei der Aktiengesellschaft sind demgegenüber vor dem Konkurseintritt auch die Aktionäre berechtigt auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen (Art. 756 OR), und nach Konkurseintritt sind darüber hinaus selbst die Gläubiger legitimiert, Ersatz des Gesellschaftsschadens zu verlangen (Art. 757 Abs. 1 OR)<sup>136</sup>. Bei der Genossenschaft findet sich sodann keine Prospekt- und Gründerhaftung<sup>137</sup>.

Auch was die Organverantwortlichkeit betrifft hatte der Gesetzgeber *einfachere Verhältnisse* als bei der AG vor Augen. Er befürchtete, dass sich bei einer

<sup>128</sup> HENGGELER (Anm. 127), S. 75 f.; AB 1932 S 200.

<sup>129</sup> Vgl. zu den drei Zwecken der öffentlichen Beurkundung, also die Belegfunktion, der Schutz vor Unbedacht und die Verfahrenskontrolle, CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 239 ff.

<sup>130</sup> Genossenschaftsverbände (Art. 921 ff. OR), Urabstimmung (Art. 880 OR), Delegiertenversammlung (Art. 892 OR).

<sup>131</sup> Vgl. zum Ganzen HENGGELER (Anm. 127), S. 67 ff.; AB 1932 S 200.

<sup>132</sup> Art. 917 OR.

<sup>133</sup> Art. 918 Abs. 1 OR.

<sup>134</sup> Diese Erleichterung gilt gemäss Art. 920 OR nicht für Kredit- und Versicherungsgenossenschaften.

<sup>135</sup> Vgl. Art. 916 OR vor und nach dem Inkrafttreten des revidierten Rechts zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung am 1. Januar 2008. Der geltende Art. 916 OR erweiterte die Haftung auf die mit der Liquidation befassten Personen und verwendet statt des Begriffs «Kontrolle» die «Revision».

<sup>136</sup> Vgl. zur eingeschränkten Bedeutung dieser Legitimation aufgrund des Vorklagerechts der durch die Konkursverwaltung vertretenen Gläubigergesamtheit sogleich nachfolgend.

<sup>137</sup> VON STEIGER (Anm. 29), S. 129. Ist der Gründerbericht unwahr oder werden Sacheinlagen und -übernahmen verheimlicht, fällt aber immerhin eine Haftung aus unerlaubter Handlung in Betracht (Art. 41 ff. OR; vgl. VON STEIGER (Anm. 29), S. 129).

schärferen Haftung nicht genügend «tüchtige Persönlichkeiten» für die Verwaltung der Genossenschaft würden finden lassen<sup>138</sup>.

Aus heutiger Perspektive dürften die Unterschiede in der Organverantwortlichkeit aber kaum von praktischer Relevanz sein. So werden Verantwortlichkeitsklagen bei der Aktiengesellschaft in aller Regel nur – dann aber fast ausnahmslos – im Konkurs bzw. einem Nachlassverfahren geltend gemacht. Aufgrund des Vorklagerechts der durch die Konkursverwaltung vertretenen Gläubigersamtheit besteht bis zum Verzicht auf die Verfolgung der Ansprüche im Konkurs keine Aktivlegitimation der Aktionäre und Gläubiger<sup>139</sup>. Es ist deswegen nicht anzunehmen, dass die Organverantwortlichkeit bei der Wahl zwischen AG und Genossenschaft irgendeine Rolle spielt. Problematisch wäre die Differenzierung allenfalls, wenn die Genossenschaft für *spekulative Zwecke* verfügbar wäre. Das hat aber der Gesetzgeber bewusst abgelehnt<sup>140</sup>. Die genossenschaftliche Organhaftung rechtfertigt deswegen keine Zweckbeschränkung, solange nicht ausschliesslich spekulative Zwecke verfolgt werden, und dies wird durch den Genossenschaftszweck, aber auch die Ausschüttungsbegrenzungen unterbunden. Analoges lässt sich zur Prospekt- und Gründungshaftung sagen: Es ist kaum denkbar, dass ihr Fehlen bei der Rechtsformwahl irgendeine Rolle spielt.

#### f) Rechnungslegung und Revisionspflicht

Genossenschaften kamen und kommen<sup>141</sup> bei der *Rechnungslegung* im Vergleich zu Aktiengesellschaften in den Genuss von Erleichterungen<sup>142</sup>. Es genügt eine einfache Buchführung; die für die Aktiengesellschaft aufgestellten detaillierteren Bilanzvorschriften müssen nur Kredit- und Versicherungsgenossenschaften (die ohnehin strengeren spezialgesetzlichen Rechnungslegungsvorschriften unterworfen sind) erfüllen<sup>143</sup>. Auch hier hatte der Gesetzgeber einfache und überschaubare Verhältnisse vor Augen<sup>144</sup>. In absehbarer Frist wird aber das revidierte, rechtsformunabhängig ausgestaltete *Rechnungslegungsrecht* in Kraft treten, womit diese Erleichterungen hinfällig werden<sup>145</sup>.

Für die Kontrollstelle – in heutiger Terminologie: Revisionsstelle – galten ursprünglich im Wesentlichen dieselben Vorschriften wie bei der Aktiengesellschaft. Mit der Aktienrechtsrevision von 1991 wurde die Revisionspflicht bei der Aktiengesellschaft, nicht aber bei der Genossenschaft verschärft. Diese ungerichtfertigte Ungleichbehandlung wurde mit dem Inkrafttreten der rechtsformun-

<sup>138</sup> BBl 1928 302: «[...] Wir haben um so mehr Grund, von der Aufstellung unnötig scharfer Verantwortlichkeitsbestimmungen abzusehen, weil mit den Schwierigkeiten zu rechnen ist, die Organe der Genossenschaft, die ja zum grossen Teile ehrenamtlich sich betätigen, mit tüchtigen Persönlichkeiten zu bestellen [...]».

<sup>139</sup> Vgl. für die Aktiengesellschaft Art. 757 Abs. 1 OR und BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 757 N 18 ff.

<sup>140</sup> BBl 1928 302.

<sup>141</sup> Für die Zukunft ist eine rechtsformübergreifende Vereinheitlichung beschlossen (vgl. Anm. 145).

<sup>142</sup> Vgl. HENGGELER (Anm. 127), S. 183 f.

<sup>143</sup> Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 72 f.

<sup>144</sup> HENGGELER (Anm. 127), S. 184.

<sup>145</sup> Vgl. Referendumsvorlage Obligationenrecht (Rechnungslegungsrecht), Änderungen vom 23. Dezember 2011, BBl 2012 63 ff. (die Referendumsfrist ist am 13. April 2012 unbenutzt abgelaufen).

abhängigen Revisionsvorschriften 2008 beseitigt. Die zwischenzeitlich eingetretenen Erleichterungen sind somit wieder ausgeglichen.

Spätestens mit dem Inkrafttreten des rechtsformunabhängigen Rechnungslegungsrechtes, rechtfertigen die genannten Aspekte keine Zweckbeschränkungen mehr. Ein Blick in die Praxis zeigt zudem, dass die grösseren Genossenschaften ohnehin nicht mit den einfachen Buchführungsvorschriften des Obligationenrechts auskommen und – bis auf einige wenige Ausnahmen – die für die Aktiengesellschaft geltenden Standards freiwillig anwenden. Schon heute erschiene es deswegen verfehlt, mit den gesetzlich weniger strengen Rechnungslegungsvorschriften eine Zweckbeschränkung zu begründen.

### C) Orientierung an der wirtschaftlichen Realität

Der Gesetzgeber hat sich – wie gezeigt – bei der Revision des Genossenschaftsrechts stark am damals vorherrschenden ideologischen Genossenschaftsverständnis angelehnt und darauf ausgerichtet<sup>146</sup>. Was eine Genossenschaft sein sollte, wurde nach dem Vorbild des damaligen wirtschaftlich-soziologischen Begriffsverständnisses und nach dem Gedankengut der damaligen Genossenschaftsbewegung definiert. Der gesetzliche Begriff wurde nach überrechtlichen Kriterien festgelegt.

Dieses Begriffsverständnis der «echten» Genossenschaft orientierte sich massgeblich an den sieben Grundsätzen der «Redlichen Pioniere von Rochdale». Die Entwicklung dieser Prinzipien ist indessen seither keineswegs bei der 1937 geltenden Fassung stehen geblieben. So wurden die *Rochdale Principles of Co-operation* aus dem Jahre 1937 vom Internationalen Genossenschaftsbund im Jahre 1966 durch die *Co-operative Principles* ersetzt und diese wiederum im Jahre 1995 durch das *Statement on the Co-operative Identity*<sup>147</sup>. Trotz der Bestrebungen des Internationalen Genossenschaftsbundes, einen *Common Sense* der Genossenschaft zu schaffen, ist der Genossenschaftsbegriff aber sowohl national als auch international betrachtet keineswegs einheitlich. Was «[...] man unter einer Genossenschaft versteht [...] ist schwer zu sagen, weil ein allgemeiner Genossenschaftsbegriff nirgends festgelegt ist, das Genossenschaftsverständnis vielmehr (selbst im vergleichsweise homogenen Kulturkreis Westeuropas) uneinheitlich ist [...]»<sup>148</sup>. Dieser Befund trifft – zumindest weltweit betrachtet – nicht nur auf die heutigen Verhältnisse zu. Bereits in den 1930 Jahren war in den USA ein anderer Genossenschaftstyp – die «Kirkpatrick-Genossenschaft» – äusserst erfolgreich. Im Unterschied zum Rochdale-Modell werden diese Genossenschaften

<sup>146</sup> Vgl. auch BBl 1928 287 und AB 1934 N 752; ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, Art. 828 N 7.

<sup>147</sup> Vgl. zum Ganzen <http://www.ica.coop/coop/principles-revisions.html>.

<sup>148</sup> VOLKER BEUTHIEN, 100 Jahre Genossenschaftsgesetz – wie genossenschaftlich ist die

genossenschaftliche Rechtsform?, Vortrags- und Diskussionsveranstaltung in Marburg am 2. Juni 1989 mit einem Referat von Volker Beuthien, Marburger Beiträge zum Genossenschaftswesen, Marburg 1989, S. 8; vgl. auch ABEGG (Anm. 84), S. 20 ff.

nicht von ihren Genossenschaftern kontrolliert, sondern von juristisch selbständigen Körperschaften<sup>149</sup>.

Ein starres Festhalten am historischen, ideologisch geprägten Genossenschaftsbegriff erscheint angesichts dieser Sachlage nicht geboten. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob es nicht richtiger wäre, den rechtlichen Genossenschaftsbegriff weniger an einem ideologischen Vorverständnis zu orientieren, sondern unter Beachtung der *geltenden wirtschaftlichen Realität* zu bestimmen und so die *Rechtsordnung auf die heutigen realen Verhältnisse abzustimmen*.

## D) Vom Gesetzgeber im Keim angelegtes Entwicklungspotential

Obwohl der Gesetzgeber die Genossenschaft stärker als andere Gesellschaftsformen auf ein Leitbild hin ausgerichtet hat, nahm er keine *lückenlose Typbindung* vor. Vielmehr hat er – teilweise bewusst – in Abweichung von einem konsequenten *Typenzwang* Raum für atypische Erscheinungen und Weiterentwicklungen belassen<sup>150</sup>:

- *Einerseits* zeichnet sich das Genossenschaftsrecht durch zahlreiche *offenkundige Spannungsverhältnisse*, ja geradezu Widersprüchlichkeiten aus, die der Entwicklung des Genossenschaftsrechts in verschiedene Richtungen Raum lassen. So wurde – um hier ein Beispiel zu nennen – die Genossenschaft auf kleine und überschaubare Verhältnisse zugeschnitten, mit dem Prinzip der offenen Türe aber gleichzeitig die Möglichkeit zum grundsätzlich unbeschränkten Zuwachs der Mitgliederzahlen und mit dem Instrument der Genossenschaftsverbände ein auf grosse und strukturierte Verhältnisse angelegtes genossenschaftliches «Konzernrecht» geschaffen<sup>151</sup>.
- *Andererseits* erkannte der Gesetzgeber, dass einzelne *Aspekte im Genossenschaftsrecht der Praxis nicht gerecht werden könnten*. So wies der Berichtstatter der nationalrätlichen Kommission explizit darauf hin, dass sich eine *wörtliche Auslegung* des Begriffs der gemeinsamen Selbsthilfe als zu eng erweisen könnte<sup>152</sup>. Und der Bundesrat zeigte sich in der Botschaft von 1928 kritisch gegenüber der Vorstellung, dass die Verwendungszwecke der Genossenschaft und der Aktiengesellschaft in der Realität scharf auseinander gehalten werden können. Vielmehr anerkannte er, dass nicht alle Genossenschaften seinem idealtypischen Bild entsprechen und deswegen gewisse Überschneidungen mit der Aktiengesellschaft unvermeidbar sind<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> Vgl. zum Ganzen MANCUR OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge MA 1965, passim und die darauf basierende in der 5. Auflage vorliegende deutsche Übersetzung: *Die Logik des kollektiven Handelns*, Tübingen 2004, S. 153 ff.

<sup>150</sup> Vgl. auch OFK OR-VON WATTENWYL, Art. 828 N 18 m. w. N. w.

<sup>151</sup> BEK OR-FORSTMOSER, VII/4, ST N 462.

<sup>152</sup> AB 1934 N 752.

<sup>153</sup> BBl 1928 210: «[...] Man wird ja nicht verkennen, dass den Aktiengesellschaften und

Genossenschaften manches Gemeinsame eignet und es wird auch künftig, wenn wir die beiden Gebilde getrennt behandeln, nicht verhindert werden können, dass die Praxis, wie bisher, aus den für die eine Form aufgestellten Grundsätzen analoge Schlüsse für die andere Form zieht. Man wird weiter anerkennen müssen, dass auch wirtschaftlich die Scheidung zwischen Aktiengesellschaft und Genossenschaft keine absolute ist; eine gewisse Art von Genossenschaften fällt direkt in den wirtschaftlichen Kreis der Handelsgesellschaften [...]».

Dies weist darauf hin, dass der Gesetzgeber trotz der einschränkenden Formulierung des Genossenschaftszwecks eine Weiterentwicklung entsprechend den Bedürfnissen der wirtschaftlichen Realität nicht ausschliessen wollte. Er strebte zwar unbestreitbar eine *Typbindung* an, die über das bei anderen Gesellschaftsformen Vorgesehene hinausging, nicht aber eine starre und nur via Gesetzesrevision abänderbare *Typenkonservierung*.

## E) Fazit

Die historischen gesetzgeberischen Motive der Zweckbeschränkung sind heute weitgehend hinfällig geworden, was ein Abweichen vom objektiv-historischen Auslegungsergebnis rechtfertigt. Darüber hinaus haben sich das Begriffsverständnis der Genossenschaft und die wirtschaftliche Realität seit dem Erlass des geltenden Genossenschaftsrechts massgebend verändert. Trotz der scheinbar starren Fixierung auf den historischen Genossenschaftstypus mit dem Leitbild einer in kleinen, überschaubaren Verhältnissen agierenden Selbsthilfe-Kooperation ist eine Weiterentwicklung im Rahmen der Auslegung möglich und drängt sich angesichts der wirtschaftlichen Realität auf. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber dem Genossenschaftsrecht auch in vielerlei Hinsicht bewusst Flexibilität und Spielraum belassen, was ebenfalls gegen eine Konservierung des historischen Genossenschaftsbegriffs spricht.

## V. Folgerungen für die heutige objektive Bedeutung des Genossenschaftszwecks

### A) Wirtschaftliche Zielsetzung

*Rein wirtschaftliche* Zwecke und *gemischte* Zwecksetzungen bei einer hauptsächlich wirtschaftlichen Zielsetzung sind bei Genossenschaften schon nach dem Wortlaut des Gesetzes zulässig. Fraglich erscheint nur, ob *völlig gemeinnützige oder ausschliesslich ideelle Zwecksetzungen* mit Art. 828 OR zu vereinbaren sind.

Entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 828 Abs. 1 OR lässt die Registerpraxis seit jeher, gestützt auf eine seit Inkrafttreten der *Handelsregisterverordnung* von 1937 existierende<sup>154</sup> und auch heute noch bestehende *Verordnungsgrundlage*<sup>155</sup>, ausschliesslich gemeinnützige Genossenschaften zu<sup>156</sup>.

Der Ordnungsgeber hat somit gewissermassen «gesetzesderogierendes Verordnungsrecht» geschaffen: Geht man vom Grundsatz aus, dass die Verwendungszwecke der Gesellschaftsformen des Obligationenrechts im Regelfall nicht beschränkt sind, stellt Art. 828 Abs. 1 OR eine Norm dar, welche diese Freiheit einschränkt. Der Ordnungsgeber hat diese vom Gesetzgeber bewusst vorgenommene *Beschränkung der zulässigen Verwendungszwecke teilweise aufgehoben* und dadurch die zulässigen *Genossenschaftszwecke erweitert*. Dieses Vorge-

<sup>154</sup> Art. 92 Abs. 2 aHregV.

<sup>155</sup> Art. 86 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 HregV.

<sup>156</sup> Vgl. auch BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 16.

hen erscheint aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten *fragwürdig*. Methodisch rechtfertigen liesse es sich nur, wenn damit eine *rechtspolitische Gesetzeslücke* geschlossen würde, wenn sich also mittels teleologischer Auslegung und gestützt auf den negativen Gleichheitssatz herausstellen sollte, dass der Wortlaut der Gesetzesbestimmung – also hier die *Einschränkung* des Genossenschaftszwecks durch Art. 828 Abs. 1 OR – zu weit gefasst ist, weil er über das vernünftige Regelungsziel hinauschießt<sup>157</sup>. Eine *Erweiterung* des zulässigen *Genossenschaftszwecks* durch eine *teleologische Reduktion* der *freiheitseinschränkende Norm* rechtfertigte sich insbesondere, wenn der überschüssende und zu reduzierende Teilgehalt dieser Norm vom historischen Gesetzgeber nicht geplant, sondern als nicht beabsichtigtes und wohl auch unerwünschtes Nebenprodukt des Gesetzgebungsprozesses zu qualifizieren wäre. Diese Voraussetzungen sind für die Erweiterung des Genossenschaftszwecks *nicht* gegeben, wie die Ausführungen des Berichterstatters der nationalrätlichen Kommission aus dem Jahre 1934 deutlich zeigen<sup>158</sup>.

Man wird diesen Widerspruch zwischen Gesetz und Verordnung deswegen nur beheben können, wenn man den Verordnungstext «[...] als sinngemässe Ergänzung des Gesetzes im Rahmen seines allgemeinen Zwecks [...]» betrachtet<sup>159</sup>.

Lehnt man dies ab, bleibt immerhin der Rückgriff auf das Konzept des *gesetzesderogierenden Gewohnheitsrechts*<sup>160, 161</sup> oder die Anrufung der *normativen Kraft des Faktischen*, um die *völlig gemeinnützige oder völlig ideelle Genossenschaft* auf eine *rechtmässige Basis* zu stellen. Die Voraussetzungen hierfür sind u. E. gegeben:

<sup>157</sup> Vgl. hierzu KRAMER (Anm. 17), S. 189.

<sup>158</sup> Vgl. AB 1934 N 752 f.; vgl. auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 15 f.

<sup>159</sup> Vgl. hierzu BEK ZGB-RIEMER, I/3/2, ST N 295 und MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 4 N 17 f.; BEK OR-FORSTMOSER, VII/4, Art. 828 N 125 ff.; BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 16; OFK OR-VON WATTENWYL, Art. 828 N 9 m. w. N. w.

<sup>160</sup> Oder auch Gewohnheitsrecht *contra legem* (vgl. FORSTMOSER/VOGT [Anm. 11], § 14 N 16). Vgl. zum Ganzen auch BEK ZGB-MEIER-HAYOZ, I/1, Art. 1 N 233 ff.; ZHK ZGB-DÜRR, Art. 1 N 417 ff.

<sup>161</sup> Es handelt sich um ein Phänomen, das gleich wie die normative Kraft des Faktischen quer zu elementarsten Rechtsprinzipien und methodischen Grundsätzen steht (nach Art. 1 Abs. 2 ZGB ist das Gewohnheitsrecht subsidiär zum Gesetzesrecht. Seine Anwendung setzt somit eine Gesetzeslücke voraus (vgl. FORSTMOSER/VOGT [Anm. 11], § 14 N 12 ff.; BEK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, I/1, Art. 1 N 425 f.), sich aber nicht verhindern lässt und, sofern keine Drittinteressen gefährdet oder

verletzt werden, praktisch-pragmatisch betrachtet hinzunehmen ist (vgl. auch BEK ZGB-MEIER-HAYOZ, I/1, Art. 1 N 247). Denn was in der Doktrin dogmatisch unhaltbar erscheint, kann in der Rechtspraxis durchaus zulässig sein: Dort geht es um die methodisch dogmatische «Reinheit», hier um die Praktikabilität und die Notwendigkeit einer autoritativen Entscheidung. Nach FIKENTSCHER, Methoden des Rechts, Band I, Tübingen 1975, S. XIX ist «[...] Methodik [...] Handwerkszeug, nicht mehr [...]» und eine «[...] richtige Entscheidung, die mit einer mangelhaften Methode erreicht wurde [...]», ist «[...] unvergleichlich besser als eine saubere Methode, die zu einem unvertretbaren Ergebnis führt [...]». Vgl. zum Ganzen HANS PETER WALTER, Die Praxis hat damit keine Mühe ... oder worin unterscheidet sich die pragmatische Rechtsanwendung von der doktrinären Gesetzesauslegung – wenn überhaupt?, ZBJV 2008, S. 135 ff. Vgl. aber die *kategorische* Ablehnung des *gesetzesderogierenden Gewohnheitsrechts* in BEK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, I/1, Art. 1 N 425 ff.).



- Genossenschaften wurden *seit jeher auch für gemeinnützige und ideelle Zwecke verwendet* – und sollten wohl auch weiterhin dafür verwendet werden können<sup>162</sup>. Ein Streifzug durch die Handelsregister zeigt sodann, dass *gemeinnützige und ideelle Genossenschaften* (gestützt auf die genannte Verordnungsgrundlage<sup>163</sup>) von den Handelsregistern eingetragen wurden. Aufgrund dieser jahrzehntelangen Praxis lässt sich mit Fug argumentieren, es liege einer der seltenen Fälle von *Gewohnheitsrecht* vor.
- *Sachlich* spricht nichts dagegen, die Genossenschaft für gemeinnützige oder ideelle Zwecke zu verwenden. Insbesondere ist nicht erkennbar, weswegen mit der Genossenschaft nicht auch hauptsächlich ideelle Zwecke verfolgt werden können und weswegen für solche Zielsetzungen ausschliesslich der Verein und die Handelsgesellschaften zur Verfügung stehen sollten. Gerade im *Vergleich zum Verein*, mit dem sich sowohl gemeinnützige, als auch ideelle Zwecke umsetzen lassen, zeichnet sich die Genossenschaft schon alleine wegen des *zwingenden Handelsregistereintrags* durch eine verbesserte *Transparenz* und damit auch durch einen erhöhten *Verkehrsschutz* aus<sup>164</sup>. Es ist daher – materiell betrachtet – nicht einzusehen, wieso mit der Genossenschaft nicht auch gemeinnützige, oder sogar ideelle Zwecke verfolgt werden können sollten<sup>165</sup>, bringt doch die gemeinnützige oder ideelle Zielsetzung weder für die Mitglieder noch für Dritte irgendwelche Nachteile mit sich<sup>166</sup>.
- Auch ist die Gemeinnützigkeit der Genossenschaft nicht völlig wesensfremd, wie Art. 913 Abs. 4 OR zeigt, der eine Verwendung des Liquidationsüberschusses für gemeinnützige Zwecke ausdrücklich vorsieht.

Es erscheint deswegen und in Anbetracht der wirtschaftlichen Realität vertretbar, die Formulierung «[...] in der Hauptsache [...] wirtschaftliche [...]» nur als Überbleibsel zu verstehen, das zwar auf das historische gesetzgeberische Leitbild hinweist, aber nicht ausschliesst, dass mit der Rechtsform der Genossenschaft *auch überwiegend oder ausschliesslich ideelle oder gemeinnützige Zwecke* verfolgt werden<sup>167</sup>.

<sup>162</sup> Interessant in diesem Zusammenhang erscheint auch, dass Hermann Schultze-Dehlitzsch 1866 von der preussischen Regierung dazu gedrängt wurde, in seinen Entwurf zum Genossenschaftsrecht den zulässigen Genossenschaftszweck auf die wirtschaftliche Förderung der Mitglieder zu beschränken. Dabei ging es aber offenbar nicht um eine Abgrenzung der Genossenschaft von anderen Rechtsformen, vielmehr wollte man eine politische Aktivität der Genossenschaften verhindern (vgl. BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 25 m. w. N. w.).

<sup>163</sup> Gemeinnützigkeit i.S.v. Art. 86 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 HregV ist im Sinne von «nichtwirtschaftlich» zu verstehen. Sie umfasst sowohl

die Gemeinnützigkeit im engeren Sinne, wenn also Dritte gegenleistungslos von der Genossenschaft mit ideellen oder materiellen Werten begünstigt werden, aber auch, wenn zu Gunsten der Mitglieder ideelle Werte angestrebt werden.

<sup>164</sup> FORSTMOSER (Anm. 26), S. 151.

<sup>165</sup> Vgl. auch HANS WOLFER, Die Genossenschaftsverwaltung nach Schweizerischem Recht, Basel 1947, S. 19; a. M. BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 15 für völlig ideale Zwecksetzungen.

<sup>166</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Anm. 28), § 4 N 17.

<sup>167</sup> Vgl. auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 16 m. w. N. w. in dortiger Fn 51.

## B) Förderauftrag und Gewinnstrebigkeit

Mit der Zulassung gemeinnütziger Genossenschaften wird letztlich nach dem Grundsatz *a maiore ad minus* auch der Förderauftrag als zwingendes Element der Legaldefinition preisgegeben. Genossenschaften, die keinen Förderauftrag im ursprünglichen Sinne mehr erfüllen, müssen nach den vorstehenden Ausführungen aber immerhin als *atypisch* qualifiziert werden. Dies ist nicht ganz unproblematisch, aus rechtlicher Perspektive aber hinzunehmen. Mit OLSON sei aber die Bemerkung erlaubt, dass Organisationen oft scheitern,

«[...] if they do nothing to further the interests of their members, and this factor must severely limit the numbers of organisations that fail to serve their members [...]»<sup>168</sup>.

Was sodann die fehlende oder unzulässige *Gewinnstrebigkeit* betrifft, steht diese – wie hiervor dargelegt wurde – in direkter Abhängigkeit zum *traditionell hilfswirtschaftlichen Charakter* der Genossenschaft.

Bei integrierten Genossenschaften<sup>169</sup> oder Marktgenossenschaften<sup>170</sup> entfällt indessen dieses bei den traditionellen Genossenschaften charakteristische hilfswirtschaftliche Kriterium<sup>171</sup> und somit zumindest ein Faktor, der gegen die Gewinnstrebigkeit spricht. Es stellt sich deswegen bereits *de lege lata* die Frage, ob, wenn schon die Preisgabe der hilfswirtschaftlichen Funktion für zulässig erachtet wird, im Rahmen der Auslegung nicht auch gewinnstrebige Genossenschaften zuzulassen wären, also Genossenschaften, die – immer innerhalb der Dividenden-grenze von Art. 859 OR – mit der Geschäftstätigkeit primär das Ziel verfolgten, Ertrag zu erwirtschaften, um diesen dann an die Mitglieder in der neutralen Form des Geldes (Dividende) auszuschütten.

Hierzu werden verschiedene Auffassungen vertreten, von denen exemplarisch einige genannt seien. EGGER führt in seinem grundlegenden Referat, welches das geltende Recht massgebend geprägt hat, Folgendes aus:

«[...] Ausgeschlossen ist die Eintragung als Genossenschaft für Gesellschaften, die den Zweck verfolgen, durch einen Gewerbebetrieb Gewinne zu erzielen und diesen an die Mitglieder nach Massgabe der Kapitalbeteiligung zu verteilen [...]»<sup>172</sup>.

Er lässt damit offen, ob die Genossenschaft gewinnstrebig sein darf, wenn der Gewinn *nicht* nach Massgabe der Kapitalbeteiligung – sondern bspw. nach Köpfen – an die Genossenschafter ausgeschüttet wird. Ob das geltende Genossenschaftsrecht für eine Verteilung, die weder nach der Kapitalbeteiligung (Art. 859 Abs. 3 OR) noch nach Massgabe der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtung (Art. 859 Abs. 2 OR) erfolgt, aber überhaupt Raum bieten würde, soll an dieser Stelle offen bleiben. Klar ist jedenfalls – und dies sei noch einmal betont – dass die Dividende auf Anteilscheine im geltenden Recht bei Nichtkreditgenossenschaften beschränkt ist.

REYMOND/TRIGO TRINDADE äussern sich *de lege lata* in der von EGGER vorgezeigten Richtung und gehen dabei noch einen Schritt weiter:

<sup>168</sup> OLSON (Anm. 149), S. 6.

<sup>169</sup> Vgl. BEK OR- FORSTMOSER, VII/4, Art. 828 N 103.

<sup>170</sup> BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 31.

<sup>171</sup> Vgl. hierzu nachfolgend V. D) 2. a).

<sup>172</sup> EGGER (Anm. 44), S. 156a (Hervorhebungen in Kursivschrift hinzugefügt; das Zitat bezieht sich auf die Revision des Genossenschaftsrechts und nicht direkt auf Art. 828 OR).

«[...] [D]ie gemeinsame Selbsthilfe der Mitglieder [kann] dazu führen oder sogar bezwecken, dass die Genossenschaft selbst Gewinne erzielt, die sie dann nach finanziellen Kriterien, und nicht nach Massgabe der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtung, an die Mitglieder weitergibt. Nur Art. 859 Abs. 3 OR, der auf Kreditgenossenschaften nicht anwendbar ist (Art. 861 OR), steht einer kapitalistischen Finanzierungsstruktur entgegen [...]»<sup>173</sup>.

Es fällt auf, dass diese Autoren im Prinzip auch eine *Gewinnstrebigkeit im hier verstandenen Sinne*, nämlich das Erzielen von Überschüssen zum Zweck der Ausschüttung in der neutralen Form von Geld (Dividende), eine Verteilung sogar nur nach finanziellen Kriterien für zulässig erachten – freilich nur innerhalb der Grenze von Art. 859 Abs. 3 OR. Mehr noch, nach ihrer Auffassung erlaubt es die Formulierung von Art. 828 Abs. 1 OR, dass die Genossenschaft ihre Einrichtung für Dritte öffnet, um dadurch die Erträge steigern zu können, «[...] sei es zur Selbstfinanzierung, sei es, damit die Ausschüttungen an die Mitglieder in den Grenzen und nach den Modalitäten der Art. 858–861 erhöht werden können [...]»<sup>174</sup>. Das Festlegen einer rein gewinnstrebigem Zweckverfolgung schliessen sie nur aus,

«[...] wenn damit die Schaffung einer den Kapitalgesellschaften entsprechenden Organisationsstruktur verbunden wäre, in Abweichung zwingender Bestimmungen des Genossenschaftsrechts, wie etwa Art. 828 Abs. 2, 853 Abs. 3, 859 Abs. 3 und 885 OR [...]»<sup>175</sup>.

BAUDENBACHER will die Gewinnstrebigkeit *de lege lata* indessen nur zulassen, wenn diese neben der direkten Förderung der Mitglieder eine untergeordnete Bedeutung hat und die Grenzen von Art. 859 Abs. 3 OR eingehalten werden<sup>176</sup>.

Vor dem Hintergrund des aufgezeigten klaren historischen Willens des Gesetzgebers, sich am Typus der sogenannt *echten Genossenschaft* zu orientieren, welche sich insbesondere *durch die fehlende Gewinnstrebigkeit charakterisiert*<sup>177</sup>, ist die Preisgabe dieser «letzten Bastion» und somit die Zulassung rein gewinnstrebigem Genossenschaften – und sei es nur innerhalb der Dividendengrenze von Art. 859 Abs. 3 OR – jedenfalls mit dem *hier verfolgten methodischen Ansatz* nicht zu vereinbaren<sup>178</sup>.

Zur Verdeutlichung der hier vertretenen Position ein klassisches Beispiel:

- Es ist ohne Weiteres *zulässig*, eine Genossenschaftsschreinerei zu betreiben, deren einzige Mitglieder *gleichzeitig* Arbeitnehmer der Genossenschaft sind. Die Förderung der Mitglieder besteht hier primär in der Sicherstellung eines Arbeitsplatzes und eines Erwerbseinkommens<sup>179</sup>; es handelt sich also um *bestimmte* wirtschaftliche Interessen der Mitglieder. Eine Verteilung des Ertrags an die Arbeitnehmer wird hier grundsätzlich nur durch Art. 859 Abs. 3 OR beschränkt; es war die *Arbeitsleistung der Genossenschafter*, die den

<sup>173</sup> REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 16 (Hervorhebung in Kursivschrift hinzugefügt).

<sup>174</sup> REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 16.

<sup>175</sup> REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 16.

<sup>176</sup> BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 19.

<sup>177</sup> ProtExp 1928, S. 752; AB 1934 N 752; AB 1932 S 197; BBl 1928 287, 292.

<sup>178</sup> Erwähnt sei auch, dass sich das Problem rein gewinnstrebigem Genossenschaften in der Praxis nicht stellt, weil – so weit ersichtlich – keine Genossenschaften zu finden sind, die rein gewinnstrebig arbeiten.

<sup>179</sup> Vgl. BEK OR-FORSTMOSER, VII/4, Art. 828 N 103; a.M. MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich 2008, N 355.

Überschuss verursacht hat. Somit ist einerseits die Rückvergütung nach Massgabe ihrer Arbeitsleistung, andererseits, wenn Anteilscheine bestehen, auch eine Dividende innerhalb der gesetzlichen Grenzen zulässig. Unzulässig wäre es dagegen, wenn sich Genossenschafter an einer Schreinerei nur finanziell beteiligen und die Arbeit – und Gewinnerzielung – im Wesentlichen durch angestellte Mitarbeiter erfolgen würde.

Ein weiteres, aktuelles Beispiel: Bei der Eintragung von im Solarstrombereich tätigen Genossenschaften stellt sich heute gelegentlich die Frage der Zulässigkeit, Erträge, die durch die Einspeisung ins öffentliche Netz generiert werden, an die Mitglieder fliessen zu lassen. Hier sind u. E. drei Fälle zu unterscheiden:

- Produzieren die Genossenschafter selbst Strom und dient die Genossenschaft primär dazu, diesen zu vertreiben, handelt es sich um eine klassische Absatzgenossenschaft. Der Fall ist nicht anders gelagert als bei einer der seit jeher zulässigen Milchgenossenschaften: Statt von den Mitgliedern produzierte Milch wird von den Mitgliedern produzierter Strom abgenommen und vertrieben. Das Ziel der Genossenschaft besteht hier im Erbringen der Dienstleistung «Vertrieb» zu Gunsten der Mitglieder und nicht darin, mit der geschäftlichen Tätigkeit Erträge zu erwirtschaften, die dann als Dividende an die Mitglieder gelangen sollen. Es ist deswegen auch ohne Weiteres mit dem Genossenschaftsrecht zu vereinbaren, wenn eine solche Solarstromgenossenschaft den durch den Verkauf des Solarstroms an Dritte erwirtschafteten Ertrag im Verhältnis zum von den Mitgliedern produzierten Strom an diese rückvergütet. Dass dabei Geld an die Mitglieder fliesst, ist nicht das entscheidende Kriterium; entscheidend ist vielmehr der Grund, weshalb dies geschieht. Die Dienstleistungen der Genossenschaft müssen sich im Übrigen nicht auf die Abnahme und den Vertrieb des Solarstroms beschränken. Denkbar ist auch, das die Genossenschaft zugunsten der Mitglieder weitere Dienstleistungen erbringt, wie etwa den zentralen Einkauf der technischen Geräte, die Beratung, die Installation oder die Wartung der Anlagen. Hier treten typische Elemente einer Einkaufs- und Baugenossenschaft hinzu.
- Zulässig ist es auch, wenn die Genossenschaft mit eigenen Anlagen Strom produziert, *um damit ihre Genossenschafter* zu versorgen. Auch hier ist die Geschäftstätigkeit nicht darauf ausgerichtet, Ertrag zu erwirtschaften, um diesen auszuschütten, sondern es werden spezifische wirtschaftliche (*Energie*) und ideelle (*grüne Energie*) Interessen der Genossenschafter gefördert. Selbst ein Nichtmitgliedergeschäft, d. h. der Verkauf des Stroms auch an Dritte erscheint unproblematisch, wenn die dadurch erwirtschafteten Erträge dazu verwendet werden, die Leistungsbedingungen im Mitgliedergeschäft zu verbessern.
- Unzulässig wäre es dagegen, wenn die Genossenschaft *gar keine* spezifischen Dienstleistungen zugunsten der Mitglieder erbringen würde, diesen also weder Strom lieferte noch deren selbst produzierten Strom abnähme, sondern Strom einzig für den Vertrieb an Dritte und somit zum Zweck der Gewinnerzielung und -ausschüttung produzierte.

## C) Gemeinsame Selbsthilfe

Was die gemeinsame Selbsthilfe betrifft, hat sich die bundesgerichtliche Praxis längst vom historischen Willen des Gesetzgebers verabschiedet: Auch die beitragslose Genossenschaft gilt als rechtmässig<sup>180</sup>. Die Selbsthilfe im traditionellen Sinne ist obsolet geworden<sup>181</sup>. Die Formulierung im Gesetz erinnert noch an die historischen Ursprünge, hat aber keine zwecklimitierende Bedeutung mehr<sup>182</sup>.

Begründet werden könnte dieses Ergebnis wiederum über die normative Kraft des Faktischen mit gesetzesderogierendem Gewohnheitsrecht. Mit dem Verzicht auf eine unterschiedliche Behandlung der Mitglieder und der Nichtmitglieder im Bereich des Zweckgeschäftes wurde auch die Selbsthilfe preisgegeben. Dieser Zustand ist bei den grossen Konsumgenossenschaften seit Jahrzehnten von Behörden und Betroffenen akzeptiert worden, unseres Wissens, ohne dass dagegen kritische Stimmen laut oder gar Massnahmen getroffen worden wären. Eine Kehrtwende wäre nicht zu rechtfertigen<sup>183</sup>.

## D) Einzelfragen

### 1. Fehlende Rechtsform für nicht kapitalbezogen aufgebaute Grossgesellschaften

Das Genossenschaftsrecht wurde – wie erwähnt – auf einfache und überschaubare Verhältnisse ausgelegt. Der Gesetzgeber hat somit für legitime spezifische Bedürfnisse, nämlich für nicht kapitalbezogen aufgebaute Grossgesellschaften, keine eigene Rechtsform zur Verfügung gestellt. Daher rechtfertigt es sich angesichts des *numerus clausus* der Gesellschaftsformen, bezüglich der Lösung von Problemen, die ab einer bestimmten Grösse auftreten und auf die das Genossenschaftsrecht nicht zugeschnitten ist, bei der Auslegung kein allzu enges Korsett aufzustellen. Vor allem folgt daraus aber, dass Grossgenossenschaften rechtlich zu akzeptieren sind, obwohl sie nicht mehr als Institutionen der Selbsthilfe verstanden werden können. Zu tolerieren sind solche Gebilde wiederum schon deswegen, weil sie nun während vieler Jahrzehnte bestehen, ohne dass ihre Rechtmässigkeit ernsthaft in Frage gestellt worden wäre. Dies drängt sich umso mehr

<sup>180</sup> BGE 93 II 30 E. 4, S. 35; GERBER (Anm. 44), S. 236, 250 ff.; REGINA NATSCH, Die Genossenschaft im Konzern, Bern 2002, S. 71 f.; REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 14 ff.; vgl. ausführlich und kritisch noch FORSTMOSER (Anm. 106), S. 179 ff.

<sup>181</sup> Tendentiell relativierend REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 14 ff.

<sup>182</sup> A.M. BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 22 ff. der am engen historischen Begriffsverständnis festhält.

<sup>183</sup> Vgl. aber REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 14 ff., die der persönlichen Mitwirkung dem Kernbereich der Genossenschaftsidee zuordnen. Bemerkte sei aber, dass die Autoren die

gemeinsame Selbsthilfe auch als Element des genossenschaftlichen Zwecks betrachten, der diesen vom gewinnstrebigen Zweck der Handelsgesellschaften unterscheidet. Mit anderen Worten bezeichnen sie das, was hier als «direkte Förderung der Mitglieder» bezeichnet wird, als «gemeinsame Selbsthilfe» (vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 15). Vgl. auch den Entscheid 4A\_729/2011 des Bundesgerichts vom 25. Mai 2011, E. 2.5, wo in einem obiter dictum – allerdings ohne Beachtung von BGE 93 II 30 – herausgestrichen wird, dass der Körperschaftszweck bei der Genossenschaft unter persönlicher Mitwirkung der Genossenschafter zu erreichen sei.

auf, als es zu keinerlei Missständen gekommen und auch nicht ersichtlich ist, inwiefern jemand wegen der Zulassung solcher stark atypischer Genossenschaften zu Schaden kommen könnte<sup>184</sup>.

## 2. Verselbständigung des Unternehmens

### a) Preisgabe der hilfswirtschaftlichen Natur

Entgegen dem Leitbild des Gesetzgebers finden sich in der Praxis viele Genossenschaften, die völlig verselbständigt und nicht mehr nur hilfswirtschaftliche oder dienende Einrichtungen ihrer Mitglieder sind. Hierzu gehören die *integrierten Genossenschaften und die Marktgenossenschaften*<sup>185</sup>.

Bei *integrierten Genossenschaften* bringen sich die Genossenschafter voll in die Genossenschaft ein, die dienende oder hilfswirtschaftliche Funktion geht dabei verloren. Letzteres ist zwar oft ein Charakteristikum, aber Genossenschaften, in die sich die Genossenschafter voll einbringen (und so Selbsthilfe leisten), sind seit jeher zugelassen und Realität. Dies zeigt sich am Beispiel der traditionellen *Handwerker- und Arbeiterproduktivgenossenschaften*, bei denen die Genossenschafter voll in den Genossenschaftsbetrieb integriert sind und kein

«[...] dem Genossenschaftszweck entsprechendes Einzelgewerbe betreiben [...]. Auch ein solches Zusammenwirken erfüllt das Erfordernis der «Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ... in gemeinsamer Selbsthilfe»: Das Element der Selbsthilfe ist sehr ausgeprägt, und es werden auch «bestimmte» wirtschaftliche Interessen – die Ausübung beruflicher Tätigkeit – und nicht bloss ein abstraktes Dividendeninteresse verfolgt [...]»<sup>186</sup>.

Die *Verselbständigung der Marktgenossenschaft* hängt demgegenüber damit zusammen, dass Genossenschaften gegründet wurden, «[...] um dem Problem fehlender oder versagender Märkte zu begegnen [...]»<sup>187</sup>. Mit der Schaffung und der Entwicklung der Funktionsfähigkeit des Marktes, verliert die Genossenschaft ihre ursprüngliche Bedeutung. Wollte man solche funktionierenden und gesamtwirtschaftlich betrachtet wertvollen Unternehmen nicht wegen «Zweckerreichung» oder gar wegen «Unerfüllbarkeit des Zwecks» auflösen oder zur Umwandlung zwingen – eine abwegige Vorstellung –, dann muss von Gesetzes wegen die Möglichkeit zur Verselbständigung bestehen. Dieser Spielraum ist mit Art. 828 OR gegeben. Seinem Wortlaut lässt sich nicht entnehmen, dass nur die traditionellen hilfswirtschaftlichen Einrichtungen zulässig sein sollen oder dass sich der Genossenschaftszweck zwingend mindestens teilweise mit dem Zweck der Unternehmen der Mitglieder decken müsste. Dass die Genossenschaft grundsätzlich eine hilfswirtschaftliche Einrichtung sein soll, kann zwar in Art. 828 OR hineingelesen werden. Eine solche zwingende Typenfixierung war aber auch vom historischen Gesetzgeber niemals beabsichtigt und dermassen verselbständigte Genossenschaften haben im Rahmen des typischen Genossenschaftswesens eine lange Tradition<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Vgl. zum Ganzen FORSTMOSER (Anm. 106), passim.

<sup>185</sup> Vgl. zur Terminologie: BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 30 ff.

<sup>186</sup> BEK OR-FORSTMOSER, VII/4, Art. 828 N 103; vgl. zu den sog. Produktivgenossenschaften auch ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, ST N

54; a. M. GWELESSIANI (Anm. 179), N 355 und BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 18, welche die Arbeitsbeschaffung nicht als zulässige Genossenschaftszwecke betrachten.

<sup>187</sup> BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 29.

<sup>188</sup> Vgl. zur Unschärfe von Art. 828 OR auch ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, Art. 828 N 6.

## b) Loslösung von den Mitgliedern

Grossgenossenschaften tendieren sodann dazu, sich wegen der fehlenden oder ungenügenden Mitwirkung der Mitglieder von diesen loszulösen. Das hat einerseits mit der grossen Zahl der Gesellschafter und dem Kopfstimmprinzip zu tun: Alle haben das gleiche – damit aber auch das gleich geringe – Stimmrecht. Eine Rolle spielt aber sicherlich auch die in funktionierenden Märkten bestehende Möglichkeit, vergleichbare oder gar identische Produkte bei der Konkurrenz zu beschaffen. Die Mitglieder verlieren somit von zweifacher Seite her das Interesse an der Mitwirkung an der Genossenschaft: Einerseits ist ihr eigenes Stimmgewicht zu gering, andererseits sind sie nicht existentiell auf die Leistungen der Genossenschaften angewiesen. Solche Genossenschaften tendieren zu Anstalten hin.

Beim eben Geschilderten handelt sich um ein *Collective Action Problem*, das mit dem von MANCUR OLSON entwickelten Modell zur Logik kollektiven Handelns erklärt werden kann<sup>189</sup>. Im Kern geht es darum, dass Passivität für den Einzelnen rationaler sein kann, obschon Aktivität für die Gemeinschaft (hier die Genossenschaft) lohnend wäre<sup>190</sup>. Die Ursache liegt darin begründet, dass die Kosten beim einzelnen Handelnden anfallen, der Nutzen aber an die passive Gesamtheit gelangt. Übersteigen die Aktivitätskosten des handelnden Mitglieds den bei ihm anfallende Nutzen, ist die Passivität für ihn rationaler<sup>191</sup>. Das *Collective Action Problem* stellt aber keine ausschliesslich grossgenossenschaftstypische Erscheinung dar, sondern kann sich auch bei Aktiengesellschaften mit breitgestreutem Aktionariat<sup>192</sup> oder bei der Verwaltung von Gemeingütern<sup>193</sup> stellen.

Der Gesetzgeber hat die Demokratiedefizite bei der Genossenschaft – konzeptionell der demokratischsten aller Gesellschaftsformen – bewusst in Kauf genommen. Eine solche *Veranstaltlichung* der Genossenschaft ist deswegen zulässig, wenn auch unter Kontrollgesichtspunkten nicht unproblematisch. Immerhin hat der Gesetzgeber mit der Urabstimmung, der Delegiertenversammlung und der Rechtsform der Genossenschaftsverbände<sup>194</sup> Möglichkeiten zur Abschwächung

<sup>189</sup> Vgl. hierzu OLSON (Anm. 149), passim.

<sup>190</sup> OSTROM, *Governing the Commons*, (Anm. 86), S. 5 f.

<sup>191</sup> DANIEL M. HÄUSERMANN, Vom Aktionärsausschuss zur Organisationsfreiheit, ZSR 2012, S. 99. Dies steht freilich unter der nicht notwendigerweise zutreffenden Prämisse, dass die Mitglieder rational nach dieser wirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Überlegung handeln. Von Bedeutung können aber nicht nur ökonomische Faktoren, sondern auch soziale sein. In die Betrachtung sind deswegen auch soziale Vorteile einzubeziehen, die mit der Aktivität erlangt werden können. Soziale Anreize spielen indessen nur in kleineren Gruppen eine (nachweisbare) Rolle. Mit einer föderalistischen Struktur, die sich aus mehreren

kleineren Gruppen zusammensetzt, kann der Effekt aber auch in grösseren Gruppen genutzt werden. Solche Gruppen können dann den doppelten Vorteil ausspielen, dass sie nicht nur wirtschaftliche, sondern auch soziale Anreize setzen, welche die Mitglieder zur Erreichung eines Kollektivinteressen veranlassen können (vgl. zum Ganzen OLSON (Anm. 149), S. 60 ff.).

<sup>192</sup> Vgl. hierzu auch HÄUSERMANN (Anm. 191), S. 99 ff. m.w.N.w.

<sup>193</sup> Vgl. hierzu OSTROM, *Governing the Commons*, (Anm. 86), passim.

<sup>194</sup> Vgl. zur Bedeutung der Delegiertenversammlung und den Genossenschaftsverbänden auch Anm. 191.

des Dilemmas geschaffen – die übrigens auch als Inspirationsquelle bei der Aktienrechtsrevision dienen könnten<sup>195</sup>.

### 3. Nichtmitgliedergeschäft

Unter einer eng gefassten ideologisch-ökonomischen Sichtweise, liegt nur dann eine Genossenschaft vor, wenn nach dem sogenannten *Identitätsprinzip* der Kreis der Eigentümer der Gesellschaft sich mit dem Kundenkreis der Gesellschaft deckt<sup>196</sup>. Rechtlich erscheint ein solches enges Begriffsverständnis indessen keineswegs zwingend<sup>197</sup>. Hierfür spricht im Wesentlichen Folgendes:

- Das *Nichtmitgliedergeschäft i. S. v. Zweckgeschäften* wurde seit jeher für zulässig erachtet, wenn es für die Mitgliederförderung erforderlich war (Erzielen der für eine Förderung notwendigen kritischen Grössen) und nur unterstützenden Charakter hatte<sup>198</sup>. Auch diese Einschränkungen lassen sich u. E. aber unter heutiger Perspektive nicht mehr aus Art. 828 OR ableiten<sup>199</sup>. Löst man sich vom *engen Begriff der Selbsthilfe* und von der Vorstellung, dass die Genossenschaft ein *hilfswirtschaftlicher Betrieb der Mitglieder* sein müsse, sprechen *keine Gründe mehr für die genannte Beschränkung*.
- Zu beachten ist sodann, dass die Genossenschaft die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder *fördern* muss. Gesetzlich gefordert wird demnach *nicht*, dass die Mitglieder gegenüber den Nichtmitgliedern *bessergestellt* werden. Die Förderung der wirtschaftlichen Interessen setzt folglich auch *nicht zwingend* voraus, dass diese Vorteile *nur* den Mitgliedern zukommen<sup>200</sup>.
- Und endlich ist erneut auf die normative Kraft des Faktischen sowie das Institut des Gewohnheitsrechts zurückzukommen: Der unterschiedslose Geschäftsverkehr von Konsumgenossenschaften mit Mitgliedern und nicht Nichtmitgliedern widerspricht zwar den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers. Er wird aber seit Jahrzehnten toleriert und kann auch toleriert werden, weil niemand geschädigt wird.

Das Nichtmitgliedergeschäft ist somit zwar *atypisch* und *widerspricht* einem enggefassten *ideologisch-ökonomischen Genossenschaftsbegriff*. Es ist aber *nicht widerrechtlich* und mit Art. 828 OR zu vereinbaren<sup>201</sup>.

<sup>195</sup> Vgl. hierzu PETER FORSTMOSER/STEPHAN HOSTETTLER/HANS-UELI VOGT, Aktionärsausschüsse als mögliche Neuerung in der AG, NZZ vom 27. Januar 2011, S. 31; PETER FORSTMOSER, Stärkung der Aktionärsdemokratie – aber wie?, NZZ vom 29. Juli 2010, S. 26; HÄUSERMANN (Anm. 191), S. 87 ff.

<sup>196</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, ST N 130.

<sup>197</sup> BRUNNER-DOBLER (Anm. 54), S. 23.

<sup>198</sup> Vgl. OFK OR-VON WATTENWYL, Art. 828 N 13; BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 20.

<sup>199</sup> Vgl. Botschaft, wo bereits darauf hingewiesen wird, dass das Nichtmitgliedergeschäft

zulässig ist respektive, dass sich die Genossenschaft nicht auf Geschäfte mit den Mitgliedern beschränken müsse (BBI 1928 287).

<sup>200</sup> Dies verdeutlicht sich, wenn in Erinnerung gerufen wird, dass sogar gemeinnützige Genossenschaften zulässig sind.

<sup>201</sup> Im Ergebnis grundsätzlich gl.M. REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 16; vgl. auch FORSTMOSER (Anm. 106), S. 78. Vgl. zur Unschärfe von Art. 828 OR auch ZHK OR-GUTZWILLER, V/6/1, Art. 828 N 6. A.M. BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 20, der nur das ergänzende Nichtmitgliedergeschäft für zulässig erachtet.



## E) Fazit

Die Weiterentwicklung der Genossenschaft weg vom hilfswirtschaftlichen, dienenden Betrieb, hin zum *verselbständigten* Unternehmen, der weitgehende Verzicht auf eine Unterscheidung zwischen dem *Mitglieder- und dem Nichtmitgliedergeschäft*, die Verabschiedung von der *gemeinsamen Selbsthilfe* im historischen Sinne und die *hauptsächlich* ideelle oder gemeinnützige Ausrichtung sind nach den vorstehenden Ausführungen mit Art. 828 OR zu vereinbaren. Es handelt sich um zwar atypische, weil vom gesetzlichen Grundtypus abweichende, nicht aber um widerrechtliche Erscheinungsformen.

## VI. Hinweise zum Vereinszweck

Weil die Genossenschaft in der Praxis auch für *ideelle* und *gemeinnützige Zwecke* offen steht, bestehen faktisch keine Gesellschaftszwecke mehr, die nur dem Verein, nicht aber der Genossenschaft offen stünden. Mit anderen Worten wird der Vereinszweck vom Genossenschaftszweck vollständig umfasst. Umgekehrt bleibt es aber für den Verein weiterhin unzulässig, wirtschaftliche Interessen der Mitglieder mit dem Mittel eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes zu fördern<sup>202</sup>.

Die *Abgrenzung der wirtschaftlichen von den ideellen Zwecken* ist somit für den Verein weiterhin von Relevanz, während sie für die Genossenschaft nach der hier vertretenen Auslegung obsolet geworden ist<sup>203</sup>.

Die Rechtsform der Genossenschaft (und nicht die des Vereins) ist dann zu wählen, wenn bei der Führung eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden.

## VII. Bedeutung für die Handelsregisterpraxis

### A) Kognition

Gemäss Art. 940 OR hat das Handelsregisteramt zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind. Bei der Eintragung juristischer Personen ist insbesondere zu prüfen, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen. Wie diese Kognition im Einzelnen aussieht, ist weder im Gesetz noch in der Handelsregisterverordnung klar gesagt<sup>204</sup>.

<sup>202</sup> Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (Anm. 32), S. 15 m. w. N. w. in dortiger Fn 48.

<sup>203</sup> Vgl. auch WÖLFER (Anm. 165), S. 19.

<sup>204</sup> GWELESSIANI (Anm. 179), N 120. Gleiches gilt im Übrigen für die Prüfung der Tageseinträge der kantonalen Handelsregisterämter

durch das Eidgenössische Handelsregister Amt (EHRA). Die Kognition des EHRA kann indessen (aus verfahrenslogischen Gründen) nicht weiter reichen als jene der kantonalen Handelsregisterämter (vgl. in diesem Sinne auch GWELESSIANI (Anm. 179), N 129).

Nach ständiger – aber nicht ganz konsequenter<sup>205</sup> und in der Lehre<sup>206</sup> teilweise kritischer – Rechtsprechung des Bundesgerichtes<sup>207</sup> gilt für die Prüfung der Anmeldung durch die Handelsregisterämter eine differenzierte Kognition:

- Die materiellrechtliche Kognition des Handelsregisteramtes ist auf die Wahrung zwingender Vorschriften eingeschränkt, die im öffentlichen Interesse liegen oder dem Schutze Dritter dienen<sup>208</sup>.
- Dispositive Bestimmungen fallen gänzlich aus dem Prüfungsraster, ebenso solche, die nur dem Schutze direkt Betroffener dienen<sup>209</sup>.
- Doch selbst bei Bestimmungen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt sind, darf der Registereintrag nur bei einer offensichtlichen und unzweideutigen Verletzung verweigert werden<sup>210</sup>. «[...] Lässt die Gesetzesauslegung mehrere Lösungen zu, soll die Frage vom Richter entschieden werden [...]»<sup>211</sup>.

## B) Folgerungen

Selbst unter einer Perspektive, die sich stark am historischen Willen des Gesetzgeber orientiert, sind kaum Gesellschaftszwecke denkbar, die offensichtlich und unzweideutig Art. 828 Abs. 1 OR widersprechen<sup>212</sup>. Das Handelsregisteramt wird deswegen in aller Regel *auch gänzlich atypische Genossenschaften eintragen*. Diese auf theoretischer Ebene gewonnene Erkenntnis deckt sich mit der *wirtschaftlichen Realität*. Ein Streifzug durch das Handelsregister und die Prüfung diverser Statuten von existierenden Genossenschaften bestätigt die Vermutung, dass dem Handelsregisteramt allem Anschein nach nur wenige Anhaltspunkte zum Eingreifen verbleiben<sup>213</sup>.

<sup>205</sup> Vgl. bspw. BGE 125 III 18 E. 3c, S. 21; vgl. zum Ganzen auch BEK OR-KÜNG, VIII, Art. 940 N 46 f. und PETER FORSTMOSER, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 2/1999, S. 10 f.

<sup>206</sup> Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist allerdings in der Lehre und in der Praxis umstritten (vgl. hierzu FORSTMOSER (Anm. 205), S. 6 f.). Die Kritik zielt dabei vor allem darauf, dass das Kriterium «im Einzelfall eine ebenfalls vertretbare Gesetzesauslegung» als Beurteilungsmassstab untauglich ist (vgl. zum Ganzen BEK OR-KÜNG, VIII, Art. 940 N 38 ff. und FORSTMOSER (Anm. 205), S. 14). Wie erwähnt ist das Bundesgericht sodann in seiner neueren bisherigen Praxis teilweise selbst von seiner Rechtsprechung abgewichen. Für alle Umwandlungsfälle gilt sodann nach der Praxis des EHRA eine umfassende Kognition (BEK OR-KÜNG, VIII, Art. 940 N 47). KÜNG erkennt demgegenüber unter Verweis auf einen nicht publizierten Entscheid

des Bundesgerichtes (vgl. BEK OR-KÜNG, VIII, Art. 940 N 45 und 47) einen weiterreichenden sachlichen Anwendungsbereich der erweiterten Kognition: Seiner Auffassung nach ist die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung so auszulegen, dass die Kognitionsbeschränkung dort falle, wo aufgrund der Interessenlage die Gefahr bestehe, dass der Zivilrichter keine Gelegenheit zur Prüfung habe (BEK OR-KÜNG, VIII, Art. 940 N 47); KÜNG plädiert selbst aber für eine ersatzlose Streichung von Art. 940 OR (BEK OR-KÜNG, VIII, Art. 940 N 68).

<sup>207</sup> Vgl. bspw. BGE 132 III 668 E 3.1, S. 672.

<sup>208</sup> GWELESSIANI (Anm. 179), N 120.

<sup>209</sup> FORSTMOSER (Anm. 26), S. 147.

<sup>210</sup> Vgl. FORSTMOSER (Anm. 205), S. 4 f.

<sup>211</sup> BEK OR-KÜNG, VIII, Art. 940 N 37 mit Verweis auf BGE 114 II 68, E. 2, S. 70.

<sup>212</sup> Vgl. in diesem Sinne FORSTMOSER (Anm. 26), S. 153; vgl. auch DERS. (Anm. 106), S. 79.

<sup>213</sup> FORSTMOSER (Anm. 26), S. 153.

Eine *Auslegung* des Genossenschaftszwecks nach der hier vertretenen Ansicht dürfte diese Folgerung noch unterstützen. Im Ergebnis könnte die Prüfung nach *gleichen Kriterien* erfolgen wie bei den anderen Gesellschaften des Obligationenrechts: Werden mit der Genossenschaft *keine sittenwidrigen Zwecke* verfolgt und verstösst die Zwecksetzung nicht gegen andere *zwingende Rechtsnormen*, ist aus der Perspektive des Handelsregisteramtes grundsätzlich von *einem zulässigen Gesellschaftszweck* auszugehen.

Neben dem *Strafrecht* als Quelle solcher Vorschriften ist hier insbesondere an das *Kollektivanlagengesetz* zu denken, das die Genossenschaft nicht als *Anlagevehikel* zulässt<sup>214</sup>. Es ist deswegen nach wie vor unzulässig, die Genossenschaft als (kollektives) Kapitalanlagevehikel zu verwenden.

Ungeachtet dessen, wie weit man der vorstehend dargelegten Auslegung von Art. 828 Abs. 1 OR folgt, stellt sich aber auch die Frage, ob Art. 828 Abs. 1 OR überhaupt eine Vorschrift ist, die im *öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter* aufgestellt wurde, und falls ja, ob dieser Schutzzweck heute noch gerechtfertigt ist. Beides darf man mit Fug bezweifeln.

## VIII. Zusammenfassung

Die gesetzliche Zweckbeschränkung der Genossenschaft ist weitgehend hinfällig geworden. Unter heutiger Perspektive sind keine zwingenden Gründe mehr erkennbar, an der historischen gesetzlichen Zweckbeschränkung festzuhalten. Die Genossenschaft kann als Rechtsform zur Verwirklichung *idealtypischer Genossenschaften* verwendet werden – und dies wird auch in Zukunft unverändert möglich sein. Gleichzeitig besteht aber keine Notwendigkeit mehr, die Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft auf die im 19. Jahrhundert entwickelten Selbsthilfegenossenschaften zu beschränken. Eine weitgehende Öffnung im Sinne eines rechtlichen Nachvollzugs der Realität atypischer Genossenschaften erscheint angebracht. Ausgeschlossen bleiben u. E. lediglich *rein gewinnstrebige Genossenschaften*, deren hauptsächliches oder gar ausschliessliches Ziel es ist, Ertrag im Hinblick auf eine Dividendenausschüttung zu erwirtschaften.

<sup>214</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 KAG i. V. m. Art. 7, 8 und 9 KAG und BSK OR II-BAUDENBACHER, Art. 828 N 2.

## Résumé

La restriction légale au but de sociétés coopératives est devenue dans une large mesure désuète. Il est aujourd'hui difficile de trouver des motifs impératifs qui justifient le maintien de cette restriction historique au but. La société coopérative peut poursuivre un but à caractère idéal, possibilité qui doit perdurer. Parallèlement, il n'y a plus de nécessité de limiter l'utilisation de la forme juridique de la société coopérative aux seules organisations d'entraide, telles que développées au

19<sup>ème</sup> siècle. Il paraît indiqué d'ouvrir largement la coopérative, dans le sens d'une mise en oeuvre au plan juridique de la réalité des coopératives atypiques. A notre sens, seules les sociétés coopératives purement lucratives, dont l'objectif principal voire exclusif est de générer un rendement en vue de sa distribution sous forme de dividende sont exclues.

*(traduit par Michel Hirt, OFRC)*