

 jetzt bestellen

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer



Schulthess 

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020

ISBN 978-3-7255-7962-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
BÄRTSCHI HARALD Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel	1
BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA Grenzen der Massgeblichkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	19
BRAENDLI BEAT Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts	31
BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT Wann und was das öffentliche Recht vom Privatrecht lernen kann	57
BÜHLER CHRISTOPH B. Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert	75
CRAMER CONRADIN Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht	103
DIEM HANS-JAKOB Der selektive Aktienrückkauf	117
DRUEY JEAN NICOLAS Das Prinzip des Wohlwollens	135
EBERLE RETO Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung	147
EMMENEGGER SUSAN/REBER MARTINA Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung	165
FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA Das minderjährige Vereinsmitglied	175
	VII

FLEISCHER HOLGER	
Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht aus schweizerischer Sicht	189
FORSTMOSER PETER	
Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts	205
FUKUTAKI HIROYUKI	
Die Übernahme der Business Judgment Rule und ihre dogmatische Einordnung in das japanische Aktienrecht	237
GLANZMANN LUKAS/GUIDOUM SAMMY	
Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung	251
GLESS SABINE	
Konzernverantwortung – Entwicklungslinien aus strafrechtlicher Sicht	265
HAAS ULRICH/HESSERT BJÖRN	
The legal regime applicable to disciplinary measures by sports associations – one size does not fit all	279
HAFNER FELIX/REIMANN MARTIN	
Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht	293
HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J./SCHÖNMANN ZENO	
COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkonkurse	311
JENNY DAVID	
Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt	335
JUNG PETER	
Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern	347
JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA	
Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?	363
KENEL LUCA	
Die Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich	391

KRAMER ERNST A.	
Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR)	405
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL	
Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung	417
KULL MICHAEL	
Die Manifestation politischer Ansichten durch Berufsfussballer in der Schweiz – eine rechtliche Auslegeordnung	441
LENGAUER DANIEL	
Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden	457
MABILLARD RAMON	
Kreditgebende Banken in der Sanierung – Von der rechtlichen Bedeutung des Sanierungskonzepts	475
MÜLLER KARIN/FELLMANN WALTER/LEU SIMON	
Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft	491
MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN	
Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats	501
NOBEL PETER	
Zu Corporate Governance	519
PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL	
Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsrätin, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick	531
PIETH MARK/ZERBES INGEBORG	
«Beaching»	547
RÜEGG ERICH	
Die Haftung für Grundstückskontaminationen bei Unternehmenstransaktionen . . .	561
SCHMID JÖRG	
Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken	573

SCHROETER ULRICH G.	
Die Fremdwährungssubstitutionsbefugnis des Zahlungsschuldners (Art. 84 Abs. 2 OR) im internationalen Handel	585
SIMONIELLO DANIELE	
Die Aktie ohne Dividende	599
STAEHELIN DANIEL	
Das Retentionsverzeichnis in der Nachlassstundung	611
STRUB YAEL	
Die Beendigung der Hinterlegung von Sportpferden	619
SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO	
Vorprozessuale Vergleiche über erbrechtliche Gestaltungs- klagerechte	635
TANNER BRIGITTE	
Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktien- gesellschaft – eine Standortbestimmung	653
TRIGO TRINDADE RITA	
Droits d’emption dans les statuts d’une SARL	675
TROXLER TIZIAN	
Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts	691
TRUNIGER CHRISTOF/WERNER MARTIN	
Die Koordination der werkvertraglichen Ansprüche der Stockwerkeigentümer	709
TSCHÄNI RUDOLF	
Vinkulierung: Building Trust nach SIKA	721
VIONNET-RIEDERER FLURIN/BATSCHWAROFF BLANKA	
Auslegungsmaximen im Rechnungslegungs- und Stiftungsrecht	731
VONZUN RETO	
Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen	751
WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL	
Die Business Judgment Rule in der Praxis – Unternehmensinterne Entscheidungs- verfahren im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	767

WIDMER LÜCHINGER CORINNE	
Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR	785
WOHLERS WOLFGANG	
«Exzessive» Managersaläre – ein Problem des Strafrechts?	801
YANAGA MASAO	
Accounting and Auditing for SMEs in Japan	819
ZECH HERBERT/VALLONE VERA	
Immaterialgüter als Sacheinlage	833
ZELLWEGER CASPAR/ZURKINDEN PHILIPP	
Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht	847
Verzeichnis der Schriften von Lukas Handschin	861

Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?

THOMAS JUTZI* / MARTINA HERZOG**

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	364
II. Begrifflichkeit der Transparenz	365
1. Allgemeines und Abgrenzungen	365
2. Arten.....	366
III. Funktion der Transparenz	367
1. Allgemein.....	367
2. Transparenz als Teil und Grundvoraussetzung der Corporate Governance ...	368
2.1 Corporate Governance	368
2.2 Grundvoraussetzung bzw. Teil der Corporate Governance	369
IV. Transparenz im Genossenschaftsrecht	369
1. Allgemeines.....	369
2. Quellen der Transparenz	370
2.1 Obligationenrecht.....	370
a) Transparenz gegenüber Genossenschaf tern	370
aa) Einsichtsrecht in Rechnungslegungsdokumente	370
bb) Einsichtsrecht in Geschäftsbücher und Korrespondenzen	370
cc) Auskunftsrecht	371
dd) Informationsanspruch über Generalversammlungs- traktanden.....	372
b) Weitere Transparenzansprüche der Genossenschaf ter und Dritter	372
c) Informationsansprüche der Verwaltung bzw. der einzelnen Verwaltungsmitglieder	372

* JUTZI THOMAS, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern.

** HERZOG MARTINA, MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

Dieser Beitrag berücksichtigt die Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung bis Ende Februar 2020. Die im Juni 2020 von National- und Ständerat angenommene Aktienrechtsrevision wurde daher nicht mehr berücksichtigt.

d)	Informationsansprüche innerhalb eines Genossenschaftsverbandes.....	373
2.2	Finanzmarktrechtliche Erlasse	373
2.3	Private Regelwerke	375
2.4	Zwischenfazit.....	376
3.	Arten und Inhalt der Transparenz.....	377
3.1	Innere und äussere Transparenz	377
3.2	Institutionelle und situative Transparenz	378
a)	Genossenschaftliche Ausgestaltung	378
b)	Vergleich zum Aktienrecht	379
3.3	Transparenz über die Aufgabenzuweisung	380
3.4	Transparenz über Finanzen und Vergütungen.....	381
a)	Allgemein.....	381
b)	Vergleich zum Aktienrecht	382
3.5	Transparenz über den Geschäftsverlauf	382
3.6	Transparenz im Genossenschaftsverband	383
3.7	Zwischenfazit.....	383
4.	Berechtigte und Verpflichtete	384
4.1	Genossenschafter	384
4.2	Verwaltungs- und Geschäftsleitungsmitglieder	385
4.3	Stakeholder und Dritter	386
4.4	Zwischenfazit.....	387
5.	Zeitpunkt und Qualität der Transparenz.....	387
V.	Fazit.....	388
1.	Aktueller Stand.....	388
2.	Änderungsvorschläge.....	389

I. Einleitung

In der langen Publikationsliste des zu Ehrenden finden sich zahlreiche Abhandlungen zur Rechenschaftsablegung, zur Rechnungslegung und zur Transparenz im Gesellschaftsrecht. So ging der Jubilar namentlich im Jahr 2015 in seinem Beitrag in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht auf die Frage ein, ob es sich bei Rechenschaft und Transparenz um einen zentralen Teil der Governance oder doch eher um einen (reinen) Selbstzweck handelt.¹ Der nachfolgende Beitrag befasst sich ebenfalls mit dem

¹ HANDSCHIN LUKAS, Rechenschaft und Transparenz als zentraler Teil der Governance oder als Selbstzweck?, SZW 2015, S. 459 ff.

Thema Transparenz. Im Gegensatz zum Beitrag des Ehrenden, bei welchem die Aktiengesellschaft im Fokus stand, soll vorliegend die Ausgestaltung der Transparenz im Genossenschaftsrecht beleuchtet werden. Es soll insbesondere untersucht werden, ob Unterschiede zum Aktienrecht bestehen und inwiefern allfällige Unterschiede gerechtfertigt sind. Zudem soll die Frage beantwortet werden, ob Transparenz im Genossenschaftsrecht einen Selbstzweck darstellt oder einen eigenständigen Teil der Corporate Governance bildet.

In einem ersten Schritt wird die Transparenz definiert und abgegrenzt. Anschliessend werden die Funktion der Transparenz und ihre Stellung im Rahmen der Corporate Governance erläutert. Als Drittes werden die genossenschaftsrechtlichen Eigenarten der Transparenz ausgearbeitet und schliesslich wird in einem letzten Schritt dargelegt, inwiefern sich diese Besonderheiten rechtfertigen und ob sich (gesetzgeberische) Anpassungen aufdrängen.

II. Begrifflichkeit der Transparenz

1. Allgemeines und Abgrenzungen

Der Begriff der Transparenz kann nur im Zusammenhang und in Abgrenzung zu den Termini der «Publizität» und «Information» definiert werden. Transparenz bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch Durchscheinen, Durchsichtigkeit, Durchschaubarkeit und Nachvollziehbarkeit.² Als Transparenz im rechtlichen Sinne wird die Durchschaubarkeit von Entscheidabläufen in Politik, Justiz, Wirtschaft und Verwaltung verstanden.³ Der Begriff «Publizität» wird im allgemeinen Sprachgebrauch als «Bekanntsein» aufgefasst und oft mit Medien, Bekanntheit und Werbung in Verbindung gebracht.⁴ Im juristischen Sinne wird Publizität als Bekanntmachung, Offenlegung, Rechenschaft und Veröffentlichung verstanden, wobei eine (einheitliche) Definition allerdings fehlt.⁵ Der Publizität ist stets ein Publikum bzw. eine Öffentlichkeit inhärent und sie setzt eine Vielzahl nicht näher definierter Adressaten voraus.⁶ Als Information gilt schliesslich die Übermittlung von Zeichen vom Absender an den Empfänger, wodurch Wissen übertragen wird.⁷

Die Begriffe Publizität, Transparenz und Information hängen wie folgt zusammen: Die Offenlegung bestimmter Informationen – im Rahmen von vertraglichen oder gesetzlichen Informationspflichten – verschafft keine Publizität, wenn sie nicht dem allgemeinen Publikum zugänglich gemacht wird.⁸ Damit grenzt sich die Publizität zugleich von den Begriffen «Transparenz» und «Information» ab.⁹ Informationsübertragung mittels Publizität bezieht

² Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 27. Auflage, Berlin 2017, «Transparenz, die».

³ JUTZI THOMAS, Unternehmenspublizität, Habil. Bern 2017, N 31; MERKT HANNO, Unternehmenspublizität, Habil. Hamburg, Tübingen 2001, S. 31.

⁴ JUTZI (Fn. 3), N 26 f.; Duden (Fn. 2), «Publizität, die».

⁵ Vgl. JUTZI (Fn. 3), N 27, m.w.H.

⁶ JUTZI (Fn. 3), N 29.

⁷ JUTZI (Fn. 3), N 30, m.w.H.; DETTWILER EMANUEL MAX, Informationelle Gleichbehandlung der Aktionäre, Diss. Basel 2002, S. 5.

⁸ JUTZI (Fn. 3), N 30.

⁹ JUTZI (Fn. 3), N 30; MERKT (Fn. 3), S. 8 und 10 f.

sich immer auf einen unbestimmten, offenen, nicht begrenzten Adressatenkreis.¹⁰ Die Publizität kann der Informationsübermittlung dienen, Informationen können allerdings auch im Zwei- oder Mehrparteienverhältnis mit klar abgegrenztem Adressatenkreis übermittelt werden, womit keine Publizität vorliegt.¹¹ Die Transparenz steht im Konnex mit der Publizität, die Publizität kann Transparenz fördern und als Mittel zu deren Herstellung qualifiziert werden.¹² Im Gegensatz zur Publizität kann Transparenz allerdings auch in personell klar abgegrenzten Verhältnissen geschaffen werden.¹³ Bei der Transparenz ist die Qualität der Information von Bedeutung, was dazu führt, dass nicht jede Information geeignet ist, Transparenz zu erzeugen.¹⁴ Folge davon ist, dass irreführende oder falsche Informationen zwar unter Umständen geeignet sind, Publizität herzustellen, jedoch keine Transparenz schaffen können.¹⁵ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Informationen, die nicht offengelegt werden, nicht zu Transparenz führen können und Publizität ohne Information nicht möglich ist.¹⁶

2. Arten

Transparenz kann in engen Grenzen, so namentlich gegenüber bestimmten Personengruppen oder Organen, oder auch gegenüber der Öffentlichkeit hergestellt werden. Es kann grundsätzlich zwischen innerer und äusserer Transparenz sowie institutioneller und situativer Transparenz unterschieden werden.

Unter äusserer Transparenz wird vorliegend die transparente Offenlegung von Informationen gegenüber den Gesellschaftern verstanden. Unter die innere Transparenz fallen demgegenüber Informationen, die nur innerhalb eines Organs der Gesellschaft kundgetan werden, so insbesondere innerhalb der Verwaltung oder dem Verwaltungsrat, wenn diese ein mehrköpfiges Gremium darstellt, oder wenn Ausschüsse eingesetzt oder Delegationen von Verwaltungsaufgaben vorgenommen werden. Die innere Transparenz ist weitergehend als die äussere Transparenz.¹⁷

Institutionell ist die Transparenz, wenn sie von der Gesellschaft aus im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverlaufs erfolgt. Unter der situativen Transparenz ist jene Transparenz zu verstehen, die je nach Situation auf Aufforderung eines Gesellschafters oder von der Genossenschaft aus in Folge eines aussergewöhnlichen Ereignisses geschaffen wird.¹⁸

¹⁰ JUTZI (Fn. 3), N 30, m.w.H.; MERKT (Fn. 3), S. 7.

¹¹ JUTZI (Fn. 3), N 30; MERKT (Fn. 3), S. 8.

¹² JUTZI (Fn. 3), N 31 f.; BAUDENBACHER-TANDLER DORIS, Schutz vor neuen Anlegerrisiken, Diss. Bern, St. Gallen 1988, S. 124.

¹³ JUTZI (Fn. 3), N 31, m.w.H. Der Teil der Transparenz, der wie die Publizität einen unbegrenzten Adressatenkreis erreicht, wird teilweise als Markttransparenz bezeichnet (vgl. MERKT [Fn. 3], S. 11).

¹⁴ JUTZI (Fn. 3), N 31.

¹⁵ JUTZI (Fn. 3), N 31.

¹⁶ JUTZI (Fn. 3), N 32.

¹⁷ HANDSCHIN (Fn. 1), S. 463.

¹⁸ Vgl. dazu auch HANDSCHIN (Fn. 1), S. 464.

III. Funktion der Transparenz

1. Allgemein

Die Transparenz dient in erster Linie der frühzeitigen Erkennung von Fehlentwicklungen.¹⁹ Indem sich eine Gesellschaft transparent verhält, setzt sie sich vorgängig intensiv mit internen Vorgängen auseinander und reflektiert sich selbst. Dies vermag die Qualität der internen Vorgänge und der Arbeitsweise zu steigern und macht allfällige Fehler früh erkennbar. Transparentes Verhalten fördert die Akzeptanz von Entscheidungen, da die Gründe für den Entscheid rasch und offen kommuniziert und idealerweise fundiert dargelegt werden können. Damit wird das Vertrauen in die Gesellschaft und deren Organe gefördert.²⁰ Insbesondere bei überraschenden internen Schadenfällen fördert eine rasche und unverfälschte interne Information das Vertrauen.²¹ Zudem bringt die Gesellschaft mit Transparenz und offener Kommunikation Wertschätzung gegenüber den Adressaten zum Ausdruck.²² Schliesslich können allfällige Investoren und potentielle Neumitglieder dank offener Informationen und Transparenz eine Risikoeinschätzung über die Kapitalallokation vornehmen.²³ Die Mittel sollen dorthin fliessen, wo sie am effizientesten eingesetzt werden, weshalb den Anlegern informierte Entscheide ermöglicht werden müssen.²⁴ Die Offenlegungspflichten dienen somit nicht nur den Gesellschaftern, sondern auch Dritten und einem gut funktionierenden Kapitalmarkt.²⁵ Letzterer setzt voraus, dass die unternehmensbezogenen Daten richtig, zeitgerecht und vollständig sowie nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung offengelegt werden.²⁶

Die Erkenntnis, dass Transparenz für das gute Funktionieren von marktwirtschaftlichen Mechanismen zentral ist, hat sich allerdings erst in den letzten Jahrzehnten mit der Corporate Governance-Debatte ergeben.²⁷ Aus der Debatte stammen auch die Erkenntnisse, dass die Information nicht nur in eine Richtung fliessen darf, sondern ein gegenseitiger Aus-

¹⁹ HARDER SCHULER CHRISTA-MARIA, Corporate Governance in nicht kotierten Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2013, S. 9; HANDSCHIN (Fn. 1), S. 462; BÜHLER CHRISTOPH B., Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009, N 590.

²⁰ ROTH PELLANDA KATJA, Organisation des Verwaltungsrates, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2007 = SSHW 2007, N 641; BÖCKLI PETER, Corporate Governance: Vertrauen an der Unternehmensspitze, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern/Stuttgart/Wien 2006, S. 33 ff., S. 36.

²¹ BÖCKLI (Fn. 20), S. 36.

²² Vgl. ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 641, m.w.H.; BÖCKLI (Fn. 20), S. 36.

²³ ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 641, m.w.H.; vgl. auch HARDER SCHULER (Fn. 19), S. 12; JUTZI (Fn. 3), N 132.

²⁴ JUTZI (Fn. 3), N 132.

²⁵ Für viele ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 641; vgl. auch JUTZI (Fn. 3), N 131.

²⁶ JUTZI (Fn. 3), N 131 f.

²⁷ ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 639, m.w.H.; WATTER ROLF, Die Informationsversorgung des Aktionärs – insbesondere die SWX-Richtlinie betr. Information zur Corporate Governance, in: Bühler Christoph B. (Hrsg.), Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 35 f.

tausch von Informationen erforderlich ist und dass eine in die Tiefe dringende Informationsbeschaffung nötig ist, die nur durch ein internes Kontrollsystem sichergestellt werden kann.²⁸

2. Transparenz als Teil und Grundvoraussetzung der Corporate Governance

2.1 *Corporate Governance*

Unter Corporate Governance wird die Gesamtheit der auf das nachhaltige Unternehmensinteresse ausgerichteten Grundsätze bzw. Steuerungsmechanismen verstanden, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.²⁹ Dabei soll die Gesamtheit der Unternehmensinteressen massgebend sein.³⁰ Unter Corporate Governance werden aber auch verschiedene Berichte und Regelwerke geordnet, welche die Kontrolle und die Führung von Unternehmen zum Inhalt haben.³¹ Die Lehre äussert sich übereinstimmend dahingehend, dass sich die Corporate Governance inhaltlich mit Fragen der zweckmässigen Strukturierung von Unternehmen, der Unterbindung von Missbräuchen sowie Massnahmen zur Korrektur beschäftigt.³² Kernthemen der Corporate Governance sind somit die Ausgestaltung der Führungsebene der Gesellschaft, die Ausgestaltung des Verhältnisses der Gesellschafter zur Gesellschaft und die Transparenz.

²⁸ BÖCKLI (Fn. 20), S. 37; vgl. für weitere Informationen zum internen Kontrollsystem BÜHLER (Fn. 19), N 632 ff.

²⁹ Eine einheitliche Definition des Begriffs fehlt bislang allerdings. Der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (Swiss Code) versteht unter Corporate Governance die «Gesamtheit der auf das nachhaltige Unternehmensinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben» (vgl. Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance 2014, [Swiss Code], <<https://www.economiesuisse.ch/de/publikationen/swiss-code-best-practice-corporate-governance>>, S. 6, zuletzt besucht am 27. Februar 2020). BÜHLER definiert den Begriff ähnlich, nämlich als Gesamtheit von Steuerungsmechanismen, die im Hinblick auf einen möglichst effizienten Interessenausgleich verschiedener Anspruchsgruppen ein ausgewogenes Zusammenspiel von Kontrolle und Führung gewährleisten sollen (BÜHLER [Fn. 19], N 365).

³⁰ Es ist mittlerweile anerkannt, dass zu den zu berücksichtigenden Interessen auch jene der Stakeholder gehören, folglich alle, die in einem Austauschverhältnis zur Gesellschaft stehen und deren wirtschaftliche Situation beeinflusst wird, sollte es dem Unternehmen schlecht gehen (vgl. HARDER SCHULER [Fn. 19], S. 6; BÜHLER [Fn. 19], N 349, m.w.H.; vgl. dazu auch JUTZI THOMAS, Unternehmensspenden: Zuständigkeit, Grenzen und Handlungsoptionen gemäss schweizerischem Aktienrecht, recht 2017, S. 251 ff., S. 264, m.w.H.). Unter die zu berücksichtigenden Interessen fallen nicht nur jene der Gesellschafter, sondern auch jene der Gläubiger, Kapitalgeber, Arbeitnehmer etc., womit von einem interessenpluralistischen Verständnis ausgegangen werden kann. Diese Erkenntnis führte in den USA kürzlich gar dazu, dass der Primat des Shareholder-Values infrage gestellt wurde (vgl. dazu OSTERLOH MARGIT, Eine Firma gehört nicht nur den Aktionären, NZZ vom 25. September 2019; vgl. auch FISCHER JOEL/WATTER ROLF, Shareholder contra Stakeholder – wem gehört eine Firma?, NZZ vom 10. September 2019).

³¹ Vgl. HARDER SCHULER (Fn. 19), S. 4.

³² Vgl. HARDER SCHULER (Fn. 19), S. 5.

2.2 Grundvoraussetzung bzw. Teil der Corporate Governance

Corporate Governance kann verkürzt als gute Unternehmensführung bezeichnet werden; eine solche kann ohne Transparenz nicht erreicht werden, da nur informierte Personen ihre Aufgaben «pflichtgemäss» ausführen und sachgerechte Entscheide fällen können.³³ Zudem kann die Richtigkeit von Entscheidungen nur überprüft werden, wenn mehr als bloss die Beteiligungsverhältnisse, die finanzielle Situation und der Geschäftsverlauf offengelegt werden; es muss auch über Themen wie Unternehmensstrategie oder die Nachfolgeplanung transparent informiert werden.³⁴ Ohne die Informationen, die durch die Transparenz vermittelt werden, funktionieren weder die internen Steuerungselemente, wie die interne Gewaltenteilung oder die Kontrolle durch die Genossenschafter, noch die externen Steuerungselemente wie Reputationsanreize.³⁵ Folglich bildet Transparenz auch eine unabdingbare Voraussetzung, frühzeitig möglichen Fehlentwicklungen entgegenzuwirken, indem sich das Unternehmen durch die Notwendigkeit der Informationsaufbereitung einer Selbstkontrolle unterwirft und Fehlentwicklungen dadurch überhaupt erkannt werden.³⁶ Die Transparenz ist folglich ein gewichtiger Teil bzw. wohl gar die wichtigste Grundvoraussetzung der Corporate Governance.³⁷

IV. Transparenz im Genossenschaftsrecht

1. Allgemeines

Im Genossenschaftsrecht kommt der Transparenz die gleiche Funktion und Wirkung zu wie bei anderen Rechtsformen.³⁸ Wobei für die Genossenschaft im Hinblick auf die Risikoeinschätzung über die Kapitalallokation zu beachten ist, dass für die Genossenschafter nicht die Kapitalanlage im Vordergrund steht, sondern sie Genossenschaftsmitglied werden, weil sie konkrete wirtschaftliche Bedürfnisse befriedigen wollen,³⁹ d.h., dass für (potentielle) Mitglieder einer Genossenschaft Informationen zu den materiellen Leistungen, Dienstleistungen oder Vorteilen, welche die Mitgliedschaft mit sich bringt, von Interesse sind. In Genossenschaften bestehen keine Anleger, die informiert werden müssen, damit sie ihre Mittel möglichst effizient anlegen können. Eine ausgeprägte Transparenz dient zwar einem gut funktionierenden Kapitalmarkt, dies ist für das Genossenschaftsrecht allerdings nicht von zentraler Bedeutung.⁴⁰ Schliesslich ist es nicht Ziel der Genossenschaft, ihren Mitgliedern möglichst hohe Dividenden auszuzahlen, sondern ihre wirtschaftlichen Interessen in gemeinsamer Selbsthilfe zu fördern.⁴¹

³³ HANDSCHIN (Fn. 1), S. 468; ebenso PICKER CHRISTIAN, *Genossenschaftsidee und Governance*, Tübingen 2019, S. 417 f., m.w.H.

³⁴ HARDER SCHULER (Fn. 19), S. 9.

³⁵ BÜHLER (Fn. 19), N 462, m.w.H.

³⁶ HARDER SCHULER (Fn. 19), S. 9; BÜHLER (Fn. 19), N 590; JUTZI (Fn. 3), N 128; MERKT (Fn. 3), S. 338 f.

³⁷ Vgl. HANDSCHIN (Fn. 1), S. 468; BÜHLER (Fn. 19), N 462, m.w.H.; vgl. PICKER (Fn. 33), S. 391.

³⁸ Namentlich in der Aktiengesellschaft.

³⁹ Vgl. MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Auflage, Bern 2018, § 19 N 26.

⁴⁰ Vgl. oben Ziff. III.1.

⁴¹ Vgl. Art. 828 Abs. 1 OR.

2. Quellen der Transparenz

Nachfolgend werden die Quellen der Transparenz und deren Inhalt erläutert. Als Quellen gelten das Obligationenrecht, die finanzmarktrechtlichen Erlasse und – für das Genossenschaftsrecht lediglich als Orientierungshilfe ohne verbindlichen Charakter – die privaten Regelwerke.

2.1 *Obligationenrecht*

a) **Transparenz gegenüber Genossenschaf tern**

aa) **Einsichtsrecht in Rechnungslegungsdokumente**

Gemäss Art. 856 Abs. 1 OR haben die Genossenschaf ter das Recht, Einsicht in eine allfällige Konzernrechnung, die Jahresrechnung, den Revisionsbericht sowie in den – allerdings nur von grösseren Unternehmen zu erstellenden – Lagebericht zu nehmen. Die Auflage hat spätestens 10 Tage vor der Generalversammlung oder der Urabstimmung, die über die Genehmigung des Lageberichts, der allfälligen Konzernrechnung und der Jahresrechnung zu entscheiden hat, am Sitz der Genossenschaf t zu erfolgen.

Sofern von den Statuten vorgesehen, kann zudem jeder Genossenschaf ter auf Kosten der Gesellschaft eine Abschrift der Betriebsrechnung und der Bilanz verlangen.⁴² Eine Zustellung wird durch das Gesetz nicht vorgesehen, d.h. der Genossenschaf ter muss sich proaktiv um die Informationen kümmern.

bb) **Einsichtsrecht in Geschäftsbücher und Korrespondenzen**

Eine Einsichtnahme gemäss Art. 857 Abs. 2 OR in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen ist nur mit ausdrücklicher Ermächtigung der Generalversammlung oder durch Verwaltungsbeschluss und unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses erlaubt. In materieller Hinsicht dürfen also keine Geschäftsgeheimnisse verletzt werden, während in formeller Hinsicht die Hürde der Ermächtigung der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsbeschlusses erfüllt sein muss.⁴³ Zudem kann die Genossenschaf t durch richterliche Verfügung dazu verpflichtet werden, dem Genossenschaf ter über bestimmte, für die Ausübung der Kontrollrechte erhebliche Tatsachen aus den Geschäftsbüchern oder aus Korrespondenzen Auskunft zu erteilen, sofern die Genossenschaf tsinteressen dadurch nicht gefährdet werden. Eine Einsichtnahme in die Originalakten ist damit nicht vorgesehen. Das Genossenschaf tsrecht kennt allerdings keine Kaskade, d.h., es wird nicht vorausgesetzt, dass der Genossenschaf ter die Gesellschaft um Einsicht ersucht und diese die Einsicht ungerechtfertigt verweigert, bevor er an den Richter gelangen kann.⁴⁴

⁴² Art. 856 Abs. 2 OR.

⁴³ WEBER ROLF H., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 857 N 3.

⁴⁴ NATSCH REGINA, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 857 N 7. Das Aktienrecht sieht demgegenüber eine Kaskade vor (vgl. Art. 697 Abs. 4 OR). A.M. COURVOISIER MATTHIAS, in: Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 772-1186 OR und BEG, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 857 N 9; ebenso REYMOND

cc) **Auskunftsrecht**

Die Genossenschafter können die Revisionsstelle gemäss Art. 857 Abs. 1 OR auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam machen und die erforderlichen Aufschlüsse verlangen. Es handelt sich dabei um ein Auskunftsrecht, dem die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nicht entgegengehalten werden kann. Dies bedeutet, dass die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse keine materielle Voraussetzung für die Gewährung des Auskunftsrechts ist, was allerdings nicht zur Folge hat, dass die Revisionsstelle dadurch zur Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen berechtigt wird.⁴⁵ So müssen namentlich keine für die Konkurrenten wesentlichen Informationen oder der Stand der Forschung preisgegeben werden.⁴⁶ Im Einzelfall hat eine Güterabwägung zwischen den Gesellschaftsinteressen und dem Informationsanspruch stattzufinden, in welcher das Ausmass der Treuepflicht der Genossenschafter sowie die Umstände der Anfrage gewichtet werden, namentlich Zeitpunkt und Hintergrund der Anfrage sowie Struktur und Grösse der Genossenschaft.⁴⁷

Der Gesetzeswortlaut spricht zwar nur von einem Auskunftsrecht gegenüber der Revisionsstelle, gemäss Lehre ist aber auch die Verwaltung zur Auskunft verpflichtet.⁴⁸ Umstritten ist hingegen der Umfang des Auskunftsrechts, d.h. ob über sämtliche relevanten Vorgänge in der Genossenschaft Auskunft verlangt werden kann oder nur über Betriebsrechnung und Bilanz.⁴⁹ Während sich einzelne Lehrmeinungen unter dem aktuellen Gesetzeswortlaut dafür aussprechen, dass über alle relevanten Vorgänge innerhalb der Genossenschaft Auskunft verlangt werden darf,⁵⁰ sind andere zurückhaltender und gehen von einem Auskunftsrecht im Zusammenhang mit zweifelhaften Ansätzen aus, wobei an die Begründetheit der Zweifel keine zu hohen Anforderungen zu stellen seien.⁵¹ U.E. ist das Auskunftsrecht angesichts des Gesetzeswortlauts auf in Zusammenhang mit zweifelhaften Ansätzen stehende Themen beschränkt. Auch wenn wünschenswert wäre, wenn es umfassender wäre und sämtliche Vorgänge innerhalb der Genossenschaft einschliessen würde, kann ein solches Recht nicht aus dem Wortlaut von Art. 857 Abs. 1 OR abgeleitet werden.⁵² Die Genossenschafter sollen das Auskunftsrecht jederzeit, d.h. auch ausserhalb der Generalversammlung, ausüben können.⁵³ Im Aktienrecht besteht hingegen ein ausdrückliches Recht der Aktionäre gegenüber der Verwaltung auf Auskunft zu sämtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft bzw. gegenüber der Revisionsstelle auf Auskunft zur Durchführung und zum Ergebnis ihrer Prüfung.⁵⁴ Das Auskunftsrecht ist allerdings zeitlich beschränkt und muss anlässlich der Generalversammlung wahrgenommen werden können.

JACQUES-ANDRÉ, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Handelsrecht, Die Genossenschaft, Band VIII/5, Basel 1998, S. 146.

⁴⁵ WEBER (Fn. 43), Art. 857 N 3; NATSCH (Fn. 44), Art. 857 N 6.

⁴⁶ WEBER (Fn. 43), Art. 857 N 3; WEBER (Fn. 43), Art. 697 N 8.

⁴⁷ WEBER (Fn. 43), Art. 857 N 3; WEBER (Fn. 43), Art. 697 N 9.

⁴⁸ WEBER (Fn. 43), Art. 857 N 3; NATSCH (Fn. 44), Art. 857 N 2, m.w.H.

⁴⁹ WEBER (Fn. 43), Art. 857 N 2.

⁵⁰ WEBER (Fn. 43), Art. 857 N 2.

⁵¹ NATSCH (Fn. 44), Art. 857 N 3.

⁵² Zu den erstrebenswerten Änderungen vgl. unten Ziff. V.2.

⁵³ NATSCH (Fn. 44), Art. 857 N 2; a.M. COURVOISIER (Fn. 44), Art. 857 N 4.

⁵⁴ Vgl. Art. 697 Abs. 1 OR.

dd) Informationsanspruch über Generalversammlungstraktanden

Gemäss Art. 881 ff. OR ist die Verwaltung verpflichtet, die Genossenschafter mittels Einberufung der Generalversammlung rechtzeitig über deren Abhaltung zu informieren bzw. sie einzuladen und ihnen die Verhandlungsgegenstände mitzuteilen. Hinsichtlich dieser Punkte haben die Genossenschafter Anspruch auf Informationen bzw. Transparenz. Die ratio legis ist, dass nur ein über alle Traktanden informierter Genossenschafter sich frei entscheiden kann, ob er der Generalversammlung fernbleibt oder daran teilnimmt.

b) Weitere Transparenzansprüche der Genossenschafter und Dritter

Ebenfalls als Transparenzvorschriften können die Geschäftsberichts- und Mindestbilanzierungsvorschriften gemäss Art. 959 ff. OR, die Offenlegung von bzw. Einsichtnahme in Jahresrechnung und Konzernrechnung nach deren Genehmigung durch das zuständige Organ gemäss Art. 958e OR sowie die Publizität des Handelsregisters gemäss Art. 930 OR gezählt werden.⁵⁵ Namentlich die Vorschriften zur Mindestgliederung von Bilanz und Erfolgsrechnung verschaffen den Gesellschaftern Transparenz und erleichtern den Vergleich zwischen zwei Unternehmen oder zwei Zeitpunkten.⁵⁶ Diese Vorschriften sind allerdings nicht genossenschaftsrechtsspezifisch ausgestaltet, weshalb sie ausserhalb des Fokus der vorliegenden Abhandlung liegen.⁵⁷

c) Informationsansprüche der Verwaltung bzw. der einzelnen Verwaltungsmitglieder

Sofern die Verwaltung die Geschäftsführung und Vertretung delegiert hat, ist sie gemäss Art. 902 Abs. 2 Ziff. 2 OR verpflichtet, sich regelmässig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen; sie kann betreffend den Geschäftsgang Transparenz von der Geschäftsführung verlangen. Zudem müssen die Beschlüsse und Beratungen der Verwaltung und der Generalversammlung gemäss Art. 902 Abs. 3 OR in einem Protokoll festgehalten werden. In der Praxis erhalten sämtliche Verwaltungsmitglieder Einsicht in das Protokoll. Ein weitergehendes Recht der Verwaltungsmitglieder auf Einsicht und Auskunft statuiert das Genossenschaftsrecht nicht.⁵⁸ Eine Analogie zum Aktienrecht, welches einen gesetzlichen Anspruch auf Einsicht und Auskunft statuiert, ist u.E. de lege lata abzulehnen, da sich keinerlei Hinweise für eine analoge Anwendung des Aktienrechts finden lassen.⁵⁹ Die Diskrepanz zum Aktienrecht ist allerdings stossend. Idealerweise sollte ein solches Recht in den Statuten der Genossenschaft oder in einem Reglement vorgesehen werden.

⁵⁵ Vgl. HANDSCHIN (Fn. 1), S. 463.

⁵⁶ Vgl. BÜHLER (Fn. 19), N 659 ff.

⁵⁷ Vgl. HARDER SCHULER (Fn. 19), S. 14 f. Fn. 67; zur Förderung der Transparenz durch das Handelsregister vgl. BÜHLER (Fn. 19), N 659 ff.; vgl. auch JUTZI (Fn. 3), N 242 ff.

⁵⁸ REYMOND (Fn. 44), S. 208. Das Aktienrecht gewährt den Verwaltungsräten demgegenüber in Art. 715a OR ein Recht auf Auskunft und Einsicht.

⁵⁹ Vgl. auch WERNLI MARTIN/RIZZI MARCO A., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 894 N 4.

d) Informationsansprüche innerhalb eines Genossenschaftsverbandes

Die Informationspflicht innerhalb des Verbandes ist in Art. 924 Abs. 1 OR geregelt. Da der Verband nicht Mitglied seiner angeschlossenen Genossenschaften ist, kann er sich nicht auf die Auskunfts- und Einsichtsrechte in Art. 856 f. OR berufen, weshalb eine gesetzliche Normierung in Art. 924 Abs. 1 OR nötig ist.⁶⁰ Gemäss dieser Norm kann der Verwaltung des Verbandes mittels Grundlage in den Verbandsstatuten das Recht eingeräumt werden, die geschäftliche Tätigkeit der Mitgliedgenossenschaften zu überwachen. Dieses Überwachungsrecht ist inhaltlich grundsätzlich unbeschränkt und umfasst die gesamte Organisation und Tätigkeit der angeschlossenen Genossenschaften.⁶¹

2.2 Finanzmarktrechtliche Erlasse

Handelt es sich bei einer Genossenschaft um eine Bank, d.h. wenn eine Genossenschaft vorliegt, die gewerbmässig Publikumseinlagen entgegennimmt, findet auch das Bankengesetz (BankG)⁶² und die zugehörige Verordnung (BankV)⁶³ Anwendung. Ist die Genossenschaft eine Versicherung gelten die Bestimmungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG)⁶⁴ und des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)⁶⁵ sowie die Ausführungsverordnungen.⁶⁶ Zudem gelten in beiden Fällen die allgemeinen finanzmarktrechtlichen Bestimmungen, namentlich das Geldwäschereigesetz (GwG),⁶⁷ das Finanzmarktaufsichtsgesetz

⁶⁰ SCHMID ERNST F., in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 924 N 1.

⁶¹ SCHMID (Fn. 60), Art. 924 N 2.

⁶² Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0).

⁶³ Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV) vom 30. April 2014 (SR 952.02).

⁶⁴ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01).

⁶⁵ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908 (SR.221.229.1).

⁶⁶ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011), Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA, AVO-FINMA; SR 961.011.1), Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Versicherungsunternehmen (Versicherungskonkursverordnung-FINMA, VKV-FINMA; SR 961.015.2), Verordnung über die Aufhebung von Beschränkungen der Vertragsfreiheit in Versicherungsverträgen (SR 221.229.11).

⁶⁷ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).

(FINMAG)⁶⁸ und das Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG),⁶⁹ das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)⁷⁰ und das Finanzinfrastrukturgesetz (FINIG)⁷¹ sowie die dazugehörigen Verordnungen.⁷² Ebenso finden die Rundschreiben der FINMA Anwendung und die Genossenschaft untersteht der Aufsicht der FINMA.⁷³ Die FINMA informiert die Öffentlichkeit mittels Medienmitteilungen in verkürzter Form über die Ergebnisse ihrer Aufsichtstätigkeit, wovon auch die beaufsichtigten Genossenschaften betroffen sein können. Dadurch schafft sie Transparenz gegenüber den Genossenschaftern, den Gläubigern und der breiten Öffentlichkeit. Zudem kann sie bei schweren Pflichtverletzungen die in einem Enforcementverfahren erlassenen aufsichtsrechtlichen Verfügungen gemäss Art. 34 Abs. 1 FINMAG veröffentlichen, so dass ebenfalls sämtliche Personen davon Kenntnis nehmen können.

Art. 6a BankG legt fest, dass der Geschäftsbericht nicht nur den Gesellschaftern, sondern der gesamten Öffentlichkeit zugänglich zu machen ist. Gleiches kann durch die Verordnungen auch für Zwischenabschlüsse vorgesehen werden. Diese fehlende Offenlegung wird gar mit Strafe bedroht.⁷⁴ Es handelt sich dabei um eine spezialgesetzliche Regelung für Banken, die den Bestimmungen des OR vorgeht. Sowohl bei genossenschaftsrechtlichen Banken als auch bei Versicherungen ist allerdings zu unterscheiden, ob die Transparenzpflicht im Verhältnis zwischen Genossenschaft und Genossenschafter gründet oder ob sie auf dem Vertrag als Bankkunde bzw. Versicherter zur Bank bzw. zur Versicherung beruht. Beispielsweise trifft eine Versicherungsgenossenschaft gemäss Art. 3 Abs. 1 VVG die Pflicht, ihre Versicherten über die versicherten Risiken, den Umfang des Versicherungsschutzes, die geschuldeten Prämien und weitere Pflichten des Versicherungsnehmers, die Laufzeit und Beendigung des Vertrages, die für die Überschussermittlung und die Überschussbeteiligung geltenden Berechnungsgrundlagen und Verteilungsgrundsätze und -methoden, die Rückkaufs- und Umwandlungswerte sowie die Bearbeitung der Personendaten einschliesslich Zweck und Art der Datensammlung sowie Empfänger und Aufbewahrung

⁶⁸ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

⁶⁹ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1).

⁷⁰ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vom 15. Juni 2018 (SR 950.1).

⁷¹ Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1).

⁷² Die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV; SR 221.331) schreibt namentlich die Publikation eines Vergütungsberichts vor und enthält damit Offenlegungspflichten im Bereich der finanziellen Entschädigung. Auf Genossenschaften ist ihre Anwendung ausgeschlossen, da die Bestimmungen gemäss Art. 1 Abs. 1 VegüV einzig auf börsenkotierte Aktiengesellschaften Anwendung finden.

⁷³ Vgl. Art. 1 Abs. 1 FINMAG. Durch das Unterstellen des Banken- und Versicherungssektors unter die Aufsicht der FINMA kommt es auch zur Anwendbarkeit von Selbstregulierungen auf Banken und Versicherungen, die in der Rechtsform der Genossenschaft ausgestaltet worden sind, sofern die FINMA die Regulierungen als Mindeststandards anerkennt. Vgl. dazu JUTZI THOMAS, Departement für Wirtschaftsrecht - Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung, in: Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 197 ff.; vgl. dazu auch KUNZ PETER V., Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 2 N 286.

⁷⁴ Wer die Jahresrechnung nicht ordnungsgemäss aufstellt oder veröffentlicht, dem droht Freiheitsstrafe oder Geldstrafe gemäss Art. 46 BankG.

der Daten zu informieren. Diese Pflicht beruht auf der Verbindung durch den Versicherungsvertrag und nicht auf der Verbindung als Gesellschafter zur Genossenschaft. Zahlreiche weitere Transparenzpflichten, die auf genossenschaftsrechtliche Banken und Finanzdienstleister Anwendung finden können, treffen die Genossenschaft nicht aufgrund ihrer Rechtsform und basieren auch nicht auf dem Verhältnis Genossenschaft-Genossenschafter, sondern auf jenem zwischen Genossenschaft und Kunden. Dies gilt namentlich für die in Art. 8 Abs. 1 FIDLEG verankerten allgemeinen Informationspflichten,⁷⁵ die Informationspflicht zu konkreten, persönlich angebotenen Dienstleistungen gemäss Art. 8 Abs. 2 FIDLEG,⁷⁶ die Dokumentations- und Rechenschaftspflicht über die erbrachten Dienstleistungen gemäss Art. 15 f. FIDLEG,⁷⁷ die Prospektpflicht gemäss Art. 35 ff. und Art. 64 ff. FIDLEG oder die Pflicht zur Erstellung und Veröffentlichung eines Basisinformationsblatts gemäss Art. 58 ff. FIDLEG.

2.3 *Private Regelwerke*

Nebst den staatlichen Vorschriften bestehen auch private Regelwerke. Der Swiss Code richtet sich als Empfehlung primär an schweizerische Publikumsgesellschaften⁷⁸ und ist daher auch auf deren Ausgestaltung – und insbesondere auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft – ausgelegt. Er kommt für Genossenschaften demnach als Grundlage nur bedingt in Betracht, dennoch ist die Anwendbarkeit auf volkswirtschaftlich bedeutende Genossenschaften nicht ausgeschlossen.⁷⁹ Der Swiss Code empfiehlt insbesondere Transparenz bei den Vergütungen an die Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, sieht ein internes Kontrollsystem vor und macht Empfehlungen zum Umgang mit Aktionären.⁸⁰ Von der Möglichkeit, dass auch nicht kotierte Gesellschaften in anderen Rechtsformen als der Aktiengesellschaft, wenn sie von volkswirtschaftlicher Bedeutung sind, dem Swiss Code Ideen entnehmen können, wird in der Praxis Gebrauch gemacht.⁸¹ Für Genossenschaften bedeutet dies, dass in Anlehnung an den Swiss Code namentlich die Zusammensetzung der Verwaltung, der organisatorische Aufbau und das Zusammenspiel der Organe und die Vergütung der obersten Leitungsorgane offengelegt werden.⁸²

Als weitere Quelle kommt die Richtlinie der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange betreffend Informationen zur Corporate Governance («RLCG») in Frage, die Anforderungen an

⁷⁵ Die Finanzdienstleisterin hat ihren Kunden über sich selbst, d.h. über ihren Namen, ihre Adresse sowie ihr Tätigkeitsfeld und ihren Aufsichtsstatus und sodann über die allgemeinen, mit Finanzinstrumenten verbundenen Risiken zu informieren (vgl. dazu JUTZI THOMAS/WESS KSENIJA, Informationspflichten gemäss FIDLEG und MiFID II, recht 2019, S. 143 ff., S. 146).

⁷⁶ Die Finanzdienstleisterin hat über die persönlich empfohlene Dienstleistung und die damit verbundenen Risiken und Kosten, bestehende wirtschaftliche Bindungen an Dritte sowie das bei der Auswahl der Finanzinstrumente berücksichtigte Marktangebot zu informieren (vgl. dazu JUTZI/WESS [Fn. 75], S. 147 ff.).

⁷⁷ Vgl. JUTZI/WESS (Fn. 75), S. 160 ff.

⁷⁸ Genossenschaften können keine Publikumsgesellschaft sein, da sie keine Beteiligungspapiere aufweisen, die zum Handel zugelassen werden können.

⁷⁹ Auch nicht kotierte Gesellschaften, die von volkswirtschaftlicher Bedeutung sind, können dem Swiss Code Ideen entnehmen, selbst wenn sie nicht die Rechtsform der Aktiengesellschaft aufweisen (vgl. Swiss Code [Fn. 29], S. 6).

⁸⁰ Vgl. Swiss Code (Fn. 29), S. 12 und 15.

⁸¹ Vgl. Geschäftsbericht Migros-Genossenschafts-Bund 2018, Governance, <<https://report.migros.ch/2018/download-center/>>, zuletzt besucht am 7. Januar 2020.

⁸² Vgl. Geschäftsbericht Migros-Genossenschafts-Bund 2018 (Fn. 81).

die Transparenz einer Gesellschaft stellt. Die RLCG richtet sich nur an Emittenten, deren Beteiligungsrechte an der SIX Swiss Exchange kotiert sind.⁸³ Eine Orientierung an den Regelungen in der RLCG ist allerdings für Genossenschaften und Genossenschaftsverbände naheliegend, die komplexe Strukturen aufweisen und bzw. oder von wirtschaftlicher Bedeutung sind. In der Praxis wird sie denn auch von gewissen Genossenschaften als Anhaltspunkt und Orientierungshilfe für die Offenlegung von Informationen verwendet, so beispielsweise durch die Coop-Gruppe Genossenschaft oder die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, welche sich für die Offenlegung und Information weitgehend an ihr orientieren.⁸⁴ Die RLCG empfiehlt namentlich die Publikationen von Informationen zur Konzernstruktur, Aktionariat, Kapitalstruktur, zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats und Informationen zu den einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern.⁸⁵ Zudem gibt sie beispielsweise vor, dass die Informationen, die bekanntgegeben werden, klar und verständlich formuliert sein müssen und in einem gesonderten Kapitel des Geschäftsberichts aufzuführen sind.⁸⁶

Es besteht aber weder die Pflicht zur Einhaltung des Swiss Code oder der RLCG noch werden Sanktionen bei deren Nichteinhaltung ausgesprochen.

2.4 Zwischenfazit

Die Transparenzvorschriften des Obligationenrechts beschränken sich auf ein Minimum. Demgegenüber erfahren andere Rechtsformen eine weitergehende Normierung im Bereich der Transparenz.⁸⁷ So enthält das Genossenschaftsrecht – im Gegensatz zur aktienrechtlichen Regelung in Art. 716b OR – keine Bestimmungen, die Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern auf Anfrage hin bei schutzwürdigem Interesse ein Recht auf Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung gewähren. Ein Recht auf Einsicht in das Organisationsreglement sieht das Aktienrecht zwar nicht vor, Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger können aber über den Inhalt des Organisationsreglements und die tatsächlich gelebte Organisation schriftlich Auskunft verlangen.⁸⁸ Im Genossenschaftsrecht ist die Erstellung eines Organisationsreglements, welches diese Organisation festhalten soll, denn auch nicht vorgeschrieben, selbst wenn ein Organisationsreglement für die Praxis dringend zu emp-

⁸³ Art. 3 SIX Swiss Exchange, Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (Richtlinie Corporate Governance, RLCG) vom 20. März 2018, <https://www.six-exchange-regulation.com/dam/downloads/regulation/admission-manual/directives/06_16-DCG_de.pdf>, zuletzt besucht am 27. Februar 2020.

⁸⁴ Vgl. Geschäftsbericht Coop-Gruppe Genossenschaft 2018, <https://report.coop.ch/app/uploads/Coop_GB18_de.pdf>, zuletzt besucht am 7. Januar 2020; vgl. für die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft <<https://report.raiffeisen.ch/18/grundsaeetze-der-corporate-governance/>>, zuletzt besucht am 7. Januar 2020.

⁸⁵ Vgl. Anhang der RLCG (Fn. 83).

⁸⁶ Art. 4 f. RLCG (Fn. 83).

⁸⁷ Vgl. ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 645. So enthält beispielsweise das Aktienrecht in Art. 663b^{bis} f. OR Transparenzvorschriften zu Vergütungen der Verwaltungsmitglieder und Geschäftsleitungsmitglieder bei börsenkotierten Aktiengesellschaften.

⁸⁸ ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 656 ff., m.w.H.; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 334; FORSTMOSER PETER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 85 ff., S. 115, m.w.H.

fehlen ist. Ebenso wenig sind Genossenschaften zur Transparenz hinsichtlich der Vergütung ihrer obersten Leitungsorgane, des Organigramms oder des Zusammenspiels der Organe verpflichtet.

Das genossenschaftsrechtliche Auskunftsrecht gemäss Art. 857 Abs. 1 OR ist inhaltlich weniger weitreichend als im Aktienrecht und beschlägt nur Themen, die in Zusammenhang mit zweifelhaften Ansätzen stehen.⁸⁹ Die Diskrepanz zum Aktienrecht ist stossend.⁹⁰ Hinsichtlich Auskunftszeitpunkt wird der Anspruch im Genossenschaftsrecht grosszügiger gewährt als im Aktienrecht, so dass die Genossenschafter auch ausserhalb der Generalversammlung Auskunft verlangen können, was zu begrüssen ist.⁹¹

Die finanzmarktrechtlichen Erlasse enthalten zahlreiche Transparenzvorschriften. Hinsichtlich dieser Vorschriften bestehen keine Unterschiede zwischen den Genossenschaften und Aktiengesellschaften. Es gibt aber weit weniger Genossenschaften als Aktiengesellschaften, auf die die finanzmarktrechtlichen Erlasse Anwendung finden. Zudem ergibt sich die Transparenzvorschrift i.d.R. aus dem Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihren Kunden und basiert nicht auf der Mitgliedschaft. Schliesslich ist festzuhalten, dass es keine privaten Regelwerke gibt, die Genossenschaften zur Transparenz verpflichten können. Grosse und volkswirtschaftlich bedeutende Genossenschaften orientieren sich dennoch an den Vorschriften im Swiss Code oder in der RLCG.

3. Arten und Inhalt der Transparenz

3.1 Innere und äussere Transparenz

Wie bereits unter Ziff. II.2 ausgeführt, wird unter äusserer Transparenz vorliegend die transparente Offenlegung von Informationen gegenüber den Gesellschaftern verstanden.⁹² Sie beinhaltet die Offenlegung der internen Organisation, der Zusammensetzung der Unternehmensführung, der Arbeitsweisen der Gesellschaftsführung sowie der Entschädigungen und Transaktionen der Unternehmensspitze.⁹³ Im Genossenschaftsrecht besteht hinsichtlich diesen Themen keine Transparenzpflicht. Der Fokus der äusseren Transparenz liegt im Genossenschaftsrecht auf dem Geschäftsverlauf und der Geschäftstätigkeit sowie der Arbeit und Zusammensetzung der Verwaltung. Der äusseren Transparenz stehen die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft entgegen, was zur Folge hat, dass der Wahrung der Geheimhaltung den Vorrang vor der Transparenz gegeben wird, sofern die Genossenschaft durch die Veröffentlichung der geheimen Informationen zu Schaden kommen könnte.⁹⁴ Die Treupflicht hat insofern Einfluss auf die äussere Transparenz, als dass eine

⁸⁹ Vgl. oben Ziff. IV.2.1a) cc).

⁹⁰ Die Aktionäre sind gemäss Art. 697 OR berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung zu verlangen.

⁹¹ Die Ausübung des Auskunftsrechts der Aktionäre wird demgegenüber auf die Generalversammlung beschränkt (vgl. oben Ziff. IV.2.1a) cc)).

⁹² Ohne Transparenz im Aussenverhältnis ist keine Willensbildung der Genossenschafter möglich (HANDSCHIN [Fn. 1], S. 465).

⁹³ BÜHLER (Fn. 19), N 559.

⁹⁴ HANDSCHIN (Fn. 1), S. 465.

fehlende oder geringe Treuepflicht die Transparenz einschränken kann, da die Geheimhaltung höher zu gewichten ist als die Offenlegung von Informationen.⁹⁵ Im Gegensatz zum Aktienrecht, in welchem den Aktionär keine Treuepflicht trifft, ist der Genossenschafter gegenüber seiner Genossenschaft gemäss Art. 866 OR verpflichtet, deren Interessen in guten Treuen zu wahren. Während der Treuepflicht in der Praxis grosser Genossenschaften kaum mehr Geltung zukommt, kann sie insbesondere bei kleinen Gesellschaften noch ausgeprägt sein und dazu führen, dass die Genossenschafter transparenter informiert werden als dies bei Aktiengesellschaften der Fall ist.

Unter die innere Transparenz fallen – wie ebenfalls bereits dargelegt⁹⁶ – demgegenüber Informationen, die nur innerhalb eines Organs der Gesellschaft kundgetan werden. Jene Informationsart ist im Genossenschaftsrecht in der Verwaltung von Relevanz, da diese gemäss Art. 894 Abs. 1 OR stets durch ein mehrköpfiges Gremium gebildet wird, Verwaltungsausschüsse eingesetzt oder Delegationen von Verwaltungsaufgaben vorgenommen werden können. Bei der internen Transparenz steht die Berichterstattung von Ausschüssen, einzelnen Verwaltungsmitgliedern, Delegierten und der Geschäftsleitung an die Gesamtverwaltung im Vordergrund.⁹⁷ Die innere Transparenz ist weitergehend als die äussere Transparenz, da der äusseren Transparenz Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft entgegenstehen.⁹⁸

3.2 *Institutionelle und situative Transparenz*

a) **Genossenschaftliche Ausgestaltung**

Erfolgt die Transparenz der Gesellschaft im Rahmen des ordentlichen Geschäftsverlaufs, ist sie institutionell. Unter die situative Transparenz kann jene Transparenz subsumiert werden, die je nach Situation auf Aufforderung eines Gesellschafters oder von der Genossenschaft in Folge eines aussergewöhnlichen Ereignisses geschaffen wird.

Wie aus den gesetzlichen Grundlagen hervorgeht,⁹⁹ kennt das Genossenschaftsrecht die institutionelle Transparenz in Form des Rechts des Genossenschafters auf Offenlegung der Jahresrechnung, des Revisionsberichts, des Lageberichts sowie der Konzernrechnung und in Form des Rechts der Genossenschafter auf Einsichtnahme in Geschäftsbücher und Korrespondenzen nach Ermächtigung der Generalversammlung oder der Verwaltung.¹⁰⁰ Die situative Transparenz lässt sich im Auskunftsrecht der Genossenschafter gegenüber der Verwaltung und der Revisionsstelle finden.¹⁰¹

⁹⁵ HANDSCHIN (Fn. 1), S. 465; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 39), § 16 N 198; BÖCKLI (Fn. 88), § 12 N 155; vgl. dazu auch oben Ziff. IV.2.1a) cc).

⁹⁶ Vgl. Ziff. II.2.

⁹⁷ BÜHLER (Fn. 19), N 559.

⁹⁸ HANDSCHIN (Fn. 1), S. 465.

⁹⁹ Vgl. Ziff. IV.2.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 856 und Art. 857 Abs. 2 OR. Die Statuten können zudem vorsehen, dass jeder Genossenschafter berechtigt ist, auf Kosten der Genossenschaft eine Abschrift der Betriebsrechnung und der Bilanz zu verlangen (Art. 856 Abs. 2 OR), was ebenfalls unter die institutionelle Transparenz fällt, aber eine statutarische Grundlage voraussetzt.

¹⁰¹ Vgl. Art. 857 Abs. 1 OR.

b) Vergleich zum Aktienrecht

Das Aktienrecht enthält ein dreistufiges Informationskonzept. In erster Linie besteht Pflicht zur institutionellen Transparenz in Form des Auflegens von Geschäftsbericht und Revisionsbericht vor Durchführung der ordentlichen Generalversammlung, das Zustellen der Unterlagen auf Verlangen der Aktionäre sowie das Zustellen des Geschäftsberichts in der von der Generalversammlung genehmigten Form und des Revisionsberichts auf Verlangen der Aktionäre.¹⁰² Auf der zweiten Stufe sieht das Aktienrecht situative Transparenz in Form eines Auskunftsrechts der Generalversammlung gegenüber dem Verwaltungsrat über Angelegenheiten der Gesellschaft und gegenüber der Revisionsstelle über die Durchführung und das Ergebnis ihrer Prüfung zu verlangen vor¹⁰³ und schliesslich kann der Aktionär gestützt auf Art. 697a ff. OR die Sonderprüfung verlangen.¹⁰⁴ Die Einleitung der Sonderprüfung ist u.E. ebenfalls unter die situative Transparenz zu subsumieren, da sie ausserordentlich ist und nicht im Rahmen des üblichen Geschäftsgangs gewährt wird. Im Falle einer börsenkotierten Aktiengesellschaft hat der Aktionär nach den Vorschriften der SIX Swiss Exchange und der BX Swiss zudem Anspruch auf Ad hoc-Publizität, auf Offenlegung von Management-Transaktionen oder auf elektronische Veröffentlichung des Unternehmenskalenders.¹⁰⁵ Im Rahmen der Kotierung ist ausserdem der Kotierungsprospektpflicht nachzukommen und es sind alle Angaben zu veröffentlichen, die dem sachkundigen Anleger ein begründetes Urteil über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie über die Entwicklungsaussichten des Emittenten und die mit den Effekten verbundenen Rechte ermöglichen.¹⁰⁶

Der Genossenschafter hat keine Möglichkeit eine Sonderprüfung einzuleiten. Damit bleibt ihm eine tiefergehende Auskunft als jene gemäss Art. 857 Abs. 1 OR und eine anderweitige Prüfung als jene der Revisionsstelle verwehrt. Die von den Kotierungsreglementen vorgesehenen Pflichten können die Genossenschaft ebenfalls nicht treffen, da sie nicht börsenkotiert werden kann. Demnach muss die Genossenschaft weder über Management-Transaktionen noch über Tatsachen, die Auswirkungen auf die Vermögens- und Finanzlage oder den allgemeinen Geschäftsgang haben, informieren.¹⁰⁷ Für eine individuelle und genauere Auskunft ist also stets das Aktivwerden des Genossenschafters nötig. Dies führt zu einer Wissensasymmetrie gegenüber jenen Gesellschaftern, die kein Auskunftsbegehren stellen. Das Auskunftsrecht nach Art. 857 Abs. 1 OR ist die einzige Möglichkeit, wie der Genossenschafter situativ – bei Erkennen zweifelhafter Ansätze – Transparenz verlangen kann, während das Aktienrecht namentlich mit den kotierungsreglementarischen Offenlegungsvorschriften oder der Sonderprüfung weitere Vorschriften für situative Transparenz kennt.

¹⁰² Vgl. Art. 696 OR.

¹⁰³ Vgl. Art. 697 OR. Die Auskunft gestützt auf Art. 697 OR setzt aber voraus, dass sie für die Ausübung der Aktionäre erforderlich ist.

¹⁰⁴ Vgl. dazu HANDSCHIN (Fn. 1), S. 464.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 52 ff. Kotierungsreglement (KR) der SIX Exchange Regulation AG vom 8. November 2019, <https://www.six-exchange-regulation.com/dam/downloads/regulation/admission-manual/listing-rules/03_01-LR_de.pdf>, zuletzt besucht am 27. Februar 2020; vgl. Ziff. 17 f. Kotierungsreglement (KR) der BX Swiss AG vom 25. Januar 2018, <https://www.bxswiss.com/downloads/regulatory-information/de/BX_Kotierungsreglement_01.05.2018.pdf>, zuletzt besucht am 27. Februar 2020. Vgl. KUNZ (Fn. 73), § 2 N 385 und 409 ff.

¹⁰⁶ Art. 27 KR SIX (Fn. 105); vgl. JUTZI (Fn. 3), N 569 ff., m.w.H.

¹⁰⁷ Art. 53 KR SIX (Fn. 105).

3.3 *Transparenz über die Aufgabenzuweisung*

Transparenz über die Aufgabenzuweisung bedeutet, dass die Adressaten darüber informiert werden, welche Organe bestehen, welchem Organ welche Aufgaben zukommen und wie die Organe untereinander agieren bzw. in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen. Dies setzt voraus, dass die Kompetenzen klar verteilt und die Zuständigkeiten geregelt sind.

Im Gegensatz zum Aktienrecht weist das Genossenschaftsrecht allerdings keine subsidiäre Generalkompetenz eines Organs auf.¹⁰⁸ Das Gesetz gewährt den Genossenschaften die Möglichkeit, die Kompetenzzuordnung der Organe möglichst frei zu gestalten. Es sieht für die Generalversammlung unübertragbare Befugnisse vor, diese beschränken sich allerdings auf die Festsetzung und Änderung der Statuten, die Wahl der Verwaltung und der Revisionsstelle, die Genehmigung von Lagebericht und Konzernrechnung, die Entlastung der Verwaltung sowie die Beschlussfassung über Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind.¹⁰⁹ Die Rechte und Pflichten der Verwaltung werden im Gesetz ebenfalls nicht vollständig aufgelistet, Art. 902 OR nennt lediglich beispielhaft einige Pflichten, welche die Verwaltung zu erfüllen hat. Aufgrund der rudimentären gesetzlichen Regelung ist es den Statuten überlassen, die Zuständigkeitsordnung aufzustellen, weshalb es vorkommen kann, dass sich nicht für alle Bereiche Zuständigkeitsregeln finden lassen. In diesen Fällen ist einzelfallweise zu entscheiden, ob es sich um eine Zuständigkeit der Verwaltung oder der Generalversammlung handelt, wobei als grobe Richtlinie festgehalten werden kann, dass Geschäfte, die mit der Geschäftsführung und Vertretung zusammenhängen tendenziell der Verwaltung zufallen.¹¹⁰

Eine weitere Unklarheit tritt auf, wenn sich auf Führungsebene der Genossenschaft zwei Organe – die Geschäftsleitung und die Verwaltung – befinden (sog. dualistisches System).¹¹¹ Delegiert die Verwaltung Aufgaben an die Geschäftsführung, an Ausschüsse oder an einzelne Verwaltungsmitglieder, wird dies i.d.R. nicht transparent dargelegt, da den Genossenschaftlern kein Anspruch auf Einblick in Reglemente zusteht.

Gestützt auf diese Ausführungen wird ersichtlich, dass im Genossenschaftsrecht nie im Vorhinein durch einfache Gesetzeslektüre klar sein kann, wem welche Kompetenzen zukommen. Allenfalls reicht eine Konsultation der Statuten, für die Zuordnung einer Zuständigkeit kann aber auch eine Abwägung und rechtliche Würdigung nötig sein, da es kaum möglich ist, dass die Statuten für sämtliche Eventualitäten eine Zuständigkeit vorsehen. Die

¹⁰⁸ Vgl. für das Aktienrecht Art. 716 Abs. 2 OR.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 879 Abs. 2 OR.

¹¹⁰ WOLFER HANS, Die Genossenschaftsverwaltung nach schweizerischem Recht, Diss. Basel 1947, S. 41; FORSTMOSER PETER, Berner Kommentar, Die Genossenschaft, Systematischer Teil und Art. 828-838 OR, Bern 1972, Systematischer Teil N 293; HENGELER URS, Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechts gegenüber dem Aktienrecht, Diss. Zürich 1976 = SSHW 1976, S. 126 f.; a.M. MOLL ANDREAS, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 879 N 33; ebenso HENSEL EDUARD, Das Generalversammlungsrecht der Genossenschaft nach dem neuen Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1942, S. 103.

¹¹¹ Vgl. dazu TAISCH FRANCO/JUNGMEISTER ALEXANDER/FABRIZIO NADJA, Corporate Governance von Genossenschaftsunternehmen, Zürich/St. Gallen 2017, S. 37 f.

Organisationsstrukturen der Genossenschaft sind folglich schwer durchschaubar, was zu mangelhafter Transparenz in der Zuständigkeitsordnung führt.¹¹²

3.4 *Transparenz über Finanzen und Vergütungen*

a) **Allgemein**

Betreffend Finanzen und Vergütungen interessiert die Genossenschafter namentlich, wie sich die Aktiven und Passiven zusammensetzen, welche Aufwände bestehen, ob und in welcher Höhe Verluste oder Gewinne erzielt wurden, wie die Gewinne verwendet werden und in welcher Höhe die Verwaltungs- und Geschäftsführungsmitglieder entschädigt werden. Finanzielle Informationen kann der Genossenschafter aus der Jahresrechnung, die aus Bilanz, Erfolgsrechnung, Anhang und bei grösseren Unternehmen der Geldflussrechnung besteht, dem Revisionsbericht, einem allfälligen Lagebericht und einer allfälligen Konzernrechnung entnehmen. Genossenschaften mit 2'000 Genossenschaftern unterliegen stets der ordentlichen Revision und sind daher immer verpflichtet, eine Geldflussrechnung, einen Lagebericht und erweiterte Angaben im Anhang zu publizieren.¹¹³ Transparenz in der Buchführung setzt aber voraus, dass die Adressaten Vorkenntnisse mitbringen, um beispielsweise eine Bilanz oder eine Erfolgsrechnung zu lesen und die notwendigen Schlüsse daraus abzuleiten. Es besteht daher die Gefahr, dass die Genossenschafter mit den Angaben überfordert sind, was zu einem Desinteresse bezüglich der Informationen führen kann, wodurch die Transparenzvorschriften ihren Nutzen verlieren. Im Bereich der Rechnungslegung besteht im Genossenschaftsrecht eine Transparenz, die dem Umfang der Transparenz im Aktienrecht entspricht. Informationen über Finanzen der Gesellschaft dienen im Genossenschaftsrecht allerdings einem anderen Zweck als im Aktienrecht, denn die Aktiengesellschaft versucht, ihren Mitgliedern eine möglichst gute Kapitalanlage zu ermöglichen, während in der Genossenschaft die Befriedigung konkreter wirtschaftlicher Bedürfnisse der Gesellschafter im Mittelpunkt steht.¹¹⁴ Dadurch brauchen die Genossenschafter nicht zu wissen, wo sie ihre Mittel möglichst effizient anlegen können. Im Interessensfokus der Genossenschafter liegen vielmehr Informationen zu den materiellen Leistungen, Dienstleistungen und (geldwerten) Vorteilen.¹¹⁵

Eine Einsichtnahme in Geschäftsbücher, aus welchen die einzelnen Transaktionen an die obersten Leitungspersonen hervorgehen würden, unterliegt einer zusätzlichen Hürde, sie bedarf nämlich einer Ermächtigung der Generalversammlung oder eines Verwaltungsbeschlusses und darf das Geschäftsgeheimnis nicht gefährden. Daraus folgt, dass der Genossenschafter die Information zum einen proaktiv fordern muss, zum anderen muss er für das Erlangen der Information eine zusätzliche Hürde in Form der Konsultation der Generalversammlung oder der Verwaltung überwinden. Daher verzichtet der durchschnittliche Genossenschafter auf das Einholen der Informationen zu einzelnen Vergütungen.

¹¹² Vgl. TAISCH/JUNGMEISTER/FABRIZIO (Fn. 111), S. 63.

¹¹³ Art. 962 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

¹¹⁴ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 39), § 19 N 26; vgl. auch oben Ziff. IV.1.

¹¹⁵ Vgl. oben Ziff. III.1.

b) Vergleich zum Aktienrecht

Das Aktienrecht kennt für börsenkotierte Aktiengesellschaften Offenlegungsvorschriften im Bereich der Vergütungen. Gemäss Art. 663b^{bis} Abs. 4 OR sind die Vergütungen des Verwaltungsrats als Gesamtbetrag sowie für jedes einzelne Mitglied unter Nennung dessen Namens und dessen Funktion anzugeben; für die Geschäftsleitung muss lediglich der Gesamtbetrag sowie der höchste, auf ein Mitglied entfallende Betrag unter Nennung dessen Namens und dessen Funktion genannt werden. Im Gegensatz dazu enthält das Genossenschaftsrecht keine entsprechenden gesetzlichen Vorschriften, auch nicht für grosse Genossenschaften. Der Grund für die unterschiedliche Regelung liegt wohl in der ursprünglichen Ausgestaltung der Genossenschaft als Selbsthilfegesellschaft. Die Diskrepanz ist angesichts der grossen, anonymen Genossenschaften heute aber nicht mehr zeitgemäss. Denn gerade in einer Gesellschaftsform, die vom Grundprinzip der gemeinsamen Selbsthilfe getragen wird, interessiert die Entlohnung der obersten Führungspersonen. Die Genossenschaft wird vom Grundgedanken getragen, dass sie nur ihre eigenen Kosten decken und einen allfälligen Überschuss zur Stärkung des Unternehmens einsetzen soll, um die Mitglieder künftig noch besser fördern zu können.¹¹⁶ Überhöhte Löhne der Geschäftsleitung bzw. der Verwaltung würden somit grundsätzlich diesem genossenschaftsrechtlichen Grundprinzip widersprechen. Werden diese zudem den Genossenschaftern verschwiegen, mutet dies vertuschend an.

3.5 *Transparenz über den Geschäftsverlauf*

Der Genossenschafter kann die Informationen zum Geschäftsverlauf – wie die Informationen zu den finanziellen Angelegenheiten – ebenfalls aus dem Jahresbericht entnehmen, der aus Bilanz, Erfolgsrechnung, Anhang und allenfalls dem Lagebericht besteht. Für die Informationen zum Geschäftsverlauf müssen folglich die Rechnungslegungsdokumente konsultiert werden. Namentlich der Lagebericht dient dabei dazu, sich einen Überblick über die Geschäftstätigkeit und die wirtschaftliche Lage zu schaffen. Er gibt Aufschluss über die Anzahl der durchschnittlichen Vollzeitstellen, die Bestellungen- und Auftragslage, Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, aussergewöhnliche Ereignisse und nimmt auch die Zukunftsaussichten auf.¹¹⁷ Nur Genossenschaften, die zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind – worunter all jene fallen, die 2'000 Genossenschafter aufweisen – müssen allerdings gemäss Art. 961 Ziff. 3 OR einen Lagebericht erstellen. Bei kleineren Genossenschaften gehört der Lagebericht nicht zur Pflichtpublikation. Will der Genossenschafter ferner Einsicht in die Geschäftsbücher oder in die Korrespondenz nehmen, hat er eine zusätzliche Hürde zu überwinden und muss die Ermächtigung der Generalversammlung oder einen Verwaltungsbeschluss einholen, zudem darf das Geschäftsgeheimnis nicht gefährdet werden.

Nebst den Elementen, die der Jahresbericht zwingend zu enthalten hat, erhalten die Genossenschafter oftmals im Rahmen des Jahresberichts informell und in Textform Informationen über den Geschäftsverlauf des Unternehmens. Namentlich wird die allgemeine wirtschaftliche Situation der Genossenschaft und der Branche umschrieben, Sozial-, Umweltengagement erläutert und weitere Informationen über das Unternehmen preisgegeben. Eine

¹¹⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 39), § 19 N 26.

¹¹⁷ Vgl. Art. 961c OR.

derartige Publikation gleicht dem Lagebericht, muss allerdings keine gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, so dass die Genossenschaft in der Erstellung und Gewichtung frei ist. Dies führt zu fehlender Vergleichbarkeit.¹¹⁸ Ein gesetzlicher Anspruch auf Transparenz hinsichtlich diesen Punkten besteht ebenfalls nicht, weshalb es schlussendlich der Genossenschaft überlassen bleibt, welche Themen sie kommuniziert und wie hoch der Transparenzgehalt der Information ist.

3.6 *Transparenz im Genossenschaftsverband*

Wird in den Verbandsstatuten das Überwachungsrecht gemäss Art. 924 Abs. 1 OR statuiert, kommt den Mitgliedgenossenschaften eine Informationspflicht gegenüber der Verwaltung des Verbandes zu, die sich nicht nur auf die Buchführung erstreckt, sondern die gesamte geschäftliche Tätigkeit erfasst. Schranke der Informationspflicht ist der Zweck des Verbandes.¹¹⁹

Eine Gesetzesbestimmung, die den Informationsfluss vom Verband hin zur Mitgliedgenossenschaft vorschreibt, ist nicht vorhanden. Dieser sollte allerdings im Interesse des Verbandes und der beteiligten Genossenschaften auch in die entgegengesetzte Richtung aufrechterhalten werden. So soll die Verwaltung des Verbandes aus eigenem Interesse die Verwaltung der Mitgliedgenossenschaften zeitnah und regelmässig über für sie relevante Umstände informieren und ihnen in transparenter Weise Informationen zukommen lassen. Damit kann vermieden werden, dass von Anfechtungsrechten, Aufsichts- oder Überwachungsmassnahmen Gebrauch gemacht werden muss.¹²⁰ Es kann dazu weitgehend auf die Ausführungen zum Verhältnis zwischen Genossenschafter (als natürliche Person) und Genossenschaft und die allgemeine Funktion der Transparenz verwiesen werden.¹²¹ Eine rasche und unverfälschte Information durch die Verwaltung des Verbandes fördert das Vertrauen und ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Verwaltung der Mitgliedgenossenschaften ihrerseits ihre Mitglieder rasch informieren können. Zudem fühlen sich die Mitgliedgenossenschaften und deren Mitglieder durch offene Kommunikation und Transparenz wertgeschätzt und ernst genommen, was die Zahl der Anfechtungen von Beschlüssen oder Aufsichts- und Überwachungsmassnahmen reduziert.¹²²

3.7 *Zwischenfazit*

Wie auch im Aktien- ist im Genossenschaftsrecht zwischen innerer und äusserer Transparenz zu unterscheiden. Im Gegensatz zum Aktionär trifft den Genossenschafter eine Treuepflicht, wodurch die äussere Transparenz im Genossenschaftsrecht zumindest in der Theorie weitergehend ausgestaltet werden könnte als im Aktienrecht, zumal die Genossenschafter gestützt auf die Treuepflicht zur Einhaltung von Geheimnissen verpflichtet werden können. In der Praxis besteht jedoch kein Unterschied zwischen den beiden Rechtsformen, da die genossenschaftsrechtliche Treuepflicht insbesondere in den grossen Genossenschaften ihre Bedeutung nahezu komplett verloren hat.

¹¹⁸ Zudem besteht die Gefahr für sog. Greenwashing. Vgl. dazu JUTZI (Fn. 30), S. 277.

¹¹⁹ SCHMID (Fn. 60), Art. 924 N 3.

¹²⁰ TAISCH/JUNGMEISTER/FABRIZIO (Fn. 111), S. 137.

¹²¹ Vgl. oben Ziff. III.1.

¹²² Vgl. dazu auch ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 641; BÖCKLI (Fn. 20), S. 36.

Die situative Transparenz ist im Aktienrecht mit dem Institut der Sonderprüfung und den kotierungsreglementarischen Informationspflichten¹²³ für börsenkotierte Aktiengesellschaften deutlich besser ausgebaut als im Genossenschaftsrecht. Der einzige, im situativen Bereich bestehende Anspruch ist das Auskunftsrecht, das sich auf die Auskunft im Zusammenhang mit zweifelhaften Ansätzen beschränkt, was u.E. ungenügend ist. Die Unterschiede zum Aktienrecht sind demnach nicht gerechtfertigt.

Zudem bestehen auch im Bereich der Transparenz über die Aufgabenzuweisung Diskrepanzen zwischen Genossenschafts- und Aktienrecht, die sich u.E. nicht rechtfertigen lassen. Insbesondere in grossen Genossenschaften bzw. Genossenschaftsverbänden, die einen komplexen Aufbau aufweisen, sind namentlich die Genossenschafter auf klare Informationen zu Aufgabenverteilungen und Zuständigkeiten angewiesen. Diesem Bedürfnis wird das aktuell geltende Genossenschaftsrecht nicht gerecht. Betreffend Finanzen sind die Regelungen für nicht kotierte Aktiengesellschaften und Genossenschaften nahezu identisch und u.E. ausreichend. Nur die Pflicht zur Offenlegung von Vergütungen der obersten Leitungsorgane ist für grosse Genossenschaften der Regelung für börsenkotierte Aktiengesellschaften anzupassen.¹²⁴ Dieser Forderung kommen die grossen Genossenschaften in der Praxis allerdings bereits freiwillig nach. Zahlreiche Genossenschaften veröffentlichen ebenfalls in fakultativer Form Informationen zu ihrem Geschäftsverlauf. Dabei gilt jedoch stets zu bedenken, dass ihnen dabei freisteht, in welcher Form und in welchem Umfang sie diese Informationen preisgeben. Erfolgt die Veröffentlichung nicht einheitlich, bleibt die Vergleichbarkeit erschwert.

Eine Informationspflicht, wie sie Art. 924 OR für den Genossenschaftsverband statuiert, die mehrere, miteinander verbundene Gesellschaften verpflichtet, kennt das Aktienrecht nicht. Da der Informationsfluss zentral für den Erfolg einer Gesellschaft oder eines grösseren Konstrukts wie des Verbands ist, ist die Norm gerechtfertigt, sofern sichergestellt wird, dass der Informationsfluss auch in die Gegenrichtung – d.h. von der Verwaltung des Verbands an die Mitgliedgenossenschaften – aufrechterhalten wird.

4. Berechtigte und Verpflichtete

Wer zur Transparenz verpflichtet und wer berechtigt ist, unterscheidet sich u.a. danach, ob es sich um innere oder äussere Transparenz handelt. Während bei der inneren Transparenz Mitglieder des gleichen Organs als zur Transparenz Berechtigte und Verpflichtete gelten, wird die äussere Transparenz organübergreifend gewährt,¹²⁵ so dass die Berechtigten und Verpflichteten Mitglieder zweier unterschiedlicher Organe sind.

4.1 Genossenschafter

Die Genossenschafter sind im Rahmen der äusseren Transparenz die primären Adressaten der dargelegten Informationen, da Transparenz die Basis für Entscheide in der Generalversammlung oder für das Ergreifen der Anfechtungsklage bildet und Voraussetzung für die Ausübung der Kontrollrechte ist.

¹²³ Ad hoc-Publizität, Offenlegung von Management-Transaktionen und elektronische Veröffentlichung von Unternehmensterminen. Vgl. KUNZ (Fn. 73), § 2 N 385; vgl. oben Ziff. IV.3.2b).

¹²⁴ Vgl. PICKER (Fn. 33), S. 391, m.w.H.

¹²⁵ Vgl. oben Ziff. IV.3.1.

Die Genossenschafter können sich hauptsächlich auf das Einsichtsrecht in die Rechnungslegungsdokumente, das Einsichtsrecht in Geschäftsbücher und Korrespondenzen sowie das Auskunftsrecht bei zweifelhaften Ansätzen gegenüber Revisionsstelle und Verwaltung hinsichtlich Themen berufen und gestützt auf die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen Einsicht und Auskunft verlangen.¹²⁶ Zudem haben sie Anspruch auf Bekanntgabe des Termins und der Verhandlungsgegenstände der Generalversammlung.¹²⁷ Ist es ihnen nicht möglich, an der Generalversammlung teilzunehmen, erhalten sie aufgrund der Pflicht zur Protokollierung der Versammlung Informationen zu den Beratungen und Beschlussfassungen.¹²⁸ Während die Verwaltung von der Geschäftsführung Informationen erhält, besteht für Genossenschafter keine direkte Anspruchsgrundlage für die Transparenz hinsichtlich der Delegation von Verwaltungsaufgaben, der Organisation der Verwaltung oder deren Geschäften. Eine direkte Einsicht in ein allfälliges Organisationsreglement oder dergleichen steht ihnen ebenfalls nicht zu, sie haben lediglich Einblick in die Statuten und die darin festgehaltene Zuständigkeits- und Delegationsordnung und können sich für Auskünfte auf das Auskunftsrecht gegenüber der Revisionsstelle und der Verwaltung zu Themen in Zusammenhang mit zweifelhaften Ansätzen berufen.¹²⁹

Handelt es sich um eine Genossenschaft, die mehr als 300 Mitglieder hat oder hauptsächlich aus Genossenschaften als Mitglieder besteht und macht sie vom Recht Gebrauch, statt einer Generalversammlung eine Delegiertenversammlung durchzuführen, beschränkt sich das Mitspracherecht der Genossenschafter auf die Wahl der Delegierten.¹³⁰ Den Genossenschaftern kommt dabei zwar nach wie vor das Recht auf Auskunft und Einsicht nach Art. 856 f. OR zu,¹³¹ sie sind aufgrund des verkürzten Stimmrechts aber nicht mehr auf diese Informationen angewiesen, um im Rahmen der Generalversammlung mitentscheiden zu können. Sie erhalten auch keine Traktandenliste der Delegiertenversammlung. Infolge fehlender Informationen über die Aktualitäten der Genossenschaft, fehlt ihnen auch das grundlegende Wissen, um über Art. 856 f. OR Nachfragen anzustellen oder Mehrinformationen einzuholen.¹³²

4.2 *Verwaltungs- und Geschäftsleitungsmitglieder*

Nehmen die Verwaltungsmitglieder die Führung der Genossenschaft selbst wahr und machen nicht von der Möglichkeit der Delegation Gebrauch, sind sie auf sämtliche Informationen angewiesen, die sie zur Beschlussfassung, zur Führung des Unternehmens, zur Vorbereitung von Versammlungen und zur täglichen Geschäftsabwicklung benötigen. Als solche sind sie im Rahmen der äusseren und inneren Transparenz zur Transparenz Berechtigte. Ohne Information kann die Unternehmensleitungsfunktion nicht wahrgenommen werden,

¹²⁶ Vgl. Art. 856 f. OR und vorne Ziff. IV.2.1. Das Einsichtsrecht in Geschäftsbücher und Korrespondenzen setzt allerdings die Ermächtigung der Generalversammlung oder einen Verwaltungsbeschluss voraus.

¹²⁷ Vgl. Art. 881 ff. OR und vorne Ziff. IV.2.1a) dd).

¹²⁸ Vgl. Art. 902 Abs. 3 OR.

¹²⁹ Vgl. Art. 857 Abs. 1 OR und vorne Ziff. IV.2.1a) cc).

¹³⁰ Statt vieler HENSEL (Fn. 110), S. 192 ff.

¹³¹ Vgl. dazu oben Ziff. IV.2.1.

¹³² BÜHLER (Fn. 19), N 465.

weshalb die Informationsbewirtschaftung ein zentraler Gesichtspunkt der Unternehmensführung ist, der sich direkt auf Erfolg und Misserfolg des Unternehmens auswirkt.¹³³ Wurde eine (vollständige) Delegation vorgenommen, müssen diese Informationen oder Teile davon die Geschäftsleitung erreichen.

Die Verwaltungsmitglieder gelten gegenüber Personen, denen sie die Geschäftsführung und Vertretung delegiert haben, als Berechtigte für Informationen zum Geschäftsgang. Es handelt sich um Transparenz zwischen zwei Organen, also äussere Transparenz. Sie müssen von den Geschäftsleitungsmitgliedern transparent informiert werden, damit sie ihre Überwachungs- und Aufsichtsfunktion, die sie bei vollständiger Delegation der Aufgaben nach wie vor wahrnehmen, ausüben können.¹³⁴ Die Geschäftsleitungsmitglieder sind damit gemäss Art. 902 Abs. 2 Ziff. 2 OR verpflichtet, die Verwaltung regelmässig und proaktiv zu unterrichten. Eine proaktive Information ist zentral, da nur nachfragen und weitere Informationen verlangen kann, wer Anlass für Fragen hat, was voraussetzt, dass bereits Grundinformationen übergegangen sind.¹³⁵ Innerhalb der Verwaltung und innerhalb der Geschäftsleitung müssen die einzelnen Mitglieder ebenfalls transparent informiert werden.¹³⁶ Eine vollständige Protokollierung und das zeitnahe Zugänglichmachen des Protokolls an alle Mitglieder des Gremiums ist dazu unabdingbar.¹³⁷

Da ein gesetzliches Recht auf Auskunft und Einsicht zwischen den Verwaltungsmitgliedern oder den Geschäftsleitungsmitgliedern fehlt, dieses aber für das gute Funktionieren der Führung der Genossenschaft und des Zusammenarbeitens zwischen den einzelnen Mitgliedern elementar ist, sollte u.E. eine entsprechende Anspruchsgrundlage zwingend in einem Reglement oder den Statuten festgehalten werden.

4.3 Stakeholder und Dritter

Gläubiger von Genossenschaften können sich lediglich auf Art. 958e OR berufen.¹³⁸ Demnach erhalten sie Einsicht in den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse nachweisen. Wie bei den Genossenschaftern wird keine proaktive Zustellung der Dokumente durch die Gesellschaft vorgesehen, vielmehr müssen die Gläubiger aktiv werden. Mit dem Nachweis des schutzwürdigen Interesses haben sie eine zusätzliche Hürde zu überwinden; die Genossenschafter müssen kein schutzwürdiges Interesse nachweisen. Betreffend Inhalt dieses Einsichtsrechts bestehen keine Unterschiede zum Einsichtsrecht der Genossenschafter in die Rechnungslegungsunterlagen.¹³⁹ Sie erhalten zudem Einsicht in alle Dokumente, die aus dem Handelsregister hervorgehen und als solche der Öffentlichkeit zugänglich sind. Hat die Genossenschaft Anleiheobligationen

¹³³ JUTZI (Fn. 3), N 90; vgl. dazu auch KUNZ PETER V., Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds, AJP 1994, S. 572 ff., S. 575 ff.

¹³⁴ Im Gegensatz zum Aktienrecht ist im Genossenschaftsrecht von der Zulässigkeit der umfassenden Delegation auszugehen (vgl. dazu WATTER ROLF, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 902 N 6).

¹³⁵ BÜHLER (Fn. 19), N 465; JUTZI (Fn. 3), N 90.

¹³⁶ Es handelt sich dabei um innere Transparenz.

¹³⁷ Vgl. Art. 902 Abs. 3 OR.

¹³⁸ Vgl. HANDSCHIN (Fn. 1), S. 463; vgl. auch KUNZ (Fn. 73), § 2 N 465.

¹³⁹ Vgl. Art. 856 f. OR und oben Ziff. IV.2.1.

ausstehend, besteht hingegen nicht nur ein Einsichtsrecht, sondern eine Offenlegungspflicht.¹⁴⁰ Die Genossenschaft hat diesfalls die Jahresrechnung, eine allfällige Konzernrechnung und die Revisionsberichte im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen oder jeder beliebigen Person ohne Interessennachweis auf Verlangen zuzustellen.

Namentlich grosse Genossenschaften publizieren ihren Geschäftsbericht im Internet, so dass ihn Gläubiger, Genossenschafter, aber auch unbeteiligte Dritte ohne Nachweis eines besonderen Interesses einsehen können. Gleiches gilt für ihre Statuten. Da diese Publikation aus freiem Willen der Gesellschaft erfolgt und von Seiten der Gläubiger und der Öffentlichkeit kein Anspruch darauf besteht, kann die Transparenz in diesem Bereich per se sofort wieder eingeschränkt werden bzw. der Gesellschaft steht es frei, zu bestimmen, welche Informationen sie offenlegt und in welcher Form sie dies tut.

4.4 Zwischenfazit

Die vom Gesetz genannten Transparenzvorschriften berechtigen hauptsächlich die Genossenschafter. Nur wenige Vorschriften statuieren einen Transparenzanspruch für die Verwaltungs- und Geschäftsleitungsmitglieder oder gar für Gläubiger oder Dritte. Die Transparenzansprüche der Genossenschafter können – zumindest faktisch – durch die Einführung der Delegiertenversammlung geschmälert werden.¹⁴¹ Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum Aktienrecht. Die Vorteile der Delegiertenversammlung vermögen diesen Nachteil u.E. jedoch aufzuwiegen.¹⁴² Die Verwaltungsmitglieder gelten gegenüber den Geschäftsführungsmitgliedern hauptsächlich als Informationsberechtigte, während die einzelnen Mitglieder in beiden Gremien untereinander zu Transparenz berechtigt und verpflichtet sein sollten. Eine gesetzliche Grundlage dafür besteht nicht. Demgegenüber statuiert das Aktienrecht in Art. 715a OR ein Recht auf Auskunft jedes Verwaltungsratsmitglieds über alle Angelegenheiten der Gesellschaft.¹⁴³ Diese Diskrepanz zwischen Aktienrecht und Genossenschaftsrecht ist nicht gerechtfertigt. Um den Informationsfluss sicherzustellen, sollte der Anspruch daher in einem Reglement oder den Statuten festgehalten werden.¹⁴⁴ Die Gläubiger und Dritte sind nur in geringem – u.E. aber ausreichendem – Ausmass zu Transparenz berechtigt.

5. Zeitpunkt und Qualität der Transparenz

Hinsichtlich der Transparenz ist zentral, dass die Information zeitgerecht an die entsprechenden Adressaten und Entscheidungsträger gelangt. Sie muss rechtzeitig, umfassend, unverfälscht und verständlich aufbereitet sein und hat zudem regelmässig zu erfolgen.¹⁴⁵ Idealerweise wird sie zudem stets in gleicher Form überbracht, so dass Unterschiede und Veränderungen leicht erkennbar sind. Diese Ansprüche gelten für sämtliche Adressaten und in

¹⁴⁰ Art. 958e Abs. 1 Ziff. 1 OR.

¹⁴¹ Der gesetzliche Anspruch besteht weiterhin, aber er ist für die Genossenschafter nicht mehr von Nutzen (vgl. oben Ziff. IV.4.1).

¹⁴² Vgl. zu den Vorteilen der Delegiertenversammlung GERBER WALTER, Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen, Diss. Bern 2003 = ASR 2003, S. 270; FORSTMOSER PETER, Grossgenossenschaften, Diss. Zürich, Bern 1970 = ASR 1970, S. 202.

¹⁴³ Vgl. HANDSCHIN (Fn. 1), S. 464.

¹⁴⁴ Der Informationsfluss ist insbesondere innerhalb der obersten Leitungsorgane von immenser Wichtigkeit (vgl. dazu oben Ziff. IV.4.2).

¹⁴⁵ BÜHLER (Fn. 19), N 466; JUTZI (Fn. 3), N 131.

Hinblick auf alle Informationswege. Zur Verhinderung eines Informationsungleichgewichts ist die Information allen Adressaten gleichzeitig mitzuteilen.¹⁴⁶ Da der primäre Grund der Investition in eine Genossenschaft nicht eine möglichst effiziente Anlage, sondern typischerweise die wirtschaftlichen Vorteile sind, die sie gewährt, führen Informationsasymmetrien allerdings nicht zu Versagen des Marktes, wie dies bei Informationsasymmetrien bei Aktiengesellschaften der Fall sein kann.¹⁴⁷

Im Genossenschaftsrecht wird die Transparenz grundsätzlich nur nachträglich gewährt, folglich über Themen, die sich in der Vergangenheit zugetragen haben, bereits abgeschlossen und kaum veränderbar sind.¹⁴⁸ Eine proaktive Information über die künftige Lage oder die gegenwärtige Situation, über Zukunftsabsichten und Pläne wird vom Gesetz nicht vorgesehen, wäre allerdings wünschenswert.¹⁴⁹

V. Fazit

1. Aktueller Stand

Auch im Genossenschaftsrecht ist «Corporate Governance» zum Schlagwort geworden, wenn Themen wie Unternehmensführung, Informationspflichten und Transparenz erörtert werden. Insbesondere in der Praxis hat das Thema der Transparenz als Teil der Corporate Governance in den letzten Jahren Beachtung erhalten. So wird die Corporate Governance – und mit ihr die Transparenz – in den Geschäftsberichten grosser Genossenschaften thematisiert und darin oftmals als eigenes Kapitel aufgeführt. Entgegen dieser Entwicklung in der Praxis hat die Transparenz im Genossenschaftsrecht kaum Regelung erfahren und wurde auch in Lehre und Rechtsprechung selten aufgegriffen.

Aus den obigen Ausführungen ist ersichtlich, dass die Transparenz ein unabdingbares Mittel für eine gute Unternehmensführung und -kontrolle ist. Sowohl im Verband als auch in Einzelgenossenschaften ist der Transparenz daher – gleichzeitig mit anderen Themenbereichen, die eine gute Unternehmensführung und -kontrolle ausmachen – künftig verstärkt Aufmerksamkeit zu schenken. Die eingangs gestellte Frage, ob es sich bei Transparenz im Genossenschaftsrecht um eine eigenständige, zentrale Voraussetzung für eine gute Unternehmensführung handelt, kann damit klarerweise bejaht werden. Mittels Transparenz wird demnach ein ausserhalb stehendes Ziel verfolgt, was eine Qualifikation als Selbstzweck ausschliesst. Damit besteht Übereinstimmung mit dem Jubilar, der diese Frage bereits für andere Rechtsformen untersucht hat und zum Schluss gekommen ist, dass es sich bei der Transparenz um eine Voraussetzung dafür handelt, dass Mechanismen wie Reputation,

¹⁴⁶ Vgl. JUTZI (Fn. 3), N 117.

¹⁴⁷ Vgl. JUTZI (Fn. 3), N 117 f. Zu Marktversagen infolge Informationsasymmetrie kann es kommen, wenn die Investoren mangels gleichmässiger Informationsverteilung nicht in der Lage sind, fundierte Anlageentscheide zu treffen und gute und schlechte Unternehmen voneinander zu unterscheiden und sie die Unternehmen daher gleich behandeln (JUTZI [Fn. 3], N 118, m.w.H.).

¹⁴⁸ Für das Aktienrecht vgl. ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 645.

¹⁴⁹ Vgl. ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 669.

Verantwortlichkeit und Markt mit Angebot und Nachfrage funktionieren und die Transparenz zentrale Voraussetzung für eine gute Unternehmensführung ist.¹⁵⁰

Des Weiteren fällt auf, dass zahlreiche Ansprüche im Bereich der Offenlegung namentlich für die Genossenschafter unklar formuliert und daher für die Betroffenen nicht transparent sind und nicht abschätzbar ist, in welchem Umfang ein Anspruch besteht. So ist namentlich umstritten, welcher Umfang das Auskunftsrecht der Genossenschafter hat, d.h. ob über sämtliche relevanten Vorgänge in der Genossenschaft Auskunft verlangt werden kann oder nur über Betriebsrechnung und Bilanz.¹⁵¹ Es fällt aber auch auf, dass sich viele Genossenschaften – insbesondere Grossgenossenschaften – an Vorgaben wie jene in der RLCG orientieren. Es scheint angezeigt zu sein, sich möglichst transparent zu geben. Aufgrund der wenigen Vorschriften zur Transparenz kann die Gesellschaft grossteils selbst wählen, was sie preisgibt. Selbst wenn wenig offengelegt wird, kann die Gesellschaft betonen, dass sie sich hinsichtlich Transparenz über die Vorschriften hinausbewege und den Gesellschaftern oder gar der Öffentlichkeit freiwillig Informationen mitteile. Dies mutet fortschrittlich an, kann aber auch irreführend sein, da die Genossenschaft diesfalls genau bestimmen kann, welche Informationen sie bekanntgeben möchte und sie eine beschönigende Form bzw. Wortwahl wählen kann. Es versteht sich von selbst, dass über Themen, welche die Öffentlichkeit oder die Genossenschafter als positiv bewerten, so beispielsweise Bestrebungen im Hinblick auf Nachhaltigkeit oder Social Responsibility, vermehrt informiert wird, als über unliebsame Themen wie die Vergütung von Geschäftsführungs- und Verwaltungsmitgliedern. Diese ausgewählte Transparenz wird aus Reputationsgründen getätigt, ist jedoch als Adressat stets kritisch zu beurteilen.

2. Änderungsvorschläge

Ein Ausbau der Transparenzvorschriften und das klare Festhalten von Ansprüchen und Informationspflichten wäre aus Genossenschafterinteressen erstrebenswert. Insbesondere ist u.E. zur Schaffung von Klarheit eine (präzisere) gesetzliche Normierung nötig. So ist der Umfang des Auskunftsrechts umstritten.¹⁵² De lege ferenda wäre eine Änderung von Art. 857 Abs. 1 OR wünschenswert, so dass deutlich wird, dass die Genossenschafter über sämtliche, für die Ausübung ihrer Rechte nötigen Informationen Auskunft verlangen können.¹⁵³ Gleiches gilt für die Frage, ob die Genossenschafter jederzeit oder nur anlässlich der Generalversammlung ihr Auskunftsrecht ausüben dürfen.¹⁵⁴ Für weitergehende und detailliertere Ansprüche kann auch eine private Richtlinie, die auf die Eigenart von Genossenschaften zugeschnitten ist, oder ähnliches genügen. Der gesetzliche Ausbau von Transparenzvorschriften bringt im Übrigen den Vorteil, dass sie ein sehr wirksames Regelungsinstrument sind, das unter Umständen starre materielle Rechtsnormen obsolet macht.¹⁵⁵

Ein grosses Defizit in der Transparenzregelung scheint u.E. die fehlende Transparenz bei der Organisation der Unternehmensführung zu sein. Es ist allerdings zweifelhaft, dass ein

¹⁵⁰ HANDSCHIN (Fn. 1), S. 468; ebenso ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 644.

¹⁵¹ WEBER (Fn. 43), Art. 857 N 2; vgl. dazu NATSCH (Fn. 44), Art. 857 N 3.

¹⁵² Vgl. WEBER (Fn. 43), Art. 857 N 2; NATSCH (Fn. 44), Art. 857 N 3.

¹⁵³ Vgl. NATSCH (Fn. 44), Art. 857 N 3.

¹⁵⁴ Gemäss NATSCH (Fn. 44), Art. 857 N 2, können Genossenschafter im Gegensatz zu den Aktionären, die ihr Auskunftsrecht gemäss Art. 697 Abs. 1 OR nur anlässlich der Generalversammlung ausüben können, jederzeit um Auskunft ersuchen; a.M. COURVOISIER (Fn. 44), Art. 857 N 4.

¹⁵⁵ Vgl. ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 643.

Auskunftsrecht zur Organisation der Führungsebene, wie es das Aktienrecht mit Art. 716b Abs. 2 OR kennt, die gewünschte Transparenz bringen würde. Die praktische Relevanz dieser Norm ist gering, sie ist mehrheitlich toter Buchstabe geblieben,¹⁵⁶ weshalb zu erwarten ist, dass die Auskunftsöglichkeit auch im Genossenschaftsrecht nicht häufiger in Anspruch genommen werden würde. De lege ferenda wäre es daher vorzuziehen, wenn eine spontane Offenlegungspflicht über Informationen der Verwaltungs- und Geschäftsführungsmitglieder sowie über die Organisationsstruktur im Gesetz aufgenommen werden würde.¹⁵⁷ Die Verwaltung soll verpflichtet werden, Organisationsreglemente bzw. Dokumente zur Delegation der Geschäftsführung und Vertretung proaktiv und automatisch offenzulegen, womit zugleich einer Informationsasymmetrie zwischen den Genossenschaftlern begegnet werden kann und die Genossenschafter Bescheid wissen, durch wen die Genossenschaft geführt wird und wem welche Zuständigkeit zukommt.¹⁵⁸

Es bleibt zu beachten, dass durch die zunehmenden Forderungen nach Transparenz die Gefahr besteht, dass die Betroffenen mit Informationen überflutet werden, die sie gar nicht in sinnvoller Weise verarbeiten und für die Wahrnehmung ihrer Kontrollfunktionen nutzen können.¹⁵⁹ Dieses Risiko ist besonders gross, wenn sich Genossenschafter wenig oder nicht (mehr) mit ihrer Genossenschaft identifizieren können, was mit zunehmender Grösse der Genossenschaft geschieht. Die wenigen, oben vorgeschlagenen Änderungen schaffen insbesondere für die Genossenschafter, aber auch für die Mitglieder der weiteren Organe erhöhte Transparenz, Klarheit und Rechtssicherheit, ohne Gefahr der Überinformation zu laufen. Diese Gefahr wird in der Schweiz ohnehin durch den hiesigen, eher schwerfälligen Gesetzgebungsprozess gebremst.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Vgl. ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 663; BÖCKLI (Fn. 88), § 13 N 335.

¹⁵⁷ Vgl. auch ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 699.

¹⁵⁸ Für das Aktienrecht ähnlich ROTH PELLANDA (Fn. 20), N 664; vgl. TAISCH/JUNGMEISTER/FABRIZIO (Fn. 111), S. 138; vgl. auch PICKER (Fn. 33), S. 417.

¹⁵⁹ BÜHLER (Fn. 19), N 585.

¹⁶⁰ Zur Überinformation BÜHLER (Fn. 19), N 587 und 589.