

1/2021

www.zbjv.ch

Organ für schweizerische
Rechtspflege und Gesetzgebung

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Revue de la société des juristes bernois

157. Jahrgang
Erscheint jeden Monat
Januar 2021

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 1** Das Beteiligungskapital von Genossenschaften
Analyse und Vergleich mit dem aktienrechtlichen
Partizipationskapital
Von Prof. Dr. iur. Rechtsanwalt, LL. M. THOMAS JUTZI, Bern
und MLaw, Rechtsanwältin MARTINA HERZOG, Bern

- 43** Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts
in den Jahren 2018 und 2019
Von Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 66 44, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Zürich; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. em. Dr. Dr. h.c. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber PD Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. em. Dr. Dr. h.c. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. em. Dr. Dr. h.c. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Prof. Dr. iur. KARIN MÜLLER, Luzern; Prof. Dr. CHRISTOF RIEDO, Freiburg; Prof. Dr. ROGER RUDOLPH, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. FRANZISKA SPRECHER, Bern; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. FRANZ ZELLER, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 148.–, Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 175.–, Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 195.–, Europa CHF 233.50,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 142.–,

Einzelheft CHF 18.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25

E-Mail zeitschriften@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 63 89

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 1787 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/
e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

Das Beteiligungskapital von Genossenschaften

Analyse und Vergleich mit dem aktienrechtlichen Partizipationskapital

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

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

Inhaltsverzeichnis

1. **Einleitung**
 - 1.1. Grundlagen des Genossenschaftsrechts
 - 1.2. Übersicht über die Funktionen und den Charakter des Beteiligungskapitals
 - 1.3. Aktualität des Themas und Vorgehen
2. **Chronologie der Einführung**
 - 2.1. Ursprünge der Diskussion
 - 2.2. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juni 2013
 - 2.3. Entscheid des Bundesgerichts vom 28. April 2014
 - 2.4. Motion Abate
 - 2.5. Vernehmlassung von FIDLEG und FINIG
3. **Vermögensrechtliche Ausgangslage der Genossenschaft**
 - 3.1. Finanzierung mittels Eigenkapitals
 - 3.2. Finanzierung mittels Fremdkapitals
 - 3.3. Erzielung des Reinertrags
 - 3.4. Vermögensverteilung bei Liquidation
 - 3.5. Herausforderungen bei der Schaffung von Eigenkapital
4. **Ausgestaltung des genossenschaftsrechtlichen Beteiligungskapitals**
 - 4.1. Definition und rechtliche Grundlagen
 - 4.2. Voraussetzungen für die Schaffung und Zweck
 - 4.3. Vermögensrechtliche Ausgestaltung
 - 4.4. Beteiligungsrechtliche Ausgestaltung
 - 4.5. Steuerrechtliche Folgen

- 4.6. Reservenbildung
- 4.7. Erwerb eigener Beteiligungsscheine
- 4.8. Meldepflicht und Verzeichnis

5. Vergleich zum aktienrechtlichen Partizipationskapital

- 5.1. Vorbemerkungen
- 5.2. Definition und Abgrenzung
- 5.3. Gemeinsamkeiten
- 5.4. Differenzen

6. Würdigung

- 6.1. Frage der Notwendigkeit
- 6.2. Gefahren für Beteiligungsscheininhaber
- 6.3. Verstoss gegen genossenschaftsrechtliche Strukturmerkmale?
- 6.4. Weiterer Bedarf nach Klärung
- 6.5. Fazit

7. Schlussbemerkungen

1. Einleitung

1.1. Grundlagen des Genossenschaftsrechts

Die Genossenschaft ist gemäss der in Art. 828 Abs. 1 OR verankerten Legaldefinition eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt.¹ Eine Genossenschaft kann über Genossenschaftskapital verfügen, muss aber nicht. Soll sie ein Genossenschaftskapital aufweisen, muss sie dies statutarisch vorsehen und Anteilscheine herausausgeben.² Dabei handelt es sich um Eigenkapital. Das revidierte Bankengesetz, das am 1. Januar 2020 in Kraft getreten ist, gewährt den Genossenschaftsbanken neu die Möglichkeit, Beteiligungskapital und damit weiteres Eigenkapital zu schaffen.

1 Vgl. auch Art. 86 lit. b HRegV.

2 Art. 833 Ziff. 1 und Art. 853 OR. Zum Ganzen EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 2.

1.2. Übersicht über die Funktionen und den Charakter des Beteiligungskapitals

Das genossenschaftsrechtliche Beteiligungskapital (nachfolgend Beteiligungskapital) ist ein Eigenkapital sui generis und eine Form der Aussenfinanzierung, da dem Unternehmen von aussen Kapital zugeführt wird.³ Die Schaffung von Beteiligungskapital erleichtert die Eigenkapitalfinanzierung, die im Genossenschaftsrecht durch unattraktive und unsichere Übertragbarkeit der Genossenschaftsanteile, durch die für Anteilscheine geltende Dividendenbegrenzung sowie durch die Begrenzung des Primärmarktes auf die Mitglieder erschwert wird.⁴ Die Eigenkapitalfinanzierung dient auch der Fremdfinanzierung, denn das Eigenkapital entspricht dem Reinvermögen des Unternehmens.⁵ Das Beteiligungskapital soll die Finanzierung der Genossenschaftsbanken insbesondere bei Grossprojekten oder Sanierungsszenarien sicherstellen und ihnen ermöglichen, die gesetzlichen Eigenmittelvorschriften einzuhalten.⁶

1.3. Aktualität des Themas und Vorgehen

Die Normen zum Beteiligungskapital wurden auf den 1. Januar 2020 in Kraft gesetzt. Die Schaffung von Beteiligungskapital setzt eine statutarische Grundlage voraus. Es ist daher davon auszugehen, dass insbesondere grössere Genossenschaftsbanken in Kürze eine entsprechende Statutenbestimmung einführen werden, worauf sich unweigerlich die ersten Anwendungsfragen stellen werden.

In einem ersten Schritt werden die chronologischen Eckpunkte der Einführung des Beteiligungskapitals erläutert, dann folgen Ausführungen zur vermögensrechtlichen Ausgestaltung der Genossenschaft und zur Ausgestaltung des Beteiligungskapitals. Im Anschluss wird das Beteiligungskapital mit dem aktienrechtlichen Partizipationskapital, das der Idee von einem genossenschaftsrechtlichen Beteiligungskapital zugrunde lag, verglichen. Dabei werden die Differenzen

3 Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9058; STAUB, Management, S. 634.

4 TAISCH/TROXLER, S. 409; vgl. dazu unten Ziff. 3.5.

5 TAISCH/TROXLER, S. 407.

6 GERBER, S. 66; TAISCH/SCHWYTER, S. 509.

und Gemeinsamkeiten beleuchtet und ein Fazit gezogen. Im letzten Kapitel werden schliesslich die Erkenntnisse aus den vorherigen Kapiteln gewürdigt, und es wird untersucht, inwiefern das Beteiligungskapital mit dem Genossenschaftsrecht kompatibel ist.

2. Chronologie der Einführung

2.1. Ursprünge der Diskussion

Der Ursprung der Diskussion über die Schaffung von Beteiligungskapital bzw. Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften liegt zeitlich weit vor der «Too big to fail»-Problematik oder dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juni 2013.⁷ Seit den 1940er-Jahren setzten sich verschiedene Autoren mit der Möglichkeit der Schaffung einer Art von Beteiligungskapital im Genossenschaftsrecht auseinander bzw. äusserten sich zu deren Zulässigkeit, wobei ein grosser Teil der älteren Lehre die einer Teilsumme entsprechenden Scheine als zum Zweck der Kapitalbeschaffung ausgegebene Genussscheine definierte.⁸

Im Jahr 1993 hielt die Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» in ihrem Schlussbericht fest, dass auch im Genossenschaftsrecht der Partizipationschein zu regeln sei, wobei zu klären sei, inwieweit und mit welchen Beschränkungen er zulässig sein solle. Der Vorbehalt zur Zulässigkeit wurde geäussert, da die Genossenschaft bekanntlich nicht gewinnbezogen arbeite und für die Ausschüttungen auf Genossenschaftsanteile eine gesetzliche Limite bestehe.⁹ Auf weitere Äusserungen zur möglichen Ausgestaltung von genossenschaftlichem «Partizipationskapital» bzw. «Partizipationsschein» wurde jedoch verzichtet, auch wenn die vorgeschlagenen Änderungen als zeitlich

7 BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 betreffend Genehmigung eines Statuentwurfs zur Schaffung von Beteiligungskapital und Beteiligungsscheinen.

8 Für viele FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, S. 240 ff.; FLURI, S. 114 f. Vor der gesetzlichen Verankerung des aktienrechtlichen Partizipationskapitals bzw. -scheins in Art. 656a ff. OR am 1. Juli 1992 war der Partizipationschein eine als Finanzierungsmittel eingesetzte Sonderart des Genussscheins (vgl. Botschaft Aktienrecht 1982, BBl 1983 II 799 f.; BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 7.1).

9 Schlussbericht Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» 1993, S. 61.

dringlich bezeichnet wurden.¹⁰ Eine Anpassung des Genossenschaftsrechts hatte diese Feststellung nicht zur Folge. Im Nachgang zum Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» setzten sich weitere Autoren mit der Zulässigkeit von Partizipationskapital im Genossenschaftsrecht auseinander und bejahten die Zulässigkeit mehrheitlich.¹¹

2.2. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Juni 2013

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2012 stellte eine Bank in der Rechtsform der Genossenschaft beim Eidgenössischen Handelsregisteramt (EHRA) das Gesuch um Genehmigung der Statuten, die Änderungen zum Kapital enthielten. Diese sahen die Schaffung eines Beteiligungskapitals in Höhe von CHF 300 000.– vor, das in Beteiligungsscheine von nominal CHF 100.– aufgeteilt und voll liberiert werden sollte. Die Beteiligungsscheine wären in Form von Wertrechten ohne Stimmrecht ausgestaltet worden und hätten ein Recht auf gleiche Verzinsung wie die Anteilscheine, ein Recht auf Stellung von Anträgen zu Auskunft und Einsicht zuhanden der Delegiertenversammlung und das Recht auf Bekanntgabe der Anträge, Traktanden und Beschlüsse derselben vermittelt. Ein Recht auf Rückzahlung der Einlage hätte nur bei Liquidation, ein Anspruch auf Anteil am Liquidationsüberschuss hätte gar nie bestanden.¹²

Das EHRA stellte daraufhin in einer Verfügung fest, dass die Statutenänderung nicht genehmigungsfähig sei, wogegen die betroffene Genossenschaftsbank Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob. Das Bundesverwaltungsgericht stellte im Rahmen der Gesetzesauslegung fest, dass es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes handle, die eine (echte) Gesetzeslücke bilde, die

10 Schlussbericht Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» 1993, S. 61 f. und 82.

11 Namentlich TAISCH/SCHWYTER, S. 515 ff.; GERBER, S. 67; BRUNNER-DOBLER SARAH, Fusion und Umwandlung von Genossenschaften, Zürich/St. Gallen 2008, S. 57.

12 BVer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, Sachverhalt; vgl. hierzu auch HUBER/VON DER CRONE, S. 445.

das Gericht zu schliessen habe.¹³ Nach Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Schaffung von Beteiligungskapital mit dem Selbsthilfeprinzip vereinbar sei, es nicht dem Verbot des im Voraus festgelegten Grundkapitals widerspreche, die personalistische Ausgestaltung der Mitgliedschaft durch die Ausgabe von Partizipationsscheinen in Form von Wertpapieren nicht berühre und mit der Schaffung von Beteiligungsscheinen keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung erfolge. Die Lücke sei folglich dahingehend zu schliessen, dass die Schaffung von Beteiligungskapital im Sinne der Privatautonomie zugelassen werde. Allfällige Unsicherheiten seien hinzunehmen.¹⁴ Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde vollumfänglich gut.¹⁵

2.3. Entscheid des Bundesgerichts vom 28. April 2014

Das EHRA zog den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ans Bundesgericht weiter. Mit Entscheid vom 28. April 2014¹⁶ verneinte das Bundesgericht die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes und damit das Vorliegen einer Gesetzeslücke. Es hielt fest, dass die gesetzliche Ordnung die Ausgabe von Partizipationsscheinen im Genossenschaftsrecht nicht zulasse, da der Gesetzgeber im Rahmen der GmbH-Revision seinen Willen zum Ausdruck gebracht habe, Partizipationsscheine nicht bei allen Gesellschaftsformen zuzulassen und ihre Ausgabe von besonderen Schutzmassnahmen zugunsten der Partizipanten abhängig zu machen.¹⁷ Es stehe der Genossenschaft ohne entsprechende ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht zu, Eigenkapitalinstrumente sui generis in Form von Partizipationsscheinen zu schaffen, weshalb die Beschwerde des EHRA gutgeheissen wurde.

13 BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 12. Der eigentlichen Frage nach der Zulässigkeit der Beteiligungsscheine gingen diverse Fragen voraus, wie jene nach der Kognition des Handelsregisteramts und dessen Befugnis zum Erlass einer Feststellungsverfügung, die es vorab zu klären galt.

14 BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 14 ff.

15 BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 20.

16 BGE 140 III 206.

17 BGE 140 III 206 E. 3.6.4.

Dieser Entscheid ist u. E. korrekt, auch wenn er in der Lehre auf grosse Kritik gestossen ist.¹⁸ Ohne eine direkt anwendbare gesetzliche Grundlage für die Schaffung von Kapital ähnlich dem Partizipationskapital wären zahlreiche wichtige Fragen ungeklärt geblieben,¹⁹ und die an diesem Kapital Beteiligten hätten sich nicht auf gesetzlich festgelegte Schutzbestimmungen berufen können, was angesichts des Risikos, das sie mit der Leistung der Einlage eingehen, stossend gewesen wäre.²⁰

2.4. Motion Abate

Wohl als Reaktion auf den ablehnenden Entscheid des Bundesgerichts vom 28. April 2014 reichte Ständerat Fabio Abate am 19. März 2015 eine Motion betreffend Beteiligungskapital für Genossenschaftsbanken ein.²¹ Er forderte darin den Bundesrat auf, eine Änderung des Bankengesetzes (BankG)²² zu entwerfen, die es Genossenschaftsbanken erlauben soll, Partizipationsscheine auszugeben. Begründet wurde die Motion damit, dass genossenschaftsrechtlich ausgestaltete Banken durch das Verbot zur Schaffung von Partizipationskapital einen Wettbewerbsnachteil erleiden würden, da ihnen dadurch die Möglichkeit zur Schaffung von «hartem Kernka-

18 Vgl. u. a. NOBEL, S. 650.

19 Es hätten für zahlreiche Fragen, ausgehend von den aktienrechtlichen Regelungen, aber in Anpassung an das Genossenschaftsrecht, Lösungen erarbeitet werden müssen, wie namentlich für die Reservenbildung, die Frage der Gleichbehandlung oder ob die Anteile als Wertpapiere ausgestaltet werden können (TAISCH/TROXLER, S. 423 f., zeigen – wenn auch ungewollt – auf, welche Fragen sich gestellt hätten; ähnlich HUBER/VON DER CRONE, S. 451). Dies hätte eine grosse Rechtsunsicherheit mit sich gebracht. Die umfassende Erarbeitung von Lösungen auf mögliche Problem-bereiche kann zudem nicht Gegenstand eines Gerichtsentscheids sein.

20 Vgl. dazu weitergehend TURIN/ZIHLER, S. 112 und HUBER/VON DER CRONE, S. 451.

21 Vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER; kritisch wohl ebenfalls SETHE ROLF/CETINKAYA MELTEM, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 114/2018, S. 494–500, S. 496, die festhalten, dass der Gesetzgeber mit der Änderung des BankG den Bundesgerichtsentscheid BGE 140 III 206 *korrigiert* (Her-vorhebung hinzugefügt).

22 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

pital» zur Bewältigung künftiger Krisen verwehrt bliebe. Die Möglichkeit zur Schaffung von Anleihen mit Forderungsverzicht sei dazu unzureichend. Die Umwandlung der Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft stelle keine Lösung dar, weil die Rechtsform bewusst gewählt und gewahrt worden sowie mit Tradition und unverzichtbaren Vorteilen verbunden sei und die Genossenschaft auch für die Wirtschaft eine wertvolle Alternative zur Aktiengesellschaft darstelle, indem sie in Randregionen Arbeitsplätze schaffe. Ständerat Pirmin Bischof ergänzte namentlich, es sei den Genossenschaftsbanken unter geltendem Recht nicht möglich, genügend Eigenmittel zu beschaffen, selbst wenn sie infolge einer Einstufung als «too big to fail» die Pflicht dazu hätten.²³

Die damalige Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf entgegnete, die Genossenschaftsbanken hätten gerade wegen ihrer Rechtsform auch gewisse Vorteile gegenüber Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Im Zusammenhang mit der «Too big to fail»-Problematik habe man die Anleihen mit Forderungsverzicht eingeführt, damit Eigenkapital ersetzendes Fremdkapital gebildet werden könne. Sie vertrat die Meinung, dass eine entsprechende Grundlage – wenn überhaupt – im Obligationenrecht geschaffen werden müsste und nicht im Bankengesetz, da der Schutz der Partizipanten zu gewährleisten sei und keine Sondernorm für die Genossenschaftsbanken geschaffen werden solle.

Im Anschluss an die Diskussion nahm der Ständerat die Motion an, während sie der Nationalrat am 7. Dezember 2015 ablehnte, da zu diesem Zeitpunkt bereits vorgesehen war, dass das Anliegen im Bankengesetz aufgenommen werden soll, womit die Motion als erledigt galt.²⁴ Die Forderung des Ständerats Abate wurde in die mit der FIDLEG- und FINIG-Vorlage zusammenhängende Reform des Bankengesetz aufgenommen.²⁵

23 Zum Ganzen AB SR 2015, S. 668.

24 AB NR 2015, S. 2066; AB SR 2015, S. 668.

25 NOBEL, S. 650; Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9058 f.

2.5. Vernehmlassung von FIDLEG und FINIG

Im erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage des Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) und des Bundesgesetzes über die Finanzinstitute (FINIG) war die Möglichkeit von Beteiligungskapital bei Genossenschaftsbanken noch nicht vorgesehen.²⁶ Die am 4. November 2015 erlassene Botschaft zum FIDLEG und FINIG sah allerdings die Ausgabe von einem dem Partizipationskapital der Aktiengesellschaft nachgebildeten Beteiligungskapital für Genossenschaftsbanken mittels einer gesetzlichen Grundlage im Bankengesetz vor und umschrieb das neu gebildete Beteiligungskapital sowie die weiteren Regeln zu den Schutzrechten der Inhaber der Beteiligungsscheine.²⁷

Mit Inkrafttreten des FINIG und FIDLEG am 1. Januar 2020 sind auch die Änderungen im Bankengesetz in Kraft getreten. Damit wurde die gesetzliche Grundlage für das Vorsehen von Beteiligungskapital bzw. Beteiligungsscheinen bei Genossenschaftsbanken geschaffen. Für alle übrigen Genossenschaften, die nicht als Bank gelten,²⁸ bleibt die Schaffung von Beteiligungskapital weiterhin unzulässig.

26 Vgl. Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG), Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 25. Juni 2014, abrufbar unter www.admin.ch.

27 Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9058 ff. Der Ständerat begrüsst die Aufnahme; der Nationalrat stimmte hingegen für eine Rückweisung der Vorlage an den Bundesrat zur Durchführung einer ordentlichen Vernehmlassung – obwohl der Nationalrat die Motion Abate sinngemäss mit der Begründung abgelehnt hatte, die Botschaft enthalte die Änderung bereits (vgl. oben Ziff. 2.4). In der Differenzenbereinigung stimmte der Nationalrat den Änderungen des Bankengesetzes dann zu (AB NR 2018, S. 991 f.; zur Diskussion und zu den Bedenken des Nationalrats vgl. AB NR 2018, S. 990 ff.).

28 Gemäss Art. 1a BankG gilt als Bank, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und (a) gewerbmässig Publikumseinlagen von mehr als CHF 100 Mio. entgegennimmt oder sich dafür öffentlich empfiehlt, (b) gewerbmässig Publikumseinlagen bis zu CHF 100 Mio. entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Einlagen anlegt oder verzinst oder (c) sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren.

3. Vermögensrechtliche Ausgangslage der Genossenschaft

3.1. Finanzierung mittels Eigenkapitals

Das Genossenschaftsrecht schreibt nicht vor, dass die Gesellschaft zwingend ein Grundkapital aufweisen muss.²⁹ Sieht die Genossenschaft kein Grundkapital vor, bilden die zurückbehaltenen Erträge und die Reserven, deren Äufnung das Erwirtschaften eines Reinertrages voraussetzt, das einzige Eigenkapital.³⁰ Sehen die Statuten gemäss Art. 833 Ziff. 1 OR hingegen vor, dass ein Genossenschaftskapital besteht, wird dieses in Genossenschaftsanteile (Anteilscheine) aufgeteilt und es bildet die Basis des genossenschaftlichen Eigenkapitals.³¹ Es bietet die Möglichkeit, von Beginn an ein Genossenschaftskapital bereitzustellen, wenn namentlich ersichtlich ist, dass die periodischen Beitragsleistungen der Mitglieder nicht ausreichen, um den Finanzbedarf der Gesellschaft zu decken.³² Bestehen Anteilscheine, hat jeder Genossenschafter gemäss Art. 853 Abs. 1 OR die Pflicht, mindestens einen Anteilschein zu übernehmen. Die Mitgliedschaft in der Genossenschaft ist allerdings komplett von der Kapitalbeteiligung und dem Anteilschein losgelöst und kann auch nicht durch Übertragung des Anteilscheins übergehen.³³ Mit Anteilscheinen wird die persönliche Beteiligung mit der Kapitalbeteiligung verbunden, letztere tritt aber hinter die persönliche Beteiligung zurück und ist nur deren Ausfluss.³⁴ Die Genossenschaft hat folglich die Möglichkeit, über Anteilscheine oder über die Zurückhaltung von Erträgen und Äufnung von Reserven Eigenkapital zu schaffen. Eine gute Eigen-

29 Allerdings müssen Genossenschaftsversicherungen gemäss Art. 8 Abs. 1 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG; SR 961.01) ein statutarisches Gesellschaftskapital und Genossenschaftsbanken gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG i. V. m. Art. 15 Abs. 1 BankV ein Mindestkapital aufweisen.

30 Art. 859 Abs. 1 i. V. m. Art. 860 ff. OR; TAISCH/SCHWYTER, S. 512 f.

31 Die Begriffe Genossenschaftskapital und Grundkapital gelten gemäss h. L. als Synonyme (vgl. FLURI, S. 41).

32 TAISCH/SCHWYTER, S. 509.

33 Vgl. Art. 849 OR; HUBER/VON DER CRONE, S. 450; vgl. GUTKNECHT, S. 22 f.; vgl. JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 103.

34 GUTKNECHT, S. 19.

kapitalbasis ist finanzwirtschaftlich unabdingbar für die Aufnahme von Fremdkapital.³⁵

3.2. Finanzierung mittels Fremdkapitals

Aus finanzwirtschaftlichen Überlegungen ist ein gesundes Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital anzustreben, was eine vernünftige Fremdkapitalfinanzierung bedingt.³⁶ Den Genossenschaften stehen zur Fremdkapitalfinanzierung sowohl alle klassischen Kreditinstrumente wie die Aufnahme von Bankkrediten oder Mitgliederdarlehen als auch die Ausgabe von Anleiheobligationen offen.³⁷ Die Aufnahme von Fremdkapital setzt eine (hohe) Kreditwürdigkeit voraus. Der hohe Selbstfinanzierungsgrad und das aus dem genossenschaftlichen Gedanken fließende risikobegrenzende Geschäftsmodell, das auf Demokratie und wirtschaftlicher Solidarität basiert, wirken sich dabei positiv auf die Kreditfähigkeit aus. Gleiches gilt, wenn eine Nachschusspflicht oder eine persönliche Haftung statutarisch vorgesehen wird.³⁸ Dass die Höhe des Genossenschaftskapitals in Abhängigkeit von den Aus- und Einritten der Mitglieder veränderlich ist und demzufolge nicht dem Handelsregister entnommen werden kann, kann die Kreditfähigkeit hingegen mindern.³⁹

3.3. Erzielung des Reinertrags

Die Erzielung eines hohen Reinertrags ist für Genossenschafter nicht Beweggrund für eine Mitgliedschaft, da der Zweck der Mitgliedschaft aufgrund des Selbsthilfeszwecks primär im Bezug von anderweitigen Vorteilen und in der Nutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen zu tiefen Kosten besteht.⁴⁰ Nach dem ursprünglichen

35 TAISCH/SCHWYTER, S. 509.

36 TAISCH/SCHWYTER, S. 510.

37 Vgl. TAISCH/SCHWYTER, S. 510 f.

38 Vgl. Art. 869 ff. OR. Zum Ganzen TAISCH/SCHWYTER, S. 510 ff.

39 TAISCH/TROXLER, S. 408; FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ, S. 17; vgl. auch FRIEDRICH, S. 138 ff.

40 HUBER/VON DER CRONE, S. 450; vgl. NEUHAUS/BALKANYI, BSK OR II, Art. 859 N 5.

genossenschaftlichen Grundgedanken sollte eine Genossenschaft gar keinen Reinertrag erzielen; wird er doch erzielt, ist dies Ausdruck dafür, dass sie ihren Mitglieder die genossenschaftlichen Einrichtungen und Vorzüge zu einem zu hohen Preis zur Verfügung stellt.⁴¹ Dies steht im Gegensatz zu den Aktionären, bei denen die Erzielung eines Reinertrags aus der Kapitalbeteiligung Beweggrund für die Mitgliedschaft ist.⁴²

Ein allfälliger Reinertrag fällt grundsätzlich in das Genossenschaftsvermögen und wird nur unter den Genossenschaftern verteilt, wenn dies statutarisch vorgesehen ist.⁴³ Ist eine Verteilung vorgesehen, erfolgt sie nach dem Mass der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtung durch die einzelnen Mitglieder. Bei Anteilscheinen darf die auf sie entfallende Quote des Reinertrags den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen; eine Ausnahme dazu besteht für Kreditgenossenschaften,⁴⁴ für die es keine Dividendenbegrenzung gibt.⁴⁵

3.4. Vermögensverteilung bei Liquidation

Im Falle der Liquidation der Genossenschaft erfolgt nach der Tilgung der Schulden zunächst eine Rückzahlung der Anteilscheine.⁴⁶ In einem weiteren Schritt wird das verbleibende Vermögen unter den

41 HUBER/VON DER CRONE, S. 450; vgl. NEUHAUS/BALKANYI, BSK OR II, Art. 859 N 5; vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ, S. 7 f., welche die kostendeckende Form als idealtypischen Ausgangspunkt bezeichnen. Jüngere Ansichten gehen jedoch davon aus, dass auch Genossenschaften die Erzielung eines ausreichenden und angemessenen Gewinns anstreben, zumal sie regelmässig nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt werden (vgl. TAISCH/SCHWYTER, S. 510; vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ, S. 8 f.).

42 HUBER/VON DER CRONE, S. 450.

43 Art. 859 Abs. 1 und 2 OR. Vor einer Verteilung an die Genossenschafter sind die gesetzlichen Reserven zu öffnen (Art. 860 f. OR).

44 Als Kreditgenossenschaften gelten Genossenschaften, die dem BankG voll unterstehen (sog. Genossenschaftsbanken) sowie Genossenschaften, die gemäss ihrem Zweck Gelder an ihre Mitglieder ausleihen, ohne sich jedoch öffentlich zur Annahme fremder Gelder zu empfehlen (NEUHAUS/BALKANYI, BSK OR II, Art. 861 N 2a).

45 Art. 859 Abs. 3 OR und Art. 861 OR für Kreditgenossenschaften; vgl. FORSTMOSER, S. 90; vgl. dazu unten Ziff. 2.2.3.

46 STÄUBLI, BSK OR II, Art. 913 N 4.

Genossenschaftlern nach Köpfen verteilt, sofern die Statuten dies vorsehen.⁴⁷ Enthalten sie keine Regelung, wird der Liquidationsüberschuss gemäss Art. 913 Abs. 4 OR zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen verwendet. Daher bestehen erhebliche Unterschiede zur Aktiengesellschaft, in der dem Aktionär und dem Partizipanten (nach Tilgung der Schulden) ein Recht auf das Liquidationsergebnis zusteht, das nach dem Kapitalanteil bemessen wird.⁴⁸

3.5. Herausforderungen bei der Schaffung von Eigenkapital

3.5.1 Übersicht

Bei der Beschaffung von betrieblichem Kapital bestehen in der Praxis kaum Probleme, die Genossenschaft stösst allerdings bei der Finanzierung an ihre Grenzen, wenn Grossprojekte und Sanierungsszenarien mit hohem Eigenkapitalfinanzierungsbedarf anstehen.⁴⁹ Die Eigenkapitalfinanzierung wird erschwert durch die unattraktive und unsichere Übertragbarkeit der Genossenschaftsanteile, durch die für Anteilscheine geltende Dividendenbegrenzung sowie durch die Begrenzung des Primärmarktes auf die Mitglieder.⁵⁰ Hat die Genossenschaft ein Genossenschaftskapital mit Anteilscheinen eingeführt, ist dessen Höhe in Abhängigkeit von den Aus- und Eintritten der Mitglieder veränderlich und demzufolge nicht dem Handelsregister zu entnehmen, was die Kreditfähigkeit mindern kann.⁵¹

47 Art. 913 Abs. 2 und 3 OR. Die Verteilung des verbleibenden Vermögens erfolgt nach Köpfen, sofern die Statuten nicht etwas anderes vorsehen.

48 Art. 745 Abs. 1 OR.

49 GERBER, S. 66; TAISCH/SCHWYTER, S. 509; a. M. wohl FLURI, S. 40, der die Unternehmensfinanzierung der Genossenschaft infolge schwacher Eigenkapitalausstattung als besonders ausgeprägtes Problem bezeichnet.

50 TAISCH/TROXLER, S. 409.

51 TAISCH/TROXLER, S. 408; FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ, S. 17; vgl. auch FRIEDRICH, S. 138 ff.

3.5.2 Unattraktive und unsichere Übertragbarkeit der Genossenschaftsanteile

Die Mitgliedschaft in der Genossenschaft ist grundsätzlich höchstpersönlich, auch bei Genossenschaftsbanken nicht übertragbar und kann bloss originär begründet werden.⁵² Der Besitz des Anteilscheins ist bloss Folge der Mitgliedschaft, weshalb die Abtretung des Anteilscheins und – wenn über die Mitgliedschaft oder den Anteilschein eine Urkunde ausgestellt worden ist – die Übertragung dieser Urkunde den Erwerber gemäss Art. 849 Abs. 1 OR nicht ohne Weiteres zum Genossenschafter machen; es bedarf vielmehr eines Aufnahmebeschlusses. Solange dieser Beschluss nicht erfolgt ist, steht die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte dem Veräusserer zu,⁵³ was eine – zumindest vorübergehende – Spaltung der Mitgliedschaftsrechte und der Vermögensrechte zur Folge hat.⁵⁴ Die Übertragung der Anteile, die künftige oder bedingte Forderungsrechte darstellen, erfolgt in Form der Zession gemäss Art. 164 ff. OR.⁵⁵ Denn die Anteilscheine dürfen nicht als Wertpapiere ausgestaltet, sondern nur als Beweisurkunden errichtet werden, was einer Übertragung nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen entgegensteht.⁵⁶ Eine Börsenkotierung ist

52 Vgl. Art. 840 OR; FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, S. 210.

53 Art. 849 Abs. 2 OR.

54 REYMOND/TRIGO TRINDADE, S. 119; TAISCH/TROXLER, S. 410 f. Ob der Gesetzgeber diese Spaltung der Rechte – auf Dauer oder überhaupt – vorgesehen hat, ist in der Lehre umstritten (vgl. FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, S. 209 ff., der eine Verselbstständigung der Vermögensrechte im Genossenschaftsrecht als fragwürdig bezeichnet; vgl. FRIEDRICH, S. 89 ff., insbesondere S. 93, der die Zulässigkeit der Spaltung von Vermögens- und Mitgliedschaftsrechten verneint bzw. die Möglichkeit der Übertragung von Anteilscheinen, die zu besagter Spaltung führt, ablehnt). U.E. lässt Art. 849 Abs. 1 OR zumindest eine vorübergehende Spaltung der Rechte zu. Mit der Frage nach der Zulässigkeit der Spaltung der Rechte hängt die Frage zusammen, ob die Übertragung der Vermögensrechte auf ein Nichtmitglied, das nicht beabsichtigt, Genossenschafter zu werden, womit eine langfristige Spaltung der Rechte einhergeht, zulässig ist (zur Thematik vgl. FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, S. 209; ablehnend FRIEDRICH, S. 91 f.; bejahend wohl HENSEL, S. 176 ff. und TAISCH/TROXLER, S. 410 f.). U.E. ist sie zuzulassen, da der Genossenschaft dadurch keine Nachteile entstehen (vgl. HENSEL, S. 181).

55 REYMOND/TRIGO TRINDADE, S. 121, m. w. H.; TAISCH/TROXLER, S. 411, sprechen sich für eine bloss analoge Anwendung des Zessionsrechts aus.

56 Art. 853 Abs. 3 OR; FORSTMOSER, *Grossgenossenschaften*, S. 210 f.; vgl. JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 103 und 123.

ausgeschlossen.⁵⁷ Die Stellung des Zessionars, der die Vermögensrechte abgetreten erhält, ist unsicher, zumal die übertragenen Anteile mit der Mitgliedschaft des Zedenten verbunden bleiben. Wird die Mitgliedschaft des Zedenten infolge Austrittes oder Ausschlusses aus der Genossenschaft beendet, verliert der Zessionar auch seine Forderungsrechte mit Ausnahme eines allfälligen Abfindungsanspruchs des ausscheidenden Genossenschafters gemäss Art. 864 OR.⁵⁸ Der Anteilschein wurde folglich gesetzlich so ausgestaltet, dass er sich nicht für eine leichte und routinemässige Übertragung eignet.⁵⁹ Die Übertragung ist wenig attraktiv und von grossen Unsicherheiten geprägt.⁶⁰

3.5.3 Dividendenbegrenzung für Anteilscheine

Gemäss Art. 859 Abs. 3 OR darf die auf Anteilscheine entfallende Quote des Reinertrags den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen. Mit dem Anteilschein übernimmt das Genossenschaftsmitglied ein Eigenkapitalrisiko, da eine Rückzahlung im Konkurs im letzten Rang erfolgt, dennoch ist die Dividende zum einen betragsmässig begrenzt, zum anderen ist die Ausschüttung von der Erwirtschaftung eines Reingewinns und der Zustimmung der Generalversammlung abhängig.⁶¹ Risiko und Renditeaussicht stehen somit in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinander, was den Anteilschein als Kapitalanlage unattraktiv macht und die Schaffung von Eigenkapital behindert. Die Dividendenbeschränkung gilt somit als wirksames Mittel zur Verhinderung der Schaffung kapitalistisch geprägter Genossenschaften.⁶²

57 NIGG, BSK OR II, Art. 852/853 N 3 ff.; EJP, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 2.

58 REYMOND/TRIGO TRINDADE, S. 119. Das Auseinanderfallen von Mitgliedschaftsrechten und Vermögensrechten kann zu schwierigen Abgrenzungsproblemen bei der Unterscheidung zwischen «persönlichen Rechten» des Zedenten und den mit den Anteilen verbunden Rechten führen und hat auch Auswirkungen im Bereich der persönlichen Haftung und Nachschusspflicht (vgl. dazu REYMOND/TRIGO TRINDADE, S. 120 ff.).

59 FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, S. 210.

60 FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, S. 212; HENSEL, S. 181 f. und 186 f.; FRIEDRICH, S. 89.

61 TAISCH/TROXLER, S. 417. Die Verteilung muss statutarisch vorgesehen werden (Art. 859 Abs. 1 und 2 OR).

62 TAISCH/SCHWYTER, S. 521 Fn. 71; vgl. FLURI, S. 45; HENSEL, S. 113.

Eine Ausnahme davon besteht gemäss Art. 861 Abs. 3 OR für Kreditgenossenschaften, für die die Begrenzung der Dividende nicht gilt, die aber bei Übersteigen des landesüblichen Zinsfusses ein Zehntel des Betrags, der den Zinsfuss übersteigt, dem Reservefonds zuweisen müssen. Grund für die Aufhebung der Dividendenbeschränkung war, dass der Betrieb von Kreditgenossenschaften höhere Eigenmittel benötigt als der Betrieb einer Genossenschaft in anderen Branchen.⁶³

3.5.4 *Begrenzung des Primärkreises auf (künftige) Mitglieder*

Anteilscheine sind bloss Folge der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft. Sie können daher auf dem Primärmarkt nur an Personen ausgegeben werden, die zugleich Mitglied der Genossenschaft werden und den Anteilschein als Folge der Mitgliedschaft zeichnen und liberieren. Potenzielle Investoren müssen folglich die Mitgliedschaftsvoraussetzungen erfüllen und werden nach der Aufnahme Träger aller Rechte und Pflichten, die bis zu einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht gehen können. Der potenzielle Investor muss daher gewillt sein, vollwertiges Mitglied der Genossenschaft zu werden, was den Kreis der Interessenten verkleinert und die Kapitalbeschaffung erschwert.⁶⁴

4. Ausgestaltung des genossenschaftsrechtlichen Beteiligungskapitals

4.1. **Definition und rechtliche Grundlagen**

Der mit dem Erlass von FIDLEG und FINIG eingeführte Art. 11 Abs. 2^{bis} BankG ermöglicht den Genossenschaftsbanken neu die Schaffung von Beteiligungskapital. Das Beteiligungskapital ist ein Eigenkapital sui generis.⁶⁵ Es handelt sich um eine Form der Aussenfinanzierung, die sich dadurch auszeichnet, dass dem Unternehmen von aussen Kapital zugeführt wird.⁶⁶ Dies steht im Gegensatz zur

63 FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ, S. 10 f., m. w. H.

64 Zum Ganzen vgl. TAISCH/TROXLER, S. 415 f.

65 Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9058.

66 STAUB, Management, S. 634.

Innenfinanzierung, bei der das Kapital vom Unternehmen selbst erwirtschaftet wird.⁶⁷ Es erleichtert den Genossenschaften folglich die Eigenkapitalfinanzierung, die wiederum der Fremdfinanzierung dient.

Gemäss Art. 11 Abs. 2^{bis} BankG setzt die Schaffung von Beteiligungskapital eine entsprechende Statutenbestimmung voraus. Es bleibt der Genossenschaft überlassen, ob sie ein fixes oder variables Beteiligungskapital vorsieht und ob diesbezüglich Regelungen in die Statuten aufgenommen werden. Eine Eintragung des Kapitals im Handelsregister ist nicht notwendig. Das flexible Beteiligungskapital hat den Vorteil, dass für die Reduktion der Höhe kein Herabsetzungsverfahren nach Art. 874 OR notwendig ist.⁶⁸ Das Kapital wird in Teilschritten zerlegt, die als Beteiligungsscheine bezeichnet werden. Sie werden gegen Einlage ausgegeben, weisen einen Nennwert auf und begründen keine Mitgliedschaft. Art. 14 ff. BankG enthalten die Details und die Schutzbestimmungen. Subsidiär gelten die Bestimmungen zur Genossenschaft im Obligationenrecht; die Regeln des aktienrechtlichen Partizipationskapital sind nur anwendbar, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen wird.⁶⁹

4.2. Voraussetzungen für die Schaffung und Zweck

Das Beteiligungskapital darf gemäss Art. 11 Abs. 3 BankG nur zur Stärkung der Eigenkapitalbasis und zur Verhinderung oder Bewältigung einer Krise geschaffen werden. Folglich sind die Voraussetzungen zur Schaffung von Beteiligungskapital, dass die Schaffung (a) zur Stärkung des Eigenkapitals und (b) zur Verhinderung oder Bewältigung einer Krise erfolgt.

Da die Schaffung von Beteiligungskapital bilanztechnisch Eigenkapital bildet, ist somit stets auch von der Stärkung der Eigenkapitalbasis auszugehen, sobald Beteiligungskapital geschaffen wird. Voraussetzung (b) bedingt, dass bereits eine Krise besteht oder sich deren Entstehung zumindest abzeichnet, zumal die Bewältigung gemäss allgemeinem Wortverständnis während der Krise erfolgt, wäh-

67 STAUB, Management, S. 636.

68 Zum Ganzen Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9059.

69 Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9058.

rend die Verhinderung als präventive Massnahme vor dem Eintreten der effektiven Krise ergeht. Die Schaffung von Beteiligungskapital muss der Verhinderung *oder* der Bewältigung der Krise dienen. Es handelt sich folglich um alternative Voraussetzungen. Schliesslich muss u. E. verlangt werden, dass die Stärkung der Eigenkapitalbasis kausal zur Verhinderung bzw. Bewältigung einer Krise ist. Die Beteiligungsscheine dienen folglich der Stärkung der Eigenmittelbasis und daher dem gleichen Zweck wie die Schaffung der Partizipationsscheine bei Aktiengesellschaften.⁷⁰

4.3. Vermögensrechtliche Ausgestaltung

In vermögensrechtlicher Hinsicht erfolgt bei der Verteilung des Bilanzgewinns und des Liquidationsergebnisses mindestens eine Gleichstellung der Inhaber der Beteiligungsscheine mit den Genossenschaftern.⁷¹ Die vermögensrechtliche Stellung des Beteiligungsscheininhabers im Rahmen der Gewinnverteilung bestimmt sich somit nach Art. 859 ff. OR, wobei das Genossenschaftsrecht an dieser Stelle von Reinertrag spricht. Jener Begriff ist identisch mit dem im Aktienrecht geläufigen Begriff des Bilanzgewinns.⁷² Eine Verteilung des Reinertrags erfolgt nur, sofern die Statuten dies vorsehen. Art. 14a Abs. 3 BankG stellt klar, dass allfällige Dividenden auf den Beteiligungsscheinen ausschliesslich aus dem Bilanzgewinn und aus dafür vorgesehenen Reserven ausgeschüttet werden dürfen.⁷³ Im Rahmen der Liquidation bedeutet die Gleichstellung mit den Genossenschaftern eine analoge Anwendung von Art. 913 OR. Es erfolgt daher zuerst eine Tilgung der Schulden und dann eine Rückzahlung der Beteiligungsscheine und der Anteilscheine nach Nennwert. Enthalten die Statuten eine Vorschrift über die Verteilung an die Genosschafter und Beteiligungsscheininhaber, wird das verbleibende Vermögen unter den Genossenschaftern und Beteiligungsscheininhabern verteilt, wobei ohne gegenteilige statutarische Bestimmung eine Verteilung

70 Botschaft FIDLEG/FINIG, BBI 2015 9047.

71 Vgl. Art. 14 Abs. 4 BankG.

72 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBI 2015 9060.

73 Dies entspricht der aktienrechtlichen Regelung für die Ausschüttung von Dividenden gemäss Art. 675 Abs. 2 OR.

nach Köpfen erfolgt.⁷⁴ Enthalten sie keine Regelung, wird der Liquidationsüberschuss gemäss Art. 913 Abs. 4 OR zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen verwendet.

4.4. Beteiligungsrechtliche Ausgestaltung

Der Beteiligungsschein vermittelt keine Mitgliedschaft in der Genossenschaft und damit auch kein Stimmrecht, weshalb der Beteiligungsscheininhaber grundsätzlich dem Willen der Genossenschafter unterworfen ist.⁷⁵ Er ist jedoch gemäss Art. 14 Abs. 5 BankG berechtigt, Beschlüsse der Generalversammlung wie ein Genossenschafter anzufechten. Das bedeutet, dass er alle Beschlüsse der Generalversammlung, der Urabstimmung – und u. E. auch der Delegiertenversammlung –, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, anfechten kann. Die Klage ist innert zweier Monate seit der Beschlussfassung anzuheben.⁷⁶ Die Anfechtung setzt voraus, dass dem Beteiligungsscheininhabern mitgeteilt wird, welche Beschlüsse gefasst worden sind.

Die Beteiligungsscheininhaber haben weiter das Recht auf Bekanntgabe der Einberufung der Generalversammlung mit den Verhandlungsgegenständen und Anträgen, auf Bekanntgabe der Beschlüsse sowie des Geschäftsberichts und des Revisionsberichts.⁷⁷ Die Regelung lehnt sich an Art. 856 Abs. 1 OR an, folglich sind die Beteiligungsscheininhaber diesbezüglich den Genossenschaftefern gleichgestellt. U. E. ist daher auch davon auszugehen, dass den Beteiligungsscheininhabern ein Recht aus Einsicht und Auskunft gegenüber der Verwaltung und der Revisionsstelle i. S. v. Art. 857 Abs. 2 OR zukommt. Art. 14 Abs. 3 BankG sieht vor, dass die Stellung der Beteiligungsscheininhaber durch Statutenänderungen oder Generalversammlungsbeschlüsse nur verschlechtert werden darf, wenn auch die Stellung der Inhaber von Anteilscheinen in gleichem Mass beeinträch-

⁷⁴ Art. 913 Abs. 2 und 3 OR.

⁷⁵ Botschaft FIDLEG/FINIG, BBI 2015 9059; HUBER/VON DER CRONE, S. 449.

⁷⁶ Art. 14 Abs. 4 BankG i. V. m. Art. 891 OR.

⁷⁷ Art. 14 Abs. 2 BankG.

tigt wird. Damit soll der Schutz vor Ungleichbehandlung sichergestellt werden.⁷⁸

Schliesslich verfügen sie über das Recht auf Antrag um Sonderuntersuchung⁷⁹ zuhanden der Generalversammlung. Lehnt die Generalversammlung den Antrag ab, können Beteiligungsscheininhaber, die 10% des Beteiligungskapitals oder Beteiligungskapital im Nennwert von CHF 2 Mio. halten, das Gericht um Einsetzung eines Sonderuntersuchers ersuchen. Da die Beteiligungsscheine kein Stimmrecht vermitteln, erfolgt die Berechnung der Grenzwerte allein nach Kapitalbeteiligung und nicht nach Köpfen oder Stimmen. Das Verfahren der Sonderuntersuchung richtet sich nach dem Aktienrecht.⁸⁰ Mit dem Recht auf Antrag um Sonderuntersuchung kommt den Beteiligungsscheininhabern ein Recht zu, das den Genossenschaftlern nicht zusteht. Das Genossenschaftsrecht sieht nämlich kein entsprechendes Kontrollrecht vor. Das Zwischenschalten des mit der Sonderuntersuchung Beauftragten stellt sicher, dass Geheimhaltungsinteressen der Genossenschaft nicht an Nichtmitglieder gelangen, aber dem legitimen Interesse der Beteiligten auf Auskunft dennoch nachgekommen werden kann.⁸¹

4.5. Steuerrechtliche Folgen

Die neu geschaffenen Beteiligungsscheine für Genossenschaftsbanken werden hinsichtlich Stempelabgaben und Verrechnungssteuer steuerrechtlich gleich behandelt wie die Partizipationsscheine von Aktiengesellschaften.⁸²

78 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9059.

79 Mit der im Juni 2020 beschlossenen Aktienrechtsrevision wird das Institut der Sonderprüfung in Sonderuntersuchung umbenannt und neu in Art. 697c ff. OR geregelt. Eine Änderung von Art. 14 Abs. 6 BankG – und damit eine Anpassung des Begriffs für die Genossenschaftsbanken – hat die Aktienrechtsrevision allerdings nicht zur Folge. Da sich das Verfahren jedoch nach Aktienrecht richtet, wird nachfolgend der neue Begriff «Sonderuntersuchung» verwendet.

80 Art. 14 Abs. 6 BankG i. V. m. Art. 697c ff. OR (revidiertes Aktienrecht) bzw. Art. 697a ff. OR (noch geltendes Aktienrecht).

81 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9059 f.

82 Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9047.

4.6. Reservenbildung

Die Genossenschaftsbank, die Beteiligungskapital einführt, muss auf diesem eine allgemeine Reserve bilden.⁸³ Diese Reserve muss zusätzlich zu der auf dem Genossenschaftskapital nach Art. 860 ff. OR zu bildenden Reserve gebildet werden. Die Dividendenausschüttung darf allerdings keinesfalls aus dieser Reserve erfolgen.⁸⁴ Die Genossenschaftsbank hat 5% des Jahresgewinns der allgemeinen Reserve zuzuweisen, bis diese 20% des Eigenkapitals erreicht. Die praktische Funktionsweise dieser Vorschrift ist insofern unklar, als dass das Eigenkapital bei einer Genossenschaft mit Anteilscheinen aufgrund des Prinzips der offenen Tür variabel ist und sich der Grenzwert von 20% des einbezahlten Kapitals folglich ebenfalls verändern kann.⁸⁵ Erzielt die Genossenschaftsbank bei der Ausgabe von Beteiligungsscheinen einen Mehrerlös über den Nennwert hinaus, der nicht zu Abschreibungen oder Wohlfahrtszwecken verwendet wird, hat sie diesen nach Deckung der Ausgabekosten den allgemeinen Reserven zuzuweisen. In die allgemeine Reserve weist sie auch die Differenz aus den Einzahlungen der ausgefallenen Beteiligungsscheine und einem allfälligen Mindererlös aus den dafür ausgegebenen Beteiligungsscheinen sowie 10% der Beträge, die nach Bezahlung einer Dividende von 5% auf dem Beteiligungskapital als Gewinnanteil ausgerichtet werden.⁸⁶

Die allgemeine Reserve, welche die Hälfte des Eigenkapitals nicht übersteigt, darf gemäss Art. 14a Abs. 2 BankG nur zur Deckung von Verlusten oder für Massnahmen verwendet werden, die dafür geeignet sind, bei schlechtem Geschäftsgang die Fortführung der Bank zu ermöglichen, Stellenabbau zu verhindern oder dessen Folgen zu mildern.

4.7. Erwerb eigener Beteiligungsscheine

Die Genossenschaftsbank kann eigene Beteiligungsscheine erwerben, wenn sie über frei verwendbaren Bilanzgewinn in der Höhe

⁸³ Art. 14a Abs. 1 und 2 BankG.

⁸⁴ Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9059.

⁸⁵ EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 6.

⁸⁶ Art. 14a Abs. 1 BankG.

der dafür notwendigen Mittel verfügt und der gesamte Nennwert der zu erwerbenden Beteiligungsscheine nicht 10% des Beteiligungskapitals übersteigt.⁸⁷ Die mit dem Erwerb der Beteiligungsscheine verbundenen Rechte müssen ruhen, während die Genossenschaft sie hält.

4.8. Meldepflicht und Verzeichnis

Gemäss Art. 14b Abs. 1 BankG gelten für den Erwerb von nicht kotierten Beteiligungsscheinen die Melde-, Nachweis- und Identifizierungspflichten gegenüber der Genossenschaft, wie sie beim Erwerb von nicht kotierten Inhaberaktien gegenüber der Aktiengesellschaft gelten. Art. 14b Abs. 1 BankG verweist auf Art. 697i ff. und Art. 697m OR. Demnach hat der Erwerber den Erwerb der Gesellschaft innert Monatsfrist zu melden, ihr seine Angaben bekanntzugeben und sich zu identifizieren.⁸⁸ Beim Überschreiten des Grenzwerts von 25% des Kapitals muss zudem Meldung über die wirtschaftlich berechtigte Person erstattet werden.⁸⁹ Bei Nichteinhalten der Meldepflicht ruhen die Vermögensrechte.⁹⁰

Die Genossenschaft trifft eine Pflicht zur Eintragung der Inhaber der Beteiligungsscheine sowie der ihr gemeldeten wirtschaftlich Berechtigten in das Genossenschafterverzeichnis.⁹¹ Für das Verzeichnis gelten die Bestimmungen für das Genossenschafterverzeichnis gemäss Art. 837 OR sowie jene über das Verzeichnis der Inhaberaktionäre und der der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 697i OR.⁹²

87 Der Grenzwert von 10% des Beteiligungskapitals darf in Ausnahmefällen gemäss Art. 14a Abs. 5 BankG um 10% überschritten werden, nämlich wenn die Beteiligungsscheine, welche die 10%-Grenze überschreiten, innert zweier Jahre veräussert oder durch Kapitalherabsetzung vernichtet werden.

88 Art. 697i Abs. 1 und 2 OR.

89 Art. 697j OR.

90 Art. 697m OR.

91 Art. 14b Abs. 2 und 3 BankG.

92 Gemäss beiden Normen muss das Verzeichnis Vor- und Nachname oder Firma sowie die Adresse enthalten, die der Meldung zugrunde liegenden Belege müssen zehn Jahre nach der Streichung der Person aufbewahrt werden, und das Verzeichnis muss in der Schweiz jederzeit zugreifbar sein. Gemäss Art. 697i Abs. 2 OR sind zusätzlich Staatsangehörigkeit und Geburtsdatum aufzuführen.

5. Vergleich zum aktienrechtlichen Partizipationskapital

5.1. Vorbemerkungen

Nachfolgend ergeht ein Vergleich des beteiligungsrechtlichen Beteiligungskapitals mit dem aktienrechtlichen Partizipationskapital, da sich der Gesetzgeber bei der Einführung des Beteiligungskapitals an den Bestimmungen zum Partizipationskapital orientiert hat, eine analoge Anwendung aber trotzdem abgelehnt und rechtsformabhängige Unterschiede zwischen diesen beiden Kapitalformen statuiert hat.⁹³

Für den Vergleich zwischen der aktienrechtlichen und der genossenschaftsrechtlichen Ordnung wird das revidierte Aktienrecht herangezogen, das im Juni 2020 vom Parlament verabschiedet wurde und das mehrheitlich voraussichtlich am 1. Januar 2022 in Kraft treten wird.

5.2. Definition und Abgrenzung

Das Partizipationskapital ist in Teilsummen zerlegtes Eigenkapital, das einen Nennwert aufweist und gegen Einlage ausgegeben wird.⁹⁴ Das Partizipationskapital bzw. die Partizipationsscheine werden in Art. 656a ff. OR geregelt. Es handelt sich um stimmrechtsloses Eigenkapital und ist daher gemäss Art. 656b Abs. 1 OR betragsmässig auf das Doppelte des Aktienkapitals beschränkt. Sofern das Gesetz keine Spezialregelung vorsieht, finden die Bestimmungen über das Aktienkapital bzw. die Aktien Anwendung.⁹⁵

Während der Partizipationsschein in seiner ursprünglichen Form ein zu Finanzierungszwecken ausgegebener Genussschein war und nicht gesondert im Gesetz geregelt war, ist er seit der Aktienrechtsrevision von 1991 ein eigenständiges Beteiligungsrecht, das sich vom Genussschein deutlich unterscheidet.⁹⁶ Der Genussschein darf keinen Nennwert aufweisen und wird folglich nicht zum Grundkapital

93 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9058.

94 Art. 656a Abs. 1 OR.

95 Art. 656a Abs. 2 OR; HUBER/VON DER CRONE, S. 448.

96 TAISCH/SCHWYTER, S. 515.

gezählt, während der Partizipationsschein zwingend einen Nennwert hat und gegen Kapitaleinlage ausgegeben wird.⁹⁷ Eine Ausgabe von Genussscheinen zur Zweck der Kapitalschaffung ist nach dem geltenden Recht ausgeschlossen.⁹⁸

5.3. Gemeinsamkeiten

5.3.1 Statutarische Grundlage, Definition und Zweck

Die Statuten können gemäss Art. 656a Abs. 1 OR Partizipationskapital vorsehen. Dieses muss als solches bezeichnet werden. Es wird in Teilsummen (in sog. Partizipationsscheine) zerlegt, die einen Nennwert aufweisen und gegen Einlage ausgegeben werden.⁹⁹ Es handelt sich um Eigenkapital. Sowohl das Beteiligungskapital der Genossenschaft als auch das Partizipationskapital der Aktiengesellschaft dient der Stärkung der Eigenmittelbasis und verfolgt damit den Zweck, die Stabilität der Institute durch eine starke Eigenmittelgrundlage zu stärken.

5.3.2 Vermögensrechtliche Gleichstellung mit den Gesellschaftern

In vermögensrechtlicher Hinsicht unterscheidet sich der Partizipationsschein nicht von der Aktie. Beide stellen eine Teilsumme des Grundkapitals dar, und bei beiden geht der Übernehmer das Risiko ein, seine Einlage vollständig zu verlieren, weshalb bei der Verteilung des Bilanzgewinns und des Liquidationsergebnisses sowie bei sie betreffenden Beschlüssen eine Gleichstellung von Aktionär und Partizipant erfolgt.¹⁰⁰ Auch die Beteiligungsscheininhaber sind in vermögensrechtlicher Hinsicht den Genossenschaftlern gleichgestellt.¹⁰¹ Zudem dürfen sowohl im Aktien- als auch im Genossenschaftsrecht Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn bzw. Reinertrag und den dafür vorgesehenen Reserven ausgeschüttet werden.¹⁰² Die vermögensrecht-

97 Botschaft Aktienrecht 1982, BBl 1983 II 803 f.; Art. 657 Abs. 3 OR; Art. 656a Abs. 1 OR; BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 7.3.

98 BGE 140 III 206 E. 3.3.2.

99 Art. 656a Abs. 1 OR.

100 Art. 660 und Art. 745 Abs. 1 OR.

101 Vgl. Art. 14 Abs. 3 und 4 BankG.

102 Art. 656a Abs. 2 i. V. m. Art. 675 Abs. 2 OR; Art. 14a Abs. 3 BankG.

liche Lage des Beteiligungsscheininhabers bzw. des Partizipanten entspricht jener des Gesellschafters der jeweiligen Gesellschaft. Die vermögensrechtliche Lage des Beteiligungsscheininhabers entspricht aber nicht jener des Partizipanten, da sich die Rechtslage der Genossenschafter von derjenigen der Aktionäre unterscheidet.¹⁰³

5.3.3 *Beteiligungsrechtliche Ausgestaltung*

Der Partizipationsschein ist beteiligungsrechtlich dahingehend ausgestaltet, dass den Partizipanten nach Leisten seiner Einlage keine weiteren Pflichten treffen, sondern ihm nur Rechte gegenüber der Gesellschaft zustehen.¹⁰⁴ Dem Partizipanten steht allerdings kein Stimmrecht zu, weshalb er dem Willen der Aktionäre unterworfen ist, die aber zur Gleichbehandlung verpflichtet sind.¹⁰⁵ Vorbehalten bleibt das Stimmrecht in der Partizipantenversammlung, die als Sonderversammlung einberufen werden kann, wenn den Partizipanten nachträglich Vorrechte oder statutarisch eingeräumte Mitwirkungsrechte entzogen werden sollen.¹⁰⁶ Der Partizipant hat das Recht auf Bekanntgabe der Einberufung der Generalversammlung mit den Anträgen und Verhandlungsgegenständen und der Generalversammlungsbeschlüsse sowie auf Orientierung über den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht.¹⁰⁷ Die Partizipanten haben zudem das Recht auf Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse.¹⁰⁸ Die mit dem Stimmrecht zusammenhängenden Rechte wie das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung, das Teilnahmerecht, das Recht auf Auskunft, das Recht auf Einsicht sowie das Traktandierungs- und Antragsrecht kommen dem Partizipanten nur zu, wenn es die Statuten vorsehen.¹⁰⁹ Das Recht auf Begehren um Einsicht und Auskunft steht dem Partizipanten jedoch von Gesetzes wegen in jedem Fall zu und bestimmt sich inhaltlich im Sinne einer Mindestbestimmung nach Art. 697 ff.

103 Vgl. dazu unten Ziff. 5.4.2.

104 HUBER/VON DER CRONE, S. 448; Art. 680 Abs. 1 OR; Art. 656a Abs. 1 OR.

105 Art. 656a Abs. 1 OR i. V. m. Art. 656f Abs. 1 OR.

106 Vgl. Art. 656f Abs. 4 OR.

107 Art. 656d Abs. 1 OR; Art. 656a Abs. 2 i. V. m. Art. 699a Abs. 1 OR; EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 5.

108 Art. 656a Abs. 2 i. V. m. Art. 706 OR.

109 Art. 656c Abs. 1 und Abs. 2 OR.

OR, falls die Statuten keine genauere Definition enthalten.¹¹⁰ Auch das Recht auf Begehren um Einleitung einer Sonderuntersuchung steht dem Partizipanten unabhängig einer statutarischen Grundlage zu, da das Recht nicht mit dem Stimmrecht zusammenhängt. Der Gesetzeswortlaut ist diesbezüglich missverständlich.¹¹¹

Die Stellung der Beteiligungsscheininhaber weist zahlreiche Übereinstimmungen mit derjenigen der Partizipanten auf, denn beide verfügen über kein Stimmrecht, allerdings ein Recht auf Orientierung über die Einberufung der Generalversammlung, über die Traktanden und Anträge sowie die gefassten Beschlüsse und ein Recht auf Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse. Zudem haben beide ein Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung, das dem Genossenschaftsrecht im Übrigen fremd ist.¹¹² Ob den Beteiligungsscheinhabern ebenfalls ein Recht auf Einsicht und Auskunft zusteht, lässt sich dem Gesetz nicht explizit entnehmen, ist jedoch anzunehmen. Für die Genossenschaften ist aber keine Versammlung von Beteiligungsscheinhabern vorgesehen, ihnen bleibt das Stimmrecht in jedem Fall vorenthalten.¹¹³

5.3.4 Haftung

Für Aktionäre ist eine persönliche Haftung stets ausgeschlossen. Im Genossenschaftsrecht kann statutarisch eine subsidiäre unbeschränkte oder beschränkte persönliche Haftung oder eine Nachschusspflicht vorgesehen werden.¹¹⁴ Während sich die Bestimmungen für Genossenschafter und Aktionäre in diesem Punkt unterscheiden, besteht für Partizipanten und Beteiligungsscheininhaber eine übereinstimmende Regelung; beide haften nur mit der jeweiligen Einlage.¹¹⁵

110 Art. 656c Abs. 3 OR (revidiertes Aktienrecht); RAMPINI/SPILLMANN, BSK OR II, Art. 656c N 4; BGE 140 III 206 E. 3.3.1.

111 RAMPINI/SPILLMANN, BSK OR II, Art. 656c N 5.

112 TURIN/ZIHLER, S. 112.

113 EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 5.

114 Vgl. Art. 869 ff. OR.

115 EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 6.

5.3.5 Erwerb eigener Anteile

Aktiengesellschaften können unter den gleichen Umständen eigene Partizipationsscheine erwerben, wie sie auch eigene Aktien erwerben können. Sie müssen dafür frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür notwendigen Mittel verfügen, und der Nennwert der zu erwerbenden Partizipationsscheine darf 10% des Partizipationskapitals nicht übersteigen.¹¹⁶ Die mit dem Erwerb der Beteiligungsscheine verbundenen Rechte müssen ruhen, und die Gesellschaft hat einen dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag als Minusposten im Eigenkapital auszuweisen.¹¹⁷

Die für Genossenschaftsbanken statuierte Regelung in Art. 14a Abs. 4 und 5 BankG wurde vom damaligen Aktienrecht übernommen. Die Genossenschaft ist folglich zur Reservenbildung im Umfang des Anschaffungswerts der Beteiligungsscheine verpflichtet. Im Übrigen sind die Bestimmungen übereinstimmend, wodurch gleiche Voraussetzungen für Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und Genossenschaftsbanken geschaffen werden.¹¹⁸

5.3.6 Meldepflicht und Verzeichnis wirtschaftlich Berechtigter

Art. 14b BankG verweist auf die Bestimmungen des Aktienrechts, sodass die Regelungen zur Meldepflicht bei nicht kotierten Inhaberaktien und zum Verzeichnis wirtschaftlich Berechtigter bei Aktiengesellschaften mit den Regeln für Genossenschaftsbanken übereinstimmen.

5.3.7 Steuerfolgen

Hinsichtlich der Stempelabgaben und der Verrechnungssteuer gelten für Beteiligungsscheine und Partizipationsscheine die gleichen Regelungen.¹¹⁹

¹¹⁶ Art. 656b Abs. 5 i. V. m. Art. 659 f. OR.

¹¹⁷ Vgl. Art. 659a Abs. 1 und 4 OR. Die Regelung löst die Pflicht zur Reservenbildung für den Erwerb eigener Aktien bzw. Partizipationsscheine ab.

¹¹⁸ Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9060.

¹¹⁹ Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9047.

5.3.8 Zwischenfazit

Das Beteiligungskapital und das Partizipationskapital verfolgen den gleichen Zweck, nämlich die Stärkung der Eigenmittelbasis und die Stabilisierung des Instituts und der Gesamtwirtschaft. Auch ihr grundsätzlicher Charakter als in Teilsommen zerlegtes und mit Nennwert ausgestattetes Eigenkapital stimmt überein. Die Regelung des Partizipationsscheins ist zum einen von der Grundidee der Gleichheit, zum anderen von der Grundidee der Schicksalsgemeinschaft geprägt. Die Grundidee der Gleichheit findet ihren Ausdruck namentlich darin, dass die Partizipationsscheine vermögensmässig einer Aktienkategorie gleichgestellt sein müssen, während sich die Grundidee der Schicksalsgemeinschaft darin zeigt, dass die Aktionäre die Stellung der Partizipanten nur verschlechtern können, wenn sie selbst Einbussen auf sich nehmen.¹²⁰ Gleiche Grundideen sind beim Beteiligungskapital durch die vermögensmässige Gleichstellung mit dem Genossenschafter zu erkennen, auch wenn als kleiner Unterschied in beteiligungsrechtlicher Hinsicht dem Beteiligungsscheininhaber im Gegensatz zum Partizipanten die Teilnahme an einer Sonderversammlung der Beteiligungsinhaber und damit die Ausübung des Stimmrechts in jedem Fall verwehrt bleibt. Die Übereinstimmung von Aktien- und Genossenschaftsrecht führt gar dazu, dass dem Beteiligungsscheininhaber der Antrag auf Einleitung einer Sonderprüfung zusteht. Ein solches Recht kennt der Genossenschafter nicht. Auch in den Bereichen Haftung der Beteiligungsscheininhaber bzw. Partizipanten, Erwerb eigener Anteilscheine, Meldepflicht und im Verzeichnis wirtschaftlich Berechtigter besteht weitgehend Übereinstimmung zwischen den beiden Rechtsformen.

5.4. Differenzen

5.4.1 Betragsmässige Begrenzung

Der Anteil des Partizipationskapitals, der sich aus börsenkotierten Partizipationsscheinen zusammensetzt, darf gemäss Art. 656b Abs. 1 OR maximal das Zehnfache des im Handelsregister eingetra-

¹²⁰ Botschaft Aktienrecht 1982, BBl 1983 II 803; BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 7.3; Art. 656f Abs. 2 und 3 OR.

genen Aktienkapitals betragen. Für die Partizipanten ist dies unproblematisch, da sie sich ihrer Partizipationsscheine entledigen können, wenn sie mit der Führung der Gesellschaft nicht einverstanden sind. Für den übrigen Teil des Partizipationskapitals gilt weiterhin eine betragsmässige Beschränkung auf das Doppelte des eingetragenen Aktienkapitals.¹²¹ Die Mindestkapitalvorschriften des Aktienkapitals finden gemäss Art. 656b Abs. 2 OR keine Geltung.

Das Beteiligungskapital kennt hingegen keinerlei Unter- und Obergrenzen und kann auch variabel ausgestaltet werden. Es handelt sich hiermit um eine Divergenz zwischen der genossenschafts- und der aktienrechtlichen Regelung.

5.4.2 Vermögensrechte

Der Partizipant hat keinen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage oder auf Zins.¹²² Er geht folglich das Risiko ein, seine Einlage vollständig zu verlieren, weshalb er wie der Aktionär mit einem Anteil am Erfolg entschädigt wird.¹²³ Die sog. Dividende ist erfolgsabhängig und wird – abweichende statutarische Regelungen vorbehalten – nach einbezahltem Kapitalanteil ausbezahlt.¹²⁴ Nach der Tilgung der Schulden steht dem Partizipanten ein Recht auf das Liquidationsergebnis zu, das ebenfalls nach dem Kapitalanteil berechnet wird.¹²⁵

Die Beteiligungsscheininhaber verfügen hingegen nicht über ein wohlerworbenes Recht auf Beteiligung am Reinertrag und am Liquidationsergebnis. Die Beteiligung am Reinertrag erfolgt nur, wenn dies statutarisch vorgesehen ist und ergeht ohne gegenteilige statutarische Regelung nach dem Masse der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtung.¹²⁶ Im Falle der Liquidation wird das nach der Tilgung der Schulden vorhandene Vermögen unter den Genossenschaftlern und Beteiligungsscheininhabern verteilt, wenn die Statuten dies vorsehen. Die Verteilung erfolgt grundsätzlich nach Köpfen.¹²⁷

121 Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017 518.

122 HUBER/VON DER CRONE, S. 448; Art. 656a Abs. 1 und 2 OR i. V. m. Art. 656f Abs. 1 OR; Art. 675 Abs. 1 OR; Art. 680 Abs. 2 OR.

123 Art. 656f Abs. 1 i. V. m. Art. 675 Abs. 2 OR.

124 Art. 660 Abs. 1 OR; Art. 745 Abs. 1 OR.

125 Art. 745 Abs. 1 OR.

126 Art. 859 Abs. 2 OR.

127 Art. 913 Abs. 2 und 3 OR.

5.4.3 Reservenbildung

Gemäss Art. 656a Abs. 2 und Art. 656b Abs. 3 Ziff. 1 i. V. m. Art. 671 ff. OR gelten für die Reservenbildung im Rahmen der Partizipationsscheine die gleichen Regeln wie bei Aktien. Gemäss revidiertem Aktienrecht wird nach dem Ursprung der Reserve zwischen Kapital- und Gewinnreserve unterschieden, wobei es sich bei der gesetzlichen Kapitalreserve i. S. v. Art. 671 OR um Mittel handelt, die von den Eigenkapitalgebern der Gesellschaft geleistet wurden.¹²⁸ Ihr sind der Erlös, der bei der Ausgabe von Aktien über den Nennwert und die Ausgabekosten hinaus erzielt wird, die zurückbehaltenen Einzahlungen auf ausgefallene Aktien, soweit für die dafür neu ausgegebenen Aktien kein Mindererlös erzielt wird, und die weiteren durch Inhaber von Beteiligungspapieren geleisteten Einlagen und Zuschüsse zuzuweisen. Die Gewinnreserve wird unterteilt in gesetzliche und freiwillige Gewinnreserve und umfasst sämtliche Reserven, die aus einbehaltenen Gewinnen der Gesellschaft gebildet werden.¹²⁹ Der gesetzlichen Gewinnreserve müssen 5% des Jahresgewinns zugewiesen werden, bis sie zusammen mit der gesetzlichen Kapitalreserve die Höhe von 50% des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals erreichen. Wird dieser Grenzwert abzüglich des Betrags allfälliger Verluste überschritten, darf die gesetzliche Kapitalreserve an die Aktionäre zurückbezahlt werden.¹³⁰ Das Partizipationskapital ist gemäss Art. 656b Abs. 3 Ziff. 1 OR für die Bildung der gesetzlichen Gewinnreserve dem Aktienkapital zuzurechnen.

Die für die Genossenschaftsbanken geltende Regelung in Art. 14a Abs. 1 und 2 BankG wurde vom alten Aktienrecht übernommen. Es handelt sich jedoch nicht um eine dynamische Übernahme bzw. Verweisung und eine erneute Anpassung ist nicht geplant, weshalb sich die Regelungen zur Reservenbildung fortan unterscheiden werden. Ein zentraler Unterschied liegt dabei bei dem zu erreichenden Grenzwert bei der Zuweisung des Jahresgewinns zu den Reserven; während bei Aktiengesellschaften der Grenzwert bei 50% des eingetragenen Aktienkapitals liegt, liegt er bei den Genossenschaftsbanken

¹²⁸ Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017 522.

¹²⁹ Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017 523.

¹³⁰ Art. 671 Abs. 2 OR. Für die Rückzahlung bei Holdinggesellschaften gilt ein tieferer Grenzwert (Art. 671 Abs. 3 OR).

bei 20% des Kapitals. Die praktische Funktionsweise dieser Regelung ist aber ohnehin unklar, da das Eigenkapital bei einer Genossenschaft mit Anteilscheinen aufgrund des Prinzips der offenen Tür variabel ist, der Grenzwert von 20% des einbezahlten Kapitals folglich ebenfalls veränderlich ist.¹³¹ Ein weiterer Unterschied liegt in den Begrifflichkeiten; während bei Genossenschaftsbanken vom ursprünglichen Begriff der allgemeinen Reserve die Rede ist, spricht das Aktienrecht neu in Übereinstimmung mit dem Rechnungslegungsrecht von Gewinn- und Kapitalreserven und unterscheidet sie nach ihrem Ursprung.

5.4.4 Bezugsrecht

Das Aktienrecht sieht in Art. 656g OR ein Bezugsrecht für Aktionäre bei Schaffung eines Partizipationskapitals und ein Bezugsrecht für Partizipanten bei Erhöhung des Partizipationskapitals vor. Bei Genossenschaftsbanken kommen den Genossenschaftern und Beteiligungsscheininhabern keine Bezugsrechte zu. Bei der Erhöhung des Genossenschafts- und/oder des Beteiligungskapitals werden die Beteiligungsscheininhaber nicht in gleichem Umfang wie die Partizipanten geschützt.

5.4.5 Sonderversammlung der Partizipanten

Gemäss Art. 656f Abs. 4 OR steht den Partizipanten eine Sonderversammlung zu, die einberufen wird, wenn den Partizipanten nachträglich Vorrechte oder statutarisch eingeräumte Mitwirkungsrechte entzogen werden sollen. Eine Statutenänderung reicht folglich nicht, um ihre Rechten abzuändern oder aufzuheben, vielmehr ist hierfür die Zustimmung der Partizipantenversammlung notwendig,¹³² in der den Partizipanten ausnahmsweise das Stimmrecht zukommt. Eine solche Schutzvorschrift fehlt den Beteiligungsscheininhabern.¹³³ Sie können keine Sonderversammlung bilden, um sich gegen einen Entzug ihrer Rechte zu wehren. Ihnen kommt in keinem Fall ein Stimmrecht zu. Art. 14 Abs. 3 BankG garantiert aber immerhin, dass Statutenänderungen, welche die Stellung der Beteiligungsscheininhaber

131 EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 6.

132 RAMPINI/SPILLMANN, BSK OR II, Art. 656f N 5.

133 EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 5.

ber verschlechtern, nur zulässig sind, wenn sie die Stellung der Inhaber von Anteilscheinen in gleichem Mass verschlechtern. Es ist daher zweifelhaft, ob die Schutzbestimmung im Aktienrecht tatsächlich weitreichenderen Schutz gewährt als die Bestimmung für die Genossenschaftsbanken.

5.4.6 *Zwischenfazit*

Das Beteiligungskapital unterscheidet sich vom Partizipationskapital dadurch, dass dessen Höhe nicht begrenzt wird und variabel ausgestaltet werden kann. Die Vermögensrechte des Beteiligungsscheininhabers unterscheiden sich ebenfalls deutlich von jenen des Partizipanten. Die Unterschiede bei der Reservenbildung basieren auf Änderungen im Rahmen der Aktienrechtsrevision, anlässlich der keine Anpassung des Bankengesetzes erfolgt ist. Eine Angleichung wäre angezeigt gewesen, da so wieder unterschiedliche Voraussetzungen für Genossenschaftsbanken und aktienrechtliche Banken gelten. Die beiden Rechtsformen unterscheiden sich auch hinsichtlich des Bezugsrechts, wodurch die Partizipanten einen höheren Schutz erhalten als die Beteiligungsscheininhaber. Diese Unterschiede machen deutlich, dass die Diskrepanz zwischen Aktiengesellschaft und Genossenschaft nicht nur auf der unterschiedlichen (finanziellen) Ausgestaltung der beiden Rechtsformen beruht. Einzelne Unterschiede sind hingegen unbegreiflich bzw. fragwürdig und haben ihren Ursprung wohl in der rudimentären gesetzlichen Regelung.

6. Würdigung

6.1. Frage der Notwendigkeit

Wie eingangs festgehalten, kann sich die Eigenmittelfinanzierung im Genossenschaftsrecht schwierig gestalten. Das Beteiligungskapital soll die Finanzierung der Genossenschaften sicherstellen und ihnen ermöglichen, die Eigenmittelvorschriften einzuhalten. Die Eigenmittelverordnung (ERV)¹³⁴ schreibt vor, dass Banken und kon-

¹³⁴ Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung, ERV; SR 952.03).

toführende Wertpapierhäuser zum Schutz der Gläubiger und der Stabilität des Finanzsystems entsprechend den Risiken ihrer Geschäftstätigkeit über angemessene Eigenmittel verfügen müssen.¹³⁵ Mit dem Regulierungspaket «Basel III», das im Rahmen der ERV ins Schweizer Recht überführt wurde, werden insbesondere an die Quote des harten Kernkapitals (Common Equity Tier 1 [CET1]-Quote) erhöhte Anforderungen gestellt. Zum harten Kernkapital (CET1) zählen das einbezahlte Gesellschaftskapital, die offenen Reserven und der Gewinnvortrag bzw. der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres.¹³⁶ Mit dem Recht zur Schaffung von Beteiligungskapital erhalten die Genossenschaftsbanken die Möglichkeit, im Krisenfall bzw. zur Abwendung einer Krise zusätzliches CET1 zu schaffen.¹³⁷

Im Rahmen der «Too big to fail»-Gesetzgebung wurden bereits Finanzierungsmöglichkeiten eingeführt, welche die Stärkung der Eigenmittelbasis ermöglichen. Speziell für Genossenschaften, die damals noch von der Schaffung von Beteiligungskapital ausgeschlossen waren, wurden die Anleihen mit Forderungsverzicht als Instrument zur Schaffung von Eigenkapital ersetzendem Fremdkapital vorgesehen. Dieses Finanzierungsinstrument dient jedoch nicht der Schaffung von CET1 und damit nicht der Erreichung der vorgeschriebenen CET1-Quote.¹³⁸ Die Möglichkeit zur Schaffung von Beteiligungskapital bringt daher den Genossenschaftsbanken eine tatsächliche Erleichterung hinsichtlich Eigenmittelbeschaffung und lässt die diesbezügliche Benachteiligung gegenüber den Aktiengesellschaften verschwinden.

Seit dem 1. Januar 2018 wird auch für nicht systemrelevante Banken eine ungewichtete Eigenmittelunterlegung vorgeschrieben. Durch die verschärfte Eigenmittelvorschrift rechtfertigt sich, dass die Möglichkeit zur Schaffung von Beteiligungskapital gemäss Art. 11 Abs. 2^{bis} BankG allen Genossenschaftsbanken offensteht und nicht auf jene mit Systemrelevanz beschränkt wird.

Die Diskrepanz zwischen Genossenschaft und Aktiengesellschaft hinsichtlich Voraussetzungen zur Schaffung von zusätzlichen Eigenmitteln wurde gemindert und eine Anpassung nach dem Grund-

135 Art. 1 Abs. 1 ERV.

136 Vgl. Art. 21 ERV; vgl. auch EFD, Kommentar Totalrevision ERV, S. 23.

137 Vgl. Art. 21 Abs. 2 ERV; vgl. EFD, Kommentar Totalrevision ERV, S. 24 f.

138 Art. 21 ERV e contrario.

satz «same business, same risks, same rules» vorgenommen. Die Nützlichkeit und Notwendigkeit der Einführung des Beteiligungskapitals ist folglich zu bejahen.

6.2. Gefahren für Beteiligungsscheininhaber

Die Beteiligungsscheininhaber werden durch verschiedene Schutzbestimmungen wie die Pflicht zur beteiligungsrechtlichen Gleichstellung mit den Genossenschaftlern, das Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen und das Recht auf Antrag zur Einsetzung einer Sonderuntersuchung, das dem Genossenschaftler nicht zusteht, in ihrer Rechtsstellung ausreichend geschützt. Eine Verschlechterung der Rechtsstellung gegenüber den Genossenschaftlern wird insbesondere durch Art. 14 Abs. 3 BankG verhindert, wonach Statutenänderungen und andere Generalversammlungsbeschlüsse unzulässig sind, wenn sie allein die Stellung der Beteiligungsscheininhaber verschlechtern.

6.3. Verstoß gegen genossenschaftsrechtliche Strukturmerkmale?

Die Genossenschaft – die Genossenschaftsbanken mitumfassend – zeichnet sich namentlich dadurch aus, dass sie eine personenbezogene Rechtsform ist und der Gesellschaftszweck mit dem Mittel der gemeinsamen Selbsthilfe erreicht werden soll.¹³⁹

Mit dem Institut des Beteiligungskapitals nimmt ein kapitalbezogenes Element Einzug in das Genossenschaftsrecht. Dies steht u. E. grundsätzlich im Widerspruch zur Personenbezogenheit der Rechtsform. Der Gesetzgeber sieht jedoch bereits seit Langem Kreditgenossenschaften vor und ermöglicht den Genossenschaften daher das Vornehmen von Banktätigkeiten, womit zweifellos kapitalbezogene Elemente einfließen und eine langsame Abkehr von den ursprünglichen Genossenschaftsgrundsätzen wie der Personenbezogenheit und der Zweckerreichung in gemeinsamer Selbsthilfe einhergeht.¹⁴⁰ Kre-

¹³⁹ Art. 828 Abs. 1 OR; vgl. auch FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ, S. 4 f.

¹⁴⁰ Ähnlich Schlussbericht Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», S. 60 f.

ditgenossenschaften können von der Befugnis von Art. 861 Abs. 1 OR Gebrauch machen und dürfen den Reinertrag nach kapitalistischen Grundsätzen ausschütten, was dazu führt, dass nicht die Benützung der genossenschaftlichen Anlagen, sondern das Recht auf Dividende und auf allfälligen Liquidationserlös den Wert der Mitgliedschaft ausmacht. Es besteht daher das Bedürfnis, Vermögensrechte von der Mitgliedschaft zu lösen und sie möglichst fungibel zu machen.¹⁴¹ Nichtkreditgenossenschaften haben kein Bedürfnis nach einer Abspaltung der Vermögensrechte von der Mitgliedschaft, da der Vermögenswert der Mitgliedschaft in der Möglichkeit der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtung liegt.¹⁴² Der Gesetzgeber hat die Grundlage dafür selbst geschaffen und die Praxisentwicklungen sodann geduldet. Trotz der Möglichkeit der Schaffung von Beteiligungskapital bleiben zudem personalistische Grundsätze erhalten, indem dem Beteiligungsscheininhaber namentlich kein wohl erworbenes Recht auf Dividende zusteht.¹⁴³ Daher kann verneint werden, dass die Beteiligung Dritter am Reingewinn der Genossenschaft einen Verstoss gegen die Strukturmerkmale darstellt. Dies muss gelten, obwohl das Erzielen eines Reingewinns ursprünglich Ausdruck dafür war, dass die Genossenschaft ihren Mitgliedern die genossenschaftlichen Einrichtungen und Vorzüge zu einem zu hohen Preis zur Verfügung stellte, denn es ist nicht einzusehen, weshalb ein Dritter, der eine Einlage in das Gesellschaftsvermögen leistet, kein vom Erfolg der Gesellschaft und vom Beschluss der Generalversammlung abhängiges Entgelt erhalten sollte.¹⁴⁴

Mit der Schaffung von Beteiligungskapital würde die Genossenschaft – zumindest teilweise – durch Nichtmitglieder bzw. Dritte finanziert. Dass darin eine Aufweichung des Selbsthilfepinzips liegt, kann zwar bejaht werden, dem Prinzip wurde jedoch bereits zuvor in der Lehre und Rechtsprechung weitgehend die Bedeutung abgesprochen, weshalb auch darin kein weitergehender Verstoss gegen die genossenschaftlichen Grundprinzipien zu sehen ist, als ein solcher

141 Zum Ganzen FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, S. 206.

142 FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, S. 205 f.

143 Im Übrigen besteht auch kein wohl erworbenes Recht auf eine Beteiligung am Liquidationsüberschuss (vgl. HUBER/VON DER CRONE, S. 451).

144 Vgl. TAISCH/TROXLER, S. 422; REYMOND/TRIGO TRINDADE, S. 70 f.

nicht bereits ohne Beteiligungskapital bestanden hatte.¹⁴⁵ Auch der Umstand, dass Dritte am Reinertrag bzw. Bilanzgewinn beteiligt werden sollen, ist nicht als Verstoss gegen die genossenschaftlichen Grundprinzipien zu werten, denn den Beteiligungsscheininhabern kommt kein wohlerworbenes Recht auf Dividende zu, vielmehr liegt es in der Kompetenz der Genossenschafter, zu bestimmen, ob Dividenden ausbezahlt werden.¹⁴⁶

Eingriffe in die ursprüngliche Grundstruktur der Genossenschaft sind erkennbar, ein rechtswidriger Verstoss ist darin allerdings nicht zu sehen. Einzelne Widersprüche hatten zudem bereits vor der Einführung des Beteiligungskapitals Bestand und wurden als sog. atypische, aber rechtmässige Ausgestaltungen geduldet.¹⁴⁷ Die Vorteile des Beteiligungskapitals, die für Gläubiger, für die Genossenschaft selbst und das Finanzsystem in Form der Sicherstellung der Stabilität entstehen, vermögen diese Eingriffe zudem aufzuwiegen.

6.4. Weiterer Bedarf nach Klärung

In der aktienrechtlichen Regelung verbleibt Gestaltungsspielraum, um Partizipanten weitere Mitwirkungsrechte einzuräumen, namentlich ein Teilnahmerecht an der Generalversammlung, ein Antragsrecht oder ein Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat.¹⁴⁸ Art. 14 ff. BankG enthalten für die Genossenschaften keine äquivalente Regelung, weshalb unklar ist, ob den Beteiligungsscheininhabern mittels statutarischer Grundlage weitere Rechte zugestanden werden können und diesbezüglich Klärungsbedarf besteht.¹⁴⁹ Das Genossenschaftsrecht zeichnet sich durch seinen grossen Gestaltungsspielraum aus. Der Gesetzgeber hat viele Bereiche nur rudimentär geregelt, sodass die Genossenschaften die Regelungen in ihren Statuten vorneh-

145 FLURI, S. 115; ähnlich TAISCH/TROXLER, S. 420; kritisch FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, S. 239.

146 Vgl. dazu auch TAISCH/TROXLER, S. 422, m. w. H.

147 Vgl. EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 7; vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ, S. 3.

148 Vgl. Art. 656c Abs. 3 OR.

149 Art. 656c Abs. 2 und Art. 656e OR; EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 5.

men können. Die Einführung weiterer Mitwirkungsrechte obliegt aufgrund der dafür notwendigen statutarischen Grundlage der Generalversammlung. Die Genossenschafter erfahren durch die Einräumung weiterer Mitwirkungsrechte auch keine Schlechterstellung. Diese bewirkt bloss eine Angleichung der Rechtsstellung der Beteiligungsscheininhaber an diejenige der Genossenschafter. U.E. ist aus diesen genannten Gründen die Möglichkeit zur statutarischen Einführung weiterer Mitwirkungsrechte zu bejahen, selbst wenn sie das Gesetz nicht explizit vorsieht.

Auch die Frage nach der Zulässigkeit der Ausgestaltung als Wertpapier wird trotz der Regelung der Beteiligungsscheine in mehreren Artikeln des Bankengesetzes gesetzlich nicht geregelt. Sie geht mit der Frage nach der Übertragbarkeit einher. Während der Partizipationsschein und die Aktie als Wertpapier gemäss Art. 965 OR ausgestaltet werden können,¹⁵⁰ d. h. eine Urkunde sind, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde nicht geltend gemacht oder übertragen werden kann,¹⁵¹ ist die Regelung für die Beteiligungsscheine unklar. Das Bankengesetz enthält dazu keine Norm, auch keine, die eine Anwendung des Aktienrechts erlauben würde. Aber auch eine analoge Anwendung von Art. 853 Abs. 3 OR, der die Errichtung der Anteilscheine als Wertpapiere verbietet,¹⁵² ist zweifelhaft, da sich die Norm ausdrücklich auf Anteilscheine bezieht. Als Instrument zur Schaffung von Eigenkapital und zum Schutz der Beteiligungsscheininhaber wäre es jedoch sinnvoll und wünschenswert, wenn die Beteiligungsscheine als Wertpapiere ausgestaltet werden könnten und daher auch eine Übertragung nach wertpapierrechtlichen Regeln erfolgen könnte. Dafür spricht, dass dem Beteiligungsscheininhaber keine mitgliedschaftlichen Pflichten auferlegt werden, was die Fungibilität im Vergleich zum Anteilschein deutlich erhöht und für eine Kapitalmarktfähigkeit sprechen würde.¹⁵³

150 MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, N 13.

151 Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, N 19 ff., m. w. H.

152 Vgl. JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 21.

153 Dazu bereits ähnlich JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, S. 123 f.

6.5. Fazit

Ein wesentlicher und berechtigter Grund für die Einführung von Beteiligungskapital mittels Änderung des Bankengesetzes liegt u. E. in der Stärkung der Eigenmittel und in der Erfüllung der strengen Eigenmittelvorschriften, die insbesondere für systemrelevante Banken gelten.¹⁵⁴ Für Genossenschaftsbanken ergibt die Norm folglich durchaus Sinn, denn eine breitere Eigenmittelbasis und die Möglichkeit, im Krisenfall auf ein weiteres Instrument zur Schaffung von hartem Kernkapital zurückgreifen zu können, dient der Stabilität des systemrelevanten Instituts und damit auch der Stabilität der Gesamtwirtschaft. Mit der Änderung des Bankengesetzes erging ein weiterer richtiger Schritt in Richtung «same business, same risks, same rules».

Es wird deutlich, dass mit der Einführung des Beteiligungskapitals die kapitalistische Ausprägung zugenommen hat, durch die Verweise auf die genossenschaftsrechtliche Regelung im Obligationenrecht bleiben personalistische Grundsätze allerdings erhalten, und gemeinnützige Bestrebungen werden weiterhin hochgehalten. So wird beispielsweise auch bei der Einführung von Beteiligungskapital eine statutarische Grundlage für die Verteilung des Liquidationsüberschusses an die Beteiligungsscheininhaber verlangt, bzw. der Liquidationsüberschuss wird bei fehlender statutarischer Regelung zur Verteilung unter den Genossenschaftlern bzw. Beteiligungsscheininhabern gemäss Art. 913 Abs. 4 OR zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen verwendet, während den Aktionären und Partizipanten nach Schuldentilgung ein Recht auf Liquidationsergebnis zusteht.¹⁵⁵ Die Möglichkeit zur Schaffung von Beteiligungskapital führt folglich nicht zu einer rechtswidrigen Ausgestaltung einer Genossenschaft, sondern geht mit der bereits bestehenden Atypizität von Kreditgenossenschaften einher und ist in Anbetracht der die Gefahr für Genossenschaftler und Beteiligungsscheininhaber überwiegenden Vorteile hinzunehmen.

Angesichts der im Vergleich zum Partizipationskapital kurzen und rudimentären Regelung des Beteiligungskapitals ist nicht überr-

154 Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9058.

155 Art. 745 Abs. 1 OR.

schend, dass Unklarheiten bleiben.¹⁵⁶ Insbesondere stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Qualifikation als Wertpapier, der Übertragbarkeit der Beteiligungsscheine und der Zulässigkeit der Statuierung weiterer Mitwirkungsrechte. Diese gilt es, in der Praxis oder im Rahmen einer nächsten Gesetzesrevision, zu klären.

7. Schlussbemerkungen

Mit dem Bundesgerichtsentscheid BGE 140 III 206 aus dem Jahr 2014 wurde einer jahrzehntelang geführten Diskussion über die Zulässigkeit eines dem Partizipationskapital ähnlichen Kapitals bei Genossenschaften vorerst ein Ende gesetzt, damit wurde gleichzeitig aber auch die Kritik befeuert. Umso erfreulicher ist es, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich tätig geworden ist und die vor dem Bundesgerichtsentscheid herrschende Rechtsunsicherheit und zugleich die danach feststellbare Unzufriedenheit mit der Rechtslage endgültig beendet hat,¹⁵⁷ wenn auch nicht sämtliche Fragen geklärt werden konnten.¹⁵⁸

Mit dem Beteiligungskapital wurde ein kapitalbezogenes Finanzierungsmittel für die Genossenschaft, die als personenbezogene Rechtsform gilt, geschaffen. Der Eingriff in die ursprüngliche Genossenschaftsstruktur, der darin gesehen werden kann, ist angesichts des geringen Anwendungsbereichs und der Vorteile, welche die Norm mit sich bringt, hinzunehmen.¹⁵⁹ Eine Ausweitung der Zulässigkeit von Beteiligungskapital auf alle Genossenschaften würde allerdings eine Verankerung im Obligationenrecht unumgänglich machen. Dies könnte nur im Rahmen einer Rundumsicht und einer umfassenden Revision des Genossenschaftsrechts erfolgen und hätte mit Sicherheit auch die Abkehr bzw. Aufweichung von vereinzelt genossenschaftlichen Grundprinzipien zur Folge. In der gelebten Praxis ist eine solche Abkehr aber schon längst erkennbar. Das Bedürfnis nach Beteiligungs-

¹⁵⁶ Die Unklarheiten gründen sich auch auf den Umstand, dass die Normen zum Beteiligungskapital im Rahmen der FIDLEG/FINIG-Vernehmlassung und nicht im Rahmen einer eigenen Vernehmlassung erlassen wurden.

¹⁵⁷ Vgl. dazu namentlich FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER, Rz. 21 f.

¹⁵⁸ Vgl. oben Ziff. 6.4.

¹⁵⁹ EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital, S. 7.

kapital scheint in der Praxis nicht dringlich zu sein,¹⁶⁰ da sich die Nichtgenossenschaftsbanken auch nicht mit erhöhten Eigenmittelvorschriften konfrontiert sehen. Es bleibt auch abzuwarten, ob die Genossenschaftsbanken mit der nächsten Statutenänderung die Grundlage für die Schaffung von Beteiligungskapital setzen. Eine diesbezügliche Änderung des Obligationenrechts drängt sich folglich nicht auf, während eine Revision des Genossenschaftsrechts im Gesamten jedoch längst überfällig wäre.¹⁶¹

Literaturverzeichnis

- FLURI ERICH, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht, Diss. Zürich 1972, Zürich 1973
- FORSTMOSER PETER, Grossgenossenschaften, Diss. Bern 1970
- FORSTMOSER PETER/TAISCH FRANCO/TROXLER TIZIAN, Unzulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften, Jusletter vom 14. Juli 2014
- FORSTMOSER PETER/TAISCH FRANCO/TROXLER TIZIAN/D'INCÀ INGRID, Der Genossenschaftszweck – gestern und heute, REPRAX 2/2012, S. 1 ff.
- GERBER WALTER, Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen, Diss. Bern 2003
- GUTKNECHT HERMANN, Die finanziellen Berechtigungen und Verpflichtungen der Genossenschafter, Diss. Bern 1937
- HUBER ADRIANO R./VON DER CRONE HANS CASPAR, Zulässigkeit von Partizipations-scheinen bei Genossenschaften, SZW 4/2014, S. 445 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2016 (zit. AUTOR, BSK OR II, Art. ... N ...)
- JÄGGI PETER/DRUEY JEAN NICOLAS/VON GREYERZ CHRISTOPH, Wertpapierrecht, Basel 1985

160 Auch die Raiffeisen Schweiz Genossenschaft erfüllt ohne Beteiligungskapital mit einem CET1-Wert von über 17% die Eigenmittelvorschriften für hartes Kernkapital (vgl. <https://www.raiffeisen.ch/content/dam/www/rch/pdf/abschlusszahlen/de/2020/5J-Uebersicht-2020-DE.pdf>, zuletzt besucht am 20. Oktober 2020). Zur vorgeschriebenen Quote vgl. Anhang 8 ERV.

161 Ähnlich FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER, Rz. 23; vgl. auch JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA, Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?, in: Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, S. 363 ff., S. 388 f.

- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, Bern 2018
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 3. Auflage, Bern 2018
- NOBEL PETER, Der arme Bankaktionär, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 637 ff.
- REYMOND JACQUES-ANDRÉ/TRIGO TRINDADE RITA, Schweizerisches Privatrecht VIII/5, Die Genossenschaft, Basel 1998
- SETHE ROLF/CETINKAYA MELTEM, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht / Le point sur le droit des sociétés et de papiers-valeurs, SJZ 114/2018, S. 494 ff.
- STAUB LEO/HEHLI HIDBER CHRISTINE (Hrsg.), Management von Anwaltskanzleien, Erfolgreiche Führung von Anwaltsunternehmen, Zürich 2012 (zit. AUTOR, Management)
- TAISCH FRANCO/SCHWYTER THOMAS, Finanzierung von Genossenschaften, in: Martina Caroni/Sebastian Heselhaus/Klaus Mathis/Roland Norer (Hrsg.), Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, S. 507 ff.
- TAISCH FRANCO/TROXLER TIZIAN, Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften, AJP 2013, S. 407 ff.
- TURIN NICHOLAS/ZIHLER FLORIAN, 25 Jahre Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht»: Wo stehen wir heute?, GesKR 2018, S. 109 ff.

Materialienverzeichnis

- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Sommersession 2018, AB 2015 2066 (Geschäft Nr. 15.3220), abrufbar unter <https://www.parlament.ch> > Ratsbetrieb/Amtliches Bulletin/2018/Sommersession (zit. AB NR 2018, S. [...])
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, Wintersession 2015, AB 2015 2066 (Geschäft Nr. 15.3220), abrufbar unter <https://www.parlament.ch> > Ratsbetrieb/Amtliches Bulletin/2015/Wintersession (zit. AB NR 2015, S. [...])
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, Sommersession 2015, AB 2015 668 ff. (Geschäft Nr. 15.3220), abrufbar unter <https://www.parlament.ch> > Ratsbetrieb/Amtliches Bulletin/2015/Sommersession (zit. AB SR 2015, S. [...])
- Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 ff. (zit. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 [...])

- Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht 1982, BBl 1983 II [...])
- Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Kommentar zur Totalrevision der Eigenmittelverordnung (ERV) vom 22. Juni 2012, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/43071.pdf> (zuletzt besucht am 10. November 2020) (zit. EFD, Kommentar Totalrevision ERV)
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Beteiligungskapital bei Bankengenossenschaften, Aktennotiz der WAK-N zu 15.073 Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) (Differenzen), abrufbar unter <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/aktennotiz-bj-15-073-d.pdf> (zuletzt besucht am 10. November 2020) (zit. EJPD, Aktennotiz Beteiligungskapital)
- Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht vom 24. September 1993, abrufbar unter www.bj.admin.ch (Wirtschaft/abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte/Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts/Berichte und Richtlinien) (zit. Schlussbericht Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht»)