



12. April 2018

Beteiligungskapital bei Bankengenossenschaften

Aktennotiz zuhanden der WAK-N
zu 15.073 Finanzdienstleistungsgesetz
(FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG)
(Differenzen)

1 Auftrag

Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK-N) hat an der Sitzung vom 26. März 2018 den Gesetzesentwurf zu 15.073 Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) (Differenzen) beraten. Gemäss dem übermittelten provisorischen Protokollauszug möchte die WAK-N eine rechtliche Einschätzung des BJ zur "*Lex Raiffeisen*" mit Blick auf das Genossenschaftsrecht, insbesondere was die Finanzierung, die Haftung und die Implikationen der betreffenden Gesetzesartikel angeht.

2 Kapitalbeteiligung bei Genossenschaften unter geltendem Recht

2.1 Genossenschaftskapital gebildet durch die Ausgabe von Anteilsscheinen

Eine Genossenschaft kann, muss aber nicht über ein Genossenschaftskapital verfügen. Braucht sie ein Genossenschaftskapital, so gibt sie Anteilsscheine heraus und hat dies statutarisch vorzusehen. Dementsprechend bestehen bei der Genossenschaft auch keine Vorschriften über die Mindesthöhe des Grundkapitals, über den Mindestnennwert der Anteilsscheine sowie über die minimale Liberierungsquote und es besteht keine Handelsregisterpublizität. Das Genossenschaftskapital kann nicht in einer bestimmten Höhe festgesetzt werden, da bei der Genossenschaft das "*Prinzip der offenen Tür*" vorherrscht: Durch die Fixierung eines Grundkapitals in einer festen Höhe würde auch die Zahl der Mitgliedschaftsstellen bestimmt. Beitrittswilligen wäre damit unter Umständen der Eintritt verunmöglicht, weil sie keinen Genossenschaftsanteil erwerben können.¹

Die Anteilscheine einer Genossenschaft sind jedoch im Gegensatz zu den Aktien keine Wertpapiere, sondern lediglich Beweisurkunden (Art. 853 Abs. 3 OR). Es können nur Genossenschaftler Inhaber von Anteilsscheinen sein; Dritte sind ausgeschlossen. Jeder Genossenschaftler hat mindestens einen Anteilschein zu übernehmen (Art. 853 Abs. 1 OR). Die Statuten können aber auch vorsehen, dass die Anzahl der Anteilscheine je Genossenschaftler beschränkt ist (Art. 853 Abs. 2 OR). Für die Mitgliedschaft ist stets der Eintrag im Verzeichnis der Genossenschaftler massgebend und nicht etwa der Besitz eines Anteilsscheines. Dementsprechend können die Anteilsscheine nicht kotiert oder gehandelt werden.² Bei einem Austritt aus der Genossenschaft kann, sofern dies in den Statuten vorgesehen wird, gemäss Art. 864 Abs. 2 OR eine Rückzahlung des Anteilsscheins vorgesehen werden. Die Höhe berechnet sich hierbei nach dem bilanzmässigen Reinvermögen im Zeitpunkt des Ausscheidens.³ Sofern die Statuten nichts anderes bestimmen, haftet für die Gesellschaftsschulden nur das Genossenschaftsvermögen (Art. 868 OR).

Auf allfällige Anteilsscheine darf höchstens eine Dividende entrichtet werden, die dem landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten entspricht (Art. 859 Abs. 3 OR). Der Anteilsschein ist damit vom Gesetzgeber bewusst unattraktiv gestaltet worden.⁴

¹ Arthur MEIER-HAYOZ/Peter FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Zürich 2012, § 19 N 30 ff. (zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER).

² Vgl. Hans NIGG, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 852/853 N 3 ff.

³ Vgl. [BGE 127 III 415](#) ff.

⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 19 N 55.

2.2 Unzulässigkeit von Beteiligungskapital bei Genossenschaften

2.2.1 Fehlende gesetzliche Grundlage

Das geltende Genossenschaftsrecht sieht die Schaffung von Beteiligungskapital durch die Ausgabe von Partizipationsscheinen nicht vor. Dies wurde namentlich auch seitens des Bundesgerichts⁵ und der vom Bundesrat eingesetzten Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" in ihrem Schlussbericht vom 24. September 1993⁶ bestätigt.

2.2.2 Schaffung von Beteiligungskapital bei Genossenschaften ist systemfremd und wurde vom Bundesgericht untersagt

Das Gesellschaftsrecht verfügt nur über eine geschlossene Zahl von Rechtsformen zur Verfügung (= *Formenzwang*), deren inhaltliche Ausgestaltung beschränkt ist (= *Formenfixierung*). Zwar belässt das Gesetz erheblichen Spielraum für die individuelle Ausgestaltung innerhalb der einzelnen Gesellschaftsformen, weil es der Gesetzgeber vermieden hat, diese Formen durch zwingendes Recht streng an ein gesetzgeberisches Leitbild, einen Typus, zu binden. Dagegen ist es verboten, eine dem schweizerischen Recht unbekannte Gesellschaftsform zu wählen (z.B. ein dem Treuunternehmen des liechtensteinischen Rechts entsprechendes Gebilde zu schaffen) oder verschiedene Gesellschaftsformen, etwa der AG und den Genossenschaft, miteinander zu vermischen.⁷

Das Bundesgericht hat in ihrem "*Raiffeisen-Entscheid zur Schaffung von Beteiligungskapital*" festgehalten, dass im Rahmen der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit es einer Genossenschaft ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Rechte der Beteiligten nicht frei zusteht, Eigenkapitalinstrumente *sui generis* zu schaffen. Dies insbesondere weil die bundesgerichtliche Analyse der Regelungskonzepte einer Genossenschaft im Vergleich zu einer Aktiengesellschaft gezeigt hatte, dass die Genossenschaft sowohl in vermögens- als auch in mitgliedschaftsrechtlicher Hinsicht grundlegende Unterschiede gegenüber der Aktiengesellschaft aufweist. Die Bestimmungen des Aktienrechts dienen dem Schutz der Inhaber von Partizipationsscheinen. Bei anderen Gesellschaftsformen (GmbH, Genossenschaft) fehlen solche gesetzliche Regeln.⁸

2.2.3 Bereits in der geltenden Bankengesetzgebung bestehende alternative Finanzierungsmöglichkeit

Die "*Too-big-to-fail-Gesetzgebung*" (TBTF-Gesetzgebung) hat nicht nur Vorgaben zur Stärkung der Eigenmittel von Banken gemacht, sondern für diese auch besondere Finanzierungsmöglichkeiten geregelt. Insbesondere wurden für Genossenschaftsbanken, welche nicht mittels Partizipationskapital ihre Eigenmittelbasis erhöhen können, mit Art. 11 Abs. 2 des Bankengesetzes⁹ speziell die sogenannten Anleihen mit Forderungsverzicht als Instrument zur Schaffung von eigenkapitalersetzendem Fremdkapital vorgesehen.

⁵ Vgl. [BGE 140 III 206](#) ff.

⁶ [Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht". Schlussbericht vom 24. September 1993](#), S. 61 f.

⁷ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 2 und 4.

⁸ Vgl. BGE 140 III 206 E. 3.6.4.

⁹ [Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen \(Bankengesetz, BankG\) vom 8. November 1934 \(SR. 952\)](#).

2.2.4 Möglichkeit der Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft

Der Bundesrat hat in der Vergangenheit die Meinung vertreten, dass wenn bei einer Rechteinheit eine stimmrechtslose Beteiligung am Kapital geschaffen werden soll, die Rechtsform der Aktiengesellschaft zu wählen sei. Hierbei ermögliche das Fusionsgesetz eine einfache Umwandlung der jeweiligen Rechtseinheit in eine Aktiengesellschaft.¹⁰

3 Nähere Betrachtung der Bestimmungen zum Beteiligungskapital bei Genossenschaftsbanken im Anhang E-FINIG unter Berücksichtigung der Regelung des Partizipationskapitals im Aktienrecht

3.1 Allgemeines

Obwohl es sich beim E-FINIG um ein künftiges Gesetz im Bereich des öffentlichen Rechts handelt, hat dieses einen engen Bezug zum Privatrecht. Insbesondere die fragliche Einführung von Beteiligungskapital bei Genossenschaftsbanken¹¹ lehnt sich inhaltlich am Partizipationskapital der Aktiengesellschaft an und lässt daher einen Vergleich zu:

"Mit dem vorliegenden Entwurf soll daher für Genossenschaftsbanken ein wirtschaftlich dem Partizipationskapital der Aktiengesellschaft (vgl. Art. 656a–656g OR) nachgebildetes Beteiligungskapital geschaffen werden. Es handelt sich dabei rechtlich um Eigenkapital sui generis, die Regeln des Partizipationskapitals sind nur anwendbar, wenn dies das Gesetz ausdrücklich vorsieht. Soweit der Entwurf nichts anderes bestimmt, gelten für Genossenschaftsbanken die Bestimmungen der Genossenschaft im Obligationenrecht."¹²

3.2 Tabellarischer Vergleich zwischen dem Partizipationskapital bei Aktiengesellschaften und dem Beteiligungskapital bei Genossenschaftsbanken

	Partizipationskapital bei Aktiengesellschaften (OR)	Beteiligungskapital bei Genossenschaftsbanken (E-FINIG)	Kompatibilität
1) Ausgestaltung			
- Statutarische Grundlage	– Ja (656 ¹)	– Ja (11 ^{2bis})	✓
- Kapitalbegrenzung	– Nicht grösser als das Doppelte des Aktienkapitals (656b ¹)	– Keine Obergrenze	Divergenz ¹³

¹⁰ Vgl. die entsprechenden Umwandlungsbestimmungen im [Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung \(Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301\)](#) und [Botschaft zur Revision des Obligationenrechts \(GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht\) vom 19. Dezember 2001, BBl 2001 3249](#): "Soll eine stimmrechtslose Beteiligung am Risikokapital der Gesellschaft geschaffen werden, so ist sachgerechterweise die Rechtsform der Aktiengesellschaft zu wählen (eine einfache Umwandlung wird vom zukünftigen Fusionsgesetz gewährleistet)".

¹¹ Vgl. [Anhang 15, Änderung des BankG, Art. 11-14b](#).

¹² [Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz \(FIDLEG\) und zum Finanzinstitutsgesetz \(FINIG\) vom 4. November 2015, BBl 2015 9058](#).

¹³ Im Unterschied zu den Bestimmungen im E-FINIG verlangt Art. 656b Abs. 1 OR, dass das Partizipationskapital bei einer Aktiengesellschaft das Doppelte des Aktienkapitals nicht überschreiten darf. Hierzu sah die bundesrätliche Botschaft vor, dass das Partizipationskapital das Aktienkapital nicht übersteigen dürfe, "da sonst ein Missverhältnis zwischen Risikokapitalien mit und ohne Stimmrecht entsteht. Es darf nicht zugelassen werden, dass Personen mit ihrem Stimmrecht die Gesellschaft beherrschen, ohne sich wesentlich an der Aufbringung des Wagniskapitals zu beteiligen." ([Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983](#), S. 802).

	Partizipationskapital bei Aktiengesellschaften (OR)	Beteiligungskapital bei Genossenschaftsbanken (E-FINIG)	Kompatibilität
- Teilsommenzerlegung, Pflicht zur Bezeichnung, Festsetzung Nennwert	– Ja (656a ¹)	– Ja (14 ¹)	✓
2) Mitgliedschaft			
	– Ja, Partizipationsschein wird auch "stimmrechtlose Aktie" genannt	– Nein (14 ¹)	<u>Divergenz</u>
3) Mitwirkungsrechte			
- Orientierung über Einberufung der GV (inkl. Traktanden und Anträge)	– Ja (656d ¹)	– Ja (14 ²)	✓
- Antragsrecht auf Einleitung Sonderprüfung	– Ja (656c ³)	– Ja (14 ⁶)	✓
- Orientierung über Beschlüsse, Geschäftsbericht und Revisionsbericht	– Ja (656d ²)	– Ja (14 ²)	✓
- Anfechtung	– Ja (656a ² i.V.m. 706)	– Ja (14 ⁵)	✓
- Stimmrecht	– Nein (656a ¹ und 656c ¹) – Vorbehalten bleibt das Stimmrecht in der <i>Partizipantenversammlung</i> als Sonderversammlung, welche einzuberufen ist, falls man den Partizipanten nachträglich Vorrechte oder statutarisch eingeräumte Mitwirkungsrechte entziehen will (656f ⁴)	– Nein (14 ¹) – Keine Versammlung der Inhaber von Beteiligungsscheinen	✓ <u>Divergenz</u>
- Statutarischer Gestaltungsraum	– Das Gesetz lässt viel Gestaltungsraum; Partizipanten können weitere Mitwirkungsrechte eingeräumt werden (z.B. Recht auf Einberufung GV, Teilnahmerecht an GV, Recht zur Stellung von Anträgen oder Anspruch auf Vertretung im VR [656c ² und 656e])	– ?	<u>Unklar</u> , geht aus Botenschaft E-FINIG nicht hervor

	Partizipationskapital bei Aktiengesellschaften (OR)	Beteiligungskapital bei Genossenschaftsbanken (E-FINIG)	Kompatibilität
4) Vermögensrechte			
- Dividenden	– Aus Bilanzgewinn und dafür vorgesehenen Reserven (656a ² i.V.m 675 ²)	– Aus Bilanzgewinn und dafür vorgesehenen Reserven (14a ³)	✓
- Gleichstellung	– Ja, Gleichstellung der Partizipanten bei der Verteilung des Bilanzgewinns und Liquidationsergebnis (656f ⁴) sowie bei sie betreffenden Beschlüssen im Vergleich zu den Aktionären (656f ³)	– Ja, Gleichstellung der Inhaber von Beteiligungsscheinen bei der Verteilung des Bilanzgewinns und Liquidationsergebnis (14 ⁴) sowie bei sie betreffenden Beschlüssen im Vergleich zu den Inhabern von Beteiligungsscheinen (14 ³)	✓
- Bezugsrecht	– Ja (656g)	– Nein	<u>Divergenz:</u> Inhaber von Beteiligungsscheinen werden bei der Erhöhung des Genossenschafts- und/oder Beteiligungskapitals nicht gleich wie Aktionäre geschützt (656g ² und 3 ³). Dementsprechend besteht keine umfassende "Schicksalsgemeinschaft" wie bei der Aktiengesellschaft
5) Haftung			
	– Nur mit der jeweiligen Einlage	– Nur mit der jeweiligen Einlage	✓
6) Bildung von Reserven			
	– Ja (656b ² i.V.m. 671)	– Ja (14a ¹ und 2)	✓ Praktische Funktionsweise unklar, da das Eigenkapital bei einer Genossenschaft mit Anteilsscheinen angesichts des "Prinzips der offenen Tür" variabel ist
7) Erwerb eigener Anteile			
	– Ja (656b ² i.V.m. 659/659a)	– Ja (14a ⁴ und 5)	✓
8) Meldepflicht			
	– Ja (697i-697k, 697m)	– Ja (14b ¹)	✓
9) Verzeichnis wirtschaftlich Berechtigter			
	– Ja (697l)	– Ja (14b ² und 3)	✓

	Partizipationskapital bei Aktiengesellschaften (OR)	Beteiligungskapital bei Genossenschaftsbanken (E-FINIG)	Kompatibilität
10) Auffangtatbestände			
	– Ja, spezifische aktienrechtliche Bestimmungen gelten subsidiär (656a ² , 656b ³)	– Ja, gemäss Botschaft gelten für Genossenschaftsbanken subsidiär die Bestimmungen der Genossenschaft im Obligationenrecht	✓ Genossenschaftsrecht hat kaum kapitalrechtliche Bestimmungen

4 Schlussfolgerung

Die spezialgesetzliche Schaffung eines Beteiligungskapitals für Genossenschaftsbanken orientiert sich stark am aktienrechtlichen Partizipationskapital. Da mit dem FINIG im Bereich des öffentlichen Rechts legiferiert wird, steht es dem Gesetzgeber ohne weiteres zu, nur ausgewählte vermögens- oder mitgliedschaftsrechtliche Regelungsansätze des Aktienrechts zum Partizipationskapital zu übernehmen. Es handelt sich also um eine rechtspolitische Frage, wie stark die Inhaber von stimmrechtslosen Beteiligungsscheinen geschützt werden sollen bzw. wie tief in die Grundstruktur der Genossenschaft eingegriffen werden soll. Mit dem Beteiligungskapital würde ein kapitalbezogenes Rechtsinstitut in die personenbezogene Genossenschaft implementiert. Da die Neuregelung des FINIG nur für Genossenschaftsbanken gelten soll, bliebe der Eingriff zumindest vom Anwendungsbereich her sehr beschränkt.

Möchte man hingegen das Institut des Beteiligungskapitals auf alle Genossenschaften erweitern, so wäre eine Anpassung des Obligationenrechts notwendig. Dies würde eine Gesamtschau bedingen. Eine umfassende Revision des Genossenschaftsrechts wäre wohl unumgänglich.