

Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei der Genossenschaft

Art. 828 ff., **Art. 940 OR**

Die gesetzliche Ordnung des Eigenkapitals der Genossenschaft ist nicht lückenhaft. Die Ausgabe von Partizipationsscheinen durch eine Genossenschaft ist demnach ausgeschlossen. [150]

» BGer **4A_363/2013** vom 28. April 2014 (Publikation vorgesehen)

Die Genossenschaft X. (Raiffeisen) ersuchte das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) um Feststellung, dass die von ihr geplanten Statutenänderungen rechtmässig seien. Die Statuten sahen neu ein «genehmigtes Beteiligungsscheinkapital» vor. Das EHRA beurteilte dies als unzulässig. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum gegenteiligen Schluss (BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013; vgl. **ius.focus 2014, Nr. 94**) – wogegen das EHRA jedoch erfolgreich Beschwerde beim Bundesgericht eingelegt hat.

Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass bei der Frage der Zulässigkeit von Partizipationsscheinen (Beteiligungsscheinen) bei Genossenschaften von einer umfassenden Prüfungsbefugnis des EHRA und der Rechtsmittelinstanzen auszugehen sei. Angesichts der Bedeutung dieser gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Grundsatzfrage könne es nicht angehen, die Ausgabe derartiger Partizipationsscheine gestützt auf eine vertretbare Rechtsauffassung als eintragungsfähig zu erklären und es einem hypothetischen Dritten oder einem Genossenschafter zu überlassen, die entsprechenden Beschlüsse anzufechten (E. 2.3).

Das aus den 1930er-Jahren stammende Genossenschaftsrecht und die Gesetzesmaterialien befassen sich nicht mit Partizipationsscheinen – was insofern verständlich ist, als diese erst in den 1960er-Jahren bei den Aktiengesellschaften aufgekommen sind (E. 3.2.3). Im Zentrum des bundesgerichtlichen Entscheids steht darum die Frage, ob die Regelung des Eigenkapitals im Genossenschaftsrecht lückenhaft ist (E. 3.5 ff.). Während das Bundesverwaltungsgericht eine echte Gesetzeslücke zu erkennen glaubte und diese zu füllen versuchte, vermag das Bundesgericht keine Lücke zu erkennen. Es geht im Gegenteil von einer abschliessenden Regelung aus. Diese Diskrepanz rührt daher, dass das Bundesgericht der historischen Gesetzesauslegung keine vorrangige Bedeutung beimisst (E. 3.5.3 ff.), wohingegen das Bundesverwaltungsgericht zur Feststellung der vermeintlichen Lückenhaftigkeit auf die Materialien abstellte. Mehr Beachtung schenkt das Bundesgericht der Teleologie und der Systematik. Auf diese Weise ist es dem

Bundesgericht möglich, die Tatsache in den Hintergrund zu rücken, dass der historische Gesetzgeber beim Erlass des Genossenschaftsrechts nicht an das Thema Partizipationsscheine gedacht haben konnte. Zudem vermag das Bundesgericht so die Unzulässigkeit von Partizipationsscheinen im GmbH-Recht für eine Analogie heranzuziehen: Die Materialien zur 2008 in Kraft getretenen GmbH-Revision brächten den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck, Partizipationsscheine nicht bei allen Gesellschaftsformen zuzulassen und ihre Ausgabe von besonderen Schutzmechanismen zugunsten der Partizipanten abhängig zu machen (E. 3.6.4). Entsprechend dem geltenden GmbH-Recht, das von einer Regelung von Partizipationsscheinen absehe und damit (im Sinne einer abschliessenden Ordnung) deren Unzulässigkeit zum Ausdruck bringe, sei das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung bei der Genossenschaft nicht als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes zu verstehen (E. 3.7). Das Genossenschaftsrecht sei nicht lückenhaft, sondern schliesse Partizipationsscheine aus.

Kommentar

Das Bundesgericht betritt mit diesem Entscheid Neuland. Zwar wird die Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften in der Literatur diskutiert (und von der überwiegenden Lehre bejaht), doch galt die Zulässigkeitsfrage bis anhin als nicht abschliessend geklärt. Das Bundesgericht hat nun der überwiegenden Lehre widersprochen. Aus methodologischer Sicht ist der Entscheid insofern interessant, als das Bundesgericht klarstellt, dass sich eine negative Anordnung des Gesetzes (eine abschliessende Regelung, ein qualifiziertes Schweigen) auch aus einer systematischen und/oder teleologischen Auslegung ergeben könne; die historische Auslegung (die Materialien) sei nicht allein entscheidend (im Widerspruch dazu etwa: **BGE 114 Ia 191** E. 3b/bb; **115 II 97** E. 2b). Für das Bundesgericht ist das Erkennen einer abschliessenden Regelung eine elegante Lösung, weil es eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Wesen von Genossenschaft und Partizipationsscheinen obsolet macht. Kritisch ist, dass der bundesgerichtliche Methodeneklektizismus Rechtsunsicherheit schafft.

Interessant ist dieser Entscheid auch deshalb, weil er sich bei jenen wenigen Entscheiden einreicht, in denen das Bundesgericht ausnahmsweise auf eine unbeschränkte Kognition des Handelsregisterführers (und der Rechtsmittelinstanzen) erkannte (vgl. **BGE 125 III 18** E. 3c; BGer **4A.4/2006** vom 20. April 2006, E. 2.2 f.). Axiomatisch stellt das Bundesgericht fest: «Eine Lückenfüllung, bei der eine generell-abstrakte Regel gefunden werden muss, wie sie der Gesetzgeber getroffen hätte, setzt eine umfassende Prüfungsbefugnis voraus.» (E. 2.3).

Jürg Fisch