

Partizipationskapital bei Genossenschaften

Art. 828 ff., **Art. 940 Abs. 2 OR**; **Art. 28 HRegV**

Eine Genossenschaftsbank darf Partizipationskapital in Form von «Beteiligungsscheinen» begeben. Entsprechende Statutenänderungen sind genehmigungsfähig. [94]

» BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 (angefochten; Urteil des Bundesgerichts für Mai 2014 erwartet)

Die Bank X., eine Kreditgenossenschaft und zugleich ein Genossenschaftsverband, ersuchte das Eidgenössische Handelsregisteramt um Feststellung, dass die von ihr entworfenen Statutenänderungen eintragungsfähig seien. Ihre Statuten sahen neu ein «genehmigtes Beteiligungsscheinkapital» von CHF 300 Mio. vor, wobei die «Beteiligungsscheine» ein Recht auf Gewinnanteil, jedoch keine Mitgliedschaftsrechte und kein Stimmrecht verleihen sollten. Das Eidgenössische Handelsregisteramt erachtete diese Statutenänderungen als mit dem Wesen der Genossenschaft unvereinbar und verweigerte das Plazet, woraufhin die Bank X. an das Bundesverwaltungsgericht gelangte. Letzteres kam aufgrund folgender Erwägungen zum gegenteiligen Schluss:

In einem ersten Schritt stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass das von der Beschwerdeführerin geplante Beteiligungsscheinkapital im Wesentlichen dem aktienrechtlichen Partizipationskapital entspreche (E. 6). In einem zweiten Schritt ermittelte es, ob der Gesetzgeber zum Thema Partizipationskapital bei Genossenschaften qualifiziert geschwiegen habe oder eine (echte) Gesetzeslücke bestehe. Aufgrund einer historischen Auslegung der Gesetzesmaterialien erkannte das Gericht eine Gesetzeslücke (E. 10). In einem dritten Schritt schliesslich ging es dem Gericht darum, diese Lücke zu schliessen (E. 13 ff., insb. 17 f.). Dazu musste es beurteilen, ob das aktienrechtliche Institut der Partizipationsscheine mit dem Wesen der Genossenschaft vereinbar sei: Dem Wesen der Genossenschaft als Förderungsgemeinschaft, deren Tätigkeit sich auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränke, laufe die Ausgabe von Partizipationsscheinen zwar teilweise zuwider, da diese Nichtmitgliedern erhebliche Vermögensrechte einräume, allerdings habe die Stärkung des Eigenkapitals der Genossenschaft auch Vorteile für deren Zweckerfüllung. Dies gelte umso mehr, als Genossenschaften durchaus auch Nichtmitgliedergeschäfte tätigen dürften, sofern diese bloss ergänzender Natur seien (E. 17.3.1). Die absolut zwingende Ausschüttungsschranke von **Art. 859 Abs. 3 OR**, wonach die auf Anteilsscheine entfallende Quote des Reinertrages auf den

landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten begrenzt sei, komme nicht zum Tragen, da mit **Art. 861 Abs. 1 OR** für Kreditgenossenschaften eine Ausnahmeregelung bestehe (E. 17.3.2). Auch mit dem in **Art. 828 Abs. 1 OR** verankerten Selbsthilfeprinzip sei die Ausgabe von Partizipationsscheinen vereinbar, da dadurch die Pflicht der Mitglieder, einen konkreten, über die finanzielle Beteiligung hinausgehenden Beitrag zu leisten, nicht berührt werde. Zudem sei das Selbsthilfeprinzip heute nur mehr ein Postulat (E. 17.4). Auch das in **Art. 828 Abs. 2 OR** verankerte Prinzip der offenen Tür werde nicht verletzt, da sich dieses lediglich gegen ein festes Genossenschaftskapital richte und nicht auf das gesamte Eigenkapital bezogen werden dürfe (E. 17.5). Das Verbot, Anteilsscheine als Wertpapiere auszugestalten (**Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR**), werde ebenfalls nicht berührt, da es auf Partizipationsscheine einer Genossenschaft weder direkt noch per analogiam anwendbar sei (E. 18.2). Und schliesslich werde auch das Gleichbehandlungsgebot von **Art. 854 OR** nicht missachtet (E. 18.3).

Kommentar

Die Frage, ob Genossenschaften ein Partizipationskapital schaffen dürfen, wird in der Lehre, zumal in der neueren, zwar mehrheitlich bejaht, ist aber nicht unumstritten. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts kann diesen Streit nicht abschliessend entscheiden. Da es sich bei der Beschwerdeführerin um eine Kreditgenossenschaft und zugleich um einen Genossenschaftsverband handelt, ist das Urteil mit Blick auf andere Genossenschaften nicht ohne Weiteres verallgemeinerungsfähig. Dazu kommt, dass das Bundesverwaltungsgericht – aufgrund der beschränkten Kognition des Registerführers in materiellrechtlichen Belangen (**Art. 940 Abs. 2 OR**, **Art. 28 Satz 1 HRegV**; vgl. E. 2.2.1 m. w. H.) – nur zu prüfen hatte, ob die geplanten Statutenänderungen offensichtlich und unzweideutig zwingende, im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellte Gesetzesbestimmungen verletzten. Zu prüfen war m.a.W. nur, ob die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Gesetzesauslegung vertretbar sei. – Nicht zu verkennen ist, dass durch die Zulassung von Partizipationskapital das Selbsthilfeprinzip, dessen Berechtigung durch die Existenz von Grossgenossenschaften allerdings ohnehin infrage gestellt ist, weiter geschwächt und der zunehmenden Sinnentleerung der Legaldefinition der Genossenschaft Vorschub geleistet wird.

Jürg Fisch