

Was wir meinen

Marion Pester*

Die aktuellen Diskussionen zur Revision des Schweizer Genossenschaftsrechts

Current discussions on the reform of Swiss cooperative law

<https://doi.org/10.1515/zfgg-2022-0010>

1 Die Ausgangslage

Seit den 30er Jahren des vergangenen Jahrhunderts fußt das Schweizer Genossenschaftsrecht¹ auf einer Legaldefinition, die die wirtschaftlich-soziologischen Wesensmerkmale des genossenschaftlichen Unternehmenstyps betont. Im Zuge der Modernisierung des Handelsregisterrechts wurden nun eher beiläufig einige gesellschaftsrechtliche Anpassungen im Obligationenrecht (OR) vollzogen. Seither kann sich eine Genossenschaft auch gemeinnützigen Aufgaben widmen. Zugleich erfolgte eine Abschwächung ihres wirtschaftlichen Förderzwecks durch eine Umformulierung *bestimmter wirtschaftlicher Interessen* in *wirtschaftliche Interessen*. So definiert Art. 828 (1) OR seit dem 1.1.2021 die Genossenschaft als eine «als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt oder die gemeinnützig ausgerichtet ist.» Im Zentrum der Legaldefinition steht damit weiterhin der Gesellschaftszweck. Und mit der gemeinsamen Selbsthilfe ist vom Gesetzgeber auch das Mittel zur Erzielung des wirtschaftlichen Förderauftrags wie bis anhin festgelegt. Wie ist diese Entwicklung also zu interpretieren und in welchem Kontext hat sie stattgefunden?

¹ Die Genossenschaft ist in der dritten Abteilung des Schweizer Obligationenrechts (OR) geregelt (Art. 828-926 OR).

***Kontaktperson: Prof. Dr. Marion Pester**, Dean, School of Management, Eastern Switzerland University of Applied Sciences, Rosenbergstraße 59, CH - 9001 St. Gallen;
E-Mail: marion.pesther@ost.ch, Tel.: +41 58 257 1271

2 Die Konsequenzen der angepassten Legaldefinition

Die Aufnahme der Gemeinnützigkeit als möglichen Zweck einer Genossenschaft folgt dem Trend des Gesetzgebers, Rechtsformen nicht mehr nach wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Zielsetzungen zu differenzieren. Wenn eine Aktiengesellschaft gemeinnützig ausgerichtet sein kann, warum dann nicht erst recht eine Genossenschaft, so die Argumentation.² In der Vernehmlassung zur Revision des Handelsregisterrechts heißt es, dass «Selbsthilfe und Gemeinnützigkeit auch in Kombination möglich sein (sollten, *d. Verf.*), da z.B. Baugenossenschaften oft einen Mischzweck aufweisen. Im Gesetz sollte deshalb klargestellt werden, dass künftig Mischformen zulässig sind.»^{3,4} Es dürfte unstrittig sein, dass genossenschaftliches Wirtschaften auch über den eigentlichen Mitgliederkreis hinaus volkswirtschaftlichen Nutzen stiften kann. Zudem ist denkbar, dass die Verfolgung gemeinnütziger Aufgaben expliziter Ausdruck des Mitgliederinteresses ist. Die Erweiterung des Gesellschaftszwecks scheint daher auf den ersten Blick unkritisch, zumal der personale Charakter der Körperschaft betont bleibt, indem der Gesetzgeber an gemeinsamer Selbsthilfe im Falle wirtschaftlicher Förderung festhält. Betrachtet man den erweiterten Gesellschaftszweck allerdings in Kombination mit der parallel erfolgten Abschwächung der wirtschaftlichen Förderung in Art. 828 (1) OR, ist es nicht abwegig zu schließen, dass der historische Kern der Legaldefinition, die Mitgliederförderung, ebenfalls zur Debatte steht. In der juristischen Literatur wird denn auch bereits von einer ableitbaren weitergehenden Auflösung der Zweckbindung gesprochen. Eine Gleichstellung der Genossenschaft mit zweckbindungsfreier AG und GmbH wäre die Folge.⁵ Entfielen aber die Zweckbindung der Genossenschaft, so dürfte auch der Kern des genossenschaftlichen Unternehmenstyps entfallen. Gerade *bestimmte* wirtschaftliche Interessen sind für kooperative Geschäftsmodelle zentral. Für ein Mitglied einer Wohnungsbaugenossenschaft etwa ist es die Nutzung von qualitativ hochwertigem Wohnraum kalkuliert zu Kostenmieten, für ein Mitglied einer Kreditgenossenschaft, der Zugang zu bedarfsgerechten, preiswerten Finanzdienstleistungen oder für ein Mitglied einer Konsumgenossenschaft, der Zugang zu bestimmten

² Vgl. BK – Fabrizio, § 828, Rz. 103 (S. 529).

³ BJ (2013), S.19.

⁴ Auf Basis der HRegV behandelte die Handelsregisterpraxis die Gemeinnützigkeit von Genossenschaften bereits seit längerer Zeit als zulässig.

⁵ Vgl. BK – Fabrizio, § 828, Rz. 47 (S.498f.).

preisgünstigen Waren. Erfährt das Mitglied wirtschaftliche Förderung nicht mehr durch eine solche Inanspruchnahme genossenschaftlicher Produkte und Dienstleistungen, bleibt nur die «Förderung» über eine Kapitaldividende⁶ oder über nicht geldwerte Vorteile bzw. es erfolgt eben keine spezifische Förderung mehr.

Somit dürfte die vorgenommene Anpassung des Gesellschaftszwecks in Art. 828 (1) OR auch Ausdruck einer bereits seit langem in Lehre, Rechtsprechung und Praxis immer wieder geforderten Liberalisierung des Genossenschaftsrechts sein. Im Berner Kommentar heisst es dazu: «Die seit Langem geübte Praxis der heutigen – vor allem – Großgenossenschaften, Mitglieder und Nichtmitglieder auch im Zweckgeschäft (...) vollkommen oder nahezu identisch zu behandeln, widerspricht somit zwar dem Leitbild des historischen Gesetzgebers, kann folglich als atypisch bezeichnet werden, ist jedoch – auf Basis der Rechtsfortbildung durch die Judikatur – mit Art. 828 Abs. 1 OR vereinbar. Und auch die Zulassung rein gemeinnütziger Genossenschaften (...) spricht dafür, dass die genossenschaftlichen Vorteile nicht notwendig (ausschließlich) den Mitgliedern zukommen müssen.»⁷

3 Die rechtspolitischen Entwicklungen

Diese Entwicklung hat sich seit Jahrzehnten angebahnt. Bereits die zu Beginn der 90er Jahre vom Bund eingesetzte Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» hatte sich für eine umfassende Revision des Genossenschaftsrechts ausgesprochen.⁸ Zwar unterblieb eine Totalrevision, die Fortentwicklung anderer Rechtsgebiete führte jedoch in verschiedenen Punkten zu einer Angleichung der Gesellschaftsformen: So unterliegt die Genossenschaft mittlerweile sowohl dem rechtsformneutralen Rechnungslegungsrecht als auch dem Fusionsgesetz, die Anforderungen an Revision und gesetzliche Organisation der Unternehmung decken sich mit denen der Aktiengesellschaft und auch die letzte große Aktienrechtsreform gilt insoweit für Genossenschaften, als in deren Normen entsprechende Verweise auf das Aktienrecht bestehen.⁹ Zudem existieren spezialgesetzliche Normen für Bank- und Versicherungsgenossenschaften. Aber auch die Entwicklungen in Praxis und Rechtsprechung verwässerten im Laufe der Jahre zentrale genossen-

⁶ Aktuell wird eine explizite Dividendenstrebigkeit der Genossenschaft in der Literatur noch als nicht zulässig angesehen; vgl. BK – Fabrizio, §828, Rz. 67 (S.511).

⁷ BK – Fabrizio, § 828, Rz. 58 (S.505).

⁸ Vgl. Turin & Zihler (2018).

⁹ Vgl. Forstmoser (2020). S.212f.

schaftliche Wesensmerkmale. Zu Recht wird in diesem Zusammenhang regelmäßig auf die beitragslose Mitgliedschaft¹⁰ verwiesen. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass die Mitgliedschaft durch die kostenlose Übernahme eines genossenschaftlichen Anteilsscheines begründet wird, was bei einzelnen Schweizer Großgenossenschaften gängige Praxis ist. Auch die Zurückdrängung der Mitgliedschaft zugunsten von schuldvertraglichen Rechten und Pflichten bei Versicherungsgenossenschaften kann zu diesen Entwicklungen gezählt werden. In der aktuellen juristischen Literatur wird Selbsthilfe mittlerweile entsprechend als «Postulat ohne materielle Bedeutung»¹¹ bezeichnet.

Während die juristische Literatur diese Abkehr von traditionellen Wesenselementen in Großgenossenschaften überwiegend nicht kritisiert und auch große Genossenschaften sich nicht scheuen, Selbsthilfe gelegentlich als überholt zu bezeichnen¹², ist die hohe Flexibilität, die das Gesetz der Rechtsform Genossenschaft zugesteht, im öffentlichen Diskurs regelmäßig Stein des Anstoßes. Insbesondere Genossenschaftsverbänden eröffnet das Gesetz gem. Art. 921ff OR in der Tat erhebliche Spielräume in der konkreten Ausgestaltung ihrer Governance. Die meisten Normen unterliegen einem Statutenvorbehalt, sodass die tatsächlichen realwirtschaftlichen Ausprägungen dieses Konstruktes mannigfaltig sind. Von zentralistisch organisierten «Quasi»-Konzernstrukturen bis zu klassischen, dezentral strukturierten Verbänden in Form umgekehrter Konzerne sind alle Ausprägungen denkbar und auch vorzufinden. Bei Versäumnissen wird Genossenschaftsverbänden in der Öffentlichkeit dann häufig mangelhafte Governance in Form fehlender straffer Führung vorgehalten.¹³ Für das Verständnis einer *Cooperative Governance* sprechen solche Vorwürfe nicht, da Willensbildungsprozesse in Genossenschaftsgruppen idealiter Bottom-up und nicht Top-down verlaufen. Die Kritik dürfte allerdings auch weniger der Sorge entspringen, dass Mitglieder nicht angemessen an den Entscheidungen der Genossenschaft partizipieren. Vielmehr scheint sich eine wichtige Motivation aus dem Unwillen von Wettbewerbern zu speisen, die sich durch ein engeres gesellschaftsrechtliches Korsett benachteiligt fühlen. Die Forderung nach gleichen Spießen für gleiche wirtschaftliche Sachverhalte klingt in den rechtspolitischen Vorstößen entsprechend immer wieder durch.¹⁴ Ebenso mögen aber auch Großgenossenschaften der Meinung sein, dass es attraktiv wäre, die Vorteile des Genossenschaftsrechts mit

¹⁰ Forstmoser spricht von gesetzesderogierendem Gewohnheitsrecht. Vgl. ebda., S.215.

¹¹ BK – Fabrizio, § 828, Rz. 10 (S. 485); vgl. auch Forstmoser (2020), S.220.

¹² Vgl. Nold (2014), S.21.

¹³ Vgl. Pester (2021), S. 10 ff.

¹⁴ Vgl. deutlich z.B. Forstmoser (2020), S. 211.

einem Verzicht auf traditionelle Wesensmerkmale einer Genossenschaft zu kombinieren. In der Literatur hat sich für diese Form des genossenschaftlichen Wirtschaftens der Begriff der atypischen Genossenschaft gebildet. Während vor einem Jahrzehnt noch die Frage nach der Rechtswidrigkeit¹⁵ einer solchen Genossenschaftsform im Raum stand, wird heute meist¹⁶ selbstverständlich akzeptiert, dass atypische Genossenschaften genossenschaftlichen Grundanforderungen nicht mehr genügen (können).

4 Die aktuellen parlamentarischen Vorstöße

Aktuell befeuern verschiedene parlamentarische Vorstöße die Diskussion um eine allfällige Revision des Genossenschaftsrechts. Mehrere davon sind noch hängig. So wurden seit 2020 diverse Motionen zu Einzelfragen des Genossenschaftsrechts vorgelegt. Der Bundesrat als Adressat hat diese allesamt zur Ablehnung empfohlen, das 2021 eingebrachte Postulat, das eine Gesamtüberprüfung des Genossenschaftsrechts fordert, nun aber zur Annahme empfohlen. Erklärtes Ziel ist eine Überprüfung, «welche genossenschaftsrechtlichen Aspekte überhaupt einer Reform bedürfen und wie eine solche den unterschiedlichen Interessen und Bedürfnissen Rechnung tragen kann»¹⁷. Parallel startete die Kommission für Rechtsfragen eine parlamentarische Initiative für ein zeitgemäßes Genossenschaftsrecht.

Um sich den *unterschiedlichen Interessen und Bedürfnissen*, von denen der Bundesrat spricht, zu nähern, sollen zunächst die Inhalte der einzelnen Vorschläge skizziert werden.

Den Anfang macht 2020 die Motion «Rahmenbedingungen für Genossenschafts-Start-ups verbessern». Diese fordert insbesondere eine *Reduzierung der Anzahl der notwendigen Gründungsmitglieder*, um die Rechtsform breiter einsetzen zu können.¹⁸ Es folgt im gleichen Jahr die Parlamentarische Initiative «Wirtschaftsdemokratisches Funktionieren von Genossenschaften stärken». Diese Initiative will die praktische Umsetzung der *Selbstorganschaft* in großen Genossenschaften dadurch unterstützen, dass allen Mitgliedern qua Status und ohne

¹⁵ Vgl. Forstmoser, Taisch, Troxler & D'Incà-Keller (2012). S.1ff.

¹⁶ Differenziert vgl. Herzog (2021). S. 16.

¹⁷ Postulat 21.3783 (2021).

¹⁸ Vgl. Motion 20.3563 (2020).

bestimmte weitere Qualifikationen ein passives Wahlrecht für die Organe der Genossenschaft zugesprochen wird.¹⁹

Im März 2021 wird die Motion «Zeit für eine Änderung des Genossenschaftsrechts. Für mehr Transparenz!» vorgelegt. Auch ihr Ziel ist die *Stärkung der internen Demokratie von Genossenschaftsverbänden und großen Genossenschaften sowie die Sicherstellung eines wirksamen Rechts auf Information für die Mitglieder dieser Genossenschaften*. Insbesondere wird hier bemängelt, dass Genossenschaftern in Großgenossenschaften ihr Recht auf Information nicht adäquat zugestanden werde und sie somit ihre mitgliedschaftlichen Rechte nicht angemessen ausüben könnten. Die geforderte Transparenz solle dann eine Unternehmenspolitik befördern, die sowohl die *Interessen der Genossenschaft als auch jene der Genossenschaftsmitglieder berücksichtigt*. Der postulierte Interessengegensatz zwischen Genossenschaftsbetrieb und Genossenschaftsmitglied scheint eine weitergehende Umwandlung der Großgenossenschaft zu rechtfertigen. So heißt es weiter, dass geprüft werden solle, inwiefern auch eine *Revision zur Anpassung des Rechts an die heutige wirtschaftliche Realität angezeigt* sei.²⁰ Der Bundesrat begründete damals seine Empfehlung zur Ablehnung dieses Gesuchs noch wie folgt: «Die Verbesserung der "Cooperative Governance", wie sie der Motionär vorschlägt, würde eine umfassende Revision des Genossenschaftsrechts erfordern, von der nicht nur Großgenossenschaften und Genossenschaftsverbände betroffen wären. Aufgrund der ungleichen Ausgestaltung der Genossenschaften in der Schweiz dürfte es äußerst schwierig werden, die unterschiedlichen Interessen und Bedürfnisse in einer mehrheitsfähigen Vorlage zu vereinen.»²¹

Die nächste Motion «Das Genossenschaftsrecht behutsam modernisieren» datiert vom 8. Juni 2021 und wird überparteilich getragen. Sie thematisiert verschiedene Anpassungswünsche. Zugleich betont sie ausdrücklich, dass dabei die *Eigenart der Genossenschaft als personenbezogener Verband, der nicht der Gewinnerzielung zugunsten der Mitglieder dient*, erhalten bleiben solle; auch sollten große Genossenschaften *nicht unbesehen großen Aktiengesellschaften* gleichgestellt werden. Als Tatbestände mit Regelungsbedarf werden zum einen die als zu hoch angesehene *Mindestmitgliederzahl* einer Genossenschaft genannt und ebenso die als zu restriktiv wahrgenommenen *Rechtsfolgen bei einer Unterschreitung* derselben. Zum anderen sollen verbesserte Möglichkeiten der Eigenfinanzierung durch die Ausgabe von *Partizipationsscheinen* in Kombination mit der Ausrichtung von *Gewinnanteilen an Genossenschafter* geschaffen werden. Auch

¹⁹ Vgl. Parlamentarische Initiative 20.478 (2020).

²⁰ Vgl. Motion 21.3418 (2021).

²¹ Motion 21.3418 (2021).

soll die Funktionsfähigkeit der verschiedenen Arten von *Mitgliederversammlungen* verbessert wie auch die mitgliedschaftlichen *Mitwirkungs- und Kontrollrechte* etwa durch die *Zulässigkeit von Vertretungsregeln* gestärkt werden.²²

Die Inhalte und Formulierungen dieser Motion gehen nahezu deckungsgleich ein in die «Parlamentarische Initiative für ein zeitgemäßes Genossenschaftsrecht», vorgelegt von der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen am 24.6.2021. Ergänzend wird von einer vorzunehmenden (weiteren) Anpassung der Legaldefinition an *das heutige Verständnis* gesprochen. Dabei soll die Genossenschaft als *personenbezogener Verband* erhalten bleiben, der der *unmittelbaren Förderung der Genossenschaftler dient*. Mit einer *schlanken Gesetzesvorlage* soll das Genossenschaftsrecht den *heutigen Bedürfnissen und Gegebenheiten* aber angepasst werden. Eine Gesamtrevision werde nicht für notwendig erachtet. Nach Ansicht der Kommission sollen punktuelle Anpassungen den Zweck erfüllen.²³

Das am 17. Juni 2021 mehr oder minder zeitgleich vorgelegte Postulat²⁴, das im Nationalrat auf Empfehlung des Bundesrates 2022 schließlich angenommen wird, schlägt dagegen die Prüfung einer Revision des Genossenschaftsrechts aus Gesamtsicht, d.h. die Prüfung einer Totalrevision, vor. Über die bereits bekannten Themen, wie die *Mindestanzahl von Genossenschaftsmitgliedern*, die *Informations- und Partizipationsrechte* der Mitglieder sowie die Schaffung neuer *Instrumente zur Eigenfinanzierung* werden dabei insbesondere folgende weitergehenden Fragen aufgeworfen:

- Ist *Selbsthilfe* gem. § 828 (1) OR wie auch die gem. Art. 866 OR geforderte *Treuepflicht* der Mitglieder noch *zeitgemäß* und
- sollen Genossenschaften nicht stärker *nach ihrer Größe differenziert* normiert werden? Exemplarisch wird hierfür mit dem Willensbildungsprozess (Auskunftsrechte, Kontrollrechte, Traktandierungsrechte etc.) ein zentrales Governance-Element der Genossenschaft genannt.
- Schließlich wird das *Prinzip des gleichen Rechts für gleiche wirtschaftliche Sachverhalte* aufgerufen, hier formuliert aus Sicht möglicher Nachteile für die Genossenschaft.

²² Vgl. Motion 21.3652 (2021).

²³ Vgl. Parlamentarische Initiative 21.479 (2021).

²⁴ Vgl. Postulat 21.3783 (2021).

5 Fazit

Wie können die verschiedenen Vorstöße eingeordnet werden und welche Schlüsse lassen sich aus all diesen Diskussions- und Auftragslagen ziehen?

Da sind zum einen die eher pragmatisch anmutenden Vorschläge zu nennen. Hierzu zählt zweifelsfrei der Wunsch nach einer Reduzierung der Mindestanzahl an Mitgliedern, um sich als Genossenschaft (dauerhaft) zu qualifizieren. Diese Forderung, die primär den Folgen des Strukturwandels in ländlichen Regionen geschuldet ist und zugleich auf eine breitere Nutzungsmöglichkeit der Rechtsform bei Neugründungen zielt, wird von allen Debattenbeiträgen einhellig unterstützt. Auch die Einführung neuer Instrumente zur verbesserten Eigenfinanzierung könnte dieser Gruppe von Themen zugeordnet werden, selbst wenn stimmrechtslose Partizipationsscheine zunächst systemfremd anmuten mögen.

Anders verhält es sich mit den Stoßrichtungen zu Großgenossenschaften bzw. zu weiteren Anpassungen des Zweckartikels (Legaldefinition). Die einzelnen Vorschläge haben unterschiedliche, zum Teil gegensätzliche Intentionen. Sie reichen von der Absicht, basisdemokratische Elemente in Großgenossenschaften zu stärken, bis zu der Forderung nach Sonderregulierungen für Großgenossenschaften und Genossenschaftsverbände, die zu einem gegenteiligen Effekt führen können. Bezogen auf weitere Anpassungen der Legaldefinition wird einerseits die Sorge um den zugunsten der Mitglieder ausgerichteten Genossenschaftszweck erkennbar, auf der anderen Seite werden Forderungen nach einer Loslösung von überholten Genossenschaftsdoktrinen laut. Nicht immer ist dabei eindeutig ersichtlich, welche Instrumente welchem Ziel dienen sollen.

5.1 Quo vadis Mitgliederpartizipation?

Die von mehreren Vorstößen bemängelten dürftigen Partizipationsmöglichkeiten für Mitglieder großer Genossenschaften sind angesichts der hohen statutarischen Spielräume der Rechtsform Genossenschaft und der vielfach geübten Praxis nachvollziehbar. Lösungen für diesen Sachverhalt in der Kodifizierung verbesserter Informations- und Auskunftsrechte oder passiver Wahlfähigkeit für den Kreis der Mitglieder zu suchen, scheint allerdings weniger geeignet, die Kontrollrechte und damit auch die Steuerungsmöglichkeit des einzelnen Mitglieds in Großgenossenschaften zu stärken. Auch eine Liberalisierung der mehrfach bemühten Vertretungsregeln in Versammlungen dürfte allenfalls ergänzend die Partizipation verbessern, zumal Vertretungen durch außenstehende Dritte dem personalen Charakter von Genossenschaften nur bedingt gerecht werden. Viel-

versprechender dürfte sein, diejenigen zu binden und zu stärken, die in diesen Großgebilden bereits repräsentative Aufgaben für Mitglieder qua Funktion wahrnehmen. Gem. Art 892 (1) OR können Genossenschaften mit mehr als 300 Mitgliedern statutarisch *die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder zum Teil einer Delegiertenversammlung übertragen*. Diese Möglichkeit wird in Großgenossenschaften bereits aus logistischen Gründen regelmäßig genutzt. Ansatzpunkte für eine Stärkung der Mitgliederrechte könnten hier sowohl beim Auswahlprozess der Delegierten als auch bei den Rechten und Pflichten der Delegierten selbst liegen. So kann die Wahl der Delegierten in einer Einzelkreis- oder in einer Mehrkreiswahl organisiert sein. Bei der Mehrkreiswahl wird die Gesamtheit der Mitglieder nach spezifischen Kriterien in Untergruppen aufgeteilt, die dann jeweils ihre Delegierten wählen, während bei der Einkreiswahl die Delegierten von allen Genossenschaftlern gewählt werden und keiner bestimmten Interessengruppe verpflichtet sind.²⁵ Sollen Delegierte spezifische Interessen der Mitglieder vertreten, sollte der Auswahlprozess als Mehrkreiswahl ausgestaltet sein. Da die Definition der Untergruppen bei der Mehrkreiswahl entsprechend relevant ist, müsste sie unter partizipativen Gesichtspunkten der Generalversammlung vorbehalten bleiben. Eine Bindung der Delegierten könnte ergänzend über die Festlegung von Reportingpflichten gegenüber den Mitgliedern und eine Festlegung von Handlungsleitlinien erfolgen. Gem. Art. 892 (2) OR sind sowohl die Zusammensetzung der Delegiertenversammlung, ihre Wahlart als auch die Einberufung statutarisch zu regeln. Änderungen der statutarischen Bestimmungen, die die Organisation der Delegiertenversammlung betreffen, sollten daher ebenfalls der Generalversammlung vorbehalten bleiben. Dazu zählen auch statutarische Einschränkungen des passiven Delegiertenwahlrechts. Eine Differenzierung der Rechtsnormen für Großgenossenschaften ist dafür allerdings nicht erforderlich und würde mit hoher Wahrscheinlichkeit eher zu einer regulatorischen Festbeschreibung der kritisierten Praxis und zu verschiedenen Klassen von Genossenschaftsmitgliedern führen.

Auf Genossenschaftsverbände als typische Organisationsform von Großgenossenschaften sind diese Aussagen nicht 1:1 übertragbar, da bei ihnen die Delegiertenversammlung gem. Art. 922 (1) OR unabhängig von der Anzahl ihrer Mitglieder als Normalfall vorgesehen ist und ihre Delegierten zudem nicht zwingend Mitglieder der Mitgliedsgenossenschaften²⁶ sein müssen. Argumentiert wird hier, dass nur durch diese Gestaltungsfreiheit der unterschiedlichen Größe der Mitglieder-genossenschaften bzw. Intensität der Geschäftsbeziehungen Rechnung getra-

²⁵ Vgl. Moll (2022), Rz.62.09ff und 62.29f. (S.697 und 701).

²⁶ Vgl. Lengauer (2022a), Rz. 67.06.

gen werden könne.²⁷ Statutarisch kann der Genossenschaftsverband allerdings abweichend eine Generalversammlung als oberstes Organ bestimmen. Genossenschaftsverbände sind institutionell über mehrere Stufen organisiert, da ihre Mitglieder mindestens mehrheitlich Genossenschaften sind. Oft wird die Grenze von 300 Mitgliedern dabei nicht überschritten. Diese Regional- oder Ortsgenossenschaften der mittleren Stufe mögen von unterschiedlicher Grösse und Umsatzstärke sein, fachlich sollten ihre Vertreter in der Regel geeignet sein, ein qualifiziertes Gegengewicht zur Verwaltung des Genossenschaftsverbandes zu bilden und damit einen wichtigen Beitrag für die Check and Balance der Gruppe und die Vertretung der Ortsebene zu leisten. Sofern die Interessen der Genossenschafter sich aufgrund ihrer Größenunterschiede stark unterscheiden, dürfte sich ein Ausgleich eher in der Debatte als in Mehrfachstimmrechten oder einer überproportionalen Vertretung größerer Mitglieds-genossenschaften finden. Und auch die Intensität der Geschäftsbeziehung ist kein stichhaltiges Argument für eine überproportionale Beteiligung an der Willensbildung, sofern die Förderung wie vorgesehen über eben jene Geschäftsbeziehung erfolgt – sei es unmittelbar oder auch mittelbar über eine Rückvergütung. Es wäre in Genossenschaftsverbänden daher eher zweckmäßig, dass die Generalversammlung und nicht die Delegiertenversammlung den Regelfall darstellt. Eine repräsentative Vertretung dürfte hier sogar hinderlich für eine breite Abstützung im Mitgliederkreis sein. Alternativ oder ergänzend besteht die Möglichkeit, zusätzliche Eigentümergremien mit beratendem Charakter zu bilden, die als Diskussionsplattformen für sämtliche oder einen breiteren Kreis der Mitglieder fungieren. Zudem kann ein Governance-Kodex die gewünschten Handlungsleitlinien für die Delegierten konkretisieren und Statuten können die Ausgestaltung auch solcher fakultativen Organe im Sinne einer Good Cooperative Governance festlegen.²⁸ Eine gesetzlich abweichende Norm ist damit auch für Genossenschaftsverbände nicht notwendig, sofern genossenschaftliche Partizipation gestärkt werden soll. Im Gegenteil, gefordert wäre ein «Default» für die traditionelle genossenschaftliche Generalversammlung oder die Einrichtung fakultativer Organe, die keiner gesetzlichen Normierung bedürfen.

Sowohl zwischen den institutionellen Mitgliedern eines Genossenschaftsverbandes als auch zwischen den Delegierten großer Genossenschaften sollten Abstimmungen und gruppenbezogene Meinungsbildungen dann sehr viel einfacher

²⁷ Vgl. BK – Fabrizio (2021), Rz.52 (S. 157); vgl. Moll (2022), Rz. 62.03; vgl. Lengauer (2022a), Rz. 67.11.

²⁸ Vgl. Brechbühl, Lengauer & Nösberger (2021), S.193; vgl. Pester (2021), S.20ff.; vgl. Lengauer (2022b), Rz. 69.02ff.

sein, als es sich für Mitglieder in großen Generalversammlungen oder gar bei Urabstimmungen²⁹ darstellt. Am Beispiel des obersten Organs der Genossenschaft, der General- oder Delegiertenversammlung, wird deutlich, dass Anleihen für eine Weiterentwicklung der genossenschaftsrechtlichen Normen auch für Großgenossenschaften und Genossenschaftsverbände eher im traditionellen Genossenschaftsrecht als im Aktiengesetz zu finden sind. Vorausgesetzt, die Normen sollen nicht einseitig zu Machtverschiebungen innerhalb des Eigentümerkreises oder zulasten der Eigentümer in Richtung der Exekutive³⁰ von großen Genossenschaften führen. Davon unbenommen verlangt eine adäquate Governance in genossenschaftlichen Verbänden immer eine Kombination von rechtlichen Normen und freiwilligen organisationalen Regeln.

5.2 Zankapfel Legaldefinition

Die jahrzehntelangen Kontroversen und semantischen Spitzfindigkeiten, die sich in den Diskussionen um weitere Anpassungen der Legaldefinition zeigen, deuten darauf hin, dass hier der Kern des genossenschaftlichen Selbstverständnisses verhandelt wird. Es muss davon ausgegangen werden, dass bei einer weiteren Anpassung der Legaldefinition sowohl das Element der Selbsthilfe als auch das der Zweckbindung vor der Preisgabe stehen. Das differenzierende Merkmal der Rechtsform Genossenschaft wäre dann lediglich noch ihre Personengebundenheit³¹ und Schranken für die Einsatzmöglichkeiten der Rechtsform lägen allein im «Verbot rechtswidriger oder unsittlicher Tätigkeiten».³²

Der Nutzen einer solchen Neutralisierung von Art. 828 (1) OR bestünde zweifelsohne in der Angleichung des Rechts an wirtschaftliche Realitäten, wie sie in verschiedenen Großgenossenschaften vorzufinden sind. Selbst die Motion³³, die Angabe gemäß Mitgliederrechte in Großgenossenschaften stärken will, formuliert einen entsprechenden Prüfauftrag. Ist dieser Nutzen für einzelne, erfolgreich am Markt agierende atypische Genossenschaften tatsächlich ausreichend, um die historischen Wurzeln und ein zentrales Wesensmerkmal des Unternehmertyps Genossenschaft über Bord zu werfen? Die Doppelnatur der Genossenschaft zeichnet sich nach Draheim durch die Kombination von freiwilliger Personen-

²⁹ Bei Urabstimmungen werden gem. Art. 880 OR die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder teilweise durch schriftliche Stimmabgabe ausgeübt.

³⁰ Vgl. Herzog (2021), S. 290ff.

³¹ Vgl. unterstützend Forstmoser (2020), S.220ff.

³² Ebda., S. 223.

³³ Vgl. Motion 21.3418 (2021).

vereinigung als sozialer Gruppe und dem von ihr getragenen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb aus. Personengebundenheit der Genossenschaft ohne die Wahrnehmung *gemeinsamer* Aktivitäten, Rechte und Pflichten durch die Mitglieder, d.h. durch gemeinsame Selbsthilfe, dürfte kaum vorstellbar sein. Wenn aber – wie es die parlamentarische Initiative der Kommission für Rechtsfragen formuliert – die *unmittelbare Förderung zugunsten des Mitglieds* nicht aufgehoben werden soll, welcher Art könnte dann eine *Anpassung an heutige Gegebenheiten* sein? Es deutet einiges darauf hin, dass es eine Anpassung in Richtung eher unverbindlicher Gemeinwohlbestrebungen von Großgenossenschaften sein könnte. Die Förderung des Mitglieds unterschiede sich dann nicht von der Förderung, die die Allgemeinheit erfährt. Die Genossenschaft würde quasi sozialisiert. Es ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert, dass der Bundesrat in seiner Entgegnung auf die Interpellation «Soziales Unternehmertum. Verpasst die Schweiz den Anschluss?» bereits 2018 Genossenschaften als private Akteure bezeichnet, die *entlang der Kriterien des sozialen Unternehmertums operieren*. Wesentlich erscheinen in dieser Definition dann vor allem der *Verzicht auf Gewinnmaximierung*, *Orientierung an sozialer und ökologischer Mission (Impact)* und *Partizipation (Beschäftigte, Stakeholder)*.³⁴ Das Mitglied als wirtschaftlich förderungswürdiger Shareholder fehlt in dieser Interpretation, aber es schließt sich der Kreis zur Anpassung von Art. 828 (1) OR.

6 Schlussbemerkung

Es ist an der Zeit zu fragen, ob eine Kapitulation vor der Macht des Faktischen bei atypischen Genossenschaften wirklich die einzige Handlungsalternative ist. Wenn atypische Genossenschaften eine spezifische Fördermöglichkeit für die eigenen Mitglieder verneinen und sich als Vorreiter für Corporate Social Responsibility und/oder soziales Unternehmertum positionieren, nutzen sie den breiten gesellschaftlichen Konsens, dass Unternehmen für die Gesellschaft Verantwortung übernehmen sollen, als Rückenwind. Zugleich entheben sie sich damit aber den mühsamen Verpflichtungen gegenüber ihren Eigentümern. Rechenschaftspflichtig sind sie dann nur noch der Allgemeinheit, allerdings ohne die disziplinierende Wirkung externer Kontrollinstrumente, wie etwa die des Kapitalmarkts. Mit einer Hinwendung zu einem beliebigen Stakeholderprinzip verwischt der

³⁴ Vgl. Interpellation 18.3455 (2018).

Unternehmenszweck einer Genossenschaft und läuft das Mitglied als lediglich einer von vielen Stakeholdern Gefahr, auf der Strecke zu bleiben.

Die Forderungen nach einer Liberalisierung des Genossenschaftsrechts dürften so zu einer grundlegenden Abkehr von den eigentlichen liberalen Werten des Genossenschaftswesens führen. Denn ohne Selbsthilfe keine Selbstverantwortung, ohne Selbstverantwortung keine Selbstverwaltung und in der Folge auch kein kooperatives Unternehmertum. Es wird interessant sein zu verfolgen, ob sich für den genossenschaftlichen Unternehmer in Form des genossenschaftlichen Mitglieds und seiner *bestimmten* wirtschaftlichen Förderwürdigkeit, eine Lobby im rechtspolitischen Diskurs findet. Und das ganz unabhängig, ob als Mitglied in einem genossenschaftlichen Start-up, einer traditionellen Ortsgenossenschaft, einer Großgenossenschaft oder in einem Genossenschaftsverband.

7 Literatur

- Berner Kommentar (BK) (2021). Die Genossenschaft. Systematische Darstellung und Kommentar zu den Art. 828 - 838 OR. Hrsg. v. Sabine Kilgus & Nadja Fabrizio. 2., völlig neu bearbeitete Auflage. Bern: Stämpfli.
- Brechbühl, Beat, Daniel Lengauer und Thomas Nösberger (2021). Leitfaden Cooperative Governance. Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (2). 187-201.
- Bundesamt für Justiz (BJ) (2013). Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht sowie Anpassungen im Aktien-, GmbH- und Genossenschaftsrecht) sowie des Revisionsaufsichtsrechts, Modernisierung des Handelsregisters und damit verbundene KMU-Erleichterungen. Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/handelsregister.html>
- Forstmoser, Peter (2020). Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts. In: Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin. Hrsg. v. Peter Jung, Frédéric Krauskopf & Conradin Cramer. Zürich, Basel, Genf: Schulthess. 205-236.
- Forstmoser, Peter, Franco Taisch, Tizian Troxler & Ingrid D'Incà-Keller (2012). Der Genossenschaftszweck - gestern und heute. Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (2). 1-36.
- Herzog, Martina Johanna (2021). Lenkung, Führung und Kontrolle in Genossenschaften. Unter Berücksichtigung der Rechtslage und Praxis in großen Genossenschaften. SSHW - Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Zürich: DIKE.
- Interpellation 18.3455 (2018). Die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20183455>
- Lengauer, Daniel (2022a). § 67 Delegiertenversammlung. In: Handbuch Schweizer Genossenschaftsrecht. Hrsg. v. Fabiana Theus Simoni, Isabel Hauser & Harald Bärtschi. Basel: Helbing Lichtenhahn.

- Lengauer, Daniel (2022b). § 69 Stellung der Mitglieder der angeschlossenen Genossenschaften. In: Handbuch Schweizer Genossenschaftsrecht. Hrsg. v. Fabiana Theus Simoni, Isabel Hauser & Harald Bärtschi. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Moll, Andreas (2022). § 62 Delegiertenversammlung. In: Handbuch Schweizer Genossenschaftsrecht. Hrsg. v. Fabiana Theus Simoni, Isabel Hauser & Harald Bärtschi. Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Motion 20.3563 (2020). Die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20203563>
- Motion 21.3418 (2021). Die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20213418>
- Motion 21.3652 (2021). Die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20213652>
- Nold, Ursula (2014). Auch Genossenschaften brauchen Corporate Governance. NZZ v. 3.4.2014. 21.
- Parlamentarische Initiative 20.478 (2020). Die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20200478>
- Parlamentarische Initiative 21.479 (2021). Die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20210479>
- Pester, Marion (2021). Genossenschaftspraxis und -forschung in der Schweiz. Aktuelle Herausforderungen am Beispiel der Corporate Governance von Genossenschaftsverbänden. Wiener Studien (44). Hrsg. v. Forschungsverein für Genossenschaftswesen der Universität Wien. Wien: FOG.
- Postulat 21.3783 (2021). Die Bundesversammlung – das Schweizer Parlament. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20213783>
- Turin, Nicholas & Florian Zihler (2018). 25 Jahre Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht»: Wo stehen wir heute? Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (2). 109-123. <https://www.swiss-lex.ch/de/doc/essay/e0f637d4-4a4b-4854-b98e-886b91bafaff/search/160970685>