**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**



Abteilung II
B-6017/2012

# Urteil vom 13. Juni 2013

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi,
Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiber Beat König.

Parteien

**Genossenschaft X._____,**
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. Reto Arpagaus und Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Bratschi Wiederkehr & Buob,
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Justiz BJ,** Direktionsbereich Privatrecht, Eidgenössisches Amt für das Handelsregister,
Vorinstanz.

Gegenstand

Genehmigung des Statutenentwurfs betreffend Schaffung von Beteiligungskapital und Beteiligungsscheinen.

## Sachverhalt:

**A.**

Die Genossenschaft X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) stellte mit Schreiben vom 9. Oktober 2012 beim Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA; im Folgenden: Vorinstanz) das Gesuch, "es sei festzustellen, dass die in den beigelegten Statuten rot markierten Änderungen rechtmässig sind, der öffentlichen Ordnung nicht widersprechen, nicht gegen die guten Sitten verstossen, keinen Nichtigkeitsgrund erfüllen und damit genehmigungsfähig sind" (act. 8). Dem Gesuch beigelegt war ein auf den 18. Juli 2012 datierender Entwurf (…) von Änderungen der Statuten der Beschwerdeführerin. Er enthielt die folgenden, hier kursiv wiedergegebenen neuen oder geänderten Vorschriften:

"**Art. 4** Aufgaben
Die Genossenschaft X._____
[…]
*bbis) stellt die regulatorischen Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen für die Gruppe X._____ sicher und kann Instrumente einsetzen, die der Verbesserung der Eigenmittelsituation in der Gruppe X._____ dienen.*
[…]

**Art. 7** *Genehmigtes Beteiligungsscheinkapital*
*[1] Die Genossenschaft X._____ gibt ein Beteiligungsscheinkapital von CHF 300'000'000.- in Form von voll liberierten Beteiligungsscheinen mit einem Nominalwert von CHF 100.- (Hundert Schweizer Franken) aus. Die Ausgabe erfolgt in Tranchen durch den Verwaltungsrat innert einer Frist von zwei Jahren. Die Delegiertenversammlung ist befugt, diese Frist zu erstrecken.*

*[2] Die Beteiligungsscheine werden als Wertrechte ausgegeben.*

***Art. 7bis*** *Mit dem Beteiligungsschein verbundene Rechte*
*[1] Die Beteiligungsscheine verleihen das Recht auf Verzinsung gemäss Beschluss der Delegiertenversammlung der Genossenschaft X._____, jedoch keine Mitgliedschaftsrechte und kein Stimmrecht.*

*[2] Dem Inhaber eines Beteiligungsscheins steht kein eigenes Recht auf Auskunft oder Einsicht zu. Er kann ein solches Begehren jedoch schriftlich zuhanden der Delegiertenversammlung stellen.*

*[3] Den Inhabern von Beteiligungsscheinen wird die Einberufung der Delegiertenversammlung unter Angabe der Traktanden und Anträge bekannt gegeben unter Hinweis darauf, dass die Beschlüsse der Delegiertenversammlung anschliessend am Sitz der Genossenschaft X._____ in Y._____ und bei den Niederlassungen der Genossenschaft X._____ eingesehen werden können.*

*[4] Die Publikation erfolgt im Internet auf der Homepage der Genossenschaft X._____.*

***Art. 7ter** Festsetzung des Zinses*
*[1] Die Delegiertenversammlung beschliesst die Höhe der Verzinsung im Rahmen des Bilanzgewinns nach Äufnung der Reserven gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts, des Bankengesetzes und sonstigen für die Gesellschaft geltenden rechtlichen Bestimmungen.*

*[2] Die Beteiligungsscheine sind mindestens zum gleichen Zinssatz zu verzinsen wie die Anteilscheine.*

*[3] Beschliesst die Delegiertenversammlung in einem Geschäftsjahr keine Zinsen auszurichten, erlischt das Recht auf die Verzinsung und wird nicht auf das nächste Geschäftsjahr vorgetragen. Dies gilt sinngemäss für eine reduzierte Verzinsung in einem Geschäftsjahr.*

[…]

**Art. 17** Rückzahlung von Anteilscheinen
[1] Ausgetretene und ausgeschlossene, in der Schweiz bestehende Banken der Gruppe X._____ haben Anspruch auf die Rückzahlung ihrer Anteilscheine zum inneren Wert, höchstens jedoch zum Nennwert*, sofern die verbleibenden Eigenmittel der Bank und der Gruppe X._____ den gesetzlichen Anforderungen genügen.*

*[2] Der Verwaltungsrat kann die Rückzahlung von Anteilscheinen jederzeit und ohne Angabe von Gründen verweigern.*

[…]

**Art. 28** Befugnisse
Die Delegiertenversammlung hat folgende Kompetenzen:
[…]
*dbis) Erhöhung und Reduktion des Beteiligungsscheinkapitals;*
[…].

[…]

**Art. 53** Jahresrechnung, Bilanzierung und Verwendung des Reingewinnes
[…]
[4] Abgesehen von der Verzinsung der *Anteil- und der Beteiligungsscheine* dürfen keine Gewinne ausgeschüttet werden, und es ist ein unverteilbares Vermögen anzusammeln.

[…]

**Art. 56** Liquidation
[…]
[2] Das nach Tilgung sämtlicher Schulden und Rückzahlung *des Nominalwerts von* Anteil- *und Beteiligungsscheinen* verbleibende Vermögen der Genossenschaft X._____ darf nicht verteilt werden, sondern ist verzinslich anzulegen und von der Schweizerischen Nationalbank treuhänderisch zu verwalten, bis sich eine neue Unternehmung mit dem in Artikel 3 angestrebten Zweck gebildet hat.

*[3] Kann das Liquidationsergebnis nicht innert 10 Jahren einer entsprechenden neuen Unternehmung übergeben werden, ist das Vermögen einer öffentlichen oder steuerbefreiten privaten Institution mit möglichst ähnlicher Zwecksetzung zu übergeben.*"

**B.**
Mit Verfügung vom 17. Oktober 2012 stellte die Vorinstanz fest, "dass die zur Diskussion stehenden Statutenänderungen der Genossenschaft X._____ betreffend die Emission von Beteiligungsscheinen gemäss Entwurf (…) vom 18. Juli 2012 nicht genehmigungsfähig sind" (Beschwerdebeilage 2, S. 4). Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die in Art. 7 ff. des Statutenentwurfes der Beschwerdeführerin geregelten Beteiligungsscheine würden wesentliche Elemente des aktienrechtlichen Partizipationsscheines enthalten. Wie namentlich ein Blick auf den Schlussbericht der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" vom 24. September 1993 zeige, sei es nach dem geltenden Genossenschaftsrecht nicht zulässig, solche Beteiligungsscheine zu schaffen.

**C.**
Die Beschwerdeführerin erhob, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Reto Arpagaus und Rechtsanwältin Prof. Dr. Isabelle Häner, am 19. November 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgendes Rechtsbegehren:

"1. Es sei die Verfügung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 17. Oktober 2012 aufzuheben, und es sei festzustellen, dass die mit Gesuch vom 9. Oktober 2012 eingereichte Statutenänderung gemäss Beschwerdebeilage 12 zulässig und im Handelsregister eintragungsfähig sei.

Eventuell: Es sei die Verfügung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 17. Oktober 2012 aufzuheben, und es sei festzustellen, dass die Schaffung von Beteiligungskapital durch die Beschwerdeführerin als Genossenschaft zulässig und im Handelsregister eintragungsfähig sei.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

Im Wesentlichen macht die Beschwerdeführerin geltend, die von ihr geplante Ausgabe von Beteiligungskapital sei zwar im geltenden Genossenschaftsrecht nicht ausdrücklich vorgesehen. Es bestehe indes auch kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Zudem sei die beabsichtigte Statutenänderung mit allen zwingenden Begriffs- und Typusmerkmalen der Genossenschaft vereinbar.

**D.**
Mit Vernehmlassung vom 14. Februar 2013 beantragt die Vorinstanz sinngemäss, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie führt insbesondere aus, die Entwicklung des Gesellschaftsrechts zeige, dass sich der Gesetzgeber gegen die geplante Beteiligungsform im Genossenschaftsrecht entschieden habe. Selbst wenn ein qualifiziertes Schweigen verneint werde, bestehe keine Lücke, die im Rahmen der Rechtsprechung ausgefüllt werden könne. Die Verneinung der Zulässigkeit der geplanten Beteiligungsscheine bedeute weder eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin noch eine unzulässige Benachteiligung im Wettbewerb.

**E.**
Mit Eingabe vom 27. Februar 2013 ersuchte die Beschwerdeführerin insbesondere um Einsicht in die mit der Vernehmlassung eingereichten Beilagen. Mit Zwischenverfügung vom 5. März 2013 wurde diesem Gesuch entsprochen und der Beschwerdeführerin Frist zur Einreichung einer Stellungnahme angesetzt.

**F.**
Innert erstreckter Frist reichte die Beschwerdeführerin eine als "Replik" bezeichnete Stellungnahme vom 24. April 2013 ein, mit welcher sie vollumfänglich an den mit der Beschwerde gestellten Rechtsbegehren festhält.

**G.**
Mit Stellungnahme vom 21. Mai 2013 verzichtete die Vorinstanz auf weitere Ausführungen.

**H.**
Auf weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das EHRA zählt zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG. Für den hier in Frage stehenden Bereich sieht Art. 32 VGG zudem keine Ausnahme vor.

Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und unter anderem die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand haben (Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG).

Art. 33 Abs. 4 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411) sieht vor, dass das EHRA eine beschwerdefähige Verfügung erlässt, wenn es eine Eintragung in das Handelsregister endgültig nicht genehmigt. Aufgrund dieser Bestimmung kann eine vom EHRA erlassene Verfügung, mit welcher sie die Genehmigung einer Handelsregistereintragung endgültig verweigert, unabhängig davon, ob sich diese Verfügung auf öffentliches Recht des Bundes oder auf Bundesprivatrecht stützt, beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (vgl. ADRIAN TAGMANN, in: Siffert/Turin [Hrsg.], Handelsregisterverordnung [HRegV], Kommentar, Bern 2013, Art. 33 N. 21, wonach solche Verfügungen kraft der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 33 Abs. 4 HRegV Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG bilden).

Der vorliegend angefochtene, sich auf das Genossenschaftsrecht des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220), also auf Bundesprivatrecht stützende Entscheid betrifft zwar nicht die endgültige Verweigerung einer Handelsregistereintragung durch das EHRA. Gleichwohl rechtfertigt es sich, unter analoger Anwendung von Art. 33 Abs. 4 HRegV die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu bejahen.

**1.2** Art. 48 Abs. 1 VwVG umschreibt mit Blick auf die allgemeine Beschwerdebefugnis drei Voraussetzungen, welche kumulativ erfüllt sein müssen. Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten

hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Für die Beschwerdeführerin treffen diese Voraussetzungen zu. Sie hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Weil die angefochtene Feststellungsverfügung der Vorinstanz die Beschwerdeführerin direkt in ihren Handlungen betrifft, ist sie durch die angefochtene Verfügung unmittelbar berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1875/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 1.2.1). Insofern hat sie als formelle und materielle Verfügungsadressatin auch ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung (48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

**1.3** Der Streitgegenstand in einem Beschwerdeverfahren umfasst das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Er wird zum einen durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsgegenstand) und zum anderen durch die Parteibegehren bestimmt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (vgl. zum Ganzen BGE 131 V 164 E. 2.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4898/2011 vom 20. Februar 2012 E. 1.1, A-3066/2008 vom 9. Oktober 2008 und A-8636/2007 vom 23. Juni 2008 E. 1.2; CHRISTOPH AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, Bern 1997, S. 35 und 63). Gegenstände, über welche die Vorinstanz nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf die Rechtsmittelinstanz nicht beurteilen. Anträge, die über das hinausgehen, was von der Vorinstanz entschieden wurde, oder mit dem Gegenstand der angefochtenen Verfügung nichts zu tun haben, sind ungültig. Ausnahmsweise werden indes mit dem Streitgegenstand im Zusammenhang stehende Antragsänderungen und -erweiterungen aus prozessökonomischen Gründen zugelassen. Voraussetzung dafür ist, dass zum einen ein sehr enger Bezug zum bisherigen Streitgegenstand besteht und zum anderen die Verwaltung im Laufe des Verfahrens Gelegenheit hatte, sich zu dieser neuen Streitfrage zu äussern (vgl. BVGE 2009/37 E. 1.3).

**1.3.1** Mit Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung stellte die Vorinstanz fest, "dass die zur Diskussion stehenden Statutenänderungen der Genossenschaft X._____ betreffend die Emission von Beteiligungs-

scheinen gemäss Entwurf (…) vom 18. Juli 2012 nicht genehmigungsfähig sind". In der Begründung der Verfügung wird dabei einleitend dargestellt, welche Merkmale die "Beteiligungsscheine" gemäss Art. 7 ff. des Statutenentwurfes der Genossenschaft X._____ aufweisen. Weitere Bestimmungen des Statutenentwurfes werden im angefochtenen Entscheid nicht erwähnt (Ziff. II.1 der angefochtenen Verfügung). Dem Entscheid vorangegangen war nach der darin enthaltenen Sachverhaltsdarstellung ein Gesuch der Beschwerdeführerin vom 9. Oktober 2012 "um Erlass einer anfechtbaren Verfügung zur Frage der Zulässigkeit von Beteiligungskapital und Beteiligungsscheinen unter dem geltenden Genossenschaftsrecht" (Ziff. I.8 der angefochtenen Verfügung).

Das erwähnte Gesuch der Beschwerdeführerin, über welches die Vorinstanz zu befinden hatte, bestand aus dem Begehren, es sei festzustellen, "dass die in den beigelegten Statuten rot markierten Änderungen rechtmässig sind, der öffentlichen Ordnung nicht widersprechen, nicht gegen die guten Sitten verstossen, keinen Nichtigkeitsgrund erfüllen und damit genehmigungsfähig sind" (act. 8 S. 5). Im beigelegten Statutenentwurf rot markiert waren dabei die folgenden Bestimmungen bzw. Teile folgender Bestimmungen:

> Art. 5 Bst. bbis zur Sicherstellung der Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen für die Gruppe X._____ und den Instrumenten zur Verbesserung der Eigenmittelsituation der Gruppe X._____,
>
> Art. 7 mit der Marginalie "Genehmigtes Beteiligungsscheinkapital",
>
> Art. 7bis mit der Marginalie "Mit dem Beteiligungsschein verbundene Rechte",
>
> Art. 7ter mit der Marginalie "Festsetzung des Zinses",
>
> Art. 17 mit der Marginalie "Rückzahlung von Anteilscheinen",
>
> Art. 28 Bst. dbis mit der Kompetenz der Delegiertenversammlung, das Beteiligungsscheinkapital zu erhöhen oder zu reduzieren,
>
> Art. 53 Abs. 4 zum Gewinnausschüttungsverbot und der Thesaurierung, mit einem Vorbehalt der Verzinsung der Anteil- und Beteiligungsscheine, und
>
> Art. 56 zur Liquidation, insbesondere mit einer neuen Regelung der Verwendung des Liquidationsergebnisses nach Tilgung sämtlicher Schulden und Rückzahlung des Nominalwerts von Anteil- und Beteiligungsscheinen (Abs. 3).

**1.3.2** Mit Blick auf die vorstehende Aufstellung ist davon auszugehen, dass sich das von der Vorinstanz beurteilte Gesuch nicht nur auf die Frage der Genehmigungsfähigkeit einer statutarischen Grundlage für die Emission von Beteiligungsscheinen bezog, welche Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildete. So betrifft etwa der zur Prüfung der Rechtskonformität vorgelegte Art. 56 Abs. 3 des Statutenentwurfes die Verwendung des Liquidationsergebnisses und nicht die in Frage stehenden Beteiligungsscheine. Ferner ging das der Vorinstanz vorgelegte Gesuch über das von ihr Beurteilte namentlich auch insoweit hinaus, als Art. 7ter des Statutenentwurfes neben der Verzinsung von Beteiligungsscheinen die Festsetzung des Zinses von Anteilscheinen neu regelt. Bei korrekter Gesetzesauslegung hätte die Vorinstanz hinsichtlich sämtlicher ihr vorgelegten Statutenänderungen entscheiden müssen, ob mit Bezug auf die Genehmigungsfähigkeit ein Feststellungsentscheid zu fällen ist und wie dieser gegebenenfalls zu lauten hat.

Da die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren im gleichen Umfang wie vor der Vorinstanz die Feststellung der Genehmigungsfähigkeit ihrer geplanten Statutenänderung verlangt, sprengt ihr Rechtsbegehren nach dem Ausgeführten den durch den Streitgegenstand gesetzten Rahmen nicht.

**1.4** Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Vertreter haben sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

**2.**

**2.1** Die Beschwerdeführerin ist ein Genossenschaftsverband im Sinne von Art. 921 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

**2.1.1** Bei einem Genossenschaftsverband im Sinne von Art. 921 ff. OR handelt es sich um eine besondere Rechtsform für den Zusammenschluss von drei oder mehr Genossenschaften (vgl. Art. 921 OR), welche sich an die Rechtsform der Genossenschaft im Sinne von Art. 828 ff. OR anlehnt, sich indes durch weitergehende Freiheiten namentlich hinsichtlich der Organisation auszeichnet. Art. 921 ff. OR bilden dabei leges speciales zum Genossenschaftsrecht gemäss Art. 828 ff. OR (vgl. zum Ganzen CASPAR BAADER, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.],

Schweizerisches Obligationenrecht, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 921 N. 1).

**2.1.2** Sofern die Statuten nichts anderes verordnen, ist oberstes Organ des Genossenschaftsverbandes die Delegiertenversammlung (Art. 922 Abs. 1 OR). Unter Vorbehalt abweichender statutarischer Bestimmungen hat die Delegiertenversammlung die in Art. 879 Abs. 2 OR erwähnten unübertragbaren Befugnisse (BAADER, a.a.O., Art. 922 N. 6), insbesondere die Befugnis, die Statuten zu ändern (vgl. Art. 879 Abs. 2 Ziff. 1 OR).

In Übereinstimmung mit dem genannten dispositiven Gesetzesrecht bezeichnen die geltenden Statuten der Beschwerdeführerin die Delegiertenversammlung als ihr oberstes Organ (Art. 25 Abs. 1 der Statuten) und weisen Letzterer insbesondere die Kompetenz zur Statutenänderung zu (Art. 28 Bst. a der Statuten).

**2.2** Statutenänderungen bei Genossenschaften und Genossenschaftsverbänden im Sinne von Art. 921 ff. OR werden erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam (vgl. für Genossenschaften im Sinne von Art. 828 ff. OR RALPH WYSS, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], a.a.O., Art. 879 N. 4; vgl. ferner Art. 830 und Art. 838 Abs. 1 OR; zur Pflicht zur Einreichung von geänderten Statuten beim Handelsregisteramt vgl. Art. 22 Abs. 3 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV, SR 221.411]).

**2.2.1** Unter Vorbehalt von Eintragungen aufgrund eines Urteiles oder einer Verfügung eines Gerichts oder einer Behörde und vorbehältlich Eintragungen von Amtes wegen beruht die Eintragung ins Handelsregister auf einer Anmeldung (Art. 15 Abs. 1 HRegV).

Vor der Vornahme einer Eintragung hat das (kantonale) Handelsregisteramt zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Gesetzes sowie der Verordnung erfüllt sind (vgl. Art. 940 Abs. 1 OR und Art. 28 Satz 1 HRegV). Die kantonalen Handelsregisterämter übermitteln ihre Einträge elektronisch an das EHRA zur Prüfung und Genehmigung (Art. 31 HRegV). Gemäss Art. 32 Abs. 1 HRegV genehmigt das EHRA die Eintragungen, wenn diese die Voraussetzungen des Gesetzes und der Verordnung erfüllen. Dabei steht dem EHRA, dessen Überprüfungsbefugnis nicht weitergeht als diejenige der kantonalen Handelsregisterämter (vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, S. 163), hinsichtlich der als formelle Voraussetzun-

gen bezeichneten Aspekte volle Kognition zu (etwa mit Bezug auf die örtliche Zuständigkeit, die Legitimation des Anmelders, die Eintragungsfähigkeit des Angemeldeten oder das Vorliegen der erforderlichen Belege). Hingegen ist die Prüfungsbefugnis des Registerführers (bzw. des EHRA) beschränkt, wenn statt Registerrecht materielles Recht in Frage steht. Gemäss Art. 940 Abs. 2 OR und Art. 21 Abs. 2 HRegV prüft er bei der Eintragung juristischer Personen namentlich, ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen. Er muss bloss auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen achten, welche im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt worden sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, welche zum dispositiven Recht zählen oder lediglich private Interessen berühren, das Zivilgericht anzurufen haben. Aber selbst bei den Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt sind, darf der Handelsregistereintrag lediglich bei einer offensichtlichen sowie unzweideutigen Verletzung verweigert werden. Wenn die Gesetzesauslegung mehrere Lösungen zulässt, ist die Beurteilung dem (Zivil-)Richter zu überlassen (siehe zum Ganzen BGE 132 III 668 E. 3.1 und BGE 125 III 18 E. 3b; PETER FORSTMOSER/FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER/INGRID D'INCÀ-KELLER, Der Genossenschaftszweck - gestern und heute, in: REPRAX 2/2012, S. 1 ff., S. 34, m.w.H.; TAGMANN, a.a.O., Art. 32 N. 3 ff.; FLORIAN ZIHLER, in: Siffert/Turin [Hrsg.], a.a.O., Art. 28 N. 1 ff. und N. 33 ff.).

**2.2.2** Verweigert das EHRA die Genehmigung, begründet es diesen Entscheid summarisch und teilt ihn in Form einer nicht selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung dem kantonalen Handelsregisteramt mit (Art. 33 Abs. 1 HRegV; vgl. zum früheren Recht Urteil des Bundesgerichts 4A.1/2006 vom 31. März 2006 E. 1.2). Sofern die Verweigerung der Genehmigung aufgrund von Mängeln erfolgte, welche nicht durch das kantonale Handelsregisteramt behoben werden können, übermittelt es den ablehnenden Entscheid den Personen, welche die Anmeldung eingereicht haben, und gibt ihnen Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zuhanden des EHRA (Art. 33 Abs. 2 HRegV). Falls das EHRA die Eintragung nachträglich genehmigt, informiert es das kantonale Handelsregisteramt, welches die Eintragung darauf erneut elektronisch dem EHRA zu übermitteln hat (Art. 33 Abs. 3 HRegV). Verweigert hingegen das EHRA die Genehmigung endgültig, erlässt es eine beschwerdefähige Verfügung (Art. 33 Abs. 4 HRegV).

**2.3** Es ist zu Recht unbestritten, dass die Beschwerdeführerin unter anderem die Funktion einer Zentralbank erfüllt, als Bank im Sinne des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) diesem Gesetz untersteht (vgl. Art. 1 Abs. 1 BankG; vgl. ferner Art. 2a der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 [BankV, SR 952.02]) und über eine Bank- und Effektenhändlerbewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) verfügt (vgl. Beschwerde, S. 6 und act. 12 S. 6).

Gemäss Art. 3 Abs. 3 Satz 1 BankG hat eine dem Bankengesetz unterstellte Bank im Sinne dieses Gesetzes der FINMA ihre Statuten, Gesellschaftsverträge sowie Reglemente einzureichen und sämtliche späteren Änderungen daran, soweit diese den Geschäftszweck, den Geschäftsbereich, das Grundkapital oder die innere Organisation betreffen, anzuzeigen. Entsprechende Änderungen dürfen gemäss Art. 3 Abs. 3 Satz 2 BankG vor ihrer Genehmigung durch die FINMA nicht ins Handelsregister eingetragen werden.

**3.**

Materielle Kernfrage im vorliegenden Verfahren ist, ob eine Eintragung der von der Beschwerdeführerin geplanten Statutenänderungen genehmigungsfähig ist und die Vorinstanz eine entsprechende Feststellung hätte machen müssen. Bevor eine materielle Prüfung dieser Frage vorgenommen werden kann, ist vorweg zu untersuchen, ob die Vorinstanz überhaupt befugt war, in diesem Zusammenhang eine Feststellungsverfügung zu erlassen (vgl. Rekurskommission EVD vom 6. Oktober 1995, VPB 60.57 E. 1 f.; vgl. ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1875/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 2).

**4.**

**4.1** Gemäss Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die sachlich zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG).

Nach herrschender Auffassung ist es der zuständigen Behörde in ihrem Kompetenzbereich unabhängig von einer positivrechtlichen Regelung gestattet, feststellende Verfügungen zu erlassen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.1 und B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 7.1; URS GUENG, Zur Tragweite des Feststellungsanspruchs gemäss Art. 25 Vw[V]G, SJZ 1971, S. 369 ff.; ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Ver-

fügung?, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schaffhauser/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen 1998, S. 230 ff.).

**4.1.1** Das Instrument der Feststellungsverfügung bezweckt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dem Betroffenen eine die Behörde verpflichtende Auskunft über seine Rechtslage zu erteilen (vgl. BGE 129 III 503 E. 3.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.2.1; GUENG, a.a.O., S. 369, m.w.H.). Sie soll interessierten Personen eine rechtliche Grundlage verschaffen, damit diese mit Blick auf eine unsichere Rechtslage ihre geschäftlichen oder sonstigen Dispositionen treffen können. Dementsprechend ist eine Feststellung insbesondere dann zulässig, wenn diese komplizierte Verhältnisse und eine grosse Zahl von Rechtsverhältnissen betrifft und wenn die Rechtsfrage wegen besonderer Verhältnisse neuartig ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.2.1, mit Hinweis auf BGE 132 V 257 E. 2.1). An das Erfordernis der Unklarheit darf kein strenger Massstab angelegt werden. Entscheidendes Kriterium zur Beurteilung der Frage, ob Unklarheit über den Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten besteht, bildet der Gesetzeswortlaut. Ist dieser nicht eindeutig und unmissverständlich, ist eine Unklarheit auch anzunehmen, wenn der Gesetzessinn durch die Rechtsprechung geklärt ist (vgl. GUENG, a.a.O., S. 374).

Eine Feststellungsverfügung ist als verbindliche behördliche Auskunft nur insoweit geeignet, dem Betroffenen hinreichende Gewissheit betreffend den Inhalt einer ihr nachgehenden Gestaltungsverfügung zu vermitteln, als die darin enthaltenen Auskünfte klar und vollständig sind und sich der rechtserhebliche Sachverhalt nach Erlass der Feststellungsverfügung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändert (vgl. BGE 129 III 503 E. 3.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.2.1).

**4.1.2** Auf den Erlass einer Feststellungsverfügung besteht gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG Anspruch, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Ein solches ist gegeben, wenn glaubhaft ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Eine abstrakte Rechtslage theoretischer Natur, wie sie sich aus einem Rechtssatz für eine Vielzahl von Personen und Tatbeständen ergibt,

kann nicht Gegenstand einer Feststellungsverfügung bilden. Denn es darf insbesondere nicht Aufgabe der Behörden sein, Rechtsgutachten zu erstatten (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.2 und BGE 130 V 388 E. 2.4 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.1.2; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, S. 243). Auch können feststellende Verfügungen nicht in der Weise als "Grundsatzentscheidungen" oder "-bewilligungen" ergehen, als die Behörde bestimmte Begehren grundsätzlich in dieser oder jener Weise behandeln soll bzw. wird. Namentlich kann ein noch nicht durch einen konkreten Sachverhalt aktualisiertes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.1.2, und B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 7.1.1.1; KLEY, a.a.O., S. 238; PETER ALEXANDER MÜLLER, Vorbeugender Verwaltungsrechtsschutz, Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung [ZWR] 1971, S. 342 ff., 348 Fn. 26). Wenn ein künftiger Sachverhalt hinreichend konkretisiert ist, um darauf beruhende Rechte und Pflichten bereits verbindlich feststellen zu können, kann freilich auch an deren Feststellung ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG bestehen (BGE 135 II 60 E. 3.3.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.1.2, mit Hinweis auf BGE 121 II 479 E. 2d). Art. 25 Abs. 1 VwVG erlaubt auch Feststellungsverfügungen über Rechte und Pflichten, welche auf einem erst in der Zukunft zu verwirklichenden Sachverhalt beruhen; davon ausgenommen sind aber Gesuche, aufgrund welcher sich die verfügenden Behörden sowie die Rechtsmittelinstanzen – unter Umständen wiederholt – zu theoretischen Vorgehensvarianten zu äussern hätten, um dem Gesuchsteller eine optimale Gestaltung seiner Verhältnisse zu ermöglichen. In diesem Fall ist das Feststellungsinteresse nur dann schutzwürdig, sofern es der Verwaltungsökonomie vorgeht (BGE 135 II 60 E. 3.3.3; BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 18 zu Art. 25; teilweise abweichend ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 25 N 8, wonach Feststellungen über künftig festzulegende Rechte sowie Pflichten ohne Weiteres denkbar seien, sofern es sich um einen individuell konkreten Sachverhalt und dementsprechend um individuell konkrete Rechte sowie Pflichten handelt). Stehen künftige Rechte oder Pflichten in Frage, ist generell unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung abzuwägen zwischen dem Interesse des Gesuchstellers an einer sicheren Dispositi-

onsgrundlage zum einen und dem Interesse an der Verwaltungsökonomie zum anderen (WEBER-DÜRLER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 25).

Bei Feststellungsbegehren, welche auf die Klärung abstrakter, rein theoretischer Rechtsfragen abzielen, fehlt es an einem aktuellen, konkreten und selbstständigen Interesse, weshalb auf solche nicht einzutreten ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.1.2, mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung wird ein Anspruch auf eine Feststellungsverfügung begründendes, schutzwürdiges Interesse ferner grundsätzlich nur dann bejaht, wenn sich das Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung wahren lässt. Das damit angesprochene Erfordernis der Subsidiarität gilt freilich nicht absolut. Kann das schutzwürdige Interesse mit einer Feststellungsverfügung besser gewahrt werden als mittels einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung, ist das Interesse ausreichend dargetan. Insbesondere wenn mit dem vorgängigen Erlass einer Feststellungsverfügung grundlegende Fragen vorweg geklärt und ein aufwendiges Verfahren vermieden werden kann, muss das Erfordernis der Subsidiarität weichen (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1875/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 2.1, mit Hinweisen). Ein schutzwürdiges Interesse kann mithin insbesondere dann bestehen, wenn der Gesuchsteller bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr laufen würde, für ihn nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 2.1.2, mit Hinweisen).

**4.1.3** Die vorstehend in E. 2.2 f. dargestellte Verfahrensordnung bildet kein spezifisches Verfahrensrecht, welches die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG ausschliesst (vgl. zu einem anders gelagerten Fall Urteil des Bundesgerichts 2C_292/2008 vom 12. Dezember 2008 E. 3.1.3).

**4.1.4** Nach dem vorn in E. 2.2 Ausgeführten ist die Vorinstanz sachlich zuständig für die Genehmigung von Handelsregistereinträgen aufgrund von Statutenänderungen. Zwar bedürfte der in Frage stehende Handelsregistereintrag vorgängig auch der Genehmigung der FINMA, da die gegenwärtig im Streit liegenden Statutenänderungen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 BankG (insbesondere) das Grundkapital der Beschwerdeführerin betreffen (vgl. vorn E. 2.3). Dies schliesst jedoch nicht aus, dass die Vorinstanz – wie vorliegend – eine sich auf Fragen in ihrem sachlichen Zuständigkeitsbereich beziehende Feststellungsverfügung erlassen durfte

und darf. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass die FINMA mit E-Mail vom 18. September 2012 (act. 7) in Aussicht stellte, die Genehmigung der in Frage stehenden Statutenänderung zu verweigern.

**4.2** Wie erwähnt, steht beim vorliegenden Genossenschaftsverband die Befugnis, die Statuten zu ändern, der Delegiertenversammlung zu (vorn E. 2.1.2). Betreffend die Änderung der Statuten gemäss dem von der Beschwerdeführerin vorgelegten Entwurf hat die Delegiertenversammlung unbestrittenermassen noch keinen Beschluss gefasst. Somit steht noch nicht mit Gewissheit fest, ob und in welchem Umfang die geplanten Statutenänderungen tatsächlich im Handelsregister eingetragen werden sollen. Es fragt sich, ob gleichwohl im Sinne der vorstehend genannten Rechtsprechung von einem mit Blick auf das Erfordernis des schutzwürdigen Interesses hinreichend konkretisierten künftigen Sachverhalt ausgegangen werden kann (vgl. vorn E. 4.1.2).

**4.2.1** Der Umstand, dass die entscheidkompetente Delegiertenversammlung einen allfälligen Mangel der geplanten Statutenänderung noch selbst korrigieren könnte, indem sie auf den fehlerhaften Antrag auf Statutenänderung nicht eintritt oder diesen zur Verbesserung zurückweist, spricht vorliegend dafür, ein aktuelles schutzwürdiges Feststellungsinteresse zu verneinen (vgl. dazu die entsprechenden Überlegungen in BGE 132 III 503 E. 3.2 zur Frage, ob im *Vereinsrecht* eine Klage gegen einen Antrag der Delegiertenversammlung an die zuständige Generalversammlung schon zuzulassen ist, bevor die Generalversammlung über diesen Antrag entschieden hat).

Gegen ein aktuelles schutzwürdiges Interesse ins Feld geführt werden kann zudem, dass – wie vorn in E. 1.3.1 aufgezeigt – die im Streit liegenden Statutenänderungen nicht nur die Frage der Zulässigkeit von Beteiligungsscheinen im Sinne von Art. 7 ff. des Statutenentwurfes, sondern auch andere Gegenstände betreffen. Auch wenn diese Statutenänderungen insofern miteinander verknüpft sind, als sie nach insofern überzeugender Darstellung der Beschwerdeführerin der Einhaltung der von der Beschwerdeführerin zu beachtenden, geltenden sowie zukünftigen Eigenmittelvorschriften dienen sollen (vgl. Beschwerde, S. 19 f. und S. 23), ist nicht völlig auszuschliessen, dass die Delegiertenversammlung vor diesem Hintergrund nur *einzelne* der geplanten Statutenänderungen annehmen wird. Letzteres gilt selbst dann, wenn vorab die Genehmigungsfähigkeit aller geplanten Statutenänderungen festgestellt werden sollte. Unter diesen Umständen besteht die Gefahr, dass die Vorinstanz und die

Rechtsmittelbehörden bei materieller Behandlung des vorliegenden Feststellungsbegehrens verschiedene Fragen zu klären hätten, die sich im Nachhinein als theoretischer Natur erwiesen. Das auf dem Spiel stehende Interesse an der Verwaltungsökonomie ist demnach jedenfalls nicht als geringfügig einzustufen.

Es fragt sich, ob die gegenüberstehenden privaten Interessen dieses Interesse aufzuwiegen vermögen.

**4.2.2** Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, sie habe ein Interesse an der vor der Vorinstanz und vor dem Bundesverwaltungsgericht verlangten Feststellung, weil sie über die Rechtmässigkeit der vorgesehenen Schaffung von Beteiligungskapital rasch Gewissheit erlangen müsse, um die aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllen zu können. Die Vorinstanz könne die Genehmigungsverfügung als Gestaltungsverfügung zudem erst nach der ordentlichen Beschlussfassung durch die Delegiertenversammlung erlassen, so dass die Beschwerdeführerin dafür sämtliche Beschlüsse vorbereiten, […] Delegierte zur Delegiertenversammlung einladen und danach beim Handelsregisteramt des Kantons Z._____ den von diesem an die Vorinstanz zu übermittelnden Antrag auf Statutengenehmigung stellen müsse. Ohne eine Feststellungsverfügung müsse die Beschwerdeführerin somit ein sehr aufwendiges Verfahren durchlaufen, das – mit Blick auf die Infragestellung der Genehmigungsfähigkeit der fraglichen Statutenänderungen in früheren Schreiben der Vorinstanz – wenig erfolgversprechend sei. Auch habe die Beschwerdeführerin angesichts des Umstandes, dass es um die Schaffung der rechtlich vorgesehenen Eigenkapitalquote gehe, mit erheblicher Publikumswirksamkeit zu rechnen (Beschwerde, S. 5; act. 8 S. 4 f.).

Zwar erscheint es als plausibel, dass die Beschwerdeführerin mit Blick auf aufsichtsrechtliche Anforderungen an ihre Eigenmittelbasis rasch Gewissheit über die Möglichkeit der Schaffung von Beteiligungsscheinen in der von ihr geplanten Art erlangen will. Ob eine Feststellung, wie die Beschwerdeführerin sie von der Vorinstanz verlangt hat, aber im Ergebnis entsprechende Statutenänderungen wesentlich erleichtern bzw. das dafür zu durchlaufende Verfahren wesentlich beschleunigen würde, erscheint indes als fraglich. Dies gilt namentlich vor dem Hintergrund, dass der mit den fraglichen Statutenänderungen verbundene Handelsregistereintrag nicht nur von der Vorinstanz, sondern auch vom kantonalen Handelsregisteramt (vgl. vorn E. 2.2.1) und von der FINMA (vgl. vorn E. 2.3 sowie E. 4.1.4) zu prüfen bzw. zu genehmigen ist. Mit Bezug auf das kantonale

Handelsregisteramt ist dabei von Bedeutung, dass das EHRA keine Kompetenz hat, eine auf Kantonsebene verweigerte Eintragung anzuordnen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 159 und S. 163) und dementsprechend eine Feststellungsverfügung des EHRA für das zuständige kantonale Handelsregisteramt keine zur Eintragung verpflichtende Bindungswirkung entfalten kann. – Mit anderen Worten hätte für die Beschwerdeführerin selbst dann die Gefahr bestanden, einen im Nachhinein nicht ins Handelsregister eintragbaren Statutenänderungsbeschluss der Delegiertenversammlung zu fassen, wenn die Vorinstanz die Genehmigungsfähigkeit der fraglichen Statutenänderungen festgestellt hätte. Gegebenenfalls wäre diese Gefahr nur mittels weiteren, ebenfalls die Genehmigungsfähigkeit der Statutenänderungen bejahenden Feststellungsverfügungen des kantonalen Handelsregisteramtes und der FINMA auszuschliessen gewesen.

Trotz der vorstehenden Ausführungen macht die Beschwerdeführerin mit Recht geltend, sie habe bei der Vorinstanz ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung ihres Feststellungsbegehrens gehabt (bzw. nach wie vor ein entsprechendes Interesse). Denn eine Abweisung dieses Begehrens würde es der Beschwerdeführerin erlauben, möglichen Eintragungshindernissen des vorgelegten Statutenentwurfes Rechnung zu tragen. Damit könnte die Beschwerdeführerin zum einen der Delegiertenversammlung einen überarbeiteten Entwurf der Statutenänderungen zur Abstimmung vorlegen, welcher (zumindest) die seitens der Vorinstanz genannten Genehmigungshindernisse berücksichtigt und damit auf stärkere Zustimmung bei der Delegiertenversammlung hoffen darf. Zum anderen liesse sich mit einem solchen revidierten Entwurf die Gefahr nicht eintragungsfähiger Beschlüsse der Delegiertenversammlung vermindern.

Auch die Darstellung, wonach bei den hier in Frage stehenden, die Eigenkapitalquote berührenden Statutenänderungen mit einer erheblichen Publizitätswirkung zu rechnen ist, erscheint als überzeugend. Zum einen dürfte eine allfällige, auf Unsicherheiten bezüglich der Eintragungsfähigkeit zurückzuführende Uneinigkeit zwischen den Delegierten mit Bezug auf solche Statutenänderungen auf das Interesse des Publikums stossen, wobei die Beschwerdeführerin als Bank und/oder die unter ihrem Dach vereinigten, ebenfalls Banken bildenden Genossenschaften unter Umständen Reputationsverluste zu gewärtigen haben. Zum anderen kann sich – aufgrund der Publikumswirksamkeit entsprechender Beschlüsse – auch eine wegen Verweigerung der Genehmigung des Handelsregistereintrages durch die Vorinstanz erforderliche, wiederholte Beschlussfas-

sung der Delegiertenversammlung zur Eigenkapitalbasis negativ auf die Beschwerdeführerin und ihre Genossenschaften auswirken.

**4.2.3** Das hiervor (E. 4.2.2) genannte Interesse an der Feststellung der Eintragungsfähigkeit der geplanten Statutenänderungen überwiegt vorliegend das (vorn in E. 4.2.1) erwähnte Interesse an der Verwaltungsökonomie. Zugunsten der Beschwerdeführerin ist in diesem Zusammenhang insbesondere auch zu berücksichtigen, dass an einer raschen Klärung der Frage, ob sie eine statutarischen Grundlage zur Verbreiterung ihrer Eigenkapitalbasis durch Ausgabe von "Beteiligungsscheinen" schaffen darf, ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht. In diesem Zusammenhang hat denn auch die FINMA in einem Schreiben vom 9. November 2012 zu Recht erkannt, dass es vorliegend (im weiteren Kontext) zumindest implizit auch um die – hier freilich nicht zu klärende – aufsichtsrechtliche Frage geht, ob das geplante Beteiligungsscheinkapital im Rahmen der Eigenmittelvorschriften als sog. hartes Kernkapital angerechnet werden könnte (vgl. act. 11 S. 1).

**4.3** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz befugt war, eine Feststellungsverfügung zu erlassen.

**5.**
Zu klären ist in einem weiteren Schritt, ob eine Eintragung der von der Beschwerdeführerin geplanten Statutenänderungen genehmigungsfähig ist und die Vorinstanz eine entsprechende Feststellung hätte machen müssen. Vorerst ist dabei zu untersuchen, ob das "Beteiligungsscheinkapital", das im Zentrum der geplanten Statutenänderungen steht und im Wesentlichen in den Art. 7, Art. 7bis und Art. 7ter des Statutenentwurfes geregelt ist (vgl. Beschwerde, S. 26), aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zulässig ist.

Vorauszuschicken ist, dass vorliegend die in die Prüfungsbefugnis der Vorinstanz und des Bundesverwaltungsgerichts fallende Einhaltung von zwingenden materiellen, die öffentlichen Interessen oder die Interessen Dritter schützenden Vorschriften in Frage steht (vgl. zur Kognition vorn E. 2.2.1): Zwar gilt im Gesellschaftsrecht der Grundsatz der Privatautonomie, doch beruht die Grundordnung der privatrechtlichen Gesellschaftsformen – zum Schutz der Verkehrssicherheit zum einen und zum Schutz der Gesellschafter zum anderen – auf einem Numerus clausus der Formen sowie auf den Grundsätzen des Formenzwangs und der Formenfixierung (vgl. BGE 132 III 470 E. 3.3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER,

a.a.O., S. 329 ff.; ZIHLER, a.a.O., Art. 28 N. 35). Die von der Beschwerdeführerin beabsichtigten Statutenänderungen werfen unweigerlich die Frage auf, ob sie insbesondere mit den im Interesse des Gläubigerschutzes, des Verkehrsschutzes und des Minderheitenschutzes aufgestellten, zwingenden gesellschaftsrechtlichen Schranken der Assoziationsfreiheit vereinbar sind.

**5.1** Nach dem aktenkundigen Statutenentwurf gibt die Beschwerdeführerin "ein Beteiligungsscheinkapital von CHF 300'000'000.- in Form von voll liberierten Beteiligungsscheinen mit einem Nominalwert von CHF 100.- […] aus" (Art. 7 Abs. 1 Satz 1 des Statutenentwurfes). Präzisierend wird zu den "Beteiligungsscheinen" insbesondere festgehalten, dass diese als "Wertrechte" ausgegeben würden (Art. 7 Abs. 2 des Statutenentwurfes) und sie das Recht auf Verzinsung gemäss Beschluss der Delegiertenversammlung der Beschwerdeführerin, "jedoch keine Mitgliedschaftsrechte und kein Stimmrecht" verleihen (Art. 7bis Abs. 1 des Statutenentwurfes).

Nach dem erklärten Willen der Beschwerdeführerin soll das "Beteiligungsscheinkapital" als selbständige Kapitalkategorie neben dem Anteilscheinkapital bestehen (Beschwerde, S. 26). Beim Beteiligungsschein im Sinne des Statutenentwurfes handle es sich um ein neues Finanzierungsinstrument sui generis (Beschwerde, S. 25).

Die Eintragungsfähigkeit der entsprechenden Statutenänderungen wäre – wie vorn in E. 2.2.1 ausgeführt – nur dann zu verneinen, wenn sich erweisen sollte, dass sie die in Frage stehenden zwingenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts offensichtlich und unzweideutig verletzen.

**5.2** Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (sog. Methodenpluralismus; BGE 137 V 126 E. 4.1, 136 II 149 E. 3, 135 II 416 E. 2.2, je m.w.H.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 31 ff.).

Bei der hier vorzunehmenden Beurteilung, ob eine offensichtliche und unzweideutige Gesetzesverletzung vorliegt oder die Gesetzesauslegung mehrere Lösungen zulässt (vgl. vorn E. 2.2.1), ist namentlich zu berücksichtigen, dass bei juristischen Lehrmeinungen die Autoren insbesondere als Anwälte oder Rechtskonsulenten grösserer Kanzleien, Partner grosser Wirtschaftsunternehmen, Mitglieder von Verwaltungs- und Stiftungsräten oder als Vorstandsmitglieder von Wirtschaftsverbänden forensisch im Gebiet des privaten Wirtschaftsrechts tätig sind (ZIHLER, a.a.O., Art. 28 N. 73). Die Handelsregisterbehörden müssen deshalb prüfen, ob die in Frage stehenden Meinungen der Doktrin als genügend unabhängig eingestuft werden können und die Auslegung in Übereinstimmung mit Wortlaut und Zweck der in Frage stehenden Bestimmungen hinreichend überzeugend begründet sind. Dabei ist der anzuwendende Massstab umso strenger, "je stärker von einem in der Handelsregisterpraxis eingespielten Verfahren oder Rechtsinstitut abgewichen wird und je einseitiger die auf dem Spiel stehenden Interessen zugunsten der Rechtseinheit gewichtet werden" (ZIHLER, a.a.O., Art. 28 N. 73). Da sich in zahlreichen Publikationen zum privaten Wirtschaftsrecht fast jede denkbare Auslegung finden lässt, sind die Auslegungsvorschläge nicht nur zu zählen, sondern auch zu gewichten. Dementsprechend ist eine Auslegung nicht schon deshalb als vertretbar zu würdigen, weil sie von einigen Autoren in Übereinstimmung mit der Auffassung der um den Handelsregistereintrag ersuchenden Person vertreten wird (ZIHLER, a.a.O., Art. 28 N. 73, m.w.H.). In der Literatur wird in diesem Zusammenhang teilweise gefordert, die Handelsregisterbehörde solle – namentlich mit Blick darauf, dass die Privatautonomie im Gesellschafts-, Umstrukturierungs- und Handelsregisterrecht nur beschränkt gelte – "den Mut haben, gewissen juristischen Konstrukten und 'Bastelarbeiten' einen Riegel zu schieben, um den Schutz konkreter privater und öffentlicher Interessen effektiv und effizient durchzusetzen" (ZIHLER, a.a.O., Art. 28 N. 73).

Eine Gesetzeslücke bzw. eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes ist gegeben, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, indem sie auf eine bestimmte Frage keine zufriedenstellende Antwort gibt. Keine ausfüllungsbedürftige Lücke liegt vor, wenn das Fehlen einer gesetzgeberischen Anordnung eine bewusst negative Antwort, d.h. ein sog. qualifiziertes Schweigen bildet. Ob Letzteres der Fall ist, ist mittels Auslegung zu ermitteln (vgl. zum Ganzen BGE 127 V 38 E. 4b/cc, m.w.H.).

Im Verwaltungsrecht darf mit Blick auf das aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip fliessende Gebot, die Staatstätigkeit einzig aufgrund und nach Massgabe von generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtsnormen auszuüben (Erfordernis des Rechtssatzes), nur mit Zurückhaltung ein qualifiziertes Schweigen angenommen werden (BVGE 2010/63 E. 4.2.1, mit Hinweis auf ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, S. 51 ff.). Wenn – namentlich in den Gesetzesmaterialien – keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen vorliegen, ist bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung grundsätzlich davon auszugehen, dass sich der Gesetzgeber nicht bewusst im negativen Sinne entschieden hat (BVGE 2010/63 E. 4.2.1, mit Hinweis auf RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt am Main 1990, Nr. 23 S. 74).

**5.3** Das schweizerische Genossenschaftsrecht kennt keine ausdrückliche Regelung betreffend das geplante "Beteiligungsscheinkapital" bzw. den "Beteiligungsschein" im Sinne des Statutenentwurfes der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, S. 30). Es fragt sich somit, ob ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt. Der Klärung dieser Frage vorauszuschicken ist, dass die im Verwaltungsrecht bei der Annahme eines qualifizierten Schweigens gebotene Zurückhaltung vorliegend nicht angezeigt ist, da privatrechtliche Vorschriften zur Genossenschaft in Frage stehen.

**6.**

Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen, dass die von der Beschwerdeführerin geplanten Beteiligungsscheine dem aktienrechtlichen Partizipationsscheinen nachgebildet sind. Dementsprechend prüfte sie, ob der Gesetzgeber im Genossenschaftsrecht im Sinne eines qualifizierten Schweigens bewusst auf eine Regelung von Partizipationsscheinen verzichtet hat (vgl. Ziff. II 2 ff. des angefochtenen Entscheides).

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, es handle sich bei den von ihr konzipierten Beteiligungsscheinen um ein sich massgeblich von den aktienrechtlichen Partizipationsscheinen unterscheidendes Finanzierungsinstrument sui generis, weshalb die aktienrechtliche Regelung für Partizipationsscheine vorliegend nicht analog angewendet werden könne (Beschwerde, S. 25).

**6.1** Der aktienrechtliche Partizipationsschein ist ein eigenständiges Beteiligungspapier, welches dem Partizipanten nach dem geltenden Recht grundsätzlich die gleichen Vermögensrechte wie einem Aktionär, jedoch nicht das Stimmrecht sowie die damit zusammenhängenden Rechte einräumt (vgl. Art. 656a Abs. 1, Art. 656c Abs. 1 und Art. 656f Abs. 1 OR; PETER R. BURKHALTER, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], a.a.O., Art. 656a N. 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 514).

**6.2** Zwischen den Beteiligungsscheinen gemäss dem vorliegenden Statutenentwurf und den aktienrechtlichen Partizipationsscheinen bestehen – wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat – verschiedene Gemeinsamkeiten:

Sowohl der Beteiligungsschein, als auch der Partizipationsschein wird gegen "*Liberierung" bzw. Einlage* ausgegeben (vgl. 7 Abs. 1 des Statutenentwurfes und Art. 656a Abs. 1 OR). Ferner umfassen beide ein *Recht auf Gewinnbeteiligung*, indem die Beteiligungsscheine nach Art. 7bis Abs. 1 und Art. 7ter Abs. 1 des Statutenentwurfes ein Recht auf eine in der Höhe unter Berücksichtigung des Bilanzgewinnes festzusetzende Verzinsung verleihen (vgl. indes Art. 7ter Abs. 3 des Statutenentwurfes; zur Verzinsung siehe ferner Art. 53 Abs. 4 des Statutenentwurfes) und den Partizipanten insbesondere die gleichen Ansprüche auf Beteiligung am Finanzgewinn zustehen wie dem Aktionär (vgl. Art. 656f Abs. 1 OR und BURKHALTER, a.a.O., Art. 656f N. 2; vgl. ferner Art. 656a Abs. 2 OR) mit dessen Recht auf Dividende (vgl. Art. 660 Abs. 1 OR). Sodann verleihen sowohl die zur Diskussion stehenden Beteiligungsscheine als auch die aktienrechtlichen Partizipationsscheine vorbehältlich der Tilgung sämtlicher Schulden im Fall der Liquidation ein *Recht auf Rückzahlung*. Dieses Recht ist in Art. 56 Abs. 2 des Statutenentwurfes verankert, während dem Partizipanten einer Aktiengesellschaft ein Recht auf einen Liquidationsanteil zusteht (Art. 745 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 656a Abs. 2 OR und Art. 656f Abs. 1 OR, vgl. dazu BURKHALTER, a.a.O., Art. 656f N. 2; MATTHIAS KUSTER, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], a.a.O., Art. 745 N. 2), welches ein Recht auf "Rückzahlung" der Kapitaleinlage umfasst (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 473). Eine weitere Gemeinsamkeit besteht darin, dass sowohl den Inhabern eines Beteiligungsscheines im Sinne des Statutenentwurfes als auch den aktienrechtlichen Partizipanten *keine Stimmrechte* zustehen (Art. 7bis Abs. 1 des Statutenentwurfes, Art. 656c Abs. 1 OR).

**6.3** Die erwähnten Gemeinsamkeiten zwischen den Beteiligungsscheinen im Sinne des Statutenentwurfes und den aktienrechtlichen Partizipationsscheinen erscheinen als erheblich. Insofern hat denn auch Prof. Dr. PETER NOBEL in einem von der Beschwerdeführerin eingereichten Gutachten zutreffend ausgeführt, der geplante Beteiligungsschein erfülle alle Begriffsmerkmale des Partizipationsscheines, nämlich die Ausgabe gegen Kapitaleinlage zum einen und das Recht auf Beteiligung am Gewinn zum anderen (act. 5b S. 22).

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, die Beteiligungsscheine im Sinne des Statutenentwurfes würden im Unterschied zu Partizipationsscheinen keine Mitgliedschaftsrechte verleihen (vgl. Beschwerde, S. 25), kann ihr nicht gefolgt werden. Zwar sieht Art. 7bis Abs. 1 des Statutenentwurfes vor, dass Beteiligungsscheine keine Mitgliedschaftsrechte verleihen. Freilich ist etwa das den Inhabern der Beteiligungsscheine zustehende Recht im Sinne von Art. 7bis Abs. 2 des Statutenentwurfes, schriftlich zuhanden der Generalversammlung ein Begehren um Auskunft oder Einsicht zu stellen, als mitgliedschaftliches Recht zu qualifizieren (vgl. zum entsprechenden Recht der Partizipanten einer Aktiengesellschaft PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, S. 640).

Dem aktienrechtlichen Partizipanten stehen zwingend verschiedene mitgliedschaftliche Rechte zu wie namentlich die Rechte auf Orientierung über die Einberufung der Generalversammlung (Art. 656d Abs. 1 OR), auf Auskunft oder Einsicht (Art. 656c Abs. 2 und 3 OR), auf Beantragung einer Sonderprüfung (Art. 656c Abs. 3 OR), auf Orientierung über die von den Aktionären gefassten Beschlüsse (Art. 656d Abs. 2 OR) und auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 in Verbindung mit Art. 656a Abs. 2 OR; vgl. zum Ganzen BÖCKLI, a.a.O., S. 639 ff.). Zudem können ihnen statutarisch weitere mitgliedschaftliche Rechte eingeräumt werden (vgl. dazu BÖCKLI, a.a.O., S. 642 f.). Dies ändert indessen nichts daran, dass die Eigenkapitalbeteiligung beim Partizipationsschein im Sinne von Art. 656a ff. OR nicht als Mitgliedschaft ausgestaltet ist (vgl. JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, § 10 Die Aktie, in: Jean Nicolas Druey [Hrsg.], Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 131 ff., S. 132). Der Umstand, dass die zwingenden und die statutarisch möglichen mitgliedschaftlichen Rechte der aktienrechtlichen Partizipanten teilweise weiter gehen als die Rechte der Inhaber von Beteiligungsscheinen im Sinne des im Streit liegenden Statutenentwurfes (so etwa mit Bezug auf das aktienrechtlich zwingende Recht zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen [Art. 656a Abs. 2 in Verbin-

dung mit Art. 706 OR], zu welchem ein Pendant im Statutenentwurf fehlt), kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Beteiligungsscheinkapital eine Eigenkapitalform einführen will, welche dem aktienrechtlichen Partizipationskapital in wesentlichen Punkten entspricht.

Nach dem Ausgeführten ist das Vorgehen der Vorinstanz, die Zulässigkeit der in Frage stehenden Beteiligungsscheine unter Heranziehung der aktienrechtlichen Regelung der Partizipationsscheine zu beurteilen, mit Blick auf die festgestellten Gemeinsamkeiten nicht zu beanstanden.

**6.4** Zur richtigen Einordnung des sich hier stellenden Problems erscheint es vor dem aufgezeigten Hintergrund als angezeigt, zunächst die Entstehungsgeschichte der aktienrechtlichen Vorschriften zum Partizipationsschein (Art. 656a ff. OR) und deren Zwecksetzung zu beleuchten. Dabei wird auch auf den aktienrechtlichen Genussschein (Art. 657 OR) einzugehen sein (sogleich E. 7). Daran anschliessend wird – soweit es hier als relevant erscheint – das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH, Art. 772 ff. OR) dargestellt (hinten E. 8) und auf eine gesetzgeberische Vorarbeit verwiesen, welche sich mit dem Partizipationsschein bei Genossenschaften befasst (hinten E. 9). Auf dieser Grundlage lässt sich die Frage beantworten, ob die Materialien für die Zulassung von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften sprechen (hinten E. 10).

**7.**

**7.1** Vor Inkrafttreten der aktienrechtlichen Regelung des Partizipationsscheins in Art. 656a ff. OR am 1. Juli 1992 (Aktienrechtsreform 1991, vgl. AS 1992 733 ff.) bildete der Partizipationsschein eine in der Praxis seit den 1960er-Jahren von zahlreichen Gesellschaften bei Kapitalbedarf anstelle der Ausgabe von neuen Aktien oder Obligationen als *Finanzierungsmittel* eingesetzte Sonderart des *Genussscheines* (BÖCKLI, a.a.O., S. 623; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 513 f.). Bei Genussscheinen handelt es sich um Beteiligungsrechte besonderer Art, "die sich sowohl von Aktien (durch das Fehlen der Mitgliedschaft) wie auch von Obligationen (durch das Fehlen einer rückzahlbaren Forderung) unterscheiden" (PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 47 N. 5). Die Ausgabe von Genussscheinen war nach dem (vor Einführung von Art. 656a ff. OR geltenden) Gesetz beschränkt zugunsten von Personen, welche mit dem Unternehmen durch frühere Kapitalbeteiligung, Aktienbesitz, Gläubigeranspruch oder durch ähnliche Gründe verbunden waren (vgl. dazu BGE 113 II 528

E. 3). Auch heute dürfen Genussscheine nur zugunsten von Personen geschaffen werden, "die mit der Gesellschaft durch frühere Kapitalbeteiligung oder als Aktionär, Gläubiger, Arbeitnehmer oder in ähnlicher Weise verbunden sind" (Art. 657 Abs. 1 Satz 1 OR). Vom herkömmlichen Genussschein, "einem Titel für verlorene Rechte oder nicht honorierte Leistungen", unterschied sich der Partizipationsschein (insbesondere) durch den bei seiner Ausgabe verfolgten Kapitalbeschaffungszweck (vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1982, BBl 1983 II 745 ff., 799 f.).

Die verbreitete Ausgabe von Genussscheinen zu Finanzierungszwecken entsprach nicht der Absicht des Gesetzgebers der 1930er-Jahre (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 513 f.). Das Bundesgericht erkannte in einem Urteil aus dem Jahr 1987 dementsprechend, dass die Verwendung des Genussscheins als Kapitalbeschaffungsmittel und dessen Ausgabe gegen Kapitaleinlage über den Wortlaut des damaligen Gesetzes hinausgeht. Gleichwohl erachtete es Partizipationsscheine mit Blick auf Sinn und Zweck der Vorschrift, wonach Genussrechte nur Personen gewährt werden dürfen, welche der Gesellschaft einen Vorteil verschafft haben, als zulässig. Es unterstellte vor diesem Hintergrund und in Anlehnung an die damals herrschende Auffassung die Partizipationsscheine den Vorschriften zum Genussschein. Letzteres hielt das höchste Gericht mit Blick auf den Umstand für gerechtfertigt, dass sowohl die Partizipationsscheine, als auch die Genussscheine im Unterschied zur Aktie nicht mit einem Stimmrecht verbunden sind (vgl. zum Ganzen BGE 113 II 528 E. 3, m.w.H.).

**7.2** Ausschlag dafür, den Partizipationsschein mit Art. 656a ff. OR ausdrücklich im Gesetz zu verankern, gab für den Gesetzgeber insbesondere der Umstand, dass der Partizipant nach der damals bestehenden Rechtslage Eigenkapital hergab, ohne Mitwirkungsrechte zu erhalten, und lediglich im statutarisch, also im von den Aktionären bestimmten Umfang Vermögensrechte besass. Der Gesetzgeber war ausweislich der Botschaft zur Aktienrechtsrevision vom 23. Februar 1983 bestrebt, mit seiner Regelung des Partizipationsscheines Missständen und Missbräuchen vorzugreifen (vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1982, BBl 1983 II 745 ff., 800).

**7.3** Im heute geltenden Aktienrecht ist der Partizipationsschein klar vom Genussschein abgegrenzt: Zum einen darf der Genussschein keinen Nennwert aufweisen (Art. 657 Abs. 3 OR), so dass er – anders als der

Partizipationsschein, welcher nach dem Gesetz zwingend einen Nennwert hat und gegen Kapitaleinlage ausgegeben wird (Art. 656a Abs. 1 OR) – nicht zum Grundkapital zählt (vgl. BURKHALTER, a.a.O., Art. 657 N. 8, mit Hinweis). Zum anderen darf der Genussschein nicht Partizipationsschein genannt werden (vgl. Art. 657 Abs. 3 OR). Um Verwechslungen mit dem Genussschein auszuschliessen (und zur Kennzeichnung) verlangt das Gesetz zudem, dass Partizipationsscheine als solche bezeichnet werden (Art. 656a Abs. 3 OR; vgl. dazu BURKHALTER, a.a.O., Art. 657a N. 8).

Das gesetzgeberische Ziel, mit einer Regelung des Partizipationsscheins die Rechtsstellung des Partizipanten zu stärken (vgl. hiervor E. 7.2), wurde durch die gesetzliche Verankerung der Grundideen der Gleichheit und der Schicksalsgemeinschaft sichergestellt (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 514, auch zum Folgenden): Die *Grundidee der Gleichheit* findet ihren Ausdruck namentlich darin, dass die Partizipationsscheine gemäss Art. 656f Abs. 2 OR vermögensmässig einer Aktienkategorie gleichgestellt sein müssen. Auch stehen den Partizipanten nach der geltenden Ordnung die gleichen Anfechtungsrechte wie den Aktionären zu (vgl. Art. 656a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 706 OR; BURKHALTER, a.a.O., Art. 656a N. 4) und gelten die Vorschriften über das Aktienkapital, die Aktie sowie den Aktionär grundsätzlich auch für das Partizipationskapital, den Partizipationsschein und den Partizipanten (Art. 656a Abs. 2 OR). Eine Schlechterstellung von Partizipanten gegenüber Aktionären besteht freilich – unter Vorbehalt weitergehender, statutarisch eingeräumter Rechte – mit Bezug auf die Informationsrechte (vgl. Art. 656c Abs. 2 und 3 OR; siehe indes immerhin Art. 656d OR [Bekanntgabe von Einberufung sowie von Beschlüssen der Generalversammlung] und Art. 656e OR [statutarisch einräumbares Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat]). Die *Grundidee der Schicksalsgemeinschaft* zeigt sich daran, dass die Aktionäre die Stellung der Partizipanten durch die Generalversammlung nur verschlechtern können, wenn die Aktionäre, welche den Partizipanten gleichstehen, auch selbst eine entsprechende Einbusse auf sich nehmen (Art. 656f Abs. 3 OR). Dem Schutz der Partizipanten dient sodann Art. 656f Abs. 4 OR, wonach Vorrechte sowie statutarische Mitwirkungsrechte der Partizipanten unter Vorbehalt anderslautender statutarischer Bestimmungen nur unter Zustimmung der Partizipanten in einer Sonderversammlung beschränkt oder aufgehoben werden können.

Damit eine Aktiengesellschaft nicht zu viel stimmrechtsloses Eigenkapital bilden kann, was bei dieser Gesellschaftsform eine Anomalie wäre, sieht

Art. 656b Abs. 1 OR vor, dass das Partizipationskapital das Doppelte des Aktienkapitals nicht übersteigen darf.

**8.**

**8.1** Bei der *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH; Art. 772 ff. OR) wurde mit der Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (OR) vom 16. Dezember 2005 (AS 2007 4791) per 1. Januar 2008 mit Art. 774a OR die Möglichkeit der Ausgabe von Genussscheinen geschaffen. Nach dieser Bestimmung können die Statuten die Schaffung von Genussscheinen vorsehen, wobei die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar sind. In der Botschaft zur genannten Gesetzesänderung wird ausgeführt, Art. 774a OR schliesse eine Lücke des geltenden Rechts (Botschaft zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht] vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff., 3172).

**8.2** Das GmbH-Recht kennt hingegen keine Partizipationsscheine. Da jedoch vor Inkrafttreten der Revision vom 16. Dezember 2005 einige wenige Gesellschaften mit beschränkter Haftung ein Partizipationskapital aufwiesen und nach dem damaligen Recht die Ausgabe von Partizipationsscheinen bei dieser Gesellschaftsform als möglich galt (vgl. PETER BÖCKLI/PETER FORSTMOSER/JEAN-MARC RAPP, Expertenbericht zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlage vom April 1999, S. 46 [abrufbar auf www.ejpd.admin.ch > Themen > Wirtschaft > Gesetzgebung > Abgeschlossene Projekte > Revision der GmbH > Begleitbericht, zuletzt eingesehen am 13. Juni 2013]), ist in Art. 4 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zu dieser Gesetzesänderung festgehalten, dass Partizipationsscheine, welche im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts bestehen, nach Ablauf einer Übergangsfrist von zwei Jahren ohne weiteres zu Stammkapital werden, soweit sie nicht vorher durch Kapitalherabsetzung vernichtet worden sind (vgl. dazu JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, 4. Kapitel: Die übrigen Kapitalgesellschaften, in: Druey [Hrsg.], a.a.O., S. 250 ff., S. 257). Zu der genannten Übergangsbestimmung führte die Botschaft insbesondere Folgendes aus (BBl 2002 3148 ff., 3248):

> "Die Ausgabe von Partizipationsscheinen durch Gesellschaften mit beschränkter Haftung ist im geltenden Recht nicht geregelt und war bisher auch nie gerichtlich zu beurteilen. Im Handelsregister ist nur in wenigen Einzelfällen ein Partizipationskapital eingetragen, wobei die Eintragung im Rahmen der beschränkten Kognition der Registerbehörden erfolgte.

Die Ausgabe von Partizipationsscheinen dient in der Praxis zwei verschiedenen Zielen:

– Sie erlaubt die Beschaffung von Eigenkapital auf dem Kapitalmarkt, ohne dass dadurch die bisherigen Beherrschungsverhältnisse berührt werden.

– Namentlich im Rahmen einer Unternehmensnachfolge kann sie dazu verwendet werden, die Mehrheitsverhältnisse dadurch zu beeinflussen, dass einer Gruppe von Beteiligten keine Stimmrechte gewährt werden.

Wie im geltenden Recht ist die GmbH als nicht kapitalmarktfähige Rechtsform ausgestaltet, damit mit Rücksicht auf die Bedürfnisse kleinerer Unternehmen von den strukturellen Anforderungen abgesehen werden kann, die für eine öffentliche Kapitalaufnahme vorauszusetzen wären […]. Die GmbH ist demnach für die Aufnahme von nicht stimmberechtigtem Eigenkapital auf dem Kapitalmarkt nicht geeignet.

Partizipantinnen und Partizipanten sind am Risikokapital der Gesellschaft beteiligt. Ihre Investition ist weder fest verzinslich noch kündbar. Da ihnen kein Stimmrecht zusteht, vermögen sie zudem in keiner relevanten Weise auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und die Bestellung der Organe Einfluss zu nehmen. Die Partizipantinnen und Partizipanten verfügen demzufolge über eine ausserordentlich prekäre Rechtsstellung und sind daher in erheblichem Masse auf allgemeine gesellschaftsrechtliche Schutzvorkehren angewiesen. Für einen minimalen Schutz vorauszusetzen wären insbesondere das Obligatorium einer Revisionsstelle sowie das Rechtsinstitut der Sonderprüfung. Der Entwurf sieht jedoch von einer entsprechenden Ausgestaltung des GmbH-Rechts ab, um kleinen und mittleren Unternehmen eine möglichst einfache und wenig kostenintensive Rechtsform zur Verfügung zu stellen.

Die Ausgabe von Partizipationsscheinen würde die Übernahme der aktienrechtlichen Schutzmechanismen bedingen. Da in der Praxis jedoch nur ein sehr beschränktes Bedürfnis besteht, erscheint eine entsprechende Regelung für die Zulassung von Partizipationsscheinen in der GmbH nicht als sinnvoll. Soll eine stimmrechtslose Beteiligung am Risikokapital der Gesellschaft geschaffen werden, so ist sachgerechterweise die Rechtsform der Aktiengesellschaft zu wählen […]. Der Entwurf sieht aus diesen Gründen von der Möglichkeit der Ausgabe von Partizipationsscheinen in der GmbH ab (es handelt sich dabei um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes)."

**9.**

Die erwähnte Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (OR) vom 16. Dezember 2005 (AS 2007 4791) basierte insbesondere auf einem Bericht einer Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht", welche im Januar 1993 seitens des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) zur Überprüfung des weiteren Handlungsbedarfs im Bereich des Gesellschaftsrechts eingesetzt worden war (vgl. Botschaft

vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3148 ff., 3152). In diesem Bericht findet sich namentlich der folgende Passus (Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht", Schlussbericht vom 24. September 1993 [= Beilage 2 zur Vernehmlassung], S. 61]):

> "Auch im Genossenschaftsrecht ist sodann der Partizipationsschein zu regeln, wobei zu klären sein wird, inwieweit und mit welchen Beschränkungen er zulässig sein soll. (Die Genossenschaft soll ja nicht gewinnbezogen arbeiten; für Ausschüttungen auf Genossenschaftsanteilen besteht zudem eine obere gesetzliche Limite.)"

Die Groupe de réflexion hielt in diesem Zusammenhang auch fest, dass die Möglichkeit der Eigenfinanzierung vielen Genossenschaften Probleme bereite, die Eigenart des variablen sowie zudem dispositiven Grundkapitals eine Übernahme der aktienrechtlichen Ordnung verbiete und diesbezüglich "eigene Wege zu diskutieren" seien (S. 62 des Berichtes).

**10.**

**10.1** Eine historisch orientierte Auslegung ist zwar für sich allein nicht entscheidend (vgl. vorn E. 5.2), nur sie kann aber die Regelungsabsicht des Gesetzgebers, welche sich insbesondere aus den Materialien ergibt, aufzeigen. Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers bleibt dabei zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur für das Gericht, obschon es das Gesetz mit teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung veränderten, vom Gesetzgeber nicht vorausgesehenen Umständen anpasst oder es ergänzt (vgl. zum Ganzen BGE 137 V 167 E. 3.2, mit Rechtsprechungshinweisen).

Die Materialien erlangen im Zusammenhang mit der Frage, ob eine negative Norm vorliegt, bzw. bei der Auslegungsfrage, ob der Gesetzgeber durch bewusstes Schweigen eine bestimmte Frage in negativem Sinn entschieden haben wollte, besondere Bedeutung. Diese Auslegungsfrage kann notwendigerweise nur historisch beantwortet werden (BGE 114 Ia 191 E. 3b/bb).

**10.2** Es gilt vor diesem Hintergrund unter Heranziehung der Materialien zu ermitteln, ob der Gesetzgeber beabsichtigte, bei Genossenschaften Partizipationsscheine im Sinne eines qualifizierten Schweigens auszuschliessen. Zu Recht ist dabei unbestritten, dass sich in den Materialien zur Totalrevision des Gesellschaftsrechts von 1936, auf welcher das heutige Genossenschaftsrecht in weiten Teilen beruht, ebenso wenig wie in

den noch älteren Materialien Hinweise auf eine Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit der Frage nach der Zulässigkeit eines "Beteiligungsscheines" bzw. Partizipationsscheines bei der Genossenschaft finden (vgl. Vernehmlassung, S. 10; Beschwerde, S. 30; vgl. dazu auch ERICH FLURI, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht, Zürich 1973, S. 113, wonach sich aus den Materialien ergebe, dass im Zeitpunkt der Gesetzesrevision überhaupt nicht über die Frage der Genussscheine im Genossenschaftsrecht diskutiert worden sei). Als Materialien zum Gesellschaftsrecht, welche grundsätzlich Aufschluss über die Absicht des Gesetzgebers hinsichtlich der hier interessierenden Frage geben könnten, kommen im Wesentlichen einzig die Botschaft des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 (BBl 2002 3148 ff.) und der Bericht der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" vom 24. September 1993 in Betracht (vgl. dazu E. 8.2 und E. 9).

**10.3** Freilich macht die Beschwerdeführerin in der Beschwerde geltend, just diese beiden Dokumente liessen sich nicht zur Ermittlung der Absicht des Gesetzgebers heranziehen. Sie bringt vor, ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers müsse sich aus der parlamentarischen Debatte ergeben. Äusserungen von Stellen oder Personen, welche bei der Vorbereitung der Gesetzgebung mitgewirkt hätten, seien nach der Rechtsprechung nicht massgebend, soweit sie nicht im Gesetzestext selbst zum Ausdruck kommen (Beschwerde, S. 29). Insbesondere seien die Überlegungen der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" als Äusserung einer Expertenkommission keine zu berücksichtigenden Materialien (Beschwerde, S. 34 f.; vgl. indes Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. April 2013, S. 17, wonach die Beschwerdeführerin die Ausführungen der Groupe de réflexion aus dem Jahre 1993 "nicht als irrelevant" erachte).

**10.4** Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die gesetzgeberischen Vorarbeiten für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch unmittelbar entscheidend, weil ein Gesetz, sobald es in Kraft getreten ist, ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein entfaltet. Namentlich sind nach der Praxis des höchsten Gerichts Äusserungen von Stellen oder Personen, welche bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, nicht massgebend, sofern sie nicht im Gesetzestext selbst zum Ausdruck kommen. Letzteres gilt auch für unwidersprochen gebliebene Äusserungen. Als verbindlich für das Gericht können nach der Rechtsprechung nur die von der gesetzgebenden Behörde in der hierfür

vorgesehenen Form erlassenen Normen selbst gelten. Freilich heisst dies nicht, dass die Gesetzesmaterialien methodisch ohne Belang wären. Insbesondere wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, können sie ein wertvolles Hilfsmittel bilden, um den Normsinn zu erkennen und damit unrichtige Auslegungen zu vermeiden. Nicht dienlich als Auslegungshilfe sind die Materialien, wenn sie keine klare Antwort geben. Zwar darf der Wille des historischen Gesetzgebers namentlich bei relativ jungen Gesetzen nicht übergangen werden. Hat dieser Wille aber keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden, ist er für die Auslegung nicht massgebend (vgl. zum Ganzen BGE 137 V 167 E. 3.2, mit Rechtsprechungshinweisen).

In der Literatur wird festgehalten, im Rahmen der historischen Auslegung seien sowohl die vom Bundesrat im Bundesblatt veröffentlichte Botschaft, mit welcher er seine Gesetzesentwürfe den eidgenössischen Räten präsentiert, als auch – soweit zugänglich – die Berichte von Expertenkommissionen relevante Materialien (vgl. ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010, S. 140).

**10.5** Im Lichte der vorstehend genannten Rechtsprechung wären die Botschaft des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 (BBl 2002 3148 ff.) und der Bericht der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" vom 24. September 1993 – selbst wenn sie grundsätzlich als relevante Materialien zu betrachten wären – nur dann eine entscheidende Auslegungshilfe, wenn ihnen mit Bezug auf die hier zu klärende Frage, ob Partizipationsscheine bei Genossenschaften zulässig sind, eine klare Antwort zu entnehmen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall:

**10.5.1** Zwar wird in der erwähnten Botschaft – wie vorn (E. 8.2) ausgeführt – unter anderem festgehalten, der Gesetzgeber schweige qualifiziert hinsichtlich der Möglichkeit der Ausgabe von Partizipationsscheinen bei der *GmbH*. Mit Blick auf den Umstand, dass Partizipationsscheine vor der mit dieser Botschaft in die Wege geleiteten Revision des GmbH-Rechts zulässig waren (vgl. vorn E. 8.2), handelt es sich aber hierbei um ein neu geschaffenes qualifiziertes Schweigen des revidierten Gesetzes (im gleichen Sinne FRANCO TAISCH/THOMAS SCHWYTER, Finanzierung von Genossenschaften. Der Partizipationsschein als Option, in: Caroni/Heselhaus/Mathis/Norer [Hrsg.], Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli, Zürich/St. Gallen 2011, S. 507 ff., S. 519; vgl. auch FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2013, S. 407 ff.,

S. 419). Die entsprechenden Ausführungen in der Botschaft, welche sich nicht auf die Genossenschaft beziehen, implizieren, dass das frühere Recht – und damit auch das bestehende Genossenschaftsrecht – kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers enthalten hat bzw. enthält (TAISCH/SCHWYTER, a.a.O., S. 519). Dies spricht an sich dafür, dass Partizipationsscheine bei Genossenschaften zulässig sind. Freilich ist nicht hinreichend klar, ob und inwiefern aus der Botschaft, welche zwar auch Anpassungen des Genossenschaftsrechts betraf, sich aber an der hier fraglichen Stelle nur mit dem GmbH-Recht ausdrücklich befasste, tatsächlich Rückschlüsse zur Rechtslage bei Genossenschaften gezogen werden können.

**10.5.2** Im fraglichen Bericht der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" wird zwar ein Regelungsbedarf hinsichtlich des Partizipationsscheins festgestellt. Wie ausgeführt, findet sich ferner darin auch die Bemerkung, es sei mit Blick darauf, dass die Genossenschaft nicht gewinnbezogen arbeiten soll und dass Ausschüttungen auf Genossenschaftsanteilen gesetzlich beschränkt seien, zu klären, inwieweit sowie mit welchen Beschränkungen der Partizipationsschein im Genossenschaftsrecht zulässig sein soll (vorn E. 9). Diesen Ausführungen kann jedoch nicht klar entnommen werden, ob die Groupe de réflexion die Einführung von Partizipationsscheinen unter dem geltenden Genossenschaftsrecht als zulässig erachtet oder nicht. Auch wenn die Verwendung des Fragewortes "inwieweit" und die Rede von "Beschränkungen" der Zulässigkeit von Partizipationsscheinen im fraglichen Passus des Berichts tendenziell für die Annahme spricht, dass die Groupe de réflexion die Möglichkeit von Partizipationsscheinen im Genossenschaftsrecht *grundsätzlich* bejaht, lassen sich aus diesem Dokument keine hinreichend eindeutigen Schlüsse betreffend die Regelungsabsicht des Gesetzgebers ziehen. Nichts daran ändern kann der im Bericht zu findende Hinweis auf die für viele Genossenschaften mit der Eigenfinanzierung verbundenen Probleme. Auch wenn die Expertengruppe in diesem Zusammenhang eine Übernahme der neuen aktienrechtlichen Ordnung ausschliesst (vgl. vorn E. 9), erscheinen die entsprechenden Ausführungen als zu vage, da sie sich nicht ausdrücklich auf das Finanzierungsinstrument der Partizipationsscheine beziehen.

**10.6** Nach dem Ausgeführten ist davon auszugehen, dass sich aus den Gesetzesmaterialien keine hinreichenden Anhaltspunkte ergeben, welche für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers sprechen. Angesichts des Umstandes, dass das heutige Genossenschaftsrecht noch weitge-

hend auf einer Revision des Gesellschaftsrechts von 1937 basiert (vgl. dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 274 f. und S. 640), Partizipationsscheine jedoch erst in den 1960er-Jahren bei einer anderen Gesellschaftsform (bzw. bei der Aktiengesellschaft) erstmals aufkamen und die Frage nach der Zulässigkeit von Partizipationskapital – soweit ersichtlich – erst im Jahre 1993 vom Gesetzgeber (bzw. der Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht" in ihrem vorerwähnten Schlussbericht) ausdrücklich angesprochen, aber im Ergebnis offen gelassen wurde, muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit Bezug auf die hier interessierende Frage nicht bewusst geschwiegen hat (im Ergebnis ebenso JACQUES-ANDRÉ REYMOND/RITA TRIGO TRINDADE, Die Genossenschaft, in: Arthur Meier-Hayoz [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/5, Handelsrecht, Basel 1998, S. 70; TAISCH/SCHWYTER, a.a.O., S. 516 und S. 519).

In der Literatur finden sich denn auch – soweit ersichtlich – keine Stimmen, welche dem Gesetzgeber ausdrücklich ein qualifiziertes Schweigen unterstellen. Zwar wird teilweise erklärt, "mindestens ein Autor" vertrete die Auffassung, "der Gesetzgeber habe durch sein Schweigen gezeigt, dass alle Gründeranteile, Genussscheine und Partizipationsscheine – da mit der Natur der Genossenschaft unvereinbar – unzulässig seien" (so REYMOND/TRIGO TRINDADE, a.a.O., S. 70). Um diesen Befund zu belegen, wird dabei freilich ausschliesslich auf Stellen verwiesen, bei welchen nicht explizit von einem Schweigen des Gesetzgebers die Rede ist (im Einzelnen genannt werden: GEORGES CAPITAINE, Genossenschaft, Teil II: Gründung, in: Schweizerische Juristische Kartothek [SJK], Karte 1155, Genf 1955, S. 2; ders., Genossenschaft, Teil IV: Die Pflichten der Mitglieder, in: SJK, Karte 1157, Genf 1955, S. 2; ders., Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins [ZBJV] 1953, S. 97 ff., S. 112; und ders., De la nature juridique des parts sociales des sociétés coopératives en droit suisse, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 1934, S. 324 ff., S. 383).

Nichts am hier gezogenen Schluss, dass kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ändern können im Übrigen die in der Vernehmlassung in diesem Zusammenhang zitierten Ausführungen der Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf im Rahmen der ständerätlichen Debatte zur Änderung des Bankgesetzes am 16. Juni 2011 (vgl. Vernehmlassung, S. 13 f.). Zwar hat die Bundesrätin damals insbesondere ausgeführt, bei der Genossenschaft gebe es heute keine Partizipationsscheine. Sie hat aber zugleich erklärt, Partizipationsscheine seien bei Genossen-

schaften "rechtlich nicht ausgeschlossen" (vgl. AB 2011 S. 642; vgl. dazu auch die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. April 2013, S. 9). Mangels schlüssiger Aussage zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit eines Partizipationskapitals bei Genossenschaften kann dahingestellt bleiben, inwiefern die damaligen Äusserungen der Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf überhaupt über den gesetzgeberischen Willen bei Erlass des Genossenschaftsrechts Aufschluss geben können.

**11.**
Vorliegend ist – wie soeben aufgezeigt – nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen. Hier nicht geklärt werden muss deshalb die Frage, ob die rechtsanwendende Behörde dann, wenn sich aus der Entstehungsgeschichte klar ergibt, dass eine bestimmte, im Vorfeld der Gesetzgebung diskutierte Regelung nicht getroffen werden sollte, stets an diesen Entscheid des Gesetzgebers gebunden ist (verneinend KRAMER, a.a.O., S. 201 f. Fn. 622 mit Hinweis auf eine abweichende Auffassung).

**12.**
Mit Blick auf das hiervor Ausgeführte ist der Beschwerdeführerin insofern beizupflichten, als sich dem geltenden Genossenschaftsrecht keine Antwort auf die sich hier stellende Rechtsfrage entnehmen lässt, ob die Ausgabe von "Beteiligungsscheinen" im Sinne ihres Statutenentwurfes bzw. von Partizipationsscheinen bei der Genossenschaft zulässig ist. Diese planwidrige Unvollständigkeit bildet eine (echte) Gesetzeslücke, die das Gericht nach derjenigen Regel zu schliessen hat, welche es als Gesetzgeber aufstellen würde (vgl. BGE 131 V 233 E. 4.1, m.w.H.; vorn E. 5.2).

**13.**
Die Literatur ist mit Bezug auf die Frage, ob Partizipationsscheine bei der Genossenschaft zulässig sind, geteilter Auffassung (vgl. dazu auch den Überblick bei TAISCH/SCHWYTER, a.a.O., S. 516 ff.). Bei der Erhebung des Meinungsstandes ist zu beachten, dass die ältere Doktrin Partizipationsscheine als zum Zweck der Kapitalbeschaffung ausgegebene Genussscheine definiert (SARAH BRUNNER-DOBLER, Fusion und Umwandlung von Genossenschaften, Zürich/St. Gallen 2008, S. 57).

**13.1**
**13.1.1** Gegen die Zulässigkeit der Ausgabe von Genussscheinen bei Genossenschaften sprach sich insbesondere GEORGES CAPITAINE aus, wobei er indessen seine Auffassung nicht begründete (CAPITAINE, SJK, Kar-

ten 1155 und 1157, je S. 2, und ders., ZBJV 1953, S. 112 [alles zit. in E. 10.6]).

**13.1.2** PETER FORSTMOSER qualifizierte in seiner 1970 erschienenen Dissertation die Ausgabe von Genussscheinen als Finanzierungsmittel als unzweckmässig, und zwar mit Blick auf die bei Genossenschaften geltende Beschränkung der Dividendenhöhe auf den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten gemäss Art. 859 Abs. 3 OR. Einzig bei Kreditgenossenschaften, bei welchen die Dividendenbeschränkung von Art. 859 Abs. 3 OR keine Anwendung finde, könne es sich anders verhalten. Freilich sei die Zulässigkeit einer Finanzierung durch die Ausgabe von Genussscheinen "sehr *fraglich*", da eine solche Finanzierung auf eine Abspaltung der Vermögensrechte von der Mitgliedschaft hinauslaufe und dies zu "schweren rechtlichen Bedenken Anlass" gebe (siehe zum Ganzen PETER FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, Bern 1970, S. 240 ff.). Eine solche Abspaltung ist nach Auffassung FORSTMOSERS, an welcher er in einem Kommentar aus dem Jahr 1974 festgehalten hat, nicht unproblematisch. Denn der Erwerb von Genussscheinen (mittels Zession) sei dadurch – ebenso wie der Erwerb von Anteilscheinen – mit Unsicherheiten verbunden: Zum einen sei es der Genossenschaft unbenommen, vom Erwerber zusätzliche Nachweise der Berechtigung zu verlangen. Zum anderen könne die Genossenschaft gemäss Art. 169 Abs. 1 OR dem Erwerber Einreden, welche sie gegenüber dem Veräusserer geltend machen konnte, entgegenhalten, sofern diese bereits im Zeitpunkt vorhanden waren, als sie von der Abtretung Kenntnis erhielt. Ferner sei der Genossenschaft nach Art. 169 Abs. 2 OR eine Verrechnung mit Forderungen des Veräusserers möglich. Schliesslich werde der Erwerber eines gestohlenen Genuss- bzw. Anteilscheins selbst bei Gutgläubigkeit nicht geschützt, weil der frühere Besitzer die im Genuss- bzw. Anteilschein verbrieften Rechte auch ohne Besitz des entsprechenden Papiers durch Nachweis seiner Berechtigung geltend machen könne (vgl. zum Ganzen PETER FORSTMOSER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VII, 4. Abteilung, Die Genossenschaft, Lieferung 2 [Art. 839–851 OR], Bern 1974, Art. 849 OR N. 28 ff. und N. 70).

**13.1.3** Sodann wird in einem Kommentar aus dem Jahre 1972 ausgeführt, der Genussschein, eine "Neuschöpfung französischer Provenienz", sei als "genossenschaftsfremd" abzulehnen, da er zum einen nach seinem juristischen Inhalt unbestimmt sowie schillernd und zum anderen "deutlich auf die Bedürfnisse der Aktiengesellschaft zugeschnitten" sei

(MAX GUTZWILER, in: Bürgi et al. [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Zürich 1972, Art. 861 N. 10 f.).

**13.1.4** Ein Vertreter der neueren Literatur, FLORIAN ZIHLER, hält ein Partizipationskapital bei der Genossenschaft für unzulässig, da der Partizipationsschein als stimmrechtslose Aktie nicht ins Konzept der Genossenschaft als Selbsthilfeorganisation passe und das Genossenschaftsrecht keine Verweisungen auf die aktienrechtlichen Schutzvorschriften für Partizipanten enthalte. ZIHLER hält zudem fest, in den letzten Jahren seien in der Handelsregisterpraxis keine über ein Partizipationskapital verfügenden Genossenschaften mehr zu finden gewesen (s. zum Ganzen ZIHLER, a.a.O., Art. 60 N. 10).

**13.2**

**13.2.1** In der älteren Doktrin führte FRITZ VON STEIGER aus, aufgrund der im Obligationenrecht geltenden Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) sei es Genossenschaften erlaubt, innerhalb der Schranken des zwingenden Rechts auf statutarischem Weg im Gesetz nicht vorgesehene Institute zu schaffen. So seien Genussscheine, welche anstelle von Gläubigerrechten geschaffen würden, "wohl überhaupt nicht zu beanstanden" (ders., Kann eine Genossenschaft Genussscheine ausgeben? in: Schweizerische Aktiengesellschaft: Zeitschrift zur Besprechung von Rechts-, Steuer- und Wirtschaftsfragen der Aktiengesellschaften [SAG] 1944/45, S. 180 ff., S. 181). Zu Genussscheinen, welche an Stelle von Mitgliederrechten treten, hielt VON STEIGER Folgendes fest (S. 181):

> "[Bei solchen Genussscheinen] […] ist von entscheidender Bedeutung, dass auf diese Weise gesamthaft nicht ein höherer Gewinn verteilt wird als in Art. 859, Abs. 3, OR vorgesehen, wonach, von Kreditgenossenschaften abgesehen (Art. 861 OR), auf die Anteilscheine nicht eine höhere Quote des Reinertrages verteilt werden darf als dem landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheit entspricht. Möglich ist also wohl, das alte Anteilscheinkapital ganz oder teilweise abzuschreiben und an seiner Stelle Genussscheine zu schaffen, die nach Massgabe des Geschäftsergebnisses im Nachgang zum neuen Anteilscheinkapital mit höchstens 5 % verzinst werden. […]"

Die Ausgabe von Genussscheinen, welche an die Stelle von Anteilscheinkapital treten, verstösst im Übrigen nach Auffassung VON STEIGERS nicht gegen die zwingende Vorschrift von Art. 854 OR, wonach die Genossenschafter in gleichen Rechten und Pflichten stehen. Denn zum ei-

nen sei in Analogie zum aktienrechtlichen Genussschein davon auszugehen, dass solche Genussscheine gar keine Mitgliedschaftsrechte verschaffen würden. Zum anderen verlange Art. 854 OR nur, "dass verschiedenes nicht gleich und gleiches nicht ungleich behandelt wird" (S. 182).

**13.2.2** HANS-PETER FRIEDRICH (Das Genossenschaftskapital im schweizerischen Obligationenrecht, Basel 1943, S. 54) geht davon aus, dass "die Ausgabe von Genussscheinen, unter der Voraussetzung, dass sie zugunsten aller Mitglieder und nicht zum Zwecke der Umgehung der Bestimmungen über die Begrenzung der Anteils'verzinsung' erfolgt, nicht verhindert werden" kann.

**13.2.3** Sodann vertritt WALTER HENSEL (Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürich 1947, S. 129) die Auffassung, dass die Ausgabe von Genussscheinen bei Genossenschaften zulässig ist, soweit damit die Dividendenbeschränkung von Art. 859 Abs. 3 OR nicht umgangen wird. Es könne im Übrigen nicht verlangt werden, dass Genussscheine stets an alle Mitglieder ausgegeben würden.

**13.2.4** Unter Berücksichtigung der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) sowie nach einer Auseinandersetzung mit den "Strukturmerkmalen der schweizerischen Genossenschaft" kam ERICH FLURI im Jahre 1973 zum Schluss, das Wesen der Genossenschaft stehe grundsätzlich einer Verwendung des Genussscheines als Finanzierungsmittel durch die Genossenschaften nicht entgegen (ders., a.a.O., S. 114 f.). Freilich könne die Verwendung von Genussscheinen bei der Genossenschaft nur unter der Voraussetzung als zulässig betrachtet werden, dass die Genussscheine nicht als Wertpapiere ausgestaltet würden, die Verteilung des Reinertrages – ausser bei den Kreditgenossenschaften – gemäss Art. 859 Abs. 3 OR beschränkt sei und bei der Übernahme der Genussscheine die Vorschriften über den Mitgliedschaftserwerb beachtet würden (FLURI, a.a.O., S. 115 ff., insbesondere S. 118).

**13.2.5** Nach Meinung von SUSY B. MOSER ist der (Finanzierungs-)genussschein bei Genossenschaften unter der Voraussetzung zulässig, dass keine genossenschaftsrechtlichen Bestimmungen wie insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 854 OR und die Dividendenbeschränkung von Art. 859 Abs. 3 OR umgangen werden (dies., Wohnbaugenossenschaften, Zürich 1978, S. 38 f., auch zum Folgenden). Hingegen ist nach ihrer Auffassung das Verbot der Ausgestaltung als Wertpapier gemäss Art. 853 Abs. 3 OR bei der Ausgabe solcher Genuss-

scheine nicht zu beachten, da bloss mitgliedschaftsähnliche Vermögensrechte auf dem Spiel stehen würden. De lege ferenda fordert MOSER eine Lockerung der Dividendenbeschränkung von Art. 859 Abs. 3 OR zur Begünstigung der Eigenfinanzierung durch Partizipationsscheine.

**13.2.6** Ohne nähere Begründung erklärten ferner PETER JÄGGI/JEAN NICOLAS DRUEY/CHRISTOPH VON GREYERZ (Wertpapierrecht, Basel/Frankfurt am Main 1985, S. 121), die Ausgabe von Partizipationsscheinen sei nicht auf die Aktiengesellschaft beschränkt und es stehe jeder Unternehmung offen, Dritten gegen Leistung einer Einlage à fonds perdu Ansprüche auf einen Anteil am Reingewinn sowie am Liquidationsergebnis einzuräumen.

**13.2.7** JACQUES-ANDRÉ REYMOND/RITA TRIGO TRINDADE führten in einer Monographie von 1998 insbesondere aus, die Ausgabe von Partizipationsscheinen an Dritte sei zulässig, weil das Gleichbehandlungsgebot von Art. 854 OR sowie die Ausschüttungsgrenze von Art. 859 Abs. 3 OR nur auf Genossenschafter anwendbar seien und sich eine Genossenschaft ohne Zweifel zu einer Gewinnbeteiligung Dritter verpflichten könne (REYMOND/TRIGO TRINDADE, a.a.O., S. 70 f.).

**13.2.8** Auch WALTER GERBER (Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen, Bern 2003, S. 67) geht von der Zulässigkeit der Ausgabe von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften aus. De lege ferenda schlägt er dabei vor, Art. 853 Abs. 3 OR zu streichen bzw. die Ausgestaltung der Anteilscheine als Wertpapiere zu ermöglichen. Bei einer künftigen Revision des Genossenschaftsrechts müsse das Augenmerk zudem auf der Einführung sowie Regelung des Partizipations- und des Genussscheines liegen, um die Verwendung dieser bereits de lege lata zulässigen Finanzierungsmittel zu fördern (a.a.O., S. 308 f.).

**13.2.9** Neuerdings bejaht auch SARAH BRUNNER-DOBLER (a.a.O., S. 57 f. und S. 76) die Möglichkeit der Ausgabe von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften unter der Voraussetzung, dass bei der Ausgestaltung der Partizipationsscheine die für die Genossenschaftsmitglieder massgebenden Vorschriften bzw. das Gleichbehandlungsgebot und die Bestimmungen über die Verteilung des Reinertrages eingehalten werden.

**13.2.10** In jüngeren Kommentaren führte HANS NIGG bzw. führten BLAISE CARRON/HANS NIGG aus, der Partizipationsschein sei zwar im Genossenschaftsrecht nicht ausdrücklich genannt, müsse hier aber – in Analogie zum Aktienrecht – anerkannt werden (je auch zum Folgenden HANS NIGG,

in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 852/853 OR N. 22; BLAISE CARRON/HANS NIGG, in: Tercier/Amstutz [Hrsg.], Code des obligations II, Code des obligations art. 530-1186, Loi sur les bourses art. 22-33, avec une introduction à la Loi sur la fusion, Commentaire, Basel 2008, Art. 854 CO N. 22). Diese Analogie sei auch nach der Neuordnung des Aktienrechts gerechtfertigt. Die Besonderheiten des Genossenschaftsrechts würden jedoch eine uneingeschränkte Ausgabe von Partizipationsscheinen verbieten: Zum einen verlange das Gleichheitsgebot von Art. 854 OR eine "gleichmässige Ausgabe" an sämtliche Genossenschafter. Zum anderen sei die Ausschüttungsgrenze von Art. 859 Abs. 3 OR zu beachten. Sowohl die Analogie zum Aktienrecht als auch die genannten beiden Einschränkungen würden auch bei der Ausgabe von Finanzierungsgenussscheinen bzw. Partizipationsscheinen zu Finanzierungszwecken ("émission de bons de participation servant au financement") gelten.

**13.2.11** Für die Zulassung der Ausgabe von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften an *Dritte*, welche nicht Genossenschafter sind, sprechen sich in der neueren Literatur ferner auch FRANCO TAISCH/THOMAS SCHWYTER (a.a.O., S. 516 ff., insbesondere S. 518) sowie – in verschiedenen Publikationen – FRANCO TAISCH (Genossenschaftsunternehmen. Ein Leitfaden, Zürich/St. Gallen 2012, S. 21; ders., Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung, Zürich 2009, S. 117 f.) aus, wobei sie die Möglichkeit der Ausgestaltung solcher Partizipationsscheine als Wertpapiere bejahen.

FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER (a.a.O., S. 417 ff.) führten sodann in einer im laufenden Jahr erschienenen Publikation aus, ein Beteiligungsschein als ein dem Finanzierungsgenussschein unter dem alten Aktienrecht nachgebildetes Finanzierungsinstrument könne bei der Genossenschaft sowohl an Genossenschafter als auch Nichtmitglieder ausgegeben werden, und zwar auch in Form von Wertpapieren oder Wertrechten.

**13.3** Zum Teil wird sodann in der Literatur ohne ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Ausgabe von Partizipationsscheinen bei Genossenschaft unter dem geltenden Recht zulässig ist, gefordert, de lege ferenda seien zur erleichterten Finanzbeschaffung Partizipations- und Genussscheine einzuführen (so LUCAS VON WATTENWYL, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], a.a.O., Art. 828 N. 19). Schliesslich findet sich mitunter auch (ohne eigene Stellungnahme) der blosse Hinweis, dass die genannte Frage umstritten ist (so PETER V.

KUNZ, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, 2. A., Bern 2012, S. 101 Fn. 421).

**14.**
Der vorstehende Überblick über den Meinungsstand in der Literatur zeigt, dass die grundsätzliche Zulässigkeit der Ausgabe von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften – jedenfalls in der neueren Literatur – überwiegend bejaht wird. Dies gilt selbst dann, wenn – wie die Vorinstanz fordert (vgl. Vernehmlassung, S. 16) – nur auf die aus der Zeit nach der gesetzlichen Einführung des Partizipationsscheins im Rahmen der grossen Aktienrechtsrevision von 1991 stammende Literatur abgestellt wird. Wie vorn (E. 5.2) ausgeführt, sind indes die in Frage stehenden Literaturmeinungen nicht bloss zu zählen, sondern – insbesondere unter Berücksichtigung der Unabhängigkeit der Autoren – zu gewichten.

In diesem Zusammenhang macht die Vorinstanz namentlich geltend, die Meinungen von TAISCH (a.a.O.) und TAISCH/SCHWYTER (a.a.O.) hätten aufgrund eines engen Verhältnisses zwischen dem Autor Prof. Dr. FRANCO TAISCH und der Beschwerdeführerin, insbesondere wegen dessen Funktion als Verwaltungsrat und Mitglied des Prüfungsausschusses der Beschwerdeführerin, geringe Relevanz (vgl. Vernehmlassung, S. 4 Fn. 2 und S. 16 Fn. 55). Die Vorinstanz führt ferner aus, bei ZIHLER handle es sich zwar um einen ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiter, er äussere jedoch in dem 2013 erschienenen Kommentar zur Handelsregisterverordnung seine persönliche Ansicht (vgl. Vernehmlassung, S. 16 Fn. 56).

Die Beschwerdeführerin bringt hingegen vor, es bestehe angesichts der sich für die Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften aussprechenden absolut herrschenden Lehre kein Grund, die Auffassung von TAISCH als unbeachtlich zu qualifizieren (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. April 2013, S. 3 f.). Was die Kommentarstelle von ZIHLER betreffe, sei zu berücksichtigen, dass der entsprechende Kommentar nach zahlreichen, die Beschwerdeführerin betreffenden Stellungnahmen der Vorinstanz erschienen sei und damit ZIHLER als Mitarbeiter der Vorinstanz wohl nichts anderes habe tun können, als die Auffassung seiner Arbeitgeberin zu verteidigen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 24. April 2013, S. 11 f.).

**14.1** Es trifft in der Tat zu, dass Prof. Dr. FRANCO TAISCHS Meinung nicht als unabhängig qualifiziert werden kann. Denn ausweislich einer seiner genannten Publikation ist er Verwaltungsrat und Mitglied des Prüfungs-

ausschusses der Beschwerdeführerin, zudem erhielt er von ihr für die Ausarbeitung der Monographie "Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung" finanzielle Unterstützung (vgl. ders., a.a.O., S. VI). Angesichts des Umstandes, dass er namentlich mit seinen mit THOMAS SCHWYTER verfassten Ausführungen eingehend den Meinungsstand in der Literatur würdigt und seine Meinung begründet, kann seiner Stimme indessen nicht von vornherein jede Relevanz abgesprochen werden.

**14.2** ZIHLER hat seine hiervor (E. 13.1.4) genannte Meinung in einem im Dezember 2012 abgeschlossenen und 2013 erschienenen Kommentar publiziert. Da er schon damals unbestrittenermassen Mitarbeiter der Vorinstanz war und das die Beschwerdeführerin betreffende Verfahren bei dieser Behörde bereits vor Erscheinen des fraglichen Werkes hängig war, kann ZIHLERS Auffassung ebenfalls nicht als unabhängig qualifiziert werden. Der Umstand, dass er eine persönliche Auffassung geäussert haben soll (vgl. Vernehmlassung, S. 16 Fn. 56), kann nichts daran ändern.

**14.3** Freilich ist auch das Gewicht der Meinungsäusserung VON STEIGERS, welcher – anders als ZIHLER – Partizipations- bzw. Genussscheine als grundsätzlich zulässig erachtet, zu relativieren. Denn VON STEIGER war zum Zeitpunkt des Erscheinens seiner (vorn in E. 13.2.1 erwähnten) Publikation Vorsteher des EHRA (vgl. VON STEIGER, Verwaltungsrat und Prokurist in einer Person?, in: SAG 1944/45, S. 165). Immerhin bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass er seine Meinung wie ZIHLER zeitnah zu einem entsprechenden konkreten Eintragungsverfahren geäussert hat.

**14.4** Auch dann, wenn man die jeweils allein oder mit Koautoren geäusserten Auffassungen TAISCHS, ZIHLERS und VON STEIGERS mit Blick auf die Problematik der Unabhängigkeit nicht berücksichtigen würde, ergibt sich das Bild, dass die überwiegende Lehre die Ausgabe von Partizipationsscheinen bei der Genossenschaft schon vor der grossen Aktienrechtsreform von 1991 grundsätzlich für zulässig erachtete und die Möglichkeit eines genossenschaftlichen Partizipationskapitals auch unter dem heutigen Recht bejaht. Im Folgenden ist zu klären, ob Letzteres in Übereinstimmung mit Wortlaut sowie Zweck der in Frage stehenden Vorschriften hinreichend überzeugend begründet ist (vgl. vorn E. 5.2).

**15.**
Wie aufgezeigt lässt sich als Argument für den Ausschluss von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften nicht mit Recht ins Feld führen, der

Gesetzgeber habe mit seinem Schweigen deutlich gemacht, dass bei Genossenschaften keine Partizipationsscheine ausgegeben werden dürfen. Auszugehen bleibt von der Feststellung, dass kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt (vgl. vorn E. 10 f.).

**16.**
Wie vorn (E. 5) ausgeführt, gilt im Gesellschaftsrecht der Grundsatz der Privatautonomie, wobei jedoch die Grundordnung der privatrechtlichen Gesellschaftsformen zum Schutz der Verkehrssicherheit und zum Schutz der Gesellschafter – auf einem Numerus clausus der Formen sowie den Grundsätzen des Formenzwangs und der Formenfixierung beruht (vgl. BGE 132 III 470 E. 3.3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 330 f.; ZIHLER, a.a.O., Art. 28 N. 35). Vor diesem Hintergrund ist zu klären, ob das aktienrechtliche Institut der Partizipationsscheine mit dem Wesen der Genossenschaft vereinbar ist und ob mit der Einführung von Partizipationsscheinen nicht gegen tragende Grundsätze bzw. zwingende Vorschriften des Genossenschaftsrechts verstossen wird (vgl. FLURI, a.a.O., S. 114 f.).

**17.**
**17.1** Nach Art. 828 Abs. 1 OR ist die Genossenschaft eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, welche in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt. Gemäss Art. 828 Abs. 2 OR sind Genossenschaften mit einem zum Voraus festgesetzten Grundkapital unzulässig. Art. 828 OR bildet zwingendes Recht (PETER FORSTMOSER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VII, 4. Abteilung, Die Genossenschaft, Lieferung 1 [Systematischer Teil und Art. 828–926 OR], Bern 1971, Art. 828 OR N. 4; VON WATTENWYL, a.a.O., Art. 828 N. 1 und N. 15).

Wesensmerkmale der Genossenschaft sind somit insbesondere die körperschaftliche Struktur, die hauptsächliche Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke, die Förderung der Interessen der Mitglieder, das Prinzip der gemeinsamen Selbsthilfe, das Prinzip der offenen Tür und (mit Letzterem verbunden) das Fehlen eines festen Grundkapitals (vgl. auch FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, a.a.O., S. 4).

**17.2** Mit den Wesensmerkmalen der Organisation als Körperschaft und der Verfolgung wirtschaftlicher Ziele ist die Ausgabe von Partizipationsscheinen ohne Weiteres vereinbar, zumal auch die Aktiengesellschaft

körperschaftlich organisiert ist und regelmässig wirtschaftliche Zwecke verfolgt (vgl. FLURI, a.a.O., S. 114).

**17.3**

**17.3.1** Die Ausgabe von Partizipationsscheinen an Dritte dürfte dem Wesen der Genossenschaft als Förderungsgemeinschaft, deren Tätigkeit sich grundsätzlich auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränkt, teilweise zuwiderlaufen, indem solche Partizipationsscheine Nichtmitgliedern wesentliche Vermögensrechte einräumen und in dem Masse, als diesen Nichtmitgliedern ein Überschuss verteilt wird, die Genossenschaftsnichtmitglieder nicht gefördert werden können. Freilich folgt daraus nicht per se, dass das Förderungsprinzip verletzt wird, da mit einer Stärkung der genossenschaftlichen Eigenkapitalbasis durch Genussscheinkapital der Zweck der Genossenschaft besser erfüllt werden kann und das nachhaltige sowie langfristige Bestehen der Genossenschaft gewährleistet werden kann (vgl. zum Ganzen FLURI, a.a.O., S. 115; FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, a.a.O., S. 9 f.). Letzteres gilt umso mehr, als Genossenschaften trotz der Ausrichtung auf die Mitgliederförderung Geschäfte, die den Inhalt der Zweckverfolgung der Genossenschaft ausmachen (sog. Zweckgeschäfte), mit Nichtmitgliedern tätigen dürfen (sog. Nichtmitgliedergeschäfte), sofern sie bloss ergänzender Natur sind (vgl. CARL BAUDENBACHER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], a.a.O., Art. 828 OR N. 20; FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 828 OR N. 75 ff.; FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, a.a.O., S. 10; VON WATTENWYL, a.a.O., Art. 828 N. 13; vgl. ferner MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 644), indem ihnen entweder im Rahmen der genossenschaftlichen Geschäftstätigkeit nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt oder sie zwar zahlenmässig bedeutsam oder gar überwiegend, jedoch durch das Interesse der Mitglieder motiviert sind (etwa, weil der Umsatz aus den Geschäftsbeziehungen zu den Mitgliedern für sich allein für eine preiswerte Förderung der Gesellschafter zu gering wäre [FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 828 OR N. 82]). Es kommt hinzu, dass sog. Gegengeschäfte (Geschäfte, welche die Durchführung von Zweckgeschäften ermöglichen) und sog. Hilfsgeschäfte (Geschäfte, welche der Durchführung von Zweck- sowie Gegengeschäften dienen) ohne Weiteres zulässig sind (vgl. FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 828 OR N. 78; VON WATTENWYL, a.a.O., Art. 828 N. 13).

**17.3.2** Das sich aus Art. 828 Abs. 1 OR ergebende Förderprinzip beinhaltet indes auch die Pflicht, die Mitglieder *unmittelbar* bzw. direkt zu fördern (vgl. FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, a.a.O., S. 11). Die Er-

zielung eines den Mitglieder mittelbar zugutekommenden Überschusses bildet zwar – da nach dem Wortlaut von Art. 828 Abs. 1 OR lediglich "in der Hauptsache" bestimmte Interesse der Mitglieder zu fördern sind – einen zulässigen Zweck der Genossenschaft, doch darf dieser lediglich untergeordnete Bedeutung haben (BAUDENBACHER, a.a.O., Art. 828 OR N. 19; a.M. FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 828 OR N. 92). Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass Dividenden und andere Geldleistungen an die Mitglieder lediglich mittelbare Leistungen der Genossenschaft bilden (vgl. auch zum Folgenden BAUDENBACHER, a.a.O., Art. 828 OR N. 18; VON WATTENWYL, a.a.O., Art. 828 N. 6). Ausdruck davon ist insbesondere die Vorschrift von Art. 859 Abs. 3 OR, wonach die auf allfällige Anteilscheine entfallende Quote des Reinertrages auf den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten begrenzt ist. Diese Vorschrift ist absolut zwingend (VON WATTENWYL, a.a.O., Art. 859 N. 5). *Kreditgenossenschaften*, das heisst zum einen Genossenschaften, die dem Bankengesetz voll unterstehen (sog. Genossenschaftsbanken) und zum anderen Genossenschaften, welche ihrem Zweck entsprechend Gelder an ihre Mitglieder ausleihen, ohne sich jedoch öffentlich zur Annahme fremder Gelder zu empfehlen (vgl. MARKUS R. NEUHAUS/HANS PETER HEIBER, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], a.a.O., Art. 858 OR N. 10), können von dieser Bestimmung jedoch gemäss Art. 861 Abs. 1 OR auf statutarischem Weg abweichen. Folglich können solche Genossenschaften eine rein kapitalbezogene Ausschüttung auf dem Nennwert der gezeichneten Anteile vorsehen und sich damit stark der Aktiengesellschaft annähern (WYSS, a.a.O., Art. 862 N. 1). Inwieweit Art. 861 Abs. 1 OR Kreditgenossenschaften von der Pflicht befreit, bestimmte wirtschaftliche Interessen ihrer Mitglieder zu fördern, bzw. ob eine völlige Preisgabe der Pflicht zur direkten Mitgliederförderung bei einer Kreditgenossenschaft rechtskonform wäre, ist nicht restlos geklärt (vgl. dazu FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ-KELLER, a.a.O., S. 11).

Zumindest bei Kreditgenossenschaften dürfte somit die Ausgabe von Partizipationsscheinen grundsätzlich weder gegen das Förderprinzip von Art. 828 Abs. 1 OR noch gegen die Ausschüttungsschranke von Art. 859 Abs. 3 OR verstossen. Inwieweit es sich bei anderen Genossenschaften anders verhalten sollte, kann hier offen gelassen werden, da die Beschwerdeführerin – was zu Recht unbestritten ist – dem Bankengesetz untersteht und damit eine Kreditgenossenschaft bildet (vgl. Art. 1 BankG und Art. 2a BankV]; vgl. auch www.finma.ch/institute/pdf_d/dbeh.pdf [zuletzt eingesehen am 13. Juni 2013). Vor diesem Hintergrund ist auch die

vorn (E. 13.2) dargestellte Kontroverse in der Literatur, ob – im Fall grundsätzlicher Anerkennung der Zulässigkeit von genossenschaftlichem Partizipationskapital – bei der Ausgestaltung der Partizipationsscheine die Ausschüttungsgrenze von Art. 859 Abs. 3 OR zu beachten ist oder nicht, vorliegend nicht entscheidend.

**17.4** Das in Art. 828 Abs. 1 OR verankerte Prinzip der gemeinsamen Selbsthilfe ist eine Manifestation des Solidargedankens und verlangt ein persönliches Zusammenwirken der Genossenschaftler. Die Genossenschafter müssen grundsätzlich einen konkreten Beitrag erbringen und dürfen sich nicht lediglich auf eine finanzielle Beteiligung beschränken, selbst wenn es zulässig ist, dass einzelne Genossenschafter vorübergehend einzig Kapitalleistungen erbringen. Freilich wird der Selbsthilfegedanke ebenfalls durch den Passus "in der Hauptsache" relativiert und gilt das Prinzip der gemeinsamen Selbsthilfe namentlich bei Kreditgenossenschaften nur abgeschwächt, indem es mit Blick auf die besondere Zweckverfolgung dieser Genossenschaften kein konkretes Zusammenwirken persönlicher Art voraussetzt (s. zum Ganzen BAUDENBACHER, a.a.O., Art. 828 N. 22 f., m.w.H.).

Die Ausgabe von Partizipationsscheinen an Genossenschafter erscheint als mit dem Selbsthilfeprinzip vereinbar, indem sie die Pflicht der Mitglieder, selbst einen konkreten, über die finanzielle Beteiligung hinausgehenden Beitrag zu leisten, nicht berührt (vgl. FLURI, a.a.O., S. 115). Die Ausgabe von Partizipationsscheinen an Dritte scheint zwar prima vista gegen das Selbsthilfeprinzip zu verstossen, "da dadurch wenigstens im finanziellen Bereich eine Unterstützung der Genossenschaft durch aussenstehende Dritte gegeben wäre" (FLURI, a.a.O., S. 115). Indes ist aufgrund der einschränkenden Wendung "in der Hauptsache" die Zulässigkeit einer ergänzenden Unterstützung von aussen anerkannt (vgl. FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 828 OR N. 104). FLURI (a.a.O., S. 115) weist in diesem Zusammenhang zudem zu Recht darauf hin, dass das Selbsthilfeprinzip in der Praxis weitgehend seines Inhaltes entleert worden ist: So hat das Bundesgericht selbst die Gründung einer Genossenschaft ohne mitgliedschaftliche Leistungspflicht als zulässig erachtet (vgl. BGE 93 II 30 ff.; vgl. dazu FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 828 OR N. 105 ff.; VON WATTENWYL, a.a.O., Art. 828 OR N. 10, m.w.H.). Die Herabstufung des Selbsthilfeprinzips zu einem Postulat mit geringer oder keiner materieller Bedeutung erscheint namentlich insofern als wenig problematisch, als durch die Zulassung von Mitgliedern, die keine Beitragsleistungen erbringen müssen, weder die übrigen Mitglieder, noch Gläubiger oder die

Gesellschaft selbst in ihren berechtigten Interessen verletzt werden (FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 828 OR N. 106).

Entgegen der Auffassung von ZIHLER (a.a.O., Art. 60 N. 10; siehe dazu vorn E. 13.1.4) lässt sich das Selbsthilfeprinzip nach dem Gesagten nicht mit Erfolg gegen die Zulassung der Ausgabe von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften ins Feld führen. Bei einer Kreditgenossenschaft wie derjenigen der Beschwerdeführerin (vgl. vorn E. 17.3.2) ist der gegen die Zulassung von Partizipationskapital erhobene Einwand, die Genossenschaft sei eine Selbsthilfeorganisation, aufgrund der bei dieser Genossenschaftsart (noch stärker als ohnehin bereits) zu relativierenden Bedeutung des Selbsthilfeprinzips erst recht nicht stichhaltig.

**17.5** Das Verbot, Genossenschaften mit einem im Voraus festgelegten Grundkapital zu errichten (Art. 828 Abs. 2 OR), hat nach herrschender Auffassung die Funktion, das Prinzip der offenen Tür zu sichern (vgl. BAUDENBACHER, a.a.O., Art. 828 OR N. 25; FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 828 N. 119 [je m.w.H.]; a.M. GUTZWILER, a.a.O., Art. 828 N. 34, wonach Art. 828 Abs. 2 OR Ausdruck der personalen Struktur der Genossenschaft ist). Das Prinzip der offenen Tür ergibt sich nicht nur aus der Legaldefinition, wonach die Genossenschaft eine nicht geschlossene Mitgliederzahl aufweist (vgl. Art. 828 Abs. 1 OR), sondern auch aus Art. 839 Abs. 2 OR. Letztere Vorschrift statuiert insbesondere das Verbot, mittels statutarischer Vorschriften den Eintritt in die Genossenschaft übermässig zu erschweren (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 644).

Das Verbot von Art. 828 Abs. 2 OR wird durch die Ausgabe von Partizipationsscheinen nicht verletzt. Dies gilt selbst dann, wenn – wie vorliegend – das Beteiligungsscheinkapital bzw. das Partizipationskapital auf einen festen Betrag (in casu Fr. 300'000'000.–) begrenzt sowie der Nennwert der einzelnen Beteiligungs- bzw. Partizipationsscheine (in casu auf je Fr. 100.–) festgelegt ist (vgl. Art. 7 des Statutenentwurfes) und die General- bzw. Delegiertenversammlung die Kompetenz hat, das Beteiligungsscheinkapital zu erhöhen oder zu reduzieren (vgl. Art. 28 Bst. dbis des Statutenentwurfes). Das Verbot von Art. 828 Abs. 2 OR richtet sich nämlich lediglich gegen ein festes *Genossenschaftskapital* und darf nicht auf das gesamte Eigenkapital einer Genossenschaft bezogen werden (FLURI, a.a.O., S. 114). Der Eintritt in die Genossenschaft wird durch die Ausgabe von Partizipationsscheinen nicht erschwert, so dass auch kein Verstoss gegen das Prinzip der offenen Tür ersichtlich ist.

**18.**
Neben den in Art. 828 OR festgehalten Wesensmerkmalen der Genossenschaft und den hiervor genannten, damit verbundenen Vorschriften (vgl. vorn E. 17) sind bei der Prüfung der Zulässigkeit von Partizipationskapital bei dieser Gesellschaftsform weitere zwingende Bestimmungen des Genossenschaftsrechts zu berücksichtigen, namentlich Art. 840 OR mit dem Erfordernis einer Beitrittserklärung, das Verbot der Ausgestaltung der Anteilscheine als Wertpapier (Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR), das Gleichbehandlungsgebot von Art. 854 OR und die Regelung des Kopfstimmrechts nach Art. 885 OR.

**18.1**
**18.1.1** Gemäss Art. 840 Abs. 1 OR bedarf es zum Beitritt zur Genossenschaft einer schriftlichen Erklärung. Nach Art. 840 Abs. 2 OR muss die Beitrittserklärung, soweit bei einer Genossenschaft nebst der Haftung des Genossenschaftsvermögens eine persönliche Haftung oder Nachschusspflicht der einzelnen Genossenschafter besteht, die entsprechenden Verpflichtungen ausdrücklich enthalten. Die Statuten können zwar strengere Anforderungen an eine Beitrittserklärung statuieren, nicht jedoch einen Verzicht auf das gesetzliche Erfordernis einer Beitrittserklärung vorsehen (FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 840 OR N. 14).

Das Erfordernis der Schriftlichkeit der Beitrittserklärung bezweckt den Schutz des Beitretenden vor Übereilung und vor allem auch die Klarheit über den Bestand der Mitgliedschaft (URS ENGLER, in: Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], a.a.O., Art. 840 N. 1; vgl. zum früheren Recht BGE 56 II 296 E. 3).

Gemäss Art. 840 Abs. 3 OR entscheidet die Verwaltung über die Aufnahme neuer Mitglieder, soweit nicht nach den Statuten die Beitrittserklärung für sich allein genügt oder ein Generalversammlungsbeschluss erforderlich ist.

**18.1.2** Insofern, als Partizipanten – anders als Genossenschaftsmitgliedern (vgl. Art. 866 ff. OR) – abgesehen von der Pflicht zur Liberierung keine Pflichten auferlegt werden, besteht bei Ersteren ein weniger starkes Bedürfnis nach Schutz vor Übereilung als bei Letzteren (vgl. Gutachten NOBEL, Beschwerdebeilage 7 S. 42). Dies rechtfertigt es, die nur für den Beitritt als Genossenschaftler anwendbaren Vorschriften von Art. 840 Abs. 1 und 2 OR bei der Ausgabe von Partizipationsscheinen durch Genossenschaften nicht analog anzuwenden. Art. 840 Abs. 3 OR dürfte so-

dann mit Blick auf die Gesetzessystematik nicht anwendbar sein, wenn kein Erfordernis einer Beitrittserklärung nach Art. 840 Abs. 1 OR besteht. Selbst eine analoge Anwendung von Art. 840 Abs. 3 OR würde im Übrigen nicht bedeuten, dass bei der Ausgabe von Partizipationsscheinen ein Entscheid der Verwaltung oder ein Beschluss der Generalversammlung zwingend erforderlich ist.

Auch wenn FLURI ausführt, Art. 840 OR sei auf die personalistische Struktur der Genossenschaft zurückzuführen, weshalb die Möglichkeit der Beteiligung von Nichtgesellschaftern mittels Genussscheinen in Widerspruch zu den Bestimmungen über den Mitgliedschaftserwerb stehe (FLURI, a.a.O., S. 116 f.; vgl. dazu auch vorn E. 13.2.4), erscheint die hiervor dargelegte Auffassung nach dem Gesagten jedenfalls als vertretbar.

**18.2** Laut Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR darf der Anteilschein nicht als Wertpapier, sondern nur als Beweisurkunde errichtet werden. Diese Vorschrift wurde erlassen, weil die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft personenbezogen ist und deshalb die Übertragung an einen beliebigen Dritten nicht möglich sein soll (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., S. 654 f.).

Zwar beabsichtigt die Beschwerdeführerin nicht, die Beteiligungsscheine als Wertpapiere auszugestalten. Ihr Vorhaben, Beteiligungsscheine als Wertrechte auszugeben (vgl. Art. 7 Abs. 2 des Statutenentwurfes), könnte jedoch gleichwohl gegen Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR verstossen, da Wertrechte gemäss Art. 973c Abs. 1 OR "Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere" bilden.

**18.2.1** Diejenigen Autoren, welche sowohl die Zulässigkeit von Partizipationskapital bei Genossenschaften, als auch die Möglichkeit der Ausgabe der entsprechenden Partizipationsscheine als Wertpapiere bejahen, begründen Letzteres damit, dass Partizipanten keine Genossenschafter seien und deshalb Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR nicht zur Anwendung komme (vgl. MOSER, a.a.O., S. 38; TAISCH, Genossenschaftsunternehmen, S. 21; ders., Genossenschaftsgruppen, S. 117 f.; TAISCH/SCHWYTER, a.a.O., S. 518; vorn E. 13.2.5 und E. 13.2.11). Diese Begründung greift freilich zu kurz. Denn es stellt sich die Frage, ob bei der Genossenschaft angesichts der personalistisch ausgestalteten Mitgliedschaft (vgl. zur Ausgestaltung der Genossenschaft als personenbezogene Körperschaft BGE 128 II 375 E. 3.2) eine Kapitalbeteiligung in Wertpapierform, bei welcher dem Kapitalgeber im vermögensrechtlichen Bereich eine genos-

senschafterähnliche Stellung eingeräumt wird, ausgeschlossen ist (vgl. FLURI, a.a.O., S. 116).

**18.2.2** Das Verbot, Anteilscheine als Wertpapiere auszugestalten (Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR), hat zur Folge, dass die Inhaber der entsprechenden, von einer Genossenschaft ausgegebenen Titel den vom Gesetz namentlich mit Art. 935 ZGB sowie Art. 979, 1006 und 1007 OR Inhabern von Wertpapieren eingeräumten Schutz nicht geniessen (REYMOND/TRIGO TRINDADE, a.a.O., S. 121).

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass der Genossenschaftsanteil als Bruchteil des Grundkapitals nicht die Mitgliedschaft verkörpert (auch wenn er diese nach Art. 852 Abs. 2 OR feststellen kann), sondern dem Inhaber bestimmte gesetzliche (Art. 913 Abs. 2 OR) oder statutarische (Art. 859 und Art. 864 OR) Vermögensrechte einräumt (vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE, a.a.O., S. 51). Vor diesem Hintergrund kam es in der Praxis vor, dass Genossenschaftsanteile dauerhaft von der Mitgliedschaft abgespalten wurden sowie – mit einer Blankozession versehen – praktisch wie Wertpapiere an der Börse oder ausserbörslich gehandelt wurden (vgl. FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 849 OR N. 70; REYMOND/TRIGO TRINDADE, a.a.O., S. 122; TAISCH, Genossenschaftsgruppen, S. 120). Diese Praxis wurde in der Literatur zum Teil insbesondere mit dem Hinweis kritisiert, der Gesetzgeber habe mit Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR mittels Einschränkung der Negotiabilität die Möglichkeit der Ausgestaltung der genossenschaftlichen Beteiligung als mobilisierbare Kapitalanlage verhindern wollen (FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 849 OR N. 70). Zum Teil wird indessen diese Kritik nicht für gerechtfertigt gehalten, wobei freilich nicht auf die sich mit Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR stellende Problematik eingegangen wird (vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE, a.a.O., S. 122; JÄGGI/DRUEY/GREYERZ, a.a.O., S. 123 f.).

In der Literatur findet sich ferner die Auffassung, Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR schliesse nur die Ausgabe von Anteilscheinen als *qualifizierte* Wertpapiere aus (JÄGGI/DRUEY/GREYERZ, a.a.O., S. 123; a.M. anscheinend NIGG, a.a.O., Art. 852/853 OR N. 4; vgl. dazu auch MAX KUMMER/EVA DRUEY JUST, § 20 Genossenschaft: Die Mitgliedschaft, in: Druey [Hrsg.], a.a.O., S. 279 ff., S. 285). Nach dieser Auffassung ist es somit zulässig, Anteilscheine als Namenpapiere auszugeben (vgl. zur Unterscheidung zwischen einfachen Wertpapieren und qualifizierten Wertpapieren sowie zum Begriff des Namenpapiers anstelle vieler JEAN NICOLAS DRUEY, § 27 Überblick, in: ders. [Hrsg.], a.a.O., S. 401 ff., S. 403 f. und S. 409).

Letzteres wird damit begründet, dass Namenpapiere nicht erhöht negotiabel sind und deshalb das Ziel des Gesetzgebers, die Handelbarkeit der Anteilscheine zu verhindern, mit solchen Wertpapieren nicht unterlaufen werde (JÄGGI/DRUEY/GREYERZ, a.a.O., S. 123; s. zum Ganzen Gutachten NOBEL [= Beschwerdebeilage 7]).

Mit Blick auf die genannte gesetzgeberische Absicht, die Negotiabilität der Anteilscheine zu verhindern, ist das Verbot von Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR mit Art. 784 Abs. 1 OR vergleichbar, wonach bei der GmbH Urkunden über Stammanteile nur als Beweisurkunden oder Namenpapiere errichtet werden dürfen. Letztere Vorschrift illustriert die der GmbH fehlende Kapitalmarktfähigkeit (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, in: Roberto/Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, Bucheffektengesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 784 OR N. 2; vgl. auch vorn E. 8.2). In der Literatur wird dazu ausgeführt, bei der GmbH seien "Rechte und Pflichten (Geschäftsführung, Treuepflicht, Konkurrenzverbot, Nachschuss- und Nebenleistungspflichten" zu eng miteinander verwoben (TRÜEB, a.a.O., Art. 784 OR N. 2). Was die Verbriefung von Genussscheinen bei der GmbH betrifft, wird in der Doktrin ausgeführt, eine analoge Anwendung von Art. 784 Abs. 1 OR sei nicht geboten bzw. eine Ausgabe als Namen-, Inhaber- oder Ordrepapier zulässig, da Genussscheine "keine Mitgliedschaftsrechte (und -pflichten) verbriefen" würden und "anders als bei Stammanteilen […] mit Genussscheinen keine persönlichen Leistungspflichten verbunden" seien (TRÜEB, a.a.O., Art. 774a OR N. 4).

Die genannten Überlegungen zur Verbriefung von Partizipationsscheinen bei der GmbH können – wie NOBEL in seinem Gutachten überzeugend ausgeführt hat (vgl. Beschwerdebeilage 7 S. 43) – analog auch auf die Frage der Zulässigkeit der Ausgestaltung von Partizipationsscheinen als Wertpapiere bei der Genossenschaft angewendet werden. Denn auch bei Partizipationsscheinen fehlt es – anders als bei der Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft – an einem engen Konnex zwischen den Rechten und Pflichten des Inhabers, da den Partizipanten keine persönlichen, die Verkehrsfähigkeit einschränkenden Leistungspflichten treffen (vgl. Gutachten NOBEL [= Beschwerdebeilage 7], S. 43). Es besteht deshalb kein Grund, Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR direkt oder per analogiam auf Partizipationsscheine einer Genossenschaft anzuwenden. Entgegen der Auffassung von FLURI (a.a.O., S. 116) wird die personalistische Ausgestaltung der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft durch die Ausgabe von Parti-

zipationsscheinen in Wertpapierform nicht berührt und wird damit nicht gegen Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR verstossen.

**18.2.3** Nach dem Ausgeführten ist davon auszugehen, dass Art. 853 Abs. 3 Satz 2 OR weder der Ausgestaltung von Partizipationsscheinen als Wertpapiere, noch deren Ausgestaltung als Wertrechte im Sinne von Art. 973c Abs. 1 OR entgegensteht.

**18.3** Auch beim Gleichbehandlungsgebot von Art. 854 OR, das zwingender Natur ist (WYSS, a.a.O., Art. 854 OR N. 5), wird zum Teil in der Doktrin ausgeführt, es gelte nach seinem Wortlaut nur für Genossenschafter, so dass es bei Partizipanten nicht beachtet werden müsse (REYMOND/TRIGO TRINDADE, a.a.O., S. 71 [dazu vorn E. 13.2.7]; TAISCH, Genossenschaftsunternehmen, S. 21; TAISCH/SCHWYTER, a.a.O., S. 518). Demgegenüber macht BRUNNER-DOBLER (a.a.O., S. 57 f. und 76) geltend, das Gleichbehandlungsgebot müsse auch bei Partizipanten Anwendung finden, weil ihr Status demjenigen der Genossenschafter angenähert sei (vgl. auch vorn E. 13.2.9). Ferner wird – wie ausgeführt – zum Teil auch gefordert, die Partizipationsscheine müssten gleichmässig auf die Genossenschafter verteilt werden (vgl. vorn E. 13.2.10).

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass das Gleichbehandlungsgebot von Art. 854 OR oder ein entsprechendes, Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 ZGB) bildendes Gleichbehandlungsgebot als fundamentales Gestaltungsprinzip des Gesellschaftsrechts (vgl. dazu Gutachten NOBEL [= Beschwerdebeilage 7], 38 f.) auf die Genossenschafter, auf Partizipanten und das Verhältnis zwischen Partizipanten und Genossenschafter anwendbar ist, ist vorliegend nicht ersichtlich, dass eine massgebende Ungleichbehandlung gegeben ist. Dies gilt umso mehr, als Art. 854 OR keine absolute, sondern nur eine relative Gleichbehandlung, also die Einräumung von Rechten sowie die Auferlegung von Pflichten nach dem gleichen Massstab verlangt (vgl. WYSS, a.a.O., Art. 854 OR N. 1). Die Vorinstanz bringt denn auch zu Recht nicht vor, die Beteiligungsscheine der Beschwerdeführerin würden eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung mit sich bringen.

**18.4** Laut Art. 885 OR hat jeder Genossenschafter in der Generalversammlung oder in der Urabstimmung eine Stimme. Diese Vorschrift ist zwingender Natur. Es wird aus ihr insbesondere abgeleitet, dass die Verleihung eines Stimmrechts an Dritte im Rahmen der Genossenschaft unzulässig ist (BGE 128 III 375 E. 3.1 f., m.w.H.).

Die von der Beschwerdeführerin geplanten Beteiligungsscheine verleihen – wie in Art. 7bis Abs. 1 des Statutenentwurfes ausdrücklich festgehalten – kein Stimmrecht. Insofern scheint Art. 885 OR nicht verletzt zu sein (vgl. auch FLURI, a.a.O., S. 116, wonach sich die Stimmrechtsregelung von Art. 885 OR nach ihrem Wortlaut ausschliesslich auf Genossenschafter bezieht und aus diesem Blickwinkel der Ausschluss von Genussscheininhabern vom Stimmrecht unproblematisch sei). Indes fragt sich, ob die "Beteiligungsscheininhaber" bzw. Partizipanten bei Genossenschaften als Genossenschafter im Sinne von Art. 885 OR zu behandeln sind bzw. diese Vorschrift insofern analog anwendbar ist (vgl. auch FLURI, a.a.O., S. 116).

Anders als bei der Aktiengesellschaft (vgl. Art. 692 OR) ist die Stimmkraft des Genossenschafters personalistischer Natur, indem sie sich nicht nach seiner Kapitalbeteiligung bemisst (ROLAND MÜLLER/ROBERTO FORNITO, in: Roberto/Trüeb [Hrsg.], a.a.O., Art. 885 OR N. 1). Da damit allein die Kapitalbeteiligung noch kein Stimmrecht vermittelt, rechtfertigt es sich nicht, dieses Recht auf Partizipanten, welche einzig die Pflicht zur Liberierung trifft, auszudehnen (im Ergebnis ebenso FLURI, a.a.O., S. 117).

**19.**
Nach dem Ausgeführten bestehen keine stichhaltigen Einwände gegen die Einführung des "Beteiligungsscheinkapitals" gemäss dem Statutenentwurf der Beschwerdeführerin, welche die Statutenänderung nicht als genehmigungsfähig erscheinen lassen. Trotz der in der Literatur zum Teil gegen die Zulassung von Partizipationsscheinen bei der Genossenschaft vorgebrachten Argumente erscheint eine Auslegung des Gesetzes, wonach die vorliegend geplante statutarische Einführung von "Beteiligungsscheinkapital" zulässig ist, als vertretbar. Dies gilt umso mehr, als es sich bei der Beschwerdeführerin um einen Genossenschaftsverband im Sinne von Art. 921 ff. OR handelt, bei welchem hinsichtlich der Organisation grundsätzlich weitergehende Freiheiten als bei Genossenschaften im Sinne von Art. 828 ff. OR bestehen (vgl. vorn E. 2.1.1). Die zum Genossenschaftsverband in Art. 921 ff. OR erlassenen Sondervorschriften bilden – was zu Recht unbestritten ist – kein Hindernis für die in Frage stehende Genehmigung der Statutenänderung. Ergänzend ist Folgendes festzuhalten:

**19.1** Selbst wenn angenommen würde, dass die Ausgabe von Partizipationsscheinen zu einer Abspaltung von Vermögensrechten von der Mitgliedschaft führt, wäre diese jedenfalls dann mit Blick auf die Rechtssi-

cherheit unproblematisch, soweit die Partizipationsscheine als Wertrechte ausgegeben werden und Letztere als Bucheffekten ausgestaltet sind. Denn unter diesen Umständen greift – wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt (vgl. Beschwerde, S. 39) – der durch Art. 29 des Bundesgesetzes über Bucheffekten vom 3. Oktober 2008 (Bucheffektengesetz, BEG, SR 957.1) gewährleistete Schutz des gutgläubigen Erwerbers. Im vorliegenden Fall, bei welchem davon ausgegangen werden kann, dass die Beschwerdeführerin die Wertrechte als Bucheffekte ausgibt (vgl. Gutachten NOBEL [= Beschwerdebeilage 7], S. 49), jedenfalls nicht in vollem Umfang gegeben ist deshalb die von FORSTMOSER (mit Blick auf den fehlenden Gutglaubensschutz und das Recht der Genossenschaft, ergänzende Beweise der Berechtigung einzufordern oder gegenüber den Vorgängern bestehende Einreden geltend zu machen) als Problem der Abspaltung der Vermögensrechte von der Mitgliedschaft bezeichnete "prekäre Stellung des Erwerbers" (vgl. FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 849 OR N. 70; ders., Grossgenossenschaften, S. 241 f.). FORSTMOSER selbst sieht deshalb im Fall der Beschwerdeführerin keine unzulässige Trennung von Kapital und Mitgliedschaft (vgl. Gutachten FORSTMOSER [= Beschwerdebeilage 8, S. 5 f.]).

Angesichts des Umstandes, dass die überwiegende Literatur den früheren Einwand FORSTMOSERS nicht als stichhaltig erachtet, und mit Blick auf die beschränkte Prüfungsbefugnis (E. 2.2.1) ist das Beteiligungsscheinkapital bzw. die entsprechende Statutenänderung im Übrigen selbst dann, wenn die Wertrechte nicht als Bucheffekten im Sinne des BEG ausgestaltet werden sollten, als genehmigungsfähig zu betrachten. Dies gilt umso mehr, als FORSTMOSER in seiner Dissertation von 1970 die Zulässigkeit von Genussscheinen bei Kreditgenossenschaften nicht gänzlich verneinte, sondern lediglich als "sehr *fraglich*" bezeichnete und in diesem Zusammenhang von "schweren rechtlichen Bedenken" sprach (ders., Grossgenossenschaften, S. 241 f.; vgl. auch vorn E. 13.1.2). Allfällige Unsicherheiten, welche mit dem Erwerb der Partizipationsscheine bzw. der Beteiligungsscheine der Beschwerdeführerin trotz deren Ausgestaltung als Wertrechte verbunden bleiben, sind hinzunehmen, auch wenn sie die Eignung der Beteiligungsscheine für den Rechtsverkehr beeinträchtigen sollten. Dies erscheint umso mehr als gerechtfertigt, als der Gesetzgeber entsprechende Unsicherheiten beim Erwerb von *Anteilscheinen* mit dem Bestreben, die Kapitalbeteiligung an einer Genossenschaft nicht als mobilisierbare Anlage, sondern als Folge einer personalen Mitgliedschaft auszugestalten, bewusst in Kauf nahm (vgl. FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 849 OR N. 32). Denn der Gesetzgeber hat in

Art. 849 Abs. 2 OR eine vorübergehende Aufspaltung von Mitgliedschaft und vermögensmässiger Beteiligung vorgesehen: Nach dieser Bestimmung steht dem Veräusserer der Genossenschaftsanteile die Ausübung der persönlichen Mitgliedschaftsrechte zu, solange der Erwerber nicht als Genossenschafter aufgenommen ist. Zugunsten der Genehmigungsfähigkeit des vorliegend streitigen Beteiligungsscheinkapitals ist in diesem Zusammenhang in Rechnung zu stellen, dass es selbst nach der früheren Auffassung FORSTMOSERS nicht gegen den Wortlaut von Art. 849 Abs. 2 OR verstösst, wenn Genossenschaftsanteile dauerhaft von der Mitgliedschaft abgespalten sowie mit einer Blankozession versehen an der Börse oder ausserbörslich gehandelt werden (vgl. FORSTMOSER, Berner Kommentar, Art. 849 OR N. 70).

**19.2** Wie ausgeführt, betrachtet ZIHLER den Umstand, dass das Genossenschaftsrecht keine Verweisungen auf die aktienrechtlichen Schutzvorschriften für Partizipanten kennt, als Hindernis für die Zulassung von Partizipationskapital bei der Genossenschaft (ZIHLER, a.a.O., Art. 60 N. 10; vgl. vorn E. 13.1.4). Das Fehlen von Schutzvorschriften für genossenschaftliche Partizipanten ist aber de lege lata – jedenfalls unter der beschränkten Kognition im vorliegenden Verfahren (vgl. dazu vorn 2.2.1) – hinzunehmen. Es verhält sich insoweit nicht anders als bei den aktienrechtlichen Partizipanten vor Erlass der aktienrechtlichen Bestimmungen zum Partizipationsschein (Art. 656a ff. OR), welche damals ebenfalls keinen besonderen gesetzlichen Schutz genossen (vgl. vorn E. 7.2).

**19.3** Soweit die Beschwerdeführerin und die von ihr beigezogenen Privatgutachter im Übrigen Ausführungen zur Vereinbarkeit des geplanten "Beteiligungsscheinkapitals" und des vorgelegten Statutenentwurfes mit dem Gesellschaftsrecht machen (insbesondere zur Möglichkeit, das Beteiligungskapital als genehmigtes Kapital zu schaffen und für den Liquidationsfall eine Rückzahlung der Nominalwerte von Anteil- und Beteiligungsscheinen nach Tilgung der Schulden vorzusehen), berühren diese nicht diejenigen Vorschriften, welche – wie aufgezeigt – nach einem Teil der Doktrin gegen die Zulassung von Partizipationskapital bei Genossenschaften sprechen oder nach einem anderen Teil der Lehre bei der Ausgestaltung genossenschaftlicher Partizipationsscheine zwingend zu beachten sind (vgl. vorn E. 13). Auch finden sich zu Recht weder in der Vernehmlassung, noch im angefochtenen Entscheid gesellschaftsrechtliche Einwände gegen diese Ausführungen.

**20.**
Da auch im Übrigen nicht ersichtlich ist, weshalb die geplanten Statutenänderungen offensichtlich und unzweideutig zwingende, im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellte Gesetzesbestimmungen verletzen, ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz zu Unrecht festgestellt hat, dass die Statutenänderungen nicht genehmigungsfähig sind. Dies gilt auch für die von der Beschwerdeführerin beabsichtigten statutarischen Vorschriften, welche von der Vorinstanz nicht ausdrücklich untersucht wurden und mit dem "Beteiligungsscheinkapital" nur indirekt oder gar nicht zusammenhängen.

Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und es ist festzustellen, dass die Statutenänderungen gemäss Beschwerdebeilage 12 (Entwurf […] vom 18. Juli 2012) einer Genehmigung durch die Vorinstanz zugänglich sind.

**21.**
**21.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), und es ist der Beschwerdeführerin der von ihr geleistete Kostenvorschuss zurückzuerstatten.

**21.2** Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst unter anderem die Kosten der Vertretung (Art. 8 VGKE), zu denen das Anwaltshonorar, Auslagen und die Mehrwertsteuer zu rechnen sind (Art. 9 Abs. 1 VGKE).

Die Parteientschädigung ist aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 1 VGKE). Ist – wie vorliegend – keine Kostennote eingereicht worden, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten für die notwendigen erwachsenen Kosten fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 VGKE). Mit Blick auf die umfangreichen Rechtsschriften und die Komplexität des Falles ist die Entschädigung auf Fr. 15'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister vom 17. Oktober 2012 aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass die Statutenänderungen der Beschwerdeführerin gemäss Entwurf (…) vom 18. Juli 2012 einer Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister zugänglich sind.

**2.**
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 29. November 2012 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**
Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten des Bundesamtes für Justiz eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 15'000.– (inkl. MWST) zugesprochen.

**4.**
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Gerichtsurkunde);
– das Handelsregisteramt des Kantons Z._____ (Gerichtsurkunde);
– die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

| Der vorsitzende Richter: | Der Gerichtsschreiber: |
|---|---|
| Hans Urech | Beat König |

## Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen geführt werden (Art. 72 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 21. Juni 2013