

§ 1 Einleitung und Problemübersicht

I. Besondere Rechtsform und deren Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit

Die Genossenschaft ist wie die Aktiengesellschaft eine körperlich strukturierte juristische Person¹ mit einer Verwaltung, für die spezielle Bestimmungen bezüglich Verantwortlichkeit gelten. In vielen anderen Punkten unterscheidet sich die Genossenschaft aber wesentlich von der Aktiengesellschaft und ist sogar ihr direktes Gegenstück². So zählt nicht die Kapitalbeteiligung, sondern die persönliche Mitwirkung, und statt der Erwirtschaftung von Dividenden steht die Förderung des Selbsthilfeszweckes im Vordergrund.³

Die Besonderheiten der Genossenschaft haben sich auch in den Bestimmungen über die Verwaltung und deren Verantwortlichkeit niederschlagen. Dies zeigt sich besonders deutlich bei der Entstehung der massgebenden Art. 916 - 920 OR. Im alten Obligationenrecht von 1881 waren mit den Art. 671 ff. aOR lediglich Bestimmungen zur Verantwortlichkeit der Organe bei Aktiengesellschaften vorhanden.⁴ Für die Genossenschaft liess man es bei den allgemeinen Regeln der Verantwortlichkeit aus Vertrag oder aus Delikt bewenden.⁵ Im ersten Entwurf zur Revision der Titel 24-33 des Obligationenrechts von 1919 schlug Eugen Huber noch vor, bei den gemeinsamen Bestimmungen über die Handelsgesellschaften mit Persönlichkeit eine generelle Regelung der Verantwortlichkeit vorzunehmen.⁶ Diese Bestimmungen hätten demnach in gleicher Form sowohl für die Aktiengesellschaft als auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und für die Genossenschaft gelten sollen. Doch in der entsprechenden Vernehmlassung haben die dem

¹ Dies ergibt sich bereits ausdrücklich aus Art. 828 OR; vgl. FORSTMOSER PETER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VII 4. Abt. Die Genossenschaft, Art. 828-838 OR, Bern 1972 (nachstehend zitiert als FORSTMOSER, Berner Kommentar), Rz. 26 ff. zu Art. 828 OR, und WIDMER PETER/BANZ OLIVER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 916-920 OR, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002 (nachstehend zitiert als WIDMER/BANZ, Basler Kommentar), Rz. 1 ff. zu Art. 828 OR.

² ZWEITER BERICHT über die Revision der Titel 24 - 33 des schweizerischen Obligationenrechts (nachstehend als BERICHT II zitiert), Beilage zum zweiten Entwurf vom Dezember 1923, Bern 1923, 98.

³ MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004, Rz. 3 und 4 zu § 19.

⁴ Vgl. dazu im Detail BLICKENSTORFER KURT, Die genossenschaftliche Verantwortlichkeit, Diss. Zürich, Zürich 1997, 13 f.

⁵ Vgl. GUHL THEO, Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1937, und BERICHT über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts (nachstehend als BERICHT I zitiert), Beilage zum Entwurf vom Dezember 1919, Bern 1920, 79.

⁶ Vgl. ENTWURF eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (nachstehend als ENTWURF I zitiert), Bern 1919, Art. 666 ff. aOR.

Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Genossenschaft

ROLAND MÜLLER

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung und Problemübersicht.....	225
I.	Besondere Rechtsform und deren Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit.....	226
II.	Anzahl Genossenschaften und Verantwortlichkeitsklagen.....	229
III.	Besondere Probleme im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit.....	231
§ 2	Grundlagen der Verantwortlichkeit.....	232
I.	Gesetzliche Grundlagen.....	232
II.	Statutarische Grundlagen.....	233
III.	Formelle Voraussetzungen.....	236
A.	Aktivlegitimation.....	236
1.	Grundsatz der Genossenschaft als alleinige Klageberechtigte.....	236
2.	Keine Notwendigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses.....	236
3.	Genossenschafter oder Gläubiger als Aktivlegitimierte durch Zession.....	237
4.	Aktivlegitimierte im Konkurs.....	237
B.	Passivlegitimation.....	238
C.	Örtliche und sachliche Zuständigkeit.....	239
IV.	Materielle Voraussetzungen.....	240
A.	Schaden.....	240
B.	Pflichtwidrigkeit.....	240
C.	Adäquater Kausalzusammenhang.....	243
D.	Verschulden.....	243
§ 3	Durchsetzung der Verantwortlichkeit.....	244
I.	Prozessfinanzierung.....	244
II.	Delegation der Geschäftsführung.....	245
III.	Entlastungsbeschluss.....	246
IV.	Solidarität und Rückgriff.....	248
§ 4	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen.....	249

die Verantwortlichkeit, sondern indirekt auch auf die Bezeichnung "Verwaltung" bzw. "Verwaltungsrat". Während im Aktienrecht seit der Revision von 1992 heute konsequent nur noch vom Verwaltungsrat (im Sinne des einzelnen Mitgliedes und auch des Gremiums als Ganzes)¹⁴ die Rede ist, blieb es im Genossenschaftsrecht bei der Bezeichnung "Verwaltung"¹⁵. Dennoch spricht das Bundesgericht in mehreren Entscheidungen von "Verwaltungsräten" bei Genossenschaften.¹⁶ Dies erscheint vor allem bei Kreditgenossenschaften und konzessionierten Versicherungsgenossenschaften als angebracht, da dort ohnehin die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts zur Anwendung gelangen. Aber auch bei Grossgenossenschaften wird in der Praxis der modernere Begriff "Verwaltungsrat" verwendet.¹⁷ Und schliesslich kann es bei Genossenschaften ebenso wie bei Aktiengesellschaften faktische Organe geben, so dass auch hier von stillen und verdeckten Verwaltungsräten gesprochen wird.¹⁸ Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass auch in der spezifischen Literatur zum Genossenschaftsrecht teilweise uneingeschränkt vom "Verwaltungsrat" gesprochen wird.¹⁹

Genossenschaftswesen nahestehende Kreise⁷ mit allem Nachdruck die Lösung der Genossenschaft aus den für sie und die Aktiengesellschaft aufgestellten "Gemeinsamen Bestimmungen" verlangt. Im zweiten Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts von 1923 wurde deshalb vorgeschlagen, die dritte Abteilung mit dem Titel "Handelsgesellschaften und die Genossenschaft" zu bezeichnen.⁸ Konsequenterweise wurden auch die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Genossenschaft völlig losgelöst von denjenigen der Aktiengesellschaft geregelt.⁹

Bei der Ausarbeitung von speziellen Verantwortlichkeitsbestimmungen für die Genossenschaft wurde bereits 1923 davon ausgegangen, dass es gelingen müsste, "Unternehmungen mit stark spekulativem Einschlag von der Genossenschaft als Rechtsform fernzuhalten."¹⁰ Entsprechend sollten wesentlich einfachere Verantwortlichkeitsbestimmungen genügen. Dabei wurde insbesondere auch dem Umstand Rechnung getragen, dass die Organe der Genossenschaften zum grossen Teil ehrenamtlich tätig seien; bei strengen Verantwortlichkeitsbestimmungen könnte es schwierig werden, die Verwaltung mit geeigneten und verantwortungsbewussten Personen zu bestellen.¹¹ Deshalb wurde vorgesehen, dass Verantwortlichkeitsansprüche gegen die mit der Verwaltung und Kontrolle betrauten Personen grundsätzlich nur der Genossenschaft zustehen.¹² Dieser Grundsatz wurde bis heute in den Art. 916 ff. OR umgesetzt. Lediglich bei den Kreditgenossenschaften und konzessionierten Versicherungsgenossenschaften richtet sich gemäss Art. 920 OR die Verantwortlichkeit nach den Bestimmungen des Aktienrechts.¹³

Die eigenständige gesetzliche Regelung der Genossenschaft im Obligationenrecht hat nicht nur direkte Auswirkungen auf die Bestimmungen über

¹⁴ Sowohl in der BOTSCHAFT DES BUNDESRAATES ÜBER DIE REVISION DES AKTIENRECHTS vom 23. Februar 1983, BBl. 1983 II 745 ff. (nachstehend als Botschaft zum Aktienrecht zitiert), z.B. Ziff. 215.3 auf S. 98, als auch im geltenden Aktienrecht von 1991 (z.B. Art. 715a Abs. 6 OR) wird der Begriff "Verwaltungsrat" bzw. "Verwaltungsräte" vereinzelt nicht nur für die Gesamtheit dieses Gesellschaftsorgans sondern auch für das einzelne Mitglied bzw. die einzelnen Mitglieder verwendet. In der herrschenden Lehre wird der Begriff "Verwaltungsrat" ebenfalls gelegentlich im doppelten Sinne gebraucht (vgl. BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, insbesondere Rz. 1 und 32 zu § 13; explizit FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 19 N 6 Fn. 1). Das Bundesgericht hat diesen Begriff stets im doppelten Sinne aufgefasst (so z.B. bereits in BGE 28 II 106 oder im neueren BGE 128 III 129).

¹⁵ Insbesondere in den Art. 894 ff. OR; auch im Zusammenhang mit der Revision des GmbH-Rechts ist keine Änderung vorgesehen, vielmehr wird in Art. 898 OR gemäss BOTSCHAFT ZUR REVISION DES OBLIGATIONENRECHTS (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 29. Dezember 2001, BBl. 2002, 3294 (nachstehend als Botschaft zur GmbH-Revision zitiert), weiterhin ausdrücklich von der "Verwaltung" gesprochen.

¹⁶ So z.B. in BGE 90 II 247 Erw. 2 bzw. 3, in 2A.233/1997 Erw. 5, und in 4C.431/1999 Erw. 4 b).

¹⁷ Vgl. die Statuten der Genossenschaft Coop vom 12. Januar 2001, insbesondere Art. 17 und 27 ff. (zu finden im Internet unter http://www.coop.ch/ueber/organisation/_pdf/coop_statuten-de.pdf).

¹⁸ Vgl. die analogen Kommentierungen im Aktienrecht bei HOMBURGER ERIC, Zürcher Kommentar, Zürich 1997, Rz. 129 ff. zu Art. 707 OR; WERNLI MARTIN, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, im Titel vor Rz. 26 zu Art. 707 OR, und KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2001, Rz. 307 ff.

¹⁹ Insbesondere auch im massgebenden Werk zur genossenschaftlichen Verantwortlichkeit von BLICKENSTORFER [FN 4], 120.

⁷ So insbesondere EGGER ALFRED, Revision des Genossenschaftsrechtes, in: ZSR 41 (1922) 142a ff.

⁸ Vgl. BERICHT II, 6 f.; dieser Vorschlag wurde später definitiv umgesetzt, obwohl in einem Nebensatz zu diesem Vorschlag angemerkt wurde, die neue Bezeichnung erfolge "offenbar ohne sichtbaren Gewinn".

⁹ ZWEITER ENTWURF eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (nachstehend als ENTWURF II zitiert), Bern 1923, Art. 906 ff. aOR.

¹⁰ BERICHT II, 120, und BOTSCHAFT DES BUNDESRAATES an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl. 1918 I 205 ff. (nachstehend zitiert als BOTSCHAFT ZUR REVISION OR, Seitenangaben nach dem Sonderdruck 28:2284), 98.

¹¹ Vgl. BERICHT II, 121, BOTSCHAFT ZUR REVISION OR, 98, und GUTZWILLER MAX, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 6. Teil Bd. 2 Art. 879-926 OR, Zürich 1974 (nachstehend zitiert als GUTZWILLER, Zürcher Kommentar), Rz. 3 der Vorbemerkungen zu Art. 916 OR.

¹² Vgl. ENTWURF II, Art. 906 aOR; lediglich bei absichtlicher oder fahrlässiger Verletzung der für den Fall der Zahlungsunfähigkeit aufgestellten Pflichten sollte gemäss Art. 907 aOR auch eine Haftung gegenüber den Genossenschaffern und Gläubigern bestehen.

¹³ Zur Begründung vgl. TANNER BRIGITTE, in: Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, hrsg. von Schlupep Walter R. und Isler Peter R., Zürich 1993, 44 f.

II. Anzahl Genossenschaften und Verantwortlichkeitsklagen

Bereits 1910 galt die Schweiz als das genossenschaftsreichste Land der Welt.²⁰ Damals wurden insgesamt 6'841 Genossenschaften gezählt, womit auf 481 Einwohner in der Schweiz eine Genossenschaft fiel. Zur selben Zeit betrug diese Verhältniszahl in Deutschland 2'124, in Österreich 1'725, in Norwegen 777 und in Dänemark 514. Ende 1920 bezifferte sich der Gesamtbestand der Genossenschaften in der Schweiz bereits auf 11'209.²¹ Bis zum zweiten Weltkrieg verflachte sich jedoch die Zunahme auf 11'686 per Ende 1997.²²

Stets rangierte die Genossenschaft in der Beliebtheit weit hinter der AG und der GmbH. So waren per 31. Dezember 2003 total 167'277 AG und 68'633 GmbH, aber nur 12'529 Genossenschaften im Handelsregister eingetragen.²³ Während die Zahl der eingetragenen Aktiengesellschaften nach einem Tiefstand im Jahre 1999 wieder leicht angestiegen ist, bleibt die Anzahl der eingetragenen Genossenschaften im letzten Jahrzehnt rückläufig.²⁴

Anzahl Aktiengesellschaften und Genossenschaften von 1989 bis 2003

Jahr der Erhebung	Anzahl Aktiengesellschaften	Anzahl Genossenschaften
1997	166'293	14'100
1998	164'107	14'089
1999	161'843	13'839
2000	161'944	13'590
2001	165'192	13'221
2002	167'417	12'975
2003	167'277	12'529

Quellen: Orell Füssli, Verzeichnis der Verwaltungsräte, und Schweizerisches Handelsamtsblatt

Aus dem Rückgang der Genossenschaften müsste eine Abnahme von Verantwortlichkeitsklagen gegen Mitglieder der Verwaltung resultieren. Dies lässt sich jedoch nicht mit Zahlen belegen, da seit jeher nur wenige Verantwortlichkeitsklagen gegen Mitglieder von Genossenschaftsverwaltungen angehoben bzw. gerichtlich beurteilt werden.²⁵ Andererseits ist zu berücksichtigen, dass Genossenschaften vielfach von grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung sind und in der Regel eine grosse Zahl von Gesellschaftern haben. Es gibt konsequenterweise Genossenschaftsverbände²⁶, Genossenschaften mit Beteiligungen von Körperschaften des öffentlichen Rechts²⁷, Grossgenossenschaften²⁸, Kreditgenossenschaften²⁹ und Versiche-

²⁵ Während bei den Aktiengesellschaften jedes Jahr allein schon über 100 Verantwortlichkeitsklagen gestützt auf Art. 52 AHVG registriert werden (vgl. MÜLLER ROLAND, Verantwortlichkeitsprozesse, in: Handbuch für den Verwaltungsrat, hrsg. von Müller Roland/Volkart Rudolf, Zürich 2002, 99), sind auch solche Klagen bei Genossenschaften sehr selten zu verzeichnen.

²⁶ Gestützt auf Art. 921 ff. OR; z.B. Genossenschaftsverband der Gemeinschafts-Antennenanlagen, Genossenschaftsverband Schweizer Milchproduzenten, Landwirtschaftlicher Genossenschaftsverband Schaffhausen, Schweizerischer Verband für Wohnbau- und Eigentumsförderung, Wohnbau-Genossenschaftsverband Nordwest. Davon zu unterscheiden sind die öffentlich-rechtlichen Genossenschaften, wie z.B. die Meliorationsgenossenschaften, bei denen für die Haftung des Vorstandes die kantonalen Regelungen gemäss Art. 59 ZGB gelten (vgl. NIEVERGELT MAX, Die rechtliche Natur der Meliorationsgenossenschaften, Diss. Zürich, Zürich 1946, 100 ff.).

²⁷ Gestützt auf Art. 926 OR; z.B. Schweizer Mustermesse in Basel (seit dem 7./21. Februar 2000 in eine Aktiengesellschaft gemäss Art. 762 OR umgewandelt).

²⁸ Insbesondere der Migros Genossenschaftsbund mit 10 selbständigen Verkaufsgenossenschaften als Marktleader im Schweizer Detailhandel und die Coop als zweitgrösste Detailhandelsgruppe in der Schweiz mit 1'500 Verkaufsstellen. Vgl. dazu allgemein FORSTMOSER PETER, Grossgenossenschaften, Diss. Zürich, Bern 1970.

²⁹ Insbesondere die Raiffeisen-Gruppe mit über 1 Mio. Genossenschaftlern und die Landwirtschaftliche Kreditgenossenschaft Graubünden.

²⁰ EGGER [FN 7], 118a.

²¹ Vgl. EGGER, a.a.O.

²² Vgl. BOTSCHAFT ÜBER DIE REVISION DES AKTIENRECHTS [FN 14], 10, mit einer Übersicht über die Entwicklung in den Jahren 1931 bis 1937 (Tabelle 6).

²³ ORELL FÜSSL, Verzeichnis der Verwaltungsräte 2004, und SHAB Nr. 22/122 vom 3.2.2004, S. 30, wobei die Zahl der AG im SHAB sogar mit 174'370 angegeben wird, da dort auch die Kommandit-AG und die Zweigniederlassungen mitgezählt wurden.

²⁴ Für die Entwicklung von 1980 bis 1998 vgl. GÜHL THEO/DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, Rz. 31 zu § 60.

Auf alle diese besonderen Probleme soll nachstehend näher eingegangen werden.³² Dabei soll insbesondere auch die Frage geklärt werden, wieweit durch besondere Statutenbestimmung eine Annäherung an die strengere gesetzliche Regelung der Verantwortlichkeit für Verwaltungsakte bei Aktiengesellschaften möglich ist.

§ 2 Grundlagen der Verantwortlichkeit

I. Gesetzliche Grundlagen

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Genossenschaft wird in den Art. 916 bis 920 OR geregelt. Diese Bestimmungen sind vom Gesetzgeber bewusst weniger streng ausgestaltet worden als diejenigen für die Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten einer Aktiengesellschaft (Art. 752 ff. OR). Damit sollte dem grundlegenden Prinzip der Selbsthilfeorganisation der Genossenschaft Rechnung getragen werden. Insbesondere in folgenden Punkten ist die Verantwortlichkeit weniger streng geregelt, wobei Kredit- und konzessionierten Versicherungsgenossenschaften ausgenommen sind, da für sie gemäss Art. 920 OR integral die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Aktienrechts gelten.³³

- keine spezielle Gründerhaftung (es gelten demnach nur die Art. 41 ff. OR)
- keine spezielle Prospekthaftung (auch hier gilt allenfalls Art. 41 ff. OR)
- keine Haftung gegenüber Genossenschäftern und Gläubigern ausser im Falle von Pflichtverletzungen bei Überschuldung (Art. 917 Abs. 1 OR)
- nur die Genossenschaft selbst ist klageberechtigt ausser im Falle der Pflichtverletzung bei Überschuldung (Art. 917 Abs. 1 OR)

Alternativ kann sich eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Verwaltung auch aus Art. 41 OR ergeben.³⁴ Diesbezüglich gelten keine genossenschaftlichen Besonderheiten, weshalb an dieser Stelle nicht weiter darauf eingegangen wird. Hingegen ist im Falle eines Konkurses im Zu-

³² Soweit keine Besonderheiten gegenüber der in Literatur und Judikatur ausführlich besprochenen Regelung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bestehen, wird auf eine Wiederholung verzichtet; dies gilt z.B. bei der Verjährung gemäss Art. 919 OR, wonach Verantwortlichkeitsansprüche absolut in 10 Jahren bzw. relativ in 5 Jahren verjähren und damit wörtlich die gleiche Verjährungsregelung wie in Art. 760 OR bezüglich der Aktiengesellschaft gilt.

³³ Vgl. MONTAVON PASCAL, *Société Coopérative*, Lausanne 1999, 155, und TANNER [FN 13], 45 f.

³⁴ Vgl. BLICKENSTORFER [FN 4], 32 ff., mit Verweis auf BGE 106 II 235.

rungsgenossenschaften³⁰. Die Aufgaben und Kompetenzen der Verwaltungen solcher Genossenschaften sind enorm. Vielfach ist in der Praxis kaum mehr ein Unterschied zur Tätigkeit eines Verwaltungsrates bei grösseren Aktiengesellschaften festzustellen. Es ist deshalb angebracht, die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Genossenschaft genauer zu untersuchen, auch wenn die Anzahl der Genossenschaften abnimmt und Verantwortlichkeitsprozesse schon bisher selten geführt wurden.³¹

III. Besondere Probleme im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit

Aus der Besonderheit der Genossenschaft als Rechtsform und der damit verbundenen gesetzlichen Regelung resultieren besondere Probleme im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit der Verwaltung. Dazu gehören insbesondere:

- Probleme im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen (Zuständigkeit zum Entscheid über Klageanhebung, Zulässigkeit der Klageabtretung an Genossenschäftler oder Gläubiger, Spezialregelung der Abtretung im Konkurs, Besonderheit der Aktivlegitimation bei Überschuldung)
- Probleme im Zusammenhang mit den Voraussetzungen einer Verantwortlichkeitsklage (keine spezielle Gründerhaftung, keine Prospekthaftung, keine Auflistung von unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben, Geltendmachung des mittelbaren Schadens)
- Probleme bei der Anspruchsdurchsetzung (Prozessfinanzierung, Auswirkungen der Delegation der Geschäftsführung, Entlastungsbeschluss, Solidarität und Rückgriff)

³⁰ Insbesondere die Schweizerische Mobiliar-Versicherungsgenossenschaft, die Schweizerische Ärzten-Krankenkasse und die zahlreichen Viehversicherungsgenossenschaften.

³¹ Bei den Raiffeisen-Banken besteht noch immer eine statutarische Nachschusspflicht der Mitglieder bzw. Genossenschäftler, doch musste diese bisher noch nie in Anspruch genommen werden. Andererseits zeigen diverse Bankzusammenbrüche, dass insbesondere bei den Kreditgenossenschaften durchaus die Gefahr von Verantwortlichkeitsansprüchen besteht (z.B. 1991/92 Berner Kantonalbank, 1995 Spar- und Leihkasse Thun, 1995 Solothurner Kantonalbank, 1995/96 Appenzell-Aussererodischen Kantonalbank mit entsprechenden Gutachten von PETER NOBEL und FRANCIS CAGIANUT, 1996 Kreditanstalt Grabs).

sammenhang mit der Abretung von Verantwortlichkeitsansprüchen an Genossenschafter die Verordnung des Bundesgerichts über den Genossenschaftskonkurs (VGeK, SR 281.52) zu beachten.

Sämtliche Mitglieder der Verwaltung unterliegen auch der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Dies gilt nicht nur für Vermögensdelikte, sondern insbesondere auch für Delikte gegen Leib und Leben.³⁵ Auch in diesem Punkt gibt es jedoch keine genossenschaftlichen Sonderbestimmungen, so dass sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen.³⁶

Schliesslich haften die Mitglieder der Verwaltung einer Genossenschaft unter Umständen auch für öffentlich-rechtliche Forderungen; dazu gehören insbesondere:³⁷

- Haftung für Verrechnungssteuern (Art. 15 VstG, SR 642.21)
- Haftung für Mehrwertsteuer (Art. 25 MWSTV, SR 641.201)
- Haftung für Sozialversicherungsabgaben (insbesondere Art. 52 AHVG, SR 831.10)

II. Statutarische Grundlagen

In den Art. 832 und 833 OR wird festgelegt, welche Bestimmungen zu ihrer Gültigkeit zwingend in die Statuten aufgenommen werden müssen. Dazu gehören insbesondere auch abweichende Vorschriften über die Organisation. Soll nicht die Verwaltung, sondern ausschliesslich die Generalversammlung zur Anhebung von Verantwortlichkeitsansprüchen befugt sein, so müsste dies in den Statuten verankert werden. Ohne eine solche Regelung muss davon ausgegangen werden, dass nur die Verwaltung zur Klageanhebung befugt ist.³⁸ Weigert sich die Verwaltung, gegen sich selbst vorzugehen, so muss die Generalversammlung vorab eine andere Verwaltung wählen.

³⁵ Die bekanntesten Verurteilungen von Verwaltungsräten bei Aktiengesellschaften (vgl. NZZ vom 11.12.2001 betr. Canyoning-Unglück bei Adventure World oder den unveröffentlichten BGE 6S.87/2003 vom 6.6.2003 betr. fehlender Sicherheit auf Firmenarea) könnten in analoger Weise auch auf Mitglieder der Verwaltung einer Genossenschaft übertragen werden.

³⁶ Statt dessen sei auf die analogen Ausführungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates einer AG verwiesen in: MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, 2. Aufl., Zürich 1999, 255 ff.

³⁷ In Anlehnung an MÜLLER [FN 25], 101.

³⁸ Zusammen mit BLICKENSTORFER [FN 4], 96 ff., wird hier die Meinung vertreten, dass die Kompetenz zur Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen bei der Verwaltung liegt, auch wenn die Generalversammlung gestützt auf Art. 879 OR ausschliesslich für die Entlastung der Verwaltung zuständig ist.

Vorschriften über die Präzisierung der Verantwortlichkeit der Verwaltung benötigen keiner statutarischen Grundlage. In einem Organisationsreglement könnte deshalb beispielsweise geregelt werden, dass Mitglieder der Verwaltung, gegen die Verantwortlichkeitsansprüche geltend gemacht werden, in den Ausstand treten müssen. Auch eine solche Bestimmung erscheint durchdacht aus sinnvoll, um den Entscheidungsprozess der Genossenschaft nicht zu Gunsten der allfälligen Beklagten zu beeinflussen.

Von besonderem Interesse ist die Frage, wieweit durch statutarische Sondervorschriften eine Verantwortlichkeit der Verwaltung geschaffen werden kann, die derjenigen der Aktiengesellschaft nahekommt. Für Kredit- und konzessionierte Versicherungsgesellschaften verweist bereits Art. 920 OR auf die entsprechenden Bestimmungen des Aktienrechts. Doch auch für die übrigen Genossenschaften sind namentlich folgende Statutenbestimmungen zulässig:³⁹

- Im Zusammenhang mit der Organisation der Gesellschaft wird nicht einfach eine "Verwaltung", sondern ausdrücklich ein "Verwaltungsrat" vorgeschrieben.⁴⁰
- Im Zusammenhang mit den Pflichten der Verwaltung bzw. des Verwaltungsrates wird die Liste von Art. 716a OR unverändert übernommen; zudem werden diese Aufgaben ausdrücklich als unübertragbar und unentziehbar bezeichnet.
- Im Zusammenhang mit der Möglichkeit zur vollständigen oder teilweisen Delegation der Geschäftsführung wird Art. 716b OR in analoger Form übernommen, so dass die Delegation nur rechtmässig ist, wenn ein entsprechendes Organisationsreglement erlassen wird.
- Im Zusammenhang mit der Sorgfaltpflicht wird Art. 717 OR in analoger Form in die Statuten übernommen, so dass die Verwaltung nicht nur zur Sorgfaltpflicht und zur Interessenwahrung der Genossenschaft, sondern auch zur Gleichbehandlung der Genossenschafter verpflichtet ist.

Entscheidend ist letztlich aber die Frage, ob Art. 916 OR durch eine entsprechende Statutenbestimmung dahingehend ergänzt werden kann, dass nicht nur die Genossenschaft, sondern auch die Genossenschafter und Gläubiger analog zu Art. 754 OR jenen Schaden geltend machen können, den die Verwaltung bzw. der Verwaltungsrat (bei entsprechender Statutenbezeichnung) durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursa-

³⁹ Vgl. die Umsetzung bei Coop unter http://www.coop.ch/ueber/organisation/_pdf/coop_statuten-de.pdf.

⁴⁰ Diese Möglichkeit befürwortete bereits GUTZWILLER, Zürcher Kommentar, Rz. 24 zu Art. 879 OR.

chen. Weder aus der Botschaft vom 21. Februar 1928⁴¹, noch aus dem entsprechenden Protokoll der Expertenkommission von 1928⁴² oder aus der parlamentarischen Debatte⁴³ ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass Art. 916 OR als absolut zwingende Norm aufgefasst wurde. Das Bundesgericht musste sich bisher zu dieser Frage nicht äussern und in der Literatur wird nur die Einschränkungsmöglichkeit der Verantwortlichkeit behandelt.⁴⁴ Demnach sind nur die allgemeinen Schranken der statutarischen Gestaltungsfreiheit gemäss Art. 19 und 20 OR bzw. Art. 27 ZGB zu beachten.⁴⁵ Eine Verschärfung der Verantwortlichkeit verletzt weder die gesetzliche Grundstruktur der Genossenschaft noch läuft sie den Interessen der Genossenschafter zuwider. Zwingende Rechtsnormen werden nicht verletzt, so dass der Handelsregisterführer eine entsprechende Statutenbestimmung zweifellos zur Eintragung zulassen müsste. Ein Richter könnte die Verantwortlichkeitsklage eines Genossenschafters gestützt auf eine solche Statutenbestimmung nicht bereits aus formellen Gründen abweisen. Machen jedoch im Verfahren die Beklagten eine Gesetzeswidrigkeit geltend, so kann ihnen Art. 891 Abs. 2 OR entgegen gehalten werden. Danach erlischt das Recht zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (und ein solcher ist zur Statutenänderung gemäss Art. 879 Abs. 2 Ziff. 1 OR zwingend nötig) innert zwei Monaten nach der Beschlussfassung. Und schliesslich ist die Genossenschaft ohnehin berechtigt, allfällige Verantwortlichkeitsansprüche auch ohne ausdrückliche statutarische Ermächtigung an Genossenschafter oder Dritte abzutreten.⁴⁶ Die Frage nach der Zulässigkeit einer Angleichung von Art. 916 OR an Art. 954 OR durch die Statuten kann demnach bejaht werden.

⁴¹ Auf S. 98 dieser Botschaft wird lediglich festgehalten, dass die Verantwortlichkeit der Organe bei der Genossenschaft "einfacher geordnet" werden konnte.

⁴² Auf den S. 653 f. wird lediglich die Frage aufgeworfen, ob nicht im Zusammenhang mit der Geltendmachung der Verantwortlichkeit im Konkurs eine Sonderbestimmung notwendig sei.

⁴³ Vgl. StenBull SR 1932, 282 f., und StenBull NR 1934, 778 f.

⁴⁴ Vgl. BLICKENSTORFER [FN 4], 120 ff.; GUTZWILLER, Zürcher Kommentar, Rz. 28 zu Art. 916 OR;

⁴⁵ Vgl. zur umgekehrten Frage, wieweit die Statuten einer Aktiengesellschaft an die gesetzliche Regelung der Genossenschaft angegliedert werden können: KRATZ BRIGITTA, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, SSHW Bd. 166, Diss. Zürich, Zürich 1996, 58 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu hinten die Ausführungen unter § 2 III. A. 3.

III. Formelle Voraussetzungen

A. Aktivlegitimation

1. Grundsatz der Genossenschaft als alleinige Klageberechtigte

Solange über die Genossenschaft nicht der Konkurs eröffnet wurde, ist nur sie selbst aktivlegitimiert. Daran ändert auch ein allfälliger Liquidationsbeschluss nichts. Lediglich Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Überschuldung der Genossenschaft können gemäss Art. 917 Abs. 1 OR auch von den Genossenschafnern und den Gläubigern geltend gemacht werden. Dazu gehören insbesondere die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz aufgrund der Veräusserungswerte bei begründeter Besorgnis der Überschuldung (Art. 903 Abs. 1 OR) und die Benachrichtigung des Richters im Falle einer festgestellten Überschuldung auf Grund der letzten Jahresbilanz (Art. 903 Abs. 2 OR). Keine Pflichtverletzung stellt die Unterlassung der GV-Einberufung nach Art. 903 Abs. 3 OR dar, wenn die letzte Jahresbilanz ergibt, dass die Hälfte des Genossenschaftskapitals nicht mehr gedeckt ist. In diesem Falle liegt noch keine Überschuldung im Sinne von Art. 917 Abs. 1 OR vor. Erst wenn die Forderungen der Genossenschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, liegt gemäss der gesetzlichen Definition in Art. 903 Abs. 2 OR eine Überschuldung vor.⁴⁷

Bei Kredit- und Konsumgenossenschaften richtet sich die Verantwortlichkeit gemäss Art. 920 OR nach den Bestimmungen des Aktienrechts. Damit sind integral die Vorschriften in der aktuellen Fassung von 1991 gemeint.⁴⁸ Bei diesen Arten von Genossenschaften sind demnach neben der Gesellschaft auch die Genossenschafter und die Gesellschaftsgläubiger gestützt auf Art. 920 i.V.m. 754 OR aktivlegitimiert.

2. Keine Notwendigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses

Verschiedene Autoren vertreten die Meinung, dass bei der Genossenschaft im Gegensatz zum Aktienrecht ausschliesslich die Generalversammlung befugt sei, über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltung zu entscheiden.⁴⁹ Die Befugnisse der Generalversammlung sind jedoch in Art. 879 OR abschliessend aufgezählt; dort fehlt

⁴⁷ Ebenso BLICKENSTORFER [FN 4], 56, und WIDMER/BANZ [FN 1], Rz. 6 zu Art. 917 OR.

⁴⁸ Vgl. WIDMER/BANZ [FN 1], Basler Kommentar, Rz. 1 zu Art. 920 OR.

⁴⁹ Vgl. die Auflistung bei BLICKENSTORFER [FN 4], 95.

die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage. Nachdem bei den Organen der Genossenschaft das Paritätsprinzip gilt,⁵⁰ muss in allen anderen Fällen demnach die Verwaltung zuständig sein. Die Entlastung der Verwaltung, welche in Art. 879 Abs. 2 Ziff. 4 OR der Generalversammlung vorbehalten ist, stellt einen gesellschaftsinternen Akt dar, welcher die Aktivlegitimation zur Klageanhebung gegen Aussen nicht beeinflusst.⁵¹ Nur wenn in den Statuten ausdrücklich der Generalversammlung das Recht zur Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen gegen die Verwaltung vorbehalten wurde, braucht es einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss.

3. Genossenschafter oder Gläubiger als Aktivlegitimierter durch Zession

Der Schadenersatzanspruch steht der Genossenschaft nicht höchstpersönlich zu, weshalb eine Zession gemäss Art. 164 OR an Genossenschafter oder Gläubiger zulässig ist. Die Verantwortlichen werden durch die Zession nicht schlechter gestellt, da sie weiterhin sämtliche Einreden gegenüber der Schadenersatzforderung erheben können.⁵²

4. Aktivlegitimierter im Konkurs

Fällt eine Genossenschaft in Konkurs, so hat die Konkursverwaltung im Namen der Gesellschaft als deren Vertreterin zu klagen.⁵³ Dabei hat gemäss Art. 253 Abs. 2 SchKG die zweite Gläubigerversammlung über die Anhebung oder Fortsetzung von Verantwortlichkeitsklagen zu entscheiden. Verzichtet die Gläubigerversammlung auf eine derartige Klage, so können gestützt auf Art. 260 SchKG grundsätzlich nur die Gläubiger die Abtretung der Klageansprüche verlangen. Handelt es sich jedoch um eine Genossenschaft mit persönlicher Nachschusspflicht der Mitglieder, so ist diesen gemäss Art. 5 Abs. 1 VGeK die Abtretung der Ansprüche zwingend anzubieten.

Haben die nachschusspflichtigen Genossenschafter mit der abgetretenen Verantwortlichkeitsklage Erfolg, so kommt gemäss Art. 5 Abs. 2 VGeK das Ergebnis nach Abzug der Kosten soweit nur ihnen zu, als sie eine Nach-

⁵⁰ MOLL ANDREAS, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 879-893 OR, 2. Aufl., Basel/Genève/München 2002, Rz. 5 zu Art. 879 OR.

⁵¹ Gl. M. BLICKENSTORFER [FN 4], 97.

⁵² BLICKENSTORFER [FN 4], 96.

⁵³ BLICKENSTORFER [FN 4], 100, m. w. H.

schusspflicht trifft. Im darüber hinausgehenden Betrag profitieren dann auch alle übrigen Genossenschafter.

B. Passivlegitimation

Das Bundesgericht hat den Organbegriff wiederholt präzisiert und dabei auch die jeweilige Lehre und Rechtsprechung berücksichtigt⁵⁴. Es wird heute von einem materiellen Organbegriff ausgegangen, wobei selbstverständlich Personen mit formeller Organstellung dieser Haftung ebenfalls unterliegen. Organe sind danach nicht nur diejenigen Personen, welche rechtmässig als solche im Handelsregister eingetragen sind, sondern auch diejenigen, welche Entscheidungen treffen, die sonst den tatsächlichen Organen vorbehalten sind, oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend bestimmen⁵⁵. Diese für das Aktienrecht entwickelten Grundsätze gelten unverändert auch für das Genossenschaftsrecht.

Entsprechend der erwähnten Rechtsprechung sind nicht nur die gewählten und eingetragenen Mitglieder der Verwaltung einer Genossenschaft als formelle Organe der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt. Aus der Formulierung von Art. 916 OR muss geschlossen werden, dass alle Organe der Genossenschaft, somit also auch die materiellen bzw. faktischen Organe, dieser Verantwortlichkeit unterstehen.⁵⁶ Zu weit geht dabei allerdings GUTZWILLER⁵⁷, der auch die Mitglieder eines Expertenausschusses, "welcher fahrlässig Zeugnisse über Milchqualität oder Saatgut ausgestellt hat oder ein von der Baugenossenschaft herangezogener Geologe, dessen flüchtiges Gutachten über die Grundwasserverhältnisse irrtümlich katastrophal lautete", dieser gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellen will. Hier kommt wohl nur die Haftung aus Auftrag gemäss Art. 398 OR zur Anwendung. Als faktisches Organ gilt nur derjenige, der ohne entsprechende Wahl oder besondere Bezeichnung dauernd und selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheide fällt⁵⁸. Nimmt eine Person regelmässig an formellen Sitzungen der Genossenschaftsverwaltung teil und gibt sie dabei nicht nur Empfehlungen im Sinne einer Beratung ab, sondern

⁵⁴ So insbesondere in BGE 114 V 213 Erw. 4. e).

⁵⁵ BGE 117 II 443.

⁵⁶ Vgl. WIDMER/BANZ [FN 1], Rz. 2 zu Art. 916 OR.

⁵⁷ GUTZWILLER, Zürcher Kommentar, Rz. 7 der Vorbemerkungen zu Art. 916 OR.

⁵⁸ BOTSCHAFT ZUM AKTIENRECHT [FN 14], S. 191. Die Einflussnahme muss auf organtypische Weise erfolgen; vgl. hierzu auch BÖCKLI [FN 14], Rz. 625 zu § 13. und FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N. 663.

wirkt sie an den Beschlüssen durch Entscheidungsbeflussung aktiv mit, so handelt sie als faktisches Organ⁵⁹. Die bundesgerichtliche Praxis zum Organbegriff geht damit sehr weit.⁶⁰

Besondere Beachtung verdient auch die Organhaftung als Liquidator.⁶¹ Auch wenn noch kein offizieller Liquidationsbeschluss durch die Generalversammlung der Genossenschaft gefällt wurde, können die Mitglieder der Verwaltung allenfalls als Liquidatoren zur Rechenschaft gezogen werden. Als Liquidator gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁶² nämlich jeder, der selbständig zu den Entscheidungen in der Gesellschaft und zu den Liquidationshandlungen beiträgt, auch wenn er nur mit den Käufern der Gesellschaftsvermögens verhandelt. Ist dies der Fall, so haften die Mitglieder der Verwaltung als faktische Liquidatoren solidarisch für die abzulegenden Verrechnungssteuern, sofern der Liquidationsüberschuss an die Genossenschaftler ausgeschüttet wird und diese Ausschüttung für die Organe der Genossenschaft erkennbar war.

C. Örtliche und sachliche Zuständigkeit

Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Verwaltung einer Genossenschaft können alternativ am Wohnsitz der Beklagten oder am Sitz der Gesellschaft anhängig gemacht werden. Dies ergibt sich aus Art. 29 GestG.⁶³ Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um eine Kredit- bzw. konzessionierte Versicherungsgesellschaft oder eine andere Genossenschaft handelt.⁶⁴

⁵⁹ BGE 107 II 354.

⁶⁰ Vgl. zum Organbegriff FORSTMOSER [FN 58], N. 357 ff. und N. 670 zur Kritik an der ausufernden bundesgerichtlichen Rechtsprechung.
⁶¹ In Anlehnung an MÜLLER ROLAND, Unvorsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates, in: Schaden - Haftung - Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. V, hrsg. von Münch Peter/Geiser/Thomas, Rz. 17.35 zu § 17.
⁶² BGE 115 IB 274.

⁶³ Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272); vgl. WIDMER/BANZ [FN 1], Basler Kommentar, Rz. 13 zu Art. 917 OR.

⁶⁴ Vor Inkrafttreten des Gerichtsstandsgesetzes galt der Spezialgerichtsstand am Sitz der Gesellschaft für Verantwortlichkeitsklagen nur für Kredit- und konzessionierte Versicherungsgesellschaften (vgl. TANNER [FN 13], 45).

IV. Materielle Voraussetzungen

A. Schaden

Für eine Verantwortlichkeit der Verwaltung werden Schaden, Pflichtwidrigkeit, adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden sowie Verschulden vorausgesetzt.⁶⁵ Der Schaden ist dabei die erste und wichtigste Voraussetzung.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gilt als Schaden die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und jenem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte⁶⁶. Auch bei den Verantwortlichkeitsklagen im Genossenschaftsrecht können die bekannten Schadensarten geltend gemacht werden: Vermögenseinbusse (damnum emergens) und entgangener Gewinn (lucrum cessans). Für die Geltendmachung des mittelbaren Schadens sieht Art. 917 Abs. 2 OR jedoch eine Sonderregelung vor; danach ist der Ersatz des Schadens, der den Genossenschaftlern und den Gläubigern nur mittelbar durch Schädigung der Genossenschaft verursacht wurde, nach den Vorschriften des Aktienrechts geltend zu machen. Allerdings muss der Schaden aus einer Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der Überschuldung resultieren, da gemäss Art. 916 und 920 OR grundsätzlich nur bei Kredit- und konzessionierten Versicherungsgenossenschaften ein mittelbarer Schaden geltend gemacht werden kann.

Die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden der Gesellschaftsmitglieder ist nicht danach vorzunehmen, in welcher Vermögenseinbusse der Schaden unmittelbar eintritt bzw. ob die haftungsbegründenden Handlungen zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft geführt haben; massgebliches Kriterium ist vielmehr die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht.⁶⁷

B. Pflichtwidrigkeit

Die zweite Voraussetzung für die Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage ist der Nachweis einer pflichtwidrigen Handlung oder Unterlassung der Verwaltung. Der Beweis für die Pflichtwidrigkeit und des-

⁶⁵ Vgl. BLICKENSTORFER [FN 4], 51 ff.; MONTAVON [FN 33], 155; WIDMER/BANZ [FN 1], Basler Kommentar, Rz. 6 ff. zu Art. 916 OR.

⁶⁶ BGE 107 Ib 162; GROSS KURT J., Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, SKSR 33, Zürich 1990, 142, mit weiteren Literatur- und Judikaturangaben.
⁶⁷ BGE 122 III 176, allerdings mit Bezug auf eine Aktiengesellschaft.

