

## § 1 Einleitung und Problemübersicht

### I. Besondere Rechtsform und deren Auswirkungen auf die Verantwortlichkeit

Die Genossenschaft ist wie die Aktiengesellschaft eine körperlich strukturierte juristische Person<sup>1</sup> 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 Gegenstück<sup>2</sup>. So zählt nicht die Kapitalbeteiligung, sondern die persönliche Mitwirkung, und statt der Erwirtschaftung von Dividenden steht die Förderung des Selbsthilfeszweckes im Vordergrund.<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> Für die Genossenschaft liess man es bei den allgemeinen Regeln der Verantwortlichkeit aus Vertrag oder aus Delikt bewenden.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

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

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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)<sup>14</sup> die Rede ist, blieb es im Genossenschaftsrecht bei der Bezeichnung "Verwaltung"<sup>15</sup>. Dennoch spricht das Bundesgericht in mehreren Entscheidungen von "Verwaltungsräten" bei Genossenschaften.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Und schliesslich kann es bei Genossenschaften ebenso wie bei Aktiengesellschaften faktische Organe geben, so dass auch hier von stillen und verdeckten Verwaltungsräten gesprochen wird.<sup>18</sup> Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass auch in der spezifischen Literatur zum Genossenschaftsrecht teilweise uneingeschränkt vom "Verwaltungsrat" gesprochen wird.<sup>19</sup>

Genossenschaftswesen nahestehende Kreise<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Konsequenterweise wurden auch die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Genossenschaft völlig losgelöst von denjenigen der Aktiengesellschaft geregelt.<sup>9</sup>

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."<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Deshalb wurde vorgesehen, dass Verantwortlichkeitsansprüche gegen die mit der Verwaltung und Kontrolle betrauten Personen grundsätzlich nur der Genossenschaft zustehen.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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

<sup>14</sup> 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). 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.

<sup>15</sup> 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). 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](http://www.coop.ch/ueber/organisation/_pdf/coop_statuten-de.pdf)).

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Insbesondere auch im massgebenden Werk zur genossenschaftlichen Verantwortlichkeit von BLICKENSTORFER [FN 4], 120.

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

<sup>8</sup> 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".

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

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> Bis zum zweiten Weltkrieg verflachte sich jedoch die Zunahme auf 11'686 per Ende 1997.<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

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.<sup>25</sup> 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 Genossenschaftsverbände<sup>26</sup>, Genossenschaften mit Beteiligungen von Körperschaften des öffentlichen Rechts<sup>27</sup>, Grossgenossenschaften<sup>28</sup>, Kreditgenossenschaften<sup>29</sup> und Versiche-

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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.).

<sup>27</sup> 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).

<sup>28</sup> 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.

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

<sup>20</sup> EGGER [FN 7], 118a.

<sup>21</sup> Vgl. EGGER, a.a.O.

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

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

- 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.<sup>34</sup> Diesbezüglich gelten keine genossenschaftlichen Besonderheiten, weshalb an dieser Stelle nicht weiter darauf eingegangen wird. Hingegen ist im Falle eines Konkurses im Zu-

<sup>32</sup> 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.

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

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

rungsgenossenschaften<sup>30</sup>. 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.<sup>31</sup>

### 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)

<sup>30</sup> Insbesondere die Schweizerische Mobiliar-Versicherungsgenossenschaft, die Schweizerische Ärzten-Krankenkasse und die zahlreichen Viehversicherungsgenossenschaften.

<sup>31</sup> 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.<sup>35</sup> Auch in diesem Punkt gibt es jedoch keine genossenschaftlichen Sonderbestimmungen, so dass sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen.<sup>36</sup>

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

- 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.<sup>38</sup> Weigert sich die Verwaltung, gegen sich selbst vorzugehen, so muss die Generalversammlung vorab eine andere Verwaltung wählen.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> In Anlehnung an MÜLLER [FN 25], 101.

<sup>38</sup> 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:<sup>39</sup>

- Im Zusammenhang mit der Organisation der Gesellschaft wird nicht einfach eine "Verwaltung", sondern ausdrücklich ein "Verwaltungsrat" vorgeschrieben.<sup>40</sup>
- 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-

<sup>39</sup> Vgl. die Umsetzung bei Coop unter [http://www.coop.ch/ueber/organisation/\\_pdf/coop\\_statuten-de.pdf](http://www.coop.ch/ueber/organisation/_pdf/coop_statuten-de.pdf).

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

chen. Weder aus der Botschaft vom 21. Februar 1928<sup>41</sup>, noch aus dem entsprechenden Protokoll der Expertenkommission von 1928<sup>42</sup> oder aus der parlamentarischen Debatte<sup>43</sup> 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 Einschränkbarkeit der Verantwortlichkeit behandelt.<sup>44</sup> Demnach sind nur die allgemeinen Schranken der statutarischen Gestaltungsfreiheit gemäss Art. 19 und 20 OR bzw. Art. 27 ZGB zu beachten.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Die Frage nach der Zulässigkeit einer Angleichung von Art. 916 OR an Art. 954 OR durch die Statuten kann demnach bejaht werden.

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

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Vgl. StenBull. SR 1932, 282 f., und StenBull. NR 1934, 778 f.

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

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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 Genossenschaftern 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.<sup>47</sup>

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.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> Die Befugnisse der Generalversammlung sind jedoch in Art. 879 OR abschliessend aufgezählt; dort fehlt

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

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

<sup>49</sup> Vgl. die Auflistung bei BLICKENSTORFER [FN 4], 95.

die Anhebung der Verantwortlichkeitsklage. Nachdem bei den Organen der Genossenschaft das Paritätsprinzip gilt,<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> 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 Aktivlegitimierte 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.<sup>52</sup>

### 4. Aktivlegitimierte im Konkurs

Fällt eine Genossenschaft in Konkurs, so hat die Konkursverwaltung im Namen der Gesellschaft als deren Vertreterin zu klagen.<sup>53</sup> 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-

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> Gl. M. BLICKENSTORFER [FN 4], 97.

<sup>52</sup> BLICKENSTORFER [FN 4], 96.

<sup>53</sup> 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 berücksichtigt<sup>54</sup>. 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 rechtsgründig 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 bestimmen<sup>55</sup>. 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.<sup>56</sup> Zu weit geht dabei allerdings GUTZWILLER<sup>57</sup>, 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 fällt<sup>58</sup>. Nimmt eine Person regelmässig an formellen Sitzungen der Genossenschaftsverwaltung teil und gibt sie dabei nicht nur Empfehlungen im Sinne einer Beratung ab, sondern

<sup>54</sup> So insbesondere in BGE 114 V 213 Erw. 4. e).

<sup>55</sup> BGE 117 II 443.

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

<sup>57</sup> GUTZWILLER, Zürcher Kommentar, Rz. 7 der Vorbemerkungen zu Art. 916 OR.

<sup>58</sup> 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 Organ<sup>59</sup>. Die bundesgerichtliche Praxis zum Organbegriff geht damit sehr weit.<sup>60</sup>

Besondere Beachtung verdient auch die Organhaftung als Liquidator.<sup>61</sup> 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 Bundesgerichtes<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um eine Kredit- bzw. konzessionierte Versicherungsgesellschaft oder eine andere Genossenschaft handelt.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> BGE 107 II 354.

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

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

<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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 hätte<sup>66</sup>. 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.<sup>67</sup>

### 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-

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

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

sen Kausalität bezüglich des eingetretenen Schadens obliegt dem Kläger. Dieser Nachweis ist oftmals schwierig zu erbringen, zumal die Genossenschaften bezüglich Aufbau und Organisation grosse Unterschiede aufweisen.<sup>68</sup> Für die Bestimmung von Verhaltenspflichten wird deshalb ganz generell nicht auf den individuell Handelnden, sondern auf denjenigen Masstab abgestellt, der von einem hinreichend qualifizierten in dieser Position vernünftigerweise erwartet werden kann (gruppen- oder berufsspezifische Sorgfalt).<sup>69</sup>

Um zu bestimmen, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, muss vorab klar sein, welche Pflichten die Verwaltung einer Genossenschaft zu erfüllen hat. Soweit die Aufgaben konkret in den Statuten aufgelistet werden, fällt die Beurteilung leicht. In den meisten Genossenschaftsstatuten ist jedoch nur der Verweis auf die gesetzlichen Pflichten vorhanden. In Art. 716a OR werden die unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft aufgelistet. Eine ähnliche Übersicht fehlt für die Verwaltung der Genossenschaft. Damit stellt sich die Frage, ob diese Aufzählung in analoger Weise für alle Genossenschaften gilt oder allenfalls gemäss Art. 920 OR nur für die Kredit- und konzessionierten Versicherungsgenossenschaften. Weder in der Literatur noch in der Judikatur finden sich dazu klare Aussagen. Aus der einleitend aufgezeigten Entwicklung des genossenschaftlichen Verantwortlichkeitsrechts muss davon ausgegangen werden, dass die aktienrechtlichen Vorschriften grundsätzlich nicht für Genossenschaften gelten. Dies gilt auch für Kredit- und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften. Art. 920 OR ist deshalb nicht als Verweis auf Art. 716a OR, sondern lediglich als Verweis auf die Art. 754 ff. OR zu verstehen. Nun heisst dies aber nicht, dass die Verwaltung der Genossenschaft keine unentziehbaren und undelegierbaren Aufgaben hätte. Das ergibt sich bereits aus Art. 898 OR, wonach die vollständige oder teilweise Delegation der Geschäftsführung einer statutarischen Ermächtigung bedarf.

MONTAVON<sup>70</sup> leitet aus Art. 902 Abs. 1 OR vorab folgende vier höchstpersönlichen Pflichten der Mitglieder der Verwaltung einer Genossenschaft ab: Pflicht zur persönlichen Erfüllung der Aufgaben, Sorgfaltspflicht, Treuepflicht und Geheimhaltungspflicht. Aus anderen Gesetzesbestimmungen lassen sich folgende weitere Pflichten der Verwaltung ableiten.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Dasselbe gilt aber auch für die Aktiengesellschaften, vgl. GROSS [FN 53], S. 155, mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>69</sup> MÜLLER [FN 61], Rz. 17.45 zu § 17, und WIEGAND WOLFGANG, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, S. 11.

<sup>70</sup> MONTAVON [FN 33], 128 ff.

<sup>71</sup> In Anlehnung an MONTAVON [FN 33], 130 f.

- Einberufung der Generalversammlung (Art. 881 Abs. 1 OR)
  - Vorbereitung der Geschäfte der Generalversammlung (Art. 902 Abs. 2 Ziff. 1 OR)
  - Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung (Art. 902 Abs. 2 Ziff. 1 OR)
  - Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung, die gegen Gesetz oder Statuten verstossen (Art. 891 Abs. 1 OR)
  - Leitung der Geschäfte der Genossenschaft (Art. 902 Abs. 1 OR)
  - Förderung der genossenschaftlichen Aufgabe (Art. 902 Abs. 1 OR)
- Unter "Leitung der Geschäfte der Genossenschaft" ist wohl nicht nur die formelle, sondern auch die personelle und finanzielle Oberleitung in Analogie zu Art. 716a OR zu verstehen. In Anlehnung an die Pflichten des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft<sup>72</sup> lassen sich damit folgende Gruppen von Pflichtverletzungen unterscheiden:
- *Pflichtwidrige Oberleitung der Gesellschaft* durch Erlass von entscheidenden Weisungen (z.B. Anstellung von Schwarzarbeitern) oder durch Unterlassung einer Weisungserteilung trotz entsprechender Notwendigkeit (z.B. bezüglich Einhaltung gesetzlicher Vorschriften); keine Pflichtwidrigkeit liegt jedoch dann vor, wenn die Geschäftsführung ordnungsgemäss delegiert wurde, diese aber ohne Wissen der Verwaltung strafbare Handlungen begeht.
  - *Pflichtwidrige Organisation der Gesellschaft* durch Anstellung bzw. Weiterbeschäftigung eines unfähigen oder kriminellen Geschäftsführers<sup>73</sup>; wird die Geschäftsführung delegiert, ist sie sorgfältig zu überwachen.<sup>74</sup>
  - *Pflichtwidrige finanzielle Führung* durch risikoreiche Finanztransaktionen oder Unterlassung von notwendigen Wertberichtigungen bzw. Rückstellungen, insbesondere im Zusammenhang mit Darlehen an Genossenschafter oder bei Eingehung oder Duldung von Klumpennisiken.
  - *Pflichtwidrige Verletzung von Gesetz oder Statuten*, namentlich im Zusammenhang mit Verletzung von Genossenschaftsrechten (Anspruch auf Gleichbehandlung oder Stimmrecht<sup>75</sup>).

<sup>72</sup> Gliederung gemäss MÜLLER/LIPP/PLÜSS [FN 36], S. 122 ff.

<sup>73</sup> BGE 122 III 195 ff., allerdings mit Bezug auf eine Aktiengesellschaft.

<sup>74</sup> BGE 114 V 219, ebenfalls mit Bezug auf eine Aktiengesellschaft.

<sup>75</sup> Vgl. BGE 128 II 375 im Zusammenhang mit der Verletzung des Stimmrechts an den Akuar, der nicht Genossenschafter war.

- *Pflichtwidriger Verstoß gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht*, insbesondere durch Verletzung der Geheimhaltungspflicht oder andere Detailpflichten, die aus Art. 902 OR resultieren.<sup>76</sup>

### C. Adäquater Kausalzusammenhang

Als dritte Voraussetzung für die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Genossenschaft muss vom Kläger der adäquate Kausalzusammenhang zwischen den pflichtwidrigen Handlungen bzw. Unterlassungen und dem Schaden nachgewiesen werden. Das Bundesgericht verlangt diesbezüglich allerdings keinen strengen, absoluten Beweis, nachdem dies schon bei der Aktiengesellschaft nicht der Fall ist.<sup>77</sup> Die Adäquanz kann insbesondere auch dann nicht verneint werden, wenn der Schaden bei einem andern an sich möglichen Verhalten ebenfalls eingetreten wäre.<sup>78</sup>

### D. Verschulden

Schliesslich wird die Verwaltung einer Genossenschaft nur dann verantwortlich, wenn sie als vierte Voraussetzung schuldhaft gehandelt bzw. eine Unterlassung begangen hat. Art. 916 OR spricht diesbezüglich ausdrücklich von absichtlicher oder fahrlässiger Verletzung der Pflichten, womit diesbezüglich kein Unterschied zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR besteht. Die Fahrlässigkeit beurteilt sich somit nach einem objektiven Massstab.<sup>79</sup> Für die Beurteilung des Verschuldens ist diejenige Sorgfalt massgebend, "die ein gewissenhafter und vermünfter Mensch des selben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde".<sup>80</sup>

Aus dem objektivierten Verschuldensbegriff folgt, dass subjektive Umstände keine Berücksichtigung finden. So begründen insbesondere Zeitman-

<sup>76</sup> Gemäss BLICKENSTORFER [FN 4], 184, soll die Sorgfaltspflicht bereits dadurch verletzt werden, dass ein Verwaltungsratsmandat trotz Fehlen der erforderlichen Kenntnisse angenommen oder ohne Bezug eines Spezialisten geführt wird; m.E. genügt dies noch nicht in jedem Falle zur Begründung einer Pflichtverletzung, vielmehr müssen noch andere Umstände, wie z.B. eine Krisensituation oder ein schwer verständliches Geschäft hinzukommen.

<sup>77</sup> Vgl. MÜLLER [FN 61], Rz. 17.53 zu § 17; GROSS [FN 53], S. 199, und die dort in FN 357 zitierten Entscheidungen.

<sup>78</sup> Vgl. BJM 1954, S. 256.

<sup>79</sup> BLICKENSTORFER [FN 4], 75.

<sup>80</sup> Vgl. zum Aktienrecht FORSTMOSER [FN 45], Verantwortlichkeit, N. 292, mit weiteren Literaturhinweisen.

gel, Abwesenheit, passives Verhalten, mangelnde Fachkenntnis, geringes Honorar, Unwissenheit und Unfähigkeit keinen Entschuldigungsgrund.<sup>81</sup>

## § 3 Durchsetzung der Verantwortlichkeit

### I. Prozessfinanzierung

Da bei Genossenschaften, welche nicht als Kreditgenossenschaften oder konzessionierte Versicherungsgenossenschaften zu qualifizieren sind, grundsätzlich nur die Gesellschaft selbst Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen kann, ist die Prozessfinanzierung ein ernst zu nehmendes Thema. Verantwortlichkeitsklagen werden i.d.R. erst dann gegen die Verwaltung erhoben, wenn der Gesellschaft ein empfindlicher Schaden zugefügt wurde. Genau wegen diesem Schaden werden der Genossenschaft unter Umständen die Mittel fehlen, einen nicht nur personell, sondern auch finanziell aufwendigen Verantwortlichkeitsprozess zu führen. Ist die Genossenschaft wegen den Pflichtverletzungen der Verwaltung allenfalls zahlungsunfähig oder ist sie sogar in Liquidation geraten, so muss sie in einem allfälligen Prozess vorab eine entsprechende Sicherheit für die voraussichtlichen Gerichts- und Anwaltskosten leisten.<sup>82</sup>

Ein aktuelles Beispiel für die Problematik der Prozessfinanzierung ist die Verantwortlichkeitsklage über CHF 10 Mio. der Kreditanstalt Grabs in Lj. gegen sechs frühere VR-Mitglieder, die Beklagten hatten zu Beginn des Prozesses für ihre allfälligen Entschädigungsansprüche beim möglichen Obsiegen eine Sicherstellung von insgesamt CHF 1,65 Mio. verlangt. Das Handelsgericht St.Gallen verfügte darauf im April 2001 eine Kautions von CHF 623'400 für die Parteikosten und CHF 100'000 für die Gerichtskosten.<sup>83</sup> Mit Hilfe einer deutschen Prozessfinanzierungsgesellschaft gelang es der Klägerin, nicht nur die auferlegte Sicherheitsleistung, sondern auch noch die über mehr als vier Jahre auflaufenden Kosten des eigenen Anwaltes zu finanzieren. Doch damit

<sup>81</sup> In Anlehnung an MÜLLER [FN 61], Rz. 17.57 zu § 17.

<sup>82</sup> In St.Gallen findet sich die entsprechende gesetzliche Grundlage in Art. 276 Abs. 1 lit. b ZPO, wonach eine klagende Partei für die Prozesskosten Sicherheit zu leisten hat, wenn gegen sie ein Konkurs- oder Nachlassverfahrenhängig ist, Verlustscheine bestehen oder sie aus anderen Gründen als zahlungsunfähig erscheint.

<sup>83</sup> Gemäss Auskunft des Gerichtsschreibers handelt es sich dabei um die höchste, jemals vom Handelsgericht St. Gallen verfügte Prozesskaution; vgl. dazu die Berichterstattungen von JAKOB MAEDER, Die Fortsetzung folgt bestimmt, in der Tageszeitung: Werdenberger und Obertoggenburger, 27. Juli 2001, S. 5, und JENNY GADIENT, Harte Baudagen im Kampf um Kapital, in der Tageszeitung: Werdenberger & Obertoggenburger, 14. Dezember 2002, S. 3.

ist der Fall noch nicht abgeschlossen. Mit Entscheid vom 7. Dezember 2004 hat das Handelsgericht St.Gallen die Haftung der 8 Beklagten zwar grundsätzlich bejaht, über die Höhe des entstandenen Schadens jedoch eine Expertise angeordnet.<sup>84</sup> Für diese Expertise wurde die Klägerin als kostenverantwortungspflichtig bezeichnet und ihr eine Frist von lediglich 20 Tagen zur Leistung eines vorläufigen Kostenvorschusses von CHF 50'000 gewährt.<sup>85</sup> Es ist offensichtlich, dass die Verantwortlichkeitsklage einer Genossenschaft gegen ihre Organe ohne genügend finanzielle Mittel durch eine externe Prozessfinanzierung praktisch unmöglich ist.

Das Mittel der Prozessfinanzierung ist in der Schweiz relativ neu und hat zahlreiche Kontroversen ausgelöst. Im Kanton Zürich wurde die Prozessfinanzierung kurzerhand verboten. Art. 41 lit. b des neuen Zürcher Anwaltsgesetzes drohte mit bis zu CHF 20'000 Busse für den Fall, dass jemand gewerbmässig und gegen einen Anteil am späteren Prozessverlauf die Finanzierung eines Prozesses übernimmt oder ein solches Geschäft vermittelt. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung mit Entscheid vom 10. Dezember 2004 als unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit qualifiziert und deshalb wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben.<sup>86</sup>

## II. Delegation der Geschäftsführung

Gemäss Art. 898 OR können die Statuten die Verwaltung ermächtigen, die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben an Geschäftsführer oder Direktoren zu übertragen, die nicht Mitglieder der Genossenschaft zu sein brauchen. Ebenso können die Statuten gemäss Art. 897 OR einen Teil der Pflichten und Befugnisse der Verwaltung einem oder mehreren von dieser gewählten Verwaltungsausschüssen übertragen. Im Gegensatz zum Aktienrecht (vgl. Art. 716b OR) schreibt das Genossenschaftsrecht zur rechtsgültigen Delegation der Geschäftsführung nicht zwingend ein Organisationsreglement vor. Dennoch lohnt sich auch bei der Genossenschaft ein

<sup>84</sup> Der Sachverhalt wurde offiziell im Internet ab dem 8. Dezember 2004 publiziert unter der Adresse: <http://www.gerichte.sg.ch/shownews.52556.html>.

<sup>85</sup> Dieser Entscheid wurde erstaunlicherweise im vollen Wortlaut mit den ungekürzten Namen sämtlicher Parteien durch das Handelsgericht St.Gallen ab dem 8. Dezember 2004 im Internet veröffentlicht unter: [www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/aktuelle\\_entscheide/hg\\_2001](http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/aktuelle_entscheide/hg_2001). Die Höhe der veranschlagten Expertisekosten ist dabei nicht zu beanstanden, denn nur wenige unabhängige und charakterlich integrierte Persönlichkeiten mit dem nötigen Fachwissen können eine derartige Expertise ausarbeiten. In Frage käme beispielsweise Prof. Dr. Peter Nobel als ehemaliges Mitglied der Eidg. Bankenkommission und Exordianus für Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen, was die veranschlagten Kosten durchaus rechtfertigen würde.

<sup>86</sup> Unveröffentlichter Entscheid 2P.4/2004; vgl. NZZ vom 11. Dezember 2004 (Nr. 290), S. 56, und PETER JOSI, Verbotene Prozessfinanzierung, in: Jusletter 13. Dezember 2004.

solches Reglement, um die Verteilung der Aufgaben und Kompetenzen klarzustellen.

Im Aktienrecht wird mit Art. 754 Abs. 2 OR ausdrücklich ein Exkulpationsgrund für den Verwaltungsrat bei befugter Delegation geschaffen. Eine analoge Bestimmung fehlt im Genossenschaftsrecht. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Verwaltung auch dann noch durchgesetzt werden können, wenn die verletzten Pflichten nachweisbar und korrekt an Geschäftsführer oder Direktoren übertragen wurden.

Solange es sich bei den übertragenen und verletzten Pflichten nicht um solche handelt, welche die Verwaltung selbst besorgen muss<sup>87</sup>, kann nur dann eine Verantwortlichkeit abgeleitet werden, wenn die Verwaltung die Übertragungsempfänger, also die Geschäftsführer oder Direktoren, nicht sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat.<sup>88</sup> Ansonsten kann sich die Verwaltung durch die Delegation exkulpieren und eine Durchsetzung der Verantwortlichkeit ihr gegenüber scheitert.

## III. Entlastungsbeschluss

Gemäss Art. 879 Abs. 2 Ziff. 4 OR ist die Generalversammlung ausschliesslich und unübertragbar zuständig, der Verwaltung Entlastung zu erteilen. Insofern entspricht die Regelung dem Aktienrecht. Im Genossenschaftsrecht fehlt jedoch eine analoge Bestimmung zu Art. 758 Abs. 2 OR, wonach das Klagerrecht der nicht zustimmenden Aktionäre innert sechs Monaten nach dem Entlastungsbeschluss erlischt. Aus Art. 920 OR muss indirekt geschlossen werden, dass bei der Genossenschaft diese Verwirkungsfrist nicht in analoger Weise gelten soll. Durch eine entsprechende Statutenbestimmung kann jedoch eine Angleichung an die Regelung im Aktienrecht stattfinden.<sup>89</sup>

Der Entlastungsbeschluss wirkt nicht gegenüber der Verwaltung als Kollektivbehörde, sondern gegenüber seinen einzelnen Mitgliedern.<sup>90</sup> Wird über die Entlastung in globo abgestimmt, so sind davon alle Mitglieder der Verwaltung gleichermaßen betroffen. Sie werden durch den Entlastungsbeschluss gesamthaft aus ihrer solidarischen Haftung entlassen. Dennoch sind bei der Beurteilung der sachlichen und zeitlichen Wirkungen des Entlas-

<sup>87</sup> Vgl. dazu vorne § 2 IV. B.

<sup>88</sup> Vgl. BLICKENSTORFER [FN 4], 185 f., und WIDMER/BANZ [FN 1], Basler Kommentar, Rz. 11 zu Art. 917.

<sup>89</sup> Zur Möglichkeit der statutarischen Angleichung an die Aktiengesellschaft vgl. vorne § 2 II.

<sup>90</sup> Vgl. PICENONI RENO, Der Entlastungsbeschluss, Aarau 1945, S. 34.

tungsbeschlusses die Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedern der Verwaltung besonders zu berücksichtigen. Die individuellen Begrenzungen der Wirkungen sind gleichzeitig der maximale Rahmen für die Bedeutung des Entlastungsbeschlusses. Will die Generalversammlung etwas anderes, so hat sie über den Entlastungsbeschluss individuell abzustimmen. Ist die geleistete Amtszeit bei den einzelnen Verwaltungsräten unterschiedlich lang, so vermag ein Entlastungsbeschluss in globo in jedem Falle nur insoweit Wirkung zu zeigen, als dies der kürzesten Amtsdauer der betroffenen Verwaltungsräte entspricht. Sind die neuen Verwaltungsräte aber alle erst seit einem Jahr im Amt, so ist ohne weiteres davon auszugehen, dass sich der Entlastungsbeschluss nur auf das vergangene Geschäftsjahr bezieht.

Der Entlastungsbeschluss wirkt bei der Genossenschaft wie bei der Aktiengesellschaft (dort ausdrücklich in Art. 758 Abs. 1 OR festgehalten) nur für bekanntgegebene Tatsachen.<sup>91</sup> Wenn im Vorjahr auf das Traktandum Entlastung nicht eingetreten wurde, weil vieles unklar war, so kann im nächsten Jahr nicht einfach davon ausgegangen werden, nun sei alles klar und die Entlastung umfasse alle möglichen Pflichtverletzungen. Vielmehr kann der Entlastungsbeschluss nur für jene Pflichtverletzungen gelten, die zwischenzeitlich ausdrücklich bekanntgegeben wurden.<sup>92</sup> Selbst wenn in den Medien allgemein über Pflichtverletzungen der Verwaltung berichtet wird, so genügt dies nach den obigen Ausführungen nicht, um die Voraussetzung einer Bekanntgabe zu erfüllen.

Gemäss Art. 893 OR können bei einer konzessionierten Versicherungs-genossenschaft mit über 1'000 Mitgliedern die Statuten "die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder zum Teil der Verwaltung übertragen". Nach dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung könnte die Befugnis zur Entlastung der Verwaltung übertragen werden. Dennoch wäre ein Entlastungsbeschluss nicht möglich, da gemäss Art. 887 Abs. 1 OR alle Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, bei Beschlüssen über die Entlastung der Verwaltung ausgeschlossen. Die Mitglieder der Verwaltung sind zwingend an der Geschäftsführung beteiligt und können sich demnach in keinem Falle Entlastung erteilen.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> In der BOTSCHAFT ÜBER DIE REVISION DES AKTIENRECHTS, BBl. 1983 II 939, heisst es dazu "Die Ansicht von Lehre und Rechtsprechung, wonach der Entlastungsbeschluss nur für Tatsachen wirkt, die der Generalversammlung bekanntgegeben wurden, wird im Gesetz verankert."

<sup>92</sup> Vgl. BGE 95 II 320 (allerdings im Zusammenhang mit einer Aktiengesellschaft), wo das Bundesgericht zur Tragweite der Entlastung klarstellt: "Wie jede Willenserklärung muss die Entlastung in dem Sinne verstanden werden, den ihr der Empfänger in guten Treuen verminfterweise geben darf."

<sup>93</sup> A.M. BLICKENSTORFER [FN 4], der nur die Grenze des Rechtsmissbrauchs als Schranke erachtet.

#### IV. Solidarität und Rückgriff

Bei der Genossenschaft regelt Art. 918 OR die solidarische Verantwortlichkeit und die Möglichkeit des Rückgriffs unter mehreren Beteiligten nach dem Grad ihres Verschuldens. Während im Aktienrecht Art. 759 Abs. 1 OR eine differenzierte Solidarität festlegt, wonach jede verantwortliche Person nur insoweit mit den anderen solidarisch haftbar ist, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist, fehlt im Genossenschaftsrecht eine analoge Einschränkung. Der Wortlaut von Art. 918 OR entspricht dem früheren Wortlaut von Art. 759 aOR vor der Revision des Aktienrechtes im Jahre 1992. Es stellt sich deshalb die Frage, ob auch im Genossenschaftsrecht das Prinzip der differenzierten Solidarität gilt.

Im ZÜRCHER KOMMENTAR<sup>94</sup> wird unter Bezugnahme auf Art. 143 OR noch vor der Aktienrechtsrevision von 1992 die Meinung vertreten, jedes Mitglied der verantwortlichen Verwaltung könne für den gesamten Schaden belangt werden. BLICKENSTORFER<sup>95</sup> vertritt im Hinblick auf diese Aktienrechtsrevision die Ansicht, dass die "weiche Lösung" im neuen Aktienrecht wohl auch auf das Genossenschaftsrecht ausstrahlen werde. Im BASLER KOMMENTAR<sup>96</sup> wird schliesslich vorab festgehalten, dass die frühere Praxis des Bundesgerichtes nicht zu überzeugen vermochte und keineswegs auf einem zwingenden Wortlaut beruhe; unter Hinweis auf Art. 43 f. OR wird sodann die Anwendbarkeit der differenzierten Solidarität bei der genossenschaftlichen Verantwortlichkeit bejaht.

Auch im Zusammenhang mit der Frage nach der Anwendbarkeit der differenzierten Solidarität ist in erster Linie auf die Entstehungsgeschichte des Genossenschaftsrechts und den Willen des Gesetzgebers abzustellen. Bei der Genossenschaft sollte die Verantwortlichkeit einfacher und weniger streng als bei der Aktiengesellschaft geregelt werden.<sup>97</sup> Wenn bereits bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vom Bundesrat ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass eine Berufung auf Art. 43 OR möglich sein muss,<sup>98</sup> so gilt dies demnach noch viel mehr für die Genossenschaft. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre wird deshalb auch hier davon ausgegangen, dass bei der Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Genossenschaft die differenzierte Solidarität analog zur Aktiengesellschaft gilt.

<sup>94</sup> GUTZWILLER, Zürcher Kommentar, Rz. 1 zu Art. 918 OR.

<sup>95</sup> BLICKENSTORFER [FN 4], 116 f.

<sup>96</sup> WIDMER/BANZ [FN 1], Basler Kommentar, Rz. 1 zu Art. 918 OR.

<sup>97</sup> Vgl. BOTSCHAFT ZUR REVISION OR [FN 10], 98.

<sup>98</sup> Vgl. BOTSCHAFT ZUM AKTIENRECHT [FN 14], 194.

## § 4 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Genossenschaft ist geprägt durch ihre besondere Rechtsform, welche dem Selbsthilfedanken entspringt ist. Nur für Kredit- und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften gelten die gleichen strengen Verantwortlichkeitsregelungen wie bei der Aktiengesellschaft. Überall wo Unklarheiten über die analoge Anwendbarkeit von aktienrechtlichen Bestimmungen auftauchen, ist dem Willen des Gesetzgebers entsprechend zuerst davon auszugehen, dass die weniger strengen Verantwortlichkeitsbestimmungen gelten. Konsequenterweise muss deshalb die differenzierte Solidarität auch im Genossenschaftsrecht gelten, selbst wenn dort noch keine entsprechende Gesetzesrevision stattgefunden hat.

Aus eigener Erfahrung im Zusammenhang mit der Gründung von zwei Genossenschaften und der Einsitznahme in die Verwaltung derselben muss ich feststellen, dass es nicht einfach ist, integre und fachkundige Persönlichkeiten zu finden, welche bereit sind, gegen ein bescheidenes Honorar engagiert in einer Genossenschaftsleitung mitzuarbeiten. Fragen zur persönlichen Verantwortlichkeit werden i.d.R. schon bei der ersten Kontaktaufnahme gestellt. Es erscheint deshalb auch heute noch richtig, was der Bundesrat 1928 in seiner Botschaft im Zusammenhang mit der Bestellung der genossenschaftlichen Verwaltung bemerkte: eine einfachere und weniger strenge Verantwortlichkeit ist bei der Genossenschaft angemessen und hilft, die Verwaltung mit tüchtigen Persönlichkeiten und teilweise sogar ehrenamtlich zu bestellen.<sup>99</sup>

Bei Kreditgenossenschaften, wie z.B. den Raiffeisen-Banken, und bei konzessionierten Versicherungsgenossenschaften ist die strengere aktienrechtliche Verantwortlichkeit zweifellos angemessen. Bei Grossgenossenschaften, wie z.B. Migros oder Coop, erscheint die gleiche Regelung jedoch ebenfalls als angebracht. De lege ferenda muss dabei aber nicht auf den Vor-schlag von Eugen Huber aus dem Jahre 1919 zurückgegriffen werden.<sup>100</sup> Vielmehr können die Statuten von solchen besonderen Genossenschaften derart ausgestaltet werden, dass die "Verwaltung" ausdrücklich als "Verwaltungsrat" bezeichnet wird und ihm unübertragbare und unentziehbare Pflichten analog zur Auffistung in Art. 716a OR zugewiesen werden, und für dessen Verantwortlichkeit grundsätzlich die gleichen Regelungen gelten wie für

<sup>99</sup> BOTSCHAFT ZUR REVISION OR [FN 10], 98.

<sup>100</sup> Vgl. ENTWURF I [FN 6], 34 ff, wo ein allgemeiner Teil im Gesellschaftsrecht mit Verantwortlichkeitsbestimmungen vorgeschlagen wurde, welcher sowohl für die Aktiengesellschaft wie auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft gleichermaßen Geltung gehabt hätte.

denjenigen einer Aktiengesellschaft. Eine Gesetzesrevision ist dazu nicht notwendig. Es wäre jedoch angebracht, wenn im Zusammenhang mit der Revision des GmbH-Rechts<sup>101</sup> nicht nur der neue Art. 910a OR über die Mängel der Organisation eingeführt würde, sondern gleich auch die Bezeichnung "Verwaltung" in "Verwaltungsrat" geändert würde. Damit würde im Gesellschaftsrecht eine einheitliche Terminologie geschaffen, ohne die Vorschriften über die Verantwortlichkeit der Verwaltung bei der Genossenschaft zu verschärfen.

<sup>101</sup> Vgl. BOTSCHAFT ZUR REVISION DER GMBH [FN 15], 3237.