

Andreas Feuz

# Genossenschaften im Insolvenzverfahren

**Das wirtschaftliche Umfeld lässt auch Genossenschaften nicht unberührt und so kann es vorkommen, dass Genossenschaften in Konkurs geraten oder um Nachlassstundung ersuchen müssen. Die vorliegende Arbeit beleuchtet die Besonderheiten des Genossenschaftskonkurses bzw. des Nachlassverfahrens mit besonderem Augenmerk auf die Haftungsstrukturen der Genossenschaften. Zur Verstärkung und Verbreiterung der Eigenmittelbasis kann je nach statutarischer Grundlage auf das Vermögen der Genossenschafter und Genossenschafterinnen gegriffen werden. Diese Haftung und ihre unterschiedliche Ausgestaltung ist bei Sanierungen und Restrukturierungen je nach Konstellation mit zu berücksichtigen.**

## Die Genossenschaft

Unter der Genossenschaft verstehen wir eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Anzahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt. Die Genossenschaft spielt im Wirtschaftsleben eine auch heute (noch) nicht vollständig zu unterschätzende Rolle, sie ist prägend vornehmlich für die Landwirtschaft und den Lebensmittelhandel, kommt aber auch in anderen Bereichen vor, wie bei Banken, Versicherungen, Wohnbaugenossenschaften und Kredit- und Bürgschaftsgenossenschaften. Die Anzahl Genossenschaften stagniert, sie ist abnehmend, namentlich in den Bereichen Banken und Versicherungen, dürfte aber bei den Wohnbaugenossenschaften zunehmen.

Die Genossenschaft ist eine Körperschaft, was im Gegensatz zur AG und zur GmbH im Gesetz ausdrücklich normiert wurde. Dieselbe Legaldefinition untersagt die Festlegung einer konstanten Gesellschafterzahl. Das Prinzip der offenen Tür ist für das Genossenschaftsrecht zwingend statuiert. Dies bedeutet, dass sowohl der

Eintritt, wie auch der Austritt aus der Genossenschaft jederzeit möglich sein muss. Die Zweckverfolgung der Genossenschaft ist auf die Förderung und Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder gerichtet, er muss in den Statuten zwingend festgehalten sein. Korrelat zum Prinzip der offenen Tür ist das Verbot des zum voraus festgesetzten Grundkapitals des Art. 828 Abs. 2 OR.

Wenn die Genossenschaft über ein Grundkapital verfügt, so muss jeder Genossenschafter einen Anteilschein übernehmen. Würde ein bestimmtes Grundkapital festgelegt, wäre damit die Anzahl der

Mitgliedschaften fixiert. Nicht jede Genossenschaft verfügt über ein Grundkapital, sie ist in diesem Sinne auch keine Grundkapitalgesellschaft.<sup>1</sup> Besitzt die Genossenschaft hingegen ein Grundkapital, so hat dieses grundsätzlich die gleiche Funktion einer Haftungsbasis für die Gläubiger wie das Aktienkapital bei einer Aktiengesellschaft. Vielfach ist diese Haftungsbasis schmal, weil die eingesetzten Eigenkapitalbeiträge klein sind. Der Gläubiger der Genossenschaft muss sich dessen bewusst sein und auch darüber, dass kein fixiertes Kapital vorhanden ist. Weder gibt es eine gesetzliche Mindesthöhe des Kapitals noch der einzelnen Anteile, noch ein gesetzliches Minimum für Nennwerte oder Liberierungspflichten.

## Das Kapital der Genossenschaft

Die Analyse der Bilanzen der Genossenschaften wird vielfach einen hohen Fremdkapitalanteil und eine äusserst schmale Eigenkapitalbasis zeigen, verglichen mit in gleichen Branchen tätigen Aktiengesellschaften. In Bezug auf die Bo-



Andreas Feuz, Fürsprecher  
Partner/Mitglied der Geschäftsleitung  
Transliq AG

<sup>1</sup> BAUDENBACHER CARL, BK-OR, Band II, Basel 1994, N 26 zu Art. 828

nität der Genossenschaft wird dem Eigenkapital als Haftungssubstrat auch die (mögliche) Haftung der Genossenschafter zugerechnet, auf die im folgenden noch einzugehen sein wird. Die Statuten müssen diesbezüglich über allfällige Verpflichtungen der Genossenschafter zu Geld- oder anderen Leistungen sowie deren Art und Höhe Auskunft geben<sup>2</sup>. Dabei steht es der Genossenschaft frei, Leistungspflichten manigfachster Art festzusetzen. Zu nennen sind:

- Eintrittsgelder, Art. 839 Abs. 2 OR
- Auslösungssummen, Art. 842, Abs. 2 OR
- Leistungs-, Duldungs- und Unterlassungspflichten, Art. 867 Abs. 1 OR, darunter fallen
  - Pflicht zur Erbringung von Naturalleistungen,
  - Benutzungspflichten
  - Boykottpflichten, soweit gesetzlich zulässig

Von grösserer, insbesondere finanzieller Bedeutung, sind die ebenfalls in den Statuten zu erwähnenden Optionen, der festzulegenden

- persönlichen solidarischen Haftung
- Nachschusspflicht

der Genossenschafter, die entweder beschränkt oder unbeschränkt sein kann. Auch eine Kombination von Nachschusspflicht und persönlicher solidarischer Haftung ist möglich. Gibt es eine beschränkte Nachschusspflicht oder eine beschränkte persönliche Haftung der Genossenschafter wird der Gläubiger den Maximalhaftungsbetrag aller Genossenschafter als Haftungssubstrat einrechnen können, muss aber gleichzeitig beachten, dass Genossenschafter jederzeit aus der Genossenschaft austreten können<sup>3</sup>. Bei der unbeschränkten Haftung/Nachschusspflicht ist das Haftungssubstrat lediglich durch die Bonität der haftenden Genossenschafter beschränkt<sup>4</sup>.

### Benachrichtigung des Richters

Die Genossenschaft untersteht der Betreuung auf Konkurs, sie kann bei mangeln-

der Liquidität in Konkurs geraten oder aufgrund einer Bilanzdeponierung (und selbstverständlich auch durch eine Insolvenzerklärung selbst, die aber einen Generalversammlungsbeschluss braucht und daher nur bei sehr kleinen Genossenschaften vorkommen wird). Nach Art. 903 hat die Verwaltung bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung sofort eine Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten aufzustellen. Zeigt die Zwischenbilanz, dass die Aktiven nicht mehr zur Deckung der Passiven reichen, hat die Verwaltung den Richter zu benachrichtigen, der entweder den Konkurs zu eröffnen oder falls Aussicht auf Sanierung besteht, die Konkurseröffnung aufzuschieben hat<sup>5</sup>. Der Normzweck ist weitgehend identisch mit demjenigen bei der AG<sup>6</sup>. Weil die Genossenschaft – wie oben dargestellt – nicht über ein Grundkapital verfügen muss, erfolgt eine Anzeige des Kapitalverlustes verbunden mit der Durchführung einer Generalversammlung nur bei Genossenschaften mit einem Anteil-scheinkapital<sup>7</sup>. Ob der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen präsentiert werden müssen oder sollen, ist nicht normiert, aber in jedem Fall zu befürworten<sup>8</sup>. Ebenso die analoge Anwendung möglicher Sanierungsmassnahmen, wie beispielsweise der Rangrücktritt massgeblicher Gläubiger. Verletzt die Verwaltung die Pflicht des Tätigwerdens bei einem Überschuldungstatbestand haftet sie nach Art. 919 Entgegen den Normen des Aktienrechtes hat die Kontrollstelle der Genossenschaft weder die Pflicht noch die Legitimation, dem Richter die Überschuldung anzuzeigen. Eine Anzeigepflicht besteht hingegen gegenüber der Generalversammlung, notfalls hat die Kontrollstelle die Generalversammlung selbst einzuberufen<sup>9</sup>.

Ist bei der Genossenschaft eine Nachschusspflicht statuiert, kann die Benachrichtigung des Richters unterbleiben, wenn der durch die Bilanz ausgewiesene Verlust innert dreier Monate durch die Nachschüsse der Genossenschafter gedeckt werden kann. Sollte die Nachschusspflicht beschränkt sein und zum vornherein feststehen, dass die Nachschüsse nicht zur Deckung des Fehlbetra-

ges reichen, hat die Bilanzdeponierung m.E. unmittelbar zu erfolgen.

Eine unbeschränkte persönliche Haftung der Genossenschafter entbindet die Verwaltung jedoch nicht, die Bilanz zu deponieren, da diese keine Sanierungsmassnahme darstellt und erst im Konkurs oder im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung aktuell wird<sup>10</sup>.

### Nachschusspflicht und solidarische Haftung

Damit ist festzuhalten, dass die Nachschusspflicht klar von der solidarischen Haftung zu unterscheiden ist und dass für die Auslegung welche Haftungsart gilt, die Statuten massgebend sind<sup>11</sup>. Genossenschaftsstatuten können die Bestimmung aufstellen, dass nach dem Genossenschaftsvermögen die Genossenschafter persönlich unbeschränkt haften (Art. 869 I OR). Die Statuten können zudem die Genossenschafter an Stelle oder neben der Haftung zur Leistung von Nachschüssen verpflichten, die jedoch nur zur Deckung von Bilanzverlusten dienen dürfen (Art. 871 I OR).

### Die solidarische Haftung

Bei der Genossenschafterhaftung hat das Mitglied für die Verbindlichkeiten der Ge-

<sup>2</sup> Art. 832 Ziff. 3 OR

<sup>3</sup> was nicht heisst, dass auch die Haftung sofort erlischt, vgl. unten

<sup>4</sup> und damit in gewissen Fällen praktisch unbeschränkt

<sup>5</sup> Aufschub auf Antrag der Verwaltung oder eines Gläubigers, m.E. auch von Amtes wegen, Norm die dem revidierten SchKG und nicht dem OR zu entnehmen ist (Konkursaufschub aufgrund des SchKG und nicht des OR)

<sup>6</sup> vgl. Art. 725 OR

<sup>7</sup> vgl. Art. 903 Abs 3 OR

<sup>8</sup> ebenso WÜSTINER HANSPETER, Basler Kommentar zum OR, Band II, Basel 1994, N. 2 und 3 zu Art. 903

<sup>9</sup> Art. 881 OR

<sup>10</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechtes, 7. Auflage, Bern 1993, S. 321, zit bei WÜSTINER, a.a.O., N. 9 zu Art. 903

<sup>11</sup> Die Haftungsnormen können alternativ oder kumulativ statuiert werden.

nossenschaft einzustehen. Diese Haftungssituation setzt einerseits

- das Bestehen einer Gesellschaftsverbindlichkeit und andererseits
- eine rechtswirksame Mitgliedschaft des Genossenschafers

voraus.

Der Genossenschafter ist nur dann zu leisten verpflichtet, wenn die Gläubiger im Genossenschaftskonkurs zu Verlust gekommen sind<sup>12</sup> oder wie nachstehend dargestellt werden wird auch bei der Nachlassliquidation (Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).

Die Haftung der Genossenschafter kann nur «hinter dem Genossenschaftsvermögen» Platz greifen. Demnach haben die Genossenschafter nur für den Ausfall einzustehen<sup>13</sup>.

Nebst dem Genossenschaftskonkursvermögen nur noch der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung i.S.v. Art. 317 ff. SchKG (Liquidationsvergleich) die Haftung der Genossenschafter auszulösen. Dass neben dem Liquidationsvergleich nicht auch noch der ordentliche Nachlassvertrag i.S.v. Art. 293 ff. SchKG die Haftung auszulösen vermag, entspricht der unterschiedlichen Zweckbestimmung dieser Nachlassvertragsart.

Mit der Revision des Obligationenrechtes von 1936 wurde im Genossenschaftskonkurs das sog. Umlageverfahren eingeführt. In diesem Verfahren wird der zu erwartende Konkursverlust von der Konkursverwaltung nach der statutarischen oder gesetzlichen Verteilungsordnung in einem Plan festgehalten (analog vom Liquidator im Nachlassliquidationsverfahren). Sodann hat die Konkursverwaltung die errechneten Beträge von den einzelnen Genossenschaftern einzuziehen. Können nicht alle Beträge eingebracht werden, so sind die Ausstände in Zusatzplänen gleichmässig auf die zahlungsfähigen Genossenschafter umzulegen und von ihnen einzufordern, sofern die Haftung solidarisch und nicht anteilmässig ausgestaltet ist.

Trotz dieses Umlageverfahrens verbleibt aber die Haftungsberechtigung dem einzel-

nen Genossenschaftsgläubiger. Während des Genossenschaftskonkurses übt jedoch die Konkursverwaltung die Gläubigerrechte aus, beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung der Liquidator.

### Die Nachschusspflicht der Genossenschafter

Die Nachschusspflicht erfüllt im Gegensatz zur Haftung Sanierungs- und Sicherungsfunktion: Zum einen ist sie Bilanzverlustdeckungspflicht, womit die Erhaltung der Genossenschaft bezweckt und ein Konkurs zu vermeiden versucht wird; zum andern ist sie Konkursverlustdeckungspflicht, was den Genossenschaftsgläubigern insofern dient, als damit die Konkursverluste gemindert werden<sup>14</sup>.

Obschon im Umlageverfahren die Konkursverwaltung zur Geltendmachung der Haftung wie auch der Nachschusspflicht legitimiert ist, deckt sie sich in einem wie im andern Fall nicht mit der Person des Forderungsberechtigten. So ist dies bei der Nachschusspflicht die Genossenschaft, bei der Haftung hingegen der Gläubiger. Während das Ergebnis der Nachschussumlage in das Konkursmassevermögen fällt, bilden die aufgrund der Haftung eingeworfenen Beträge eine besondere Masse.

### Art. 873 OR

Im Konkurs einer Genossenschaft mit persönlicher Haftung oder mit Nachschusspflicht der Genossenschafter hat die Konkursverwaltung gleichzeitig mit der Aufstellung des Kollokationsplanes die auf die einzelnen Genossenschafter entfallenden vorläufigen Haftungsanteile oder Nachschussbeträge festzustellen und einzufordern.

Uneinbringliche Beträge sind auf die übrigen Genossenschafter im gleichen Verhältnis zu verteilen, Überschüsse nach endgültiger Feststellung der Verteilungsliste zurückzuerstatten. Der Rückgriff der Genossenschafter unter sich bleibt vorbehalten.

Die vorläufige Feststellung der Verpflichtungen der Genossenschafter und

die Verteilungsliste können nach den Vorschriften des SchKG durch Beschwerde angefochten werden.

### VGeK – juristische Feinstarbeit

Das Verfahren wird durch Verordnung des Bundesgerichts geregelt. Die Verordnung des Bundesgerichts über den Genossenschaftskonkurs datiert vom 20.12.1937 (SR 281.52), ihre Grundsätze finden sinn-gemässe Anwendung im Nachlassverfahren einer Genossenschaft mit Abtretung der Aktiven zur Liquidation (Art. 25 VGeK). Wenn im Folgenden von Konkurs- und Konkursverwaltung die Rede ist, ist dies sinngemäss auf den Nachlass (Liquidationsvergleich) und den Liquidator anzuwenden.

Dem Konkursverlust als Haftauslösungsgrund steht nicht entgegen, dass in diesem Anfangsstadium laut Art. 16 Abs. 1 VGeK Haftungsbeiträge zu leisten sind, die gemäss dem provisorischen Verteilungsplan vorerst nur zur Deckung des mutmasslichen Konkursverlustes dienen; der Ausfall im Konkurs steht ja jedenfalls fest, lediglich dessen Höhe lässt sich noch nicht genau bestimmen<sup>15</sup>.

Die Konkursverwaltung leitet ihre Einforderungsberechtigung bei der (unbeschränkten) solidarischen Haftung von den Gläubigern ab. Die Beträge der Haftungsumlage bilden eine besondere Masse und fallen nicht in das Massevermögen. Die im Rahmen des Umlageverfahrens einzuziehenden Beiträge der haftpflichtigen Genossenschafter werden (verfahrensmässig) wie Massforderungen behandelt.

Die Konkursverwaltung kann mit Zustimmung der Gläubiger nach Aufstellung des prov. Verteilungsplanes über Haftung aller oder einzelner Genossenschafter Vergleiche abschliessen (Art. 4 I VGeK). Der Abschluss von Vergleichen bedarf der Zustimmung der Gläubigerversammlung. Das Konkursverfahren für Genossenschaft

<sup>12</sup> OR-Nigg, Band II, Basel 1994, N 1 zu Art. 869 OR

<sup>13</sup> OR-Nigg, N 4 zur Art. 869 OR

<sup>14</sup> Nigg, a.a.O., N 12 zu Art. 869 OR

<sup>15</sup> Nigg, a.a.O., N 1 zu Art. 873

mit unbeschränkter Haftung beginnt mit der Aufstellung der Liste aller Leistungspflichtigen (Art. 877 Abs. 5). Nach Art. 2 VGeK hat die Konkursverwaltung diese Liste anhand des beim Handelsregister liegenden Verzeichnisses und der Protokolle anzufertigen.

Zur Masse gehörende Rechtsansprüche, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet und deren Abtretung gemäss Art. 260 SchKG kein Gläubiger verlangt, sind den haftpflichtigen Genossenschaf tern zur Geltendmachung anzubieten.

Genossenschaf ter sind zur Erhebung von Kollokationsklagen ermächtigt (6 II VGeK). Jedem Genossenschaf ter ist der Kollokationsplan durch eingeschriebenen Brief mitzuteilen (6 I VGeK). Der Genossenschaf ter kann aufgrund seiner speziellen Stellung nur den Bestand, nicht aber den Rang einer Forderung bestreiten. Der Rang spielt ja denn auch eine untergeordnete Rolle, da bei einer unbeschränkten Haftung durch die Genossenschaf ter jeder Gläubiger davon ausgehen kann, dass seine Forderung vollumfänglich früher oder später bezahlt werden würde.

Grundlage des provisorischen Verteilungsplans bilden einerseits der Kollokationsplan, andererseits das Konkursinventar. Gestützt darauf hat die Konkursverwaltung den maximal zu erwartenden Konkursverlust zu berechnen. Nach Art. 7 VGeK ist der mutmassliche Konkursausfall erst zu berechnen, nachdem die Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes abgelaufen ist.

Hat die Konkursverwaltung den maximal zu erwartenden Konkursausfall berechnet, so legt sie ihn in einem provisorischen Verteilungsplan auf die haft- und nachschusspflichtigen Genossenschaf ter um.

Sobald die Vollstreckbarkeit des prov. Verteilungsplans eintritt, hat die Konkursverwaltung die Beiträge von den Genossenschaf tern einzuziehen. Die Eintreibung kann nötigenfalls auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen.

## Die Rolle der Genossenschaf ter

Aufgrund der dargestellten Rechtslage haben die Genossenschaf ter im Konkurs und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung eine spezielle Rolle. Entgegen dem Konkursverfahren beispielsweise von Aktiengesellschaften sind sie als Eigenkapitalgeber am Verfahren massgeblich beteiligt. Dies rechtfertigt sich daraus, dass sie schliesslich die Zeche zu bezahlen haben werden. So sind sie in die Entscheide durch die Konkursverwaltung oder des Liquidators miteinzubeziehen und haben verschiedenste Mitsprache- bzw. Beschwerde- und Klagemöglichkeiten. Zu denken ist an

- das Bestreiten der eigenen Genossenschaf tereigenschaft
- das Bestreiten der eigenen solidarischen Haftbarkeit
- die Mitwirkung im Inventarisierungs- und Kollokationsverfahren
- die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber den verantwortlichen Organen, nach Abtretung, gem. Art. 260 SchKG.

Die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator wird indessen gut beraten sein, die Genossenschaf ter auch bei der Verwertung von massgeblichen Vermögensteilen zur Offerte einzuladen.

## Nachlassvertrag

Abschliessend stellt sich die Frage, ob und wann sich ein Nachlassvertrag für eine Genossenschaf t als sinnvoll erweist. Stimm berechtigt für den Abschluss eines Nachlassvertrages sind die Gläubiger, deren Forderungen nicht durch Sicherheiten gedeckt sind.

Sind bei einer Genossenschaf t Nachschusspflichten statuiert, wird die Genossenschaf t selbst diese zur Sanierung einziehen. Falls diese eingeschossenen Mittel

reichen, werden die Gläubiger einem Nachlassvertrag nicht zustimmen, da sie so oder so mit voller Befriedigung aller ihrer Forderungen rechnen können<sup>16</sup>. Entsprechendes gilt bei einer unbeschränkten solidarischen Haftbarkeit, wobei hier der Zeitfaktor und der Verwertungserlös eine grössere Rolle spielen. Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung werden die Gläubiger vorweg und damit früher mit einem höheren Erlös befriedigt werden, bevor das ganze vorbeschriebene Umlageverfahren durchgeführt wird. Zudem gilt es zu beachten, dass im Rahmen der Nachlassstundung und des nachfolgenden Nachlassliquidationsverfahrens ohne Zwang und Zeitdruck erfahrungsgemäss höhere Verwertungserlöse erzielt werden können als in einem das Vermögen zersplitternden Konkurs. Das Nachlassverfahren lässt zwar für die Gläubiger eine vollumfängliche Befriedigung ihrer Forderungen erwarten, aber beim Nachlassverfahren müssen die Genossenschaf ter selbst weniger tief in die Tasche greifen. Dies würde es rechtfertigen, dass die Genossenschaf ter am Entscheid über das Zustandekommen eines Nachlassvertrages teilnehmen zu lassen, was indessen an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage scheitert. Geht man von der Grundkonzeption der Genossenschaf t als Selbsthilfeorganisation der Genossenschaf ter aus, werden indessen die Genossenschaf ter selbst ebenfalls massgeblich Gläubiger der Genossenschaf t sein und so ihren Einfluss auf das Zustandekommen eines Nachlassvertrages direkt oder indirekt ausüben können – dies wie beschrieben in ihrem ureigenen Interesse.

<sup>16</sup> Zu einem Nachlassverfahren oder Konkurs wird es allenfalls so oder so nicht kommen, da bei einer unbeschränkten Nachschusspflicht die Sanierung ohne weitere Involvierung des SchKG von Statten gehen wird.