

Gemäss Art. 859 Abs. 3 Obligationenrecht (OR) darf eine Genossenschaft Anteilscheine nur mit dem «landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten» verzinsen. Der Begriff wird unter Berücksichtigung der aktuellen Tiefzinspolitik ausgelegt. Dieser Artikel ist gleichzeitig ein Beitrag zum Internationalen Jahr der Genossenschaften, zu dem die Generalversammlung der Vereinten Nationen das Jahr 2012 erklärt hat.

THOMAS NÖSBERGER

DIE GEWINNVERWENDUNG DER GENOSSENSCHAFT

Die Grenze von Art. 859 Abs. 3 OR in Zeiten der Nullzinspolitik

1. AUSGANGSLAGE

Art. 859 Abs. 3 OR [1] definiert den *landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten* als Obergrenze für die Verzinsung des Anteilscheinkapitals. Eine Legaldefinition enthält das Gesetz nicht. Auch in der Literatur oder in der Rechtsprechung finden sich keine näheren Erläuterungen [2], was unter diesem Begriff zu verstehen ist.

Aktuell befindet sich die Schweiz in einer historischen Tiefzinsphase. Die Rendite von 10-Jahres-Obligationen der Eidgenossenschaft betrug Ende August 2011 noch 1,13%; 5-jährige Obligationen rentierten noch 0,57% [3]. Verglichen mit der Durchschnittsrendite nach Fälligkeit von 4,03% der Jahre 1940 bis 1990 sind diese Zinsen einmalig tief und weniger als die Hälfte des Tiefstands des Jahrs 1953 (2,55%), ganz zu schweigen vom Höchststand von 7,12% im Jahre 1974 [4].

In der aktuellen Zinssituation stellt sich selbst für Genossenschaften, die traditionellerweise das Anteilscheinkapital moderat mit 5% oder 6% verzinsen, die Frage, ob diese Verzinsung noch gesetzeskonform ist.

2. ANWENDUNGSBEREICH VON ART. 859 ABS. 3 OR

Art. 859 Abs. 3 OR ist zwingendes Recht [5] für alle Genossenschaften und Genossenschaftsverbände, die über Anteilscheine verfügen.

Einzig für Kreditgenossenschaften [6] sieht Art. 861 eine Ausnahme vor. Kreditgenossenschaften können Genossenschaftsanteile über dem landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten verzinsen, wenn die Reserven mit einem Betrag in der Höhe von 10%

der überschüssenden Verzinsung dotiert werden. Die bekanntesten Kreditgenossenschaften – die Raiffeisenbanken – verzinsen die Anteilscheine seit langem mit maximal 6%. Diese selbstgesetzte statutarische Grenze der Verzinsung hat in der Praxis dazu geführt, dass andere Genossenschaften (und vereinzelt auch Juristen) die 6% irrigerweise als quasi-gesetzlichen Zinsfuss betrachten, der unbesehen übernommen werden kann.

3. AUSLEGUNG VON ART 859 ABS. 3 OR

Was ist nun unter dem Begriff *landesüblicher Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten* zu verstehen, da eine Legaldefinition fehlt und dieser Referenzzinssatz auch nicht durch die Schweizerische Nationalbank berechnet wird?

Selbsterklärend ist nur *ohne besondere Sicherheiten*, gleichbedeutend mit *ungesichert; ohne Verpfändung/Hinterlegung von Aktiven*. Wie ist aber *landesüblich* zu verstehen? Als allgemein geltender Zinsfuss – den es nicht gibt – oder zielt *landesüblich* auf die Art und Weise, wie Zinssätze für langfristige Darlehen in der Praxis berechnet werden? Müssen in letzterem Fall dann Faktoren wie (eigenes) Kredit-Rating einbezogen werden? Ähnliche Fragen stellen sich im Zusammenhang mit *langfristig*. Ist ein Darlehen mit einer Laufzeit von 5 Jahren *langfristig*? Oder braucht es 10 und mehr Jahre? Könnte *langfristig* auch implizieren, dass es sich um eine durchschnittliche Verzinsung einer Reihe von verschiedenen langlaufenden Darlehen handelt?

Die Antworten sind aus dem Sinn und Zweck von Art. 859 OR abzuleiten. Dies wird aber dadurch erschwert, dass es sich bei Art. 859 OR um eine bald 100-jährige Gesetzesnorm handelt, die Welt sich aber seit der Botschaft des Bundesrats vom 21. Februar 1928 verändert hat.

3.1 Sinn und Zweck von Art. 859 OR. Aus der Botschaft des Bundesrats über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928 geht klar hervor, dass mit dem (seinerzeit neuen) Genossenschaftsrecht unter anderem Missbräuche verhindert werden sollten. Die Form der Genossenschaft wurde missbraucht, um die strengeren Gründungsvorschriften von Aktienge-



THOMAS NÖSBERGER,
DR. RER. POL.,
CPA, LEHRBEAUFTRAGTER
UNIVERSITÄT FREIBURG,
PARTNER,
ERNST & YOUNG AG,
BERN,
THOMAS.NOESBERGER@
CH.EY.COM

sellschaften zu umgehen [7]. Die Gesetzesänderung beabsichtigte, durch eine Stärkung des Genossenschaftsgedankens, dem vorzubeugen. Diese Intention wird sehr klar ersichtlich für Art. 859 Abs. 3 OR. Die Botschaft des Bundesrats führt zum «landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten» aus:

«Mit einer solchen Zinsbegrenzung wird es möglich sein, die sogenannten Pseudogenossenschaften und die verschiedenen Entartungen ferne zu halten, die im Laufe der Zeit den leitenden Gedanken im Genossenschaftswesen verdunkelt haben» [8].

Art. 859 Abs. 3 OR verunmöglicht, Gewinne der personenbezogenen Genossenschaft analog einer kapitalbezogenen Aktiengesellschaft auszuschütten. Damit ist Art. 859 OR aber nur eine Bestimmung, die gegen die missbräuchliche Verwendung der Genossenschaft wirkt. Ähnliche Wirkungen entfalten Art. 853 Abs. 3 OR, der den Anteilscheinen die Wertpapierqualität versagt oder Art. 866 OR zur Treuepflicht der Genossenschafter.

Die in Art. 859 OR vorgesehenen Verteilungsgrundsätze stützen voll und ganz den dominierenden Selbsthilfegedanken der Genossenschaft:

→ Abs. 1 [9] fordert – vorbehältlich anders lautender Statuten – eine vollständige Thesaurierung der Gewinne. Eine gestärkte Eigenkapitalbasis ermöglicht zukünftige Investitionen und dient als Sicherheit für schwierige Zeiten.

→ Sofern statutarisch eine Ausschüttung vorgesehen ist und die Statuten nichts anderes bestimmen, werden gemäss Abs. 2 [10] Gewinne *nach dem Masse der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen durch die einzelnen Mitglieder* an die Genossenschafter verteilt. Damit ist die Gewinnverteilung

**«Art. 859 Abs. 3 OR
ist zwingendes Recht für alle
Genossenschaften und
Genossenschaftsverbände, die über
Anteilscheine verfügen.»**

faktisch ein Korrektiv zur Entstehung des Gewinns. Gewinne entstehen unter anderem, weil die Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen den einzelnen Genossenschaftern zu teuer verrechnet wurde. → Abs. 3 plafoniert letztendlich die Verzinsung des Anteilscheinkapitals auf den *landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten*.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, dass die Anordnung der Absätze durchaus eine Wertung zur Wünschbarkeit der Gewinnverteilung enthält: Thesaurierung wird

vom Gesetzgeber der Verteilung nach dem Masse der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen vorgezogen. Am Ende steht die Verzinsung des Anteilscheinkapitals.

Diese Verteilungsgrundsätze basieren auf einer Eigenschaft der Genossenschaft, die in der heutigen Literatur unter den Begriff Member Value eingeordnet wird [11]. Der Begriff Member Value nach *Theurl* umfasst die verschiedenen Nutzenarten, die den Mitgliedern der Genossenschaft zufließen. Genossenschafter profitieren in mehrfacher Art und Weise von der Existenz der Genossenschaft:

→ Genossenschafter haben zuerst einen unmittelbaren Nutzen in ihrer Eigenschaft als Kunden/Lieferanten/Benutzer der Genossenschaft, indem die Genossenschaft sich nach ihren Wünschen und Bedürfnissen ausrichten muss, respektive ein Bedürfnis befriedigt, das sonst unbefriedigt bliebe.
→ Neben diesen unmittelbaren Nutzen tritt ein mittelbarer Nutzen, der sich aus der Stellung der Genossenschafter als Eigentümer der Genossenschaft ergibt. Dieser mittelbare Nutzen besteht aus Gewinnausschüttungs-, Mitwirkungs- und Organisationsrechten. → Der unmittelbare und der mittelbare Nutzen stellen für die Genossenschafter eine Kooperationsrente dar. Die Sicherung dieser Kooperationsrente für die Zukunft ist der nachhaltige Member Value. Der nachhaltige Member Value entsteht dann, wenn der Genossenschaft die Mittel für Investitionen in Sachanlagen, Produkte, Prozesse, Organisationsstrukturen usw. zur Verfügung stehen.

Es ist offensichtlich, dass die drei Aspekte des Member Value zusammenhängen und nicht alle Mitglieder in gleichem Masse profitieren. Wenn beispielsweise die Eigentümerstellung durch höhere Gewinnausschüttungen stärker honoriert wird, stehen dementsprechend weniger Mittel für die Sicherung der Nachhaltigkeit zur Verfügung. Austretende Genossenschafter haben wohl weniger Interesse am nachhaltigen Member Value und aktive Benutzer der Genossenschaft profitieren mehr vom unmittelbaren Nutzen als inaktive Genossenschafter.

Art. 859 Abs. 3 OR begrenzt den mittelbaren Nutzen für die Eigentümer durch die Plafonierung der Verzinsung des Anteilscheinkapitals. Die Anteilscheininhaber sollen für das Gewähren von Eigenkapital maximal mit einer Verzinsung analog einem Fremdkapitalgeber entschädigt werden [12]. Weitere Beschränkungen der Eigentümerstellung finden sich – anders lautende statutarische Bestimmungen vorbehalten – in Art. 865 OR und Art. 913 OR. Gemäss Art. 865 OR steht dem ausscheidenden Genossenschafter kein Abfindungsanspruch (nicht einmal die Rückzahlung des gezeichneten Anteilscheins!) zu. Art. 913 OR fordert die Verwendung des Liquidationsüberschusses für genossenschaftliche Zwecke oder die Förderung gemeinnütziger Bestrebungen.

3.2 Konsequenzen für die Auslegung von Art. 859 Abs. 3 OR. Art. 859 Abs. 3 OR hat, wie oben festgehalten, in erster Linie die Verhinderung der missbräuchlichen Verwendung der Genossenschaft zum Ziel. Dies wird dadurch erreicht, dass die Verzinsung des Anteilscheinkapitals plafoniert wird. Die gewählte Formel (landesüblicher Zinsfuss für langfris-

tige Darlehen ohne besondere Sicherheiten) stellt den Eigentümer der Genossenschaft einem Fremdkapitalgeber gleich. Der Gesetzgeber hält die Verzinsung des Anteilscheinkapitals für die am wenigsten gewünschte Form der Entschädigung der Genossenschafter.

Aus der Konzeption von Art. 859 OR lässt sich ableiten, dass an die Bestimmung des landesüblichen Zinsfusses für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden müssen, um im Einklang mit dem Gesetz zu stehen. Eine summarische Bestimmung des Zinsfusses ist ausreichend, wenn sie folgende Punkte respektiert:

→ Es ist ein Fremdkapitalzins zu bestimmen. Entschädigungen für das Tragen des Unternehmerrisikos dürfen darin nicht abgegolten werden. Dies stände auch im Widerspruch zur Grundkonzeption der Genossenschaft. → Es handelt sich nicht um einen unternehmensspezifischen, sondern um einen *landesüblichen* Zinssatz. Die Bestimmung des Zinssatzes darf daher das individuelle Kredit-Rating der Genossenschaft nicht berücksichtigen. Art. 859 OR zieht eine abstrakte, allgemein gültige Grenze. → *Langfristige Darlehen* sind im Sinne von langfristigem Gewähren von Kapital zu verstehen. Daher sind primär Zinssätze von sehr langfristigem Fremdkapital (beispielsweise auf 20 Jahre gewährt) zu verwenden.

3.3 Der landesübliche Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten. Die oben formulierten Anforderungen an eine pragmatische Ermittlung des landesüblichen Zinsfusses für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten lassen sich durch den folgenden Gedanken- gang erfüllen:

Die *Eidg. Steuerverwaltung (ESTV)* publiziert jährlich ein Rundschreiben zu den Zinssätzen für die Berechnung der geldwerten Leistungen [13]. In diesem Rundschreiben äussert sich die ESTV zur Frage, welche Zinsen für Guthaben von/an Aktionäre(n)/Gesellschafter(n) marktkonform sind und nicht als geldwerte Leistung qualifizieren. Dabei wird unter anderem auch für Handels- und Fabrikationsunternehmen ein Höchstzinssatz für erhaltene Betriebskredite festgesetzt. Dieser Höchstzinssatz wurde für 2011 auf 4,5% fixiert, hat aber in den letzten 20 Jahren auch schon 9% (1992) erreicht. Der Mittelwert der letzten 20 Jahre betrug 5,8% [14]. Der von der ESTV publizierte Höchstzinssatz war in den letzten 20 Jahren jeweils zwischen 1,2% und 2,5% über der durchschnittlichen Rendite von Industrieobligationen [15].

Dieser Höchstzinssatz der ESTV erfüllt mehrere Anforderungen, die oben für den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten formuliert wurden:

→ Es handelt sich um einen Fremdkapitalzinssatz für ungesicherte Darlehen. → Der Zinssatz enthält keine Abgeltung für das Unternehmerrisiko. → Die ESTV bestimmt keinen unternehmensspezifischen, sondern einen generell gültigen Zinssatz.

Einzig das Kriterium *langfristig* ist nicht berücksichtigt, da ein Betriebskredit offensichtlich kurzfristiger Natur ist. Die notwendige Anpassung des Zinssatzes lässt sich aus der Zins-

strukturkurve ableiten. Beispielsweise rentierten gegen Ende Oktober 2011 Obligationen der Eidgenossenschaft mit einer Restlaufzeit von 20 Jahren 1,5%, solche mit zwei Jahren Restlaufzeit noch 0,08% und solche mit zwei Monaten Restlaufzeit noch 0,02% [16]. Diese Situation – für längere Fristen werden höhere Zinsen bezahlt – ist der Normalfall. Seit 1993 bewegte sich die Renditedifferenz zwischen den Restlaufzeiten zwei Jahre und 20 Jahre im Bereich von 0,5% bis 2,7% [17]. Inverse Zinsstrukturkurven sind möglich, aber die Ausnahme [18].

Die weiter oben aus dem Zweck von Art. 859 OR abgeleitete Forderung der summarischen und pragmatischen Bestimmung des landesüblichen Zinsfusses für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten legt es nahe, den Aspekt Langfristigkeit pauschal mit einer normal steigenden Zinsstrukturkurve zu berücksichtigen. Ein Zuschlag in der Grössenordnung von 1% bis 2% auf den von der ESTV bestimmten Höchstzinssatz für erhaltene Betriebskredite berücksichtigt die notwendige Langfristigkeit der Darlehensgewährung in einem vertretbaren Mass.

Angewandt auf die konkrete Situation des Jahres 2011 resultiert folgedessen ein landesüblicher Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten von 5,5% bis 6,5%. Dieser Zinsfuss schwankt mit der jeweiligen Zinssituation und hat im Jahr 1992 10% bis 11% erreicht. Damals stand der von der ESTV bestimmte Höchstzinssatz für erhaltene Betriebskredite bei 9%. Im Mittel der letzten 20 Jahre beträgt der landesübliche Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten gerundet 7% bis 8%.

In der Praxis versuchen Genossenschaften häufig, die Verzinsung des Anteilscheinkapitals über lange Jahre konstant

zu halten, ohne dass dazu eine gesetzliche Verpflichtung [19] bestünde. Eine konstante Verzinsung des Anteilscheinkapitals ist de facto eine Grundsatzentscheidung zur Höhe des mittelbaren Nutzens, der den Genossenschaftern aus ihrer Eigentümerstellung erwachsen soll und daher durch-

«Die Verzinsung des Anteilscheinkapitals ist unabhängig von den verfolgten Motiven jährlich daraufhin zu prüfen, ob der Zinssatz unter dem Grenzwert des landesüblichen Zinsfusses für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten liegt.»

aus sachgerecht. Die konstante Verzinsung des Anteilscheinkapitals ist aber unabhängig von den verfolgten Motiven jährlich daraufhin zu prüfen, ob der Zinssatz unter dem Grenzwert des landesüblichen Zinsfusses für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten liegt. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass eine jährliche Verzinsung des Anteilscheinkapitals von 5% bis 6% wohl immer gesetzeskonform sein wird [20]. Dies weil einerseits 5% bis 6% im heutigen Umfeld mit historisch tiefen Zinsen angemessen sind – die Zinsen können nicht viel mehr sinken – und andererseits weil das langjährige Mittel mit 7% bis 8% doch beträchtlich höher ist. ■

Anmerkungen: 1) «Bestehen Anteilscheine, so darf die auf sie entfallende Quote des Reinertrags den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen.» 2) Gutzwiller konstatiert zumindest, dass der Sinn von Art. 859 Abs. 3 OR «keineswegs eindeutig» sei. Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Zürich 1972 (zit.: ZK-Bearbeiter), Gutzwiller, Art. 859 N 10. 3) Schweizerische Nationalbank (SNB): Zinssätze und Devisenkurse Oktober 2011, Geld- und Kapitalmarktsätze (Monatsende), unter: http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/akziwe/stats/akziwe/akziwe_S1_Zins, abgerufen am 12.10.2011. 4) SNB: Historische Zeitreihen, Zinssätze und Renditen, November 2007, S. 35 (eigene Berechnungen für Durchschnitt). Die Durchschnittsrendite nach Fälligkeit wurde ab dem Jahr 1924 durch die SNB publiziert. Die SNB stellte dazu einen Korb aus rund einem Dutzend repräsentativer Bundes- und SBB-Anleihen zusammen, die alle mindestens eine Restlaufzeit von 5 Jahren aufwiesen. Vgl. S. 11. 5) ZK-Gutzwiller, Art. 859 N 9. 6) Zum Begriff «Kreditgenossenschaft» vgl. ZK-Gutzwiller, Art. 861, N 1ff. 7) Vgl. Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, Bundesblatt vom 29. Februar 1928, Band 1 (zit.: Bot-

schaft-1928), S. 285. 8) Botschaft-1928, S. 292. 9) «Ein Reinertrag aus dem Betriebe der Genossenschaft fällt, wenn die Statuten es nicht anders bestimmen, in seinem ganzen Umfange in das Genossenschaftsvermögen.» 10) «Ist eine Verteilung des Reinertrags unter die Genossenschafter vorgesehen, so erfolgt sie, soweit die Statuten es nicht anders ordnen, nach dem Masse der Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen durch die einzelnen Mitglieder.» 11) Vgl. dazu kurz und gut lesbar: Theresia Theurl: Das aktuelle Stichwort, Genossenschaftlicher Member Value, in Newsletter des Instituts für Genossenschaftswesen der Universität Münster, 1/2011, S. 86–90. 12) Andere Grenzwerte wie Höchstzinssätze wurden in der parlamentarischen Beratung verworfen. Vgl. ZK-Gutzwiller, Art. 859 N 10. 13) Vgl. ESTV: Rundschreiben, Zinssätze für die Berechnung der geldwerten Leistungen, unter: <http://www.estv.admin.ch/verrechnungssteuer/dokumentation/00207/00441/index.html?lang=de>, abgerufen am 12.10.2011. 14) Eigene Berechnung des Durchschnitts der Jahre 1992 bis 2011. 15) Für diesen Vergleich wurden für die Jahre 1991 bis 2000 die Renditen von Obligationen von Industrieunternehmen (Rendite nach Kündigung und Fälligkeit über alle Laufzeiten, berechnet auf Wochenbasis) verwendet. SNB: Historische Zeitreihen 4: Zinssätze und Renditen, unter: http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/histz/id/statpub_histz_actual, abgerufen am 12.10.2011. Für die

Jahre 2001 bis 2010 wurde die Rendite von CHF-Anleihen mit einer Laufzeit von 8 Jahren von Industrie (inkl. Kraftwerke) und Handel verwendet. SNB: Statistisches Monatsheft September 2011, E 4 Renditen von Obligationen, unter: http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/stats/statmon/statmon_E4, abgerufen am 12.10.2011. 16) Vgl. SIX Swiss Exchange: Zinsstrukturkurven Schweizer Staatsanleihen, unter: http://www.six-swiss-exchange.com/services/yield_curves_de.html#, abgerufen am 26.10.2011. 17) Vgl. SNB: Statistisches Monatsheft September 2011, E 4 Renditen von Obligationen, Kassazinssätze bei verschiedenen Laufzeiten für Obligationen der Eidgenossenschaft, Staatsanleihen in Euro- und US-Treasury Bonds (jährlich), unter: http://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/statmon/stats/statmon/statmon_E4, abgerufen am 12.10.2011 (zit.: SNB-September 2011). 18) So rentierten in den Jahren 1989 bis 1992 Obligationen der Eidgenossenschaft mit einer Restlaufzeit von zwei Jahren bis zu 1% besser als solche mit einer Restlaufzeit von 20 Jahren. Vgl. SNB-September 2011. 19) Grenzwerte wie Höchstzinssätze wurden in der parlamentarischen Beratung verworfen. Vgl. ZK-Gutzwiller, Art. 859 N 10. Daraus lässt sich ableiten, dass eine variable Verzinsung dem Willen des Gesetzgebers entspricht. 20) Entsprechende Gewinne werden stillschweigend vorausgesetzt.