

Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften

Bundesgerichtsurteil 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015

Mit Bemerkungen von MLaw Merens Cahannes, LL.M. und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Urteil des Verwaltungsgerichts TG vom 29. April 2015
 - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2015
- III. Bemerkungen
 - 1. Mindestmitgliederzahl
 - 2. Persönliche Mitwirkungspflicht
 - 3. Kognition des Handelsregisteramts
 - 4. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Milchgenossenschaft A. mit Sitz in A. wurde 1910 von Milchbauern zwecks «bestmöglicher» Verwertung der im Genossenschaftskreis produzierten Kuhmilch gegründet. Im Zuge des Strukturwandels in der Milchwirtschaft und der Liberalisierung des Schweizer Milchmarkts stellten zahlreiche kleinere Milchbauern ihren Betrieb ein. Schliesslich gingen die letzten vier verbleibenden Mitglieder der A. seit Januar 2013 ebenfalls dazu über, ihre Milch an einen Grossabnehmer direkt ab Hof zu verkaufen.

Im Mai 2013 meldete die A. dem Handelsregisteramt des Kantons Thurgau die Aufnahme vier neuer Genossenschafterinnen. Es handelt sich bei ihnen um die Ehefrauen dieser vier Genossenschafter. In Anwesenheit von sieben der nunmehr acht Mitglieder beschloss die Generalversammlung der A. im Oktober 2013, die Genossenschaft per sofort aufzulösen und einen allfälligen Liquidationserlös unter den Genossenschaftern zu verteilen.

Im Dezember gleichen Jahres gelangten elf ehemalige Genossenschafter mit einer Anzeige an das Handelsregisteramt. Sie beantragten unter anderem, es seien Ermittlungen betreffend die Organisation der Genossenschaft aufzunehmen und nach deren Abschluss beim zuständigen Gericht die Liquidation der A. zu beantragen. Als Begründung führten sie an, die Ehefrauen der vier Genossenschafter hätten nicht aufgenommen werden können, zumal § 4 der Genossenschaftsstatuten einen Beitritt ausschliesslich «handlungsfähigen Milchproduzenten im Einzugsge-

biet von A.» vorbehalte. Die Ehefrauen der vier bisherigen Genossenschafter würden diese Voraussetzung nicht erfüllen. Sie seien keine eigenständigen Milchbäuerinnen. Die Genossenschaft verfüge somit nach wie vor über weniger als die notwendige Mindestanzahl von sieben Mitgliedern. Sie habe daher nicht selbständig eine Statutenänderung beschliessen können. Demgegenüber beantragte die A. im März 2014 beim Handelsregisteramt unter anderem, die mit dem Auflösungsbeschluss vom Oktober 2013 erfolgte Änderung der Firmenbezeichnung sei zu vollziehen und die Milchgenossenschaft neu mit dem Zusatz «in Liquidation» in das Handelsregister einzutragen.

Das Handelsregisteramt erachtete die Einschätzungen der ehemaligen Genossenschafter nicht als ohne weiteres unzutreffend. Für eine sachgerechte Beurteilung des Liquidationsbeschlusses und eine allfällige Anordnung richterlicher Massnahmen gelangte es daher im Juli 2014 an das Bezirksgericht Frauenfeld. Das Gericht liess gleichen Monats verlauten, dass es dem Handelsregisteramt obliege, eine Feststellung über das Vorliegen eines Organisationsmangels zu treffen. Erst anschliessend könne das Zivilgericht Massnahmen zu dessen Behebung anordnen. In der Folge erliess das Handelsregisteramt eine Verfügung, in der die Eintragung der beabsichtigten Firmenänderung in «A. in Liquidation» wegen Vorliegens eines Organisationsmangels verweigert wurde.

Die Milchgenossenschaft A. focht dies vor dem Verwaltungsgericht Thurgau an.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Verwaltungsgerichts TG vom 29. April 2015

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau befasste sich zunächst mit seiner *Zuständigkeit* und der Frage, ob die elf ehemaligen Genossenschafter vom Handelsregisterführer am *Verfahren* beteiligt werden durften.¹

Anschliessend beurteilte es das Vorliegen eines *Organisationsmangels*. Es erwog unter Hinweis auf BGE 138 III 407,² dass die Milchgenossenschaft A. den Tatbestand der Genossenschaft ab dem Zeit-

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

¹ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 1.2 und 2.1.

² Vgl. III.1.1.1.

punkt nicht mehr erfüllte, als ihre Mitgliederzahl unter sieben fiel.³ Da die A. vor dem Zeitpunkt der versuchten Aufnahme der neuen Genossenschafterinnen aus lediglich noch vier Mitgliedern bestand, sei sie materiell nicht mehr als Genossenschaft zu qualifizieren gewesen.⁴ Die A. habe daher weder neue Genossenschafter aufnehmen, noch ihre Auflösung rechtsgültig beschliessen können.⁵ Der Liquidationsbeschluss vom Oktober 2013 sei nichtig und die beantragte Eintragung der Milchgenossenschaft A. als «in Liquidation» vom Handelsregisteramt zu Recht abgelehnt worden.⁶

Schliesslich ging das Verwaltungsgericht auf die *Kognition* des Handelsregisterführers ein. Es erwog, dass eine Überprüfung der Einhaltung gesetzlicher Quoren bei der Beschlussfassung von Gesellschaftsorganen im öffentlichen Interesse erfolge.⁷ Öffentliche Interessen seien im vorliegenden Fall überdies soweit tangiert, als die Genossenschafter der A. beschlossen hatten, einen allfälligen Liquidationsüberschuss unter sich zu verteilen, anstatt ihn gemäss der dispositiven Regelung von Art. 913 Abs. 4 OR zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen zu verwenden.⁸ Das Handelsregisteramt Thurgau sei demnach zur materiellen Überprüfung der beantragten Eintragung befugt gewesen.⁹

Gegen diesen Entscheid erhob die Milchgenossenschaft A. Beschwerde beim Bundesgericht.

2. Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 2015

Im Verfahren vor Bundesgericht reduzierten sich die strittigen Punkte in erster Linie auf das Vorhandensein eines Organisationsmangels und auf die Kognition des Handelsregisteramts.

2.1 Mindestmitgliederzahl und Organisationsmangel

Das Bundesgericht legte vorab die gesetzliche Ausgangslage dar, wonach bei einer Unterschreitung der

Mindestzahl von sieben Genossenschafte rn die Vorschriften des Aktienrechts über Mängel in der Organisation einer Gesellschaft entsprechend anwendbar sind (Art. 831 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 731b OR).¹⁰ Sodann erwog es unter Bezugnahme auf BGE 138 III 407,¹¹ dass eine richterliche Ernennung von Genossenschafte rn gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR nicht in Betracht komme.¹² Es stünden dem Gericht lediglich die Massnahmen gemäss Ziff. 1 (Fristansetzung zur Wiederherstellung der gesetzlichen Mindestmitgliederzahl) und Ziff. 3 (Auflösung der Gesellschaft und Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs) zur Verfügung.¹³ Im Falle der Milchgenossenschaft A. sei indes keine dieser Massnahmen notwendig.¹⁴ Sie habe bereits im Frühjahr 2013 vier neue Genossenschafte rinnen aufgenommen und damit die Mindestmitgliederzahl wiederhergestellt.¹⁵ Die Aufnahme sei in Einklang mit § 4 der Genossenschaftsstatuten erfolgt, denn unter «handlungsfähigen Milchproduzenten» seien alle Personen zu verstehen, die «an der Führung» eines Milchproduktionsbetriebs beteiligt sind.¹⁶ Dies treffe auf die Ehemänner wie auf ihre Ehefrauen zu.¹⁷ Ferner stehe das Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl einer Aufnahme neuer Genossenschafte r nicht entgegen.¹⁸ Im Gegenteil: Es obliege der Genossenschaft in einer solchen Situation gerade, durch Aufnahme neuer Genossenschafte r die Mindestmitgliederzahl wiederherzustellen.¹⁹ Ob auch die Generalversammlung einer Genossenschaft, die weniger als sieben Mitglieder aufweist, selber einen Liquidationsbeschluss fassen kann oder dafür zwingend den Richter anrufen muss, liess das Bundesgericht ausdrücklich offen.²⁰ Die Erwägungen der Vorinstanz hielten demnach vor Bundesgericht nicht stand. Die Genossenschaft litt nicht an einem Organisationsmangel.

³ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.2.

⁴ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.2.

⁵ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.2 und 3.3.

⁶ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.2.

⁷ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.4.

⁸ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.4.

⁹ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.4.

¹⁰ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.1.

¹¹ BGE 138 III 407 ff. (410), E. 2.5.2.

¹² BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

¹³ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

¹⁴ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

¹⁵ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

¹⁶ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

¹⁷ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

¹⁸ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

¹⁹ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

²⁰ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

2.2 Kognition des Handelsregisteramts

In Bezug auf die Kognition des Handelsregisteramts rief das Bundesgericht zunächst in Erinnerung, dass die Prüfungsbefugnis einzig betreffend die formellen, registerrechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung umfassend sei.²¹ Wo nicht Registerrecht, sondern materielles Recht in Frage steht, verfüge die Registerbehörde über eine beschränkte Prüfungsbefugnis.²² In dieser Hinsicht sei bloss auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt wurden. Statutarische Anforderungen an den Kreis aufnahmefähiger Genossenschafter gehörten nicht dazu.²³ Das Handelsregisteramt sei daher nicht befähigt gewesen, zu überprüfen, ob die Aufnahme in Übereinstimmung mit § 4 der Gesellschaftsstatuten erging.²⁴ Wie jede Behörde hätte das Handelsregisteramt immerhin eine allfällige Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten gehabt.²⁵ Die Aufnahme der Ehefrauen erfolgte indes rechtmässig und war keineswegs offenkundig rechtsmissbräuchlich, sodass auch nicht von der Nichtigkeit des Aufnahmebeschlusses ausgegangen werden durfte.²⁶ Für die Eintragung der Auflösung in das Handelsregister sei überdies nicht von Belang, ob die Verwendung eines allfälligen Liquidationsüberschusses im Einklang mit Art. 913 OR steht.²⁷ Der Verwendungszweck des Liquidationserlöses ist nach Art. 89 HRegV i.V.m. Art. 63 HRegV nicht Gegenstand der Eintragung.²⁸

Es lag somit weder ein Organisationsmangel infolge Unterschreitens der Mindestmitgliederzahl vor, noch hätte die beantragte Eintragung vom Handelsregisteramt Thurgau hierauf materiell überprüft werden dürfen.

Die Beschwerde der A. wurde gutgeheissen.

III. Bemerkungen

1. Mindestmitgliederzahl

1.1 Verlust der materiellen Existenz der Gesellschaft

1.1.1 Kontext von BGE 138 III 407

Mit dem vorliegenden Urteil lässt sich eine für die genossenschaftsrechtliche Praxis verbesserte Folgenabschätzung von BGE 138 III 407 abgeben. In jenem kontrovers diskutierten Entscheid wurde erstmals die Notwendigkeit einer Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften erörtert. BGE 138 III 407 betraf eine 1989 gegründete Genossenschaft, deren Zweck unter anderem im Verschaffen von günstigem Wohn- und Arbeitsraum für die ursprünglich acht bis zwölf Mitglieder bestand. Im Laufe der Jahre schwand die Mitgliederzahl kontinuierlich. Schliesslich blieben noch vier Genossenschafter übrig, die sich heillos zerstritten hatten. Die daraus resultierende Pattsituation in Verwaltung und Generalversammlung bewegte zwei Genossenschafter zu einer Auflösungsklage. Das Bundesgericht erwog in jenem Entscheid, dass die Mindestzahl von sieben Genossenschaf tern nach der gegenwärtigen Gesetzeslage ein «begriffsbestimmendes Element der Genossenschaft»²⁹ sei. Sinke die Mitgliederzahl auf unter sieben, liege nicht lediglich eine mangelhafte Organisation vor, sondern es sei der Tatbestand der Genossenschaft als solcher nicht mehr erfüllt.³⁰ Die Genossenschaft habe ihre materielle Existenz verloren.³¹ In der Folge löste das Bundesgericht die Genossenschaft auf. Die Auflösung der Genossenschaft im konkreten Einzelfall fand im Schrifttum überwiegend Zuspruch, nicht aber das Festhalten an der Mindestzahl von sieben Genossenschaf tern.³²

²⁹ BGE 138 III 407 ff. (410), E. 2.5.2.

³⁰ BGE 138 III 407 ff. (410), E. 2.5.2.

³¹ BGE 138 III 407 ff. (410), E. 2.5.2.

³² Kritisch gegenüber dem Festhalten an der Mindestmitgliederzahl: *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser*, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11. Aufl., Bern 2012, 648, N 40c; *Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann*, *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 11. Aufl., Zürich 2015, 265; *Peter Forstmoser/Franco Taisch/Tizian Troxler*, *Verpasste Chancen und unabsehbare Folgen für Genossenschaften*, *Neue Zürcher Zeitung (NZZ)* vom 23. Oktober 2012, Nr. 247, 33; sich für das Festhalten an der Mindestmitgliederzahl aussprechend: *Lukas Müller/Pascal Müller*, *Organisationsmängel in der Praxis: Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung*, *AJP* 2016, 42 ff., 46.

²¹ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.6.

²² BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.6.

²³ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

²⁴ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

²⁵ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

²⁶ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

²⁷ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

²⁸ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

1.1.2 Mindestmitgliederzahl

Mitte des 19. Jahrhunderts entstanden erste genossenschaftliche Bewegungen in den zu jener Zeit am höchsten industrialisierten Ländern Grossbritannien (z.B. Robert Owen), Deutschland (z.B. Hermann Schulze-Delitzsch und Friedrich W. Raiffeisen) und Frankreich (z.B. Charles Fourier, Louis Blanc und Saint Simon).³³ Es wird angenommen, dass sich der Schweizer Gesetzgeber bei der Formung des hiesigen Genossenschaftsrechts an diesen Ländern orientierte. Insbesondere soll die in Art. 679 der ersten Fassung des Obligationenrechts von 1881³⁴ festgelegte Mindestzahl von sieben Mitgliedern auf die sieben Grundsätze der «Redlichen Pioniere von Rochdale» zurückzuführen sein, einer 1844 in Rochdale (GB) gegründeten Konsum- und Spargenossenschaft.³⁵ Der Gesetzgeber könnte bei der Festlegung der Mindestmitgliederzahl überdies auch die Sonderstellung der Zahl Sieben in der westlich-abendländischen Kultur vor Augen gehabt haben. Dass die Gründung einer Genossenschaft mindestens sieben Mitglieder erfordert, ist entstehungsgeschichtlich jedenfalls beliebig und fusst nicht auf sachlichen Gründen.³⁶ Insbesondere dient sie nicht der Sicherstellung eines Haftungssubstrats. Aufgrund des Prinzips der offenen Tür (Art. 839 Abs. 1 OR) dürfen Genossenschaften kein fixes Grundkapital vorsehen (Art. 828 Abs. 2 OR). Anteilscheine sind fakultativ (Art. 833 Ziff. 1 OR) und unterliegen keinen Bestimmungen über Mindestnennwerte.³⁷ Eine persönliche solidarische Haftung der Genossenschafter sowie Nachschusspflichten sind ebenso keine gesetzliche Notwendigkeit (Art. 833 Ziff. 5 OR). Ferner kann die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen in gemeinsamer Selbsthilfe, wie es Art. 828 Abs. 1 OR für die Genossenschaft vorsieht, auch mit weni-

ger als sieben Mitgliedern verfolgt werden.³⁸ Die Genossenschaften, mit denen sich das Bundesgericht in BGE 138 III 407 und im vorliegenden Entscheid befasste, gingen ihrem Zweck jahrelang mit vier Mitgliedern nach.

1.1.3 Unklare Alternativen

Würde auf eine Mindestanzahl von sieben Genossenschaftern verzichtet, wäre die Untergrenze neu festzulegen. Unbestritten muss sich eine Genossenschaft aus mindestens zwei Mitgliedern zusammensetzen. Die Möglichkeit einer Einpersonengenossenschaft wurde anlässlich der Revision des GmbH-Rechts ausdrücklich abgelehnt.³⁹ Denn der genossenschaftliche Grundgedanke der gemeinsamen Selbsthilfe bedingt notwendigerweise eine Mehrzahl von Personen.⁴⁰ Für eine Mindestmitgliederzahl von zwei spricht beispielsweise Art. 894 Abs. 1 OR. Hiernach hat die Verwaltung der Genossenschaft aus mindestens drei Personen zu bestehen, von denen die Mehrzahl Genossenschafter sein muss. Neben einer diskutierten Mindestmitgliederzahl von zwei kann auch die Möglichkeit von drei Mitgliedern in Betracht gezogen werden. Art. 921 OR verlangt für die Bildung eines Genossenschaftsverbands drei oder mehr Genossenschaften, und rechtsvergleichend lässt sich feststellen, dass der deutsche Gesetzgeber anlässlich der Reform von 2006 die Mindestmitgliederzahl für eine Genossenschaft von sieben auf drei gesenkt hat.⁴¹

³³ Jacques-André Reymond/Rita Trigo Trindade, Die Genossenschaft, in: Jacques-Michel Grosse/Arthur Meier-Hayoz/Paul Piotet/Pierre Tercier/Frank Vischer/Roland von Büren/Wolfgang Wiegand, Schweizerisches Privatrecht, Bd. XIII (Handelsrecht), Basel 1998, 7 f.; Walter Gerber, Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen, Bern 2003, 1.

³⁴ Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881, BBl Nr. 26, 33. Jahrgang (III), 18. Juni 1881.

³⁵ Peter Forstmoser/Franco Taisch/Tizian Troxler/Ingrid D'Inca-Keller, Der Genossenschaftszweck – gestern und heute, REPRAX 2/2012, 1 ff., 21.

³⁶ Forstmoser/Taisch/Troxler (Fn. 32).

³⁷ Reymond/Trigo Trindade (Fn. 33), 49 f.

³⁸ Müller/Müller (Fn. 32), 46; Franco Taisch/Tizian Troxler, Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften, AJP 2013, 407 ff., 1652; Roland Ruedin, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations, Bd. II, Basel 2008, N 10 zu Art. 831 OR; Florian S. Jörg, Richterliche Entscheide bei Organisationsmängeln, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 260 ff., 291.

³⁹ Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), BBl 2002, 3235.

⁴⁰ Botschaft vom 19. Dezember 2001 (Fn. 39), 3235; Marcel Schönbächler, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR: Organisationsmängel und deren Rechtsfolgen sowie verfahrens- und kollisionsrechtliche Aspekte, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2013, 159.

⁴¹ § 4 des deutschen Genossenschaftsgesetzes (GenG); vgl. auch die entsprechende Feststellung in BGE 138 III 407 ff. (410), E. 2.5.1.

Die Ansichten darüber, wo die Mindestmitgliederzahl bei einer Abkehr von der Sieben festzulegen wäre, gehen auseinander.⁴² Eine herrschende Lehre lässt sich nicht ausmachen. Angesichts der Unklarheit, die hierüber besteht, und des klaren Wortlauts von Art. 831 Abs. 2 OR, ist das Festhalten des Bundesgerichts am Erfordernis von sieben Genossenschaftern nachvollziehbar.⁴³ Es bestätigte im vorliegenden Entscheid diese Mindestmitgliederzahl und hob die Bedeutung von BGE 138 III 407 als «Leitentscheid»⁴⁴ hervor. Eine Praxisänderung zeichnet sich somit nicht ab.

1.2 Mindestmitgliederzahl und Organisationsmangel

Die Tatbestände des Unterschreitens der Mitgliederzahl einerseits und des klassischen Organisationsmangels andererseits unterscheiden sich schon auf einer konzeptionellen Ebene.⁴⁵ Ein Organisationsmangel im klassischen Sinne liegt vor, wenn ein obligatorisches Gesellschaftsorgan fehlt oder nicht rechtsgenügend zusammengesetzt ist (Art. 731b Abs. 1 OR).⁴⁶ Genossenschaftsorgane sind die Generalversammlung (Art. 879 ff. OR), die Verwaltung (Art. 894 ff. OR) und, sofern nicht darauf verzichtet werden kann, die Revisionsstelle (Art. 906 ff. OR).⁴⁷ Ein Mangel in der Revisionsstelle würde beispielsweise vorliegen, wenn der Verzicht auf eine eingeschränkte Revision (*Opting-out* gem. Art. 906 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 727a Abs. 2 OR) dem Handelsregisteramt nicht zur Eintragung angemeldet und mit den nach Art. 89 HRegV

i.V.m. Art. 62 HRegV erforderlichen Unterlagen belegt wurde.⁴⁸ Ein Organisationsmangel in der Verwaltung könnte beispielsweise aus einer Pattsituation resultieren⁴⁹ oder daraus, dass kein Mitglied der Verwaltung (resp. ein Geschäftsführer oder ein Direktor) das Wohnsitzerfordernis von Art. 898 Abs. 2 OR erfüllt.⁵⁰ Dem Schrifttum entging es denn auch nicht, dass primär ein Organisationsmangel infolge einer Blockade in Verwaltung und Generalversammlung Anlass zu BGE 138 III 407 gegeben hat, der Sachverhalt somit nicht notwendigerweise unter dem Aspekt eines Unterschreitens der Mindestmitgliederzahl zu würdigen gewesen wäre.⁵¹ Im vorliegenden Fall der Milchgenossenschaft A. war die Verwaltung ebenfalls mangelhaft besetzt. Sie bestand gemäss Sachverhaltsfeststellung aus lediglich zwei Personen. Einer Aufnahme neuer Mitglieder stand dieser Mangel gleichwohl nicht entgegen.⁵² Über die zahlenmässige Zusammensetzung der Generalversammlung schweigt sich der Gesetzgeber aus. Einzig in Bezug auf die Gründung der Genossenschaft regelt Art. 831 Abs. 1 OR, dass «mindestens sieben Mitglieder» beteiligt sein müssen. Es ist indes unklar, ob diese Bestimmung dahingehend auszulegen ist, dass an der Gründerversammlung bereits mindestens sieben Mitglieder teilzunehmen haben, oder ob Personen durch spätere Statutenunterzeichnung der Gesellschaft beitreten können, sodass die Genossenschaft erst im Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister sieben oder mehr Mitglieder aufweisen muss.⁵³ Ist nun aber bereits die Anwendbarkeit auf die konstituierende Versammlung umstritten, kann aus Art. 831 Abs. 1 OR ebenso wenig auf eine Mindestteilnehmerzahl an Generalversammlungen geschlossen werden. Teil-

⁴² Vgl. für mind. zwei Genossenschafter: *Taisch/Troxler* (Fn. 38), 1652.; für mind. drei Genossenschafter: *Gerber* (Fn. 33), 319; *Peter Forstmoser*, Die Genossenschaft – Anachronismus oder Rechtsform der Zukunft?, SAG 46 (1974), 155 ff., 164.

⁴³ Ebenso: *Peter V. Kunz*, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012/2013: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 151/2015, 121 ff., 163; *Jörg* (Fn. 38), 291; *Müller/Müller* (Fn. 32), 46.

⁴⁴ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

⁴⁵ Vgl. *Daniel S. Weber*, Mängel in der Organisation von Genossenschaften : Art. 731b OR – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: *Diego Haunreiter/Philipp Juchli/Christoph Knupp/Marcel Würmli* (Hrsg.), Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Schriften der Assistierenden der Universität St. Gallen (HSG), Bd. IV, Bern 2009, 345 ff., 350 ff.

⁴⁶ BGer 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 3.1.2.

⁴⁷ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 32), 657, N 73.

⁴⁸ Vgl. *Martin Bauer*, Organisationsmängel in der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2–3/2008, 89 ff., 90.

⁴⁹ Vgl. *Matthias Trautmann/Hans Caspar von der Crone*, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 84 (2012), 461 ff.; *Taisch/Troxler* (Fn. 38), 1650 f.; *Jörg* (Fn. 38), 273 f.

⁵⁰ Vgl. *Bauer* (Fn. 48), 93.

⁵¹ *Taisch/Troxler* (Fn. 38), 1648.

⁵² BGer 4A_370/250 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

⁵³ Für das Vorliegen der Mindestmitgliederzahl erst im Zeitpunkt der Registeranmeldung: *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 32), 265; *Matthias Courvoisier*, in: *Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, Bucheffektengesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 2 zu Art. 831 OR; *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 31.

weise wird die Wortwahl des Bundesgerichts, wonach bei Unterschreiten der Mindestzahl von sieben Genossenschaftlern eine mangelhafte Organisation «der Körperschaft» vorliegt,⁵⁴ geradewegs dahingehend gedeutet, dass in diesem Fall auch ihre Generalversammlung mangelhaft zusammengesetzt ist.⁵⁵ Das Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl ist indes kein Organisationsmangel, zumindest nicht im herkömmlichen Sinn.⁵⁶ Mitglieder sind keine Genossenschaftsorgane. Die Beschluss- und Funktionsfähigkeit der Generalversammlung könnte deshalb auch bei einer Genossenschaft mit lediglich fünf Mitgliedern noch gegeben sein.⁵⁷ Es würde sich dann allenfalls aber die Frage nach der Anfechtbarkeit (Art. 891 OR) oder gar Nichtigkeit der entsprechenden Generalversammlungsbeschlüsse stellen.⁵⁸ Die Auffassung des Verwaltungsgerichts Thurgau, wonach die Generalversammlung einer Genossenschaft mit weniger als sieben Mitgliedern nicht richtig zusammengesetzt sei und demnach keinen Liquidationsbeschluss fällen könne, wurde denn vom Bundesgericht nicht ausdrücklich geteilt.⁵⁹ Das Bundesgericht liess offen, ob die Generalversammlung einer Genossenschaft mit weniger als sieben Mitgliedern selbst einen Liquidationsbeschluss fassen kann.⁶⁰ Bezüglich der Aufnahme neuer Mitglieder stellte es fest, dass die Unterschreitung der Mindestmitgliederzahl einem Beschluss zur Aufnahme neuer Mitglieder nicht entgegensteht.⁶¹ Im vorliegenden Fall entschied die Verwaltung der Milchgenossenschaft A. über die Aufnahme neuer

Mitglieder. Diese der Verwaltung angestammte Kompetenz kann jedoch statutarisch auf die Generalversammlung übertragen werden (Art. 840 Abs. 3 OR). Die Generalversammlung muss deshalb bei weniger als sieben Mitgliedern ebenfalls dazu befähigt sein, Aufnahmebeschlüsse rechtswirksam zu fällen.

Für das Auslösen eines Organisationsmängelverfahrens ist die Unterscheidung zwischen Organisationsmangel (Art. 908 OR) und Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl (Art. 831 Abs. 2 OR) indes nicht weiter bedeutsam. Beide Tatbestände können gleichermaßen zu einem Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR führen.⁶²

1.3 Organisationsmängelverfahren bei Genossenschaften

1.3.1 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR

Das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR schafft eine einheitliche Ordnung bei Mängeln in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation von Aktiengesellschaften (Art. 731b OR), Kommanditaktiengesellschaften (Art. 764 Abs. 2 OR), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Art. 819 OR) und Genossenschaften (Art. 908 OR).⁶³ Es untersteht dem summarischen Verfahren und ist vom Officialgrundsatz nach Art. 58 Abs. 2 ZPO beherrscht.⁶⁴ Das Organisationsmängelverfahren unterscheidet sich damit vom Verfahren zur Auflösung einer Aktiengesellschaft nach Art. 736 Ziff. 4 OR. Auf dieses ist das ordentliche Verfahren anwendbar.⁶⁵ Die analoge Anwendung von Art. 736 Ziff. 4 OR wird im Genossenschaftsrecht, das weder direkt noch durch Verweis auf das Aktien-

⁵⁴ BGE 138 III 407 ff. (410), E. 2.5.2; BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

⁵⁵ Vgl. *Bauer* (Fn. 48), 93; *Jörg* (Fn. 38), 285; ebenso das Verwaltungsgericht Thurgau: VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.1.

⁵⁶ *Franco Taisch/Tizian Troxler*, *Entscheidbesprechungen*, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 25. Mai 2012 i.S. Genossenschaft X. c. B. und C. (4A_729/2011, BGE 138 III 407), AJP 2012, 1646 ff., 1652; *Jörg* (Fn. 38), 291; *Roland Lüthy*, *Mängel in der Organisation der Gesellschaft: drei neue Bundesgerichtsurteile*, GesKR 4/2012, 596 ff., 604.

⁵⁷ *Schönbächler* (Fn. 40), 158.

⁵⁸ *Schönbächler* (Fn. 40), 158; vgl. III.3.2.

⁵⁹ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.1 und 3.2; demgegenüber: BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

⁶⁰ VGer TG VG.2014.221/E vom 29. April 2015, E. 3.1 und 3.2; demgegenüber: BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

⁶¹ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

⁶² *Rolf Watter/Charlotte Pamer-Wieser*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, N 1 zu Art. 908 OR; *Carl Baudenbacher*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, N 7 zu Art. 831 OR.

⁶³ BGer 4A_522/2011 vom 13. Januar 2011, E. 2.1; *Lukas Berger/David Rüetschi/Florian Zihler*, *Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte*, REPRAX 1/2012, 1 ff., 4.

⁶⁴ BGE 138 III 407 ff. (409), E. 2.2; BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

⁶⁵ *Lüthy* (Fn. 56), 598.

recht eine Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen kennt, im Übrigen abgelehnt.⁶⁶

Die Aufzählung richterlicher Massnahmen in Art. 731b Abs. 1 OR ist nicht abschliessend und steht in einem Stufenverhältnis.⁶⁷ Es gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.⁶⁸ Die Auflösung der Gesellschaft nach Ziff. 3 kann somit erst zur Anwendung gelangen, wenn mildere Massnahmen nicht genügen oder erfolglos geblieben sind.⁶⁹ Die Gerichte bedienen sich bei mangelhaft organisierten Aktiengesellschaften regelmässig einer milderen Massnahme nach Ziff. 2. Fehlt einer Gesellschaft beispielsweise die Revisionsstelle, wird sie gerichtlich bestellt.⁷⁰ Ist das Exekutivorgan einer Aktiengesellschaft mangelhaft, wird unter Umständen ein Sachwalter eingesetzt.⁷¹ Anders gestalten sich die Möglichkeiten des Richters bei einer Genossenschaft, deren Mitgliederzahl unter sieben gesunken ist. Eine richterliche Ernennung ist in diesen Fällen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ausgeschlossen.⁷² Denn es kann nicht Sache des Gerichts sein, die Mehrheitsverhältnisse in der Genossenschaft zu regeln.⁷³ Da ein Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR nicht nur durch das Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl (Art. 831 Abs. 2 OR), sondern ebenso bei Vorliegen von klassischen Organisationsmängeln (Art. 908 OR) angestossen werden kann, hängt die Unzulässigkeit einer Massnahme nach Ziff. 2 auch nicht vom Verfahrensauslöser ab.⁷⁴ Massgebend ist einzig, dass es sich um eine richterliche Massnahme

handelt, die Auswirkungen auf die Mehrheitsverhältnisse in der Genossenschaft zeitigt. Da es sich bei Art. 731b Abs. 1 OR um einen nicht abschliessenden Massnahmenkatalog handelt, sind anderweitige Massnahmen mit Einfluss auf die Mehrheitsverhältnisse ebenfalls unzulässig. Eine analoge Anwendung von Massnahmen, wie sie im Aktienrecht diskutiert werden (z.B. richterlich angeordnete Versteigerung eines Aktienpakets, richterlich angeordnete Übernahme eines Aktienpakets oder fiduziarische Übertragung einer Aktienstimme jedes Aktionärs an einen unabhängigen Dritten),⁷⁵ kommt aus diesem Grund bei Genossenschaften nicht infrage. Massnahmen ohne Auswirkungen auf die Mehrheitsverhältnisse, wie beispielsweise die Ernennung einer fehlenden Revisionsstelle, müssen hingegen auch bei Genossenschaften angeordnet werden können.

1.3.2 Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 und 3 OR

Ist kein Raum für eine richterliche Ernennung von Mitgliedern, verbleiben dem Richter von den in Art. 731b Abs. 1 OR aufgeführten Massnahmen einzig die Fristansetzung zur Behebung des Mangels (Ziff. 1) oder die Auflösung der Gesellschaft (Ziff. 3).⁷⁶ Die Frist nach Ziff. 1 ist nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessen und hat sich, nach unterschiedlichen Ansichten, in einem Rahmen von wenigstens 30 bis höchstens 60 Tagen zu bewegen.⁷⁷ Sie ist von den Gerichten zusätzlich zu der von den Registerämtern eingeräumten dreissigtägigen Frist nach Art. 154 Abs. 1 HRegV zu gewähren.⁷⁸ Auf die Fristansetzung darf verzichtet werden, wenn von ihr kein Erfolg zu erwarten ist.⁷⁹ Unter diesen Umständen oder bei ungenutztem Verstreichen der Frist kann das Gericht die Genossenschaft auflösen.⁸⁰ Die Auflösung findet nach den Regeln über den Konkurs statt (Ziff. 3). Das entsprechende Gestaltungsurteil des Gerichts ist formal jedoch keine Eröffnung eines Konkursverfahrens

⁶⁶ Roland Müller/Roberto Fornito, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, Bucheffektengesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 1 zu Art. 891 OR; *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 265 m.w.H. Für die Zulässigkeit in aussergewöhnlichen Konstellationen: *Taisch/Troxler* (Fn. 38), 1648 f.

⁶⁷ BGE 138 III 294 ff. (299), E. 3.1.4; BGE 138 III 407 ff. (409), E. 2.4.

⁶⁸ BGE 136 III 278 ff. (280), E. 2.2.2; BGE 138 III 407 ff. (409), E. 2.4.

⁶⁹ BGE 136 III 278 ff. (280), E. 2.2.2; BGE 138 III 407 ff. (409), E. 2.4.

⁷⁰ Z.B. BGer 4A_412/2011 vom 4. Mai 2012, E. 4.

⁷¹ BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser (Fn. 62), N 21 zu Art. 731b OR.

⁷² BGE 138 III 407 ff. (411), E. 2.5.2; BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3; *Lüthy* (Fn. 56), 604.

⁷³ *Lüthy* (Fn. 56), 605; *Schönbächler* (Fn. 40), 160; *Jörg* (Fn. 38), 325.

⁷⁴ Vgl. *Lüthy* (Fn. 56), 604.

⁷⁵ Vgl. *Jörg* (Fn. 38), 322; *Lüthy* (Fn. 56), 601.

⁷⁶ BGE 138 III 407 ff. (411), E. 2.5.2; BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3. *Lüthy* (Fn. 56), 604.

⁷⁷ Für 30 bis 60 Tage: *Jörg* (Fn. 38), 315; *Müller/Müller* (Fn. 32), 53; für 30 bis 40 Tage: *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 64), 19; für 40 bis 50 Tage: BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser (Fn. 62), N 20 zu Art. 731b OR.

⁷⁸ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

⁷⁹ BGE 138 III 407 ff. (411), E. 2.5.2; BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

⁸⁰ BGE 138 III 407 ff. (411), E. 2.5.2; BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.3.

nach SchKG.⁸¹ Die konkursrechtlichen Regeln werden lediglich analog herangezogen.⁸² Die Einleitung eines Konkursverfahrens ohne Konkurseröffnung und ohne klassischen (inhaltlichen) Konkursgrund, namentlich eine Überschuldung, eine Illiquidität oder eine Zahlungseinstellung, wird von der Lehre zum Teil kritisch beurteilt.⁸³ Der Gesetzgeber hat indes im Hinblick auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Rechtsverkehr bewusst diese einschneidende Massnahme vorgesehen.⁸⁴ Vor Einführung von Art. 731b OR erfolgte die Auflösung der Gesellschaft in «ordentlicher» Liquidation.⁸⁵ Dies verleitete Gesellschaftsorgane oftmals dazu, richterliche Auflösungsentscheide nicht umzusetzen.⁸⁶ Fehlerhafte Körperschaften konnten auf diese Weise nicht wirksam aus dem Rechtsverkehr gezogen werden. Die Gefahr hätte denn auch bei der durch eine Pattsituation in Verwaltung und Generalversammlung paralyisierten Genossenschaft bestanden, die dem Sachverhalt in BGE 138 III 407 zugrunde lag und bei der das Gericht zur Auflösung nach den Regeln über den Konkurs schritt. Anders gestaltet sich die Ausgangslage im vorliegenden Entscheid, fällt die Milchgenossenschaft A. den Auflösungsbeschluss doch selbst. Im Hinblick auf den Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR zugrunde liegenden Gedanken der Sicherheit im Rechtsverkehr wäre die Anwendung des Konkursverfahrens in diesem Fall unverhältnismässig gewesen.

Gewiss lässt sich nicht von der Hand weisen, dass Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR eine Kann-Vorschrift darstellt, es den Gerichten somit unbenommen wäre, selbst in einem Organisationsmängelverfahren nicht zwingend eine Auflösung nach den Regeln des Konkurses anzuordnen.⁸⁷ Das Bundesgericht hat jedoch in BGE 138 III 294 entschieden, dass bei einer Auflö-

sung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR dieselben strengen Voraussetzungen wie bei einer Auflösung nach Art. 736 Ziff. 4 OR gelten.⁸⁸ Denn mit Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR soll nicht die Möglichkeit einer im Vergleich zu Art. 736 Ziff. 4 OR erleichterten Auflösung von Gesellschaften geschaffen werden.⁸⁹ Daraus folgte das Bundesgericht, dass es einer Interessenabwägung bedarf, die nur dann zu Gunsten der Auflösung ausfallen kann, wenn der Fortbestand der Gesellschaft nach Treu und Glauben nicht mehr tragbar erscheint, «die beklagte Gesellschaft mithin ihr Existenzrecht verwirkt hat und verschwinden muss»⁹⁰. Wenn aus BGE 138 III 407 hervorgeht, eine Genossenschaft mit weniger als sieben Mitgliedern habe «materiell ihre Existenz verloren»⁹¹, besteht im Genossenschaftsrecht bei Unterschreitung der Mindestmitgliederzahl somit kein Raum für ein gänzliches Absehen von der Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR. Die Gerichte können lediglich vorübergehend durch eine Fristansetzung nach Ziff. 1 von der Auflösung absehen. Die Frist nach Ziff. 1 ist eine gerichtlich angesetzte, keine gesetzliche Frist. Folglich kann sie aus zureichenden Gründen nach Art. 144 Abs. 2 ZPO erstreckt werden.⁹² Eine Fristerweiterung kann beispielsweise dann geboten sein, wenn ein Beschluss der Generalversammlung notwendig ist, aber bisweilen noch nicht gefällt werden konnte, und die Gesellschaft ernsthafte Anstrengungen zur Behebung des Mangels vorzuweisen vermag.⁹³ Ein vorübergehendes Absehen von der richterlichen Auflösung der Gesellschaft kann auch dann angezeigt sein, wenn die Genossenschaft ohnehin auf ihre Auflösung hinarbeitet oder vorher noch einen Käufer für den Geschäftsbetrieb finden möchte.⁹⁴ Die Auflösung muss allerdings auch in diesen Fällen durch die Gesellschaft selbst beschlossen werden (Art. 911 Ziff. 2 OR), wenn sie als Liquidation nach den Regeln des Aktienrechts (Art. 913 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 736 ff. OR) und nicht nach konkursrechtlichen Regelungen (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR) erfolgen soll. Unter dem Gesichts-

⁸¹ Michael Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 536 zu Art. 154 HRegV; BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser (Fn. 62), N 24 zu Art. 731b OR; implizit auch BGE 141 III 43.

⁸² Gwelessiani (Fn. 81), N 536 zu Art. 154 HRegV; implizit auch BGE 141 III 43.

⁸³ Franco Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1382.

⁸⁴ Botschaft vom 19. Dezember 2001 (Fn. 39), 3232.

⁸⁵ Weber (Fn. 45), 360.

⁸⁶ Botschaft vom 19. Dezember 2001 (Fn. 39), 3232; Müller/Müller (Fn. 32), 54; BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser (Fn. 62), N 24 zu Art. 731b OR.

⁸⁷ Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 32), 649, N 40c; Jörg (Fn. 38), 312.

⁸⁸ BGE 138 III 294 ff. (300), E. 3.1.6 mit Hinweis auf BGE 136 III 278 ff. (279 f.), E. 2.2.2.

⁸⁹ BGE 138 III 294 ff. (300), E. 3.1.6.

⁹⁰ BGE 138 III 294 ff. (300), E. 3.1.6 mit Hinweis auf BGE 136 III 278 ff. (279 f.), E. 2.2.2.

⁹¹ BGE 138 III 407 ff. (410), E. 2.5.2.

⁹² Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 63), 19.

⁹³ Berger/Rüetschi/Zihler (Fn. 63), 19.

⁹⁴ Schönbächler (Fn. 40), 161; Taisch/Troxler (Fn. 56), 1654.

punkt der Verhältnismässigkeit kann es deshalb erforderlich sein, Genossenschaften mit weniger als sieben Mitgliedern die Möglichkeit zu eröffnen, durch das selbständige Fällen eines Auflösungsbeschlusses ihrer Liquidation nach den Regeln des SchKG zuzukommen. Vor diesem Hintergrund erhellt, weshalb das Bundesgericht es nicht von vornherein ausschloss, sondern explizit offen liess, «ob die Generalversammlung einer Genossenschaft, die weniger als sieben Mitglieder aufweist, selbst einen Liquidationsbeschluss fassen kann oder dafür zwingend den Richter anrufen muss»⁹⁵.

2. Persönliche Mitwirkungspflicht

2.1 Genossenschaftszweck und Mittel

Die Genossenschaft ist eine Körperschaft, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder *in gemeinsamer Selbsthilfe* bezweckt (Art. 828 Abs. 1 OR). Die Legaldefinition in Art. 828 Abs. 1 OR wurde anlässlich der Revision des Obligationenrechts 1936 eingeführt.⁹⁶ Mit der Revision war der Gesetzgeber unter anderem darauf bedacht, eine Umgehung der strengeren Bestimmungen des Aktienrechts zu verhindern. Zahlreiche Gesellschaften hatten sich damals nur der Form halber als Genossenschaften konstituiert.⁹⁷ Zivilrechtliche und insbesondere steuerrechtliche Erleichterungen hätten jedoch nicht *Pseudogenossenschaften*, sondern ausschliesslich *echten Genossenschaften* zukommen sollen.⁹⁸ Um dies sicherzustellen, weist Art. 828 Abs. 1 OR gegenüber Legaldefinitionen anderer Gesellschaftsformen die Besonderheit auf, dass er sowohl den Gesellschaftszweck als auch das Mittel zu seiner Verfolgung zwingend festlegt.⁹⁹ Der Genossenschaftszweck besteht im Erbringen direkter materieller Vorteile für die Genossenschafter.¹⁰⁰ Ihnen kommt ein Recht der Inanspruch-

nahme günstiger Leistungen durch die genossenschaftlichen Einrichtungen zu.¹⁰¹ Die Verfolgung ideeller Zwecke ist unbestritten ebenfalls zulässig, solange sie nebenher erfolgt und die Genossenschaft hauptsächlich einem wirtschaftlichen Zweck nachgeht.¹⁰² Die Zulässigkeit eines ausschliesslich ideellen Genossenschaftszwecks ist umstritten.¹⁰³ Die wohl herrschende Lehre bejaht die Zulässigkeit im Hinblick auf Art. 86 lit. b Ziff. 2 HRegV.¹⁰⁴ Hiernach können auch gemeinnützige Genossenschaften in das Handelsregister eingetragen werden. Häufiger dürfte sich in diesen Fällen indes ohnehin die Rechtsform des Vereins aufdrängen. Dessen ungeachtet liegt der Unterschied zu anderen Gesellschaftsformen nicht in der Frage nach der Zulässigkeit einer rein ideellen Zweckverfolgung. Er besteht vielmehr darin, dass andere Gesellschaftsformen ihren Gesellschaftern Vorteile nicht wie Genossenschaften unmittelbar gewähren, z.B. durch tiefe Mietzinse, sondern ausschliesslich mittelbar, z.B. durch die Ausschüttung von Dividenden bei der Aktiengesellschaft.¹⁰⁵ Der Genossenschaft kommt somit das Alleinstellungsmerkmal zu, im Verhältnis zu ihren Mitgliedern eine hilfswirtschaftliche Funktion zu erfüllen.¹⁰⁶ Der für das Genossenschaftswesen charakteristische Solidar- und Selbsthilfegedanke manifestiert sich sowohl im Genossenschaftszweck als auch im *Mittel* der gemeinsamen Selbsthilfe¹⁰⁷ und wurde unlängst vom Bundesgericht aufgegriffen.

⁹⁵ BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 2.8.

⁹⁶ Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom 18. Dezember 1936, BBl 1936, No. 53, Band III, 605 ff.

⁹⁷ Botschaft vom 21. Februar 1928 (Fn. 96), Band I, 205 ff., 286 f.; *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 16.

⁹⁸ Botschaft vom 21. Februar 1928 (Fn. 96), Band I, 205 ff., 286 f.; *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 16.

⁹⁹ BSK OR II-Baudenbacher (Fn. 62), N 1 zu Art. 828 OR m.w.H.

¹⁰⁰ BSK OR II-Baudenbacher (Fn. 62), N 14 u. 18 zu Art. 828 OR; *Gwelessiani* (Fn. 81), N 355 zu Art. 87 HRegV.

¹⁰¹ BGE 118 II 168 ff. (171), E. 3 b.aa.

¹⁰² *Gwelessiani* (Fn. 81), N 356 zu Art. 87 HRegV; BSK OR II-Baudenbacher (Fn. 62), N 15 zu Art. 828 OR; *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 23.

¹⁰³ Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Zulässigkeit des Gewinnstrebens, die ebenfalls umstritten ist: kritisch z.B. *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 27.

¹⁰⁴ BSK OR II-Baudenbacher (Fn. 62), N 16 zu Art. 828 OR; *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 15 m.w.H.; *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 23.

¹⁰⁵ BSK OR II-Baudenbacher (Fn. 62), N 18 zu Art. 828 OR; *Herbert Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I (Grundlagen), München 1980, 105.

¹⁰⁶ *Wiedemann* (Fn. 105), 105; *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 26; *Peter Forstmoser*, Grossgenossenschaften, Diss. Univ. Zürich, Bern 1970, 66.

¹⁰⁷ BSK OR II-Baudenbacher (Fn. 62), N 18 u. 22 zu Art. 828 OR; *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 13; *Wiedemann* (Fn. 105), 105.

2.2 Obiter dictum zur persönlichen Mitwirkungspflicht

Das Bundesgericht hat in BGE 138 III 407 *obiter dictu* ausgeführt, der Körperschaftszweck [sei] unter persönlicher Mitwirkung der Genossenschafter zu erreichen.¹⁰⁸ Diese Feststellung wurde teilweise als Andeutung einer Abkehr von der bisher geschützten Praxis der «beitragslosen» Mitgliedschaft¹⁰⁹ verstanden und stiess mehrheitlich auf Ablehnung.¹¹⁰ Das Bundesgericht hat darauf verzichtet, diese mit BGE 138 III 407 geschaffene Unklarheit im vorliegenden Entscheid zu klären, obschon sich dazu bei näherem Zusehen möglicherweise die Gelegenheit ergeben hätte. Die vier bisherigen Genossenschafter und ihre Ehefrauen verkauften gemäss Sachverhaltsfeststellung ihre Milch bereits seit Januar 2013 direkt ab Hof an einen Grossverteiler. Ihr persönlicher Beitrag zur Erreichung des Genossenschaftszwecks war damit zumindest nicht offensichtlich. Dieses Sachverhaltselement allerdings wurde nicht weiter gewürdigt.

Mit der Feststellung, der Körperschaftszweck einer Genossenschaft sei «unter persönlicher Mitwirkung» zu erreichen, umschreibt das Bundesgericht das Mittel zur Erreichung des genossenschaftlichen Zwecks. Nun ist die gemeinsame Selbsthilfe als Mittel zur Zweckerreichung aber unumstritten.¹¹¹ Ebenso gewiss ist auch, dass die gemeinsame Selbsthilfe ein persönliches Zusammenwirken der Mitglieder voraussetzt.¹¹² Gemeinsame Selbsthilfe bedeute geradezu «persönliche Mitwirkung».¹¹³ Strittig ist ihr Umfang.

2.3 Umfang der Mitwirkungspflicht

Aus der Satzstellung von Art. 828 Abs. 1 OR leitet *Baudenbacher* ab, dass sich die Wendung «in der Hauptsache» auf die gemeinsame Selbsthilfe bezieht, sie demnach, wie die wirtschaftliche Zweckverfolgung, zumindest «in der Hauptsache» zu erfolgen ha-

be.¹¹⁴ Eine dauernde Mitgliedschaft ohne persönliche Beitragsleistung oder mit nur finanzieller Beteiligung¹¹⁵ ist nach dieser Ansicht statthaft, sofern die Zahl dieser Genossenschafter nicht überwiegt.¹¹⁶ *Reymond/Trigo Trindade* halten die Mitgliedschaft ohne persönliche Beitragsleistung solange für zulässig, wie die Statuten den Genossenschaftern nicht ausdrücklich bestimmte Pflichten nach Art. 867 Abs. 1 OR auferlegen.¹¹⁷ Die Genossenschafter wirken nach dieser Ansicht bereits dadurch ausreichend zusammen, dass sie für die Inanspruchnahme günstiger Leistungen regelmässig mit der Genossenschaft in verschiedene vertragliche Beziehungen treten (bspw. durch Kauf, Verkauf, Leihe, Miete etc.).¹¹⁸ *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* erachten eine gänzlich «beitragslose» Mitgliedschaft ebenfalls für zulässig.¹¹⁹ Ferner gestattet es die herrschende Lehre wohl, dass *Strohpersonen* für eine fiduziarische Gründung oder zu einem späteren Zeitpunkt als «Mitglieder» der Genossenschaft herangezogen werden können.¹²⁰ Gegen diese Ansicht wird immerhin angeführt, dass sich die darin liegende Anlehnung an die frühere Gerichtspraxis, die Einpersonenaktiengesellschaften schon vor ihrer formellen Zulassung toleriert hat, im Genossenschaftsrecht als nicht unproblematisch erweise.¹²¹ Einerseits kann die Mitgliedschaft, anders als Genossenschaftsanteilscheine, nicht abgetreten und somit auch nicht fiduziarisch erworben werden.¹²² Andererseits könnte das treuhänderische Halten von Mitgliedschaftsrechten durch einen Fiduziar das Kopfstimmprinzip im Genossenschaftsrecht untergraben.¹²³ Diesem zufolge steht jedem Genossenschafter, unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung, genau eine Stimme in der Generalversammlung oder Urabstimmung zu (Art. 885 OR). Auch nach dem vorliegenden Bundesgerichtsentscheid bleibt die zentrale Frage nach dem konkreten Mindestumfang einer Mitwirkungspflicht somit offen und ungelöst. Insbe-

¹⁰⁸ BGE 138 III 407 ff. (410), E. 2.5.1.

¹⁰⁹ BGE 93 II 30 ff. (35), E. 4.

¹¹⁰ Z.B. *Lüthy* (Fn. 56), 606; *Forstmoser/Taisch/Troxler* (Fn. 32), 33; *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 29.

¹¹¹ Vgl. BSK OR II-*Baudenbacher* (Fn. 62), N 22 zu Art. 828 OR.

¹¹² Vgl. BSK OR II-*Baudenbacher* (Fn. 62), N 18 u. N 22 zu Art. 828 OR; *Franco Taisch*, Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung, Zürich/St. Gallen 2009, 27; *Forstmoser* (Fn. 106), 179.

¹¹³ *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 14 m.w.H.; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 33), 641, N 10.

¹¹⁴ BSK OR II-*Baudenbacher* (Fn. 62), N 24 zu Art. 828 OR.

¹¹⁵ Auch eine Finanzierung durch Nichtmitglieder wird überwiegend als zulässig befunden: *Taisch/Troxler* (Fn. 38), 410.

¹¹⁶ BSK OR II-*Baudenbacher* (Fn. 62), N 24 zu Art. 828 OR.

¹¹⁷ *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 14.

¹¹⁸ *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 14.

¹¹⁹ *Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller* (Fn. 35), 29.

¹²⁰ Vgl. CHK OR/BEG-*Courvoisier* (Fn. 53), N 4 zu Art. 831 OR; BSK OR II-*Baudenbacher* (Fn. 62), N 7 zu Art. 831 OR.

¹²¹ *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 31.

¹²² *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 31.

¹²³ *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 31.

sondere kündigt das Bundesgericht aber auch nicht eine Praxisänderung weg von der Zulässigkeit einer gänzlich «beitragslosen» Mitgliedschaft an, die namentlich grosse schweizerische Konsumgenossenschaften dazu drängen würde, ihre Rechtsform zu ändern.

3. Kognition des Handelsregisteramts

3.1 Keine Lockerung der Kognitionsformel

Wird eine Eintragung vom Handelsregisteramt abgelehnt, hat der Antragsteller die entsprechende Verfügung vor Gericht anzufechten. Parteikosten entstehen, Gerichtskostenvorschüsse fallen an und Beschlüsse, deren Umsetzung eine Änderung des Handelsregistereintrags bedingen, können vorerst nicht umgesetzt werden. Oftmals entschlossen sich Gesellschaften deshalb pragmatisch dazu, den Beanstandungen des Handelsregisteramtes Rechnung zu tragen und auf eine gerichtliche Beurteilung zu verzichten.¹²⁴ Die Registerführung sollte indes keine «*Legal Compliance*» im engeren Sinne vornehmen,¹²⁵ sondern sich auf die Sicherstellung öffentlicher Interessen sowie auf Funktionsinteressen des Handelsregisters beschränken.¹²⁶ Sie kann dieser ihr zgedachten Funktion ausreichend nachkommen, indem sie bei materiellen Fragen einzig die Einhaltung zwingender Normen im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter überprüft und dies auch nur insoweit, als deren Verletzung offensichtlich und unzweideutig ist.¹²⁷ Diese als *Kognitionsformel* vertraute Beschränkung der registeramtlichen Überprüfungsbefugnis entstammt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und ist nicht unumstritten.¹²⁸ Auf ihre gesetzliche Normierung wurde indes bewusst verzichtet, um eine laufende Fortentwicklung durch die Rechtspre-

chung zu ermöglichen.¹²⁹ Das Bundesgericht statuierte in der Vergangenheit denn auch eine Ausnahme von der eingeschränkten materiellen Prüfungsbefugnis, wenn sich «fundamentale Fragen des Gesellschaftsrechts» stellten. In diesen Fällen hat es das Handelsregisteramt nicht bei einer Prüfung von offensichtlich und unzweideutig rechtswidrigen Eintragungen bewenden zu lassen, sondern kann frei überprüfen, ob zwingende Bestimmungen öffentlichen Interesses oder zum Schutze Dritter verletzt würden. Das Vorliegen einer gesellschaftsrechtlichen Frage von fundamentaler Bedeutung wurde etwa 1998 – vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes – bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG angenommen,¹³⁰ 2006 bei der beabsichtigten Übernahme einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft durch ein Institut des öffentlichen Rechts (die SBB) mittels Absorptionsfusion¹³¹ oder 2014 bei der geplanten Statutenänderung einer Genossenschaft, durch die partizipationsscheinähnliche Beteiligungsscheine hätten eingeführt werden sollen.¹³² Im letztgenannten Entscheid sprach sich das Bundesgericht für das Vorliegen einer fundamentalen Frage des Gesellschaftsrechts aus, weil «(...) die *Grundstruktur* dieser Rechtsform und damit auch das öffentliche Interesse der Verkehrssicherheit (...)»¹³³ betroffen gewesen sei. Es schien sich mit den Erwägungen in diesem Entscheid eine weitere Auflockerung der bundesgerichtlichen Kognitionsformel durch eine Oberkategorie von «fundamentalen Fragen des Gesellschaftsrechts» abzuzeichnen. Aus dem verstandenen Wortlaut folgt, dass wohl auch im Fall der Milchgenossenschaft A. von einer fundamentalen Frage des Gesellschaftsrechts hätte ausgegangen werden können. Am Vorliegen einer Mindestzahl von sieben Mitgliedern beurteilt sich dem Bundesgericht zufolge schliesslich die *materielle Existenz* der Genossenschaft und damit die Grundstruktur der Rechtsform überhaupt. Die Auflösung einer materiell nicht mehr existenten Genossen-

¹²⁴ Vgl. Peter Forstmoser, Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers: Geltende Praxis, Kritik und Lösungsvorschläge, REPRAX 2/1999, 1 ff., 2.

¹²⁵ Peter V. Kunz, Kognition der Handelsregisterämter bei Eintragungen von Generalversammlungsbeschlüssen, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 112 ff., 118.

¹²⁶ Vgl. Kunz (Fn. 125), 118.

¹²⁷ BGE 125 III 18 ff. (21), E. 3b; BGE 121 III 368 ff. (371), E. 2a; BGE 117 II 186 ff. (188), E.1.

¹²⁸ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, 180, Rz. 563 ff. m.w.H.; Forstmoser (Fn. 124), 13 f.

¹²⁹ Begleitbericht des Bundesamts für Justiz (BJ) zum Vernehmlassungsentwurf zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung vom 28. März 2007, 5.

¹³⁰ BGE 125 III 18 ff. (21 f.), E. 3c.

¹³¹ BGER 4A.4/2006 vom 20. April 2006, E. 2.2 f., nicht publ. in: BGE 132 II 470 ff.

¹³² BGER 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 2.3; vgl. hierzu Adriano R. Huber/Hans Caspar von der Crone, Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei Genossenschaften, SZW 4/2014, 445 ff.

¹³³ BGER 4A_363/2013 vom 28. April 2014, E. 2.3.

schaft nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR i.V.m. Art. 832 Abs. 2 OR dient denn auch dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Rechtsverkehr.¹³⁴ Mit dem Festhalten an der eingeschränkten Kognition der Registerbehörden im vorliegenden Entscheid wird somit die registerrechtliche Bedeutung, die BGer 4A_363/2013 beigemessen wurde, wieder eingeschränkt.¹³⁵

3.2 Umsetzung mit Augenmass

Selbstredend bezieht sich die eingeschränkte Kognition der Handelsregisterführung einzig auf die Mitgliederaufnahme von Genossenschaften, die statutarische Aufnahmevoraussetzungen vorsehen. Bei Genossenschaften ohne statutarische Aufnahmevoraussetzungen beurteilt sich die Einhaltung der Mindestmitgliederzahl bzw. die Aufnahme neuer Mitglieder nicht nach dispositiven, statutarischen Regelungen, sondern direkt nach Art. 831 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR. Diese will der Gesetzgeber als zwingende Normen im öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Rechtsverkehr verstanden wissen.¹³⁶ Das Bundesgericht unterstrich ihre Tragweite in BGE 138 III 407 und dem vorliegenden Entscheid, indem es die Mindestmitgliederzahl zur Existenzfrage für Genossenschaften erklärte. Art. 831 Abs. 2 OR kann somit – entgegen der bis anhin vorherrschenden Auffassung¹³⁷ – nicht mehr ernsthaft als reine Ordnungsvorschrift verstanden werden, deren Einhaltung von der materiellen Kognition des Handelsregisteramts ausgenommen ist. Die Registerführung ist daher bei Genossenschaften ohne statutarische Aufnahmevoraussetzungen zur materiellen Überprüfung des Mindestmitgliederbestands befugt. Dies zumindest soweit, wie die Genossenschaft offensichtlich und unzweideutig nicht mehr wenigstens sieben Mitglieder vorweist.

Genossenschaften ohne statutarische Aufnahmevoraussetzungen dürften indes kaum Schwierigkeiten mit der Aufnahme neuer Mitglieder bekunden,

selbst wenn es bloss dem anschliessenden Fällen eines Liquidationsbeschlusses dient. Bei ihnen kommt das Prinzip der offenen Tür nach Art. 839 Abs. 1 OR uneingeschränkt zum Tragen. Eine Vielzahl der in der Schweiz rund 9000¹³⁸ Genossenschaften sehen allerdings statutarische Aufnahmevoraussetzungen vor.¹³⁹ Wenn sie ihren Mindestmitgliederbestand notgedrungen wiederherstellen müssen, um der Auflösung durch ein Gericht zu entgehen, könnten derlei Beschränkungen die Mitgliederaufnahme ungleich schwieriger gestalten als bei Genossenschaften ohne entsprechende Aufnahmevoraussetzungen. Die Milchgenossenschaft A. beispielsweise nahm die Ehefrauen der vier bisherigen Genossenschafter schlechthin deshalb auf, weil es sich bei ihnen um die letzten vier Mitinhaberinnen von Milchproduktionsbetrieben im Einzugsgebiet von A. handelte, die in Übereinstimmung mit § 4 der Genossenschaftsstatuten überhaupt hätten Mitglieder werden können.

Mit einer Beschränkung der materiellen Befugnis von Registerbehörden wird somit auch der häufigen Verbreitung von statutarischen Aufnahmevoraussetzungen Rechnung getragen. Indem das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid § 4 der Genossenschaftsstatuten weit auslegte, ermahnte es überdies die Registerämter zur Zurückhaltung bei der Annahme von offensichtlichem und unzweideutigem Rechtsmissbrauch. Eine offensichtliche und unzweideutige Unterschreitung der Mindestmitgliederzahl festzustellen, dürfte sich ohnehin beschwerlich gestalten.¹⁴⁰ Das Mitgliederverzeichnis nach Art. 837 OR, zu dessen Führung sämtliche Genossenschaften mit dem Bundesgesetz zur Umsetzung der GAFI Empfehlungen¹⁴¹ verpflichtet wurden, muss dem Handelsregisteramt – im Unterschied zur bisherigen Mitteilungspflicht von Genossenschaften mit persönlicher Haf-

¹³⁴ Botschaft vom 19. Dezember 2001 (Fn. 39), 3231, 3231 f.; Bauer (Fn. 48), 90.

¹³⁵ Vgl. Cynthia Oggenfuss, Prüfungsbefugnis des Handelsregisterführers, Kommentar zu BGer 4A_370/2015 vom 16. Dezember 2015, ius.focus: aktuelle Rechtsprechung kompakt, Februar 2016 Heft 2.

¹³⁶ Botschaft vom 19. Dezember 2001 (Fn. 39), 3231, 3239.

¹³⁷ Z.B. Lüthy (Fn. 56), 605; Taisch/Troxler (Fn. 56), 1652; Forstmoser/Taisch/Troxler/D'Inca-Keller (Fn. 35), 35.

¹³⁸ Statistik (Stichtag: 1. Januar 2015) des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (abrufbar unter <http://ze-fix.admin.ch/zfx-cgi/hrform.cgi/hraPage?alle_eintr=on&pers_sort=original&pers_num=0&language=1&col_width=366&amt=007>, zuletzt besucht am 6. Mai 2016).

¹³⁹ Max Knecht/Jules Koch, Handelsregisterliche Eintragungen: Ein Leitfaden zur AG, GmbH Genossenschaft und Stiftung, 2. Aufl., Zürich 2008, 212.

¹⁴⁰ Vgl. Samuel Krähenbühl, Bundesgerichtsentscheid betreffend Unterschreiten der Mindestzahl von sieben Genossenschaftern (Art. 831 Abs. 2 OR), REPRAX 2/2012, 37 ff., 38.

¹⁴¹ Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 12. Dezember 2014, BBl 2014, 9689 ff.

tung oder Nachschusspflichten¹⁴² – nicht mehr offengelegt werden.¹⁴³ Erst bei begründeter Vermutung eines Unterschreitens der Mindestmitgliederzahl könnten jedoch weitere Abklärungen getroffen werden, beispielsweise indem als «Vorstufe» zu einem Verfahren nach Art. 154 HRegV die betroffenen Genossenschaften zunächst aufzufordern wären, ihren Mitgliederbestand nachzuweisen.¹⁴⁴ Gewiss ist selbst in diesem Fall umstritten, ob die Registerbehörden Genossenschaften zwingend zum Mitgliedernachweis aufzufordern haben und in der Folge ein Organisationsmängelverfahren einleiten müssen. Nicht weniger wird auch die Auffassung vertreten, dass es sich bei Art. 941a und 731b OR nicht um eine eigentliche Anzeigepflicht, sondern vielmehr um ein Anzeigerecht handle, dessen Ausübung im Ermessen der Registerbehörden stehe.¹⁴⁵ Die wohl herrschende Lehre sieht die Registerbehörden jedoch durch Art. 941a und 731b OR zur Beantragung eines Organisationsmängelverfahrens verpflichtet.¹⁴⁶ Im Resultat ist die Bedeutung dieser Frage im Genossenschaftsrecht nicht entscheidend. Die beschränkte Kognition der Registerbehörden und die Schwierigkeit, ein Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl überhaupt festzustellen, beeinträchtigen die Möglichkeit des Handelsregisteramts ohnehin erheblich, beim Gericht ein Organisationsmängelverfahren zu beantragen. Da in der Praxis Gesuche um die Einleitung von Organisationsmängelverfahren regelmässig von den Handelsregisterämtern ausgehen,¹⁴⁷ verbleiben dem Kreis aktivlegitimierter Personen (Art. 731b Abs. 1 OR) damit *realiter* nur noch Gesellschafter und Gläubiger. Letz-

teren kann durch Erfüllung ihrer Forderungen ohne weiteres die Aktivlegitimation entzogen werden. Als private Kläger wären sie bei der Anstrengung eines Organisationsmängelverfahrens überdies zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses verpflichtet und würden damit das Insolvenzrisiko der Beklagten tragen.¹⁴⁸ Dies im Unterschied zur Einleitung eines Organisationsmängelverfahrens durch das Handelsregisteramt, infolge dessen sämtliche Kosten der betroffenen Gesellschaft auferlegt würden.¹⁴⁹ Sie sind deshalb verständlicherweise zurückhaltender als die Registerbehörden.

Dritte, wie die ehemaligen Genossenschafter der A., sind in Art. 731b OR nicht erwähnt und demnach nicht zur Anstrengung eines Organisationsmängelverfahrens aktivlegitimiert.¹⁵⁰ Sie könnten einzig eine allfällige Nichtigkeit von Beschlüssen geltend machen. Diese kann, ein schutzwürdiges Interesse vorausgesetzt, jedermann vorbringen und wird im Genossenschaftsrecht mangels expliziter Regelung aus Art. 20 OR abgeleitet.¹⁵¹ Wie bereits dargelegt, wird teilweise vertreten, dass eine Generalversammlung für ihre ordnungsgemässe Besetzung die Teilnahme von mindestens sieben Mitgliedern voraussetzt oder die Körperschaft über nicht weniger als sieben Genossenschafter verfügen darf.¹⁵² Das Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl zieht dieser Ansicht zufolge auch die nicht rechtsgenügende Zusammensetzung des Beschlussorgans nach sich und könnte demnach zur Nichtigkeit des fraglichen Beschlusses führen. Das Rechtsschutzinteresse an der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen ist bei Dritten, wie ehemaligen Genossenschaftern, allerdings auch unter dieser Prämisse fraglich, haben sie doch insbesondere keinen Anspruch auf einen allfälligen Liquidationserlös (Art. 913 Abs. 3 OR). Überdies wäre ein Beschluss, der ausschliesslich gegen die Statuten verstösst, so gut wie immer nur anfechtbar,

¹⁴² Vgl. *Knecht/Koch* (Fn. 139), 211.

¹⁴³ *Dieter Gericke/Daniel Kuhn*, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, *AJP* 2015, 849 ff., 865.

¹⁴⁴ *Krähenbühl* (Fn. 140), 38 f.

¹⁴⁵ Z.B. *Taisch/Troxler* (Fn. 56), 1654.

¹⁴⁶ Z.B. *Rino Siffert/Florian Zihler*, Handelsregisterrecht – Entwicklungen 2012, in: Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), *njus.ch* 2013, 102 m.w.H.; *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 63), 10; *Lorandi* (Fn. 83), 1383; Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), *BBl* 2002, 3239; vgl. auch Art. 154 Abs. 3 HRegV.

¹⁴⁷ *Lukas Berger*, Bundesgerichtsentscheid zur Behebung von Organisationsmängeln durch das Gericht – Auflösung der Gesellschaft als ultima ratio, *REPRAX* 2/2012, 40 ff., 40; *Berger/Rüetschi/Zihler* (Fn. 63), 14.

¹⁴⁸ *Müller/Müller* (Fn. 32), 53; für ein Absehen davon, dass den Klägern die vollen Kosten auferlegt werden: *BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser* (Fn. 62), N 27 zu Art. 731b OR.

¹⁴⁹ Sämtliche Kosten im Zusammenhang mit einem Organisationsmängelverfahren sind durch die betroffene Gesellschaft zu tragen: Vgl. Art. 154 Abs. 3 HRegV, Art. 731b Abs. 2 OR; Botschaft vom 19. Dezember 2001 (Fn. 39), 3233.

¹⁵⁰ *BSK OR II-Watter/Pamer-Wieser* (Fn. 62), N 11 zu Art. 731b OR.

¹⁵¹ *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 186 f.

¹⁵² Vgl. III.1.2.

nicht aber nichtig.¹⁵³ Es wäre eine Anfechtungsklage nach Art. 891 OR zu ergreifen, die als aktivlegitimier- te Personen die Verwaltung und die Genossenschaf- ter vorsieht.¹⁵⁴ Mit dem Austritt aus der Genossen- schaft endet jedoch die Aktivlegitimation eines Mit- glieds.¹⁵⁵ Dritten eröffnet damit auch dieser Weg keine Möglichkeit, einen Aufnahmebeschluss auf Übereinstimmung mit statutarischen Aufnahmevor- aussetzungen überprüfen zu lassen. Sie sind auf die Handelsregisterbehörden angewiesen.¹⁵⁶

4. Schlussbemerkungen

Im Unterschied zum vorliegenden Entscheid führte bei BGE 138 III 407 nicht eine Anzeige bei den Han- delsregisterbehörden, sondern eine Auflösungsklage zur gerichtlichen Beurteilung der Streitsache. Das Registerrecht stand in jenem Entscheid nicht zur Dis- kussion. Mit dessen Hinzutreten im vorliegenden Entscheid zeigt sich, dass die befürchteten weitrei- chenden Konsequenzen aus BGE 138 III 407 stark relativiert werden müssen. Einerseits ist es für die Handelsregisterbehörden kaum möglich, selber An- haltspunkte für ein Unterschreiten der Mindestmit- gliederzahl bei Genossenschaften festzustellen. An-

dererseits ist es ihnen aufgrund der bundesgerichtli- chen Kognitionsformel nicht gestattet, die Aufnahme von Mitgliedern auf ihre Übereinstimmung mit sta- tutarischen Aufnahmevoraussetzungen hin zu kont- rollieren und somit zu beurteilen, ob Genossenschaf- ten mit statutarischen Aufnahmevoraussetzungen die Mindestmitgliederzahl erfüllen. Mit dem vorlie- genden Entscheid hat das Bundesgericht folglich die Weichen für eine massvolle Durchsetzung der gesetz- lichen Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften gestellt. Denn solange ein Organisationsmängelver- fahren nicht angestossen wurde, kann eine Genossen- schaft auch mit weniger als sieben Mitgliedern ver- bleiben, theoretisch sogar als unerwünschte¹⁵⁷ Ein- personengenossenschaft.¹⁵⁸ Auf eine Pflicht zur persönlichen Mitwirkung der Genossenschaf- ter ging das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid weiter nicht ein. Eine Abkehr von der Zulässigkeit einer völ- lig «beitragslosen» Mitgliedschaft ist jedoch nicht zu erwarten. Denn das Bundesgericht drückte im vor- ausgegangenen BGE 138 III 407 schlechthin die Selbstverständlichkeit im Genossenschaftsrecht aus, dass die gemeinsame Selbsthilfe das Mittel zur Zweck- erreichung darstellt.

¹⁵³ Vgl. *Reymond/Trigo Trindade* (Fn. 33), 188.

¹⁵⁴ Vgl. *CHK OR/BEG-Müller/Fornito* (Fn. 66), N 3 zu Art. 891 OR.

¹⁵⁵ BGE 72 II 91 ff. (102), E. 2.

¹⁵⁶ Vgl. Begleitbericht des Bundesamts für Justiz (BJ) zum Vernehmlassungsentwurf zur Totalrevision der Handels- registerverordnung (HRegV) vom 28. März 2007, 5.

¹⁵⁷ *Weber* (Fn. 45), 360; *Jörg* (Fn. 38), 291.

¹⁵⁸ Vgl. *Schönbächler* (Fn. 40), 159.