

Verpasste Chancen und unabsehbare Folgen für Genossenschaften

Ein fragwürdiges Urteil des Bundesgerichtes zur Mindestanzahl der Mitglieder. Von Peter Forstmoser, Franco Taisch und Tizian Troxler

Sinkt die Mitgliederzahl einer Genossenschaft unter sieben, hat diese nach Ansicht des Bundesgerichtes ihre materielle Existenz verloren und ist aufzulösen. Im folgenden Text wird dieser Entscheidung, der auch Grossverteiler treffen könnte, kritisch erörtert.

Nach Art. 831 OR müssen bei der Gründung einer Genossenschaft «mindestens sieben Mitglieder beteiligt sein». Dazu hält das Bundesgericht in einem Entscheid vom 25. Mai 2012 (BGE 138 III 407 ff.) fest, «dass es sich bei der Mindestzahl von sieben Genossenschaftern nach der gegenwärtigen Gesetzeslage um ein begriffsbestimmendes Element der Genossenschaft handelt. Sinkt die Mitgliederzahl auf unter sieben, liegt damit nicht lediglich eine mangelhafte Organisation der Körperschaft vor, sondern ist der Tatbestand der Genossenschaft als solcher nicht mehr gegeben. Die Körperschaft existiert nur noch formal im Handelsregister, hat aber materiell ihre Existenz verloren und kann auch durch eine richterliche Massnahme nicht wieder hergestellt werden.» Gestützt auf diese Erwägung bestätigte das Bundesgericht die Auflösung einer Genossenschaft, die nur noch vier Mitglieder zählte.

Anekdotische Grundlagede

Im Ergebnis war die Auflösung gerechtfertigt: Es standen sich seit langem zwei verfeindete Lager von je zwei Genossenschaftern gegenüber, was zu einer andauernden Pattsituation und zur Handlungsunfähigkeit der Genossenschaft geführt hatte. Das war der Auslöser der Auflösungsklage. Das Bundesgericht begründet seinen Entscheid aber nicht mit dieser Pattsituation, sondern mit dem Fehlen der Mindestzahl von sieben Mitgliedern.

Diese «magische» Zahl ist, so scheint es, seinerzeit in Erinnerung an die sieben genossenschaftlichen Kernsätze der «Redlichen Pioniere von Rochdale» gesetzlich festgeschrieben worden, orientierte sich der Gesetzgeber von 1881 doch stark an England. Sie ist aber beliebig und anekdotisch und stellt keine sachliche Notwendigkeit dar. In der älteren Literatur wird denn auch das Erfordernis von sieben Mitgliedern durchwegs als reine Ordnungsvorschrift qualifiziert.

Kein Organisationsmangel

Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, stellt das Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl keinen Organisationsmangel dar. Dies ergibt sich schon daraus, dass die «Mitglieder» kein Organ der Genossenschaft sind und dass für die ordnungsgemässe Zusammensetzung der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organe zwei Genossenschafter ausreichen. Dennoch sollen nach einer anlässlich der GmbH-Revision von 2005 eingeführten Gesetzesbestimmung bei einem Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl bei Genossenschaften die Vorschriften des Aktienrechts über die Mängel in der Organisation der Gesellschaft «entsprechend» anwendbar sein.

Nach der Auffassung des Bundesgerichtes stehen dann faktisch nur das Ansetzen einer Nachfrist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands oder aber die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft als Massnahmen zur Disposition. Und da die Fristansetzung von vornherein aussichtslos erschien, war die Gesellschaft aufzulösen.

Diese unnötig restriktive Auffassung – das Gesetz spricht davon, dass das Gericht diese Massnahmen treffen «kann», und zwar «insbesondere», also nicht exklusiv – wird damit begründet, dass die erforderlichen, aber fehlenden Genossenschafter nicht vom Richter bestellt werden könnten und dass es der Gesetzgeber im Unterschied zur Aktiengesellschaft und zur GmbH ausdrücklich abgelehnt habe, die Genossenschaft als Einpersonenkörperschaft zuzulassen, «da der Zweck der gemeinsamen Selbsthilfe wesensnotwendigerweise eine Mehrzahl von Personen voraussetze». Diese Schlussfolgerung ist gleichermaßen überraschend wie verfehlt.

Fehlinterpretierte Botschaft

Zunächst erscheint es zweifelhaft, dass der Gesetzgeber mit der Revision des GmbH-Rechts – quasi als unwiderlegbare gesetzliche Vermutung – festlegen wollte, dass eine Genossenschaft mit weniger als sieben Mitgliedern ihre materielle Existenz verliert. Richtig ist zwar, dass mit der Revision des GmbH-Rechts eine gesetzliche Grundlage für Einpersonenernehmen in der Rechtsform der GmbH und der AG geschaffen wurde und die Genossenschaft

für Einpersonenernehmen explizit ausgeschlossen wurde, weil der genossenschaftliche Zweck der gemeinsamen Selbsthilfe eben wesensnotwendig eine Mehrzahl von Personen voraussetzt. In der bundesrätlichen Botschaft wird aber in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, dass der Zweck der gemeinsamen Selbsthilfe nur mit mindestens sieben Genossenschaftern erreicht werden kann. Was das Unterschreiten der Mindestmitgliederzahl betrifft, hat die GmbH-Revision somit keine materiellrechtlichen Neuerungen gebracht.

Lediglich das Verfahren, das bei einem Unterschreiten ergriffen werden kann, wurde mittels Verweisung auf das aktienrechtliche Organisationsmängelverfahren neu geregelt. Für die Genossenschaft muss daher weiterhin die alte und der wohl noch immer herrschenden Lehre entsprechende Regelung gelten, dass zwar bei der Gründung eine bestimmte Mindestzahl von Gesellschaftern zwingend vorhanden sein muss, diese dann aber in der Folge absinken darf. Eine Auflösung ist somit nicht zwingend und dann, wenn die Genossenschaft trotz geringer Mitgliederzahl funktionsfähig bleibt, sachlich nicht geboten und jedenfalls unverhältnismässig.

Der Entscheid ist in seinen Konsequenzen fragwürdig, weil er gerade typische Genossenschaften zur Auflösung zwingen könnte: Bei landwirtschaftlichen Genossenschaften kommt es nicht selten vor, dass wegen der Aufgabe oder Zusammenlegung von bäuerlichen Betrieben die Zahl der Mitglieder unter sieben sinkt. Diese echten Selbsthilfegemeinschaften wären nach dem Entscheid des Bundesgerichtes aufzulösen, mit der unerwünschten Folge, dass sie zu einfachen Gesellschaften oder Kollektivgesellschaften würden, bei denen alle Beteiligten für sämtliche Verpflichtungen der Gesellschaft persönlich unbeschränkt und solidarisch haften. Das will wohl niemand.

Über die fragwürdige Begründung und Schlussfolgerung hinaus enthält das Urteil ein sogenanntes *obiter dictum*, also eine nicht zur Urteilsbegründung gehörende Rechtsansicht, deren Folgen schwer absehbar sind. Das Bundesgericht führt nämlich en passant aus, dass der Genossenschaftszweck unter persönlicher Mitwirkung der Genossenschafter anzustreben sei. Das steht im Widerspruch zur seit Jahrzehnten tolerierten und vom Bundesgericht im Entscheid 93 II 30 explizit geschützten Pra-

xis der völlig beitragslosen Mitgliedschaft bei Genossenschaften.

Brisantes für Grossverteiler

Wollte das Bundesgericht damit eine Praxisänderung einläuten, hätte dies drastische Konsequenzen insbesondere für die grossen Konsumgenossenschaften. Denn die Mitgliedschaft bei diesen Grossverteilern ist mit keinerlei Beitragspflichten verbunden. Die rechtliche Basis dieser volkswirtschaftlich bedeutenden Unternehmen wäre daher infrage gestellt – und dies, ohne dass ihnen das schweizerische Recht eine andere passende Rechtsform zur Verfügung halten würde. Auch das will wohl niemand.

Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht Gelegenheit erhält, in absehbarer Zeit seine verfehlten Erwägungen zu korrigieren.

.....
Prof. **Peter Forstmoser**, LL. M., Rechtsanwalt, ist in der Kanzlei Niederer, Kraft & Frei, Zürich, tätig. Prof.

Franco Taisch, Rechtsanwalt, ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht und leitender Direktor des Instituts für Unternehmensrecht IFU/BLI an der Universität Luzern;

Tizian Troxler, Advokat, ist Forschungsmitarbeiter daselbst.