

S. 33 / Nr. 7 Genossenschaftskonkurs (d)

BGE 78 III 33

7. Auszug aus dem Entscheid vom 11. Februar 1952 i. S. Konkursamt Burgdorf sowie Hunziker und Kons.

Seite: 33

Regeste:

Genossenschaft. Einführung einer persönlichen Haftung der Mitglieder. Fehlen des gesetzlichen Quorum». Unangefochtene Eintragung. Fehlen des Hinweises auf die persönliche Haftung in den Beitrittserklärungen. Konkurs der Genossenschaft.

1. Enthält die Beitrittserklärung nicht den in Art. 840 Abs. 2 OR vorgeschriebenen Hinweis auf die persönliche Haftung, so ist deshalb weder die Mitgliedschaft rückwirkend als ungültig zu betrachten noch das betreffende Mitglied unbedingt von der Haftung befreit. Diese hängt nur davon ab, dass das Mitglied von ihr genaue und sichere Kenntnis hatte, was im Bestreitungsfall bewiesen werden muss (Erw. 6).

2. Was kann ein Mitglied, das erst nach dem Beitritt von der persönlichen Haftung erfährt, tun, um diese von sich abzuwenden? Frage offen gelassen (Erw. 7 am Ende).

3. Vermutung der Richtigkeit des vom Handelsregisteramte geführten Mitgliederverzeichnisses. Tragweite dieser Vermutung. Art. 835 Abs. 4, 836 Abs. 3 OR, Art. 9 ZGB, Art. 94 HRV (Erw. 8).

4. Zwingende gesetzliche Mehrheit für Einführung einer persönlichen Haftung (Art. 889 Abs. 1 OR). Ein nicht mit dieser Mehrheit gefasster dahingehender Beschluss ist nicht bloss anfechtbar nach Art. 891 Abs. 2 OR, sondern ungültig und soll nicht eingetragen werden. Können sich gutgläubige Dritte auf die dennoch erfolgte und unangefochtene Eintragung berufen, besonders wenn diese mehrere Jahre hindurch bestehen geblieben ist? Art. 874 Abs. 4 und 933 OR (Erw. 9).

5. Folgen einer nicht ordnungsgemässen Einberufung der Generalversammlung (Erw. 11).

6. Sehen die Statuten eine gleiche Haftung aller Mitglieder, ohne Rücksicht auf den Betrag der Genossenschaftsanteile des einzelnen, vor (entgegen Art. 870 Abs. 2 OR), so hat es nach

Seite: 34

unangefochten gebliebener Eintragung dabei sein Bewenden (Erw. 12).

7. Beschwerdeverfahren nach Art. 873 Abs. 4 OR und Art. 14 der Vo über den Genossenschaftskonkurs (GKV). Weite Auslegung von dessen Abs. 4 (Erw. 7 Abs. 2).

2. Kostenaufgabe im Beschwerde- und Rekursverfahren. Art. 14 Abs. 5 und 6 GKV (Dispositiv Ziff. 2).

Société coopérative. Statuts imposant aux associés une responsabilité personnelle. Quorum légal non atteint. Inscription non attaquée. Déclarations d'entrée ne mentionnant pas la responsabilité personnelle des associés. Faillite de la Société coopérative.

1. Si la déclaration d'entrée ne fait pas mention de la responsabilité personnelle des associés, prévue par l'art. 840 al. 2 CO, il ne s'ensuit pas nécessairement que la qualité d'associé doit être considérée comme inexistante depuis le début ni que l'associé soit purement et simplement libéré de cette responsabilité. Cette responsabilité existe si l'associé savait de façon sure et précise qu'il était personnellement responsable, ce qu'il faudra prouver en cas de contestation (consid. 6).

2. Que peut faire un associé pour se soustraire à cette responsabilité lorsque ce n'est qu'après son entrée dans la société qu'il a appris que les associés sont personnellement responsables? Question laissée indécise (consid. 7 in fine).

3. Présomption de l'exactitude du répertoire des sociétaires tenu par le conservateur du registre du commerce. Portée de cette présomption (art. 835 al. 4, 836 al. 3 CO, 9 CC, 94 ORC). (Consid. 8).

4. Majorité légale exigée pour instituer une responsabilité personnelle des associés (art. 889 al. 1 CO). Une décision tendant à instituer cette responsabilité et qui n'a pas été prise à cette majorité n'est pas seulement annulable selon l'art. 891 al. 2 CO, mais nulle et ne doit pas être inscrite. Les tiers de bonne foi peuvent-ils se prévaloir de ce que la décision aurait néanmoins fait l'objet d'une inscription qui n'aurait pas été attaquée, notamment dans le cas où celle-ci aurait subsisté durant plusieurs années? Art. 874 al. 4 et 933 CO (consid. 9).

5. Conséquences d'une convocation irrégulière de l'assemblée générale (consid. 11).

6. Si les statuts prévoient une responsabilité égale de tous les associés, quel que soit le montant de leurs parts (contrairement à ce que prévoit l'art. 870 al. 2 CO), on s'en tiendra à cette clause si l'inscription n'a pas été attaquée (consid. 12).

7. Procédure de plainte selon les art. 873 al. 4 CO et 14 de l'ordonnance sur la faillite de la société coopérative (OFC). Interprétation extensive de l'art. 14 al. 4 OFC. (consid. 7 al. 2).

8. Frais de la procédure de plainte et de recours. Art. 14 al. 5 et 6 OFC (dispositif chiffre 2).
Società cooperativa. Statuti che istituiscono una responsabilità personale dei soci. Quorum legale non raggiunto. Iscrizione non impugnata. Dichiarazione d'ingresso che non menziona la responsabilità personale dei soci. Fallimento della società cooperativa.

1. Se la dichiarazione d'ingresso non menziona la responsabilità

Seite: 35

personale dei soci conformemente all'art. 840 cp. 2 CO, ciò non implica necessariamente che la qualità di socio debba essere considerata come inesistente sin dall'inizio e nemmeno che il socio sia senz'altro liberato dalla responsabilità personale. Questa responsabilità esiste se il socio sapeva in modo sicuro e preciso di essere personalmente responsabile, il che dovrà essere provato in caso di contestazione (consid. 6).

2. Che cosa può fare un socio per sottrarsi a questa responsabilità se, soltanto dopo l'ingresso nella società, è venuto a sapere che i soci sono personalmente responsabili? Questione lasciata aperta (consid. 7 in fine).

2. Presunzione dell'esattezza dell'elenco dei soci tenuto dall'ufficiale del registro di commercio. Portata di questa presunzione (art. 835 cp. 4, 836 cp. 3 CO, 9 CC, 94 ORG). (Consid. 8).

3. Maggioranza richiesta dalla legge per l'istituzione di una responsabilità personale dei soci (art. 889 cp. 1 CO). Una decisione che tende a istituire questa responsabilità e che non è stata presa a tale maggioranza non è soltanto annullabile a norma dell'art. 891 cp. 2 CO, ma nulla e non deve essere iscritta. I terzi in buona fede possono prevalersi del fatto che la decisione avrebbe nondimeno fatto l'oggetto di un'iscrizione non impugnata, segnatamente nel caso in cui essa sussistesse da parecchi anni? Art. 874 cp. 4 e 933 CO (consid. 9).

4. Conseguenze di una convocazione irregolare dell'assemblea generale (consid. 11).

5. So gli statuti prevedono una responsabilità uguale per tutti i soci, senza riguardo all'ammontare delle loro quote (contrariamente a quanto prevede l'art. 870 cp. 2 CO), si terrà conto di questa clausola, sempreché l'iscrizione non sia stata impugnata (consid. 12).

6. Procedura di reclamo a norma degli art. 873 cp. 4 CO e 14 dell'ordinanza sul fallimento della società cooperativa (OFC). Interpretazione estensiva dell'art. 14 cp. 4 OFC (consid. 7 cp. 2).

7. Spese della procedura di reclamo e di ricorso. Art. 14 cp. 5 e 6 OFC (dispositivo cifra 2).

A. - Die am 25. Juni 1949 konkursit gewordene Baugenossenschaft Eintracht Burgdorf und Umgebung war im Jahre 1943 gegründet worden. Die Statuten wurden in einer Gründungsversammlung vom 2. Mai 1943 einstimmig angenommen. Sie schlossen in Art. 28 jede persönliche Haftung der Mitglieder aus. Die Eintragung im Handelsregister folgte am 26. Juli 1943 und die Veröffentlichung am 16. August 1943, unter Hinweis auf jene Haftungsnorm.

B. - Bis zum 17. Juli 1943 hatten 44 Genossenschafter die Gründungsstatuten unterzeichnet. An diesem Tage, also noch vor Eintragung der Genossenschaft im Handelsregister, beschloss eine laut Protokoll von 20

Seite: 36

stimmberechtigten Genossenschaftern besuchte Generalversammlung einstimmig die Einführung einer persönlichen Haftung jedes Genossenschafter «bis zum fünffachen Betrag des Nennwertes eines Anteilscheines von Fr. 100.-». Die Präsenzliste weist 22 Namen auf, davon jedoch nur 17 Unterzeichner der Gründungsstatuten. Die Statutenänderung wurde erst am 17. Januar 1944 beim Handelsregisteramt angemeldet, am 7. Februar 1944 eingetragen und am 10. gl. M. mit Wiedergabe der neuen Haftungsbestimmung veröffentlicht. Ebenfalls am 17. Januar 1944 war beim Registeramt ein Mitgliederverzeichnis eingereicht worden. Dieses führte bloss 28 Mitglieder auf, und zwar von den Unterzeichnern der Gründungsstatuten nur 15.

C. - Im Laufe der Jahre erfolgten zahlreiche Neueintritte. Wieder die Beitrittserklärung noch die zu Händen der Mitglieder aufgestellten «Richtlinien» erwähnten die persönliche Haftung. In der Meldung von Mutationen an das Handelsregisteramt war die Verwaltung oftmals säumig. Austritte, auch solche, die schon vor Jahren erfolgt waren, wurden erstmals am 12. November 1948 gemeldet bzw. angemerkt - weniger als ein Jahr vor der Eröffnung des Konkurses über die Genossenschaft.

D. - Das Konkursamt stellte nach Ablauf der Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes einen mutmasslichen Konkursverlust von Fr. 213,754.17 fest. Gemäss Art. 8 der Verordnung vom 20. Dezember 1937 über den Genossenschaftskonkurs errichtete es einen provisorischen Verteilungsplan (Beitragsplan). Daran anknüpfend forderte es mit einem Zirkularschreiben vom 1. Februar 1951 von jedem Genossenschafter «den Betrag der persönlichen und solidarischen Nachschusspflicht im vollen Betrage, Fr. 500.- pro Anteilschein».

E. - Gegen diesen Verteilungsplan langten bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerden von 147 wirklich oder vermeintlich betroffenen Genossenschaftern ein. Das Konkursamt anerkannte in

seiner Vernehmlassung, dass keine Nachschusspflicht bestehe und die Haftung

Seite: 37

keine solidarische sei. Damit erwies sich eine nur diese beiden Punkte aufgreifende Beschwerde als gegenstandslos. Auf eine andere Beschwerde trat die Aufsichtsbehörde in ihrem Entscheid vom 28. Mai 1951 deshalb nicht ein, weil der betreffende Beschwerdeführer im Verteilungsplan gar nicht verzeichnet und auch nicht zur Zahlung aufgefordert worden war.

Im übrigen wies die Aufsichtsbehörde 14 Beschwerden ab, weil es sich um Gründer handle. Diese seien mangels Anfechtung binnen gesetzlicher Frist (Art. 891 Abs. 2 OR) an die am 17. Juli 1943 beschlossene Statutenänderung gebunden.

Alle übrigen Beschwerden hiess die Aufsichtsbehörde dagegen gut, aus folgenden Gründen: Diese Beschwerdeführer seien der Genossenschaft erst seit dem Statutenänderungsbeschlusse vom 17. Juli 1943 beigetreten. Nach Art. 840 Abs. 2 OR hätten sie die persönliche Haftung in der Beitrittserklärung ausdrücklich übernehmen müssen. In den Beitrittserklärungen fehle ein solcher Passus. Über diesen Formmangel wäre nur dann hinwegzusehen, wenn jemand ihn gekannt und die Mitgliedschaft trotzdem ausgeübt bzw. fortgesetzt hätte. Ein solches Verhalten sei aber keinem der Beschwerdeführer vorzuwerfen. «Auch die persönliche Haftung war ihnen vielfach nicht bekannt.»

F. - Die mit ihrer Beschwerde abgewiesenen Gründer liessen es beim kantonalen Entscheide bewenden. Das Konkursamt legte Rekurs ein mit dem Antrag, der von ihm aufgestellte Verteilungsplan sei als richtig anzuerkennen...

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht in Erwägung:

6.- Das Konkursamt wendet sich gegen die Art der Anwendung von Art. 840 Abs. 2 OR durch den kantonalen Entscheid... Es betrachtet die statutarische Haftung ohne weiteres für alle Genossenschafter als verbindlich, gleichgültig

Seite: 38

ob die Beitrittserklärungen der neuen Mitglieder den in Art. 840 Abs. 2 OR vorgeschriebenen Hinweis auf die Haftung enthielten. Es handelt sich nach Ansicht des Konkursamtes um eine blosser Ordnungsvorschrift, deren Missachtung die fehlbaren Organpersonen verantwortlich machen kann, an der allgemeinen Verbindlichkeit der statutarischen Haftung für sämtliche Genossenschafter aber nichts ändert.

Es erhebt sich vorerst die Frage, ob Art. 840 Abs. 2 OR ein Gültigkeitserfordernis für die Mitgliedschaft selbst aufstellen will. Das könnte aus dem französischen Texte gefolgert werden («... la déclaration d'entrée n'est valable que si le candidat accepte expressément ces obligations»). Indessen wären die Folgen einer solchen Auslegung so schwerwiegend, dass diese nicht dem wahren Gesetzeswillen entsprechen kann. Sie würde dazu führen, alle auf einer unter Umständen jahrelang (etwa gar in Kenntnis der statutarischen Haftung) ausgeübten Mitgliedschaft beruhenden Rechte, Organhandlungen usw. nachträglich rückwirkend als ungültig zu erklären. Dadurch wäre die Rechtssicherheit einem Masse bedroht, wie es sich sachlich nicht als Folge der in Frage stehenden Fehlerhaftigkeit des Textes der unterschriebenen und von den Beteiligten für gültig erachteten Beitrittserklärungen rechtfertigen lässt. Deshalb wäre, falls Art. 840 Abs. 2 OR sich schlechterdings nur als Gültigkeitsvorschrift verstehen liesse, nicht die Gültigkeit der Mitgliedschaft überhaupt, sondern bloss die rechtsverbindliche «Übernahme» der statutarischen Haftung oder Nachschusspflicht an die Einhaltung jener Vorschrift zu knüpfen. Dass dergestalt der statutarischen Haftung oder Nachschusspflicht ein Teil der Genossenschafter entzogen seien, könnte freilich in den Statuten selbst nicht bestimmt werden (Art. 872 OR). Die letztere Vorschrift steht jedoch einer Auslegung von Art. 840 Abs. 2 OR nicht entgegen, wonach unter Umständen jemand als Mitglied gelten muss, ohne doch der Haftung zu unterstehen. Die von ihr verlangte statutarische Gleichheit

Seite: 39

ist durch die vorliegenden Statuten ja gewahrt. Nur würde es bei sämtlichen seit Einführung der persönlichen Haftung Beigetretenen an der durch Art. 840 Abs. 2 OR verlangten Haftungs-«Übernahme» fehlen, falls eben schriftliche Erklärungen solchen Inhalts der Beitretenden erforderlich sein sollten.

Dies ist nun aber nach dem wahren Sinn von Art. 840 Abs. 2 OR zu verneinen. Im Unterschied zum oben angeführten französischen Text lauten der deutsche und der italienische Text («muss enthalten», «deve contenere») nicht deutlich im Sinn einer Gültigkeitsvorschrift, im Gegensatz etwa zu der für die Bürgschaft geltenden Vorschrift von Art. 493 Abs. 1 OR. Bei dieser Verschiedenheit der drei Texte ist nach dem gesetzgeberischen Grunde zu forschen. Nun will Art. 840 Abs. 2 OR zweifellos darauf Rücksicht nehmen, dass die Mitglieder einer Genossenschaft oftmals rechts- und geschäftsunkundige Personen sind. Das Gesetz will es nicht dabei bewenden lassen, dass die Genossenschafter sich nach den Statuten erkundigen und diese nötigen falls auf dem

Handelsregisteramt einsehen können. Vielmehr soll jeder Beitretende besonders auf die persönliche Haftung, wo eine solche besteht, aufmerksam gemacht werden. OSTERTAG, auf dessen Antrag in der Expertenkommission die Bestimmung zurückgeht (deren Protokoll S. 571), sprach denn auch von den wiederholt gemachten Erfahrungen, «dass die Leute, welche in eine Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung oder Nachschusspflicht eintreten, keine Ahnung davon haben, welches Risiko sie übernehmen». Er fuhr dann fort: «Das Publikum versteht eben die Haftungsgrundsätze des Genossenschaftsrechtes nicht genügend. Man muss die Leute auf die Folgen aufmerksam machen, welche die Mitgliedschaft haben kann» (eben dort S. 575/6). Um diese Aufklärungspflicht gegenüber jedem einzelnen Beitretenden zu erfüllen, ist erforderlich, aber auch genügend, jeden Einzelnen bei seinem Beitritt auf die bestehende persönliche Haftung hinzuweisen, so dass er davon genaue und sichere

Seite: 40

Kenntnis erhält. Gewiss war die vorgeschlagene Bestimmung dazu angetan, schon bei der Gesetzesberatung zur Annahme zu verleiten, zur statutarischen Norm müsse eine individuelle «Übernahme» der Haftung hinzutreten (in diesem Sinne R. HAAB, Referat über die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission, S. 50; Votum Aaby, Sten. Bull. 1934 S. 178 Nationalrat). Im wesentlichen hat jedoch, wie dargetan, der in Art. 840 Abs. 2 OR vorgeschriebene Hinweis einfach dazu zu dienen, den Nachweis der genauen und sichern Kenntnis der statutarischen Haftung durch jeden einzelnen Beigetretenen zu sichern. Kommt es danach auf die Kenntnis allein an, die naturgemäss an keine Form gebunden ist, so ist eine individuelle «Übernahme» der Haftung, also eine Verpflichtungserklärung des einzelnen Mitgliedes nicht unerlässlich. Verpflichtungsgrund ist einzig die statutarische Norm. Enthält die Beitrittserklärung nicht den vorgeschriebenen Hinweis, so muss der Beweis der Kenntnissgabe und -nahme auf andere Weise freigestellt sein. Allerdings ist, wer die Haftung oder Nachschusspflicht geltend macht, eben beweispflichtig, und es mag die Lücke im Text der Beitrittserklärung in manchen Fällen ein Scheitern des erforderlichen Nachweises zur Folge haben können.

7.- ... Dass dieser Nachweis im vorliegenden Falle etwa von vornherein durchwegs unmöglich sei, nimmt der kantonale Entscheid selber nicht an. Indem er erklärt, die persönliche Haftung sei den seit der Statutenänderung beigetretenen Genossenschaftern «vielfach» (d.h. einem Teil von ihnen) nicht bekannt gewesen, räumt er ein, dass die einen über die Haftung unterrichtet waren. Zum mindesten steht der im einzelnen zu erbringende Nachweis offen.

Das führt zur Rückweisung der Sache in diesem Punkte, zur Abnahme des in Frage stehenden Beweises, wie auch gegebenenfalls zu Erhebungen von Amtes wegen, soweit dazu nach den Grundsätzen des kantonalen ordentlichen Zivilprozesses Veranlassung bestehen sollte (vgl. Art. 89

Seite: 41

der bernischen ZPO). Art. 14 Abs. 4 GKV erklärt alle Beweismittel des kantonalen ordentlichen Zivilprozesses als anwendbar. Das ist nicht einschränkend auszulegen, sondern auf die zivilprozessualen Grundsätze der Tatsachenermittlung überhaupt zu beziehen, wie es sich denn ja um Beurteilung zivilrechtlicher Streitigkeiten im Verfahren der Konkursbeschwerde nach Art. 17 ff. SchKG handelt.

Dem Art. 840 Abs. 2 OR genügt nun zwar nicht die Behauptung des Konkursamtes, jeder Genossenschafter habe seine Verpflichtungen «aus den Statuten ersehen können, die ihm bekannt waren und gestützt auf den Handelsregistereintrag bekannt sein mussten». Erforderlich ist, wie dargetan, tatsächliche Kenntnissnahme durch den einzelnen Genossenschafter, wie sie das Konkursamt ebenfalls behauptet («anlässlich der Aufnahme, in mündlichen Besprechungen»).

Das Konkursamt spricht ferner von der Tätigkeit einzelner Genossenschafter in der Verwaltung, von der Teilnahme an (späteren) Generalversammlungen usw. Damit erhebt sich die Frage, welches die Folgen einer erst seit der Aufnahme erlangten Kenntnis der statutarischen Haftungsnorm seien. Das betreffende Mitglied darf jedenfalls nicht stillschweigen und die Mitgliedschaft einfach fortsetzen, wenn es die Haftung von sich abwenden will. Was es zu diesem Zwecke tun kann und muss, mag im vorliegenden Entscheid ungeprüft bleiben. Steht doch dahin, ob nach dem Ergebnis der bevorstehenden Beweisergänzungen dieser Frage praktische Bedeutung zukommen wird.

8.- Soweit sich bei den neuen Mitgliedern, deren Beitrittserklärung dem Art. 840 Abs. 2 OR nicht entsprach, rechtsgenügende Kenntnis der statutarischen Haftungsnorm nicht nachweisen lässt, werden die Beschwerden ohne weiteres gutzuheissen sein. Soweit dagegen die Berufung auf Art. 840 Abs. 2 OR wegen sonstwie erlangter genauer und sicherer Kenntnis fehlerhaft, fallen die übrigen geltend gemachten Gründe zur Ablehnung der Haftung in

Seite: 42

Betracht... Einige Rekursgegner berufen sich darauf, dass sie die «Bedingungen» der Mitgliedschaft

gar nicht erfüllt hätten. Die Beitragsleistung wie auch die Einlösung eines Anteilscheines ist jedoch nicht Voraussetzung des Beitrittes, sondern Mitgliedspflicht nach erfolgter Aufnahme. Das ergibt sich einwandfrei aus Art. 26/27 der Statuten und daraus, dass die Verwaltung jeweiligen die Beigetretenen erst nach der Aufnahme um Leistung ersuchte. Andere stossen sich daran, dass die Verwaltung sie erst nach ihrem Austritte beim Handelsregisteramt meldete - Ein- und Austritt gleichzeitig... Doch war die Mitgliedschaft durch ordnungsgemässe Aufnahme gültig entstanden... Zahlreiche Mitglieder weisen auf ihren längst erfolgten Austritt hin. Allein, da Austritte dem Handelsregisteramt erstmals am 12. November 1948 gemeldet wurden, können sich jene der Haftung nicht entschlagen, sofern deren sonstige Voraussetzungen zutreffen (Art. 876 Abs. 1 OR).

Unbelegt ist der Beitritt Hermann Fuhrers (Beschwerde Nr. 209), was schon aus der Vernehmlassung des Konkursamtes in kantonaler Instanz zu ersehen war. Der angefochtene Entscheid liess dies unberücksichtigt, wohl deshalb, weil in der Beschwerde die Mitgliedschaft nicht bestritten worden war. Jedenfalls stand diese nicht etwa deshalb unerschütterlich fest, weil die Verwaltung Fuhrer dem Handelsregisteramt als Mitglied gemeldet hatte. Zwar ist die Richtigkeit des amtlichen Verzeichnisses der Mitglieder vorerst zu vermuten (Art. 9 ZGB). Doch beruht dieses Verzeichnis auf ungeprüften Angaben der Verwaltung (Art. 94 HRV). Das Konkursamt hatte neben dem amtlichen Verzeichnis auch «die Protokolle» nachzusehen, denen die einzelnen Beitrittserklärungen beizuzählen sind (Art. 2 GKV). Bei unbelegtem Beitritt musste die Mitgliedschaft als zweifelhaft erscheinen (vgl. BGE 56 11 296). Es bleibt der kantonalen Aufsichtsbehörde anheimgestellt, gegebenenfalls nach den für sie massgebenden Prozessgrundsätzen (vgl. Erw. 7 Abs. 2) die Frage der Mitgliedschaft Fuhrers als Voraussetzung seiner Haftung noch zu prüfen...

Seite: 43

9.- Ein allgemeiner Einwand geht dahin, der die persönliche Haftung einführende Statutenänderungsbeschluss vom 17. Juli 1943 sei mangels des gesetzlichen Quorums von drei Vierteln sämtlicher Genossenschafter (Art. 889 Abs. 1 OR) null und nichtig.

Dass es an der gesetzlich geforderten Mehrheit gebrach, wird vom Konkursamt aus Gründen bestritten, die nicht als triftig anerkannt werden können. Von den 44 Gründern der Genossenschaft nahmen an der Generalversammlung vom 17. Juli 1943 nur 17 teil. Die andern Teilnehmer waren nicht gültig Mitglieder geworden, da die Genossenschaft noch nicht eingetragen war (Art. 834 Abs. 4 OR). Nach vorinstanzlicher Feststellung war damals ein einziger Genossenschafter ordnungsgemäss ausgetreten, zudem erst auf Ende des Jahres. Darauf, dass dann im Januar 1944 (aus nicht abgeklärten Gründen) nur 28 Genossenschafter, und zwar nur 15 von den Gründern, dem Handelsregisteramt gemeldet wurden, kommt für die Ermittlung des Quorums nichts an. Vielmehr ist der Mitgliederbestand am Tage der Versammlung vom 17. Juli 1943 massgebend.

Diese Versammlung war von vornherein nicht fähig, die Einführung einer persönlichen Haftung nach Art. 889 Abs. 1 OR gültig zu beschliessen. Der angefochtene Entscheid sieht aber in diesem Mangel einen blossen Anfechtungsgrund, der binnen zwei Monaten nach der Beschlussfassung durch Klage hätte geltend gemacht werden müssen (Art. 891 Abs. 2 OR). Diese Ansicht erweckt Bedenken. Ein mangels der zwingend vorgeschriebenen Mehrheit nicht gültig gefasster Beschluss wird nicht durch blossen Zeitablauf mangels Anfechtung gültig, noch ist er es vorerst ohne weiteres mit Vorbehalt erfolgreicher Anfechtung. Er hätte sich auch nicht etwa durch Einholung ergänzender Zustimmungen binnen einer bestimmten Frist, allenfalls bis zur Eintragung im Handelsregister, zustande bringen lassen. Das Gesetz sieht ein solches Nachverfahren nicht vor, und diese Möglichkeit wurde in der Gesetzesberatung entschieden abgelehnt (Sten. Bull. 1932 S. 227 Ständerat: «Die Kommission legt Wert darauf festzustellen, dass die

Seite: 44

qualifizierte Mehrheit ... in der Generalversammlung selbst vorhanden sein muss, ansonst eben ein rechtsgültiger Beschluss nicht vorliegt»).

Die Verwaltung hätte den nicht mit der zwingend vorgeschriebenen Mehrheit gefassten Beschluss als ungültig betrachten und nicht zur Eintragung anmelden sollen. Und der Registerführer hätte, falls ihm die Ungültigkeit des Beschlusses aufgefallen wäre, die Eintragung ablehnen müssen (vgl. F. v. STEIGER, Eintragungen der Genossenschaft im Handelsregister, S. 70 BGE 64 I 211 ff., 67 I 342 ff. Erw. 3). Es steht dahin, ob er sich einfach an die Schlussformel der revidierten Statuten hielt: «Genehmigt mit der statutarischen Mehrheit ...». Diese Formel spielte auf Art. 16 der Statuten an, wonach es für deren Abänderung einer Mehrheit von «3/4 der abgegebenen Stimmen» bedarf. Die zwingende Sondernorm des Art. 889 Abs. 1 OR ging aber natürlich für die von ihr betroffenen Fälle vor. Wenn der Registerführer jene statutarische Quorumsregel seinerzeit bei der Eintragung der Genossenschaft nicht beanstandete, so wohl aus der Überlegung, der Vorbehalt des Art. 889 Abs. 1 OR verstehe sich von selbst. Richtigerweise hätte er die Verbesserung der Statuten in diesem Punkte verlangen sollen, um die zwingenden Normen des Gesetzes zu wahren (Art. 940 Abs. 2 OR, 21 Abs.

2 HRV). So wäre dem groben Irrtum vorgebeugt worden, der vorerst der Verwaltung und dann anscheinend dem Registerführer selbst bei der Eintragung der Statutenänderung unterlief.

Nachdem jedoch die Eintragung erfolgt, unangefochten geblieben und die Genossenschaft seither als solche mit beschränkter persönlicher Haftung der Mitglieder im Geschäftsverkehr aufgetreten ist, geht es nicht an, die statutarische Haftungsnorm nun im Konkurs als nichtig zu erklären, weil sie nicht mit der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit beschlossen worden war. Nach einer verbreiteten Lehre könnte freilich nur entweder bloss Anfechtbarkeit binnen gesetzlicher Frist oder aber völlige, unheilbare

Seite: 45

Nichtigkeit bestehen. Und ein nicht gültig gefasster Beschluss kann, wie gesagt, nicht bloss anfechtbar sein (was wohl bedeuten würde, er sei vorläufig gültig, jedoch der Anfechtung binnen bestimmter Frist ausgesetzt; es bestehe ein resolutiver Schwebezustand; vgl. v. TUHR, OR § 29 III; PEYER, Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, S. 8). Nichts zwingt jedoch dazu, die hier in Frage stehende, die Rechte Dritter betreffende Statutenänderung für immer als nichtig zu betrachten, auch nachdem sie anstandslos eingetragen worden und die Eintragung mehrere Jahre hindurch bis zum Konkurs der Genossenschaft bestehen geblieben ist. Allerdings kommt den Eintragungen des Handelsregisters nicht wie denjenigen des Grundbuches allgemein positive Publizitätswirkung zu (Art. 933 OR im Gegensatz zu Art. 973 ZGB). Ausnahmsweise ist aber eine solche Wirkung aus Grundsätzen des materiellen Rechtes abzuleiten (vgl. GUHL, OR, 4. Aufl., S. 614). Dazu ist eine ausdrückliche Vorschrift nicht erforderlich; es genügt, dass eine zu Gunsten Dritter erfolgte Eintragung, namentlich wo dieser vom Gesetze rechtsbegründende Wirkung beigelegt ist, aus unabweislichen praktischen Bedürfnissen als richtig gelten muss. Deshalb unternimmt es denn auch die Rechtslehre, im Anschluss an Auffassungen des kaufmännischen Verkehrs ein System von Regeln darüber aufzustellen, bei welchen Gegebenheiten gutgläubige Dritte sich stets auf den Registereintrag sollen verlassen können (vgl. HIS, zu Art. 933 OR N. 21 ff.). Im vorliegenden Falle ist zu beachten, dass die Einführung der persönlichen Haftung mit der Eintragung in das Handelsregister in ein neues Stadium getreten ist. Denn nach Art. 874 Abs. 4 OR hat sie erst und eben damit Wirkung zu Gunsten aller Gläubiger der Genossenschaft erlangt. Diese Wirkung wäre nun in einer für den Geschäftsverkehr unerträglichen Weise beeinträchtigt, wenn sie hinterher (nach längerer Dauer der Eintragung) wegen der seinerzeit nicht mit der gesetzlichen Mehrheit erfolgten Beschlussfassung in Frage gezogen

Seite: 46

werden könnte oder gar müsste. Wägt man die einander gegenüberstehenden Interessen ab, so verdienen die Gläubiger, die sich in guten Treuen auf den Eintrag verlassen haben, geschützt zu werden (ein Gesichtspunkt, der auch im Schrifttum Beachtung gefunden hat; über die Möglichkeit, ihm Rechnung zu tragen, herrscht freilich Unsicherheit; vgl. F. v. STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft, S. 198 unten; PEYER, a.a.O., S. 42-3). Den Genossenschaftern geschieht damit kein Unrecht. Denjenigen, die bereits zur Zeit der Beschlussfassung der Genossenschaft angehört, stand frei, gegen den Beschluss spätestens, als er eingetragen war, auf dem Beschwerdeweg aufzutreten.

Waren sie sich aber des Form mangels der Beschlussfassung nicht bewusst, so geschieht ihnen nichts anderes, als was sie von vornherein für den Fall des Konkurses der Genossenschaft erwarten mussten. In derselben Lage befinden sich vollends die erst seit dem Statutenänderungsbeschlüsse beigetretenen Genossenschafter, sofern sie über die statutarische Haftung unterrichtet worden waren (sei es durch einen entsprechenden Hinweis in ihrer Beitrittserklärung oder auf andere Weise, gemäss Erw. 6).

10. -

11.- Schliesslich ist noch von einer Verletzung der Regeln über die Einberufung von Generalversammlungen die Rede. Der kantonale Entscheid hält es nicht für erforderlich, anzugeben, von wem und was für Rügen in dieser Hinsicht erhoben wurden. Er geht davon aus, mangelhafte Einberufung hätte höchstens zu einer Anfechtung binnen der Frist des Art. 891 Abs. 2 OR Anlass geben können. Nichtigkeit könnte daraus auf keinen Fall geschlossen werden. Dem ist nun zwar nicht schlechthin beizustimmen. Man denke an eine Einberufung, die gar nicht vom zuständigen Organ ausgegangen und auch nicht von ihm genehmigt worden wäre (vgl. BGE 71 I 387 /8 mit zahlreichen Hinweisen); ferner an Machenschaften, die darauf gerichtet gewesen wären, einzelne Mitglieder (allenfalls eine grosse Anzahl) vom Erscheinen abzuhalten und eine Anfechtung binnen gesetzlicher Frist zu verhindern (dazu HUECK,

Seite: 47

Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, S.

117). Derartige Rügen sind indessen in den Beschwerden der Gründer nicht zu finden. Auf S. 792 der kantonalen Akten wird bloss die Vermutung ausgesprochen, die Versammlung sei von einem dazu nicht ermächtigten Vorstandsmitglied einberufen worden. Dafür, dass die Verwaltung mit der Einberufung nicht einverstanden war, liegt jedoch nichts vor. Die Versammlung wurde vom Vizepräsidenten an Stelle des zurückgetretenen Präsidenten geleitet und die Statutenänderung ja dann beim Handelsregisteramt angemeldet.

Umstritten ist, ob die Unterlassung der Angabe oder die mangelhafte Angabe eines Behandlungsgegenstandes die Beschlussfassung darüber nichtig oder bloss anfechtbar mache. Die herrschende Ansicht nimmt bloss Anfechtbarkeit an (vgl. WIELAND, Handelsrecht 11 S. 103/4 N. 43, mit Hinweis auf die Praxis des deutschen Reichsgerichts). Ob diese Ansicht der Wichtigkeit der Einführung einer persönlichen Haftung nach dem geltenden schweizerischen Genossenschaftsrecht hinreichend Rechnung trage, ist fraglich. Das kann aber offen bleiben, da eine dahingehende Rüge vor Bundesgericht von keiner Seite erhoben wird und anscheinend auch in kantonaler Instanz nicht erhoben worden ist. Insbesondere hat Walter Hunziker, der einzige Gründer unter den Rekursgegnern, weder an der Versammlung vom 17. Juli 1943 noch in Beschwerde und Rekurs irgendwelche Mängel des Einberufungsverfahrens gerügt. In dieser Hinsicht müsste übrigens angesichts der unangefochten gebliebenen Eintragung im wesentlichen gelten, was oben zur Frage der Nichtigkeit mangels des gesetzlichen Quorums ausgeführt wurde. Zumal die erst seit der Statutenänderung beigetretenen Genossenschafter müssen diese Haftung gemäss dem Registereintrag gelten lassen, da für sie überhaupt nichts auf die Art der Beschlussfassung mehr ankommt, sondern nur darauf, dass sie von den statutarischen Haftungsverhältnissen richtig unterrichtet waren (Erw. 6).

12.- Einzelne Beschwerdeführer haben die am 17.

Seite: 48

Juli 1943 eingeführte persönliche Haftung auch noch um des Inhaltes willen beanstandet. In der Tat entspricht die statutarische Haftungsnorm nicht dem Art. 870 Abs. 2 OR. Sie trägt dem Umstande, dass Anteilscheine ausgegeben wurden und einzelne Genossenschafter mehr als einen Anteilschein besitzen mögen, keine Rechnung. Allein diese Regelwidrigkeit verstösst nicht gegen grundlegende Bestimmungen und ist von der kantonalen Aufsichtsbehörde mit Recht nicht als Nichtigkeitsgrund betrachtet worden. Die statutarische Haftungsnorm hält sich einfach an die Regel des Art. 870 Abs. 1 OR, indem sie von der in Abs. 2 vorgeschriebenen Abstufung des Haftungsbetrages nach dem Besitz jedes Genossenschafter an Anteilscheinen absieht. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Handelsregisterführer, als ihm die Statutenrevision angemeldet wurde, eine Anpassung der Haftungsnorm an Art. 870 Abs. 2 OR hätte verlangen dürfen und sollen. Nach unangefochten gebliebener Eintragung gilt die Haftung, wie sie in den Statuten festgelegt ist.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer:

1.- Der Rekurs des Konkursamtes wird dahin gutgeheissen, dass der angefochtene Entscheid, soweit angefochten, aufgehoben und ... die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

2.- Die bundesgerichtlichen Kosten, bestehend in:

a) einer Gerichtsgebühr von Fr. 500.-, werden der Konkursmasse zur vorschussweisen Bezahlung auferlegt, mit Rückgriff auf sämtliche Rekursgegner zu gleichen Teilen, mit Solidarhaft.

Vorbehalten bleibt eine andere Ordnung des Rückgriffs im Endentscheid