

Atypische und widerrechtliche Genossenschaften und Vereine sowie ihre registerrechtliche Behandlung¹

Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich

Inhalt

- A. Typus und Begriff im Gesellschaftsrecht
 - 1. Zur Terminologie
 - 2. Unterschiedliche Typbindung bei den einzelnen Gesellschaftsformen
 - 3. Die praktische Bedeutung von Begriff und Typus
- B. Zur registerrechtlichen Behandlung atypischer und rechtswidriger Gesellschaften
 - 1. Der Grundsatz
 - 2. Zur Kognitionsbefugnis des Registerführers
- C. Typus und Begriff der Genossenschaft und des Vereins
 - I. Typus und Begriff der Genossenschaft
 - 1. Der dem schweizerischen Genossenschaftsrecht zugrunde liegende Typus
 - 2. Der Genossenschaftsbegriff (Übersicht)
 - 3. Nicht geschlossene Mitgliederzahl
 - 4. Wirtschaftliche Zielsetzung
 - 5. Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen
 - 6. Förderung in gemeinsamer Selbsthilfe
 - 7. Schlussfolgerung
 - II. Typus und Begriff des Vereins
 - 1. Der Typus des Vereins
 - 2. Der Vereinsbegriff
 - 3. Wirtschaftliche Zielsetzung und kaufmännisch-unternehmerische Tätigkeit insbesondere

Fragt man sich, wie atypische und widerrechtliche Genossenschaften und Vereine durch den Registerführer zu behandeln sind, dann stellen sich vorab zwei Vorfragen:

- Was ist unter dem «Typus», was unter dem «Begriff» im Gesellschaftsrecht zu verstehen? Dazu lit. A.
- Wie weit gehen das Recht und die Pflicht des Registerführers, einzuschreiten bei Erscheinungsformen, die den Vorstellungen des Gesetzgebers zuwiderlaufen? Dazu lit. B.

Auf dieser Basis sind dann der Typus und der Begriff von Genossenschaft und Verein im schweizerischen Recht zu entwickeln und ist zu prüfen, wie der Registerführer atypischen oder rechtswidrigen Regelungen begegnen soll. Dazu lit. C.

¹ Nach einem Referat vor der Konferenz der Schweiz. Handelsregisterbehörden vom 3. September 1981.

A. Typus und Begriff im Gesellschaftsrecht

1. Zur Terminologie

a) Die Frage, welche Bedeutung neben dem *Begriff* und damit namentlich der Legaldefinition der verschiedenen Gesellschaften ihrem *Typus* zukommen soll, ist vor allem in der BRD², in den sechziger und frühen siebziger Jahren aber auch in der Schweiz³ intensiv diskutiert worden. Eine *unité de doctrine* wurde dabei nicht erzielt.

In unserem Zusammenhang erübrigt es sich, auf die verschiedenen in der Literatur entwickelten Ansichten einzugehen. Für die *Rechtsanwendung* sind nämlich die Erörterungen zur Typuslehre von *geringer Bedeutung* geblieben⁴. Für die *Registerpraxis* gilt dies – wie noch zu zeigen sein wird⁵ – ganz beson-

² Vgl. statt vieler *Heinz Paulick*: Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung (Tübingen 1954).

³ Vgl. etwa *Rolf Bär*: Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II 321 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz*: Einführung in das schweizerische Aktienrecht (2. A. Bern 1980) § 2; *Peter Jäggi*: Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31 (1958/59) 57 ff.; ders.: Von der atypischen Aktiengesellschaft, in: Festgabe Jeger (Solothurn 1973) 563 ff.; *Pierre Jolidon*: Problèmes de structure dans le droit des sociétés; Portée et limites de la théorie des types, ZSR 87 II (1968) I 427 ff.; *Arnold Koller*: Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht (Diss. Freiburg i. Ue. 1966); *Arthur Meier-Hayoz*: Zur Typologie im Aktienrecht, in: Festgabe Bürgi (Zürich 1971) 243 ff.; *Meier-Hayoz/Schluép/Ott*: Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZSR 90 (1971) I 306 ff.; *Peider Mengiardi*: Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, ZSR 87 (1968) II 1 ff., insb. 64 ff.; *Walter Ott*: Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts (Diss. Zürich 1972 = ASR 412); *Walter R. Schluép*: Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, in: Festgabe Obrecht (Solothurn 1961) 9 ff.; ders.: Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, SAG 33 (1960/61) 137 ff., 170 ff., 188 ff.; *Werner von Steiger*: Gesellschaftsrecht, allgemeiner Teil sowie besonderer Teil: Personengesellschaften, in: Schweiz. Privatrecht Bd. VIII/1 (Basel/Stuttgart 1976) 211 ff., 301 ff.; *Hans A. Vogel*: Die Familienkapitalgesellschaften (Diss. Zürich 1974 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 4) 31 ff.

⁴ Vgl. die (wohl allzu kritischen) Ausführungen in BGE 95 II 163 f. und 560 f.; *Meier-Hayoz*, Typologie (zit. Anm. 3) 262 ff.; *Forstmoser/Meier-Hayoz* (zit. Anm. 3) § 2 N 40 f.; *Peter Forstmoser*: Schweizerisches Aktienrecht Bd. I/1, Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals (Zürich 1981) § 2 N 14 ff.

⁵ Vgl. die Ausführungen zur beschränkten Kognitionsbefugnis, nachstehend lit. B.

ders. Vorab seien nun aber die Begriffe in Erinnerung gerufen:

b) Unter «*Typus*» versteht man das Leitbild, welches dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einer Gesellschaftsform vorschwebte, die Modellvorstellung also, die der konkreten Ordnung zugrunde liegt⁶. Dabei ist freilich schon umstritten, ob es solche Leitbilder überhaupt gibt und wie sie allenfalls aussehen sollen⁷.

c) Der *Begriff* dagegen umfasst diejenigen Elemente, die erfüllt sein müssen, damit eine bestimmte Gesellschaftsform – eine Genossenschaft, eine AG, ein Verein... – überhaupt besteht. Der Begriff schlägt sich nieder in der *Legaldefinition*, allenfalls ergänzt durch Präzisierungen, die sich aus besonders wichtigen weiteren zwingenden Rechtsnormen ergeben.

In den *Begriff* einer Gesellschaft können die *Typuselemente in mehr oder minder starkem Ausmass Eingang finden*⁸: So ist etwa für die AG unbestritten, dass zu ihrem Typus die Merkmale der *Kapitalbezogenheit* und der *wirtschaftlichen Zielsetzung* gehören^{8a}. Das erste dieser Elemente ist in den *Gesellschaftsbegriff* aufgenommen und durch verschiedene zwingende Normen des Aktienrechts konkretisiert worden⁹. Das zweite erwähnte Typusmerkmal ist dagegen im gesetzlichen Begriff der AG nicht zwingend verankert. Im Gegenteil hält OR 620 III ausdrücklich fest, es könne die AG «*auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet*» werden.

d) In der *Rechtswirklichkeit* zeigt sich der Unterschied zwischen Begriffs- und Typusmerkmalen darin, dass die *Begriffselemente einer Gesellschaft ausnahmslos realisiert sein müssen, nicht aber die Typusmerkmale*: Letztere geben nur die allgemeine Richtung an, von der im Einzelfall mehr oder minder stark abgewichen werden kann¹⁰. Dies deckt sich mit der trivialen Feststellung, dass es zwar atypische Gesellschaften geben darf, nicht aber solche, die die gesetzlichen Begriffselemente nicht erfüllen¹¹.

2. Unterschiedliche Typbindung bei den einzelnen Gesellschaftsformen

a) Die Bindung des *Gesellschaftsbegriffs* an das dahinter stehende Leitbild, den *Typus*, ist – das wurde schon angetönt – bei den einzelnen Gesellschaftsformen des schweizerischen Rechts sehr unterschiedlich verwirklicht worden:

b) Eine ausgesprochen *schwache Typbindung* weist das *Aktienrecht* auf. Anders ausgedrückt: Die AG ist sehr elastisch ausgestaltet. Dementsprechend fällt es auch schwer, den Typus, der dem schweizerischen Aktienrecht zugrunde liegt, überhaupt zu eruieren. Nach herrschender Ansicht ist es zwar «unzweifelhaft, dass der Gesetzgeber bei der Regelung des Aktienrechts die Publikumsgesellschaft im Auge gehabt hat»¹². Diese Auffassung ist aber nicht unbestritten geblieben¹³ und in BGE 95 II 560f. sehr in Frage gestellt worden. Ja es ist sogar verneint worden, dass das schweizerische Aktienrecht überhaupt auf einen Typus ausgerichtet ist¹⁴.

⁶ Vgl. statt vieler und grundlegend *Koller* (zit. Anm. 3) 11ff.

⁷ Vgl. dazu die Ausführungen zum Aktienrecht nachstehend bei Anm. 12–14.

⁸ Vgl. dazu Ziff. 2 hienach.

^{8a} Vgl. etwa *Meier-Hayoz/Schlupe/Ott* (zit. Anm. 3) 299ff., 302; *Forstmoser/Meier-Hayoz* (zit. Anm. 3) § 2 N 10ff.; *Forstmoser*, Aktienrecht (zit. Anm. 4) § 2 N 7 und schon die bundesrätliche Botschaft (zit. hinten Anm. 57) 81f.

⁹ Vgl. die Definition von OR 620 I, wo ausdrücklich auf das zum voraus bestimmte Kapital, Grundkapital, hingewiesen wird. Welches Gewicht diesem bei der AG beigemessen wird, zeigt sich etwa in einem Vergleich mit der Definition der Genossenschaft (vgl. OR 828 I), wo nur von den Mitgliedern, nicht aber von der Kapitalbasis gesprochen wird. Das Typus- und Begriffsmerkmal der Kapitalbezogenheit ist in weiteren aktienrechtlichen Bestimmungen konkretisiert, so etwa in OR 620 (Verpflichtung der Aktionäre nur zu den statutarischen Leistungen, keine persönliche Haftung) und OR 680 I (Liberierung als einzige Pflicht des Aktionärs), sodann in den zahlreichen zwingenden Kapitalschutzvorschriften (OR 659: Verbot des Erwerbs eigener Aktien; OR 680 II: Rückzahlungsverbot; OR 662ff.: besondere Anforderungen an die Rechnungslegung; OR 671ff.: Reservebildungspflicht).

¹⁰ So gibt es – freilich selten – gemeinnützige Aktiengesellschaften. Diese sind zwar atypisch, aber nicht begriffswidrig.

¹¹ Die Begriffselemente gehören daher zum zwingenden Recht einer Gesellschaft, vgl. dazu auch nachstehend bei Anm. 24f.

¹² *Arthur Meier-Hayoz*: Personengesellschaftliche Elemente im Recht der AG, in: Festschrift Hug (Bern 1968) 377ff., 384; ähnlich etwa *Bär* (zit. Anm. 3) 470, 493; *Max Gutzwiller*: Gedanken zur Typologie des Gesellschaftsrechts, SJZ 67 (1971) 134ff.; *Jäggi*, Atypische AG (zit. Anm. 3) 564f.; *Mengiardi* (zit. Anm. 3) 159. Weitere Literatur bei *Ott* (zit. Anm. 3) 111f.

¹³ Vgl. etwa *Alain Hirsch*: Problèmes actuels du droit de la société anonyme..., ZSR 85 (1966) II 1ff., 6f. sowie ders. in ZSR 87 (1968) II 691f. und *Vischer/Rapp*: Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts (Bern 1968) 213ff.

¹⁴ Vgl. *Jolidon* (zit. Anm. 3) 552f.; ferner auch *Vischer/Rapp* (zit. Anm. 13) 213ff. und *Max Kummer* in ZBJV 115 (1979) 221: «Das Typische an der Aktiengesellschaft ist, dass ihr das Typische fehlt.» Kritisch auch BGE 95 II 164 und 560, im Gegensatz zu BGE 91 II 305.

Die AG ist damit zur eigentlichen «bonne à tout faire» des schweizerischen Gesellschaftsrechts geworden. Sie steht für die *unterschiedlichsten Bedürfnisse und Organisationsformen* zur Verfügung – vom Einmann-¹⁵ bis zum Publikumsunternehmen, von der personenbezogenen Organisation, in der zwar nicht *de iure*, wohl aber *de facto* die Selbstorganschaft verwirklicht ist, bis zur reinen Kapitalpumpe.

c) Das *Gegenstück* hierzu ist die *Genossenschaft*. Diese ist stärker als jede andere Gesellschaftsform des schweizerischen Rechts an einem vorgegebenen Typus orientiert und an diesen gebunden worden¹⁶. Der Berichterstatter der nationalrätlichen Kommission hat das primäre Anliegen der Revision im Genossenschaftsrecht – das sich wie ein roter Faden durch die Gesetzgebungsarbeiten der Jahre 1919–1936 hindurchgezogen hat¹⁷ – plastisch zum Ausdruck gebracht, wenn er erklärte, man habe «mit flammendem Schwert und heiligem Eifer alles aus dem Genossenschaftsparadies» vertreiben wollen, «was nicht einwandfrei als echt kooperativ ausgewiesen ist»¹⁸. Entsprechend wurden schon in der Legaldefinition, dann aber auch in weiteren Bestimmungen zwingenden Rechts zahlreiche genossenschaftliche Wesenszüge für rechtsverbindlich erklärt. Darauf ist zurückzukommen¹⁹.

d) Eine *Mittelstellung* nimmt in dieser Hinsicht der *Verein* ein: Zwar hatte der Gesetzgeber bei dessen Ausgestaltung ein klares Bild vor Augen: das der personenbezogenen Organisation zu sogenannten idealen – kulturellen, gemeinnützigen, geselligen, politischen... – Zwecken. Diese Zielsetzung hat sich auch in der gesetzlichen Regelung niedergeschlagen. Im Interesse einer möglichst freiheitlichen Ordnung, einer Struktur, die sich an die verschiedenartigsten Bedürfnisse anpassen sollte, wurde aber auf weite Strecken darauf verzichtet, die typische Ausgestaltung des Vereins für zwingend zu erklären. Vielmehr ist das Vereinsrecht weitestgehend als dispositives Recht ausgeformt worden. Dies schien vor allem des-

halb unproblematisch, weil der Verein – nach einer klaren und zwingenden Stellungnahme des Gesetzgebers – ausschliesslich für nicht wirtschaftliche Aufgaben zur Verfügung stehen sollte²⁰. Damit schien die Gefahr, dass Dritte oder auch die Beteiligten selbst wegen Mängeln in Organisation und Aufbau zu Schaden kommen könnten, verhältnismässig gering²¹.

e) Die *mehr oder minder starke Typbindung einer Gesellschaftsform ist entscheidend für die Frage, wie weit atypische Gebilde zugelassen werden oder nicht*. Damit ist der Bereich möglicher atypischer Ausgestaltungen nach dem vorstehend Ausgeführten im Aktienrecht besonders gross und auch im Vereinsrecht erheblich. Die Genossenschaft dagegen erscheint zwingend auf einen bestimmten Typus festgelegt. Ein Blick auf die Realität²² zeigt freilich, dass dem nicht so ist. Die Gründe hiefür sind noch näher zu prüfen²³.

Die Typbindung entscheidet ferner über die *praktische Bedeutung*, die dem *Typus* einer Gesellschaftsform neben ihrem Begriff *zukommt*:

3. Die praktische Bedeutung von Begriff und Typus

a) Die Bedeutung des *Begriffs* einer Gesellschaft und insbesondere ihrer *Legaldefinition* ist klar: Die Legaldefinition steckt den Rahmen ab, in welchem sich ein Rechtsinstitut entwickeln kann. Ihr Inhalt bildet *zwingendes Recht*²⁴, und zwar insofern besonders bedeutsames zwingendes Recht, als die Erfüllung ihrer Elemente entscheidend ist für die rechtliche Qualifizierung eines Sachverhalts²⁵.

Erfüllt eine Gesellschaft die Elemente der Legaldefinition (einschliesslich des allenfalls konstitutiven Registereintrages), so untersteht sie vollumfänglich und – allfällige gesetzliche Verweisungen und Spezialgesetze vorbehalten – ausschliesslich dem Recht

¹⁵ Eine Gesellschaft liegt hier eigentlich gar nicht vor, sondern vielmehr ein rechtlich verselbständigtes Sondervermögen.

¹⁶ Vgl. dazu etwa *Peter Forstmoser: Die Genossenschaft – Anachronismus oder Rechtsform der Zukunft?*, SAG 46 (1974) 155 ff., 157 sowie ders.: Hundert Jahre schweizerisches Genossenschaftsrecht, in: Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht (Freiburg i. Ue. 1982) 307 ff., 319 ff.

¹⁷ Hiezu *Forstmoser*, Hundert Jahre schweizerisches Genossenschaftsrecht (zit. Anm. 16) 319 ff.

¹⁸ StenBull NR 1934, 752.

¹⁹ Hinten C.I.2.–6.

²⁰ ZGB 60 I.

²¹ Vgl. aber hiezu die Ausführungen hinten C.II.3.

²² Man denke etwa an die als Genossenschaften organisierten Grossverteiler im Konsumsektor oder an Bankgenossenschaften wie die Schweizerische Volksbank.

²³ Hinten C.I.5. und 6.

²⁴ Vgl. *Forstmoser*, Aktienrecht (zit. Anm. 4) § 1 N 9; das Bundesgericht hat dies für die gesetzlichen Definitionen der Gesellschaftsformen mehrfach bestätigt, vgl. BGE 92 I 404 E 4, 74 I 519, 73 I 314 f., 63 II 93 f.

²⁵ Für die Körperschaften des OR ist dieser Grundsatz freilich durch die an den Handelsregistereintrag geknüpften Rechtsfolgen stark abgeschwächt, vgl. dazu *Forstmoser*, Aktienrecht (zit. Anm. 4) § 11 N 113 ff.

der betreffenden Gesellschaft, und zwar auch dann, wenn sie als atypisch erscheint^{25a}.

In der BRD ist freilich die Ansicht vertreten worden, es seien auf *atypische Gesellschaften* nicht nur die Normen der gewählten, sondern *kombiniert* damit auch die *anderer Gesellschaftsformen* anzuwenden²⁶. In der Schweiz hat diese Auffassung – von einer wohl mehr zufälligen Aussage *Siegwarts*²⁷ abgesehen – jedoch nie Fuss fassen können. Das Bundesgericht hat zwar in einer einzelnen Frage eine Kombination der Rechtsregeln verschiedener Gesellschaftsformen vorgenommen: In BGE 82 II 307 wendete es das genossenschaftsrechtliche Prinzip der offenen Tür analog auf ein in die Rechtsform des Vereins gekleidetes Kartell an, nachdem bereits ein obiter dictum in BGE 76 II 294f. in diese Richtung gewiesen hatte. Dieser Entscheid ist jedoch auf scharfe Kritik gestossen²⁸ und hat meines Wissens nirgends Zustimmung gefunden²⁹. Ein entsprechender Sündenfall eines Gerichts aus neuerer Zeit ist denn auch nicht zu verzeichnen.

b) Damit ist die praktische Bedeutung des Typs stark eingeschränkt: *Für die Grenzziehung zwischen Erlaubtem und Unerlaubtem gibt der Typus einer Gesellschaft nichts her*: Auch völlig atypische Gesellschaften sind rechtmässig, soweit der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, ein Typusmerkmal durch *zwingendes Recht* zu fixieren³⁰. Die Schranken freier privater Rechtsbildung richten sich daher auch im Ge-

sellschaftsrecht nach den Regeln von *OR 19 II*³¹ und *nicht nach Leitbildern*, die den einzelnen Gesellschaftsformen zugrunde liegen.

Mit *Meier-Hayoz/Schluep/Ott*³² ist somit festzuhalten: «Dem Typus kommt nicht der Rang einer bisher unbekanntenen Schranke der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht zu. Die generelle Grenze der Zulässigkeit privater Gestaltungen wird (unter anderem) durch den *Begriff* (die Gesellschaftsform) fixiert.»

c) Immerhin ist die Beachtung des Typus einer Gesellschaft für die Praxis³³ nicht bedeutungslos: Hilfreich kann sie für die *Auslegung* sein, hier insbesondere auch für den Entscheid der Frage, ob eine Rechtsnorm zwingender oder nicht zwingender Natur ist. Ein Beispiel zu den hier besonders interessierenden Organisationsformen der Genossenschaft und des Vereins:

OR 885 bestimmt für die Genossenschaft: «Jeder Genossenschafter hat in der Generalversammlung... eine Stimme.» Eine entsprechende, fast gleichlautende Norm findet sich im Vereinsrecht, ZGB 67 I: «Alle Mitglieder haben in der Vereinsversammlung das gleiche Stimmrecht.» Bei beiden Bestimmungen wird nicht ausdrücklich festgehalten, ob es sich um zwingendes oder dispositives Recht handeln soll. Eine gleiche Antwort in beiden Fällen scheint sich aufzudrängen.

Lehre³⁴ und Praxis³⁵ sind nun aber übereinstimmend zum gegenteiligen Resultat gelangt: Während im Recht der Genossenschaft das Kopfstimmprinzip zwingender Natur ist, sollen im Vereinsrecht statutarische Abweichungen zulässig sein. Begründet werden diese unterschiedlichen Folgerungen mit dem Hinweis auf die ungleich starke Typbindung von Genossenschaft und Verein: Im *Genossenschaftsrecht* lag

^{25a} Vgl. statt vieler *Jäggi*, Ungelöste Fragen (zit. Anm. 3) 70; *Meier-Hayoz* (zit. Anm. 3) 248 ff.

²⁶ Vgl. *Paulick* (zit. Anm. 2) passim.

²⁷ *Alfred Siegwart*: Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform..., Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweiz. Juristenvereins 1943 (Freiburg i. Ue. 1943) 173 ff., 178, der davon ausgeht, dass es unter den Gesellschaften zahlreiche Mischformen gibt, bei denen es angezeigt sein soll, «eine gewisse Kombination der beidseitig geltenden Rechtsregeln durchzuführen».

²⁸ Vgl. *Peter Forstmoser*: Berner Kommentar zum Genossenschaftsrecht, Lieferung 1 (Bern 1972) Syst. Teil N 637 und die dortigen Literaturangaben sowie etwa *Robert Briner* in WR 16 (1964) 80f. und *Erik Birgelen*: Die Beeinträchtigung der handelsrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch das Steuerrecht (Diss. Zürich 1970) 12f.

²⁹ Materiell ist er heute überholt durch KG 6 II.

³⁰ Eine andere Ansicht hat in der Schweiz m. W. nur *Mario M. Pedrazzini*: Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft?, SJZ 52 (1956) 369 ff. vertreten: *Pedrazzini* erblickt für die stille Gesellschaft eine Grenze in der freien Ausgestaltung darin, «dass die typische Machtlage nicht umgestaltet werden darf...» (371). Zur Kritik vgl. *Forstmoser*, Aktienrecht (zit. Anm. 4) § 2 N 17ff.

³¹ Freiheit der Ausgestaltung, soweit das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst.

³² Zit. Anm. 3, 321.

³³ Von besonderer Bedeutung ist die Herausarbeitung des Typus für Gesetzgebung, Unterricht und Doktrin, vgl. dazu *Meier-Hayoz*, Typologie (zit. Anm. 3) 262 ff. und *Forstmoser/Meier-Hayoz* (zit. Anm. 3) § 2 N 24 ff.

³⁴ Vgl. für die Genossenschaft die umfassende Übersicht bei *Christoph Pestalozzi*: Mehrstimmrecht in Generalversammlung und Urabstimmung der Genossenschaft (Diss. Zürich 1977 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 21) 36 Anm. 120; für den Verein *Anton Heini*: Die Vereine, in: Schweiz. Privatrecht Bd. II (Basel/Stuttgart 1967) 545.

³⁵ Vgl. BGE 67 I 267f., 72 II 103f.

dem Gesetzgeber daran, das traditionell zum Genossenschaftsgedanken gehörende Prinzip «one man one vote»³⁶ gesetzlich unabänderlich zu verankern. Mit Bezug auf das *Vereinsrecht* wird dagegen der Wille des Gesetzgebers betont, eine flexible Ordnung zur Verfügung zu stellen. Dieser privatrechtlichen «Vereinsfreiheit» entsprechend soll daher das Stimmrecht nicht gesetzlich zwingend normiert werden.

Insofern – aber nur insofern und keineswegs generell – kann somit der Typus von Bedeutung sein für die Abgrenzung zwischen dem rechtlich Erlaubten und rechtswidrigen Abweichungen von gesetzlich Vorgegebenem.

B. Zur registerrechtlichen Behandlung atypischer und rechtswidriger Gesellschaften

1. Der Grundsatz

Mit Bezug auf die registerrechtliche Behandlung «ungewöhnlicher» Gesellschaften gilt nach dem vorstehend Ausgeführten als Ausgangspunkt das folgende:

- *Nicht zu beanstanden* sind bloss *atypische Formen*, auch wenn konsequent im Rahmen des gesamten dispositiven Rechts von der gesetzlichen Ordnung abgewichen wird.
- *Einschreiten* kann der Registerführer somit nur dann, wenn eine *zwingende gesetzliche Vorschrift*, insbesondere ein *Element der Legaldefinition verletzt* wird.

Typuselemente werden damit nur insoweit bedeutsam, als sie in zwingenden Bestimmungen ihren Niederschlag gefunden haben.

Steht vorab fest, dass der Registerführer nur bei Rechtswidrigkeit, nicht bei blosser Atypizität einschreiten kann, dann stellt sich die weitere Frage, ob seine Kognition im Bereich der Prüfung der materiellrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung (und nur um diese geht es hier) umfassend ist oder ob sie sich auf bestimmte qualifizierte Rechtsverletzungen beschränkt:

³⁶ *Heini* (zit. Anm. 34) 545 spricht von einem unantastbaren Dogma; vgl. nun aber *Pestalozzi* (zit. Anm. 34) passim. Das 1973 revidierte deutsche Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften sieht neu unter gewissen Voraussetzungen ein Mehrstimmrecht mit bis zu drei Stimmen vor.

2. Zur Kognitionsbefugnis des Registerführers

a) Trotz des allgemein gehaltenen Wortlauts von OR 940 und HRV 21³⁷ schränken die bundesgerichtliche Praxis und – ihr folgend – die herrschende Lehre die Prüfung der materiellrechtlichen Voraussetzungen durch den Handelsregisterführer in mehrfacher Hinsicht ein:

aa) Danach darf der Registerführer eine Eintragung aus materiellrechtlichen Gründen nur dann abweisen, wenn eine *offensichtliche und unzweideutige*³⁸ *Rechtswidrigkeit*³⁹ vorliegt. Wo eine mehrfache Auslegung möglich oder die Frage der Rechtsverletzung nicht liquid ist, muss eingetragen werden und die Entscheidung dem Richter aufgrund einer Klage⁴⁰ vorbehalten bleiben⁴¹.

³⁷ Danach hat der Registerführer zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind.

³⁸ Kritisch zu dieser Formulierung *Rolf Bär*: Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, in: *Der Bernische Notar* Nr. 4/1978 410ff., 427.

³⁹ Oder eine entsprechende Verletzung der guten Sitten.

⁴⁰ BGE 67 I 345f., vgl. auch BGE 100 Ib 39 und 86 I 107.

⁴¹ Vgl. etwa BGE 107 II 248, 100 Ib 38, 91 I 362, 86 I 107 (mit weiteren Hinweisen); aus der Literatur etwa *Eduard His*: *Berner Kommentar zu Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännischer Buchführung* (Bern 1940) Art. 940 N 26ff.; *René Couchepin*: *Die Praxis des Bundesgerichts in Handelsregistersachen* (Zürich 1946) 11ff.; ders. in SAG 21 (1948/49) 201ff.; *Thomas Schneider*: *Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden* (Diss. Zürich 1959) 266f.; *Ernst Frey*: *Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers nach schweiz. Recht* (Diss. Basel 1941, MaschSchr) 54ff.; *Robert Maurer*: *Die Kognition des Handelsregisterführers* (Diss. Zürich 1941) 95ff.; *Peter Beck*: *Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der Aktiengesellschaft* (Diss. Zürich 1954 = ZBR 188) 26f., 122ff.; *Werner Scherrer*: *Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, Wirtschaft und Recht* 15 (1963) 50ff., 63; *Suzanne Wetenschwiler*: *Die stille Liquidation der Aktiengesellschaft* (Diss. Zürich 1982 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 68) 56f.; *Forstmoser*, *Aktienrecht* (zit. Anm. 4) § 11 N 69. – Eine recht weitgehende Kognitionsbefugnis nahmen die Registerbehörden in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des revOR im Bereich des Genossenschaftsrechts für sich in Anspruch; vgl. zwei in SAG 17 (1944/45) 142ff. und 18 (1945/46) 93ff. referierte Entscheide, in denen die Eintragung von Genossenschaften trotz Erfüllung der formellen Voraussetzungen wegen Fehlens des genossenschaftlichen Charakters verweigert wurde. Damit erfolgte die Abweisung der Eintragungsbegehren genau besehen nicht einmal wegen Widerrechtlichkeit, sondern wegen Atypizität! (Im zweiten Fall war freilich auch die gewählte Firma täuschend, vgl. hinten Anm. 87.) Aus neuerer Zeit sind keine entsprechenden Entscheide bekannt.

bb) Nicht zurückweisen darf der Registerführer eine Anmeldung, wenn nur Bestimmungen dispositiven Rechts verletzt sind⁴². Aber selbst bei der Missachtung von *eindeutig zwingendem Recht* darf der Handelsregisterführer nur einschreiten, wenn dieses zur *Wahrung öffentlicher Interessen oder im Interesse Dritter statuiert* worden ist und mithin nicht bloss die direkt Beteiligten betroffen sind^{43, 44}.

Qualifiziert zwingend in diesem Sinne ist etwa das Verbot widerrechtlicher Zwecke⁴⁵ oder täuschender Firmen⁴⁶. Im einzelnen bereitet die Entscheidung, ob zwingendes Recht im öffentlichen Interesse oder nur zum Schutze von einzelnen Privaten normiert wurde, freilich Schwierigkeiten, und die Praxis hiezu ist nicht einheitlich⁴⁷.

b) *Gegen diese Einschränkung der Kognitionsbefugnis* und besonders gegen die Beschränkung auf Normen, die der Wahrung der Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit dienen, haben sich vor kurzem mit eingehender Begründung *Rolf Bär*⁴⁸ und – diesem folgend – *Katharina Schoop*⁴⁹ gewendet. Das Bundesgericht ist jedoch auf die beachtlichen Argumente für eine Erweiterung des Kognitionsbereiches nicht eingetreten, sondern hat seine bisherige Praxis auch in neuesten Entscheiden bestätigt⁵⁰, ohne diese Kritik auch nur zu erwähnen.

⁴² Vgl. BGE 91 I 362; BGer in SJZ 36 (1939/40) 275f. = SAG 12 (1939/40) 176ff.; *Beck* (zit. Anm. 41) 27; *Schneider* (zit. Anm. 41) 269, 284; *Frey* (zit. Anm. 41) 64f.; *His* (zit. Anm. 41) Art. 940 N 27f.

⁴³ BGE vom 29.6.1982, publiziert in SAG 55 (1983) 32; BGE 107 II 247, 91 I 362; *Schneider* (zit. Anm. 41) 269ff.

⁴⁴ Immerhin erfährt die Kognitionsbefugnis und -pflicht des Registerführers dadurch eine gewisse Erweiterung, dass die Begriffe «*öffentliches Interesse*» und «*Interesse Dritter*» durch die Gerichtspraxis *extensiv ausgelegt* werden. So wird etwa in BGE 107 II 246ff., 249f. erklärt, die Sechsmonatsfrist zur Einberufung der ordentlichen Generalversammlung (OR 699 II) diene «mittelbar dem Schutz Dritter sowie öffentlicher Interessen».

⁴⁵ *Maurer* (zit. Anm. 41) 70.

⁴⁶ Vgl. BGE 100 Ib 33f., 95 I 276ff.

⁴⁷ Vgl. SJZ 36 (1939/40) 275f., wo die Formvorschriften über die Einberufung der Generalversammlung als nicht im Interesse der Öffentlichkeit liegend taxiert werden; andererseits ZBGR 25 (1944) 118f. Nr. 3, wo in der Nichteinhaltung eines qualifizierten Mehrheitserfordernisses ein Grund für die Verweigerung der Eintragung erblickt wird.

⁴⁸ Zit. Anm. 38, 414ff., insb. 426ff.

⁴⁹ Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen... (Diss. Bern 1981 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 52) 92ff.

⁵⁰ So in BGE 107 II 247f. und im BGE vom 29.6.1982, zit. in SAG 55 (1983) 32ff.

c) Persönlich neige ich – trotz der gewichtigen Gründe, die *Bär* für eine Erweiterung des materiellrechtlichen Prüfungsumfanges ins Feld führt – dazu, die *Kognition des Registerführers* entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis *eng zu fassen*. Dies vor allem deshalb, weil das registerrechtliche Verfahren eben *kein echtes Zweiparteienverfahren* ist, bei dem der Betroffene seinen Standpunkt einer unabhängigen Instanz vorlegen kann. Eine einschränkende Interpretation scheint mir aber auch insofern am Platz, als es grundsätzlich *Sache der Privaten selbst* ist, ihre *Rechte durchzusetzen*. Doch verkenne ich nicht, dass die *Schutz- und Publizitätsfunktionen*, die dem Handelsregister zukommen, für extensive Kognitionsbefugnisse sprechen.

d) Erwähnt sei noch, dass sich der Registerführer grundsätzlich und ohne besondere Anhaltspunkte *auf die ihm vorgelegten Unterlagen verlassen* darf und soll. Es ist nicht seine Aufgabe, «ohne dass hiezu eine besondere Veranlassung besteht, nachzuprüfen, ob die angemeldeten Tatsachen mit der Wahrheit übereinstimmen... Er ist daher weder verpflichtet noch auch befugt, ohne besondere Veranlassung oder auf blosser un belegte Vermutungen hin eine Anmeldung zu beanstanden und von den Anmeldenden einen Nachweis für die Richtigkeit ihrer Erklärungen zu verlangen. Er hat diese Angaben vielmehr in der Regel als wahrheitsgemäss anzusehen»⁵¹.

Wohl aber kann und soll der Registerführer einschreiten, wenn ihm die Unrichtigkeit von Angaben *bekannt* ist⁵². So kann er etwa die Anpassung von Statuten verlangen, wenn diese den wirklichen Verhältnissen nicht oder nicht mehr entsprechen⁵³. Doch werden Registerbehörden nur ganz ausnahmsweise und eher zufällig von solchen Umständen Kenntnis erhalten.

⁵¹ Nicht amtlich publizierter BGE vom 26.11.1935, zit. nach *Couchepin* (zit. Anm. 41) 12f. und SAG 21 (1948/49) 201; ebenso etwa *Scherrer* (zit. Anm. 41) 58f.; *Schneider* (zit. Anm. 41) 295ff.; *Becker* (zit. Anm. 41) 37ff., 116ff.; *Schoop* (zit. Anm. 49) 93f. und *Wettenschwiler* (zit. Anm. 41) 57.

⁵² Weitergehend *Bär* (zit. Anm. 38) 423f.: Danach hat der Registerführer die nötigen Abklärungen zu treffen und allenfalls zusätzliche Belege anzufordern, sobald er begründete, auf objektiven Indizien gründende Zweifel an der Richtigkeit der gemachten Angaben hat. Bleibt der Tatbestand dabei illiquid, so muss aber auch nach der Auffassung von *Bär* eingetragen werden.

⁵³ Vgl. BGE in SAG 16 (1943/44) 183f. und 21 (1948/49) 133ff.

Im folgenden soll nun näher auf die Verhältnisse bei der Genossenschaft und dem Verein eingegangen werden. Dabei versteht sich nach den bisherigen Ausführungen von selbst, dass in erster Linie von den *Begriffselementen* dieser Gesellschaften die Rede sein soll, von den *Typusmerkmalen* nur insoweit, als sie in zwingenden gesetzlichen Bestimmungen ihren Niederschlag gefunden haben oder für die Auslegung von Bedeutung sind.

C. Typus und Begriff der Genossenschaft und des Vereins

I. Typus und Begriff der Genossenschaft

1. Der dem schweizerischen Genossenschaftsrecht zugrunde liegende Typus

a) Es wurde bereits erwähnt⁵⁴, dass der schweizerische Gesetzgeber das Genossenschaftsrecht *typgerecht* ausgestalten wollte. Dabei sind freilich – was ich an anderer Stelle nachzuweisen versuchte⁵⁵ – zahlreiche Spannungen zwischen polaren Tendenzen in das Genossenschaftsrecht eingeflossen: Die Genossenschaft ist zwar geschaffen für die Tätigkeit im persönlich überschaubaren Raum, doch wohnt ihr eine Tendenz zu Wachstum und Grösse inne. Der genossenschaftliche Betrieb ist typischerweise Hilfsbetrieb (das entspricht dem genossenschaftlichen Förderungsauftrag), doch tendiert die Genossenschaft stets auch zur Verselbständigung als eigene Unternehmung hin. Der Genossenschaft obliegt primär die Förderung ihrer Mitglieder, aber sie versteht sich auch als der Allgemeinheit verpflichtet. Endlich steht die Genossenschaft im Spannungsfeld zwischen der Förderung wirtschaftlicher und der idealer Ziele.

In zwei Punkten aber hat der schweizerische Gesetzgeber *eindeutige Typusmerkmale in das geltende Recht aufgenommen*⁵⁶:

– Er hat die Genossenschaft – als Gegenstück zur AG⁵⁷ – *personalistisch* strukturiert.

– Er hat sie weiter – zumindest im nicht vermögensmässigen Bereich und vor allem bei den Mitwirkungsrechten – rein *körperschaftlich* und damit als Gegensatz zur Anstalt formiert.

b) Wenn betont wurde, dass das Genossenschaftsrecht «typgerecht» ausgestaltet worden ist, dann muss dies *für zwei Genossenschaftsarten modifiziert* werden:

– Bei *Bankgenossenschaften* wurde auf ein klares Verbot kapitalistischer Elemente verzichtet. Vielmehr wurde durch die Aufhebung der Dividendenbeschränkung von OR 859 III⁵⁸ der Grundstein dafür geschaffen, dass zunächst das Mitgliedschaftsverhältnis, darüber hinaus aber die genossenschaftliche Struktur schlechthin rein kapitalbezogen, «aktienrechtlich» ausgestaltet werden können⁵⁹.

– Bei *konzessionierten Versicherungsgenossenschaften* lässt der Gesetzgeber sodann die Abkehr von der körperschaftlichen Struktur und einen anstaltsmässigen Aufbau zu: Gemäss OR 893 I können diese Genossenschaften – soweit sie mehr als tausend Mitglieder zählen – statutarisch «die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder zum Teil der Verwaltung übertragen». Diese erhält damit eine ähnliche Stellung wie ein sich selbst kooptierender Stiftungsrat, der sich nur dem vorgegebenen Zweck verantwortlich fühlt⁶⁰.

c) *Faktisch* ist eine *Abkehr* von der körperschaftlichen Struktur auch bei *mitgliederreichen Grossgenossenschaften* festzustellen. Zwar hat der Gesetzgeber hier keinen ausdrücklichen Entscheid getroffen. Doch hat er gerade durch sein Bestreben, genossenschaftlichen Grundsätzen zum Durchbruch zu verhelfen, auch die Basis für die Erosion solcher Grundsätze gelegt: Zu denken ist an das konsequent durchgeführte Prinzip der einen Stimme pro Kopf⁶¹. Als Garant einer demokratischen Grundordnung zwingend vorgeschrieben erweist sich dieses Prinzip bei der Grossgenossenschaft mit Tausenden von Mitgliedern im Gegenteil als der demokratisch-körperschaftlichen Ordnung abträglich: Während bei der grossen AG eine mehr oder minder wirksame Kontrolle der Verwaltung durch Grossaktionäre erhalten bleibt, erscheint eine analoge Kontrolle durch die Mitglieder der Grossgenossenschaft nahezu unmöglich. Die

⁵⁴ Vorn A.2.c).

⁵⁵ Forstmoser, Kommentar (zit. Anm. 28) Syst. Teil N 60 ff. N 367 ff. und SAG 1974 (zit. Anm. 16) 157 f.

⁵⁶ Vgl. Forstmoser, Kommentar (zit. Anm. 28) Syst. Teil N 374 f., SAG 1974 (zit. Anm. 16) 158.

⁵⁷ So ausdrücklich die Botschaft des Bundesrates über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts vom 21.2.1928 (Bern 1928, Sonderdruck) 81.

⁵⁸ Vgl. OR 861 I.

⁵⁹ Dazu Näheres bei Forstmoser, Kommentar (zit. Anm. 28) N 379 ff. und SAG 1974 (zit. Anm. 16) 159.

⁶⁰ Näheres bei Forstmoser, Kommentar (zit. Anm. 28) Syst. Teil N 393 ff. und SAG 1974 (zit. Anm. 16) 159.

⁶¹ Vgl. vorn bei Anm. 36.

Macht der Generalversammlung ist aufgesplittert auf eine Vielzahl von Gesellschaftern, denen zwar allen das gleiche, aber auch das gleich geringe Gewicht zukommt⁶².

Auch hier zeigt sich als Ergebnis eine *stiftungsähnliche Konzeption*: Die Verwaltung ist von den Mitgliedern unabhängig geworden, sie untersteht faktisch nur noch dem Gesellschaftszweck.

d) Die erwähnten Abweichungen für Bank- und Versicherungsgenossenschaften sowie allgemein für Grossgenossenschaften sind entweder bewusst gesetzlich vorgesehen worden oder zumindest eine Folge der gesetzlichen Ordnung. Im übrigen aber – so scheint es – hat der Gesetzgeber die erwähnten beiden Typusmerkmale (personalistische und körperschaftliche Struktur) konsequent und zwingend – als Begriffselemente – normiert. Die Praxis zeigt freilich, dass sich diese gesetzgeberische Absicht trotz der Strenge des Genossenschaftsrechts *nur zum Teil verwirklicht* hat. Weshalb dem so ist und in welchem Umfang Typabweichungen zugleich eine Rechtswidrigkeit darstellen, soll im folgenden anhand einer Überprüfung der Begriffselemente der Genossenschaft untersucht werden.

2. Der Genossenschaftsbegriff (Übersicht)

a) Die Genossenschaft ist nach der sorgfältig redigierten Legaldefinition⁶³

«eine als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt.»

Ihre begriffsnotwendigen Elemente sind somit die folgenden:

- Die Genossenschaft ist eine *Körperschaft*.
- Sie besteht aus einer *nicht geschlossenen Zahl* von Mitgliedern.
- Ihre Zielsetzung soll – *hauptsächlich* zumindest – *wirtschaftlicher Art* sein.

⁶² Vgl. dazu *Forstmoser* in SAG 1974 (zit. Anm. 16) 159f. und *Pestalozzi* (zit. Anm. 34) 51. Die Entmachtung der Mitglieder gesamtlich wird durch die einschränkenden Stellvertretungsregeln noch gefördert. – Anschauungsmaterial hierzu bieten etwa die Bemühungen des «Migros-Frühling».

⁶³ Zu ihrer Entstehung vgl. *Forstmoser*, Hundert Jahre schweizerisches Genossenschaftsrecht (zit. Anm. 16) 319ff.

– Gefördert werden sollen (wirtschaftliche) *Interessen der Mitglieder*, und zwar in *gemeinsamer Selbsthilfe*.

– Da die *Eintragung in das Handelsregister* Entstehungsvoraussetzung⁶⁴ und eine nicht eingetragene Genossenschaft somit undenkbar ist, rechtfertigt es sich, das Element des *Registereintrages* als weiteres Essentiale zu erwähnen.

Von diesen Begriffselementen sind – soweit ich sehe – die der körperschaftlichen Struktur und des Registereintrages wenig problematisch. Näher zu untersuchen – besonders im Hinblick auf rechtswidrige Abweichungen – sind dagegen die verbleibenden Bestandteile. Dazu im einzelnen folgendes:

3. Nicht geschlossene Mitgliederzahl

a) Durch das in OR 828 verankerte und in OR 839 präzisierte Erfordernis der nicht geschlossenen Mitgliederzahl ist das traditionelle genossenschaftliche Prinzip der *offenen Tür* als zwingendes Begriffsmerkmal in das schweizerische Recht aufgenommen worden.

Nach herrschender Lehre⁶⁵ und neuer bundesgerichtlicher Praxis⁶⁶ gewährt dieses Prinzip dem Ausstehenden freilich *kein klagbares Recht auf Eintritt*. Doch ist die Bestimmung insofern von Bedeutung, als sie ein Ordnungsprinzip beinhaltet, dem die Statuten Rechnung tragen müssen⁶⁷.

Aus der so konkretisierten Tragweite dieser Norm ergibt sich, dass der Registerführer die Eintragung einer Genossenschaft dann ablehnen muss, wenn die Statuten eine *absolut festgesetzte obere Grenze* der Mitgliederzahl festlegen. Im übrigen wird man aber Beschränkungen nicht ohne weiteres ablehnen dürfen⁶⁸:

- Zunächst muss es einer Genossenschaft freistehen, eine *höhere als die gesetzlich vorgesehene Mindestzahl* von sieben Gesellschaftern zu verlangen, sei es

⁶⁴ OR 830; vgl. dazu die Kommentare von *Gutzwiller* und *Forstmoser*.

⁶⁵ Vgl. dazu die ausführlichen Hinweise bei *Peter Forstmoser*: Berner Kommentar zum Genossenschaftsrecht, Lieferung 2 (Bern 1974) Art. 839 N 9ff.

⁶⁶ BGE 98 II 221 ff., im Gegensatz zu BGE 76 II 294f. und 82 II 292ff.

⁶⁷ Vgl. *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 65) Art. 839 N 21ff.

⁶⁸ Näheres bei *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 50ff.

durch die Festlegung von bestimmten Kriterien für deren Bemessung oder auch durch eine absolute Zahl. Im Entstehungsstadium stellt die Erfüllung einer solchen statutarischen Bestimmung eine Gründungsvoraussetzung dar. Ein nachträgliches Absinken unter die statutarisch vorgesehene Grenze kann – wenn dies vorgesehen ist – ein Auflösungsgrund sein. Sind keine Folgen eines Mitgliederschwundes statuiert, bleibt dieser rechtlich ohne Konsequenzen: Die Mindestzahl stellt dann lediglich ein Postulat dar, das in der Gesellschaftspolitik als Leitlinie zu beachten ist.

- Delikater ist die Frage, welche *Beschränkungen nach oben* zulässig sind. M.E. ist trotz des Wortlauts des Gesetzes einer Beschränkung dann zuzustimmen, wenn die Zielsetzung der Genossenschaft sie erfordert und sie zudem eine gewisse Elastizität aufweist⁶⁹. Zumindest scheint mir eine solche Regel klarem Recht nicht zu widersprechen.

Nicht einschreiten kann der Registerführer – ganz gleich wie man seine Kognitionsbefugnis abgrenzen will – gegen *tatsächliche* Verletzungen des Prinzips der offenen Tür: Wenn schon der Richter dagegen keine Sanktionen ergreifen kann⁷⁰, dann umso weniger der Registerführer.

b) Ein Ausfluss des Prinzips der offenen Tür ist das in OR 828 II aufgestellte *Verbot eines festen Grundkapitals*: Wäre das Kapital wie bei der AG in fester Höhe fixiert, so könnte einem Beitrittswilligen der Eintritt in eine Genossenschaft schon deshalb verwehrt sein, weil er keine Möglichkeit hätte, einen Anteil der betreffenden Gesellschaft zu erwerben⁷¹.

Aus dieser ratio ergibt sich m.E., dass Begrenzungen des Grundkapitals *nur insofern unzulässig* sind, als sie eine *Beeinträchtigung des Prinzips der offenen Tür* mit sich bringen. Soweit der Grundsatz der nicht geschlossenen Mitgliederzahl nicht tangiert wird, sind statutarische Bestimmungen über die Höhe des Genossenschaftskapitals zuzulassen⁷².

⁶⁹ Vgl. das Beispiel bei *Fritz von Steiger*: Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechtes (2.A. Zürich 1963) 63 für eine Kreditgenossenschaft: «In der Regel soll die Zahl der Genossenschafter 1% der Einleger nicht überschreiten». Kritisch hiezu *Hans-Peter Friedrich*: Das Genossenschaftskapital im schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Basel 1943) 61.

⁷⁰ Vgl. dazu vorn bei Anm. 65f.

⁷¹ Vgl. *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 28) Syst. Teil N 266, Art. 828 N 118f.

⁷² Ebenso *Friedrich* (zit. Anm. 69) 59; Näheres bei *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 120ff.

So ist es in Lehre und Praxis anerkannt⁷³, dass Genossenschaften in den Statuten ein bestimmtes *Mindestkapital* vorsehen können. Aber auch eine *obere Grenze* dürfte – wie bei der Mitgliederzahl – zumindest dann zulässig sein, wenn sie durch den Genossenschaftszweck gefordert ist und keine starre Schranke darstellt⁷⁴. Darüber hinaus aber wird man eine *zahlenmässige Festlegung des Grundkapitals ganz allgemein dann tolerieren* müssen, wenn das Prinzip der offenen Tür nicht verletzt wird: Solange die Möglichkeit besteht, ohne übermässige Erschwerung Anteilscheine von der Gesellschaft oder vom bisherigen Inhaber zu erwerben, bleibt der Grundsatz der nicht geschlossenen Mitgliederzahl gewahrt. So ist m.E. die Praxis einiger Bankgenossenschaften durchaus legal, das Genossenschaftskapital jeweils in bestimmter Höhe festzusetzen, solange nur durch periodische Kapitalerhöhungen oder einen – börslichen oder ausserbörslichen – Markt dafür gesorgt wird, dass der Erwerb eines Anteils ohne Erschwernis möglich ist.

Eingriffe des Registerführers gegen eine Fixierung des Genossenschaftskapitals sind nur in diesen Schranken zulässig.

4. Wirtschaftliche Zielsetzung

a) Nach der Legaldefinition soll die Genossenschaft «*in der Hauptsache*» *wirtschaftliche Ziele* verfolgen. Diese Formulierung lässt Raum für ideale Zwecke, soweit sie der wirtschaftlichen Zielsetzung unter- oder gleichgeordnet sind.

Selbstverständlich dürfen im Dienst des wirtschaftlichen Zwecks auch *Mittel idealer Art* eingesetzt werden. Dagegen könnte eine Genossenschaft – folgte man dem Gesetzeswortlaut – nicht für vorwiegend ideale Ziele gegründet werden, auch dann nicht, wenn sie mit «wirtschaftlichen» Mitteln⁷⁵ erreicht werden sollen.

b) Gegensätzlich erklärt nun aber HRV 92 II, es sei «die Eintragung von Genossenschaften mit gemeinnützigem Zweck statthaft». Ist diese Bestimmung auf Verordnungsstufe, die – jedenfalls dem

⁷³ Vgl. etwa *Friedrich* (zit. Anm. 69) 60; *Max Gutzwiller*: Zürcher Kommentar zum Genossenschaftsrecht Bd. I (Zürich 1972) 99f.; *F. von Steiger*, Grundriss (zit. Anm. 69) 31; *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 121.

⁷⁴ Ebenso *Friedrich* (zit. Anm. 69) 60; *F. von Steiger*, Grundriss (zit. Anm. 69) 31.

⁷⁵ Etwa dem Betrieb eines Unternehmens.

Wortlaut nach – der Legaldefinition widerspricht, rechtlich zulässig?

Gerichtlich ist die Frage m.W. nie entschieden worden. Die *Literatur* spricht sich im allgemeinen für die Rechtmässigkeit von HRV 92 II aus⁷⁶. Begründet wird dies vereinzelt damit, entscheidend sei, dass die Genossenschaft eine wirtschaftliche *Tätigkeit* ausübe, nicht dagegen, wem das Ergebnis dieser Tätigkeit zukomme⁷⁷. Diese Argumentation beruht auf einer *Verwechslung von Zweck⁷⁸ und Mittel⁷⁹*, einer Verwechslung, wie sie freilich auch dem Bundesgericht in der Praxis zum Vereinsrecht unterlaufen und in BGE 90 II 333 ff. ausdrücklich sanktioniert worden ist⁸⁰. Andere Autoren anerkennen zwar einen gewissen Widerspruch zwischen HRV 92 II und OR 828, rechtfertigen die Regelung auf Verordnungsstufe jedoch damit, dass die gemeinnützige Genossenschaft «eine praktisch unentbehrliche Organisationsform darstelle»⁸¹, dass sich diese Bestimmung «doch wohl nicht in Widerspruch...zum Gesamtaufbau unseres Gesellschaftsrechts»⁸² stelle oder dass Schranken für die Verwendbarkeit einer Rechtsform «nur zum Schutze berechtigter Interessen, nicht aber aus äusserlichen, begrifflichen oder formalistischen Gründen gesetzt werden»⁸³ sollten.

Persönlich habe ich mich – freilich zögernd – ebenfalls für die *Zulässigkeit* dieser Bestimmung entschieden⁸⁴. Dabei war freilich nicht zu übersehen, dass HRV 92 II zum Wortlaut von OR 828 in Widerspruch steht⁸⁵. Doch ging ich davon aus, dass für die Verwendung der Genossenschaft zu gemeinnützigen Zwecken *legitime Interessen* bestehen können, indem die Vereinsform nicht allen Bedürfnissen zu genügen

vermag, noch weniger die AG oder eine andere Organisationsform des schweizerischen Rechts. Entscheidend aber war für mich, dass mit dem Gebrauch der Rechtsform der Genossenschaft für gemeinnützige Zwecke *weder für Dritte noch für die Beteiligten irgendwelche Nachteile* verbunden sind: Das Genossenschaftsrecht ist wesentlich strenger ausgestaltet als das Vereinsrecht. Es enthält mehr zwingende Vorschriften, die Anforderungen an die Formen sind erhöht, Publizität und Kapitalschutz besser ausgestaltet. Wählen die Beteiligten die Genossenschaft anstelle des vom Gesetz vorgesehenen Vereins, dann unterstellen sie sich somit *strengerem Recht*, und es wird der Dritte besser geschützt. Auch ist kaum einzusehen, weshalb der Genossenschaft die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke vorenthalten bleiben sollte, wenn dies der AG erlaubt ist.

Ich muss jedoch gestehen, dass mich im Hinblick auf meine Stellungnahme noch immer leise Zweifel anfechten, steht ihr doch letztlich die Überlegung zu Gevatter, dass «nicht sein darf, was nicht sein soll». Immerhin bin ich darin bestärkt worden durch den inzwischen ergangenen BGE 98 Ib 42 ff., 47, wo das Bundesgericht im Rahmen des Rechts der Anlagefonds ebenfalls die schlichte Negierung eines gesetzlichen Erfordernisses auf Verordnungsstufe sanktioniert und als «durchaus vertretbare Auslegung» bezeichnet hat.

Eindeutig ist zumindest, dass unter diesen Umständen *nicht von klarem Recht gesprochen* werden kann und dass damit der Registerführer auch bei einer weiten Fassung seiner Kognitionsbefugnisse gegen gemeinnützige Genossenschaften nicht einschreiten darf.

c) Im Sinne eines Exkurses sei darauf hingewiesen, dass sich aus dem Grundsatz der Firmenwahrheit und des Täuschungsverbotes⁸⁶ ergibt, dass eine Genossenschaft sich jedenfalls *nur dann als gemeinnützig bezeichnen* oder sonst den Eindruck der Gemeinnützigkeit erwecken darf, wenn sie auch wirklich bedürftigen Dritten ökonomische Vorteile zukommen lassen will. Zu Recht hat daher die Justizdirektion des Kantons Aargau seinerzeit die Firma «Blinden- und Mindererwerbsfähigen-Werkstätten» für eine Genossenschaft abgelehnt, der die Gemeinnützigkeit wie der Selbsthilfekarakter fehlte⁸⁷.

⁷⁶ Vgl. die Übersicht bei *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 127 und *Meier-Hayoz* in SAG 45 (1973) 4.

⁷⁷ So *F. von Steiger*, Grundriss (zit. Anm. 69) 26 und *Eugen Regli*: Die Umwandlung von Genossenschaften in Handelsgesellschaften... (Diss. Bern 1942) 38.

⁷⁸ Förderung der Mitglieder oder Förderung Dritter.

⁷⁹ Kaufmännische oder nicht kaufmännische Tätigkeit.

⁸⁰ Dazu nachstehend bei Anm. 110–112.

⁸¹ *Anton Heini*: Rundgang durch das schweizerische Genossenschaftsrecht, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen 10 (1960) 191 ff., 196.

⁸² *Max Gerwig*: Schweizerisches Genossenschaftsrecht (Bern 1957) 121.

⁸³ *René von Graffenried*: Wirtschaftlicher und nicht wirtschaftlicher Zweck im privaten Körperschaftsrecht (Diss. Bern 1948) 131.

⁸⁴ Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 129 ff.

⁸⁵ Übrigens nicht nur zur wirtschaftlichen Zielsetzung, sondern auch zum weiteren Erfordernis der Selbsthilfe!

⁸⁶ OR 944 I.

⁸⁷ SAG 18 (1945/46) 93 ff.; vgl. auch BGE 56 I 134: unzulässig die Firma «AG für Volkszahnkliniken» für eine reine Erwerbsgesellschaft.

5. Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen

a) Mit «wirtschaftlicher Zielsetzung» kann bei einer Gesellschaft zweierlei gemeint sein⁸⁸: Die Gesellschaft kann durch ihre Erwerbstätigkeit einen Überschuss zu erzielen trachten und diesen in der Form von Dividenden an die Mitglieder weiterleiten. Sie ist dann *gewinnstrebend*, wie dies typischerweise bei der AG der Fall ist. Eine Gesellschaft kann aber auch ihre *konkrete Tätigkeit selbst* unmittelbar in den Dienst der Mitglieder stellen und diese durch Verschaffung *bestimmter* ökonomischer Vorteile – nicht einfach durch Geldleistungen – zu fördern trachten. Nur diese zweite Art wirtschaftlicher Tätigkeit entspricht dem personalistischen Charakter der Genossenschaft⁸⁹, und es erklärt HRV 92 I folgerichtig: «Körperschaften, deren Mitglieder nicht ihre wirtschaftlichen Interessen in der Hauptsache in bestimmter, nicht nur in Geldleistung bestehender Weise durch gemeinsame Selbsthilfe zu fördern oder zu sichern suchen, können nicht als Genossenschaften eingetragen werden.»

Abgesichert wird dieser Grundsatz durch die Dividendenbeschränkung von OR 859 III, die eine Geldanlage bei Genossenschaften von vorneherein unattraktiv machen soll.

b) M.E. kann auch eine *Kapitalanlagegemeinschaft*, deren unmittelbarer Zweck die Anlage von Vermögenswerten der Mitglieder bildet, *nicht als Genossenschaft gegründet* werden, und zwar auch dann nicht, wenn – wie bei Investmentclubs – die Mitglieder bei der Anlage aktiv mitwirken. Auch hier geht es nur um die Verfolgung des Dividendeninteresses⁹⁰. Ich wäre daher strenger als das Bundesgericht in BGE 74 I 525f., wo die «Befriedigung des einer Mehrzahl von Personen gemeinsamen Bedürfnisses nach sicherer Anlage kleinerer oder grösserer Kapitalien in Form von Grundbesitzbeteiligungen an und für sich als ein mögliches Ziel genossenschaftlichen

Zusammenschlusses» anerkannt wird^{91, 92}. Von «klarem Recht», das durch eine Kapitalanlagegenossenschaft verletzt würde, kann aber angesichts dieser Praxis nicht gesprochen werden.

6. Förderung in gemeinsamer Selbsthilfe

a) Indem der Gesetzgeber als Mittel zur Zweckverfolgung die gemeinsame Selbsthilfe zwingend vorschrieb, wollte er ein weiteres Wesenselement des genossenschaftlichen Zusammenschlusses im Gesetz verankern: das *Zusammenwirken* der Genossenschafter, die *gemeinsame* Erfüllung wirtschaftlicher Funktionen, das *gemeinsame* Wirtschaften⁹³.

Daraus folgt m.E., dass die Genossenschafter notwendig *Beiträge* zu leisten haben⁹⁴. Die Verpflichtung zur Selbsthilfe präzisiert aber auch die *Art* der Beitragsleistung und ist insoweit das Korrelat zum Erfordernis der Verfolgung *bestimmter* Interessen: Verlangt werden *konkrete* Beiträge der Gesellschafter, die in direktem Zusammenhang zum Gesellschaftszweck stehen, nicht einfach eine ausschliesslich finanzielle Beteiligung.

b) Das *deutsche Recht* spricht nicht von gemeinsamer Selbsthilfe, verlangt dafür aber, dass die Mitgliederförderung «mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes» erfolge⁹⁵. Für das schweizerische Recht wurde dies anlässlich der Revision bewusst abge-

⁸⁸ Näheres bei Arthur Meier-Hayoz: Gesellschaftszweck und Führung eines kaufmännischen Unternehmens, SAG 45 (1973) 2ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (4.A. Bern 1981) § 4 N 9f. sowie Forstmoser, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 87.

⁸⁹ Vgl. Daniel Wehrli: Die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1976 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 16) 115f.; Forstmoser, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 87.

⁹⁰ Vgl. Forstmoser, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 91.

⁹¹ Die Zulässigkeit der Genossenschaftsform wurde in jenem Entscheid aus anderen Gründen abgelehnt.

⁹² Mit einer in die Rechtsform der Genossenschaft gekleideten Kapitalanlagegesellschaft hatten vor kurzem die Eidg. Bankenkommission wie das Bundesgericht erneut zu tun. Bankenkommission und Bundesgericht (dieses mit Entscheid vom 23.12.1981) unterstellten die Gesellschaft dem Anlagefondsgesetz. Beide Instanzen haben sich aber offenbar an der Rechtsform der Genossenschaft als solcher nicht gestossen. Vgl. Jahresbericht der Eidg. Bankenkommission 1981, 48f.

⁹³ Vgl. schon die Entwürfe des geltenden Rechts: Der Entwurf von alt Bundesrat Hoffmann sprach von «Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen... auf gemeinwirtschaftlicher Grundlage», der bundesrätliche Entwurf von Verfolgung der Interessen «in der Gemeinschaft».

⁹⁴ Anders das Bundesgericht im Entscheid 93 II 30ff., 36, implizit bestätigt in BGE 101 II 127f. Zur Entleerung des Selbsthilfeprinzips durch die Judikatur vgl. Forstmoser, 100 Jahre schweizerisches Genossenschaftsrecht (zit. Anm. 16) 335f.

⁹⁵ Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 1 I.

lehnt⁹⁶; Genossenschaften können also auch *ohne eigenen Geschäftsbetrieb* gegründet werden.

Doch ist der Betrieb eines Unternehmens in Genossenschaftsform im schweizerischen Recht durchaus *möglich*. Dabei ist es zwar typisch, wenn die Genossenschaft für ihre Gesellschafter gewisse Hilfsfunktionen erfüllt, wenn also die Gesellschafter auch selbständig unternehmerisch tätig sind. Gesetzlich verlangt ist dies aber nicht. Daher ist m.E. nichts gegen die offenbar zunehmende Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft für Kooperativen einzuwenden, deren Mitglieder in einem festen Arbeitsverhältnis zur Genossenschaft stehen. Abzulehnen wäre eine solche Organisation höchstens dann, wenn der Hauptarst der Gesellschafter aus unbeteiligten Drittpersonen bestehen würde.

Damit stelle ich mich in Widerspruch zu einem älteren Entscheid der Justizdirektion des Kantons Zürich, die die Zulassung einer Genossenschaft mit der Begründung ablehnte, ihre Mitglieder «stünden ausnahmslos in festen Anstellungsverhältnissen. Die Vereinigung bezwecke daher nicht die Förderung oder Sicherung der einzelnen Sonderwirtschaften der Genossenschafter»⁹⁷. Das *bestimmte* Interesse, welches die Genossenschaft fördern soll, kann durchaus das an einem sicheren und angenehmen oder auch «mitbestimmten» Arbeitsplatz sein. Wenn es im erwähnten Urteil der Justizdirektion des Kantons Zürich weiter heisst, Zweck des genossenschaftlichen Betriebes sei die Stärkung der wirtschaftlichen Einzelkraft und der Einzelgewerbe ihrer Mitglieder und es erhalte die Genossenschaft «erst durch diese dienende Stellung als Hilfsbetrieb der Genossenschafter ihre Eigenart»⁹⁸, dann ist dies zwar genossenschaftstypisch, aber *nicht begriffswesentlich*: Das Gesetz schreibt nirgends vor, dass der Genossenschaftszweck «in einer unmittelbaren Beziehung zur Einzelwirtschaft des Genossenschafters stehen» müsste. Verlangt ist nur, dass konkrete wirtschaftliche Interessen der Gesellschafter gefördert werden.

c) Nur am Rande sei auf die Problematik des sogenannten *Nichtmitgliedergeschäfts* hingewiesen: Da die Genossenschaft nicht einfach für beliebige Drittpersonen, sondern für ihre Mitglieder tätig sein soll, sind solchen Geschäften von Gesetzes wegen Schranken

gesetzt⁹⁹. Diese sind wohl dann nicht mehr eingehalten, wenn im Rahmen der Zweckbestimmung der Genossenschaft überwiegend mit Nichtmitgliedern Geschäfte getätigt werden. Noch weitergehend und mit dem Selbsthilfeprinzip – soll es nicht ein blosses Schlagwort sein – schlechthin unvereinbar ist schliesslich die Praxis der Konsumgenossenschaften, völlig unterschiedslos mit Mitgliedern und Nichtmitgliedern Geschäfte zu tätigen. Doch wird dieser Zustand durch die neuere Gerichtspraxis sanktioniert¹⁰⁰ und könnte er auch im Hinblick auf die langen Jahre der Toleranz und das berechtigte Vertrauen der Betroffenen nicht mehr rückgängig gemacht werden¹⁰¹. Jedenfalls besteht kein Anlass für den Registerführer, einzuschreiten.

7. Schlussfolgerung

Abschliessend ist festzustellen, dass trotz der beabsichtigten strengen Typbindung des Genossenschaftsrechts und trotz der ausführlichen Fassung der Legaldefinition der Genossenschaft dem Registerführer wenig Anhaltspunkte zum Eingreifen verbleiben.

II. Typus und Begriff des Vereins

1. Der Typus des Vereins

Weniger eindeutig als bei der Genossenschaft tritt das gesetzgeberische Leitbild im Vereinsrecht zutage¹⁰². Immerhin zeigen sich drei Tendenzen:

– Vor allem sollte der Verein ausdrücklich nicht wirtschaftlichen, sondern *idealen Zwecken* dienen. In ihm sollten sich wissenschaftliche, kulturelle, politische, wohltätige, gesellige und ähnliche Verbindungen organisieren können; für wirtschaftliche Ziele sollte er dagegen nicht zur Verfügung stehen¹⁰³.

⁹⁶ Vgl. *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 101 ff.

⁹⁷ SAG 17 (1944/45) 142 f.

⁹⁸ S. 143.

⁹⁹ Dazu ausführlich *Rudolf Iseli*: Das Nichtmitgliedergeschäft der Genossenschaften (Diss. Zürich 1973 = ZBR 413) passim und *Forstmoser*, Kommentar (zit. Anm. 28) Art. 828 N 72 ff.

¹⁰⁰ Vgl. die Bemerkung in Anm. 94 hievon über die Entleerung des Selbsthilfeprinzips.

¹⁰¹ Vgl. zu dieser Art der Argumentation BGE 90 II 333 ff., dazu hinten bei Anm. 110–112.

¹⁰² Vgl. dazu *Heini* (zit. Anm. 34) 518 ff. sowie etwa *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 88) § 16 N 2 ff.

¹⁰³ So ausdrücklich ZGB 60 I; vgl. etwa *Heini* (zit. Anm. 34) 523 ff. und *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 88) § 16 N 2.

- Sodann sollte die Mitgliedschaft beim Verein *auf die Person bezogen* werden, nicht auf die bloße Kapitalbeteiligung¹⁰⁴.
- Endlich wollte der Gesetzgeber eine besonders *freiheitliche Ordnung* vorsehen¹⁰⁵. Dies erschien deshalb als vertretbar, weil die Rechtsform des Vereins grundsätzlich vom Wirtschaftsleben ausgeschlossen bleiben sollte und sich daher besondere Schutzmassnahmen zugunsten der Gläubiger wie der Beteiligten zu erübrigen schienen.

2. Der Vereinsbegriff

Entsprechend einfach ausgestaltet ist auch die gesetzliche Umschreibung: Die Legaldefinition von ZGB 60 zählt mögliche Zwecke exemplifikativ auf. Ausdrücklich und zwingend wird lediglich verankert, dass sich der Verein einer «nicht wirtschaftlichen Aufgabe» widmen muss. Der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens wird – freilich immer zur Verfolgung des nicht wirtschaftlichen Zwecks – vom Gesetz ausdrücklich zugelassen¹⁰⁶.

3. Wirtschaftliche Zielsetzung und kaufmännisch-unternehmerische Tätigkeit insbesondere

a) Im Rahmen des Vereinsbegriffs ist – soweit ich sehe – vor allem eine Frage von Bedeutung: die, inwieweit *Vereinigungen, die zwar keinen eigenen kaufmännischen Betrieb führen, sich aber dennoch im Interesse ihrer Mitglieder in den Wirtschaftsprozess einschalten, die Rechtsform des Vereins wählen dürfen*. Für solche Gebilde – namentlich für Kartelle – würde eigentlich die Genossenschaft zur Verfügung stehen. Doch ist diese mit verschiedenen – hier nicht zu behandelnden – Nachteilen¹⁰⁷ behaftet. Seit jeher ist daher versucht worden, die Vereinsform trotz wirtschaftlicher Zielsetzung zu verwenden.

b) Die *gesetzliche Ordnung* ist klar: Vereine mit wirtschaftlichem Zweck sind *unzulässig*, unabhängig davon, ob sie diesen mit dem Mittel der Führung eines kaufmännischen Gewerbes verfolgen oder nicht¹⁰⁸.

Ebenso eindeutig ist jedoch die *gegenteilige Praxis des Bundesgerichts*: Dieses hat – wie bekannt¹⁰⁹ – über Jahrzehnte hinweg Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung und insbesondere Wirtschaftsverbände im Rahmen des Vereinsrechts toleriert, soweit nur nicht ein kaufmännisches Gewerbe geführt wurde. Diese Praxis beinhaltete eine *Verwechslung von Mittel und Zweck*: Während das Gesetz für die Abgrenzung der Zulässigkeit der Vereinsform auf den verfolgten Zweck, der nicht wirtschaftlicher Natur sein muss, abstellt und für diesen auch das Mittel der kaufmännischen Unternehmung ausdrücklich zulässt, ging das Bundesgericht umgekehrt vor: Zugelassen wurde der *wirtschaftliche Zweck*, freilich nur dann, wenn er *nicht mit dem Mittel der unternehmerischen Tätigkeit verfolgt* wurde.

In BGE 88 II 209 ff. – im Jahre 1962 – hat das Bundesgericht eine Kehrtwendung vollzogen: Es wies in einer überzeugenden Begründung nach, dass eine Personenverbindung nur dann dem Vereinsrecht unterstehen könne, wenn sie einen idealen Zweck verfolge.

Zwei Jahre später ist das höchste Gericht jedoch zu seiner früheren, gesetzwidrigen Rechtsprechung zurückgekehrt¹¹⁰, und bei dieser ist es seither geblieben. Es hat sich damit – wie es selbst schreibt – der «*réalité des faits économiques*»¹¹¹ gebeugt, gleichzeitig aber bestätigt, dass der zwei Jahre vorher gefällte Entscheid eine «*interprétation exacte du texte légal*»¹¹² enthalte. Aus praktischen Gründen und vor allem wegen des Vertrauens in eine jahrzehntealte (wenn auch unrichtige) Gerichtspraxis sei es aber geboten, die alte Rechtsprechung wieder aufzunehmen, «*qui substituait au critère légal du but celui des moyens*».

Auch wenn dieses Urteil objektiv gesehen unrichtig ist, kann heute kein Zweifel darüber bestehen, dass die bundesgerichtliche Praxis Recht geschaffen hat, das vom Registerführer zu beachten ist¹¹³.

Zusammenfassend ist damit zur heutigen Rechtslage festzuhalten¹¹⁴:

¹⁰⁹ Zu den Einzelheiten der Entwicklung der Bundesgerichtspraxis vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 88) § 4 N 25 ff.

¹¹⁰ BGE 90 II 333 ff.

¹¹¹ S. 336.

¹¹² S. 336.

¹¹³ Zur Bindung des Handelsregisterführers an richterliche Anweisungen vgl. *Forstmoser*, Aktienrecht (zit. Anm. 4) § 9 N 90 ff.

¹¹⁴ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser* (zit. Anm. 88) § 4 N 24 ff. und § 16 N 19.

¹⁰⁴ Vgl. die Ausführungen zur Mitgliedschaft bei *Heini* (zit. Anm. 34) 541 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *Heini* (zit. Anm. 34) 519 ff.

¹⁰⁶ ZGB 61 II.

¹⁰⁷ Vgl. dazu *Alexander Korach*: Die Genossenschaft als Rechtsform für Kartelle (Diss. Zürich 1973).

¹⁰⁸ Vgl. den Wortlaut von ZGB 60 I.

- *Typisch* sind *Idealvereine*, wobei als Sonderform Vereinigungen, die ihre ideale Zielsetzung durch die Führung eines kaufmännischen Unternehmens unterstützen, ausdrücklich zugelassen sind.
- Zwar *gesetzeswidrig*, vom Bundesgericht aber *toleriert* sind Vereine mit *wirtschaftlichem Zweck*, soweit sie *kein eigenes Unternehmen* betreiben.
- Klar *rechtswidrig* und vom Bundesgericht nicht geschützt bleiben damit nur solche Vereine, die einen *wirtschaftlichen Zweck* mittels *kaufmännischen Betriebs* verfolgen.

c) Anders als bei der gemeinnützigen Genossenschaft¹¹⁵ scheint mir die *Abweichung von der Legaldefinition* in diesem Falle *nicht unproblematisch*: Der Gesetzgeber hat bewusst nur die Gesellschaftsformen des OR für wirtschaftliche Zwecke zugelassen, und er hat dies verbunden mit erhöhten Anforderungen an Gläubigerschutz, Publizität und minimale Struktur. Es ist daher nicht unbedenklich, wenn nun die Rechtsform des Vereins, die diesen Anforderungen nicht genügt, für wirtschaftliche Ziele zugelassen wird.

Nicht konsequent ist freilich schon auf Gesetzesebene, dass auch der unternehmerisch tätige Verein –

von der Eintragung in das Handelsregister und den unmittelbar mit dieser Eintragung verbundenen Folgen abgesehen – keinen besonderen Schutzvorschriften unterstellt wird. Genau besehen dürfte der gesetzlichen Ordnung eine unrichtige Überlegung zugrunde liegen: Im Hinblick auf die Interessen Dritter wie auch der Beteiligten ist ein *verstärktes organisatorisches und vor allem finanzielles Substrat*¹¹⁶ eigentlich nicht so sehr bei Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks als vielmehr wegen der *Führung eines kaufmännischen Unternehmens* nötig. Damit wäre es konsequent, wenn von Gesetzes wegen erhöhte Anforderungen mit Bezug auf die Struktur einer Gesellschaft *an das Kriterium der Führung eines kaufmännischen Unternehmens und nicht an dasjenige der wirtschaftlichen Zielsetzung geknüpft* würden. Unter diesem Gesichtswinkel ist die – im Lichte des Gesetzes unrichtige – Praxis des Bundesgerichts verständlich, und es sollten Abgrenzungen und gesetzliche Anforderungen bei einer allfälligen Reform des Gesellschaftsrechts in diesem Bereich neu überdacht werden.

¹¹⁵ Dazu vorn C.I.4.b).

¹¹⁶ Wie es das Gesetz für die Körperschaften des OR verlangt.