

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB100015-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzoberrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 28. Oktober 2011

in Sachen

Genossenschaft A. _____,

Beklagte und Appellantin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Kläger und Appellaten

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Auflösungsklage**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 30. Dezember 2009; Proz. CG050017

Rechtsbegehren:

- "1. Die Genossenschaft A._____, mit Sitz in D._____, Gemeinde E._____, sei aufzulösen;
2. es sei von der Anordnung einer Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes im Sinne von Art. 831 Abs. 2 OR wegen offensichtlicher Nutzlosigkeit abzusehen;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Abgeändertes Rechtsbegehren der Beklagten (act. 109 S. 2):

- "1. Es sei die Klage abzuweisen.
2. Es sei folgende Massnahme im Sinne von Art. 831 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 731b Abs. 1 OR zu ergreifen.
Es seien folgende Personen in die Genossenschaft aufzunehmen:
 - F._____
 - G._____
 - H._____
 - I._____
 - J._____
 - K._____.
3. Dies unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Kläger."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 30. Dezember 2009 (act. 149):

1. In Gutheissung der Klage wird die Genossenschaft A._____, mit Sitz in D._____, Gemeinde E._____, aufgelöst. Die Liquidation hat nach den Vorschriften über den Konkurs stattzufinden.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 24'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern zusammen eine Prozessentschädigung von Fr. 32'600.– (7.6 % MwSt und Weisungskosten inbegriffen) zu bezahlen.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Beklagten und Appellantin (act. 156 S. 2 f.):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 30. Dezember 2009 (Geschäfts-Nr. CG050017) aufzuheben.
2. Es sei die Auflösungsklage abzuweisen.
3. Es seien die erforderlichen Massnahmen im Sinne von Art. 831 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 731b Abs. 1 OR zu ergreifen, damit die Pattsituation in der Generalversammlung der Beklagten und Appellantin aufgelöst und die Mitgliederzahl wieder auf sieben Personen erhöht wird.

Eventualiter:

Es sei den Mietern der Beklagten und deren Untermietern Frist anzusetzen, sich zu äussern, ob sie Mitglied der Beklagten werden wollen. Falls sie sich in zustimmendem Sinne äussern, seien sie als Genossenschafter oder Genossenschafterinnen der Beklagten aufzunehmen.

Subeventualiter:

Es seien folgende Personen in die Genossenschaft der Beklagten aufzunehmen:

- F. _____
- G. _____
- H. _____
- I. _____

4. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus Mehrwertsteuer) zulasten der Kläger und Appellaten.

der Kläger und Appellaten (act. 168 S. 2):

1. Die Berufungsanträge seien vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 30. Dezember 2009 (Geschäftsnummer CG050017) zu bestätigen;
2. die durch die Beklagte angebehrten Massnahmen seien weder im Haupt-, Eventual- noch Subeventualpunkt zu gewähren;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Die Genossenschaft A. _____ (Beklagte) ist eine am 8. April 1983 gegründete Genossenschaft im Sinne der Art. 828 ff. OR. Die Gründung erfolgte im Geist der Selbstverwaltung, die sich dem Gedankengut der 68-iger Bewegung verbunden fühlte. Der Zweck der Genossenschaft wird in Art. 2 der Statuten (act. 4/4) umschrieben: Den Mitgliedern soll Wohn- und Arbeitsraum zu möglichst günstigen Preisen verschafft werden, „unter Ausschaltung jeglicher Spekulation und Gewinnerzielung“. Im Weiteren bezweckt die Genossenschaft die Erhaltung eines schutzwürdigen Gebäudes sowie die Realisierung einer Wohnform, die günstige Bedingungen für das Zusammenleben schafft. Dieser Zweck soll durch folgende Aktivitäten erreicht werden (act. 4/4 Art. 2 lit. a bis lit. g):

- Kauf von Bauland und Liegenschaften
- gemeinsame Planung von Neu- und Umbauten
- Erstellen und Erneuern von Liegenschaften
- Abgabe von Wohn- und Arbeitsraum an Genossenschaftsmitglieder im Bau-recht einerseits und durch langfristige Mietverträge andererseits
- Erstellen und Unterhalt von gemeinsamen Einrichtungen
- Fördern eines bewussten Zusammenlebens unter Wahrung des persönlichen Freiraumes
- Erstellen von Benützungs- und Verwaltungsreglementen

2. Während sich der Mitgliederbestand bei der Beklagten in den Anfangsjahren zwischen 8 und 12 Personen bewegte, sank er im Jahre 1997 auf sieben, im darauffolgenden Jahr auf sechs und in den Jahren 1999 bis 2001 verharrte er auf fünf Mitgliedern (act. 13/2). Von 2002 bis 2005 reduzierte sich der Mitgliederbestand schliesslich auf vier Mitglieder. Bei diesen vier Mitgliedern handelt es sich um B._____ (Kläger 1) und C._____ (Klägerin 2) sowie L._____ und M._____ (act. 13/2).

3. Nach ihrer Gründung im Jahre 1983 erwarb die Beklagte die Liegenschaft Kat.-Nr. ... an der ...strasse ... in D._____ bei E._____ von N._____ zum Preis von Fr. 410'000.00. Die Liegenschaft bestand damals einerseits aus einem Bauernhaus, wobei der Hausteil von einer Wohngemeinschaft bewohnt wurde. Daneben standen andererseits einige Nebengebäude, die von Handwerksbetrieben als Lager und Werkstatt benutzt wurden (vgl. act. 13/1 Katasterplan). Vor ca. 18 Jahren wurde der Dachstock des Wohnteils ausgebaut. Es entstand neben der Wohngemeinschaft eine weitere Wohnung, die seither von L._____ und M._____ bewohnt wird. Im anderen Wohnteil wohnten die Kläger. Alle vier Bewohner der Liegenschaft ...strasse ... sind bzw. waren Mieter im Sinne des Art. 2 lit. d in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 der Statuten der Beklagten. Jeder der vier Genossenschaftler hat Anteilscheine im Betrag von Fr. 5'000.00 gezeichnet. Total beträgt das Anteilscheinkapital der Beklagten somit Fr. 20'000.00.

Art. 23 der aktuellen Statuten vom 7. März 1983 (act. 4/4) sieht vor, dass die Verwaltung aus mindestens drei Genossenschaftsmitgliedern besteht. Deren Mehrheit muss hierbei gleichzeitig Bewohner der Liegenschaft sein. Beschlüsse, welche die Verwaltung nicht ohne Gegenstimme fassen kann, müssen der Mitgliederversammlung vorgelegt werden. L._____, M._____ und die Klägerin 2 bilden die Verwaltung der Beklagten. Hierbei fungiert L._____ als deren Präsident, M._____ als Kassiererin und die Klägerin 2 als Aktuarin (act. 4/3). Die Mitglieder der Verwaltung haben Kollektivunterschrift zu Zweien (act. 4/3). Nebst der Verwaltung besteht als weiteres Organ die Mitgliederversammlung. Die ihr zustehenden Kompetenzen werden in Art. 16 der Statuten aufgelistet (act. 4/4). Beschlüsse fällt

die Mitgliederversammlung in der Regel mit einer 2/3-Mehrheit. Zu den Kompetenzen der Mitgliederversammlung zählt unter anderem auch die Aufnahme neuer Mitglieder, für die eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit erforderlich ist (act. 4/4 Art. 8). Für Entscheide über die Änderung der Statuten und die Auflösung und Liquidation der Genossenschaft bedarf es der Zustimmung sämtlicher Mitglieder (act. 4/4 Art. 22).

4. Das Verhältnis zwischen den Klägern einerseits sowie L._____ und M._____ andererseits ist seit längerer Zeit getrübt. Anlass für die Auseinandersetzungen bildete ein Umbauprojekt, das von den Klägern seinerzeit initiiert wurde, und mit dem die Kläger beabsichtigten, die bis anhin als Werkstatt genutzte freistehende Remise im südlichen Abschnitt der Liegenschaft neu als Wohn- und Arbeitsstätte zu nutzen. Für Einzelheiten sei auf den angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 149 S. 4 f.). Schliesslich kündigten die Kläger ihren Wohnteil am 26. Juli 2005 per 31. Oktober 2005. Auf diesen Zeitpunkt hin sind die Kläger aus der Liegenschaft ausgezogen. Seither sind die Parteien wohl örtlich getrennt, wobei der Kläger 1 allerdings weiterhin Mieter der Werkstatt im Remisengebäude geblieben ist. Die Streitigkeiten zwischen den beiden Gruppen haben unter anderem dazu geführt, dass die Verwaltung der Beklagten keine Entscheide mehr treffen konnte und somit die Beklagte insgesamt seit mehreren Jahren handlungsunfähig ist. Auf Grund der geringen Anzahl von Mitgliedern ergab sich bei praktisch allen strittigen Abstimmungen in der Mitgliederversammlung eine Pattsituation, da das Stimmenverhältnis meist zwei gegen zwei war.

5. Mit Weisung des Friedensrichteramtes E._____ vom 15. Juni 2005 (act. 1) sowie mit Klageschrift vom 15. September 2005 (act. 2) gelangten die Kläger an das Bezirksgericht Winterthur und verlangten die Auflösung der Beklagten. Nach Durchführung eines Beweisverfahrens hiess die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 30. Dezember 2009 gut (act. 149). Mit Beschluss vom 24. Februar 2009 hatte die Vorinstanz für die Beklagte im Sinne einer vorsorglichen Massnahme O._____ als Sachwalter eingesetzt (act. 121).

6. Gegen diesen Entscheid erklärte die Beklagte rechtzeitig die Berufung. Sie beantragt, es sei die gegen sie erhobene Auflösungsklage abzuweisen, sowie, es seien die erforderlichen Massnahmen im Sinne des Art. 831 Abs. 2 OR in Verbin-

dung mit Art. 731b Abs. 1 OR zu ergreifen, damit die Pattsituation in ihrer Generalversammlung aufgelöst und die Mitgliederzahl wieder auf sieben erhöht werde. Die Kläger schliessen ihrerseits auf Bestätigung des angefochtenen Urteils. Das Berufungsverfahren wurde schriftlich durchgeführt (act. 156, 168, 172, 178). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2010 (act. 181) liess die Beklagte der Kammer einen Beitrag aus dem Jahrbuch Q._____ 2010 über L._____ zukommen (act. 182). Die Kläger beantragten mit Eingabe vom 21. Oktober 2010, es sei die verspätete Eingabe betreffend das Portrait von L._____ aus dem Recht zu weisen (act. 185). Der Prozess ist spruchreif.

II. Formelles:

1. Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Die Berufung wurde bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes bei der Kammer anhängig gemacht. Sie richtet sich mithin nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) und des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG). Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Berufungsverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren[AnwGebV] vom 8. September 2010).
2. Nachdem die Beklagte die Berufungsschrift eingereicht hatte (act. 156), stellten die Kläger mit Eingabe vom 26. Mai 2010 verschiedene Verfahrensanträge (act. 162 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 1. Juni 2010 wurde den Klägern die Frist zur Erstattung der Berufungsantwortschrift abgenommen. Es wurde erwogen, es sei vorab zu entscheiden, ob Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ bevollmächtigt gewesen sei, für die Beklagte Berufung zu erheben und die Beklagte in die-

sem Verfahren zu vertreten (act. 164). Mit Beschluss vom 9. Juni 2010 bejahte die Kammer die Vertretungsbefugnis Dr. iur. X. _____s, trat demgemäss auf die Berufung der Beklagten ein und setzte den Klägern eine kurze Frist zu Beantwortung der Berufung an (act. 166). Auch das weitere Berufungsverfahren wurde schriftlich durchgeführt (act. 168, 172, 178).

3. Die Beklagte rügt vorab in formeller Hinsicht, die Vorinstanz habe die von ihr mit Eingabe vom 19. August 2008 wegen der veränderten Rechtslage revidierten Rechtsbegehren auf Seite 2 des Urteils nicht wiedergegeben, sondern diese einzig in ihren Erwägungen zwar erwähnt, ohne aber vertieft darauf einzugehen. Hingegen setze sich die Vorinstanz über weite Teile der Urteilsbegründung mit dem Konflikt der vier Genossenschafter auseinander und meine, bei dieser Auseinandersetzung den Schuldigen suchen zu müssen. Schliesslich werde emotional für die Kläger Partei ergriffen. Es gehe aber in diesem Verfahren nicht darum, welcher der vier Genossenschafter Recht, welcher Unrecht habe. Es sei bei der früheren Rechtslage darum gegangen, ob die Beklagte aufgelöst werden müsse oder nicht (Art. 831 Abs. 2 aOR). Nunmehr gehe es nach neuer Rechtslage darum, welche Massnahmen der Richter ergreifen soll, um den Organisationsmangel der Beklagten wieder zu heilen. Hierbei komme eine Auflösung nur dann in Frage, wenn ausgeschlossen sei, dass solche Massnahmen Erfolg zeitigten. Das sei die Thematik des Prozesses. Es gehe nicht um den Streit zwischen den einzelnen Gesellschaftern, sondern darum, ob die Beklagte, welche eine eigene juristische Person und als solche unabhängig von ihren Mitgliedern sei, wieder funktionstüchtig gemacht werden könne oder aufzulösen sei (act. 156 S. 3 f.).

Die Kläger betonen, die Vorinstanz habe sich sehr wohl mit der neuen Rechtslage auseinandergesetzt und diese auch korrekt interpretiert. Es gehe hier einzig um die Frage, ob die Beklagte sofort aufgelöst werde oder ob ihr nach neuem Recht vorerst Frist anzusetzen sei, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, d.h. mindestens drei Genossenschafter hinzu zu wählen. Die Vorinstanz habe insoweit zu Recht untersucht, ob solche Massnahmen Sinn machten oder nicht, und sei gestützt auf eine ausführliche und korrekte Begründung zum Schluss gelangt, eine solche Fristansetzung sei zwecklos. Aus diesem Grunde habe sich die Vo-

rinstanz sehr wohl mit dem Verhältnis der Genossenschafter auseinandersetzen müssen, um dann zum Schluss zu gelangen, dass die Auflösung die einzige und unvermeidbare Möglichkeit sei (act. 168 S. 3).

Es wird im Folgenden darauf zurückzukommen sein.

4. Nachdem der gesamte Schriftenwechsel durchgeführt worden war, reichte die Beklagte – wie bereits erwähnt – ein Portrait über L._____ zu den Akten, "um dessen Person in etwas objektiverem Licht erscheinen zu lassen", da die Kläger in der Berufungsduplik versucht hätten, den Charakter des Genossenschafters L._____ in ein sehr negatives Licht zu stellen (act. 181). Der Bericht ist verspätet eingereicht worden, weshalb er unbeachtlich bleibt. Abgesehen davon hätte er keinen Einfluss auf den Prozessausgang.

III. Materielles:

1. Die Beklagte macht geltend, gemäss dem massgebenden Art. 731b OR müsse der Richter versuchen, die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die Gesellschaft wieder funktionsfähig zu machen. Nur wenn dies aussichtslos sei, könne als ultima ratio deren Auflösung ins Auge gefasst werden. Bei ihr bestehe das Problem darin, dass ihr Mitgliederbestand auf vier gesunken sei. Es stünden sich jeweils je zwei Genossenschafter gegenüber, weshalb jegliche Beschlussfassung blockiert sei, welche auf eine Erhöhung der Mitgliederzahl auf die gesetzlich vorgeschriebene Mindestzahl von sieben Personen hinziele. Sei die Mitgliederzahl unter sieben gesunken, liege nun aber ein "Mangel in der Organisation der Gesellschaft" vor. Die Vorschriften des Aktienrechts im Sinne des Art. 731b OR seien entsprechend anwendbar. Der Gesetzgeber habe bei dieser Norm ausdrücklich auch Pattsituationen im Visier gehabt.

2. Art. 831 Abs. 1 aOR bestimmt, dass bei der Gründung einer Genossenschaft mindestens sieben Mitglieder beteiligt sein müssen. Sinkt in der Folge die Zahl der Genossenschafter unter diese Mindestzahl oder fehlt es der Genossenschaft an den notwendigen Organen, so kann der Richter auf Begehren eines Genossenschafters oder eines Gläubigers die Auflösung verfügen, sofern die Ge-

nossenschaft nicht binnen angemessener Frist den gesetzmässigen Zustand wiederherstellt (Art. 831 Abs. 2 aOR). Da die Beklagte – wie bereits erwähnt – nur noch über vier Mitglieder verfügt, wären die Voraussetzungen für ihre Auflösung nach Art. 831 Abs. 2 aOR grundsätzlich erfüllt.

Per 1. Januar 2008 ist indes die sogenannte kleine Aktienrechtsrevision in Kraft getreten. Sie führte unter anderem zur Schaffung einer einheitlicheren Ordnung für die Behebung und Sanktionen sämtlicher Mängel in der gesetzlich vorgeschriebenen Organisation einer juristischen Person. Der revidierte Art. 831 OR sieht wie das bisherige Recht eine Mindestzahl von sieben Genossenschaffern vor, die eine Genossenschaft gründen können. Daran hat sich mit der Revision nichts geändert. Dagegen wurde Art. 831 Abs. 2 OR geändert. Er lautet nunmehr wie folgt:

„Sinkt in der Folge die Zahl der Genossenschaffter unter diese Mindestzahl (von sieben Mitgliedern), so sind die Vorschriften des Aktienrechts über Mängel in der Organisation der Gesellschaft entsprechend anwendbar“.

Das Genossenschaftsrecht verweist mithin auf das Aktienrecht, das gemäss Art. 731b OR für einen Mangel in der Organisation dem Richter folgende Befugnisse einräumt:

Der Richter kann entweder

- der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist (Ziffer 1)
- das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziffer 2)
- die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziffer 3)

3. Vorab ist zu prüfen, ob das neue Recht auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, weil das Verfahren im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts (1. Januar 2008) bereits rechtshängig war.

Die Vorinstanz hat dies zu Recht bejaht. Die Parteien vertreten dieselbe Auffassung. Gemäss Art. 1 Abs. 2 ÜBest der Änderung vom 16. Dezember 2005 (nachfolgend "ÜBest") sind die Bestimmungen des neuen Gesetzes mit dessen Inkrafttreten auf bestehende Gesellschaften anwendbar. Für bereits hängige gerichtliche

Verfahren sind in den Übergangsbestimmungen keine Anhaltspunkte zu finden, welches Recht in diesem Fall anwendbar wäre.

In intertemporalrechtlicher Hinsicht gilt für die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer Änderung der Rechtsgrundlagen Anwendung findet, der Grundsatz, dass diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 125 V 42 E. 2b S. 44, 123 V 70 E. 2 S. 71, 121 V 97 E. 1a S. 100). Diese auf einmalige und abgeschlossene Ereignisse zugeschnittene intertemporalrechtliche Grundregel der Nichtrückwirkung wird ergänzt durch den Grundsatz der zulässigen unechten Rückwirkung des neuen Rechts auf zeitlich offene Dauersachverhalte. Von unechter Rückwirkung wird gesprochen, wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die schon unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern (BGE 114 V 150 E. 2b S. 151 ; vgl. auch BGE 126 V 134 E. 4a S. 135 , 122 V 405 E. 3b/aa S. 408 f. mit Hinweisen). Eine solche unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen (BGE 126 V 134 E. 4a S. 135 , 122 V 6 E. 3a S. 8 mit Hinweisen).

Der intertemporalrechtliche Grundsatz der Nichtrückwirkung (siehe auch Art. 1 Abs. 1 ÜBest) erfasst demnach sogenannte Dauertatbestände nicht. Letztere sind gerade im Gesellschaftsrecht von grosser Bedeutung. Somit richtet sich die Organisation und die Rechtsstellung der beteiligten Personen vom Zeitpunkt des Inkrafttretens an grundsätzlich nach neuem Recht (Botschaft zur Revision des OR, BBl 2002 III 3247 Ziffer 2.4). Die in Frage stehenden Art. 831 Abs. 2 OR und Art. 731b OR sind damit seit 1. Januar 2008 anwendbar, auch wenn der Mangel schon vorher bestanden hat (LORANDI, AJP 11/2008, 1379 f.). Mithin ist das Auflösungsbegehren nach den revidierten Rechtsnormen zu beurteilen.

4. Die Beklagte liess vor Vorinstanz mit Eingabe vom 19. August 2008 den Antrag stellen, es seien F._____, G._____, H._____, I._____, J._____ und K._____ neu in die Beklagte aufzunehmen (act. 109). Zu Recht stellt der Vertreter der Beklagten in seinem Schreiben fest, dass dem Richter nach der Gesetzesrevision

mit den Bestimmungen in Art. 731 Abs. 1 OR ein nicht abschliessender Massnahmenkatalog zur Verfügung stehe. Er führt in seiner Eingabe aus, die Massnahmen gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziffer 1 und 3 OR entsprächen inhaltlich der bisherigen Regelung von aArt. 831 Abs. 2 OR. Neu werde nunmehr dem Richter auch die Möglichkeit gegeben, das fehlende Organ oder einen Sachwalter zu ernennen. Diese Aufzählung sei indessen nicht abschliessend, vielmehr übertrage der Gesetzgeber dem Richter generell die Kompetenz, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, darunter auch Ernennungen, um das sich stellende Problem zu lösen. Der Richter könne also auch betreffend die Generalversammlung Ernennungen vornehmen. Die bestehende Pattsituation innerhalb der Genossenschaft könne nicht durch entsprechende Fristansetzung behoben werden, eine solche sei unzweckmässig. Das Problem sei, dass die unzureichend zusammengesetzte Generalversammlung und in Folge davon die Blockierung durch die Pattsituation durch geeignete richterliche Massnahmen gelöst werden müsse. Angemessen sei einzig die Lösung, dass der Richter das nicht ausreichend besetzte Organ der Generalversammlung komplettiere. Die Beklagte beschreibt alsdann, wie die Vorinstanz hätte ihrer Meinung nach vorgehen müssen. Vorab hätte sie prüfen müssen, ob die Beklagte ihre Zwecke gemäss ihren Statuten erfülle, ob die Beklagte ihre Rolle im Wirtschaftsleben spiele, die das Gesellschaftsrecht einer Genossenschaft zugeordnet habe, ob ihre Einnahmen und Ausgaben im Gleichgewicht stünden (eine Genossenschaft sei ja bekanntlich nicht darauf ausgerichtet, möglichst hohe Gewinne zu erzielen, sondern ihren Mitgliedern, im vorliegenden Fall den Mietern, möglichst günstige Mietzinsen zu ermöglichen), ob die Genossenschaft ihre Bücher korrekt führe und schliesslich, ob sie die Interessen ihrer Stakeholder wahre. Würden diese Fragen positiv beantwortet, müsse sich der Richter fragen, ob die Gesellschaft auch in Zukunft lebensfähig erscheine, wenn ihr Organisationsmangel behoben sei. Einzig wenn diese Fragen negativ beantwortet werden müssten, könne als ultima ratio die Auflösung der Genossenschaft ins Auge gefasst werden. Ansonsten müssten Massnahmen getroffen werden, um die Genossenschaft wieder auf die richtige Bahn zu führen, damit sie ihre Zwecke im Wirtschaftsleben wieder wahrnehmen könne (act. 156 S. 6 f.).

Die Kläger halten demgegenüber dafür, es sei unzutreffend, dass die Vorinstanz diese fünf von der Beklagten aufgeführten Punkte im Detail hätte prüfen müssen. Einzige Frage sei hier, ob unter den gegebenen Umständen eine Wahrscheinlichkeit bestehe, dass die heutigen vier Genossenschafter an einer weiteren Genossenschafterversammlung die notwendigen drei Genossenschafter zuwählen oder nicht. Müsse diese Frage negativ beantwortet werden, so sei die Beklagte zwingend aufzulösen. Die Beklagte irre, wenn sie meine, ein Gericht - sei es die Vorinstanz oder das Obergericht - könne fehlende Genossenschafter zuwählen (act. 168 S. 4).

Der Auffassung der Kläger ist beizupflichten. Die Vorinstanz stellte mit Grund fest, der wesentlichste Unterschied zum bisherigen Recht bestehe darin, dass nach richterlicher Anordnung der Auflösung der Genossenschaft die Liquidation gemäss den Vorschriften über den Konkurs zu erfolgen habe. Somit könne ein gesellschaftsrechtlicher Mangel zu einem Konkursverfahren führen, ohne dass die Gesellschaft illiquid oder überschuldet sei und ohne dass über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden wäre. Motivation des Gesetzgebers für diese strenge Regelung sei, dass unter dem früheren Recht die bisherigen Organe keine Liquidation vorgenommen hätten, weshalb die in Auflösung versetzte Gesellschaft weiter am Rechtsleben teilgenommen habe. Es ist deshalb auch nicht auf die Ausführungen der Parteien zur finanziellen Lage der Beklagten einzugehen, da dies in diesem Zusammenhang belanglos ist. Art. 731 Abs. 1 OR stellt dem Richter nunmehr einen nicht abschliessenden Massnahmenkatalog zur Verfügung. Der Richter kann auf Antrag die nach objektiven Gegebenheiten erforderlichen Massnahmen treffen. Dabei ist er an allfällige konkretisierte Anträge nicht gebunden. Der in Art. 731b OR enthaltene Massnahmenkatalog ist zwar – wie soeben erwähnt – nicht abschliessend. Von den darin aufgeführten Massnahmen sind für den Fall des Unterschreitens der gesetzlich vorgegebenen Mindestanzahl der Gesellschafter aber regelmässig nur die in Art. 731b Abs. 1 Ziffern 1 und 3 OR aufgeführten Handlungen relevant (BSK OR II-Baudenbacher, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 831 N 14). Zu betonen ist überdies, dass die Vorschriften des Aktienrechts auf die Einhaltung der Anforderungen an die Bestellung und Zusammensetzung der Organe einer Genossenschaft gemäss Art. 894 Abs. 1 OR (Verwaltung), Art. 898

Abs. 2 OR (Geschäftsführung und Vertretung) oder Art. 906 Abs. 1 OR (Revisionsstelle) anwendbar sind (BSK OR II-Watter/Wieser, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 908 N 1). Nicht anwendbar sind diese Vorschriften auf die zwingend auf sieben festgesetzte Mindestanzahl von Genossenschaf tern. Da eine Fristansetzung im Sinne des Art. 731b Abs. 1 Ziffer 1 OR von beiden Parteien angesichts des bisherigen Geschehens zu Recht für offensichtlich nutzlos angesehen wird, bleibt die Auflösung der Beklagten als einzige Möglichkeit. Aus den Materialien bzw. der einschlägigen Literatur ergeben sich nämlich keine Hinweise, dass die Kompetenzen des Richters so weit gehen würden, dass er das unzureichend besetzte Organ selbst komplettieren könnte. Hier würde dies darauf hinauslaufen, dass der Richter, je nachdem, welche Neumitglieder er in die Genossenschaft berufen würde, die bestehende Pattsituation zwar auflöst, damit aber gleichzeitig über die neuen Mehrheitsverhältnisse innerhalb der Genossenschaft entscheidet. Dies kann nicht Aufgabe des Richters sein. Ebenso wenig kann es Aufgabe des Richters sein, einer juristischen Person, die mangels genügender Anzahl Mitglieder eigentlich schon längst die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt hat, nochmals neues Leben einzuhauchen. Hätte der Gesetzgeber dem Richter solch weitreichende Kompetenzen einräumen wollen, so hätte er dies im Gesetz ausdrücklich so geregelt. Das hat er nicht getan. Von der von der Beklagten beantragten Massnahme ist daher abzusehen. In diesem Zusammenhang sei noch auf zwei ältere, Aktiengesellschaften betreffende Bundesgerichtsentscheide (BGE 105 II 114 sowie BGE 126 III 266) hingewiesen, in welchen zwar kein andauerndes Patt zwischen den Gesellschaftern vorlag, aber auf Antrag des Minderheitsaktionärs bzw. der Minderheitsaktionäre die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen durch den Richter angeordnet wurde, nämlich wegen eines andauernden und nicht auflösbaren Zwists – schwere und anhaltende Missachtung der Kontrollrechte des Minderheitsaktionärs bzw. andauernd schlechte Geschäftsführung, die unweigerlich in den Ruin führt.

5. Die Berufung erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet. In Gutheissung der Klage ist daher die Beklagte aufzulösen und die Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:

1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge zu bestätigen (§§ 64 und 68 ZPO/ZH).
2. Die Beklagte wird auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 und 68 ZPO/ZH).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte mit Sitz in D._____, Gemeinde E._____, aufgelöst.
2. Die Liquidation hat nach den Vorschriften über den Konkurs stattzufinden. Mit der Liquidation wird das Konkursamt P._____ beauftragt.
3. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 12'750.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 8'000.00 (zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Winterthur, je im Dispositiv an den Sachwalter, O._____, ... [Adresse], an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Konkursamt P._____, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 200'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. D. Tolic

versandt am: