

Universität Bern
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Herbstsemester 2018
Institut für Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. iur. Thomas Jutzi, LL.M.

Falllösung im Wirtschaftsrecht: «Genossenschaft Bügelskilift Schratten»

Vorgelegt am 14.11.2018

Verfasser: Oliver Strässler
Adresse: Falkenstrasse 35
2502 Biel/Bienne
Matrikelnummer: 16-105-157
E-Mail: oliver.straessler@students.unibe.ch

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Literaturverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis.....	V
1. Möglichkeiten gegen Jonas Janko	1
1.1. Allfälliger Eintritt von Jonas Janko	1
1.2. Ausschluss von Jonas Janko	2
1.2.1. Aufgrund statutarischer Ausschlussgründe	2
1.2.2. Aus wichtigem Grund.....	3
1.2.3. Durch das Kaduzierungsverfahren	4
1.3. Fazit	5
2. Rechtliche Schritte gegen die Genossenschaft	6
2.1. Verstoss gegen den lauterer Wettbewerb.....	6
2.2. Ansprüche aus Verstoss gegen den lauterer Wettbewerb	8
2.2.1. Legitimation	8
2.2.2. Negatorische Ansprüche.....	8
2.2.3. Kompensatorische Ansprüche	9
2.3. Fazit	10
3. Mittel gegen das Verwaltungsmitglied Wanda Wicki.....	11
3.1. Abberufung.....	11
3.1.1. Durch GV-Beschluss	11
3.1.2. Durch richterliche Verfügung.....	11
3.2. Verantwortlichkeitsklage.....	12
3.2.1. Legitimation	12
3.2.2. Verantwortlichkeit	13
3.3. Fazit	15
Selbständigkeitserklärung	VI

Literaturverzeichnis

Zitierhinweis: Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert. Nur einmal verwendete Quellen werden in der entsprechenden Fussnote vollständig zitiert.

COURVOISIER MATTHIAS: Art. 853, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 3. Auflage, Zürich et al. 2016 (zit. CHK OR-COURVOISIER).

DAVID LUCAS/REUTTER MARK A.: Schweizerisches Werberecht, Zürich 2015 (zit. DAVID/REUTTER).

FERRARI HOFER LORENZA/VASELLA DAVID, Art. 1–28 UWG, in: Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. CHK-FERRARI HOFER/VASELLA).

GERICKE DIETER/WALLER STEFAN, Art. 754–761, Art. 827 und Art. 916–920, in: Heinrich Honsell/Peter Vogt Nedim/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 Übest GmbH, 5. Auflage, Basel 2016 (zit. BSK OR II-GERICKE/WALLER).

JUTZI THOMAS, Verwaltungsratsausschüsse im schweizerischen Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in den USA, Deutschland und England, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Band 755, Bern 2008 (zit. JUTZI).

MEIER PHILIPP, Art. 916–920 OR und Art. 55 ZGB, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HaftpflichtKomm-MEIER).

MOLL ANDREAS, Art. 879–893, in: Heinrich Honsell/Peter Vogt Nedim/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 Übest GmbH, 5. Auflage, Basel 2016 (zit. BSK OR II-MOLL).

MÜLLER ROLAND, Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Genossenschaft, in: Robert Waldburger/Charlotte M. Baer/Ursula Nobel/Benno Bernet (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 225–250 (zit. MÜLLER).

NATSCH REGINA, Art. 828–838 und Art. 852–908, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar - OFK. OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. OFK OR-NATSCH).

NIGG HANS: Art. 852–855 und 864–878, in: Heinrich Honsell/Peter Vogt Nedim/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 Übest GmbH, 5. Auflage, Basel 2016 (zit. BSK OR II-NIGG).

OETIKER CHRISTIAN, Art. 3 Abs. 1 lit. e, Art. 3 Abs. 1 lit. g–i, Art. 3 Abs. 1 lit. o und Art. 3 Abs. 1 lit. u, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, Bern 2016 (zit. SHK UWG-OETIKER).

PLÜSS ADRIAN, Art. 916–920, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar - OFK. OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit. OFK OR-PLÜSS).

RAUBER GEORG, Klageberechtigung und prozessrechtliche Bestimmungen (Art. 9–15 UWG), in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Band V/1: Wettbewerbsrecht. Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, Basel 1998 (zit. SIWR V/1-GEORG).

REYMOND JACQUES-ANDRÉ, in: Arthur Meyer-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht SPR. Bd. VIII/5: Handelsrecht. Die Genossenschaft, Basel 1998 (zit. SPR VIII/5-REYMOND).

RÜETSCHI DAVID/ROTH SIMON/FRICK MARKUS R.: Art. 9, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK).

SCHMID CHRISTIAN: Art. 3 lit. e und Art. 16–20, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-SCHMID).

SCHWARTZ ALFRED L.: Art. 839–841, in: Heinrich Honsell/Peter Vogt Nedim/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 Übest GmbH, 5. Auflage, Basel 2016 (zit. BSK OR II-SCHWARTZ).

SPITZ PHILIPPE: Art. 3 Abs. 1 lit. a, Art. 3 Abs. 1 lit. d, Art. 3 Abs. 1 lit. f, Art. 3 Abs. 1 lit. k–n, Art. 4; Art. 4a, Vor Art. 9–13a, Art. 9–11; Art. 13a, Vor Art. 16–20, Art. 23 und Art. 26–29, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, Bern 2016 (zit. SHK UWG-SPITZ).

WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, Art. 716–717, Art. 18b, Art. 809–813 und Art. 897 in: Heinrich Honsell/Peter Vogt Nedim/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, Art. 530 – 964 OR, Art. 1 – 6 SchlT AG, Art. 1 – 11 Übest GmbH, 5. Auflage, Basel 2016 (zit. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA).

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
a.M.	anderer Meinung
BGE	Bundesgerichtsentscheid
CHF	Schweizerfranken
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
f.	folgende
ff.	fortfolgend(e)
gem.	gemäss
GV	Generalversammlung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
N	Note, Randnummer, Randziffer etc.
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationen-recht) (SR 220.0) (Stand am 1. April 2017).
S.	Seite
SV	Sachverhalt
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241) (Stand am 1. Juli 2016).
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

1. Möglichkeiten gegen Jonas Janko

1.1. Allfälliger Eintritt von Jonas Janko

Der Eintritt in die Genossenschaft richtet sich nach Art. 839 ff. OR. Dafür muss die Genossenschaft rechtsgültig gegründet worden sein, was laut SV der Fall ist. Gem. Art. 839 Abs. 2 OR dürfen die Statuten den Eintritt in die Genossenschaft nicht übermässig erschweren. Weiter bedarf es nach Art. 840 Abs. 1 OR für den Eintritt einer schriftlichen Beitrittserklärung. Nach Art. 840 Abs. 3 OR entscheidet daraufhin die Verwaltung über die Aufnahme neuer Mitglieder, «soweit nicht nach den Statuten die blosser Beitrittserklärung genügt oder ein Beschluss der GV nötig ist». In casu hat Jonas Janko (nachfolgend J.J.) eine schriftliche Beitrittserklärung abgegeben. Folglich hat nun die Verwaltung, unter Vorbehalt der Ausnahmen von Art. 840 Abs. 3 OR, über die Aufnahme von J.J. zu entscheiden. In Art. 7 Abs. 2 der Statuten ist geregelt, dass die Mitgliedschaft mit der Unterzeichnung der schriftlichen Beitrittserklärung beginnt. In dieser Bestimmung ist eine Offerte zu sehen, welche durch die Unterzeichnung der Beitrittserklärung angenommen werden kann; doch begründet eine solche statutari-sche Bestimmung noch kein Recht auf Eintritt in die Genossenschaft.¹ Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Statuten weitere Anforderungen an die Aufnahme knüpfen.² Laut SV hat J.J. am 10. April 2018 die Beitrittserklärung unterzeichnet und der Verwaltung zugeschickt. Die Statuten der Genossenschaft Bügelskilift Schrattenberg (nachfolgend Statuten) enthalten jedoch keine weiteren Bestimmungen, welche der Genossenschaft Bügelskilift Schrattenberg (nachfolgend GBS) das Recht einräumen, die Aufnahme von J.J. zu verweigern.

Nach Art. 853 Abs. 1 OR ist jedes Mitglied zur Übernahme eines Anteilscheins verpflichtet. In der Lehre wird diskutiert, ob die Anteilscheinübernahme als Voraussetzung oder als Folge des Beitritts zu verstehen ist.³ Die Frage kann jedoch offengelassen werden, denn Art. 7 Abs. 2 der Statuten regelt den Beitrittszeitpunkt. Demnach erfolgt der Beitritt durch Unterzeichnung der schriftlichen Beitrittserklärung, so dass die Anteilscheinübernahme als Erfordernis verneint werden kann. Folglich ist J.J. der GBS rechtsgültig beigetreten.

¹ BSK OR II-SCHWARTZ, Art. 840 N 22.

² BGE 98 II 221, S. 223 f. E. 3.

³ Vgl. für eine ausführliche Darstellung der Lehrmeinungen: BSK OR II-NIGG, Art. 853 N 6; SPR VIII/5-REYMOND, S. 53; Nach NIGG hat die Bestimmung dispositiven Charakter, dies ist m.E. richtig.

1.2. Ausschluss von Jonas Janko

Das Gesetz ermöglicht einen Ausschluss eines Genossenschafters auf drei Arten: der Ausschluss aufgrund statutarischer Ausschlussgründe, aus wichtigem Grund und durch das Kaduzierungsverfahren.⁴ Ein Ausschluss kann jederzeit erfolgen.⁵ Zuständig für den Ausschluss nach Art. 846 OR ist die GV, falls die Statuten nicht die Verwaltung als zuständig vorsehen.⁶ In casu überträgt Art. 10 der Statuten die Zuständigkeit sowohl beim Ausschluss aufgrund statutarischer Ausschlussgründe (Abs. 2) als auch beim Ausschluss aus wichtigem Grund (Abs. 1) der Verwaltung. Beim Kaduzierungsverfahren ist ebenfalls die Verwaltung das zuständige Organ.⁷

1.2.1. Aufgrund statutarischer Ausschlussgründe

Gem. Art. 846 Abs. 1 OR können die Statuten Gründe zur Ausschliessung eines Genossenschaftsmitglieds beinhalten. Diese müssen in einem sachlichen Zusammenhang mit der Zielsetzung der Genossenschaft und ihrer Mitglieder stehen.⁸ Die statutarischen Ausschlussgründe sind vorliegend in Art. 10 Abs. 2 lit. a – c geregelt:

I Verletzung der Treuepflicht nach Art. 866 OR

Nach Art. 10 Abs. 2 lit. a der Statuten bildet die Verletzung der Treuepflicht nach Art. 866 OR einen Ausschlussgrund. Diese Treuepflicht verpflichtet die Mitglieder gegenüber der Genossenschaft zur Treue. Einer statutarischen Treuepflicht kommt jedoch nur beschränkte Bedeutung zu.⁹ So müssen die daraus folgenden Pflichten in den Statuten geregelt oder als notwendige Pflichten für das Verfolgen des Genossenschaftszwecks als solche ersichtlich sein.¹⁰ In casu wird J.J. vorgeworfen, er wolle nur profitieren, und die Anteilscheine der GBS nicht erwerben. Da er jedoch gesetzlich zur Übernahme eines Anteilscheins verpflichtet ist,¹¹ ist einzig die Verweigerung der Einzahlung vorwerfbar. Die Pflicht zu finanziellen Leistungen ergibt sich allerdings aus Art. 867 Abs. 1 OR (mit Verweis auf die Statuten) und nicht aus Art. 866 OR. Eine weitere Pflicht kann aus dem Genossenschaftszweck nicht abgeleitet werden. Ein Ausschluss aufgrund einer Treuepflichtverletzung ist somit unzulässig.

⁴ Art. 846 Abs. 1 und 2 OR; Art. 867 Abs. 3 OR.

⁵ BSK OR II-SCHWARTZ, Art. 846 N 2.

⁶ Art. 846 Abs. 3 OR.

⁷ BSK OR II-NIGG, Art. 867 N 5.

⁸ BSK OR II-SCHWARTZ, Art. 846 N 11.

⁹ SPR VIII/5-REYMOND, S. 150.

¹⁰ BSK OR II-NIGG, Art. 866 N 3; BGE 101 II 125, S. 127 f. E. 3a und b.

¹¹ Siehe S. 1; Die Pflicht zur Übernahme eines Anteilscheins geht aus Art. 853 Abs. 1 OR hervor.

II Vorsätzliche oder grobfahrlässige Schädigung der Genossenschaft

Nach Art. 10 Abs. 2 lit. b der Statuten kann ein Mitglied ausgeschlossen werden, wenn es vorsätzlich oder grobfahrlässig die Genossenschaft schädigt. Das Bundesgericht definiert Schaden als Verminderung des Reinvermögens. Er kann demnach in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. Der Schaden entspreche nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.¹² In casu könnte der GBS durch den Beitritt von J.J. ein Schaden entstanden sein. Dabei liefert der SV keine Hinweise auf eine Verminderung der Aktiven oder eine Vermehrung der Passiven. Es bleibt somit der entgangene Gewinn zu prüfen. J.J. hatte durch seinen Beitritt die Pflicht einen Anteilschein einzubezahlen. Dadurch sollte das Vermögen der GBS um den Wert dieses Anteilscheins, namentlich CHF 1'000.00, steigen. Tatsächlich ist das Vermögen um den genannten Betrag gestiegen, denn nicht einbezahltes Gesellschafterkapital ist nach Art. 959 Abs. 1 Ziff. 2 lit. e OR als Forderung den Aktiven zuzurechnen. Da die Aktiven auch bei einer Einbezahlung um den genannten Betrag gestiegen wären, ist keine Differenz und somit kein entgangener Gewinn ersichtlich. Folglich kam es zu keiner Schädigung der GBS und ein Ausschluss von J.J. aus diesem Grund unzulässig ist.

III Missachtung statuten- und gesetzeskonformer Beschlüsse der Generalversammlung oder der Verwaltung

Gem. Art. 10 Abs. 2 lit. c der Statuten ist die Missachtung von statuten- und gesetzeskonformen Beschlüssen der GV oder der Verwaltung ein Ausschlussgrund. In casu hat die Verwaltung durch einen Einforderungsbeschluss J.J. zur Bezahlung verpflichtet. Jedoch ist das Einfordern von finanziellen Leistungen durch das Kaduzierungsverfahren nach Art. 867 OR in zwingender Natur geregelt.¹³ Ein fristloser statutarischer Ausschluss aufgrund einer Missachtung des Einforderungsbeschlusses würde die zwingenden Bestimmungen von Art. 867 OR umgehen. Dies wäre missbräuchlich und somit unzulässig. Weitere Beschlüsse wurden von J.J. nicht missachtet.

1.2.2. Aus wichtigem Grund

Für den Ausschluss aufgrund von Art. 846 Abs. 2 OR muss ein wichtiger Grund vorliegen. Dabei ist für das Vorliegen eines wichtigen Grundes auf den konkreten Fall und

¹² BGE 97 II 169, S. 176 E. 3a; Differenztheorie des Bundesgerichts.

¹³ BSK OR II-Nigg, Art. 867 N 4.

stets auf die Zielsetzung, die Struktur und der tatsächlichen Tätigkeit der Genossenschaft abzustellen.¹⁴ In casu ist J.J. einzig vorwerfbar, dass er den Anteilschein nicht einbezahlt. Diese Pflicht wird jedoch durch das spezifischere Kaduzierungsverfahren geregelt, dieses hat vorzugehen.¹⁵ Ein Ausschluss von J.J. wird daher verneint.

1.2.3. Durch das Kaduzierungsverfahren

Art. 867 Abs. 1 OR besagt, dass die Beitrags- und Leistungspflicht durch die Statuten geregelt werden. Diese Norm findet alleine auf finanzielle Verpflichtungen Anwendung.¹⁶ Wird diesen Pflichten nicht nachgekommen, so regelt Art. 867 Abs. 1 bis 3 OR das Kaduzierungsverfahren. Demnach sind die Zahlungen, unter Einhaltung einer angemessenen Frist, durch die Genossenschaft mittels eingeschriebenen Briefs einzufordern (Abs. 1). Erfolgt die Zahlung innert dieser Frist nicht, so ist mittels Einschreiben eine einmonatige Nachfrist anzusetzen. Nach deren ungenutztem Ablauf kann das Mitglied seiner Rechte verlustig erklärt werden. In casu legt Art. 11 Abs. 1 der Statuten den Kapitalbetrag der Anteilscheine fest. Demnach lautet der von der Verwaltung einzufordernde Betrag auf CHF 1'000.00. Auch wahrt die Verwaltung das Prinzip der Gleichbehandlung, wenn sie den Betrag wie bei jedem Neumitglied gleich zu Beginn der Mitgliedschaft einfordert.¹⁷

Art. 867 Abs. 2 OR fordert die Einforderung mittels eingeschriebenen Briefs. Die Vorschrift, wonach die Zustellung durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen hat, ist auf den Zustellungsbeweis zurückzuführen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann auf dieses Erfordernis verzichtet werden, wenn der Zustellungsbeweis alternativ erfolgen kann.¹⁸ Vorliegend hat die Verwaltung per E-Mail die Bezahlung eingefordert. Da J.J. gem. SV am 22. April 2018 per Post auf dieses Mail geantwortet hat, ist der Zustellungsbeweis sichergestellt. Da diese Zustellungsvorschrift den Empfänger schützt, entfaltet sie die Wirkung erst, wenn der Empfänger nachweislich deren Inhalt zur Kenntnis genommen hat. Der SV besagt lediglich, dass J.J. am 22. April 2018 per Post geantwortet hat. Da die Zustellung per Post mindestens einen Tag dauert, kann also bewiesen werden, dass J.J. am 21. April 2018 Kenntnis von der Zahlungseinforderung erlangt hat. Somit beginnt ab diesem Tag die Frist zur Bezahlung der

¹⁴ BSK OR II-SCHWARTZ, Art. 846 N 14.

¹⁵ Vgl. Ziff. 1.2.1. I und Ziff. 1.2.1. III.

¹⁶ BSK-NIGG, Art. 867 N 2; A.M. CHK OR-COURVOISIER, Art. 867 N 1.

¹⁷ Art. 854 OR; BSK OR II-NIGG, Art. 854 N 1.

¹⁸ Urteil 1B_41/2016 vom 24. Februar 2016 E. 2.2.

Anteilscheine zu laufen. Diese Frist betr ag laut SV zehn Tage, doch muss sie nach Art. 867 Abs. 2 OR ebenfalls angemessen sein. Wie lange diese angemessene Frist dauern soll, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet. Einerseits wird auf die Monatsfrist gem. Art. 867 Abs. 3 OR verwiesen, weshalb auch bei der ersten Zahlungseinforderung üblicherweise eine Monatsfrist angemessen sei.¹⁹ Dem steht die Meinung gegenüber, dass die Frist nach Art. 867 Abs. 3 OR die Frist der letzten Chance sei, und daher nicht als Referenz für die angemessene Frist von Art. 867 Abs. 2 OR herangezogen werden könne.²⁰ Die letztere Meinung scheint m.E. naheliegender, denn bei der ersten Einforderung sollte mehr auf die Umstände abgestützt werden können. Für eine Leistung in der Höhe von CHF 1'000.00 hat das Bundesgericht eine Frist von 20 Tagen als angemessen erachtet; problematisch seien vor allem kurze Fristen von nur wenigen Tagen.²¹ In casu wird eine Leistung in Höhe von CHF 1'000.00 gefordert. Demnach scheint laut Bundesgericht eine Frist von 20 Tagen als angemessen. Da eine zu kurze Frist in eine angemessene umgedeutet wird, läuft die Frist bis am 11. Mai 2018.²² Wird diese Frist nicht genutzt, ist nach Art. 867 Abs. 3 OR weiterzufahren.

Nach Art. 867 Abs. 3 OR ist nach Ablauf der Frist der ersten Zahlungseinforderung eine weitere einmonatige Zahlungsfrist durch einen Einschreibebrief anzusetzen. Nach deren ungenutztem Verstreichen, kann das betreffende Mitglied ausgeschlossen werden. Wird bereits in dem Brief auf den Ausschluss als Folge hingewiesen, so erübrigt sich die ausdrückliche Verlustigerkl rung, die Mitgliedschaft geht eo ipso verloren.²³

Art. 867 Abs. 4 OR besagt als Rechtsfolge, dass sämtliche finanzielle Verpflichtungen bestehen bleiben. In casu bleibt J.J. also verpflichtet, den Anteilschein zu bezahlen.

1.3. Fazit

Gestützt auf Art. 840 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 7 Abs. 2 der Statuten ist J.J. der GBS rechtsgültig beigetreten. J.J. kann nicht aufgrund statutarischer Ausschlussgründe oder aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden. Möglich bleibt, mittels Kaduzierungsverfahren gegen J.J. vorzugehen. Kommt J.J. hierbei den Forderungen nicht nach, kann

¹⁹ BSK OR II-NIGG, Art. 867 N 3.

²⁰ CHK OR-COURVOISIER, Art. 867 N 4.

²¹ Urteil 2C_22/2010 vom 21. September 2010 E 4.1 und 4.3; Im vorliegenden Fall basiert die Leistung – im Gegensatz zum Urteil – auf einem freiwilligen Beitrittsentscheid, weshalb vorliegend die Frist sicher nicht 20 Tage zu übersteigen hat.

²² BGE 91 II 344, S 351 E. 3b.

²³ Steiger Fritz von, Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechtes, 2. Auflage, Zürich 1963, S 48.

er gestützt auf Art. 867 Abs. 1 – 3 OR i.V.m. Art. 11 Abs. 1 und 2 der Statuten ausgeschlossen werden. Nach Art. 867 Abs. 4 OR bleibt seine Leistungspflicht bestehen.

2. Rechtliche Schritte gegen die Genossenschaft

Der Verein Skifreunde Wimmishöhe möchte aufgrund der provokanten Werbungen die GBS zur Rechenschaft ziehen. Dabei könnte sich die GBS unlauter i.S.d. UWG verhalten haben. Die Anspruchsgrundlage bei der Zivilklage bildet Art. 9 UWG. Dabei gewährt der Artikel der verletzten Person negatorische und reperative Ansprüche. Da für die Ermittlung der Aktiv- und Passivlegitimation eine Verletzung einer der Art. 2 ff. UWG vorliegen muss, wird vorab das Vorliegen einer solchen Verletzung geprüft.

2.1. Verstoss gegen den lautereren Wettbewerb

Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG regelt die vergleichende Werbung. demnach ist jede Werbung vergleichend im Sinne dieser Norm, welche in irgendeiner Weise eine Beziehung zu einem Mitbewerber oder dessen Angebot herstellt.²⁴ In casu ist dies durch den Vergleich der Skigebiete gegeben. Somit wird Art. 9 Abs. 1 lit. e UWG geprüft.

Nach dem schweizerischen Recht ist die vergleichende Werbung grundsätzlich erlaubt. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG schränkt diese jedoch ein: So ist der Vergleich in «unrichtiger, irreführender, unnötig herabsetzender oder anlehnender Weise» unlauter. Dabei ist stets massgebend, wie die Werbung von einem unbefangenen Leser in guten Treuen verstanden werden konnte.²⁵ Vergleichende Werbung hat stets sachlich zu sein und muss auf objektiv richtigen Tatsachen basieren. Demnach ist ein Vergleich unrichtig, wenn dieser auf Unwahrheiten basiert. Diese Unwahrheiten können sowohl die Konkurrenz, deren Waren, Werke, Leistungen oder Preise betreffen, als auch Eigenbezug haben. Werturteile können nie auf Tatsachen basieren, jedoch können sie irreführend sein.²⁶ Weiter ist ein Vergleich irreführend – ob er zutreffend ist oder nicht – wenn er dazu geeignet ist, beim Publikum einen Irrtum hervorzurufen.²⁷ Dies kann durch unvollständige, ungenaue oder unwesentliche Angaben erfolgen.²⁸ Herabsetzende vergleichende Werbung ist nur unlauter, wenn diese unnötig oder schwerwiegend ist.²⁹ Bei der anlehnenden vergleichenden Werbung, wird die

²⁴ BSK UWG-SCHMID, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 30; SIWR V/1-GEORG, S. 71.

²⁵ BGE 129 III 426, S. 435; CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 3 UWG N 11.

²⁶ Vgl. zur unrichtigen und irreführenden vergleichenden Werbung: BGE 125 III 286, S. 289 f. E. 5.

²⁷ DAVID/REUTTER, N 689.

²⁸ BSK UWG-SCHMID, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 62.

²⁹ SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 30.

Konkurrenz, deren Waren, Werke, Leistungen oder Preise positiv dargestellt, um sich selbst oder das eigene Angebot gleichwertig zu zeigen und dadurch von der Konkurrenz zu profitieren.³⁰ In casu lautet die fragliche Werbung: «Wimmishöhe bedeutet weniger Pisten, windiger, weniger gemütlich, weniger Schnee, weniger Spass, deshalb kommt zu uns an den Schrattenberg! Schrattenberg – Sonne, Schnee und Spass». Es ist nun darauf abzustellen, wie ein vernünftiger Leser nach Treu und Glauben diesen Slogan versteht. Auffällig ist, dass die Werbung sehr direkt ist und vermeintliche Nachteile des Skigebiets Wimmishöhe geradeaus betitelt. Auch geht die Rechtsprechung von einem unaufmerksamen Leser aus, welcher nur beschränkte Fähigkeiten hat, Übertreibungen als solche zu erkennen.³¹ Dieser wird den Slogan so verstehen, dass das Skigebiet der Wimmishöhe weniger attraktiv ist, als jenes des Schrattenbergs. So wird er sicher annehmen, dass die Wimmishöhe weniger Pisten hat und im Durchschnitt schlechteres Wetter aufweist. Dass die Wimmishöhe weniger Spass bedeuten würde und ungemütlicher sei, wird der vernünftige Leser auf die genannten Umstände zurückführen. Sind die in der Werbung genannten Tatsachen unzutreffend, könnte dies ein Vergleichen in unrichtiger Weise gem. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG darstellen.

Ein Vergleich in unrichtiger Weise kann nur vorliegen, wenn die geäußerten Tatsachen objektiv auf deren Richtigkeit geprüft werden können; ausgeschlossen sind somit Werturteile.³² Auch unlauter ist der Vergleich zwischen objektiv richtigen aber unvergleichbaren Tatsachen.³³ In casu wird das Skigebiet Wimmishöhe mit dem Skigebiet Schrattenberg verglichen. Es handelt sich um Leistungen derselben Art, weshalb die Vergleichbarkeit der Bezugsobjekte bejaht werden kann. Es wird bei dem Vergleich auf die Tatsache der Pistenanzahl und das schlechtere Wetter abgestellt. Diese Tatsachen können nach ihrer Beschaffenheit auf ihre objektive Wahrheit geprüft werden. Aus dem SV geht hervor, dass das Skigebiet Wimmishöhe gleichviele Pisten aufweist wie das Skigebiet Schrattenberg. Weiter befinden sich die beiden Skigebiete gem. SV am Nordhang desselben Tals und ungefähr gleichviel Meter über dem Meer. Folglich ist die Tatsachenbehauptung, dass es im Skigebiet weniger Pisten gibt und schlechteres Wetter herrscht, unzutreffend. Die Werbung verstösst somit gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG und ist daher unlauter i.S.d. UWG.

³⁰ BSK UWG-SCHMID, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 31 und N 86.

³¹ BGE 129 III 426, S. 435; DAVID/REUTTER, N 689.

³² SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 18.

³³ CHK-FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 3 UWG N 67.

2.2. Ansprüche aus Verstoss gegen den lautereren Wettbewerb

2.2.1. Legitimation

Art. 9 Abs. 1 UWG regelt die Aktivlegitimation. Demnach sind alle natürlichen und juristischen Personen zur Klage legitimiert, sofern sie Marktteilnehmer sind und eigene, bedrohte wirtschaftliche Interessen geltend machen können.³⁴ Passivlegitimiert ist jede Person, welche unlauteren Wettbewerb i.S.d. Art. 2 – 8 UWG betrieben hat. In casu wurde das Skigebiet Wimmishöhe durch die Werbung der GBS schlecht dargestellt. Der Verein Skifreunde Wimmishöhe verdient seinen Unterhalt mit dem Betreiben des Skilifts in der Wimmishöhe. Indem das Skigebiet schlecht dargestellt wird, ist die Nachfrage für Skilifttickets gefährdet. Der Verein Skifreunde Wimmishöhe ist somit in einem wirtschaftlichen Interesse bedroht. Diese Bedrohung ist auf den Verstoss der GBS gegen den Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG zurückzuführen.³⁵ Der Verein Skifreunde Wimmishöhe ist somit aktivlegitimiert. Die GBS ist aufgrund des ihr zuzurechnenden Verstosses gegen das Lauterkeitsrecht passivlegitimiert.

2.2.2. Negatorische Ansprüche

Gem. Art. 9 Abs. 1 lit. a – c und Abs. 2 UWG können folgende negatorische Ansprüche geltend gemacht werden: Anspruch auf Unterlassung (Abs. 1 lit. a), Beseitigung (Abs. 1 lit. b), Feststellung (Abs. 1 lit. c) sowie die Mitteilung oder Veröffentlichung einer Berichtigung oder des Urteils (Abs. 2). In casu besteht keine Bedrohung einer Verletzung oder deren Wiederholung, weshalb ein Unterlassungsanspruch verneint wird. Ebenfalls besteht kein Anspruch auf Feststellung, da diese Anwendung findet, insofern die Verletzung zwar abgeschlossen ist, deren negative Auswirkungen jedoch fortbestehen.³⁶ Zu prüfen bleiben somit der Anspruch auf Beseitigung und der Anspruch auf Berichtigung, Mitteilung des Urteils an Dritte und Urteilspublikation.

Nach Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG besteht die Möglichkeit, bei einer fortbestehenden Verletzung, die Beseitigung derselben zu beantragen. Voraussetzung nebst den Legitimationen ist, dass die Verletzung beseitigungsfähig ist und sich weiterhin schädigend auswirkt.³⁷ Als Rechtsfolge kann der Verletzer zur Beseitigung der Störung verpflichtet werden.³⁸ Diese Pflicht muss jedoch verhältnismässig sein und darf nicht

³⁴ SIWR V/1-GEORG, S. 254 f.

³⁵ Siehe oben Ziff. 2.1.

³⁶ SHK UWG-SPITZ, Art. 9 N 88.

³⁷ SHK UWG-SPITZ, Art. 9 N 71 f.

³⁸ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 N 47.

weitergehen, als zum Erreichen der Beeinträchtigung nötig ist.³⁹ Nebst der Beseitigungsklage können kumulativ weitere Ansprüche geltend gemacht werden, so z.B. eine Urteilspublikation nach Art. 9 Abs. 2 UWG.⁴⁰ In casu besteht die Verletzung in Form eines unlauteren Plakats. Dieses ist aufgehängt und somit fortdauernd schädigend. Auch ist die Verletzung durch Entfernung der Werbung beseitigungsfähig. Somit kann die GBS zur Beseitigung verpflichtet werden. Diese Pflicht ist verhältnismässig, da es einen bescheidenen Aufwand zum Erreichen der Beseitigung darstellt.

Art. 9 Abs. 2 UWG setzt voraus, dass die Verletzungshandlung und deren schädigende Auswirkungen andauern.⁴¹ Ist dies gegeben, so können verschiedene Mittel geltend gemacht werden. Fehlt es an einem konkreten Rechtsbegehren, so entscheidet sich die Wahl des Mittels nach der Eignung, wobei stets die Verhältnismässigkeit zu wahren ist.⁴² Eines der Mittel ist die Berichtigung. Sie setzt eine schädigende Nachwirkung voraus und dient dem Widerruf unrichtiger Angaben.⁴³ Weiter kann die Mitteilung des Urteils verlangt werden. Dies setzt jedoch voraus, dass der Adressatenkreis der unlauteren Werbung bestimmbar ist. Trifft dies nicht zu, so kann die Urteilspublikation verlangt werden.⁴⁴ Die Mitteilung und Publikation eines Urteils sind jedoch sekundäre Ansprüche und setzen die Verurteilung des Verletzers aus anderem Anspruch voraus.⁴⁵ In casu würde sich eine Mitteilung des Urteils nicht eignen, da sich die Werbung an die Öffentlichkeit und somit an einen nicht bestimmbaren Adressatenkreis richtet. Da die Urteilspublikation ebenfalls eine präventive Funktion innewohnt, scheint, dieses das geeignete Mittel. Sie ist auch verhältnismässig, da eine Marktverwirrung besteht, welche durch die alleinige Entfernung der Plakate nicht aufgelöst wird.⁴⁶

2.2.3. Kompensatorische Ansprüche

Art. 9 Abs. 3 UWG gewährt Anspruch auf Schadenersatz. Dabei können im Wesentlichen drei Ansprüche alternativ geltend gemacht werden: den eigentlichen Schadenersatz, die Gewinnherausgabe sowie die Gebrauchschädigung.⁴⁷ In casu liefert der SV keine Hinweise, dass eine Geschäftsführung ohne Auftrag oder eine

³⁹ SHK UWG-SPITZ, Art. 9 N 78.

⁴⁰ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 N 38.

⁴¹ SHK UWG-SPITZ, Art. 9 N 96.

⁴² BGE 126 III 209, S. 217 E. 5.

⁴³ SHK UWG-SPITZ, Art. 9 N 102.

⁴⁴ SHK UWG-SPITZ, Art. 9 N 105.

⁴⁵ SHK UWG-SPITZ, Art. 9 N 106.

⁴⁶ BGE 115 II 474, S.483 E. 4b.

⁴⁷ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 N 73, 77 und 148.

Eingriffskondiktion besteht, weshalb nur ein allfälliger eigentlicher Schadenersatz geltend gemacht werden kann.

Der Anspruch auf Schadenersatz richtet sich nach Art. 41 ff. OR. Demnach setzt der Anspruch einen Schaden voraus, welcher adäquat und natürlich kausal auf ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten des Schädigers zurückzuführen ist.⁴⁸

Die Widerrechtlichkeit wird bei der Klage nach Art. 9 Abs. 3 UWG aus einem Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht nach Art. 2 – 8 UWG abgeleitet.⁴⁹ Durch den Verstoss der GBS gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ist die Widerrechtlichkeit gegeben.⁵⁰

Schaden kann sowohl als positiver Schaden als auch in Form eines entgangenen Gewinns vorliegen. Dabei findet die Differenztheorie Anwendung.⁵¹ Der positive Schaden manifestiert sich meist in einer direkten Schädigung des Verletzten, wo hingegen beim entgangenen Gewinn auf einen üblichen oder sonstwie sicher in Aussicht stehendem Gewinn abgestützt wird, welcher ohne das schädigende Ereignis erwirtschaftet worden wäre.⁵² Der SV gibt keine Hinweise auf das Bestehen eines direkten Schadens. Ein entgangener Gewinn könnte vorliegen, da aufgrund der Marktverwirrung eine geringere Anzahl Abonnemente abgesetzt werden könnte. Doch wird der Schaden unmöglich beweisbar sein, da der Skilift eine Wiedereröffnung durchlebt und keine Referenzwerte bestehen. Ein geschätzter Schaden gem. Art. 42 Abs. 2 OR wird ebenfalls nicht einschlägig sein, da laut SV eine Welle der Entrüstung ausbrach und daher zu erwarten ist, dass keine starke Verringerung der Kundschaft eintreten wird. Somit muss der Schaden und damit auch der Anspruch nach Art. 9 Abs. 3 UWG verneint werden.

2.3. Fazit

Die Werbung der GBS ist vergleichende Werbung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG und ist somit unlauter. Aufgrund dieses Verstosses kann der Verein Skifeunde Wimmis die Entfernung der Plakate und die anschliessende Urteils publikation gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 UWG verlangen. Reparatorische Ansprüche nach Art. 9 Abs. 3 UWG sind Mangels eines Schadens zu verneinen.

⁴⁸ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 N 78.

⁴⁹ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 N 75.

⁵⁰ Ausführlich in Ziff. 2.1.

⁵¹ Siehe oben Ziff. 1.2.1. II.

⁵² BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH/FRICK, Art. 9 N 81 und 87.

3. Mittel gegen das Verwaltungsmitglied Wanda Wicki

Die Mitglieder der GBS möchten gegen Wanda Wicki (nachfolgend W.W.) vorgehen. Dabei kommen eine Abberufung sowie eine Verantwortlichkeitsklage in Frage.

3.1. Abberufung

3.1.1. Durch GV-Beschluss

Nach Art. 890 Abs. 1 OR ist die GV berechtigt, ein Verwaltungsmitglied abberufen. Dafür ist nach Art. 888 Abs. 1 OR ein Mehrheitsbeschluss erforderlich. Laut SV ist «mehr als die Mehrheit der Genossenschafter» äusserst beunruhigt. Spricht sich demnach die absolute Mehrheit aller Genossenschafter an der GV für die Abberufung von W.W. aus, so wäre dieser Beschluss wirksam. Sollte dies möglichst zeitnah geschehen, kann nach Art. 881 Abs. 2 OR eine ausserordentliche GV einberufen werden. Sowohl bei einer ausserordentlichen, wie auch bei einer ordentlich GV ist wichtig, dass die Bestimmungen nach Art. 882 f. OR über die Einberufung und Traktandierung eingehalten werden. Da bei einer Abwahl von W.W. nach Art. 5 Abs. 1 der Statuten eine Minderbesetzung der Verwaltung droht, sollte, um den Konsequenzen eines Organisationsmangel nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 – 3 OR vorzubeugen, ein Ersatz für W.W. in die Verwaltung gewählt werden.

3.1.2. Durch richterliche Verfügung

Wird es von mindestens einem Zentel der Genossenschaft beantragt, so kann nach Art. 890 Abs. 2 OR der Richter bei Vorliegen von wichtigen Gründen die Abberufung eines Verwaltungsmitglieds verfügen. Das Gesetz nennt die Vernachlässigung von Pflichten und die Unfähigkeit diese zu erfüllen als wichtige Gründe, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist; weiter kommen z.B. persönliche Charaktereigenschaften oder physische Unzulänglichkeiten infrage.⁵³ Eine Stellungnahme von der GV einzuholen ist nicht erforderlich.⁵⁴ Der Richter muss sodann allfällig notwendige Neuwahlen veranlassen und für die Zwischenzeit eine geeignete Andordnung treffen.⁵⁵ In casu könnte, auch ohne das absolute Mehr zu erreichen, von mindestens einem Zentel oder mehr der Genossenschafter eine Abberufung von W.W. nach Art. 890 Abs. 2 OR beantragt werden. Der dafür erforderliche wichtige Grund könnte sich durch eine Pflichtverletzung ergeben: W.W. setzte den Beschluss vom 20. Mai 2018 nicht korrekt

⁵³ BSK OR II-MOLL, Art. 890, N 6.

⁵⁴ BGE 72 II 91, S. 119, E 10.

⁵⁵ Art. 890 Abs. 2 Satz 2 OR; OFK OR-NATSCH, Art. 890 N 5.

um, denn sie kreierte nicht einen witzigen und erfrischenden Slogan, sondern einen abwertenden und povokanten, wessen sie sich gem. SV bewusst war.⁵⁶ Nach Art. 5 Abs. 3 der Statuten sind die Verwaltungsmitglieder jedoch zur absoluten Einhaltung der Verwaltungsbeschlüsse verpflichtet. Demnach verletzte W.W. diese statutarische Pflicht und schadete dadurch der Genossenschaft, da laut SV bereits bestellte Abonnemente aufgrund der «geschmacklosen» Werbung storniert wurden.⁵⁷ Diese Pflichtverletzung stellt einen wichtigen Grund i.S.d. Art. 890 Abs. 2 OR dar und zwar unabhängig von der Frage, wer die Verantwortung zu tragen hat. W.W. kann somit nach Art. 890 Abs. 2 OR abberufen werden.

Durch die Abberufung würde jedoch die Mindestanzahl an Mitgliedern der Verwaltung gem. Art. 5 Abs. 1 der Statuten unterschritten. Demnach muss der Richter eine GV mit dem Traktandum der Neuwahl einberufen lassen. Für die Zwischenzeit hat er eine geeignete Anordnung zu treffen. Eine solche Anordnung kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Bestimmen eines Sachwalters sein. Ein solcher wurde in einem Urteil eingesetzt, in welchem zwei von drei Verwaltungsmitglieder abberufen und eines ausgeschlossen wurde.⁵⁸ Vorliegend ist die Verwaltung zwar gem. Statuten unterbesetzt, jedoch liegt die Besetzung immernoch um eine Person höher als die gesetzliche Mindestanforderung nach Art. 894 Abs. 1 OR. Daher ist die drastische Massnahme, einen Sachwalter einzusetzen, unverhältnismässig. Den Organisationsmangel bei der nächsten GV durch Neuwahlen zu beheben genügt.⁵⁹

3.2. Verantwortlichkeitsklage

3.2.1. Legitimation

Nach Art. 916 OR ist einzig die Genossenschaft, jedoch nicht die Genossenschafter und die Gläubiger zur Klage aktivlegitimiert. Dabei ist die Verwaltung für die Klageerhebung zuständig.⁶⁰ Dies kann zu Interessenskonflikten führen, sind doch häufig gerade die Mitglieder der Verwaltung von der Klage betroffen. Die GV kann sodann die Verwaltung durch Beschluss zur Klageerhebung zwingen, in einem gravierenden Fall bietet sich die Lösung der Neuwahl der Verwaltung an.⁶¹ Passivlegitimiert sind

⁵⁶ Anhang II der Unterlagen zur Falllösung, S. 16.

⁵⁷ Unterlagen zur Falllösung, S. 10; Zur Verletzung der statutarischen Pflicht siehe Ziff. 2.3.

⁵⁸ BGE 72 II 91, S. 121, E 10.

⁵⁹ BSK OR II-MOLL, Art. 890, N 8.

⁶⁰ MÜLLER, S. 12; OFK OR-PLÜSS, Art. 916 N 4.

⁶¹ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 756 N 4 mit Verweis auf das Aktienrecht in: BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 916 N 14; MÜLLER, S. 9.

alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Revision oder Liquidation befassten Personen. Somit umfasst die Passivlegitimation die formellen und die faktischen Organe.⁶² In casu ist die GBS als Gesellschaft aktivlegitimiert. Da jedoch die Klage die gesamte Verwaltung betrifft,⁶³ kann die Mehrheit der Genossenschafter bei Widerstand der Verwaltung diese durch einen GV-Beschluss zur Klageerhebung zwingen. Passivlegitimiert bei der Klage ist die gesamte Verwaltung als formelles Organ.

3.2.2. Verantwortlichkeit

I Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung umfasst die Verletzung von Organpflichten nach Art. 902 f. OR, sowie auch aus Statuten.⁶⁴ Dabei verlangt ein Teil der Lehre, dass die verletzte Norm dem Schutz von Genossenschaf tern und Gläubigern dient. In casu liegt eine Pflichtverletzung vor, da W.W. den Verwaltungsbeschluss vom 20. Mai 2018 nicht richtig umgesetzt hat.⁶⁵ Sie hat gegen Art. 5 Abs. 3 der Statuten verstossen. Fraglich bleibt, ob dieser Verstoss zum Schutz der Genossenschafter und Gläubiger dient. Dies ist zu bejahen, da somit ein besseres Führen der Geschäfte der Genossenschaft ermöglicht wird und dadurch ein sichereres Verfolgen des Genossenschaftszwecks, was die Genossenschafter in ihren Interessen unterstützt. Die Pflichtverletzung ist somit zu bejahen.

II Schaden

Der Schaden bemisst sich nach der Differenztheorie.⁶⁶ In casu wurden laut SV aufgrund der «geschmacklosen» Werbung sieben vorbestellte Saisonabonnemente gültig storniert. Die voraussichtlichen Einnahmen durch die Saisonabonnemente stellten einen Gewinn dar, der die GBS mit grosser Wahrscheinlichkeit eingenommen hätte. Somit liegt ein Schaden in Form eines entgangenen Gewinns vor. Die Höhe des Schadens beträgt sieben Mal den Preis eines Saisonabonnements für Nichtgesellschafter (die Kosten pro Abonnement betragen CHF 200.00) und somit total CHF 1'400.00.

⁶² HaftpflichtKomm-MEIER, Art. 916 OR N 8 und 9.

⁶³ Siehe unten Ziff. 3.2.2.

⁶⁴ HaftpflichtKomm-MEIER, Art. 916 OR N 18; OFK OR-PLÜSS, Art. 916 N 6.

⁶⁵ Vgl. oben die Ausführungen zur Pflichtverletzung in: Ziff. 3.1.2; Die Fragestellung verlangt explizit rechtliche Mittel gegen W.W., weshalb die Pflichtverletzung von W.W. betreffend den Beschluss vom 20. Mai 2018 geprüft wird. Die allfällige Pflichtverletzung der gesamten Verwaltung aufgrund des Beschlusses von Ende August, die Plakate hängen zu lassen, hätte womöglich bessere Erfolgsaussichten, doch wird aufgrund der Fragestellung nicht darauf eingegangen.

⁶⁶ Vgl. oben die Ausführungen zum Schaden in: Ziff. 1.2.1.

III Verschulden

Die Verantwortlichkeit nach Art. 916 OR setzt weiter ein Verschulden voraus. Die Mitglieder der Verwaltung haften demnach für jegliches Verschulden. Der aktienrechtliche Exkulpationsgrund nach Art. 754 Abs. 2 OR beschränkt die Haftung bei befugter Delegation; obwohl diese Bestimmung im Genossenschaftsrecht fehlt, kann sie dennoch analog angewendet werden.⁶⁷ Die Befugnisse der Delegation werden in Art. 897 ff. OR geregelt. Art. 897 OR regelt die Delegation von Pflichten und Befugnissen der Verwaltung an Verwaltungsausschüsse. Diese hat statutarisch vorgesehen zu sein. Dabei bedarf jedoch das Vorbereiten und Ausführen von Verwaltungsbeschlüssen keiner statutarischen Grundlage, sondern ist dies lediglich als interne Arbeitsanweisung zu sehen, was auch aus der aktienrechtlichen Bestimmung von Art. 716a Abs. 2 OR hervorgeht.⁶⁸ Die Bildung solcher Ausschüsse ist wichtig für das effiziente Funktionieren von Exekutivorganen.⁶⁹ Jedoch bleibt bei Delegationen nach Art. 716a Abs. 2 OR die Verantwortung bei dem gesamten Verwaltungsrat, sie wirken nicht haftungsmindernd.⁷⁰ Eine Einschränkung der Verantwortlichkeit eines Verwaltungsratsmitglieds liegt höchstens vor, wenn dieses den Fehler nicht erkennen konnte und nicht hätte erkennen müssen.⁷¹ Dies sollte auch auf das Genossenschaftsrecht zutreffen, fehlt es bei einer Delegation an einer statutarischen Grundlage. Demnach wird die Verantwortung für intern delegierte Entscheide bei der Verwaltung bleiben. In diesen Fällen ist ein strenger Massstab für die Berichterstattung nach Art. 716a Abs. 2 Satz 2 OR zu setzen. In casu wurde im Beschluss vom 20. Mai 2018 das Kreieren der Werbung und das anschliessende Publizieren der Plakate an W.W. delegiert.⁷² Für diese Delegation fehlt jedoch eine statutarische Grundlage, weshalb hier ausschliesslich eine interne Arbeitsdelegation vorliegt. In dem diese Verwaltungsaufgabe vollständig W.W. delegiert wurde, sind die Mitglieder der Verwaltung das Risiko einer Verantwortlichkeit bezüglich der Handlungen von W.W. eingegangen. W.W. ist jedoch ihrer Pflicht zur Berichterstattung nicht nachgekommen, so hätte sie vor dem Druck der Plakate, spätestens vor dem Aufhängen, die Verwaltung über ihre Arbeit informieren müssen, so dass diese hätte reagieren können. Jedoch kommt auch der

⁶⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 916 N 11.

⁶⁸ OFK OR-NATSCH, Art. 897 N 5; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 897 N 6.

⁶⁹ JUTZI, S. 13.

⁷⁰ JUTZI, S. 237.

⁷¹ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 37.

⁷² Anhang II der Unterlagen zur Falllösung, S. 16.

Verwaltung die Pflicht zur Überpfügung zu, z.B. mittels Kontrollfragen.⁷³ Dieser Pflicht wurde im vorliegenden Fall nicht nachgekommen. Es liegt also ein Verschulden der gesamten Verwaltung vor.

IV Kausalität

Die Pflichtverletzung muss adäquat kausal für den Schadenseintritt sein.⁷⁴ Dies ist der Fall, «wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen».⁷⁵ Vorliegend haben die Personen, welche ihre Saisonabonnemente storniert haben, als Grund dafür die «geschmacklose» Werbung angegeben. Diese misslungene Werbung ist wiederum auf die Pflichtverletzung von W.W. zurückzuführen. Nun muss diese Pflichtverletzung jedoch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet sein, diesen Schaden herbeizuführen. Dies ist zu verneinen, denn die Verwaltung hat in einer Sitzung Ende August 2018 beschlossen, die Plakate hängen zu lassen, obwohl bereits zu vermuten war, dass diese unlauter war.⁷⁶ Demnach ist die Pflichtverletzung von W.W. nicht geeignet einen solchen Schaden zu verursachen, hätte doch eine vernünftige Verwaltung bei der Sitzung Ende August die Entfernung der Plakate beschliessen müssen. Die Publizität in der kurzen Dauer bis zur Sitzung Ende August wäre nicht geeignet gewesen, diese Welle der Entrüstung zu verursachen.

3.3. Fazit

Die Genossenschaft hat verschiedene rechtliche Mittel, um gegen W.W. vorzugehen. Dabei kann sie, wenn dies die Mehrheit der Genossenschafter möchte, mittels GV-Beschlusses nach Art. 890 Abs. 1 OR abberufen werden. Wird die Mehrheit nicht erreicht, so kann von mindestens einem Zentel der Genossenschafter gem. Art. 890 Abs. 2 OR die Abberufung beim Richter mit guten Erfolgsaussichten beantragt werden. Weiter ist die GBS als Gesellschaft legitimiert eine Verantwortlichkeitsklage nach Art. 916 OR zu erheben. Dabei kann aber W.W. aufgrund der Pflichtverletzung hinsichtlich des Beschlusses vom 20. Mai 2018 nicht verantwortlich gemacht werden, da die Kausalität zu verneinen ist.

⁷³ JUTZI, S. 239.

⁷⁴ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 42.

⁷⁵ BGE 123 III 110, S. 112 E. 3a.

⁷⁶ Unterlagen zur Falllösung, S. 10.

Selbständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.»⁷⁷

Ort, Datum

Eigenhändige Unterschrift

⁷⁷ Art. 42 Abs. 2 Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 22. Mai 2014 (Studienreglement RW [RSL RW]).