

**Zeitschrift:** Wohnen

**Herausgeber:** Wohnbaugenossenschaften Schweiz; Verband der gemeinnützigen Wohnbauträger

**Band:** 30 (1955)

**Heft:** 10

**Rubrik:** Rechtsfragen

#### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

#### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

#### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 25.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

auge», leuchtet weit in die Tiefen einer Knabenseele hinab und wird bei empfänglichen, dem Nachdenken geneigten jungen Lesern verwandte Saiten zum Erklingen bringen. Zwei Hefte, so recht geeignet für die stille Lesestunde der von den ersten Lebensproblemen schon gestreiften Jugendlichen.

Die Welt des Abenteuers, des Dranges nach Betätigung, des gesunden sportlichen Unternehmungsgeistes spricht den jungen Leser aus dem SJW-Heft Nr. 541 «Wir fliegen – ohne Motor» an. Lebendig, anschaulich und begeisternd führt

Andreas Dollfuß in das Reich der Segelflieger ein. Ein Heft, an dem die Knaben die helle Freude haben werden.

Das sind fünf Herbstneuheiten des SJW. Das SJW-Schriftenverzeichnis, erhältlich bei der SJW-Geschäftsstelle (Seefeldstraße 8, Postfach, Zürich 22), gibt Auskunft über alle zurzeit käuflichen SJW-Hefte; gerade auf den bevorstehenden Herbst hin, in dem die Jugend wieder vermehrt zum Lesestoff greifen wird, können sie Eltern, Lehrern und Jugendfreunden nur wärmstens empfohlen werden.

Dr. W. K.

## RECHTSFRAGEN

### Grenzen des Baupolizeirechtes

Wir haben in Nr. 9 des «Wohnen» vom Jahre 1953 ein bundesgerichtliches Urteil besprochen, nach dem die Gemeindebehörden im Baubewilligungsverfahren nicht nur Bauvorschriften im engen Sinn, sondern auch die Anforderungen zu berücksichtigen haben, die sich aus ihren allgemeinen polizeilichen Aufgaben ergeben, und dazu bemerkt, daß damit die Gemeinden in vielen Fällen ein gewichtiges indirektes Planungsmittel in den Händen hätten. In einem neuen Urteil vom 10. November 1954 hat das Bundesgericht seine Auffassung nun etwas präzisiert. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

In der luzernischen Gemeinde Reiden hatte ein Baugeschäft eine Landparzelle von 22 m Breite und etwa 97 m Länge erworben, auf welcher es zwei durch einen gedeckten Spielplatz verbundene dreigeschossige Sechsfamilienhäuser und daneben zwei zusammengebaute viergeschossige Achtfamilienhäuser erstellen wollte. (Auf das vierte Geschoß wurde im Verlaufe des Verfahrens verzichtet.) Der Gemeinderat bewilligte das Bauvorhaben, hingegen wurde es vom Regierungsrate auf Beschwerde benachbarter Grundeigentümer verweigert. Zur Begründung führte der Regierungsrat aus, die vorgesehene dichte Überbauung (Ausnützungsziffer 108,3 Prozent) würde eine *Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes* bedeuten und daher gegen § 17 des luzernischen Baugesetzes verstößen, wonach die Gemeinderäte verpflichtet sind, die Ausführung von Bauten, die dem Orts-, Straßen- oder Landschaftsbild zur offensuren Unzierge gereichen würden, zu untersagen. Wenn auch auf den benachbarten Grundstücken die gleiche bauliche Ausnützung zugestanden werden müßte, würden in bauästhetisch-siedlungstechnischer Hinsicht völlig unhaltbare Zustände entstehen. Eine derartige Entwicklung könnte auch vom Standpunkt der Wohnhygiene und der *öffentlichen Gesundheitspflege* nicht verantwortet werden, so daß die Baubewilligung auch im Hinblick auf § 51 des Baugesetzes verweigert werden müsse, wonach die Gemeinden alle Maßnahmen zu treffen haben, die im Bauwesen durch die Rücksicht auf die öffentliche Gesundheit erfordert werden. Schließlich fehle es an einer allgemeinen und unabdingbaren baupolizeilichen Voraussetzung für die Überbauung des Grundstückes, weil die Gebäude *keine genügende Zufahrt* von einer öffentlichen Straße besäßen. Für den Verkehr von und zu den Gebäuden stehe nämlich einzig ein Sträßchen von 2 m Breite zur Verfügung.

In seiner Beurteilung legt das Bundesgericht in erster Linie Gewicht auf die Feststellung, daß es *auch zu einer Bauverweigerung aus allgemein polizeilichen Gründen der gesetzlichen Grundlage bedarf*. Die Meinung, die frühere Urteile aufkommen lassen könnten, es genügten ganz allgemein die polizeilichen Kompetenzen der Baubewilligungsbehörden, um eine Baute aus Gründen allgemein polizeilicher Art zu untersagen, sei nicht richtig. Mit der fröhren Praxis wolle nur gesagt sein, daß die gesetzliche Grundlage nicht bloß in ausgesprochen baupolizeilichen Vorschriften (Baugesetz, Bauordnung und dergleichen), sondern auch in andern Erlassen liegen könne, abgesehen davon, daß damit auch auf die Bedeutung hingewiesen werden sollte, die dem *Gewohnheitsrecht* in diesem Bereich zukommen könne.

Hatte das Bundesgericht in dem eingangs erwähnten Fall angenommen, daß § 81 des aargauischen Gemeindeorganisationsgesetzes dem Gemeinderat allgemein die Handhabung der örtlichen Polizei übertrage und daß sich daraus, auch ohne ausdrückliche Vorschrift in der Bauordnung, seine Befugnis zur Verweigerung einer Baute ergebe, die den gesundheits- und feuerpolizeilichen Anforderungen (z. B. bezüglich der Abwasserbeseitigung und des Löschschutzes) nicht entspreche, und ging es in einem späteren Entscheid davon aus, daß die Baubehörde nach st.-gallischen Recht, das dem Gemeinderat die örtliche Polizei und die Kontrolle des Trink- und Brauchwassers überträgt, befugt sein müsse, die zu dessen Schutz erforderlichen Maßnahmen zu treffen und daß das st.-gallische Gemeindeorganisationsgesetz und das Sanitätsgesetz hiefür eine genügende gesetzliche Grundlage abgäben, kam es hier zur Auffassung, daß die gesetzliche Grundlage zur Bauverweigerung nicht gegeben gewesen sei.

Die projektierten Bauten seien an sich weder unschön noch gar häßlich. Die Beanstandung der Größe der Objekte, insbesondere der Baumaße, ließe sich dann hören, wenn es sich bei dem in Frage stehenden Quartier um ein einheitlich mit wesentlich andern, kleineren Häusern überbautes Gebiet handeln würde. Dem sei aber nicht so. Es könne darum keinesfalls gesagt werden, die Bauten stellten für das Landschaftsbild eine offensure Unzierge dar. Die Gemeinde habe es in der Hand, durch Erlaß von Bebauungsplänen, Baureglementen usw. Vorkreihen zu treffen, die die projektierten Gebäude später nicht als Fremdkörper erscheinen ließen. *Keinesfalls aber gehe es an, in einem Siedlungsgebiet, für das keine Bauvorschriften bestehen, durch Zuhilfenahme des Ästhetikparagraphen die künftige Überbauung in einer Weise lenken zu wollen, die die Existenz einer Bauordnung voraussetzen würde*. Ein solches Vorgehen hieße, diese Bestimmung einem Zwecke dienstbar machen, dem sie nach dem Willen des Gesetzgebers wie nach Sinn und Wortlaut nicht dienen könne, weil es an einer sicheren Norm fehlen würde, welche den

Inhalt und Umfang der vorhandenen Eigentumsbeschränkung für den Grundeigentümer erkennbar werden ließe.

Auch der Verweis auf die angeblichen gesundheitspolizeilichen Mängel wurde nicht als stichhaltig erachtet, denn die Bauprojekte entsprachen den eigentlichen gesundheitspolizeilichen Vorschriften, wie sie im Gesetz im einzelnen aufgeführt werden. Eine Verletzung der öffentlichen Gesundheitspflege wurde auch vom Regierungsrat nur darin gesehen, daß die Gebäude, wenn auch auf den Nachbargrundstücken in gleicher Weise gebaut würde, zu wenig Licht und Sonne hätten. Sie weisen aber nach dieser Richtung keinen Mangel auf, der sich als solcher gesundheitspolizeilicher Art darstellen würde. *Der Mangel läge nicht im Bauprojekt, sondern wiederum im Fehlen einer Bauordnung*, welche die zulässige Größe, die Bauabstände und die Ausnützung der Grundstücke festzulegen hätte. Auch § 51 des Baugesetzes darf also nicht dazu mißbraucht werden, die Funktionen der fehlenden Bauordnung zu übernehmen. Er soll nur da Anwendung finden, wo ein Bauprojekt als solches für seine Bewohner die Gefahr gesundheitlicher Schädigung enthält.

Nicht besser erging es der obersten Baubehörde hinsichtlich der genügenden Zufahrt. Der Regierungsrat anerkannte zwar, daß das luzernische Baugesetz — anders als z. B. das zürcherische — in dieser Hinsicht keine ausdrückliche Vorschrift enthalte, machte aber geltend, daß Baubewilligungen nach ständiger Praxis nur erteilt würden, wenn das Grundstück eine genügende Zufahrt auf eine öffentliche Straße besitze. Weil er aber keinen Fall nannte, wo er wegen Fehlens einer Zufahrt die Bewilligung verweigert hätte, prüfte das Gericht auch nicht, ob ein derartiges Gewohnheitsrecht die gesetzliche Grundlage hätte ersetzen können, sondern stellte nur noch fest, daß nicht ersichtlich wäre, welches allgemeine polizeiliche Motiv die Anforderung einer für Personen- oder Lastwagen genügenden Zufahrt zu rechtfertigen vermöchte. Dabei ging es allerdings vom konkreten Einzelfall aus, indem es in bezug auf die im Vordergrund stehenden feuerpolizeilichen Überlegungen feststellte, daß man von allen Seiten zu den Häusern gelangen könne. Man darf daraus wohl schließen, daß dort, wo eine natürliche Zufahrtmöglichkeit nicht besteht, eine genügende Zufahrt auch ohne ausdrückliche Vorschrift verlangt werden darf.

Es kann nicht übersehen werden, daß das Bundesgericht mit der Betonung einer genügenden gesetzlichen Grundlage für baupolizeiliche Einwendungen, die sich als Eigentumsbeschränkungen auswirken, die Tragweite seines früheren, an dieser Stelle besprochenen Urteils wesentlich eingeschränkt hat. Daneben stellt der neue Entscheid für alle von der Baukonjunktur ergriffenen Gemeinden eine eindringliche Mahnung dar zum Erlaß von zweckmäßigen Bauordnungen im Rahmen der kantonalen Gesetze.

Dr. R. Sch.

## Gutachten für den Schweizerischen Verband für Wohnungswesen, Sektion Zürich, über die Pfändbarkeit von Genossenschaftsanteilen

Wenn die Statuten einer Genossenschaft dem ausscheidenden Mitglied einen Anteil an ihrem Vermögen gewähren, kann ein dem Genossenschafter zustehendes Austrittsrecht in dessen Konkurs von der Konkursverwaltung oder, wenn dieser Anteil gepfändet wird, vom Betriebsamt geltend gemacht werden (Art. 845 OR).

Mit Urteil vom 4. Dezember 1950 hat das Schweizerische Bundesgericht auch den Anteil am Vermögen einer Bau-  
genossenschaft als pfändbar erklärt und die Bezeichnung dieses Anteils als Notbedarf im Sinne von Art. 93 SchKG verneint (BGE 76 III 98 ff.; «Das Wohnen», Jahrgang 1951, Nr. 9, S. 265; kommentiert in einem Beitrag von Dr. G. Kunz: «Können Anteilscheine gepfändet werden?» im «Wohnen», Jahrgang 1951, Heft Nr. 11, S. 330 ff.).

Im Hinblick auf die grundsätzliche Bedeutung dieses Entscheides beschloß der Vorstand der Sektion Zürich im Jahre 1952 die Einholung eines Rechtsgutachtens über die damit zusammenhängenden Rechtsfragen bei Prof. Dr. M. Gerwig, Basel, dem bekannten Dozenten für Genossenschaftsrecht an der Universität Basel. Der Sektionsvorstand umschrieb dabei die Aufgabe wie folgt:

Zunächst sind folgende grundsätzliche Rechtsprobleme abzuklären:

Bei den Wohn- und Baugenossenschaften ist das Eigenkapital in Form von Anteilscheinkapital der Mitglieder von eminent wirtschaftlicher Bedeutung, weil nur dadurch der Zweck dieser Genossenschaften — die Erstellung und Erhaltung von Wohnungen für die Mitglieder — verfolgt werden kann. Durch die Pfändung des Anteilscheinkapitals wird der Genossenschaft ein Teil ihres eigenen Vermögens entzogen. Da der gepfändete Mieter regelmäßig nicht in der Lage ist, das vorgeschriebene Anteilscheinkapital sofort oder in absehbarer Zeit wieder einzuzahlen, muß ihm die Wohngenossenschaft kündigen, um ihre Kapitalbasis nicht zu schwächen oder zu verlieren. In diesem Sinne spricht denn auch das Gesetz von der Geltendmachung des Austrittsrechts (Art. 845 OR). In Zeiten wirtschaftlicher Depressionen werden die wirtschaftlichen Grundlagen der Genossenschaft gefährdet, einerseits durch die Zunahme der Pfändungen von Anteilscheinkapital, anderseits durch die erzwungenen Kündigungen in einer Zeit, da der Leerwohnungsstand erfahrungsgemäß höher und die Wiedervermietung schwieriger ist. Die Genossenschaften stehen einer derartigen Entwicklung rechtlich machtlos gegenüber, da die Statuten die zwingenden gesetzlichen Normen (Art. 845 OR) nicht derogieren können.

Die Pfändung des Anteilscheinkapitals hat auch für den Schuldner und seine Familie schwerwiegende wirtschaftliche und soziale Folgen, die im erwähnten Bundesgerichtentscheid nur ungenügend gewürdigt werden. Durch die Pfändung muß dem Schuldner meistens auch die Wohnung gekündigt werden. Die genossenschaftlichen Wohnungen gehören nach der Entwicklung der Mietpreise in den letzten Jahren zu den billigsten und preiswertesten des Wohnungsmarktes. Der Schuldner wird daher gezwungen, eine teurere Wohnung zu mieten, wodurch seine ohnehin prekäre finanzielle Lage noch verschlechtert wird. Außerdem verursacht der Umzug erhebliche Kosten, die den Schuldner besonders in Krisenzeiten schwer belasten.

Aus diesen Gründen soll abgeklärt werden, ob die geltende rechtliche Ordnung eine Änderung der Rechtsprechung im Sinne einer Unpfändbarkeit des Anteils am Vermögen einer Wohngenossenschaft zuläßt oder durch welche gesetzlichen Maßnahmen der besonderen Lage der Wohngenossenschaften Rechnung getragen werden kann.

Bei der Pfändung des Anteils am Vermögen einer Bau-  
genossenschaft stellen sich außerdem mangels ausführlicher gesetzlicher Regelung und gerichtlicher Präjudizien verschiedene Einzelprobleme materieller und formeller Natur.

a) In materieller Hinsicht sind die Rechtsverhältnisse des Dritterwerbers, des bisherigen Genossenschafter sowie der Genossenschaft unklar. Gemäß konstanter Rechtsprechung des

Bundesgerichts (vgl. BGE 27 II 530; 31 II 677; 53 II 294) vermag der bloß vermögensrechtliche Erwerb eines Anteilscheines keine persönlichen Mitgliedschaftsrechte zu begründen. Die Fragestellung beschränkt sich somit auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse, insbesondere darauf, ob die Wohngenossenschaft dem Dritterwerber den vollen Betrag der ersteigerten Anteilscheine auszahlen muß oder ob sie ihre Gegenforderungen an den Schuldner zur Verrechnung bringen und eine allfällige bilanzmäßige ausgewiesene Unterwertigkeit der Anteilscheine geltend machen kann. Diese Rechte sind zumeist in den Genossenschaftsstatuten verankert und wurden in der Praxis bis anhin nicht bestritten. Nunmehr hat das Betreibungsamt Basel im erwähnten Streitfall der Baugenossenschaft eröffnet, daß der gesamte Betrag der Anteilscheine bei der Verwertung ausbezahlt werden müsse und daß jedenfalls neu nach der Pfändungsmittelung entstandene Forderungen der Genossenschaft gegenüber dem Dritterwerber nicht mehr verrechnet werden dürfen. Es ist deshalb abzuklären, ob ein Verrechnungsrecht der Baugenossenschaft besteht und wenn ja, ob und in welchem Zeitpunkt die Fälligkeit dieser Forderungen bestanden haben muß. In gleichem Sinne erhebt sich die Frage nach Dauer und Höhe der Verzinsung gepfändeter Anteilscheine.

b) In *formeller* Hinsicht veranlaßt das uneinheitliche Vorgehen der Betreibungs- und Konkursbehörden immer wieder Anfragen aus Wohn- und Baugenossenschaften. Eine rechtliche Abklärung der Fragen, ob das Betreibungsamt der Genossenschaft von der Pfändung der Anteilscheine eines Mitgliedes Mitteilung zu machen und sie zur Geltendmachung allfälliger Gegenforderungen aufzufordern hat und ob solche Anteilscheine bei der Versteigerung unter Bekanntgabe der Verrechnungsansprüche der Genossenschaft als bestrittene Forderungen zu behandeln sind, ist dringlich.

Die einzelnen Expertenfragen sind im nachfolgenden Gutachten angeführt.

Nach einer durch schwere Erkrankung des Experten verursachten Verzögerung ist das Gutachten vor einiger Zeit erstattet worden. Mit der freundlichen Genehmigung des Verfassers kann es in der vorliegenden und den nächsten Nummern unseres Verbandsorganes «Das Wohnen» publiziert werden, da es dank der außerordentlich gründlichen wissenschaftlichen Bearbeitung für weite Kreise unseres Verbandes von grundsätzlicher Bedeutung ist. Der Vorstand der Sektion Zürich dankt dem Verfasser auch an dieser Stelle für die geleistete große Arbeit und das freundliche Entgegenkommen.

Nach der Veröffentlichung im «Wohnen» wird das Gutachten als Separatabzug bei der Sektion Zürich, Quästor H. Bisang, Langgrünstraße 42, Zürich 9, zum Preis von Fr. 1.— bezogen werden können.

SEKTION ZÜRICH  
Der Vorstand

Abschrift des Gutachtens, auch auszugsweise, nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verfassers gestattet.

**A. Vorbemerkung über Genossenschaften und Grundkapital**

I.

1. Die Wohngenossenschaften gehören zweifellos zu den «echten» Genossenschaften, denen das neue Genossenschaftsrecht von 1936 reserviert beibehalten sollte. Sie sind auf gegenseitige Hilfe eingestellt beim *Wohnen*. Vor allem hoffen sie,

gute Wohnungen zu erstellen zu einem Preis, den auch Unbelebte zahlen können, und zweckmäßige, genügend Raum aufweisende Wohnungen zu schaffen für Familien, die es in dieser Richtung schwer haben, vor allem für kinderreiche. Sie entsprechen der Definition von Art. 828, der ihnen durch die Wendung «in der Hauptsache» auch die Möglichkeit gibt, ausnahmsweise auch Mitglieder aufzunehmen, die ihrer für das *eigne* Wohnen nicht bedürften, sondern aus gemeinnützigen Motiven die *Sache* unterstützen wollen.

Wir fassen kurz die unentbehrlichen Merkmale der echten Genossenschaft zusammen, weil uns diese Merkmale wohl auch helfen, das «Danaergeschenk» der Anteilsrückzahlung entweder zu vermeiden oder ungefährlicher zu gestalten:

1./ Die Genossenschaft ist *Personenverbindung*, schließt lebendige Menschen zusammen, um gemeinsam einen ganz bestimmten Teil der eignen Wirtschaft mit vermehrter Kraft zu besorgen. Nie darf sie *Kapitalanlagegemeinschaft* sein.

Deshalb ist auch eine unechte Genossenschaft, der das Genossenschaftsrecht offenbar lieber war, nicht eingetragen worden, obwohl sie als Zweck angab, den Mitgliedern zu ermöglichen, in gemeinsamer Selbsthilfe Kapital gewinnbringend anzulegen. Solcher Trick ändert am Wesen nichts (vgl. BGE 74 I 519). Deshalb ist beim Genossenschaftskapital der Anteil keine Kapitalanlage, was auch 859 II letzter Satz zeigt.

2./ Unter den Pflichten der Mitglieder ist die vornehmste die *Treupflicht* (Art. 866); das bedeutet, obwohl die Genossenschaft juristische Person ist, also ein von der Summe der jeweiligen Mitglieder unterscheidbares Ganzes, nicht bloß Treue gegenüber diesem Ganzen, sondern auch gegenüber den immer in einem solchen Ganzen wieder sichtbaren Einzelnen, den anderen Mitgliedern. Es liegt schon in dieser Treupflicht begründet, alles zu tun, um Mitglieder, die sich bewährt haben, für die Wohngenossenschaft und ihr Gedeihen sich einzusetzen, nie Anlaß zu vermeidbaren Konflikten boten, nicht in der Weise, wie es nach Art. 845 geschehen könnte, zwangsweise der Mitgliedschaft und damit der notwendigen Wohnung beraubten zu lassen.

3./ Wesentlich ist auch das Prinzip der *Rechtsgleichheit* (Art. 854) der Mitglieder, das vor allem jegliche Abhängigkeit, jede Abstufung der Herrschaftsrechte, besonders des Stimm- und Wahlrechts nach der Größe des Anteilbesitzes, verbietet (anders bei der Aktiengesellschaft Art. 692).

II.

Ein Genossenschaftskapital im Sinne des Aktienkapitals muß die Genossenschaft nicht haben, aber sie kann eines haben, das heißt ein Betriebskapital oder Haftungssubstrat, das durch in den Statuten vorgesehene Anteile der Mitglieder aufgebracht wird (Art. 833, Ziff. 1, ZGB) und als Sperrziffer in den Passiven erscheinen muß mit der Folge, daß immer ein dieser Sperrziffer entsprechendes, in die Aktiven aufzunehmendes *Grundvermögen* vorhanden sein muß, weil sonst sofort eine bilanzmäßige Überschuldung eintrate. Im übrigen unterscheidet sich aber das Genossenschaftskapital durch folgende wesentliche Merkmale vom Grundkapital der Aktiengesellschaft:

1./ Vor allem darf es schon seit 1919 nicht zum voraus der Höhe nach fest bestimmt, also unveränderlich sein (Art. 828 I). Die Unveränderbarkeit vertrüge sich auch nicht mit dem Verbot des numerus clausus und mit der Austrittsfreiheit, wenngleich wenn dem Austretenden in Umkehr der Vermutung von Art. 864 II der Anteil zurückgezahlt wird, denn:

a) Da jeder Neueintretende mindestens *einen*, wenn nicht eine höhere Zahl von Pflichtanteilen übernehmen muß (Art. 853), so muß sich durch jeden Eintritt das Grundkapital erhöhen, und da die Genossenschaft sich nicht abschließen darf, sind Neueintritte in der Regel zu erwarten.

b) Ob es sich bei Austritten vermindert, hängt von den Statuten ab. Ist in den Statuten nichts vorgesehen, so verfällt nach der Vermutung von Art. 864 II der Anteil des Austretenden zu Gunsten der Genossenschaft, dann bleiben Sperrziffer wie Grundvermögen gleich. Sehen die Statuten dagegen Anteilsrückzahlung vor, so muß die Sperrziffer um die Höhe des Anteils des Austretenden reduziert werden, und gleichzeitig vermindert sich um den entsprechenden Betrag auch das Aktivvermögen.

#### 2./ Die gesamte Rechtsstruktur des *Anteils* im Gegensatz zur Rechtsstruktur der *Aktie*:

Bei der AG geht mit der Übertragung der *Aktie* die Aktiennäreigenschaft, die Mitgliedschaft über. Der *Anteil* dagegen verkörpert *nicht* die Mitgliedschaft, er ist kein Wertpapier, er kann auch nicht, schon seit 1919, als *Inhaberpapier* ausgestaltet werden.

3./ Da aber jedes Mitglied bei Genossenschaften mit Genossenschaftskapital mindestens *einen*, eventuell mehr Anteile haben muß (Art. 853), so müssen Neueintritte das Genossenschaftskapital *erhöhen*. Neueintritte aber sind beim Verbot eines numerus clausus immer möglich (vgl. Art. 828 «nicht geschlossene Zahl»). (Siehe Seite 354.)

4./ Beim Austritt verfällt im Zweifel der Anteil, das heißt ohne abändernde Statutenbestimmung, zu Gunsten der Genossenschaft (Art. 864 II). Dann bleibt das Genossenschaftskapital unverändert, die Sperrziffer in den Passiven bleibt gleich und der entsprechende Vermögensbetrag in den Aktiven wäre auch vorhanden, so daß keine Überschuldung vorliegt.

a) Da es sich nicht um eine Kapitalanlagegemeinschaft handelt, kann der Reinertrag nicht in erster Linie dem Anteil zugute kommen, sondern wird im Zweifel verteilt nach dem Maß, in dem ein Mitglied die Einrichtungen der Genossenschaft in Anspruch genommen hat, das heißt eine allzuversichtige Kalkulation in der Preisfestsetzung während des Jahres wird korrigiert bei Konsumgenossenschaften durch nachträgliche Reduktion der Verkaufspreise mittels Rückvergütung, bei Produktions- und Absatzgenossenschaften durch Erhöhung des Preises der abgelieferten Ware (Art. 859, Abs. 2, betreffend Anteils-«Verzinsung», vgl. 859, Abs. 2, Schluß).

b) Daß der Anteilverkauf *nie* die Mitgliedschaft übertragen könnte, haben wir bereits festgestellt. Wie aber steht es mit der Übertragbarkeit des Anteils für sich allein? Die Statuten können die Übertragung zulassen, aber sie wäre, was im Hinblick gerade auf unsere Frage (Art. 845) betont werden muß, kein besonderer Vorteil für den Erwerber, nichts, was besonders locken könnte. Denn er erhielte nicht viel. Den Anteil könnte er nicht weitergeben, nicht liquidieren; was er allenfalls beanspruchen könnte, wäre nur ein allfälliger bescheidener Zins (Art. 859 II), später der Liquidationsanteil (Art. 913, Abs. 2 und 3), auf Zins und Auflösung aber hätte er keinen Einfluß. Denn nach Art. 849 II verbleibt die Ausübung der persönlichen Mitgliedschaftsrechte, solange der Erwerber nicht Aufnahme in die Genossenschaft gefunden hat, beim Veräußerer.

Will die Genossenschaft einem Outsider nichts zuhalten, so kann sie den Zins in den nächsten Jahren sehr niedrig halten. Viel Anreiz bietet also der Erwerb eines Anteils nicht, was wir

feststellen müssen, weil dadurch *eine* grundsätzliche Lösung, welche die Härten von Art. 845 vermeiden würde, sehr erschwert ist (vgl. Seite 353 ff.). Immerhin ist sofort ein Vorbehalt anzubringen. Die Lösung der Anteilsübertragung wäre doch möglich, auch praktisch, sobald der Erwerber schon persönliche Mitgliedschaftsrechte hat oder in Bälde bekäme, also bei Verkauf an ein anderes Mitglied\* oder an einen bereits geprüften, chancenreichen Bewerber um die Mitgliedschaft.

## B. Problemstellung

Denkbar ist, daß ein Mitglied eine fällig gewordene Schuld zahlen sollte, aber entweder infolge mangelhafter Zahlungsfähigkeit (Zahlungsfähigkeit ohne Einbezug des im Anteil steckenden Vermögenswertes), oder infolge mangelnder Zahlungsbereitschaft den Gläubiger nicht voll befriedigt. Kann dann der Gläubiger auch auf den Anteil greifen, eventuell in welcher Weise?

Diese Situation erforderte schon für den Gesetzgeber eine sehr schwierige, nunmehr auch für die Auslegung wegweisende Interessenabwägung. Die Schwierigkeit lag darin, daß sehr verschiedene, rechtlich bedeutsame Interessen zu berücksichtigen, aber schwer in Harmonie zu bringen waren:

1./ Die Interessen der Genossenschaft, die am Prinzip festhalten muß und darf, daß *jedes* Mitglied mindestens *einen* Anteil, eventuell mehrere haben muß (Art. 853), die also bei Verwertung des Anteilsbesitzes eines Mitgliedes durch einen Gläubiger das betroffene Mitglied nachher wieder mit Neueinzahlung der Pflichtsumme plagen müßte.

2./ Die Interessen des Mitglieds, die in dieser Beziehung parallel gehen mit denen des Ganzen daran, daß ihm wenigstens die Pflichtanteile nicht genommen werden.

3./ Die Interessen der Gläubiger, denen gegenüber die Anteile, wenigstens wenn sie einen Vermögenswert für den Schuldner repräsentieren, kein Schuldnerversteck bilden dürfen.

Einen Vermögenswert aber können die Anteile unter zwei Voraussetzungen darstellen: erstens bei der Liquidation der Genossenschaft, wo schon das Gesetz in 913 vorsieht, daß nach Zahlung der Schulden zunächst bevor der eventuelle Liquidationsüberschuß genossenschaftlichen Zwecken zugeführt oder unter die Mitglieder verteilt wird, *die Anteile zurückzuzahlen sind*, die Anteile also nicht den Liquidationsüberschuß mehren sollen, zweitens wenn bei Austritt der Anteil des Ausscheidenen nicht verfällt, sondern zurückgezahlt wird (Art. 864 II). Bei dieser Lage hat der Gesetzgeber in Art. 845 die nächstliegende Lösung gewählt zum *Gläubigerschutz*, darüber aber die anderen Interessen so absolut vergessen, daß es nun Sache der Auslegung ist, zu prüfen, wieweit 845 noch gestattet, sie mit zu berücksichtigen, ohne dem Gesetz Gewalt anzutun und ohne dem Gläubiger den Schutz zu nehmen. Man wird dabei gut tun, auf frühere Lösungen und Lösungsversuche während der Entstehung des Gesetzes einen Blick zu werfen.

\* Die Vermehrung des Anteilsbesitzes dieses kaufenden Mitgliedes hätte ja für die Genossenschaft bei der Unabhängigkeit der Herrschaftsrechte vom Anteilsbesitz keine Bedenken; auch daß sie später, falls sie Anteile an Austretende zurückzahlt, beim Austritt *dieses* kaufenden Mitgliedes unter Umständen sehr viel zurückzahlen müßte, gäbe im Hinblick auf die Schutznorm von Art. 864, Abs. 3, keinen Anlaß zu Sorgen, abgesehen davon, daß die Genossenschaft ja in den Statuten die nach Art. 864, Abs. 2, zugestandene Rückzahlung auf Pflichtanteile oder auf die ursprünglich übernommenen Anteile oder sonstwie begrenzen könnte.

(Fortsetzung folgt)