

della testatrice, che comporterebbe parecchie centinaia di mila franchi.

Inconcludente, perchè parimenti quasi insignificante di fronte all'importanza del patrimonio della testatrice, è l'addebito che il diseredato avrebbe consumato per bisogni propri una somma di 10,000 fchi. da essa prestatagli. Dalle constatazioni dell'istanza cantonale emerge solo che il diseredato ebbe a pagare un debito proprio di 5000 fchi. in parte con danaro liquido di provenienza incerta, in parte mediante cessione di titoli, le cui appartenenza non poté essere determinata in modo indubbio. In queste condizioni l'appunto cade anche per insufficienza di prova. Lo stesso dicasi dell'asserzione che il diseredato avesse fatto dei debiti presso una Banca, dandole dei titoli in garanzia. Che questi titoli fossero proprietà della testatrice, non è dimostrato.

d) Per quanto è degli altri addebiti, cui solo in parte il testamento accenna in modo particolareggiato e che le convenute hanno rilevato soltanto in corso di causa, è inutile indagare, come ha fatto l'istanza cantonale, se appunto perchè non menzionati nel testamento, possano essere presi in considerazione. Essi sono sostanzialmente irrelevanti. Si tratta, insomma, del rimprovero di avere compromesso l'onore e la considerazione della famiglia con atti che le convenute ritengono poco corretti; di aver, cioè, il diseredato disposto di denari di un istituto di carità, di cui era l'amministratore, somme che dovette poi garantire con concessione di ipoteca sui propri stabili: di avere adoperata, per impegni propri, una tassa di 1000 franchi, ricevuta da un cliente per essere versata all'ufficio dei registri, ammanco che la testatrice, per evitare maggiori guai, dovette coprire; di avere dovuto lasciar mettere ai pubblici incanti la casa paterna, dove la famiglia abitava da oltre 34 anni e pignorarne il mobilio, poi riscattato dalla moglie con danari propri ecc. A proposito di questi addebiti le constatazioni di fatto dell'istanza cantonale non sono nè precise nè

esaurienti. Ma anche se fondati in fatto, sarebbero bensì altamente deplorabili, ma in niun caso potrebbero essere considerati come un reato grave contro la testatrice o una persona a lei intimamente legata a sensi dell'art. 477 cif. 1 CCS (causa di diseredazione del resto non invocata) e non basterebbero per giustificare la diseredazione neanche in base alla cif. 2 dello stesso disposto. I fatti in discorso sarebbero da ritenersi, essi pure, come una conseguenza delle infelici speculazioni, in cui il diseredato ebbe il torto di persistere fino a ruina completa, malgrado gli mancasse ogni attitudine per tale genere di affari. In ciò può forse consistere la di lui colpa, la quale tuttavia non sarebbe così grave da rendere applicabile l'art. 477 cif. 2 CCS.

*Il Tribunale federale pronuncia:*

Il ricorso della parte convenuta è respinto.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

##### 51. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. September 1927 i. S. Schoch gegen Marbacher.

**Genossenschaft:** Die Mitgliedschaft verkörpert sich nicht in den Anteilscheinen und kann daher durch deren Übertragung nicht begründet werden. Zur Verbindlichkeit des Eintrittes in eine Genossenschaft ist als Mindestfordernis eine schriftliche Beitrittserklärung notwendig (Art. 683 Abs. 2 OR).

A. — Am 23. Juni 1924 wurde in Zürich die « Genossenschaft Fabrikstrasse » zum Zwecke der Erstellung, Vermietung, des Kaufes und Verkaufes von Wohnhäusern auf unbestimmte Zeit gegründet, mit einem

Kapital von 1500 Fr., eingeteilt in 15 auf den Namen lautende und nur mit Zustimmung des Vorstandes übertragbare Anteilscheine von je 100 Fr. Aus den Genossenschaftsstatuten sind folgende wesentliche Bestimmungen hervorzuheben :

« § 3 : Mitglieder der Genossenschaft können natürliche und juristische Personen werden, die mindestens einen Anteilschein erwerben und bar einzahlen.

Die Aufnahme erfolgt durch den Vorstand auf schriftliche Anmeldung hin.....

§ 4 : Die Mitgliedschaft erlischt :

a) durch den Austritt auf Grund einer schriftlichen, sechsmonatlichen Kündigung mittelst eingeschriebenen Briefes auf Ende eines Geschäftsjahres,

b) durch den Tod,

c) durch Ausschluss eines Mitgliedes durch den Vorstand,

d) durch Auflösung der Genossenschaft.

Rechtsnachfolger oder Erben eines Mitgliedes gelten als Mitglieder.

§ 5 : Bei jeder Form des Ausscheidens erlöschen alle Rechte des Mitgliedes mit Ausnahme der statutarischen Verzinsung der Anteilscheine. Einem ausscheidenden Mitgliede muss der einbezahlte Betrag innert 5 Jahren nach dem Ausscheiden ausbezahlt werden.

§ 19 : Den Zinsfuss für die Anteilscheine setzt jeweils die Generalversammlung fest. »

Im Juli 1924 kaufte die Genossenschaft die Liegenschaft Limmatstrasse 199 in Zürich zum Preise von 137,000 Fr.

Die sämtlichen 15 Anteilscheine gelangten in der Folge in die Hand eines einzigen Genossenschafters, Julius Egli, der sie später dem heutigen Beklagten Schoch verkaufte. Dieser schloss am 19. Februar 1925 mit dem Kläger Marbacher folgenden als « Vereinbarung und Abtretung » bezeichneten Vertrag ab :

« Hr. Marbacher..... tritt an Stelle von Jak. Schoch.....

in die Genossenschaft Fabrikstrasse als Genossenschaftler ein und übernimmt die diesfl. Liegenschaft Limmatstr. 199, Zürich 5, auf seine Rechnung als Genossenschaftsinhaber. Den Entgelt, bezw. Gegenwert für diese Genossenschafts- und Liegenschaftsübertragung, welcher zum Preise von 157,000 Fr. vereinbart ist, leistet der Übernehmer an Schoch wie folgt :

Fr. 141,500.— werden dem Übernehmer Marbacher an Kapitalien auf der Liegenschaft haftend angewiesen und von ihm übernommen, und dazu

» 5,000.— in einem Schuldbrief, d. d. 24. XI 1924,

» 10,000.— sollen in bar bezahlt werden, und der Rest von

» 500.— ist in einem Wechsel zu bezahlen,

Fr. 157,000.— in summa gleich oben.

Dagegen erhält Marbacher aushin : die sämtlichen 15 Genossenschaftsscheine à 100 Fr. und wird er damit alleiniger Genossenschaftsinhaber. Mit dieser Übernahme übernimmt der Übernehmer Marbacher die Verwaltung und Besorgung der Liegenschaft auf sich, wie auch die Verzinsung der auf der Liegenschaft haftenden Titel. Der Antritt der Liegenschaft erfolgt auf den 1. März 1925, von welchem Zeitpunkte an der Übernehmer auch in die bestehenden Mietverhältnisse eintritt, mit Mietzinsgenuss ab 1. März 1925, zu welchem Zwecke demselben auch die bestehenden Mietverträge aushingegeben werden.

Von dieser Genossenschaftsübertragung ist dem Handelsregister entsprechend Kenntnis zu geben. »

Gemäss einem beglaubigten Protokollauszug fand am gleichen Tage eine ausserordentliche Generalversammlung statt, über deren Verhandlungen folgendes verurkundet ist : Es werde in erster Linie davon Vormerk genommen, dass die sämtlichen Genossenschaftsscheine durch Schoch an Marbacher zu Eigentum abgetreten worden seien,

so dass nunmehr letzterer « an Stelle des Schoch in das Genossenschaftsverhältnis eingetreten sei als Verwalter und Übernehmer der Liegenschaft Limmatstrasse 199, Zürich 4. » Der bisherige Vorstand, bestehend aus A. Ith, Schoch und Lang, erkläre mit Rücksicht auf den Eintritt Marbachers den Austritt aus der Genossenschaft. « An Stelle Obiger treten in den Vorstand und in die Genossenschaft ein die ebenfalls erschienen: Gottfr. Marbacher als Präsident und dessen Ehefrau Anna Marbacher geb. Studer als Aktuarin und Quästorin, und als Vizepräsidentin werde eintreten Frau Rosa Maillard geb. Studer in Chessalles-Orone. »

Marbacher bestreitet, dass er mit seiner Frau an dieser Generalversammlung teilgenommen habe.

Am 22. Februar 1925 zahlte Marbacher, der bereits bei Vertragsschluss eine Anzahlung von 7000 Fr. geleistet hatte, dem Beklagten die restlichen 3000 Fr. und übergab ihm auch den Wechsel per 500 Fr.

B. — Mit der vorliegenden, im Mai 1925 beim Bezirksgericht Zürich eingereichten Klage verlangt er, dass die Vereinbarung vom 19. Februar 1925 als rechtsunwirksam erklärt und der Beklagte verpflichtet werde, ihm die 10,000 Fr. nebst 5% Zins seit 23. Februar 1925 zurückzuerstatten, sowie auch das Wechselakzept per 500 Fr. zurückzugeben, eventuell weitere 500 Fr. zu bezahlen.

Zur Begründung macht er geltend, es handle sich beim abgeschlossenen Rechtsgeschäft um einen verschleierte Grundstückkauf, der mangels öffentlicher Beurkundung ungültig sei. Auf Grund der Abtretung der sämtlichen Anteilscheine sei er nicht Genossenschafter geworden, weil die statutarischen Bestimmungen über den Erwerb der Mitgliedschaft nicht eingehalten worden seien.

Demgegenüber stellte sich der Beklagte auf den Standpunkt, dass der übereinstimmende Parteiwille nicht auf einen Grundstückkauf, sondern auf die — rechtlich zulässige — Übertragung sämtlicher « Genossen-

schaftsanteilsrechte » gerichtet gewesen sei, kraft deren der Kläger dann auch das alleinige Verfügungsrecht über die Liegenschaft erlangt habe.

C. — Die erste Instanz wies die Klage ab, das Obergericht des Kantons Zürich dagegen hat sie mit Urteil vom 22. März 1927 geschützt und demgemäss den Beklagten verpflichtet, dem Kläger gegen Rückgabe der 15 Anteilscheine 10,000 Fr. nebst 5% Zins seit 23. Februar 1925 zu bezahlen, sowie das Wechselakzept über 500 Fr. zurückzugeben.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Für die Entscheidung der vorliegenden Streitsache kann die Frage offen bleiben, ob der Wille der Parteien bei Abschluss des Vertrages vom 19. Februar 1925 darauf gerichtet war, dem Kläger das Eigentum an der das einzige Aktivum der Genossenschaft bildenden Liegenschaft zu verschaffen, oder aber darauf, dass der Kläger durch Erwerbung sämtlicher Anteilscheine einziger Genossenschafter werde und damit wirtschaftlich hinsichtlich der Liegenschaft eine analoge Stellung erlange, wie sie ihm in Falle der grundbuchlichen Eigentumsübertragung zugekommen wäre, ohne dass Handänderungsgebühren und allfällige Steuern bezahlt werden mussten. Denn nach der erstern Alternative, für die gemäss den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil gewichtige Gründe sprechen, ist der Vertrag wegen Nichtbeobachtung der gesetzlich erforderlichen Form der öffentlichen Beurkundung ungültig (Art. 216, Abs. 1 OR; 657 ZGB). Sofern er aber auf einen rechtsgeschäftlichen Erfolg im Sinne der zweiten Alternative abzielte, kann ihm zwar ein Formmangel nicht entgegengehalten werden (vgl. BGE 45 II 33 ff.), dagegen hat er

einen rechtlich unmöglichen Inhalt und ist deshalb nach Art. 20 OR nichtig.

Auszugehen ist davon, dass die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft nur durch Beitrittserklärung und Aufnahme erworben und durch Austritt oder Ausschliessung verloren wird. Sie ist mithin durchaus persönlicher Natur und behält diesen Charakter auch bei, wenn von der Genossenschaft — auf den Namen lautende — Anteilscheine ausgestellt werden, wie es hier geschehen ist. Eine Verselbständigung des Mitgliedschaftsrechtes im Sinne einer wertpapiermässigen Verbriefung in solchen Urkunden (wie bei der Aktie), dergestalt, dass deren Übertragung den Erwerber ohne weiteres zum Genossenschafter machen würde, findet nicht statt. Die Anteilscheine verbriefen lediglich die genossenschaftlichen Forderungsrechte der darin genannten Personen in bezug auf Dividende, Zinse und Liquidationsquote. Ihre Übertragung bewirkt daher auch nicht die Nachfolge in das Mitgliedschaftsrecht als solches, sondern bloss den Übergang jener vermögensrechtlichen Ansprüche auf den Erwerber (vgl. BGE 27 II 530; 31 II 677; BACHMANN, Komm. N. 6 zu Art. 678 und Anm. zu Art. 686; BLATTNER, Rechtsverhältnisse der Mitglieder in der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft S. 88, 103; HUBER, Bericht zum Rev. Entw. 1919 S. 152). Die Revisionsentwürfe lassen die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft durch blossen Übertragung des Anteilscheines grundsätzlich zu und behalten die dahingehende Ordnung den Statuten vor (Entw. 1919: Art. 809; Entw. 1923: Art. 848).

Nach geltendem Recht aber (Art. 683, Abs. 2 OR) ist zur Verbindlichkeit des Eintrittes in eine Genossenschaft als Mindestfordernis eine schriftliche Beitrittserklärung notwendig (vgl. den ital. Gesetzestext: « si richiede »; BACHMANN, N. 3 zu Art. 683 OR; BALSIGER, Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Genossenschaft S. 23). Die Statuten können weitere Requisite

aufstellen, dagegen auf jenes nicht verzichten, ausser für den Eintritt der Erben eines Genossenschafters. Für diesen Fall durchbricht das Gesetz den Grundsatz der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft, indem es den Statuten gestattet, anzuordnen, dass die Mitgliedereigenschaft ohne weiteres auf die Erben übergehe (Art. 686 OR).

2. — Eine dem Gesetz entsprechende Regelung ist vorliegend auch in den Statuten der « Genossenschaft Fabrikstrasse » getroffen worden. § 3 derselben sieht vor, dass Mitglieder der Genossenschaft natürliche und juristische Personen werden können, die mindestens einen Anteilschein erwerben und bar einzahlen, und dass die Aufnahme durch den Vorstand auf « schriftliche Anmeldung hin » erfolge. Wenn es sodann in § 4, Abs. 2 heisst, « dass Rechtsnachfolger oder Erben eines Mitgliedes als Mitglieder gelten », so kann sich diese Bestimmung einzig auf die Nachfolge in die Mitgliedschaft eines durch Tod ausgeschiedenen Genossenschafters beziehen. Dass damit nicht etwa (im Widerspruch mit § 3) grundsätzlich die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft durch blossen Übertragung der Anteilscheine festgelegt werden wollte, ergibt sich aus der in den Statuten deutlich zum Ausdruck gebrachten Unterscheidung zwischen dem mit der Person des Genossenschafters verbundenen Mitgliedschaftsrecht und den in den Anteilscheinen verbrieften Forderungsrechten. Gemäss den §§ 5 und 19 hat nämlich ein ausgeschiedener Genossenschafter, solange er Inhaber eines Anteilscheines ist, Anspruch auf Verzinsung der Beteiligungsquote zu dem von der Generalversammlung alljährlich festgesetzten Satz, sowie auf Rückerstattung des einbezahlten Betrages innert fünf Jahren nach dem Ausscheiden. Daraus erhellt klar, dass auch nach der statutarischen Regelung das Mitgliedschaftsrecht sich in den Anteilscheinen nicht verselbständigt. So erklärt es sich denn auch, dass A. Ith und J. Lang am 19. Februar 1925 noch Genossenschafter

waren, obschon sie keine Anteilscheine mehr besaßen.

3. — Dass nach dem Willen der Parteien dem Kläger, wenn nicht das Eigentum an der Liegenschaft, so doch jedenfalls die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft durch Übertragung sämtlicher Anteilscheine verschafft werden sollte, in der Meinung, dass er als einziger Genossenschafter tatsächlich eine der Verfügungsmacht des Eigentümers analoge Herrschaft über die der Genossenschaft als einer selbständigen Rechtspersönlichkeit gehörende Liegenschaft erlange, kann nach dem Vertragstext nicht zweifelhaft sein. Denn es heisst darin ausdrücklich, Marbacher trete an Stelle des Schoch in die Genossenschaft « als Genossenschafter » ein und werde kraft des Erwerbes der 15 Anteilscheine « alleiniger Genossenschaftsinhaber ». Allein diese Leistung: Verschaffung der Mitgliedschaft durch Übertragung der Anteilscheine, war nach dem Gesagten aus rechtlichen Gründen unmöglich, und es ist daher der Vertrag gemäss Art. 20 OR nichtig.

Eine schriftliche Anmeldung hat der Kläger nach Erwerbung der in den 15 Anteilscheinen verurkundeten Forderungsrechte nie gemacht, und ebensowenig ist aus den Akten ein Aufnahmebeschluss ersichtlich (der übrigens mangels jenes Erfordernisses rechtsunwirksam wäre). Im Protokoll über die ausserordentliche Generalversammlung vom 19. Februar 1925 wird lediglich « Vormerk davon genommen », dass die sämtlichen Anteilscheine an den Kläger abgetreten worden seien, und dass dieser damit « an Stelle des Schoch in das Genossenschaftsverhältnis eingetreten sei ». Eine Anerkennung der Mitgliedschaft im Wege eines stillschweigenden Übereinkommens der Beteiligten endlich wäre nach Gesetz und Statuten ausgeschlossen (vgl. bundesger. Urt. vom 4. April 1927 i. S. Strüby c. Caisse d'épargne et de prêts de Morat).

4. — Der vom Beklagten erstmals vor Bundesgericht eingonnene Standpunkt, die Berufung des Klägers

auf die Rechtsunwirksamkeit des Vertrages verstosse gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), hält nicht stich. Das Bundesgericht hat allerdings neulich im Falle eines wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises nichtigen Grundstückkaufes die Geltendmachung des Formmangels durch den Käufer im Hinblick auf die besonderen Verumständungen (Vornahme der unrichtigen Beurkundung im eigenen Interesse des Käufers, Leistung des wirklich gewollten Kaufpreises, Aufzug auf das Heimwesen und Bewirtschaftung desselben auch noch im Zeitpunkte der letztinstanzlichen Urteilsfällung) als missbräuchlich zurückgewiesen (BGE 53 II 162 ff.). Allein hier liegt eine solche tatsächliche beidseitige Erfüllung des Vertrages, so wie er im Sinne der einen oder andern Alternative gewollt war, nicht vor. Der Kläger hat freilich die Mietzinsen der Liegenschaft eine Zeitlang bezogen, und zwar, wie er mit Schreiben vom 29. Februar 1926 dem Anwalt des Beklagten mitteilte, zwecks verrechnungsweiser Tilgung der ihm gegen Schoch (im Hinblick auf die geleistete Zahlung) zustehenden Forderung. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, kommen aber diese Bezüge nicht ihm, sondern der Genossenschaft zu. Am 26. April 1926 sodann ist die Liegenschaft im Zwangsvollstreckungsverfahren verwertet und um den Preis von 145,000 Fr. H. Eckert in Zürich zugeschlagen worden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März 1927 bestätigt.