Zeitschrift: Jahrbuch für Solothurnische Geschichte
Herausgeber: Historischer Verein des Kantons Solothurn
Band: 23 (1950)

Artikel: Die Berg- und Rechtsamegemeinden des Solothurner Jura
Autor: Egger, Viktor
Kapitel: III: Heutiger Rechtszustand
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-323239

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: 07.01.2026

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

III. KAPITEL

Heutiger Rechtszustand.

Erster Abschnitt

Die Stellung der Berg- und Rechtsamegemeinden zum Staat und in der Gesetzgebung.

Die Ursprünge der solothurnischen Berg- und Rechtsamegemeinden, gehen auf die Rodung und Benutzung von Juraalpen durch die Gemeinden als Nutzungsgemeinschaften am Ende des Mittelalters zurück. Die Rechtstitel für die Ausübung der Nutzungsrechte bildeten Lehenbriefe und von der Obrigkeit genehmigte Bergordnungen. Die nutzungsberechtigten Gemeindegenossen übten ihre Nutzung unter Beobachtung von „Brauch und Herkommen der Väter" aus. Der Redaktor der solothurnischen „Stadtrechten", Hans Jakob von Staal, sah davon ab, die komplizierten und zum Teil unklaren rechtlichen Verhältnisse der solothurnischen Landschaft zu berücksichtigen.[1] Auch in der Zeit zwischen 1604, in welchem Jahr das „Stadtrechten" in Kraft trat, und 1798 wurden die Rechtsgewohnheiten auf dem Lande von niemandem erforscht und das „Stadtrechten" kaum ergänzt.[2]

Der Redaktor des solothurnischen CGB., J. B. Reinert, hatte als Prokurator dann und wann mit Berg- und Rechtsamegemeinden zu tun. Reinert verbrachte seine Jugendjahre in Oberdorf[3], welche Gemeinde den Eschenberg zu Lehen besass, der von Rechtsamebesitzern genutzt wurde. Der Gesetzesredaktor unterliess es aber, ausführliche Bestimmungen über diese alten Rechtsgebilde in sein Gesetz aufzunehmen. Das solothurnische

[1] Der Redaktor des „Stadtrechten", Venner Hans Jakob von Staal, hielt sich bei der Abfassung seiner Gesetzessammlung an „Freyburgs Nüwe Stadtrechten und Statuten" de Gelehrten Ulrich Zasius und an „Der Stadt Nüremberg verneute Reformation" von 1520, resp. 1564.

[2] Urs Joseph Lüthy, der verdienstvolle Herausgeber des „Stadtrechten" im Jahre 1817 spricht von dem „so äusserst Wenigen, was zwey ganze Jahrhunderte zu weiterer Aus- und Fortbildung dieser Herrlichkeiten gethan haben".

[3] Vgl. Walliser, S. 27.

„Civilgesetzbuch" enthielt nur einen Paragraphen, der sich auf die Berg- und Rechtsamegemeinden bezog. Daraus erhellt deutlich die Unsicherheit der damaligen Juristen und Staatsmänner gegenüber den Agrarkorporationen. § 698, Abs. 1 bestimmt, dass für die Aufteilung von Korporationsbergen die Einwilligung der Besitzer von Dreiviertel des Landes oder der Rechtsamen erforderlich sei.[1] Mit juristischen Personen — um solche handelt es sich bei den Berg- und Rechtsamegemeinden — gibt sich das CGB. nur in einem Paragraphen (698) ab, welchen das revidierte solothurnische CGB. vom 26. Februar 1891 unverändert in seinen Art. 401 übernommen hat. Dagegen befasst sich das revidierte CGB. wenigstens in drei Artikeln mit den juristischen Personen und unterscheidet zwischen öffentlichen und Privatkorporationen.

Wie die Gesetzgebung nahm auch die Staatsverwaltung von den bestehenden Agrarkorporationen kaum Notiz. Zwar hielt die Regierung an der gesetzlich festgelegten Genehmigung der Statuten fest und genehmigte auch da und dort Abänderungen. Oft hatte sie in Zwistigkeiten zu entscheiden zwischen den Berggemeinden untereinander und mit Dritten. Die meisten Streitigkeiten, mit denen sich die Behörde zu befassen hatte, drehten sich um Marchungsangelegenheiten.[2] Das Wesen der Korporation, der Rechtsame und der Nutzung wurde selten berührt.

Im ersten Viertel des zwanzigsten Jahrhunderts gehen mehrere Gesuche von Berg- und Rechtsamegemeinden um Bewilligung von Holzschlägen und -verkäufen im Rathaus ein.[3]

Das Forstgesetz von 1857 bestimmt allerdings: „Die Staats-, Gemeinde-, Korporations- und Rechtsamewaldungen stehen unter der Oberaufsicht des Staates. Zweck der Oberaufsicht ist: Sorge für die Erhaltung und gehörige Bewirtschaftung dieser Waldungen".[4] Das geltende Forstgesetz bestätigt diese Auffassung.[5] Daraus kann also in Bezug

---

[1] „Waldungen und Bergweiden, die mit Eigentumsrecht an Grund und Boden nach sogenannten Rechtsamen oder Bergrechten besessen oder benutzt werden, können nur mit Einwilligung der Besitzer von dreivierteilen des Landes verteilt werden". Soloth. CGB., Vermögensrecht, Rechte an Sachen vom 15. November 1845.

[2] Die Regierung hatte dafür eigentlich keine Kompetenz, da die Marchungsangelegenheiten vor die Zivilinstanz gehörten.

[3] Vgl. z. B. R.-M. vom 2. November 1900, Nr. 3156; 25. August 1905, Nr. 2485; 18. September 1908, Nr. 2743; 10. Dezember 1914, Nr. 4534 usw.

[4] Vgl. Forstgesetz vom 28. Mai 1857, § 1; amtliche Sammlung der Gesetze und Verordnungen, Solothurn 1884, S. 560.

[5] Vgl. Forstgesetz vom 6. Dezember 1931; amtliche Gesetzessammlung, Bd. 72, S. 151, § 1: „Sämtliche im Kantonsgebiet gelegenen Waldungen, inbegriffen die Schächen und bestockten Weiden (Wytweiden), stehen unter der Oberaufsicht des Staates".

auf die rechtliche Natur der Korporationen nichts entnommen werden, da sich die Verordnung auf alle Wälder erstreckt.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 stellt „Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften" unter die Bestimmungen des kantonalen Rechts.[1] Darunter fallen auch die solothurnischen Agrarkorporationen, sofern sie dem privaten Rechte unterstehen, denn unter Allmendgenossenschaften sind „Allmendgemeinschaften, Alpgenossenschaften, Rechtsamegemeinden, Wald-, Flur-, Brunnen-, Wasserkorporationen" verstanden.[2] Homberger betont den engen Zusammenhang mit den lokalen Besonderheiten.[3]

Nicht viel mehr als die schweizerische Gesetzgebung besagt das solothurnische Einführungsgesetz zum ZGB. Neben § 246, der dem Artikel 401 des revidierten solothurnischen CGB. vom 26. Februar 1891 entspricht,[4] befassen sich die §§ 33 und 365 mit den Agrarkorporationen. § 33 lautet: „Allmendgenossenschaften, Rechtsamegemeinden (Wald- und Berggemeinden) und ähnliche Körperschaften öffentlichen Charakters erlangen die juristische Persönlichkeit mit der Genehmigung ihrer Statuten und Reglemente durch den Regierungsrat, ohne dass eine Eintragung in das Handelsregister zu erfolgen hat".[5]

Im zitierten § 33 werden Berg- und Rechtsamegemeinden in denselben Topf geworfen.[6] Daraus geht hervor, dass es sich bei den genannten Rechtsgebilden um öffentlichrechtliche Korporationen handelt. Es stellt sich uns nun die Aufgabe, zu untersuchen, ob das E. G. den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung trägt und die Berggemeinden, die durch Rechtsamebesitzer gebildet sind, von den Selzacher Berggemeinden getrennt zu behandeln.

Dass den Berg- und Rechtsamegemeinden des solothurnischen Jura die Rechtspersönlichkeit zukommt, ist nicht zu bezweifeln. § 365 E. G. zum ZGB. sagt dazu: „Durch das Inkrafttreten des neuen Gesetzes wird an den rechtlichen Verhältnissen der bestehenden Körperschaften öffentlichen Charakters, wie Allmendgenossenschaften, Rechtsamegemeinden (Berg- und Waldgemeinden) und ähnlichen Körperschaften nichts geän-

---

[1] Vgl. Art. 59, Abs. 3 ZGB.: „Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften verbleiben unter den Bestimmungen des kantonalen Rechtes".

[2] ZGB. — Kommentar Egger, I, Personenrecht, Art. 59, Abs. 3; 28.

[3] Vgl. Homberger, Zivilgesetzbuch, S. 35.

[4] Vgl. S. 85 dieser Arbeit.

[5] Solothurnisches E. G. zum ZGB. vom 10. Dezember 1911.

[6] D. h. die Berggemeinden von Selzach und die Rechtsamegemeinden, die auch Berggemeinden genannt werden.

dert. Solche Körperschaften behalten, sofern sie ihre Statuten binnen fünf Jahren dem Regierungsrat zur Genehmigung vorlegen und diese erteilt wird, juristische Persönlichkeit, ohne dass eine Eintragung in das Handelsregister zu erfolgen hat". Die Rechtspersönlichkeit verliert eine solche Korporation selbst dann nicht, wenn sie die geforderte Statutengenehmigung nicht einholt.[1]

Zweiter Abschnitt

Die Rechtsnatur der solothurnischen Agrarkorporationen.

Um über die Rechtsnatur der Agrargemeinden des solothurnischen Jura klare Ergebnisse zu erhalten, liegt es nahe, das Verhältnis von privaten und öffentlichen Korporationen abzuklären und ihre Besonderheiten herauszuheben. Nach dem bisher Gesagten neigt man dazu, bei den Rechtsamegemeinden von einem privatrechtlichen, bei den Selzacher Berggemeinden aber von einem öffentlichrechtlichen Ursprung zu reden. Während man vor 1911 eine klare Stellungnahme zur Rechtsnatur dieser Korporationen vermisst, behandelt der Kanton Solothurn seit dem Erlasse des E. G. zum ZGB. die Rechtsamegemeinden und die Selzacher Berggemeinden als öffentlichrechtliche Korporationen.[2] Nicht überall hat die Stellungnahme des E. G. Beifall gefunden, und es ist bezeichnend, dass sogar der Gedanke einer teils privatrechtlichen, teils öffentlichrechtlichen Korporation hin und wieder aufgetreten ist.[3] Dadurch würde aber die Rechtslage sehr kompliziert. Es ist nun unsere Aufgabe, zu untersuchen, ob eine Kritik an den §§ 33 und 365 des solothurnischen E. G. zum ZGB. berechtigt ist oder nicht.

I. Korporationen des öffentlichen und des privaten Rechtes.

1. Unterscheidungsmerkmale.

Eine Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht ist sehr schwierig zu ziehen. Im Deutschen Privatrecht verläuft sie mitten durch die Ge-

[1] Vgl. KRK. vom 26. August 1942, Nr. 36 a. Vgl. auch Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 213.

[2] § 33 des solothurnischen E. G. zum ZGB. spricht von „Körperschaften öffentlichen Charakters" und § 35 ausdrücklich von öffentlichrechtlichen Korporationen. Das neue solothurnische Gemeindegesetz vom 29. Dezember 1948 erwähnt dagegen Berg- und Rechtsamegemeinden nirgends.

[3] Vgl. KRK. 17. 1942, Nr. 36 b.

nossenschaft, welche ihre privatrechtliche und ihre öffentlichrechtliche Seite hat.[1] Gierke, der grosse Erforscher der deutschen Genossenschaft, vertritt den Standpunkt, dass „ein einfaches und sicheres Kriterium der privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Natur körperschaftlicher Rechtsverhältnisse" nicht existiere.[2] Da das moderne Recht die Unterstellung einer jeden Korporation unter das öffentliche oder unter das private Recht verlangt, müssen die Merkmale bestimmt werden, welche hiefür massgebend sind.

Auszugehen ist von der Zweckbestimmung. Es muss untersucht werden, ob die Erfüllung des gegebenen Zweckes zu den Aufgaben des Gemeinwesens (Staat und Gemeinde) gehört.[3] Auszugehen ist dabei davon, ob sie im öffentlichen Interesse liegt oder nicht. Burckhardt stellt sodann darauf ab, ob der Zweck und der Bestand einer Korporation auf einer zufälligen Willensentscheidung beruhen oder in der öffentlichen Ordnung begründet sind.[4] Der Zweck allein vermag kein geeignetes, praktisch verwendbares Kriterium für die Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Korporationen abzugeben. Die öffentlichrechtliche Korporation muss vom Gemeinwesen als Bestandteil der öffentlichen Ordnung anerkannt sein. Der Staat sichert die Erfüllung ihres Zweckes und übt seine Aufsicht über die Körperschaft aus, weil er im öffentlichen Interesse dafür zu sorgen hat, dass ihre Aufgaben in bestimmter Weise erfüllt werden. Er gewährt den öffentlichrechtlichen Korporationen auch die nötigen öffentlichrechtlichen Mittel — Privilegien und Hoheitsrechte — welche zur Erfüllung ihres Zweckes notwendig sind.[5] Nach der heutigen Rechtssprechung ist deshalb entscheidend, „ob dem Verbande öffentlichrechtliche Aufgaben zukommen und ob er diese nach Amtsrecht, mittels staatlicher Hoheitsrechte geltend mache, oder ob es sich um Verhältnisse handle, in denen der Verband zu einem Dritten wie jeder Private als koordiniertes Rechtssubjekt in Beziehung trete".[6] Dabei ist, wie auch Gierke hervorhebt, entscheidend, welche Stellung einer Korporation im positiven Recht zukommt.[7]

---

[1] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 158.
[2] A. a. O.
[3] Vgl. Hadorn, öffentliche Anstalt, S. 11.
[4] Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 347.
[5] Vgl. Kommentar Egger, Personenrecht, Art. 59, Abs. 1, N. 8.
[6] Vgl. a. a. O.
[7] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 158.

2. *Das Wesen der öffentlichrechtlichen Korporation.*

Burckhardt definiert die öffentlichrechtlichen Körperschaften als juristische Personen, die nach objektivem Recht oder nach der objektiven Vernunft selbst bestehen müssen. Damit meint er in erster Linie den Staat und dessen Unterabteilungen.[1] Fleiner sieht das entscheidende Moment für das juristische Wesen der öffentlichrechtlichen Korporation „in der Belehnung mit staatlichem Herrschaftsrecht (Imperium), mit Befehlsgewalt".[2] Das in der öffentlichrechtlichen Körperschaft geltende Recht ist gleichartigen Gesichtspunkten und Normen unterstellt, wie sie das Staatsleben beherrschen.[3]

Die Erläuterungen zum Vorentwurf zum ZGB. definieren die öffentlichrechtlichen Körperschaften als „Gebilde, die einen Teil der öffentlichrechtlichen Organisation des Landes ausmachen".[4] Dazu gehören ausserdem diejenigen Korporationen, „die ohne einen Teil der Staatsorganisation zu bilden, dem Staate öffentlichrechtlich verpflichtet sind, ihre Zwecke zu erfüllen".[5]

Die enge Beziehung der öffentlichrechtlichen Körperschaft zum Staate bestimmt auch ihren Zweck insofern, als die Art der Zweckerfüllung vom Staate bestimmt oder genehmigt ist.[6] Der Zweck muss im öffentlichen Interesse liegen. Ihm hat die Organisation der Körperschaft zu entsprechen. Organisation und Zweck müssen in einem logischen Zusammenhang stehen.[7] Die Korporation muss, um öffentlichrechtlichen Charakter zu haben, der öffentlichen Organisation eingegliedert sein.[8]

Das wirkt sich in folgender Weise aus: Die öffentlichrechtlichen Korporationen entscheiden nicht selber über ihre Existenz und Auflösung; ihr Bestand hat seinen Rechtsgrund im öffentlichen Recht; ihre Auflösung erfolgt durch behördlichen Akt oder doch nur mit behördlicher Genehmigung. Die Verpflichtung zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist der Grund der staatlichen Aufsicht, welcher die öffentlichrechtliche Korporation unterstellt ist. Zur Durchführung ihrer Aufgabe ist die Korporation des öffentlichen Rechts mit Befehlsgewalt ausgestattet, kraft deren sie gegenüber ihren Mitgliedern Verfügungen trifft, welche die gleiche Ver-

[1] Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 342, Anmerkung.
[2] Vgl. Fleiner, Institutionen, 4. Auflage, S. 100.
[3] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 167 ff.
[4] Erläuterungen zum Vorentwurf, Bern 1914, S. 96. I.
[5] Hafter, Kommentar zum ZGB. I. N. 3, zu Art. 59.
[6] Vgl. Hadorn, öffentliche Anstalt, S. 11.
[7] Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 347.
[8] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 163, Anmerkung 4.

bindlichkeit haben wie Verfügungen staatlicher Organe und wie diese nicht im Zivilprozess, sondern nur im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden können.

3. Die Wesensmerkmale der privatrechtlichen Korporation.

Die privatrechtlichen Korporationen sind „Produkte privatrechtlicher Rechtshandlungen". Ihr Zweck liegt darin, individuellen Interessen zu dienen.[1] Die juristischen Personen des privaten Rechtes werden durch keinen objektiven Rechtssatz gefordert.[2] Sie bestehen durch zufällige Entschliessung von Privatpersonen. Ihre Organe und Beamten haben nichts mit dem staatlichen Organismus zu tun. Die privatrechtlichen Körperschaften besitzen intern die Machtrechte eines Gemeinwesens. Doch anerkennt sie der Staat nicht als Hoheitsrechte, sondern als eine eigentümliche Privatgewalt.[3] Die privatrechtlichen Korporationen sind autonom und erzeugen Satzungen, die für ihren Bereich objektives Recht, in den Augen des Staates aber Privatnormen sind[4] Die Privatrechtskorporationen sind zwar öffentlichrechtlicher Pflichten und Rechte fähig.[5] Eine juristische Person ist aber nicht schon dann öffentlichrechtlich, wenn sie gewisse, sonst vom Gemeinwesen zu besorgende Funktionen übernimmt.[6] Ebenso betont Fleiner, dass die Auffassung falsch sei, nach der jede Korporation oder Anstalt als öffentlichrechtlich bezeichnet wird, die vom Gesetzgeber durch irgend ein Attribut (Beitrittszwang, erhöhter Strafschutz usw.) über die Sphäre des Privatrechts emporgehoben worden sei.[7]

II. Die solothurnischen Berg- und Rechtsamegemeinden im besonderen.

1. Die Rechtsnatur von Agrarkorporationen.

Agrarkorporationen haben im Zweifel eher privatrechtliche Natur, trotz ihrer Herkunft aus dem Gemeindeverband.[8] Ihre ehemalige Identität mit der Gemeinde ist zwar unbestritten. Deshalb wird die Agrarge-

---

[1] Vgl. Jellinek, Staatslehre, S. 391.
[2] Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 342.
[3] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 163/164.
[4] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 164.
[5] Vgl. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 347.
[6] Vgl. Hafter, Kommentar zum ZGB., Art. 59.
[7] Vgl. Fleiner, Institutionen, 4. Auflage, S. 100/101, Anmerkung 3.
[8] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 162/163, Anmerkung 4.

meinde heute noch da und dort als öffentlichrechtliche behandelt. Egger will in seinem Kommentar die meisten Allmendgenossenschaften als privatrechtliche juristische Personen ansprechen, die Bürgerkorporationen, die Allmenden nutzen, eher als öffentlichrechtliche gelten lassen.[1] Dagegen ist Gierke der Ansicht, dass eine Agrargenossenschaft von Gesetz und Praxis regelmässig als privatrechtliche Vereinigung betrachtet werde, mag sie auch als Alt-, Real-, Nutzungs-, Privat-, Bürgergemeinde usw. den Namen der „Gemeinde" fortführen. Er setzt dabei voraus, dass die Korporation ihre selbständige Existenz neben der Gemeinde hat.[2] Dies ist der Fall, wenn sich ein gesetzliches oder gewohnheitsrechtliches Fundament der Trennung von der Gemeinde nachweisen lässt.[3]

2. Die Rechtsamegemeinden des solothurnischen Jura.

Die historischen Auseinandersetzungen zwischen den Rechtsamebesitzern und den Gemeinden über die Gemeindeberge waren zur Hauptsache bereits im 18. Jahrhundert zugunsten der Rechtsamebesitzer beendigt. Diese hielten bereits im 17. Jahrhundert ihre Versammlungen über die Bergbewirtschaftung ab, standen aber zweifellos noch mit den Gemeinden in Verbindung, aus denen sich ihre Mitglieder in erster Linie rekrutierten.[4]

Wie erwähnt wurde, ist in den Quellen der Helvetik weder von Berggemeinden noch von Rechtsamegemeinden die Rede.

In der Mediationszeit erhalten wir erstmals Kunde vom Bestehen unabhängiger Rechtsamekorporationen.[5] Weitere Meldungen über Rechtsamegemeinden enthalten die Quellen der Restaurationszeit:

Im Jahre 1826 bespricht sich der Bergmeister des Laupersdörfer Stierenberges im Namen der dortigen Rechtsamebesitzer mit dem Oberamtmann von Balsthal.[6] Die Rechtsamebesitzer am Niederwiler Stierenberg stehen im Jahre 1828 zusammen mit der Gemeinde Günsberg in einem Prozess gegen ein Fräulein von Tuggener. Die Rechtsamebesitzer vertritt u. a. ihr Bergmeister.[7] Den Rechtsamebesitzern der Balsthaler Rinderweid gesteht die Regierung im Jahre 1817 das Eigentum an der

---

[1] Vgl. Egger, Kommentar zum Personenrecht, N. 27, zu Art. 59.
[2] Gierke, Genossenschaftstheorie, S.212.
[3] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 210.
[4] Dies besonders darum, weil die Lehenbriefe für die Berge von der Regierung auf die Gemeinden ausgestellt waren.
[5] Vgl. S. 112/113 dieser Arbeit.
[6] Vgl. R.-M. vom 16. Januar 1826, S. 53.
[7] Vgl. R.-M. vom 28. März 1828, S. 485.

Weide zu, nicht der Gemeinde Balsthal.[1] Kurzum: Die Aussonderung und Trennung der Rechtsamekorporationen von den Gemeinden ist spätestens in der Restaurationszeit durchgeführt. In der Folge geben sich die Rechtsamegemeinden über das Verhältnis zum Staat und den untergeordneten staatlichen Verbänden keine Rechenschaft mehr. Irgendwelche Bestimmungen darüber finden sich nirgends in den Statuten und auch die Protokolle schweigen sich darüber aus. In den Marchstreitigkeiten mit Herbetswil um 1823 steht die Brandberggemeinde stets selbständig, als Partei, im Recht.[2] Wohl ersuchen die Rechtsamegemeinden bis heute die Regierung um Erlaubnis für Holzschlag und Holzverkauf, Aufforstung und andere mit dem Wald zusammenhängende Massnahmen. Dies findet aber in § 1 der Forstgesetze vom 28. Mai 1857 und 6. Dezember 1931 seine Erklärung.

Gestützt auf das solothurnische E. G. zum ZGB. werden die Rechtsamegemeinden angehalten, ihre Statuten der Regierung zur Genehmigung vorzulegen.[3] Die Rechtsamekorporation wird in den §§ 33 und 365 dieses Gesetzes zu den Körperschaften öffentlichen Charakters gezählt.

§ 33 des solothurnischen E. G. zum ZGB. trägt der historischen Entwicklung der solothurnischen Berg- und Rechtsamegemeinden wenig Rechnung. Warum dieser Paragraph alle solothurnischen Berg- und Rechtsamegemeinden zu öffentlichrechtlichen Körperschaften erklärt, geht aus dem Gesetz nicht klar hervor. Es ist deshalb notwendig, die Auffassung des E. G. auf ihre Richtigkeit hin zu untersuchen.

Bei der Statutengenehmigung der Brandberggemeinde Herbetswil-Aedermannsdorf im Jahre 1913 sucht die Regierung ihre Ansicht von der öffentlichrechtlichen Natur der Rechtsamegemeinden zu erhärten. Ihre Argumente lauten: Die Rechtsamegemeinde der Brandbergbesitzer „erfüllt, für die jeweiligen Rechtsameinhaber wenigstens, Gemeindeaufgaben und Funktionen, welche im öffentlichen Wohle liegen; denn die Förderung landwirtschaftlicher Zwecke gehört auch zur Aufgabe einer Gemeinde und liegt im öffentlichen Wohl".[4]

Dazu ist zu sagen: Die Rechtsamegemeinden, wie sie im solothurnischen Jura existieren, sind weder Gemeinden im Sinne der solothurnischen Staatsverfassung, noch des solothurnischen Gemeindegesetzes.[5] Sie

[1] Vgl. Balsthaler Schreiben 1817, 21. Horner 1817, Nr. 98.
[2] Vgl. R.-M. vom 28. Mai 1823, S. 515.
[3] Vgl. Solothurnisches E. G. zum ZGB. vom 10. Dezember 1911, § 33.
[4] R.-M. vom 14. Januar 1913, Nr. 161.
[5] Vgl. solothurnische Kantonsverfassung vom 23. Oktober 1887, Art. 52 ff. und solothurnisches Gemeindegesetz vom 29. Dezember 1948, Art. 1 ff. Der Begriff „Gemeinde",

erfüllen gegenüber ihren Mitgliedern, seit der völligen Trennung von den Gemeinden, keine Gemeindeaufgaben mehr. Ebenso sind die Rechtsamekorporationen keinem Gemeinwesen organisatorisch eingegliedert, weder der Einwohner- noch der Bürgergemeinde. Es ist ja nicht vorgeschrieben, dass die Mitgliedschaft von der Zugehörigkeit zu einer Bürgergemeinde abhängig sei. Das Vermögen ist nicht in den Dienst eines öffentlichen Zweckes gestellt, sondern kann durch Beschluss der Berggemeinde jederzeit unter die Mitglieder zu freier Verfügung verteilt werden. Auch wird die Verwaltung weder durch den Kanton noch durch die Einwohner- oder Bürgergemeinde beaufsichtigt. Die Berggemeinde hat die Befugnis, ihren Zweck nach ihrem Gutdünken auszulegen und demgemäss über ihr Vermögen zu verfügen. So berührt es nur die Interessen der Rechtsamebesitzer, ob ihr Berg gut oder schlecht bewirtschaftet wird. Den Einwohnern oder Bürgern der Gemeinde, in deren Bann der Berg liegt, kann dies gleichgültig sein, sofern sie nicht Rechtsamebesitzer sind. Die Rechtsamegemeinden sind sowenig wie die landwirtschaftlichen Genossenschaften des OR. Träger der öffentlichen Aufgabe der Landwirtschaftsförderung, sondern nur Objekt und Mittel zur Durchführung dieser Aufgabe durch den Staat und durch Organisationen, die vom Staat damit betraut sind.

Der Zweck der Rechtsamegemeinde des Solothurner Jura liegt in der gemeinschaftlichen Nutzung der Berge. Die Rechtsamegemeinde ist die Organisation, welche ihren Mitgliedern die Ausübung ihrer Rechtsamen in zweckmässiger Weise ermöglicht und ihnen dadurch den Vorteil einer wichtigen Erweiterung der Grundlagen ihrer Viehhaltung bietet. Darin liegt keineswegs, wie die solothurnische Regierung meint, die Verfolgung öffentlicher Ziele und Interessen.[1]

Die beiden Bestimmungen des kantonalen Rechtes entsprechen also der Rechtsnatur der Rechtsamegemeinden nicht.[2] Diese haben sich von den Gemeinden, mit denen sie einst mehr oder weniger verbunden waren, vollständig getrennt. Heute hat der Staat den Rechtsamekorporationen gegenüber keine andere Stellung als gegenüber den privaten, landwirtschaftlichen Genossenschaften. Die Rechtsamekorporationen stehen ganz ausserhalb des staatlichen Organismus; sie üben keine Gemeindefunktionen im öffentlichrechtlichen Sinne aus, weder nach Gemeindegesetz noch nach Kantonsverfassung. Das Erfordernis der Genehmigung der Statuten

---

wie er bei den „Berggemeinden" gebraucht wird, wird inbezug auf die Selzacher Berggemeinden näher untersucht.

[1] Vgl. R.-M. vom 14. Januar 1913, Nr. 161.

[2] Vgl. die §§ 33 und 365 des solothurnischen E. G. zum ZGB. vom 10. Dezember 1911.

durch die Regierung vermag für sich allein nicht die öffentlichrechtliche Natur einer Rechtsamegemeinde zu begründen.[1]

Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass das solothurnische E. G. zum ZGB. den Tatsachen nicht gerecht wird, wenn es die solothurnischen Rechtsamegemeinden als öffentlichrechtliche Korporationen betrachtet.

3. Die Selzacher Berggemeinden.

Die Selzacher Berggemeinden Althüsli, Stallberg und Schauenburg führen ihre Entstehung auf den Teilungsbrief von 1637 zurück.[2] Dieser teilte den Selzacher Berg in drei Teile. Diese wurden den damaligen Güter- und Viehbesitzern von Selzach durch das Los zugeteilt. Damit wurde zugleich der Kreis der Nutzungsberechtigten an diesen drei Bergen für immer geschlossen. Nutzungsberechtigt waren von 1641 an — bis zu diesem Jahre konnten in der Fremde weilende Selzacher Bürger ihre Berechtigung auf Nutzung an einem der drei Berge geltend machen[3] — nur die Mitglieder der Selzacher Berggemeinden.

Diese kamen bereits im 17. Jahrhundert in besonderen Berggemeindeversammlungen zusammen, um über die Bewirtschaftung ihrer Berge zu beraten.[4]

Dass der aus der Helvetik hervorgegangenen Einwohnergemeinde noch gewisse Rechte und Pflichten gegenüber den drei Berggemeinden zustanden, ist nicht anzunehmen. Die Berggemeinden Althüsli, Schauenburg und Stallberg bestanden also bereits im 17., sicher aber im 18. Jahrhundert als selbständige bäuerliche Korporationen.

Im Jahre 1902 hat die Solothurner Regierung in einem Prozess zwischen der Einwohnergemeinde Selzach einerseits und der Stallberggemeinde anderseits zu urteilen. Der Streit dreht sich um die Frondienstpflicht der Stallbergkorporation. Die Regierung bezeichnet in ihrem Entscheid, durch den die Stallberggemeinde ins Unrecht versetzt wird, diese wie die übrigen Selzacher Berggemeinden als privatrechtliche Korporationen. Dabei wird der Ausdruck „Gemeinde" für Berggemeinde in Anführungszeichen gesetzt.[5]

---

[1] Vgl. Fleiner, Institutionen, 4. Auflage, S. 100/101, Anmerkung 3.

[2] Im Jahre 1927 wurde die Berggemeinde Schauenburg in eine Stiftung umgewandelt, nachdem der Berg verkauft worden war.

[1] Vgl. Teilungsbrief vom 8. Mai 1637, Art. 10.

[2] Vgl. Antwort vom 22. April 1823 im Bergnutzungsprozess Sieber–Berggemeinde Althüsli.

[3] Vgl. R.-M. vom 1. August 1902, Nr. 2104.

Zehn Jahre später stehen die Berggemeinden Stallberg und Althüsli miteinander im Streit um den Hasenmattbrunnen, der nach der Bergordnung von 1637 allen drei Bergen dienen soll.[1] Der Anwalt der beklagten Berggemeinde Althüsli vertritt den Standpunkt, dass es sich bei den Berggemeinden von Selzach um privatrechtliche juristische Personen handle. Demgemäss bestreitet er die Kompetenz der Regierung, in diesem Prozess ein Urteil zu fällen. Die klägerische Berggemeinde Stallberg betont die öffentlichrechtliche Stellung der prozedierenden Berggemeinde, widersetzt sich zuerst der Kompetenzeinrede der Gegenpartei und hält an der Zuständigkeit der Administrativbehörde fest.[2] Wenige Jahre später aber unterzieht sie sich der Auffassung der Berggemeinde Althüsli und gibt damit indirekt den privatrechtlichen Charakter der Selzacher Berggemeinden und die Unzuständigkeit der Regierung zu.[3]

Die Berggemeinde Althüsli begründet ihren Standpunkt wie folgt[4]: „Wenn die Regierung sich für kompetent hält, als Administrativbehörde in Angelegenheiten der Berggemeinden zu entscheiden, dann stützt sie sich auf das Gesetz vom 18. März 1851 über die Aufhebung der Administrativgerichtsbarkeit.[5] Die Selzacher Berggemeinden sind aber nicht Gemeinden in dem Sinne, wie sie das Gesetz auffasst.

Gemeinden im gesetzlichen Sinne sind nur diejenigen Körperschaften, welche nach dem VIII. Titel der Verfassung des Kantons Solothurn,

---

[1] Vgl. Bergordnung vom 8. Mai 1637, Art. 5.

[2] Vgl. Akten zum Regierungsratsbeschluss vom 21. Dezember 1912, Nr. 4644 und diverse Schreiben vom Jahre 1909, Rubrik 53 zu R.-M. 1912.

[3] Vgl. R.-M. vom 21. Dezember 1912, Nr. 4644. — In den Protokollen des solothurnischen Obergerichtes und des Amtsgerichtes Solothurn-Lebern waren keine Angaben über diesen Prozess zu finden.

[4] Vgl. Kompetenzeinreden vom 24. August 1909 in den Akten, Rubrik 53 zum Regierungsratsbeschluss vom 21. Dezember 1912, Nr. 4644.

[5] Vgl. amtliche Sammlung der solothurnischen Gesetze und Verordnungen von 1803 bis 1883, S. 115. Der in Betracht kommende § 1 des Gesetzes vom 18. März 1851 lautet:

Von denjenigen Streitigkeiten, welche nach bisherigen Vorschriften der Entscheidung der Verwaltungsgerichte anheimfielen, hat der Regierungsrat, ohne Anwendung richterlicher Prozessformen, folgende zu entscheiden:

a) Ueber Benutzung von Gemeindeanstalten und Gemeindevermögen, wenn es sich um die Art und Weise der Benutzung im allgemeinen handelt;

b) über Errichtung von Gemeindeanstalten, Erbauung und Unterhalt von Kirchen, Pfarr- und Schulgebäuden, Nebenstrassen und drgl.

c) über Erhebung und Verteilung von Abgaben, Frohnungen und Leistungen, wenn es sich im Allgemeinen um die Art und Weise handelt, wie solche Lasten getragen werden sollen, nicht aber, wenn darüber Streit entsteht, ob und in welchem Mass einzelne Personen nach den jedesmal bestehenden Vorschriften pflichtig seien;

d) über Erteilung von Gemeindebürgerrechten;

e) über Einteilung von Heimatlosen.

Art. 52—60, als solche deklariert sind, nämlich die Einwohnergemeinden, die Bürgergemeinden und die Kirchgemeinden. Diese Gemeinden allein unterliegen, vorbehältlich der in Art. 54 garantierten Autonomie, der staatlichen Organisation.[1] Es sind dies die Gemeinden im eigentlichen Sinne des Wortes oder die öffentlichrechtlichen Gemeinden. Nähere Bestimmungen darüber finden sich in der Bundesverfassung, dem Gemeindegesetz vom 28. Oktober 1871 und den Gesetzen und Verordnungen, die damit zusammenhängen.[2]

Die Berggemeinden Stallberg, Althüsli und Schauenburg sind keine Gemeinden im Sinne der Verfassung und der Gemeindegesetzgebung. Ihre Existenz ist in der Verfassung nirgends vorgesehen und ihre Organisation ist in keinem Gesetze normiert. Die Existenz der Berggemeinden beruht auf dem Teilungsbrief von 1637. Diese rechtliche Grundlage ist bis heute unverändert geblieben. Eine Beeinflussung oder Veränderung durch Gesetz oder Verfassung erfolgte nie. Die Berggemeinden haben sich auf Grund des Teilungsbriefes immer selbständig organisiert."

Dafür, dass im Jahre 1637 die Abteilung des Selzacherberges in drei Alpen auf obrigkeitliche Anordnung oder überhaupt aus Gründen des öffentlichen Rechts vorgenommen wurde, fehlt jeder Anhaltspunkt:

„Die Berggemeinden von Selzach sind nicht Korporationen des öffentlichen Rechtes. Sie sind weder durch öffentlichrechtlichen Akt zustande gekommen, noch ruht ihre Existenz im öffentlichen Recht. Weder die Verfassung noch die öffentlichrechtliche Gesetzgebung befassen sich mit diesen Gebilden. Ihre Rechtsquelle liegt vielmehr in der Urkunde von 1637, im alten Herkommen und im Privatrechte. Ihre ursprünglichen Beziehungen zum öffentlichen Recht können nicht bezweifelt werden. Doch haben diese Körperschaften ihren öffentlichrechtlichen Charakter verloren und sind zu reinen privatrechtlichen Nutzungsgemeinden geworden. Seit langer Zeit üben sie ihre Rechte unter der Herrschaft des Privatrechts aus und geben sich unabhängig von der Staatsgewalt und ohne deren Aufsicht ihre Organisation.[3]"

Im Jahre 1920 bittet die Berggemeinde Schauenburg die Regierung um die Erlaubnis, ihren Berg verkaufen zu dürfen. Als Grund führt sie

---

[1] Vgl. Kantonsverfassung vom 23. Oktober 1887.

[2] Auch im neuen Gemeindegesetz vom 29. Dezember 1948 werden keine weiteren Gemeinden aufgezählt, als in der Kantonsverfassung angegeben sind und die Berg- oder Rechtsamegemeinden mit keinem Worte erwähnt.

[3] Vgl. Kompetenzeinreden vom 24. August 1909 in den Akten, Rubrik 53, zum Regierungsratsbeschluss vom 21. Dezember 1912, Nr. 4644.

grosse finanzielle Schwierigkeiten an. Die Regierung betont bei dieser Gelegenheit, dass die Berggemeinde Schauenburg eine öffentlichrechtliche Korporation sei. Deshalb dürfe der Erlös aus dem Verkaufe des Berges Schauenburg nicht unter die Mitglieder der Berggemeinde verteilt werden, sondern müsse dem bisherigen Zwecke erhalten bleiben.[1]

Wir stellen also fest, dass die Regierung ihre Meinung innerhalb von 20 Jahren deutlich geändert hat und im folgenden soll untersucht werden, ob ihre heutige Auffassung richtig ist.

Die Selzacher Korporationen sind keine Rechtsamegemeinden, wie die Regierung erklärt.[2] Unter Rechtsame versteht man — bei den solothurnischen Rechtsamegemeinden — ein selbständiges dingliches Recht, das veräussert und verpfändet werden kann. Das ist bei der Bergnutzungsberechtigung von Selzach und Lommiswil nicht der Fall.

Für eine private Rechtsnatur der Selzacher Berggemeinden sprechen die meisten Argumente, die wir bei den Rechtsamegemeinden angeführt haben. Aus der Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von Agrarkörperschaften lassen sich aber einige Folgerungen ziehen, die für die Bestimmung der Rechtsnatur der Selzacher Berggemeinden u. E. von entscheidender Bedeutung sind. Während in den Rechtsamegemeinden jedermann durch Erwerb eines Bergrechtes Korporationsmitglied werden kann, ist die Mitgliedschaft in einer Selzacher Berggemeinde von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Bürgergemeinde abhängig. Dieses Bürgerrecht muss sich in direkter Linie von einem Selzacher oder Lommiswiler Nutzungsberechtigten von 1637 herleiten lassen.[3] Also sind die Selzacher Korporationen nicht befugt, Nichtbürger als Mitglieder aufzunehmen.

Daraus geht deutlich der bürgerliche Charakter der Selzacher Berggemeinden hervor.[4] Dieser rein bürgerliche Charakter ist das einzige Moment, das für die öffentlichrechtliche Natur dieser Korporationen spricht. Dieses Moment ist u. E. aber entscheidend.

Die Bürger- und Altbürgerkorporationen gelten auch nach dem Recht anderer Kantone als öffentlichrechtliche Korporationen, namentlich dann, wenn die Nutzungsberechtigung nur von Bürgern mit Wohnsitz oder Haushaltung in der Gemeinde selbst ausgeübt werden kann.[5] Das Bundes-

[1] Vgl. R.-M. vom 19. November 1920 und vom 8. November 1927.

[2] Vgl. R.-M. vom 1. Oktober 1913, Protokoll-Nr. 3677.

[3] Vgl. Statuten der Stallberggemeinde Selzach-Lommiswil, Art. 3 und der Berggemeinde Althüsli, Art. 2.

[4] Die Statuten der Stallberggemeinde nennen diese ausdrücklich eine bürgerliche Korporation (Art. 1).

[5] Das trifft für die Selzacher Berggemeinden zwar nicht zu.

gericht vertrat in Bezug auf die Zuger Korporationsgemeinden die Auffassung, dass diese öffentlichrechtlich Korporationen seien und mass dem Einwand keine Bedeutung bei, „dass die genannten Korporationsgemeinden zur Zeit keine Zweige des öffentlichen Dienstes besorgen, sondern nur ihr Vermögen verwalten, und dessen Ertrag zu privatem Gebrauche an die Genossen verteilen. Denn, erklärte das Bundesgericht weiter, es kommt ja in der Schweiz gar nicht selten vor, dass die Erträge von Bürgergütern in grösserem oder geringerem Umfange in gleicher Weise verteilt werden, und doch wird man daraus nicht schliessen dürfen, dass diese Güter ganz oder teilweise Privatgüter seien und resp. die Bürgergemeinde keinen öffentlichrechtlichen Charakter habe."[1]

Aus diesen Ausführungen ergibt sich die Schlussfolgerung, dass die Selzacher Berggemeinden Altbürgerkorporationen sind, die als öffentlichrechtliche Korporationen zu betrachten sind. Als solche können sie sich weder auflösen noch in andere, nicht bürgerliche Korporationen umwandeln. Ihr Vermögen muss den bürgerlichen Zwecken erhalten bleiben.

Die heutige Auffassung der Regierung ist somit richtig. Doch sollte dem Unterschied zwischen den Rechtsamegemeinden und den Selzacher Berggemeinden im solothurnischen E. G. zum ZGB. Rechnung getragen werden.

Dritter Abschnitt

Die juristische Bestimmung der Eigentumsverhältnisse und der Nutzungsrechte am Korporationsgut.

A. Die Nutzung in den Rechtsamegemeinden.

Die rechtliche Natur des Eigentums der Korporation und der Teilrechte der Mitglieder ist im materiellen Recht nirgends klar und eindeutig festgelegt.[2] Der Grund dafür ist nicht in der Formung dieser Körperschaften durch die wirtschaftlichen und rechtlichen Anschauungen und Ergebnisse einer vielhundertjährigen Geschichte, sondern in ihrer Verschiedenheit voneinander zu sehen. Diese Verschiedenheit, die trotz unbestreitbaren Aehnlichkeiten durch topographische und wirtschaftliche Verhältnisse be-

[1] BGE. 21, S. 385 und vgl. auch in Bezug auf die luzernischen Korporationsgemeinden BGE. 18, S. 150.

[2] Vgl. Gmür, Rechtsame und Gerechtigkeiten, S. 9.

stimmt wurde, bewog den schweizerischen Gesetzgeber, die Regelung der Nutzung von Korporationsalpen den Kantonen zu überlassen. Das hatte den Vorteil, dass die örtlichen Verhältnisse berücksichtigt werden konnten. Verschiedene kantonale Einführungsgesetze haben denn auch Regelungen getroffen, die aber nicht den Anspruch erheben, auch für die ihnen ähnlichen Korporationen in andern Kantonen Geltung zu haben. Das wird uns nicht hindern, kurz verschiedene Auffassungen über die Rechtsame und die Nutzung überhaupt anzuführen.

I. Die Eigentumsverhältnisse am Korporationsvermögen.

1. Korporatives Gesamteigentum der germanistischen Rechtstheorie.[1]

Die Theorie vom korporativen Gesamteigentum ist von Gierke entwickelt und in massgebender Weise ausgestaltet worden. Gierke unterscheidet drei verschiedene Rechtsbeziehungen, die sich aus dem Verhältnis der Körperschaft zu den ihr eingegliederten Personen ergeben. Er kennt einmal rein ausserkörperschaftliche Verhältnisse, Verhältnisse also, die jenseits des körperschaftlichen Bereiches stehen. Auf diesem Gebiete gilt deshalb zwischen der Körperschaft und ihren Gliedern reines Individualrecht. Rechtsbeziehungen zwischen der Verbandsperson und den verbundenen Personen erwachsen hier erst aus besonderen individualrechtlichen Tatbeständen und unterstehen den Regeln über die Rechtsbeziehungen zwischen der Körperschaft und Dritten.[2] Dann kennt er Verhältnisse, die innerhalb des körperschaftlichen Bereiches vorliegen. Hier treten die Körperschaft und die Körperschaftsglieder einander als einheitliche Gesamtperson und Gliedpersonen gegenüber. Zwischen ihnen herrscht reines Sozialrecht, welches im Verfassungsrecht der Körperschaft oder in den verfassungsmässig mit solcher Kraft ausgerüsteten Vorgängen des korporativen Lebens besteht.[3]

Zwischen die rein ausserkörperschaftlichen Verhältnisse und die Verhältnisse innerhalb des körperschaftlichen Bereiches stellt Gierke eine dritte Art von Rechtsverhältnissen, die Verhältnisse des körperschaftlichen Sonderrechts. Hier stehen sich die Körperschaft und ihre Mitglieder als Ge-

[1] Von den verschiedenen Theorien über das Wesen der deutschrechtlichen Genossenschaft greifen wir die germanistische Rechtstheorie von Gierke heraus, die den historischen Gegebenheiten am besten gerecht wird.

[2] Gierke, D. Pr. R. I, S. 534.

[3] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 182.

samtperson und Gliedpersonen in ihrer Zusammengehörigkeit und zugleich als Sonderpersonen in ihrer Selbständigkeit gegenüber.[1] Diese Rechtsverhältnisse liegen zum Teil innerhalb und zum Teil ausserhalb des körperschaftlichen Bereiches; folglich mischen sich hier Individualrecht und Sozialrecht. Daraus erwachsen den Korporationsmitgliedern gegenüber der Körperschaft mitgliedschaftliche Sonderrechte und -pflichten.[2] Diese unterscheiden sich von freien Sonderrechten und Sonderpflichten durch ihre sozialrechtliche Gebundenheit und von reinen Mitgliedschaftsrechten und -pflichten durch einen individualrechtlichen Bestandteil.[3]

Der Inhalt des körperschaftlichen Sonderrechtes kann von Körperschaft zu Körperschaft verschieden sein. Bald überwiegt der sozialrechtliche, bald der individualrechtliche Bestandteil. Im ersten Fall empfangen die Korporationsmitglieder ihre Rechte und Pflichten weitgehend von der Körperschaft. Doch behalten ihre mitgliedschaftlichen Sonderrechte einen Rest von Selbständigkeit und unterstehen somit in gewissem Sinne dem Individualrecht. Im zweiten Fall dient der Verbandsorganismus in überwiegendem Masse den Sonderinteressen der Mitglieder.[4] Die Sonderrechte sind der Herrschaft des einheitlichen Verbandswillens (Sozialrecht) weitgehend „verfassungsmässig" entzogen.[5] Je nach dem Uebergewicht des sozialrechtlichen oder des individualrechtlichen Elementes bestimmt sich z. B. die Art und das Mass des Rechtsschutzes, der den mitgliedschaftlichen Sonderrechten gegenüber der Körperschaft zukommt.

Gierke teilt die körperschaftlichen Sonderrechte und -pflichten ihrem Objekte nach mit Rücksicht auf den Inhalt ihres individualrechtlichen Bestandteils in personenrechtliche, sachenrechtliche und obligationenrechtliche ein.[6] Da wir die Eigentumsverhältnisse am Korporationsvermögen untersuchen, beschränken wir uns auf die Untersuchung der sachenrechtlichen Sonderrechtsverhältnisse.

Bei den sachenrechtlichen Sonderrechtsverhältnissen sind körperschaftsrechtliche Gebundenheit und individualrechtliche Selbständigkeit, die ein Recht an einer Sache enthält, miteinander verknüpft.[6] So kann ein mitgliedschaftliches Sonderrecht den Inhalt eines dinglichen Nut-

[1] Vgl. Gierke, D. Pr. R. I, S. 536.
[2] Vgl. a. a. O.
[3] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 189.
[4] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 307.
[5] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 189.
[6] Gierke, D. Pr. R. I, S. 537.
[7] Vgl. Gierke, D. Pr. R. I, S. 538.

zungsrechtes am Körperschaftsgute haben, eine mitgliedschaftliche Sonderpflicht in einer dinglichen Belastung des Einzelgutes bestehen.[1] Die Sonderrechtsverhältnisse von sachenrechtlichem Gehalt liegen in erster Linie bei sachenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen vor, die durch die Verteilung eines dinglichen Rechtes (oder einer dinglichen Last) zwischen der korporativen Einheit und der Vielheit ihrer Glieder nach genossenschaftlichem Prinzip begründet werden.[2] So gelangt Gierke dazu, von einem genossenschaftlichen Gesamteigentum zu reden, sobald das Eigentum der erwähnten Ordnung unterworfen ist. Folgende Erwägungen sind dabei zu beachten:

Da der juristischen Person wie den Einzelnen sachenrechtliche Befugnisse zustehen, so müssen Einheitsrecht der Körperschaft und Sonderrechte ihrer Mitglieder als dingliche Rechte angesehen und als Eigentumsanteile oder Eigentumssplitter behandelt werden.[3] Daher ist weder korporatives Volleigentum, das dingliche Sonderrechte nicht verträgt, noch Miteigentum, das selbständige dingliche Rechte der juristischen Person ausschliesst, anzunehmen. Der Befugnisinhalt des Privateigentums wird unter die verschiedenen Rechtssubjekte nach Massgabe des Körperschaftsrechtes verteilt.[4] Die einzelnen „Eigentumssplitter" sind im Recht der juristischen Person einerseits und in den Sonderrechten der Glieder andererseits gegeneinander verselbständigt.[5] Die Verselbständigung der beiderseitigen Herrschaftssphären ist aber nur relativ, indem diese gleichzeitig durch die Körperschaftsverfassung organisch verbunden, als Bestandteile eines zusammengesetzten Herrschaftsverhältnisses auf gegenseitige Ergänzung angewiesen und prinzipiell voneinander abhängig bleiben.[6] Deshalb erachtet es Gierke weder für geboten noch für zulässig, die Ausschliesslichkeit des Eigentumsbegriffes „innerhalb der genossenschaftlichen Herrschaftsordnung" durchzuführen und das Genossenschaftsvermögen der juristischen Person oder den Einzelnen als „res aliena" zu entfremden.[7]

Das korporative Gesamteigentum ist nach Gierke in erster Linie bei den Rechtsverhältnissen an den Allmenden verwirklicht. Soweit hier die Nutzungsrechte der Einzelnen nicht reine Mitgliedschaftsrechte oder reine Individualrechte sind, sondern den Charakter korporativer Sonderrechte

[1] Vgl. Gierke, D. Pr. R. I, S. 538.
[2] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 317.
[3] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 319.
[4] A. a. O.
[5] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 320.
[6] Vgl. a. a. O.
[7] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 320.

haben, enthalten sie nach genossenschaftlichem Prinzip einen Teil der Eigentumsbefugnisse, der in einem Anspruch auf die Nutzung besteht und immer eine Anwartschaft auf die Substanz in sich schliesst.[1] Die sonderrechtlichen Anteile der Korporationsmitglieder berechtigen diese zu Viehauftrieb, Holzschlag usw. Der Korporation dagegen steht in einheitlicher Weise die Verwaltung zu, mehr oder minder durchgreifende Verfügungs- und Vertretungsbefugnisse eingeschlossen.[2]

2. Das Eigentum am Korporationsgut nach schweizerischen Rechtsanschauungen.

Das schweizerische Zivilgesetzbuch unterscheidet zwei Arten von gemeinschaftlichem Eigentum, das Miteigentum und das Gesamteigentum. Dieses Gesamteigentum ist vom korporativen Gesamteigentum der germanistischen Theorie wohl zu unterscheiden. Das korporative Gesamteigentum kann nur bei Körperschaften vorliegen, während das Gesamteigentum des ZGB. eine Gemeinschaft voraussetzt, „die jedoch keinen körperschaftlich eingerichteten Verband zu bilden braucht und jedenfalls nicht juristische Persönlichkeit besitzt".[3] Beim korporativen Gesamteigentum sind die Eigentumsbefugnisse auf die Mitglieder der Körperschaft und auf diese als Gesamtperson verteilt. Das Gesamteigentum des ZGB. aber steht allen Gesamthändern gemeinsam zu, wobei die zugrunde liegende Gemeinschaft kein von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes Gebilde ist. Die Berechtigung der Gesamthänder am Gesamteigentum ergibt sich aus der Gesamtheit der Gemeinschaftsbeziehungen.[4] Diese Ueberlegungen führen zur Feststellung, dass das Gesamteigentum des geltenden schweizerischen Rechtes auf die Korporationen mit Teilrechten nicht angewendet werden kann.[5] Auch das Miteigentum kann dafür nicht in Frage kommen. Die Miteigentümer erschöpfen zusammen das Eigentum durch die ihnen zustehenden ideellen Anteile, so dass der Gemeinschaft der Teilhaber kein unaufgeteilter Rest von Eigentumsrecht übrig bleibt.[6]

Das Bundesgericht hat erklärt, dass bei den Korporationen mit Teilrechten nur Alleineigentum der Korporation möglich sei.[7] Das Korporationsgut wird deshalb nur in wirtschaftlichem Sinne als Gemeinschaftsgut

---

[1] Gierke, D. Pr. R. I, S. 540.
[2] A. a. O.
[3] Huber, Zum schweizerischen Sachenrecht, S. 17, Anmerkung 1.
[4] A. a. O.
[5] Vgl. BGE 46, II, S. 22 ff. und Zbl.StGV. 1926, S. 35 und 36.
[6] Vgl. Gierke, D. Pr. R. II, S. 383 und Zbl.StGV. 1926, S. 36.
[7] BGE. 46, II, S. 22.

angesehen, wenn auch Sondernutzungen anerkannt werden. Die Genossenschafter haben keine Eigentumsanteile.[1]

Das korporative Gesamteigentum der germanistischen Theorie wird von der schweizerischen Rechtswissenschaft abgelehnt. Man begnügt sich dabei meist mit der Erklärung, dass das ZGB. kein solches Gesamteigentum kenne.[2] Im Folgenden soll untersucht werden, welche Theorie dem in den solothurnischen Rechtsamegemeinden gegebenen Sachverhalt am besten entspricht.

3. Die Eigentumsverhältnisse in den solothurnischen Rechtsamegemeinden.

Wir möchten vorausschicken, dass sich die solothurnischen Rechtsamegemeinden von den Korporationen mit Teilrechten des bernischen, bündnerischen und zürcherischen Rechtes ihrem Wesen nach nicht unterscheiden. Da bei diesen Alleineigentum der Korporation mit verselbständigten Mitgliedschaftsrechten, die allerdings wie dingliche Rechte behandelt werden, angenommen wird, ist man versucht, diese Auffassung auch für die solothurnischen Rechtsamegemeinden gelten zu lassen. Doch stellt sich damit auch die Frage, ob sie den historischen Gegebenheiten gerecht wird. Der solothurnische Gesetzgeber hat zu den Eigentumsverhältnissen am Korporationsvermögen noch nicht eindeutig Stellung genommen, wenn die Behandlung der Rechtsamen auch ähnlich ist wie in anderen Kantonen.

Miteigentum und Gesamteigentum des ZGB. können auch bei den solothurnischen Rechtsamegemeinden nicht vorliegen. Das Eigentum steht also nicht den Rechtsamebesitzern oder sicher nicht ihnen allein zu. Die Bauern sind allerdings anderer Ansicht. Sie sehen in den Nutzungsrechten Miteigentumsquoten. Die Nutzungsberechtigung ist für sie nicht Ausfluss der Korporationszugehörigkeit, sondern an den Besitz einer Rechtsame als Miteigentumsquote gebunden. Die Rechtsamebesitzer betrachten die Korporationsmitgliedschaft als Folge des Nutzungsrechtes, was z. B. aus den Statuten der Berggemeinde vom Laupersdörfer Stierenberg hervorgeht: „Die Berggemeinde vom Laupersdörfer Stierenberg besteht aus den Eigentümern der im Hypotheken-Buch Laupersdorf eingetragenen 50 Rechtsamen in dortiger Einung".[3]

Anderseits haben die Bergrechte immer den Gliedern einer Gemeinschaft, nämlich der Gemeinde als Rodungs- und dann als Lehensgemeinschaft, zugestanden, niemals Einzelnen unabhängig von der Zugehörigkeit

[1] Vgl. Guhl, Verselbständigung dinglicher Rechte, S. 99.
[2] Vgl. Zbl.StGV. 1926, S. 37.
[3] Statuten vom 4. Mai 1947, Art. 1.

zu einer Gemeinschaft. Diese Gemeinschaft entwickelte sich bereits im 16. Jahrhundert von einer Genossenschaft (Nutzungsgemeinschaft) zu einer Körperschaft, die als Gesamtheit mit eigener Willensbetätigung ihren Mitgliedern gegenübertrat, ohne ein von ihnen völlig losgelöstes Rechtssubjekt geworden zu sein.[1]

Die Ueberzeugung der Bauern, durch ihre Rechte Eigentum am Berg zu haben und die historischen Tatsachen vom Bestehen einer die Nutzungsberechtigten umfassenden Gemeinschaft deuten auf gemeinschaftliches Eigentum hin.

Ein weiterer Grund bestärkt uns in der Ansicht, dass das Alleineigentum der Korporation bei den solothurnischen Rechtsamegemeinden nicht vorliegen kann: Bei allen Rechtsamebesitzern herrscht die auf altem Brauch und Herkommen beruhende Ueberzeugung, dass die Bergliegenschaft nur durch das Zusammenwirken *aller* Nutzungsberechtigten verkauft oder verpachtet werden könnte.[2] Steht die Alp aber im Alleineigentum der Korporation, so ist diese befugt, durch Mehrheitsbeschluss über die Liegenschaft zu verfügen und die Nutzung daran aufzuheben.[3]

Aus diesen Erwägungen heraus kommen wir zum Schluss, dass sich die Theorie des Alleineigentums der Korporation mit verselbständigten Mitgliedschaftsrechten, die in den meisten Kantonen vorherrscht, auf die solothurnischen Rechtsamegemeinden kaum anwenden lässt. Wir sind der Ansicht, dass die Annahme des gemeinschaftlichen Eigentums den aus der Geschichte herausgewachsenen Verhältnissen an unseren Korporationsalpen am besten entspricht und stellen uns auf den Standpunkt der deutschrechtlichen Körperschaftstheorie, wie sie von Gierke entwickelt worden ist.

Wie wirkt sich nun diese Theorie auf die solothurnischen Rechtsamegemeinden aus?

Der Korporation und ihren anteilsberechtigten Mitgliedern steht das Eigentum an der Bergliegenschaft gemeinsam zu. Daraus folgt, dass der ganze Berg nur dann veräussert oder verpachtet werden darf, wenn das durch einstimmigen Korporationsbeschluss verfügt wird.[4] Nicht nur die

---

[1] Vgl. Hübner, S. 134.

[2] Mitteilung von Herrn Posthalter Kaufmann, Matzendorf. Wir verweisen auch auf die Haltung der Solothurner Regierung in den Jahren 1601 und 1603. Die Minderheit der Rechtsamebesitzer, die sich gegen eine Veräusserung des Berges oder gegen eine Beeinträchtigung ihrer Nutzungsberechtigung aussprach, fand dafür bei der Obrigkeit stets Gehör. (Vgl. S. 49 f. dieser Arbeit.)

[3] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 230.

[4] Damit stellen wir uns in Gegensatz zu § 246, Abs. 1 des solothurnischen E. G. zum ZGB., der in Unkenntnis der rechtlichen Verhältnisse bei den solothurnischen Rechtsame-

Korporationen, sondern auch jedes einzelne Korporationsmitglied besitzt ja Anteil am Eigentum der Korporation. Die Anteilsrechte der Nutzungsberechtigten, die sogenannten mitgliedschaftlichen Sonderrechte, schliessen den Teil der Eigentumsbefugnisse in sich, welcher nicht der Korporation zusteht.[1] Sie sind in gewissen Beziehungen der Herrschaft des einheitlichen körperschaftlichen Willens und im übrigen der Herrschaft der Einzelwillen der Korporationsmitglieder unterstellt. Der durch Mehrheitsbeschlüsse ausgedrückte Gemeinwille hat bis zu einer gewissen Grenze Macht über die Sonderrechte der Mitglieder, ist aber jenseits dieser Grenze ihnen gegenüber machtlos.[2] Die Grenzziehung hängt dabei vom gesetzten oder ungesetzten Recht der Korporation ab.[3] Die einzelnen Statuten der solothurnischen Rechtsamegemeinden sagen nichts darüber. So müssen wir auf die in unseren Korporationen feststehende Uebung und Rechtsüberzeugung abstellen, die bei allen ziemlich einheitlich sein dürfte.[4]

Die Verwaltung der Alpen steht zweifellos den Korporationen als Gesamtpersonen zu. Diese sind zu allen Verwaltungshandlungen zuständig, welche die Erhaltung und der gute Zustand der Alpen erfordern. Die Korporationen bestimmen durch Mehrheitsbeschluss, wie die Verwaltung des Korporationsvermögens vor sich gehen soll. Darunter können auch die Verpfändung der Alp oder der Verkauf eines Teiles davon fallen. Das hängt u. E. davon ab, ob damit der Korporationszweck, die Erhaltung und Pflege der Alp für die Nutzung der Anteilhaber, erfüllt wird oder nicht.

Was die Veräusserung eines Teiles der Liegenschaft anbetrifft, so ist diese dann durch Mehrheitsbeschluss der Korporation möglich, wenn durch zweckmässige Verwendung des Erlöses eine Erhöhung des Wertes der Alp und damit der Nutzung erreicht werden kann.[5] Dies gereicht ja allen Nutzungsberechtigten zum Vorteil.

---

gemeinden bestimmt: „Waldungen und Bergweiden, die mit Eigentumsrecht an Grund und Boden nach sogenannten Rechtsamen oder Bergrechten besessen oder benutzt werden, können nur mit Einwilligung der Besitzer von drei Vierteilen des Landes verteilt werden". — Dieser Paragraph wurde unverändert aus dem alten solothurnischen CGB. übernommen. (Vgl. dazu S. 85 dieser Arbeit.)

[1] Wir verweisen auf die oben dargestellte Theorie von Gierke.

[2] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 225.

[3] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 226.

[4] Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf das erste Kapitel dieser Arbeit.

[5] Nach Gierke ist die Frage, ob für die Veräusserung oder Belastung der Liegenschaft ein einstimmiger Beschluss der Korporation notwendig sei, von der Stärke des individualrechtlichen Bestandteiles der Sonderrechte abhängig. Er lehnt es ab, für jede Veräusserung oder Verpfändung „von Gemeinland" Einstimmigkeit zu fordern oder die Veräusserung stets dem Mehrheitsbeschluss anheimzugeben (Genossenschaftstheorie, S. 221, Anm. 1).

Aehnlich verhält es sich bei der Verpfändung der Bergliegenschaft. Grundsätzlich sollte der Gesetzgeber die Verpfändung der Alp durch die Korporation nicht zulassen. Denn es besteht die Gefahr, dass, wenn Rechtsamen verpfändet sind, die Verpfändung der Alp durch die Korporation zu einer Doppelverpfändung führt. Es gilt hier, die Rechte der Einzelnen zu wahren und zugleich eine Interessenskollision zwischen den Pfandgläubigern an den einzelnen Nutzungsrechten und den Pfandberechtigten an der ganzen Alp zu verhindern. Deshalb sollte eine Verpfändung der Alp durch die Korporation nur dann stattfinden, wenn alle Gläubiger, denen einzelne Nutzungsrechte verpfändet sind, ihre Zustimmung geben.[1]

Ausnahmsweise aber sollte die Verpfändung der Bergliegenschaft gestattet werden, nämlich wenn ausserordentliche Alpverbesserungen, Errichtung von Weidställen, Erstellung einer Wasserversorgung usw. die Korporation nötigen, ein Darlehen aufzunehmen. Da durch diese Verbesserungen die Alpen einen Mehrwert erreichen, so dürfte einer hypothekarischen Belastung bis zur Höhe des erzielten Mehrwertes nichts im Wege stehen, da in diesem Fall die Gläubiger der Teilrechte nicht benachteiligt werden.[2]

Soweit die Verwaltungsbefugnis der Korporation reicht, haben sich die Rechtsamebesitzer deren Anordnungen zu fügen, auch wenn sich dar-

---

[2] Grünenfelder, S. 34.

Art. 796, Abs. 2 ZGB. gibt den Kantonen die Befugnis, die Verpfändung von Korporationsalpen oder -allmenden besonderen Vorschriften zu unterstellen oder zu untersagen. Die gleichzeitige Verpfändung von Korporationsalpen und an ihnen bestehenden Anteilsrechten ist in den einzelnen Kantonen verschieden geregelt:

Der Kanton Bern z. B. hatte anfänglich die Veräusserlichkeit und Verpfändbarkeit der gesamten Alpen durch die Korporation und zugleich der einzelnen Kuhrechte durch die Genossen unbeschränkt zugelassen (Bern. E. G. zum ZGB., Art. 103). Durch ein Kreisschreiben der Justizdirektion an die Grundbuchämter vom 25. April 1917 wurde die Verpfändung, Veräusserung und Belastung der Alp von der Zustimmung aller Pfandgläubiger von Teilrechten abhängig gemacht. Diente die Belastung der besseren Alpbewirtschaftung oder Bodenverbesserungen, so ist nur die Zustimmung der Justizdirektion erforderlich (Guhl, Verselbständigung dinglicher Rechte, S. 104).

Der Kanton St. Gallen bestimmt in seinem bereinigten E. G. zum ZGB. vom 22. Juni 1942: „Die Korporation kann auf ihrem Grundeigentum zur Beschaffung von Geldmitteln für Verbesserungen an demselben (Gebäude, Wege, Verbauungen usw.) Pfandrechte errichten, die allen eingetragenen Belastungen vorgehen. Die Pfandschuld ist jedoch durch Annuitäten von mindestens 5 Prozent der eingetragenen Pfandsumme nach Anordnung des Regierungsrates zu tilgen." (Art. 187, Abs. 2.)

In Graubünden darf die Genossenschaft, wenn Teilrechte verpfändet sind, die Liegenschaft nur mit Bewilligung des Kleinen Rates verpfänden. (Revid. bündn. E. G. zum ZGB. vom 5. März 1944, Art. 46, Abs. 3.)

[1] Vgl. Grünenfelder, S. 35 f.

aus für sie Einschränkungen in der Ausübung ihrer Nutzungsberechtigung ergeben.[1]

Einzelne Befugnisse, die aus dem Eigentum fliessen, stehen den Rechtsamebesitzern zu gesamter Hand zu. Sie gehören zum Inhalt der mitgliedschaftlichen Sonderrechte. Um eine allseitige, unmittelbare Herrschaft über den Korporationsberg auszuüben, ist also die Mitwirkung der Korporation und aller ihrer Mitglieder kraft ihrer Anteilsrechte notwendig. Welches sind nun die Befugnisse, die dem Rechtsamebesitzer des Solothurner Jura zustehen und die dem Körperschaftsrecht (Statuten und Mehrheitsbeschlüsse der Korporation) entzogen sind? Oder anders ausgedrückt: Welche Befugnisse machen zusammen mit der Ausübung der Verwaltung durch die Korporation das Volleigentum an der Korporationsalp aus?

Auch bei der Beantwortung dieser Fragen sind wir auf das in den Rechtsamegemeinden vorherrschende Gewohnheitsrecht angewiesen. Es steht einmal fest, dass der Besitzer einer Rechtsame stets einen Anspruch auf Nutzung geltend machen durfte. Die Nutzungsberechtigung kann ihm die Korporation nicht entziehen.[2] Jeder Rechtsamebesitzer ist sodann berechtigt, zu verlangen, die Nutzung unter den gleichen Voraussetzungen auszuüben, wie seine Korporationsgenossen; d. h. die Korporation darf nicht einzelne Nutzungsberechtigte durch Verwaltungshandlungen in der Ausübung ihrer Nutzung benachteiligen und andere bevorzugen.

Die Nutzungen der solothurnischen Rechtsamebesitzer sind Realnutzungen und bestehen in der Sömmerung von Vieh. Wenn eine Rechtsamegemeinde Holz schlagen und verkaufen lässt, beansprucht sie den Erlös für sich und verteilt ihn selten an ihre Genossen. Das Geld soll sie zur Verbesserung der Alp verwenden.

Dagegen hat die Korporation, wenn sie selber Rechtsamen besitzt, die freie Verfügung über den Erlös, den sie durch Verpachtung ihrer Nutzungsrechte erzielt. Durch die Ausübung des Stimmrechtes nach Massgabe der ihr zustehenden Rechtsamen könnte die Korporation in der Abstimmung nach Rechtsamen einen gewissen Einfluss auf Mehrheitsbeschlüsse ausüben. Bei den meisten solothurnischen Rechtsamegemeinden

---

[1] Nach Gierke können durch Mehrheitsbeschlüsse der Korporation die Art, die Zeit oder das Mass der Nutzungen verändert werden, nicht aber das Verhältnis der Nutzungen zueinander oder zum Rechte der Gesamtheit (Genossenschaftstheorie, S. 226).

[2] Dagegen kann die Korporation das Mass und die Art der Nutzung bestimmen und ihre Ausübung so weit beschränken, als es der Zustand des Berges erfordert (vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 226).

werden aber die Rechtsamen der Korporation bei der Abstimmung nicht berücksichtigt.[1]

Das Eigentumsverhältnis zwischen der Korporation und ihren Mitgliedern kann nur durch einstimmigen Korporationsbeschluss verändert werden. Lautet dieser Beschluss auf Aufhebung der Korporation, so fällt die Gebundenheit der Nutzungsberechtigten an das Korporationsrecht weg und die mitgliedschaftlichen Sonderrechte werden zu freien Privatrechten. Die Alp steht dann in Miteigentum der Besitzer jener Rechte und kann jederzeit aufgeteilt werden.[2] Dass ein einstimmiger Korporationsbeschluss zustande kommen könnte, durch den die Rechtsamebesitzer auf ihren Nutzungsanspruch verzichten, ist sehr unwahrscheinlich. Wäre das der Fall, so würde es der Korporation freistehen, ihren Mitgliedern die Nutzung des in ihrem Alleineigentum stehenden Berges zu gewähren oder nicht.[3]

II. Das Nutzungsrecht in den Rechtsamegemeinden.

1. Das Nutzungsrecht der Korporationsgenossen nach der germanistischen Rechtstheorie.

Nach der germanistischen Rechtstheorie handelt es sich bei den Nutzungsrechten der Korporationsgenossen um mitgliedschaftliche Sonderrechte. Ihre juristische Natur wird bei ihrer Abgrenzung von freien Privatrechten und von reinen Mitgliedschaftsrechten offenbar.

Die freien Privatrechte sind nicht nur den Mitgliedern einer bestimmten Korporation, sondern auch Nichtmitgliedern zugänglich. Sie werden „auf gewöhnlichen Privatrechtswegen" erworben.[4] Die Korporationsgenossen haben dabei nicht zu befürchten, gegen das Körperschaftsrecht zu verstossen.[5] Die mitgliedschaftlichen Sonderrechte dagegen sind irgendwie dem Körperschaftsrecht unterstellt. Dieses lässt die Nutzungsrechte stets von einer Gliedstellung in der Korporation abhängen.[6] Die reinen Mit-

---

[1] Vgl. Organisation der Berggemeinde vom Laupersdörfer Stierenberg vom 4. Mai 1947, Art. 4 am Ende.

[2] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 232.

[3] Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 230/231.

[4] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 224.

[5] A. a. O.

[6] Vgl. a. a. O. — Nach dem gesetzten oder ungesetzten Recht der Korporation bestimmt sich ferner, ob und inwieweit die Nutzungsanteile an der Allmende vererblich, veräusserlich, verpfändbar, teilbar und der Ausübung nach übertragbar sind, ob sie als

gliedschaftsrechte sind unselbständige Ausflüsse der Korporationszugehörigkeit. Sie unterstehen völlig dem Rechte der Korporation, die durch Mehrheitsbeschlüsse unbeschränkt darüber verfügen kann.[1] Demgegenüber ist das mitgliedschaftliche Sonderrecht nie vollständig dem Körperschaftsrecht unterstellt. Es enthält Befugnisse, über die die Korporation keine Macht hat. Das mitgliedschaftliche Sonderrecht wird „auf Grund individueller Erwerbstitel" erworben, welche „als dem körperschaftlichen Bereich entrückte Quellen der Teilhaberschaft anerkannt sind."[2]

Die Rechtsnachfolge in mitgliedschaftliche Sonderrechte vollzieht sich auf Grund der Verfassung der Körperschaft.[3]

Zur grundbuchlichen Behandlung der mitgliedschaftlichen Sonderrechte sagt Gierke, der bedeutendste Vertreter der germanistischen Rechtstheorie, folgendes: „Dem Wesen der Sache entspricht am meisten die Anlegung besonderer genossenschaftlicher Spezialgrundbücher für Eintragung der Anteile und der mit ihnen vorgehenden Veränderungen. ... In Ermangelung solcher Einrichtungen erscheint es an sich als angemessen und zulässig, im ordentlichen Grundbuch das Eigentum der Gemeinde oder Genossenschaft zuzuschreiben, jedoch die Gebundenheit dieses Eigentums durch Anteilsrechte der Mitglieder zu vermerken und die einzelnen Sondernutzungsrechte in der jedes Mal geeigneten Form als dingliche Rechte einzutragen".[4]

2. Das Nutzungsrecht als verselbständigtes Mitgliedschaftsrecht in der schweizerischen Rechtstheorie.

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch erwähnt Rechtsamen kantonaler Agrarkorporationen bloss in Art. 796, Abs. 2 mit dem Begriff der „Nut-

---

subjektiv dingliche Rechte bestimmten Grundstücken anhaften oder als selbständige Gerechtigkeiten davon abgetrennt werden können, ob ihre Abtretung nur an andere Mitglieder der Korporation möglich ist oder vielmehr umgekehrt den Uebergang der Korporationsmitgliedschaft bewirkt und welche weitern Voraussetzungen auf Seiten des Erwerbers etwa erfüllt sein müssen (Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 221, Anmerkung 3).

[1] Die Korporation kann allerdings das Mitgliedschaftsrecht verselbständigen und ihren Mitgliedern das freie Verfügungsrecht darüber garantieren. Aber auch das vermag ein Mehrheitsbeschluss der Korporation zu ändern.

[2] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 224.

[3] A. a. O.

[4] Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 324, Anmerkung 3.

zungsrechte". Darunter sind nach Leemann „die den einzelnen Mitgliedern (Genossenschaftern) als solchen am Vermögen, d. h. an den Grundstücken der Korporation als juristischer Person zustehenden Rechte (Gerechtsamen, Teilrechte) zu verstehen, deren Inhalt in mittelbaren oder unmittelbaren Nutzungen besteht, so namentlich Holzgerechtigkeiten, Alprechte, Weiderechte (Kuhrechte) und drgl".[1] Leemann, wie verschiedene andere Autoren, stützt sich in der rechtlichen Charakterisierung dieser Rechte auf die Ansicht von Eugen Huber. Danach lassen sich die Nutzungsrechte am Genossenschaftsgut auffassen „als eine besondere Art, in der die Genossenschaft selbst kraft ihres Eigentums die Nutzung zu ihrem eigenen Recht ausgestaltet. Was der einzelne Genossenschafter nutzt, ist ein Recht der Genossenschaft selbst, das jenem als ihrem Mitglied zugestanden wird."[2] Diese Nutzungen werden als Befugnisse angesehen, die die Mitgliedschaft zu einer Korporation gewährt.

Mit Eugen Huber teilen Guhl und Leemann die Auffassung, dass dem Allmend- oder Alpgenossen auf Grund seines Mitgliedschaftsrechtes eine Nutzungsberechtigung der Genossenschaft an eigener Sache zustehe.[3] Gmür ist anderer Ansicht, wenn er auch nicht das Bestehen dinglicher Rechte an fremder Sache behauptet. Er vertritt die Auffassung, dass objektivierte Mitgliedschaftsrechte vorliegen, welche als selbständige Rechtsamen im Besitz der Korporationsmitglieder stehen.[4]

In früheren Zeiten sind diese „Mitgliedschaftsrechte" stets wie Liegenschaften behandelt worden.[5] Nun stellt Art. 59, Abs. 3 ZGB. den Satz auf, dass Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften unter den Bestimmungen des kantonalen Rechtes verblieben seien. Daraus schliesst das Zürcher Obergericht, dass es den Kantonen weiterhin freistehen müsse, die Mitgliedschaftsrechte solcher juristischer Personen in jeder Beziehung nach den für Liegenschaften geltenden Grundsätzen zu behandeln. Diese Rechte, verselbständigte Mitgliedschaftsrechte genannt, werden somit den selbständigen dauernden Rechten des ZGB. gleichgestellt. Die Agrarkorporationen sollen selber entscheiden dürfen, ob ihre Nutzungsrechte wie

[1] Leemann, ZGB. — Kommentar, Sachenrecht, Art. 796, N. 23.

[2] Huber, Zum schweizerischen Sachenrecht, S. 75, Anmerkung 2.

[3] Guhl, Verselbständigung dinglicher Rechte, S. 100 und Leemann, ZGB. — Kommentar, Art. 796, N. 24.

[4] Gmür, Rechtsame und Gerechtigkeiten, S. 21.

[5] Vgl. SJZ. XI, S. 370/371. — Dagegen ist klar, dass die Teilrechte, wo sie mit Grundstücken verknüpft waren, wie noch heute nicht unabhängig von diesen übertragen wurden (vgl. Guhl, Verselbständigung dinglicher Rechte, S. 101).

Grundstücke veräussert und verpfändet werden können oder nicht.[1] Die Korporationsteilrechte sind selbständig, weil sie für sich übertragbar sind. Sind sie nicht frei übertragbar, kann das kantonale Recht sie auch nicht den selbständigen dauernden Rechten gleichstellen. Die Auffassung Leemanns, dass sie unselbständig seien, weil sie nur Mitgliedern zustehen können, ist nach der schweizerischen Rechtstheorie unrichtig, weil ihr Erwerb den Erwerb der Mitgliedschaft in sich schliesst.

Wo die Kantone die grundeigentumsgleiche Behandlung der Korporationsteilrechte vorgesehen haben, spielt bei Veräusserung und Verpfändung dieser Rechte das Grundbuch eine wichtige Rolle.

Da Korporationsteilrechte keine selbständigen und dauernden Rechte an Grundstücken im Sinne von Art. 655, Abs. 2 ZGB. sind, ist ihre Aufnahme in das Grundbuch eigentlich nicht möglich.[2] Das kantonale Recht kann jedoch die Aufnahme der Korporationsteilrechte analog den selbständigen und dauernden Rechten in das Grundbuch zulassen oder vorschreiben. In der grundbuchlichen Behandlung besteht insofern eine Verschiedenheit unter den Kantonen, als diese die Aufnahme der Nutzungsrechte in das Hauptbuch selber oder in ein besonderes Teilrechtsverzeichnis vorsehen können.

Als Beispiel eines Teilrechtsverzeichnisses möchten wir das bernische Seybuch erwähnen.[3] Für jede Korporationsalp, die in Kuhrechte eingeteilt ist, die selbständige Objekte des Verkehrs bilden, wird vom Grundbuchamt ein Seybuch geführt.[4] Dieses bildet einen Bestandteil des Grundbuches. Den Eintragungen in das Seybuch kommen für die Kuhrechte die gleichen Wirkungen zu, wie den Eintragungen in das Grundbuch.[5] Das Bestehen eines Seybuches ist auf den für die Alp vorhandenen Grundbuchblättern zu vermerken.[6] Jedem Alpberechtigten wird im Seybuch eine Doppelseite zugewiesen. Auf der einen Seite werden diejenigen Rechtsgeschäfte eingetragen, die den Erwerb, auf der andern Seite diejenigen, die die Ver-

---

[1] Vgl. SJZ., XI, S. 372. — Gestützt auf Art. 796, Abs. 2 ZGB. haben die Kantone die Befugnis, die Verpfändung von Nutzungsrechten besonderen Vorschriften zu unterstellen oder zu untersagen. Danach kann die Verpfändung der Nutzungsrechte nicht nur analog, sondern in den Formen der Grundpfanderrichtung erfolgen (vgl. SJZ., XI, S. 371).

[2] Vgl. SJZ., XI, S. 370.

[3] Solche Verzeichnisse zur Eintragung von Korporationsteilrechten kennen u. a. auch die Kantone Zürich (E. G. zum ZGB., § 54, Abs. 2), St. Gallen (Alpbuch. — bereinigtes E. G. zum ZGB., Art. 188) und Graubünden (revid. E. G. zum ZGB., Art. 46, Abs. 4).

[4] Bern. Seybuchverordn., § 1, Abs. 1 und bern. E. G. zum ZGB., Art. 104, Abs. 1.

[5] Bern. Seybuchverordnung, § 11 und bern. E. G. zum ZGB., Art. 104, Abs. 2.

[6] Bern. Seybuchverordnung, § 1, Abs. 2 und bern. E. G. zum ZGB., Art. 104, Abs. 2.

pfändung der Teilrechte zum Gegenstand haben.[1] Alle solchen Rechtsgeschäfte müssen im Seybuch eingetragen werden.[2]

Als Beispiel für die Aufnahme der Nutzungsrechte in das Hauptbuch selber ist die grundbuchliche Behandlung der Rechtsamen im Kanton Solothurn anzuführen.

3. Das Bergnutzungsrecht in den solothurnischen Rechtsamegemeinden.

Die Nutzungsrechte der solothurnischen Rechtsamegemeinden sind keine Mitgliedschaftsrechte, sondern selbständige dingliche Rechte. Selbständig sind sie, weil sie veräussert und verpfändet werden können. Als dinglich bezeichnen wir sie, weil sie einen Teil der Befugnisse enthalten, die das allseitige, unmittelbare Herrschaftsrecht an der Alp ausmachen. Die Mitgliedschaft in einer Korporation ist nicht ausschlaggebend für die Nutzung, denn sie folgt dem Nutzungsrecht, nicht umgekehrt. Somit kann das solothurnische Bergrecht kein verselbständigtes Mitgliedschaftsrecht sein.

Die solothurnische kantonale Oberrekurskommission in Steuersachen vertritt die Ansicht, dass es sich bei den Bergrechten der solothurnischen Rechtsamegemeinden um dingliche Rechte am Eigentum der Korporation handle.[3] Diese Auffassung ist nicht richtig. Die dinglichen Rechte können entweder Miteigentumsanteile oder Sonderrechte sein, nicht aber beschränkte dingliche Rechte an der Liegenschaft der Korporation.

Die Veräusserung und Verpfändung der Bergrechte erfolgt analog derjenigen der selbständigen und dauernden Rechte des ZGB. Ausnahmen von der Regel sind keine bekannt. Nach der geschilderten historischen Entwicklung sind auch keine zu erwarten. Die formelle Behandlung der Rechtsamen stützt sich auf Gewohnheitsrecht, da das solothurnische E. G. zum ZGB. keine darauf bezüglichen Artikel enthält.

Die Rechtsame ist — als grundstückähnliches Recht im Unterschied zu den Genossenschaftsanteilen — seit Bestehen der Hypothekar- und späteren Grundbücher in denselben aufgenommen. Für die Alp als Liegenschaft der Korporation besteht ein besonderes Grundbuchblatt. Auch jede Rechtsame hat im Grundbuch ihr besonderes Blatt; ihre Gleichstel-

---

[1] Bern. Seybuchverordnung, § 3, Abs. 1.

[2] Bern. Seybuchverordnung, §§ 5 und 6 und bern. E. G. zum ZGB., Art. 105, Abs. 1 und 2.

[3] KRK. 1946, Nr. 28, Abs. 2 am Ende.

lung mit den selbständigen und dauernden Rechten im Sinne von Art. 655, Abs. 2 und 943 ZGB. ist vom Kanton anerkannt.[1] Sie kann mehreren Mitgliedern zu Miteigentum oder zu Gesamteigentum zustehen, was selbstverständlich in der Bezeichnung der Eigentümer auf dem Grundbuchblatt zum Ausdruck gebracht wird. Für jede halbe Rechtsame (oder für jeden kleineren Teil), die ein oder mehreren Personen zu vollem Recht zusteht, besteht ein eigenes Grundbuchblatt. Oft besitzen auch die Körperschaften öffentlichen Rechtes wie Einwohner- und Bürgergemeinden Bergrechte, welche der Berggemeinde überlassen und von ihr an Interessenten verpachtet werden.

B. Die Nutzung in den Selzacher Berggemeinden.

Die rechtliche Konstruktion der Nutzungsberechtigung in den Selzacher Berggemeinden stösst auf keine Schwierigkeiten. Seit langer Zeit sind die Korporationsberge an Hirten verpachtet und es steht den Korporationen frei, ihre Berge durch einfachen Mehrheitsbeschluss und mit Genehmigung der Regierung zu veräussern. Das hat die Berggemeinde Schauenburg bereits getan und den aus dem Verkauf des Berges erzielten Erlös in ein Stiftungsvermögen umgewandelt, dessen Zinsertrag „unter die nach Herkommen berechtigten Mitglieder der Schauenburg Berggemeinde zu gleichen Teilen jährlich zu verteilen ist".[2]

Daraus folgt, dass die Selzacher Berge im Alleineigentum der Korporationen stehen. Die Nutzung ist Ausfluss der Mitgliedschaft in einer Berggemeinde. Die Zugehörigkeit zu einer Korporation ist die erste und wichtigste Voraussetzung der Nutzungsbefugnis an einem der Selzacher Berge. Das Mitgliedschaftsrecht des Selzacher Korporationsmitgliedes war nie frei übertragbar, was aus der Darstellung der historischen Entwicklung mit aller Deutlichkeit hervorgegangen ist.

Die Nutzungsberechtigung wurde also in Selzach nie als selbständiges Recht angesehen, sondern hing bis heute von der Zugehörigkeit zu einem der Geschlechter, welche die bürgerlichen Korporationen bilden, ab. Ein Beschluss, der die freie Uebertragbarkeit der Mitgliedschaftsrechte, ihre

[1] Vgl. KRK. 1946, Nr. 28 und Reinhardt, Handänderungssteuer, S. 20, Nr. 4. Es wäre von Vorteil, wenn man durch die Revision des solothurnischen E. G. zum ZGB. für die Korporationsalpen und ihre Teilrechte besondere Alpbücher schaffen würde, wie sie z. B. in den Kantonen Bern und St. Gallen vorkommen.

[2] R.-M. vom 8. November 1927 und Akten dazu.

Verselbständigung, einführen würde, würde dadurch den bürgerlichen Charakter der betreffenden Korporation aufheben. So lange die Selzacher Korporationen aber dem öffentlichen Rechte unterstehen, sind solche Beschlüsse nicht möglich.

Die Alp einer Selzacher Berggemeinde hat im Grundbuch ihr eigenes Blatt und kann ohne Einschränkung verpfändet und mit andern dinglichen Rechten belastet werden.