

Luzern, 31. März 2015

Kurzgutachten:

**Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG);
Anwendungsbereich bei Korporationen, Teilsamen und Alpgenossenschaften**

Übersicht

1. Ausgangslage
2. Fragestellung, Aufbau und Korporationserlasse
3. Korporationsrecht
 - 3.1. Bund
 - 3.1.1. Rechtsgrundlagen im öffentlichen Recht
 - 3.1.2. Rechtsgrundlagen im Zivilrecht
 - 3.2. Kanton OW
 - 3.2.1. Rechtsgrundlagen im öffentlichen Recht
 - 3.2.2. Rechtsgrundlagen im Zivilrecht
 - 3.2.3. Rechtsgrundlagen im Gewohnheitsrecht
 - 3.3. Rechtsnatur
 - 3.3.1. nach Struktur
 - 3.3.2. nach Staatsaufbau
 - 3.3.3. nach Gesetzgebungskompetenz
 - 3.3.4. Ergebnis
4. Nutzungsrechteverwaltung
 - 4.1. Korporationsgut
 - 4.1.1. Bestimmungen
 - 4.1.2. Ergebnis
 - 4.2. Verhältnis zum LPG
 - 4.2.1. Nutzungsregelungen
 - 4.2.2. Ergebnis
5. Fragebeantwortung
 - 5.1. Anwendbarkeit des LPG
 - 5.2. Fragenkatalog
6. Zusammenfassung

Luzern, 31. März 2015

1. Ausgangslage

Der Regierungsrat des Kantons OW – u.a. durch das Amt für Justiz in Zusammenarbeit mit dem Amt für Landwirtschaft und Umwelt – übt die Aufsicht über die Korporationen, Teilsamen und Alpgenossenschaften aus (Art. 109 der Kantonsverfassung vom 19. Mai 1968 [KV; GDB 101.0]). Ein Aufsichtsinstrument ist die Genehmigung der Rechtserlasse dieser Körperschaften (Art. 89 Abs. 3 KV). Die Erlasse werden auf die Einhaltung mit dem übergeordneten Kantons- und Bundesrecht geprüft.

Mit Blick auf das Genehmigungsverfahren interessiert nun vor allem, inwieweit das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1995 über die landwirtschaftliche Pacht (LPG; SR 221.213.2) auf die Rechtserlasse der Korporationen, Teilsamen und Alpgenossenschaften anwendbar ist, insbesondere auf die Regelungen in Zusammenhang mit den Nutzungs- und Anteilsrechten.

Seit mehreren Jahren besteht die Genehmigungspraxis, für die Zuteilung, die Ausübung und den Wegfall von Nutzungs- und Anteilsrechten das LPG für anwendbar zu erklären, mithin also wird in diesen Fällen ein Pachtverhältnis unterstellt. Die betreffenden Körperschaften möchten demgegenüber an ihren althergebrachten Regelungen festhalten.

Im Kanton Obwalden unterstehen schätzungsweise 20% der landwirtschaftlichen Nutzfläche und 90% der Alpflächen der Regelungshoheit der Korporationen, Teilsamen und Alpgenossenschaften. Damit ist für die Agrarwirtschaft des Kantons Obwalden von erheblicher Bedeutung, inwieweit die Regelungen dieser Körperschaften dem LPG unterstehen.

2. Fragestellung, Aufbau und Korporationserlasse

Im Folgenden soll die Frage geklärt werden, ob auf Zuteilung, Ausübung und Wegfall von Nutzungsrechten der Korporationen, Teilsamen und Alpgenossenschaften im Kanton OW das LPG anwendbar ist. Damit ist zu klären, ob es sich bei diesem Nutzungsrechtmanagement um eingegangene Pachtverhältnisse nach dem Zivilrecht oder um eine Zuteilung mit öffentlich-rechtlichem Charakter handelt.

Dazu ist zunächst die Rechtsnatur der Korporationen und der verwandten Einrichtungen zu klären (3.). Diese Klärung erfolgt aufgrund der einschlägigen Rechtsgrundlagen von Bund (3.1.) und Kanton (3.2.) sowie Rechtsprechung und Literatur.

Luzern, 31. März 2015

Insbesondere wird dabei auf die Träger dezentraler Verwaltung (3.3.1.), den Staatsaufbau (3.3.2.) und die Gesetzgebungskompetenz (3.3.3.) einzugehen sein.

In einem zweiten Schritt werden dann zur Bestimmung der rechtlichen Qualifikation der Nutzungsrechteverwaltung (4.) die Einordnung des Korporationsgutes (4.1.) sowie das Verhältnis zum LPG untersucht (4.2.). Daraus ergibt sich für die Fragebeantwortung (5.) als Ergebnis die Anwendbarkeit oder Nicht-Anwendbarkeit des LPG auf die in Frage stehenden Sachverhalte (5.1.). In der Folge können die einzelnen Punkte des Fragenkatalogs auftragsgemäss beantwortet werden (5.2.), bevor eine Zusammenfassung (6.) das Gutachten abschliesst.

Folgende Rechtserlasse der hier untersuchten Korporationen standen für die Gutachtensstellung zur Verfügung:

Kerns

- Grundgesetz der Korporation Kerns (Einung) i.d.F. des 1. Nachtrags vom 8. Mai 2012
- Verordnung über die Verwaltung und Nutzung des Allmendlandes und der Liegenschaften der Teilsame Siebeneich in der Gemeinde Kerns vom 22. Februar 2014

Giswil

- Einung der Korporation Giswil vom 15. Dezember 2011
- Verordnung über die Abgabe, Bewirtschaftung und Verwaltung des landwirtschaftlich nutzbaren Kulturlandes der Korporation Giswil (Kulturlandverordnung) vom 29. Mai 2013
- Einung der Teilsame Kleinteil ab April 2014
- Verordnung der Teilsame Kleinteil

Sachsels

- Einung der Korporation Sachsels vom 28. November 2007
- Verordnung über die Nutzung, Bewirtschaftung und Verwaltung der Allmend der Korporation Sachsels (Allmendverordnung) vom 16. Mai 2013
- Verordnung über die Nutzung, Bewirtschaftung und Verwaltung der Grundstücke der Korporation Sachsels (Grundstückverordnung) vom 16. Mai 2013

Schwendi

- Einung der Korporation Schwendi vom 27. Juni 2008
- Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi vom 29. Februar 2008

Luzern, 31. März 2015

Alpnach

- Statut der Korporation Alpnach vom 18. April 1999 mit Änderungen vom 27. November 2007 i.d.F. des Nachtrags vom 4. Dezember 2013
- Verordnung über die Nutzung, Bewirtschaftung und Verwaltung des landwirtschaftlich nutzbaren Kulturlandes der Korporation Alpnach (Kulturlandverordnung) vom 18. April 1999 und mit Änderungen vom 29. November 2005

3. Korporationsrecht

Zur Klärung der Rechtsnatur der Nutzungsrechte wird zuerst die Zuordnung der fraglichen Korporationen zum privaten oder öffentlichen Recht untersucht.

Die rechtliche Auseinandersetzung mit der Unterscheidung in privat- und öffentlich-rechtliche Körperschaften dürfte im Wesentlichen auf die Einführung der ersten kantonalen Zivilgesetzbücher und Vorläufer des heutigen Grundbuchs Anfang des 19. Jahrhunderts und dann auf den Erlass des ersten eidgenössischen Zivilgesetzbuchs mit der Pflicht zur Führung eines den Bundesvorgaben entsprechenden Grundbuchs im Jahr 1907 zurückzuführen sein.¹ Auf dem Gebiet des Zivilrechts hatte der Bund fortan grundsätzlich alleinige Gesetzgebungskompetenz, während dem die Kantone auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts — zwar mit Ausnahme der laufend zunehmenden Bundeskompetenzen — autonom blieben. In seiner Zivilgesetzgebung definierte und beschränkte der Bund die nach seinem Recht möglichen Formen von Gesellschaften und von gemeinschaftlichem Privateigentum. Obschon die Kantone mit Art. 59 ZGB bezüglich ihrer althergebrachten Institutionen immer noch grosse Freiheiten besaßen, wurde zunehmend versucht, diese Institutionen bzw. die daraus fließenden Rechtsverhältnisse in Anlehnung an die bundesrechtlich vorgegebenen Formen zu interpretieren. Dabei lassen sich grundsätzlich Unterschiede ausmachen, je nachdem ob der Belegenheitskanton eher unter französischem oder unter deutschrechtlichem Einfluss stand. Von einiger Bedeutung ist sodann, wie die Institutionen historisch gewachsen sind.²

¹ SCHNYDER BERNHARD, Zivilgesetzbuch, in: Historisches Lexikon der Schweiz, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D30734.php> (5. März 2015) und DUPRAZ HUBERT, Vermessung [Kataster], in: Historisches Lexikon der Schweiz, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D7845.php> (5. März 2015).

² STADLER HANS, Korporationen, in: Historisches Lexikon der Schweiz, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D10262.php?topdf=1> (5. März 2015) und DUBLER ANNE-MARIE, Alprechte, in: Historisches Lexikon der Schweiz, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D45275.php> (5. März 2015).

Luzern, 31. März 2015

Generell gelten die heutzutage noch zahlreich existierenden, nicht an ein Gemeindegebiet gebundenen Korporationen in den meisten Kantonen als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Eigentumsgarantie und weitgehender Autonomie.³ Daneben bestehen aber — insbesondere im Bereich der Alpgenossenschaften — auch privatrechtliche Körperschaften, deren Mitglieder entweder direkt als Mit- oder Gesamteigentümer oder indirekt als Genossenschafter am Gemeinschaftsvermögen berechtigt sind.⁴ Für den Kanton OW bestanden z.B. in der Gemeinde Kerns seit je sowohl Genossenschaften mit öffentlich-rechtlichem als auch privatrechtlichem Charakter.⁵

3.1. Bund

3.1.1. Rechtsgrundlagen im öffentlichen Recht

Für Korporationen einschlägige Bundesrechtsgrundlagen bestehen nicht. Für die Frage der Einordnung der Rechtsnatur von Korporationen bietet jedoch die allgemeine Verwaltungsrechtslehre zunächst die Figur der öffentlich-rechtlichen Körperschaften an.

Dabei wird zwischen Gebietskörperschaften, Personalkörperschaften und Realkörperschaften unterschieden. Für letztere werden als Beispiele zumeist neben öffentlich-rechtlichen Bodenverbesserungs- und Landumlegungsgenossenschaften, Schwellen- und Dammkorporationen auch die Alpgenossenschaften angeführt.⁶

³ STADLER, (zit. Fn. 2).

⁴ So schon BLUMER JOHANN JAKOB, Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell, 2. Teil 1. Band, St. Gallen 1858, S. 369: „... muss zwischen jenen Instituten, welche zugleich und vor allem aus dem Staatsorganismus angehörten, und diesen rein privatrechtlichen Korporationen scharf unterschieden werden.“; GÖSCHKE RICHARD, Die Alpweide, in: ZBJV 81 (1945), S. 1 ff.

⁵ So bestanden in der Gemeinde Kerns drei öffentlich-rechtliche und vier privatrechtliche Alpgenossenschaften; ETTLIN JOSEF, Die Entstehung der Alpgenossenschaften von Kerns, in: FS Robert Durrer 1928, S. 1; ETTLIN JOSEF, Die Besitzesverhältnisse an den Alpen in der Gemeinde Kerns, in: Obwaldner Geschichtsblätter, Bd. 6, 1956, S. 2; HEUSLER ANDREAS, Die Rechtsverhältnisse am Gemeinland in Unterwalden, Separat-Abdruck aus der Zeitschrift für schweizerisches Recht ZSR, Bd. X, 1862, S. 99 ff. („Capitalistenalpgenossenschaften“ in Privateigentum). Für den gesamten Kanton OW siehe Amt für Landwirtschaft und Umwelt, Empfehlungen zur Vergabe von land- und alpwirtschaftlichen Flächen und Alpen durch öffentlich- und privatrechtliche Körperschaften im Kanton Obwalden, April 2005, S. 6.

⁶ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1300; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 8 Rz. 9; DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Basel 2014, Rz. 82 ff. und 94 ff.; MOOR PIERRE, Droit administratif, Bd. III, Bern 1992, S. 84 f.; TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011, N 141 ff.

Luzern, 31. März 2015

Deren Kriterium ist jedoch das Eigentum des Mitglieds an einer Sache: die Mitgliedschaft folgt dabei dem Eigentum und die Mitgliedschaft ist übertragbar.⁷ Dies trifft auf die hier zu untersuchenden Korporationen aber gerade nicht zu. Die Allmend bzw. das landwirtschaftlich nutzbare Kulturland ist Eigentum der Korporation⁸, den einzelnen Mitgliedern kommen lediglich Nutzungsrechte zu. Näher scheinen die Korporationen an den Gebietskörperschaften zu sein, wo das Kriterium der Wohnsitz des Mitglieds innerhalb eines bestimmten Territoriums ist. Die Korporationsmitgliedschaft leitet sich tatsächlich – als ein Kriterium unter anderen – auch vom ständigen Wohnsitz im Korporationsgebiet ab.⁹ Da die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Körperschaften nicht absolut gilt und es auch Mischformen gibt¹⁰, kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Korporationen ähnlich den Bürger- und Kirchgemeinden neben dem territorialen auch ein personales Element aufweisen. Für die weitere Prüfung ist diese Einordnung jedoch ohne grosse Bedeutung.

3.1.2. Rechtsgrundlagen im Zivilrecht

Nach Bundeszivilrecht gelten die Korporationen als juristische Personen. Art. 59 ZGB statuiert den Vorbehalt des öffentlichen Gesellschafts- und Genossenschaftsrechts und bestimmt, dass für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten bleibt (Art. 59 Abs. 1 ZGB). Ausdrücklich Erwähnung finden „Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften“, die unter den Bestimmungen des kantonalen Rechts verbleiben (Art. 59 Abs. 3 ZGB). Diese letztere Bestimmung bezieht sich auf Korporationen, die mit der land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung von Grund und Boden zusammenhängen; darunter fallen insbesondere Alpgenossenschaften.¹¹

⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 1299; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, (zit. Fn. 6), § 8 Rz. 9.

⁸ So ausdrücklich Art. 11 Abs. 1 Einung der Korporation Sachseln; Art. 3 Abs. 1 Allmendverordnung und Art. 3 Abs. 1 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln; Art. 1 Kulturlandverordnung Korporation Alpnach.

⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 1 Verordnung der Teilsame Siebeneich; Art. 3 Abs. 1 Verordnung der Teilsame Kleinteil; Art. 4 Abs. 1 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil; Art. 4 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln.

¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 1301.

¹¹ TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, S. 132 f.; RIEMER HANS MICHAEL, in: Berner Kommentar, Systematischer Teil zu Art. 52-59 ZGB, Bern 1993, N. 72; HUGUENIN CLAIRE, in: Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2014, N. 21 zu Art. 59 ZGB; PIOTET DENIS, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. I/2 [Ergänzendes kantonales Recht], Basel 2001, N. 274 ff., 278; MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 21 N. 2, 11.

Luzern, 31. März 2015

Gemäss BGE 132 I 270 S. 27 f. können im Anwendungsbereich von Art. 59 Abs. 3 ZGB die Kantone regeln, ob sie derartige Körperschaften dem privaten oder dem öffentlichen Recht unterstellen.¹²

Die Abgrenzung sei also in erster Linie anhand des gesetzten kantonalen Rechts vorzunehmen, ergänzend aufgrund des kantonalen Gewohnheitsrechts.¹³ Hilfsweise könne schliesslich auf die allgemeinen Grundsätze zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht zurückgegriffen werden, insoweit das Bundesgericht in jedem Einzelfall prüfe, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird.

3.2. Kanton OW

3.2.1. Rechtsgrundlagen im öffentlichen Recht

In der Kantonsverfassung ist der 6. Abschnitt den „Korporationen oder Teilsamen und Alpgenossenschaften“ gewidmet. Zunächst werden die – historisch vorgefundenen – bestehenden Korporationen, Teilsamen¹⁴ und Alpgenossenschaften ausdrücklich als „alt-hergebrachte Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ zur Verwaltung von Bürgergut anerkannt (Art. 107 Abs. 1 KV).¹⁵ Insbesondere wird ihnen die Verwaltung ihres Vermögens gewährleistet (Art. 107 Abs. 2 KV). Die Errichtung neuer oder der Zusammenschluss bestehender Einrichtungen bedarf der Zustimmung des Kantonsrates (Art. 107 Abs. 4 KV). Die Organisation wird durch Statut geregelt (Art. 108 KV). Da die Bestimmungen betreffend die regierungsrätliche Aufsicht über die Gemeinden (Art. 89 KV) sinngemäss für anwendbar erklärt werden (Art. 109 KV), übt der Regierungsrat auch die Aufsicht über die Korporationen, Teilsamen und Alpgenossenschaften aus. Primäres Aufsichtsinstrument ist die – mit konstitutiver Wirkung ausgestattete – Genehmigung der Rechtserlasse dieser Körperschaften (Art. 89 Abs. 3 KV). Die Erlasse werden auf die Einhaltung mit dem übergeordneten kantonalen Recht und Bundesrecht geprüft (Art. 89 Abs. 1 KV). Dies wird u.a. durch das Amt für Justiz in Zusammenarbeit mit dem Amt für Landwirtschaft und Umwelt wahrgenommen.

¹² Unter Hinweis auf BK-RIEMER, (zit. Fn. 11), N. 78; BSK-HUGUENIN, (zit. Fn. 11), N. 23 f. zu Art. 59 ZGB; PIOTET, (zit. Fn. 11), N. 287 ff.

¹³ BGE 132 I 270 S. 273 unter Hinweis auf PIOTET, (zit. Fn. 11), N. 287; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, (zit. Fn. 11), § 21 N. 16.

¹⁴ Der Begriff Teilsame wird im Kanton OW uneinheitlich verwendet. So bezeichnet er mitunter Korporationen (Sarnen, Lungern), mitunter nur Alpgenossenschaften (Lungern, Giswil) oder auch Alp- und Allmendgenossenschaften (Kerns, Alpnach); GAROVI ANGELO, Teilsamen, in: Historisches Lexikon der Schweiz, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D49955.php?topdf=1> (5. März 2015).

¹⁵ Danach fallen die privatrechtlichen Genossenschaften nicht unter diesen Verfassungsschnitt; VVG 1985 und 1986 Nr. 43, Erw. 2.

Luzern, 31. März 2015

3.2.2. *Rechtsgrundlagen im Zivilrecht*

Nach der kantonalen Gesetzgebung in OW kommt Korporationen und Teilsamen als Körperschaften juristische Persönlichkeit zu, soweit sie ein Statutarrecht besitzen (Art. 25 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. April 1911 [EG ZGB; GDB 210.1]).

3.2.3. *Rechtsgrundlagen im Gewohnheitsrecht*

Die Korporationen können selber wählen, ob sie öffentlich oder zivilrechtlich organisiert sein wollen.¹⁶ Klar scheint einzig, dass das Vermögen den Körperschaften und nicht den Mitgliedern gehört.¹⁷ Diesen steht am Genossenschaftsgut lediglich ein umschriebenes Nutzungsrecht zu.¹⁸ Soweit die Umschreibung des Nutzungsrechts bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften generell-abstrakt und allgemeinverbindlich erfolgt, so dass damit Rechte und Pflichten der Mitglieder statuiert werden, handelt es sich um gesetzliche Bestimmungen.¹⁹

3.3. **Rechtsnatur**

Nach Analyse der einschlägigen Rechtsgrundlagen des kantonalen Rechts ergibt sich für den Kanton OW folgendes Bild: Bei den Korporationen, Teilsamen und Alpgenossenschaften handelt es sich um historisch gewachsene Einrichtungen, die bei Konstituierung des Staates²⁰ in das damals neue juristische System eingegliedert werden mussten.

Für das *öffentliche Recht* geschah dies mit ihrer Anerkennung als Einrichtungen des öffentlichen Rechts durch die KV. Für das *Zivilrecht* geschah dies mit ihrer ausdrücklichen Einordnung als juristische Personen gemäss Art. 59 ZGB.

¹⁶ Protokoll des Verfassungsrates des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 28.6.1967 bis 16.3.1968 (im Folgenden Verfassungsprotokoll), S. 438.

¹⁷ BGE 21 I 379 ff. E. 6.

¹⁸ VVGE 1985 und 1986 Nr. 43, Erw. 5a.

¹⁹ VVGE 1971 bis 1975 Nr. 36.

²⁰ S. Art. 10 KV von 1867, Art. 7, 53-60 KV von 1902. Diese Rechtsverhältnisse bildeten sich aus, unberührt von juristischen Begriffen und erreichten nach HEUSLER zwar einen wunderbar anziehenden Grad von praktischer Lebensfülle, entzogen sich daneben aber einer juristischen Fassung; alle Zitate nach Der Geschichtsfreund. Mitteilungen des historischen Vereins der fünf Orte Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden und Zug, LXVIII. Band, Stans 1913, S. 52 und 65 ff.

Luzern, 31. März 2015

3.3.1. nach Struktur

Hier wird in der Regel eine Körperschaft des öffentlichen Rechts vorliegen. Dies entspricht teilweise auch der Selbstbezeichnung in den korporationseigenen Regelwerken²¹ sowie den Aussagen in der Literatur²². Merkmale derselben sind üblicherweise Errichtung durch eine Rechtsgrundlage im öffentlichen Recht, rechtliche Verselbständigung, mitgliedschaftliche Verfassung, Autonomie sowie Bestimmung zur selbständigen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben. Überprüft man diese Begriffselemente für die hier zu untersuchenden Korporationen und verwandten Einrichtungen wird diese Einschätzung bestätigt.

- Die Korporationen wurden zwar nicht durch Verfassung oder Gesetz begründet, da sie historisch älter sind, aber durch die Art. 107 ff. KV anerkannt und damit für das öffentliche Recht legitimiert. Es reicht bereits eine staatliche Schöpfung in formaler Hinsicht, der staatliche Gründungsakt kann sich letztlich auf eine förmliche Beförderung vorhandener Zusammenschlüsse zur Körperschaft des öffentlichen Rechts reduzieren.²³ Die verwaltungsrechtliche Dogmatik fordert weiter, dass der Errichtungsakt die Grundzüge der Körperschaft umschreiben müsse, namentlich Zweck und Aufgaben, Mitgliederkreis sowie die wichtigsten Organe und deren Zuständigkeiten.²⁴ Das wird hier zumindest für den ersten Punkt durch die KV erfüllt sein. Im Gegensatz zur zivilrechtlichen Körperschaft ist ein Selbstzusammenschluss von Privaten zu einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft unzulässig.²⁵ Das kommt hier durch Art. 107 Abs. 4 KV zum Ausdruck, wonach neue und der Zusammenschluss bestehender Korporationen der Zustimmung des Kantonsrates bedürfen.
- Dadurch dass die öffentlich-rechtliche Körperschaft stets gemäss Art. 52 Abs. 2 ZGB juristische Person ist, ist sie Trägerin eigener Rechte und Pflichten.²⁶
- Die Korporation ist mitgliedschaftlich verfasst, und die Mitglieder üben die Selbstverwaltung aus.

²¹ So z.B. Art. 2 Grundgesetz der Korporation Kerns (Einung); Art. 3 Abs. 2 Verordnung der Teilsame Siebeneich; Art. 1 Einung der Korporation Giswil; Art. 1 Einung der Korporation Sachseln; Art. 1 Abs. 1 Einung der Korporation Schwendi; Art. 1 Statut der Korporation Alpnach. Siehe VVGE 1985 und 1986 Nr. 43, Erw. 4 b.

²² Für die Sarner Allmend-Korporationen in Der Geschichtsfreund, (zit. Fn. 20), S. 56 und 65 ff.

²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 1300; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, (zit. Fn. 6), § 8 Rz. 11.

²⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 1300; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, (zit. Fn. 6), § 8 Rz. 12.

²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 1300; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, (zit. Fn. 6), § 8 Rz. 10.

²⁶ Z.B. normiert Art. 1 Abs. 2 Einung der Korporation Schwendi ausdrücklich die Selbständigkeit innert der Schranken der Kantonsverfassung. Im Detail zum körperschaftlichen (korporativen) Charakter und dem Auftritt als juristische Personen in historischer Perspektive siehe Der Geschichtsfreund, (zit. Fn. 20), S. 59 ff.

Luzern, 31. März 2015

- Die Korporation ist auch mit Autonomie versehen. Die Entscheidungsfreiheit betrifft u.a. die Verwaltung ihres Vermögens und die Verfügung über dessen Ertrag (Art. 107 Abs. 2 KV).
- Die Verfassung weist den Korporationen die selbständige Erfüllung der Vermögensverwaltung zu, wobei die wirtschaftliche Entwicklung und Stärkung des Gemeinwesens anzustreben ist (Art. 107 Abs. 2 und 3 KV). Der eigentliche öffentliche Zweck kann in der Offenhaltung der Korporationsgrundstücke für diejenigen Personen liegen, die gemäss althergebrachter Übung und nach den späteren Statuten zur Nutzung berechtigt sind. Im Vergleich dazu erweise sich der private Nutzen, den die jeweiligen Mitglieder aus der Korporation ziehen können, lediglich als Folge dieses öffentlichen Zwecks.²⁷ Die Nutzungsvorschriften reichen zugunsten der Teilsame und früher sogar des ganzen Landes deutlich weiter als die Nutzungsrechte der Einzelnen erfordern würden.²⁸ Damit werden sie als im öffentlichen Interesse liegend betrachtet.

Diese Einschätzung wird auch durch die staatliche Aufsicht (Art. 109 KV) gestützt. Eine Pflicht, die Statuten vom Kanton genehmigen zu lassen, ist mit einer privatrechtlichen Struktur unvereinbar.²⁹ Weitere Dokumentationen des Einflusses des öffentlichen Interesses sind insbesondere die Nutzungsvorschriften sowie (historisch) das Besteuerungsrecht und die Strafgerichtsbarkeit.³⁰ Die Korporationen üb(t)en infolgedessen gesetzgebende, verwaltende, richterliche und polizeiliche Befugnisse aus.³¹

Letztlich jedoch wird die Frage, ob eine bestimmte Einrichtung als dem öffentlichen oder privaten Recht zugehörig zu betrachten ist, für jede im Einzelfall aufgrund ihrer Statuten, der darin zum Ausdruck kommenden Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse und ihrer Organisation zu entscheiden sein.³²

3.3.2. nach Staatsaufbau

Aus der Verfassungssystematik der Kantonsverfassung OW, die unter dem Titel „5.3. Kommunale Gewalten“ Einwohner- und Bezirksgemeinden, Bürgergemeinden sowie Kirchgemeinden abhandelt, für Korporationen aber einen eigenständigen Titel 6. vorsieht, könnte folgen, dass es sich um öffentlich-rechtliche Körperschaften handelt, die nicht zu

²⁷ BGE 132 I 270 S. 277, zu einer Alpgenossenschaft.

²⁸ Der Geschichtsfreund, (zit. Fn. 20), S. 57 f. Insofern werden die Nutzungsrechte als bedeutendes Beispiel für den Einfluss des öffentlichen Interesses bei den Korporationen verstanden. Zum öffentlichen Interesse, das die Korporationen zu erfüllen haben, siehe auch Verfassungsprotokoll, (zit. Fn. 16), S. 438 (Votum Ettlin).

²⁹ BGE 132 I 270 S. 277.

³⁰ Der Geschichtsfreund, (zit. Fn. 20), S. 56 f., wonach die Allmendgenossenschaften polizeiliche Anordnungen treffen. Zum Verhältnis der Interessen und Rechte der einzelnen Genossen zur juristischen Person der Gesamtheit siehe Der Geschichtsfreund, (zit. Fn. 20), S. 58 f.

³¹ Der Geschichtsfreund, (zit. Fn. 20), S. 71.

³² VVGE 1985 und 1986 Nr. 43, Erw. 3.

Luzern, 31. März 2015

den kommunalen Gewalten zu zählen sind und deshalb möglicherweise ausserhalb des dreistufigen Staatsaufbaus Bund-Kanton-Gemeinde eine Rechtsform sui generis bilden.³³

Wie die Äusserungen im Kreise des Verfassungsrates³⁴ scheint auch die Rechtsprechung in diesem Punkt auf den ersten Blick nicht stringent zu sein. So wurde die Korporation Kerns ohne weiteres als befugt erachtet, gestützt auf Art. 64 lit. b GOG in Gemeindeangelegenheiten Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Wahrung öffentlicher Interessen zu erheben, während dem in materieller Hinsicht festgestellt wurde, dass sie in Bürgerrechtssachen Bürger- (oder anderen) Gemeinden nicht gleichgestellt sei, da sie eine ausschliesslich wirtschaftliche Zielsetzung verfolge, welche sie nicht als vollwertige (Bürger-)Gemeinde erscheinen lasse.³⁵ Wäre die Zielsetzung aber tatsächlich rein finanzieller Natur, würde die Korporation Kerns nach der gängigen Definition keine öffentlichen Interessen verfolgen,³⁶ und man müsste sich fragen, woher sie die ihr offensichtlich zuerkannte Legitimation zu hoheitlichem Handeln nähme³⁷.

Der Widerspruch lässt sich lösen, wenn man berücksichtigt, wie das Verwaltungsgericht OW auf die rein wirtschaftliche Zielsetzung geschlossen hat. Und zwar geschah dies unter Verweis auf einen, die Korporation Zug betreffenden Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1991³⁸, welcher seinerseits auf einem ebenfalls die Korporation Zug betreffenden Urteil aus dem Jahr 1903³⁹ basiert. Ob der ältere dieser beiden Entscheide vor dem heutigen Rechtsverständnis standhält und ob der jüngere zumindest soweit Art. 8 SchlT ZGB betreffend im Ergebnis richtig ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da die Korporation Zug nach dem, der Rechtsprechung zugrunde liegenden Sachverhalt im Unterschied zur Korporation Kerns (und den übrigen vorliegend zu untersuchenden Korporationen des Kantons OW) ähnlich einer Kapitalgesellschaft des Privatrechts bloss einen monetären Bürgernutzen ausschüttet, während dem der eigentliche Zweck der Korporation Kerns zumindest soweit die landwirtschaftlich nutzbare Fläche betreffend darin besteht, diese für diejenigen ortsansässigen Selbstbewirtschafter offen zu halten, die die Bewirtschaftung

³³ Diese Fragestellung war bereits Gegenstand der Verhandlungen des Verfassungsrates 1967/68. Nachdem im vorangegangenen Juristenentwurf die Bürgergemeinden und Korporationen noch unter den Gemeindearten aufgezählt worden waren, wurde dann davon vornehmlich aus rechtstechnisch-pragmatischen Gründen Abstand genommen (so liessen sich gewisse Voraussetzungen, die bei den übrigen Gemeinden zuträfen, nicht gut auf Korporationen anwenden). Das wurde in den Diskussionen denn auch als „Degradierung“ der Korporationen, denen ja Gemeindecharakter zukomme, kritisiert (Votum *Dillier*). Auf der anderen Seite wurde für eine saubere Trennung zwischen Bürgergemeinde als Armengemeinde und Korporation als Verwalterin des Vermögens und Ertrages des Bürgergutes plädiert (Votum *Ettlin*). Die Gemeindeeigenschaft wurde aber auch in Frage gestellt (Votum *Diethelm*). Siehe Verfassungsprotokoll, (zit. Fn. 16), insbesondere S. 396 f., 435, 437 und 439.

³⁴ Verfassungsprotokoll, (zit. Fn. 16), S. 369 f. und 431 ff.

³⁵ VVGE 1993 und 1994 Nr. 31.

³⁶ Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 552.

³⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 535.

³⁸ BGE 117 Ia 107 ff.

³⁹ BGE 29 I 400 ff.

Luzern, 31. März 2015

gemäss althergebrachter Übung innehaben. Damit sind die Korporationen des Kantons OW eher mit Genossenschaften vergleichbar und stimmen insoweit in der Zielsetzung mit den bündnerischen Alphenossenschaften überein, welche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung primär einen öffentlichen (ideellen) Zweck verfolgen.⁴⁰

Mit Blick auf Erw.1 des Regierungsratsbeschlusses vom 3. März 1970⁴¹, wonach den in Art. 107 ff. KV geordneten öffentlich-rechtlichen Körperschaften sowohl bei der Ausgestaltung des Rechtswegs für ihre Beschlüsse als auch in verschiedenen anderen Punkten die volle Eigenrechtlichkeit zugestanden wird — und zwar in weitergehendem Umfang als etwa (herkömmlichen) Gemeinden — wird vorliegend darauf geschlossen, dass es sich bei den öffentlich-rechtlichen Körperschaften des 6. Titels um gemeinderechtliche Körperschaften handelt, welche der untersten Stufe des Staatsaufbaus zuzurechnen sind, und deren Ordnung einzig wegen der ihnen zuerkannten weitergehenden Autonomie in einem eigenen Verfassungstitel untergebracht wurde.

Zu demselben Ergebnis dürfte man auch kommen, wenn man die historische Entstehung der Korporationen betrachtet. Vielerorts sind sie nämlich das Ergebnis der Aufspaltung des Gemeinwesens im Ancien Régime bzw. in der Helvetik nach den verschiedenen Aufgabenbereichen mit Übertragung der einzelnen Aufgaben an eigenständige, sich selbst verwaltende Trägerschaften. Wurden die Aufgaben mit der Aufspaltung nicht auch privatisiert, sind deren Trägerschaften nämlich nach wie vor als dem Staatsaufbau zugehörig anzusehen.⁴²

Sollten die Korporationen, Teilsamen und Alphenossenschaften nicht Teil des bundesrechtlich anerkannten Staatsaufbaus von Bund, Kantonen und Gemeinden sein, hätte dies nach hier vertretener Meinung Auswirkungen auf die Möglichkeit der Korporationen, in bundesrechtlich den Kantonen vorbehaltenen Gebieten an deren statt zu legiferieren. Ausserdem könnte dann fraglich erscheinen, ob die für den klassischen dreiteiligen Staatsaufbau entwickelte Lehre über die öffentlichen Sachen auf das Korporationsvermögen anwendbar ist.

3.3.3. nach Gesetzgebungskompetenz

Nachdem Art. 107 Abs. 1 und 2 KV OW die Korporationen, Teilsamen und Alphenossenschaften als althergebrachte Einrichtungen des öffentlichen Rechts zur Verwaltung von Bürgergut anerkennt und ihnen die Verwaltung ihres Vermögens und die Verfügung über dessen Ertrag gewährleistet, fragt es sich inwieweit darin eine eigene Gesetzgebungskompetenz dieser Körperschaften enthalten ist.

⁴⁰ BGE 1P.349/2006, E. 5.4.

⁴¹ VVG 1969 und 1979 Nr. 6.

⁴² SEILER HANSJÖRG, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 31 N 6; STADLER, (zit. Fn. 2).

Luzern, 31. März 2015

Dass die Korporationen grundsätzlich zum Erlass von Rechtsätzen befugt sind, erschliesst sich aus Art. 109 und Art. 89 Abs. 3 KV.⁴³

Von hervorragender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die verfassungsmässig verankerte Autonomie aus der Anerkennung eines lokalen Selbstverwaltungsbedürfnisses heraus historisch gewachsen ist und in ihrer ursprünglichen Ausgestaltung der Verwirklichung der direkten Demokratie diene, indem ausschliesslich diejenigen die Regeln für die Nutzung des Gemeinschaftsgutes aufstellen sollten, die von deren Umsetzung als (potentielle) Nutzer wiederum direkt betroffen waren. Vor diesem Hintergrund sind die hier untersuchten Korporationen des Kantons OW denjenigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften zuzuordnen, welche aus historischer Tradition und weil sie Regelungen mit eindeutig lokalem Charakter treffen, auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Gemeindeautonomie ausgestattet sind.⁴⁴ Die Autonomie reicht nach Massgabe des kantonalen Rechts stets soweit, wie ein Sachbereich vom übergeordneten Recht nicht abschliessend geordnet ist, sondern ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlassen ist und ihr dabei einen relativ erheblichen Entscheidungsspielraum einräumt.⁴⁵

Die den Korporationen in Art. 107 KV aus historischen Gründen eingeräumte Autonomie in der Ordnung und Verwaltung ihres Vermögens wird weder in der Verfassung noch in anderen kantonalen Erlassen — wie z.B. einem Gemeindegesetz — eingeschränkt. Sie ist somit umfassend und erstreckt sich auf sämtliche Bereiche, welche mit der Vermögensverwaltung der Korporationen zusammenhängen und in welchen der Kanton seinerseits gegenüber dem Bund autonom ist. Entsprechend können die Korporationen für ihr, dem öffentlichen Recht unterstelltes Vermögen⁴⁶ eine öffentlich-rechtliche Verwaltungsordnung aufstellen, deren Schranke einzig das öffentliche Recht des Bundes ist und die wegen Art. 664 ZGB insbesondere auch dem Bundesprivatrecht vorgeht.

Mit Blick auf die Gutachtensfragestellung ist sodann klarzustellen, dass sich die Korporationsautonomie auch auf die in Art. 3 LPG zugunsten der Kantone eröffnete Gesetzgebungskompetenz erstreckt, womit die Korporationen befugt sind, auch für ihre dem Privatrecht zuzuordnenden Alpen und Weiden eine eigene Rechtsordnung aufzustellen.⁴⁷ Daran vermag die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. o EG LWG (GDB 921.1) nichts zu än-

⁴³ VVGE 1971 bis 1975 Nr. 36.

⁴⁴ SEILER, (zit. Fn. 42), § 31 Rz. 41; BGE 109 Ia 173 ff. E.3 S. 176; BGE 114 Ia 168 ff.

⁴⁵ SEILER, (zit. Fn. 42), § 31 Rz. 44.

⁴⁶ Es handelt sich dabei um das Verwaltungsvermögen und die öffentlichen Sachen im Gemeindegebrauch.

⁴⁷ Beim LPG handelt es sich nach einhelliger Ansicht um (soziales) Bundesprivatrecht (vgl. STUDER BENNO/HOFER EDUARD, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4.10.1985, 2. Aufl., Brugg 2014, N. 148 zu Art. 4 LPG), welches die Korporationen Kraft ihres Autonomiebereichs als öffentlich-rechtliche Körperschaften abändern können. Wenn der Bund nämlich von Kantonen spricht, sind von Bundesrechts wegen damit auch die öffentlich-rechtlichen Körperschaften des kantonalen Rechts gemeint, wozu die Korporationen zählen; SEILER, (zit. Fn. 42), § 31 Rz. 7 f.

Luzern, 31. März 2015

dern, welche die Kompetenz zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des LPG nach Art. 3 LPG an den Regierungsrat delegiert. Als lex inferior besitzt Art. 3 Abs. 1 lit. o EG LWG nicht die Kraft, den zugunsten der Korporationen in der Verfassung eröffneten Autonomiebereich wieder einzuengen.⁴⁸ Dies wäre im Übrigen auch nicht sinnvoll, sind doch die Gründe, welche zum Erlass von Art. 3 LPG geführt haben, dieselben, auf welchen die althergebrachte Korporationsautonomie im Kanton OW beruht.⁴⁹

Hinzuzufügen bleibt mit Blick auf die in Art. 89 Abs. 3 KV verankerte aufsichtsrechtliche Prüfung der Korporationsgesetzgebung noch, dass sich die umfassende Autonomie bezüglich der Rechtssetzungsbefugnisse nur rechtfertigen wird, wenn die Körperschaftsorganisation insgesamt so ausgestaltet ist, dass sie den Ursprüngen der Autonomie gerecht wird. Namentlich ist darauf zu achten, dass das direktdemokratische Element hochgehalten wird und dass sichergestellt ist, dass in sensiblen Bereichen wie der Pacht nur die potentiell nutzungsberechtigten Personen in einer Form der Selbstgesetzgebung über die anwendbaren Regeln entscheiden. Denn nur in diesem Fall wird die absolute Organisationsautonomie ihrem Sinn und Zweck gerecht und bietet bestes Gewähr dafür, dass die Nutzungsordnung dem lokalen Gerechtigkeitsverständnis aber auch den konkreten örtlichen Bedürfnissen in möglichst hohem Masse entspricht, indem eine von den Direktbetroffenen überwiegend als unbefriedigend empfundene Regelung von den Stimmberechtigten auch wieder abgeändert werden könnte. Ist dies nicht ohne weiteres der Fall, sind geeignete organisatorische Massnahmen zu fordern, wie z.B. die Beschränkung des Stimmrechts in gewissen Fragen auf die Nutzungsberechtigten.

3.3.4. Ergebnis

Die hier zu untersuchenden Korporationen im Kanton OW sind nach ihrer Rechtsnatur als Körperschaften des öffentlichen Rechts einzuordnen. Sie werden als dem dreiteiligen Staatsaufbau zugehörig betrachtet und sind mit entsprechender Gesetzgebungskompetenz ausgestattet.

Mit dieser Einteilung ist jedoch noch nicht gesagt, ob die Korporationen bei der Ausübung ihrer Aufgaben im Einzelfall öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich handeln. Im nachfolgenden ist deshalb auf die Rechtsnatur des Korporationsgutes einzugehen und daraus eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis zum LPG zu entwickeln.

⁴⁸ Ohne Verfassungsänderung beschränkt sich die Kompetenz des Regierungsrates zur Definition des Anwendungsbereichs des LPG deshalb auf Alpen und Weiden im Eigentum von Privatrechtssubjekten.

⁴⁹ Ausschlaggebend für den Erlass von Art. 3 LPG war die Erkenntnis, dass für die Nutzung von Alpen und Weiden bzw. Nutzungs- und Anteilsrechten daran oft von Tal zu Tal verschiedene Gebräuche bestehen, die sich zu einem eigentlichen Gewohnheitsrecht verdichtet haben. Da die Vielgestalt dieser Rechte durch die Einführung des LPG nicht zunichte gemacht werden sollte, wurde eine Möglichkeit geschaffen, wie sie zumindest betreffend Alpen und Weiden aufrechterhalten werden können (BBJ 1982 I 270 f.).

Luzern, 31. März 2015

4. Nutzungsrechteverwaltung

Der Kanton OW hat – wie gezeigt – den Korporationen innerhalb der Schranken der eidgenössischen und kantonalen Gesetzesbestimmungen die Autonomie überlassen, ihr Vermögen nach Belieben zu verwalten und die dazugehörigen Normen in Selbstgesetzgebung zu erlassen. Die Teilsame haben daher in weitgehender Weise ihr althergebrachtes Recht angewendet.⁵⁰ Einen besonderen Komplex von Vorschriften bilden, analog dem Verwaltungsrecht des Staates, die Verordnungen, die sich mit der Verwaltung des Korporationsgutes und damit auch der Verwaltung der Nutzungsrechte befassen. Der Kanton überprüft gestützt auf Art. 109 KV, ob die Normen im Einklang mit der übergeordneten (Bundes-)Gesetzgebung stehen.

4.1. Korporationsgut

Um die Frage beantworten zu können, ob Zuteilung, Ausübung und Wegfall der Nutzungsrechte auf einer privatrechtlichen oder einer öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlage beruhen, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, wie das Korporationsgut zu qualifizieren ist.

Nachdem nun davon auszugehen ist, dass es sich bei den in Frage stehenden Korporationen im Kanton OW um Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt, welche der untersten Stufe des Staatsaufbaus zuzurechnen sind, steht fest, dass es sich bei ihrem Vermögen um öffentliche Sachen im weiteren Sinne handelt. Innerhalb derselben unterscheidet die Rechtswissenschaft zwischen Finanzvermögen und öffentlichen Sachen im engeren Sinne, wobei letztere wiederum in Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch eingeteilt werden.⁵¹ Während dem das Finanzvermögen nach einheitlicher Ansicht dem Privatrecht untersteht, ergeben sich die auf öffentliche Sachen im engeren Sinn anwendbaren Normen aufgrund der bundesstaatlichen Struktur der Schweiz aus dem kantonalen Recht.⁵² Für die öffentlichen Sachen im engeren Sinne obliegt es somit den Kantonen, den Erwerb und die Nutzung der Sache zu regeln, und zwar sind diese

⁵⁰ Der Geschichtsfreund, (zit. Fn. 20), S. 72 f.

⁵¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 2328. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, (zit. Fn. 6), § 48 Rz. 11, unterscheiden auch noch Regalsachen als dritte Kategorie öffentlicher Sachen im engeren Sinne. Für andere Kategorisierungen siehe die Hinweise bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 2329.

⁵² Art. 664 ZGB; HEBERLEIN ADRIAN/BREITSCHMID PETER/BELSER EVA MARIA/RIEDER CYRILL, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht [CHK] - Sachenrecht, N. 8 zu Art. 664 ZGB und MEIER-HAYOZ ARTHUR, in: Berner Kommentar, Das Grundeigentum I, Bern 1974, N. 8 zu Art. 664 ZGB. Siehe auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, (zit. Fn. 6), § 49 Rz. 9, wonach Rechtsgeschäfte über die Nutzung des Finanzvermögens und die Verfügung über Gegenstände des Finanzvermögens in der Regel dem Zivilrecht unterstehen.

Luzern, 31. März 2015

Vorschriften dann dem kantonalen öffentlichen Recht zuzuordnen.⁵³ (Bundes-)Privatrecht kommt nur soweit zur Anwendung, als es an einer gesetzten, gewohnheits- oder richterrechtlichen kantonalen Regelung fehlt.⁵⁴ Die ihnen auf diesem Gebiet zustehende Hoheit können die Kantone nach den allgemeinen Regeln durch die Eröffnung eines Autonomiebereiches an die von ihnen anerkannten selbständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts delegieren.⁵⁵ Der Kanton OW hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, indem er den Korporationen, Teilsamen und Alpenossenschaften als althergebrachte Einrichtungen zur Verwaltung von Bürgergut bezüglich ihres Vermögens möglichst grosse Selbständigkeit garantiert.⁵⁶ Die Korporationen bestimmen damit durch die Umschreibung des Korporationsgutes bzw. dessen Zweckbestimmung selbst über die Zuordnung der einzelnen Vermögensgegenstände zum Finanz- oder Verwaltungsvermögen bzw. zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch.

4.1.1. Bestimmungen

In Ausübung ihrer Selbstgesetzgebungskompetenz haben die vorliegend zu untersuchenden Korporationen folgende, für die Qualifikation des Korporationsgutes einschlägigen Bestimmungen aufgestellt:

Giswil: Das Korporationsgut umfasst gemäss Art. 19 der Einung sämtliche Aktiven und Passiven, welche der Korporation Giswil gehören. Dazu gehören auch das im vorliegenden Zusammenhang interessierende Kulturland (Art. 22) und die Alpen (Art. 23). Es ist Aufgabe der Korporation, dieses Korporationsgut zu erhalten, zu verwalten und zu mehrern (Art. 3), wobei die Nutzung, Bewirtschaftung und Verwaltung des landwirtschaftlich nutzbaren Kulturlandes der Korporation der Kulturlandkommission obliegt (Art. 36).

Diese gibt das Kulturland nach öffentlicher Ausschreibung im Sinne eines Bürgernutzens primär an ortsansässige, selbstbewirtschaftende Korporationsbürger zur Pacht weiter (Art. 12 und 22 Einung sowie Art. 3 Kulturlandverordnung). Nichtkorporationsbürgern ist das Land nur zu überlassen, wenn keine Interessenten unter den Korporationsbürgern vorhanden sind (Art. 17 Einung und Art. 16 Kulturlandverordnung).

Kerns: Gemäss Aufzählung in Art. 26 lit. a bis h des Grundgesetzes (Einung) besteht das Korporationsgut der Korporation Kerns aus dem Korporationsland der äusseren Allmend, dem Korporationsland der eingeschlagenen Allmenden (Teilsamen), den Wäldern, weiterem weder land- noch forstwirtschaftlich nutzbarem (Grund-)Eigentum sowie dem Finanzvermögen. Unter dem Titel „Verwaltung des Korporationslandes und der Liegenschaften der eingeschlagenen Allmenden“ bestimmt das Grundgesetz in Art. 40 Abs. 2, dass das Kulturland nachhaltig landwirtschaftlich zu nutzen und sachgemäss zu verwalten ist, wo-

⁵³ CHK-HEBERLEIN/BREITSCHMID/BELSER/RIEDER, (zit. Fn. 52), N. 3 zu Art. 664 ZGB.

⁵⁴ CHK-HEBERLEIN/BREITSCHMID/BELSER/RIEDER, (zit. Fn. 52), N. 4 zu Art. 664 ZGB.

⁵⁵ SEILER, (zit. Fn. 42), § 31 Rz. 8 und 44.

⁵⁶ Verfassungsprotokoll, (zit. Fn. 16), S. 445.

Luzern, 31. März 2015

bei der Verwaltung, Bewirtschaftung und Nutzung den Teilsamen überlassen wird (Art. 40 Abs. 1). Die Kulturlandvergabe soll im Sinne einer langfristigen Betriebsplanung und zur Förderung von effizienten Betriebsstrukturen der Landwirtschaftsbetriebe von Mitgliedern der Korporation Kerns beitragen. Die Liegenschaften sind sachgemäss und gewinnorientiert zu nutzen und zu verwalten, wobei das landwirtschaftlich nutzbare Korporationsland primär ortsansässigen, selbstbewirtschaftenden Korporationsbürgern zur Nutzung zu überlassen ist (Art. 33 Grundgesetz und Art. 10 Verordnung der Teilsame Siebeneich).

Schwendi: Die Korporation Schwendi verfügt über Alpen, Allmenden, Wälder und weiteres Korporationsgut, das sie im Interesse der Korporation und zum Wohle der Allgemeinheit verwaltet (Art. 1 Abs. 3 Einung).

Bezüglich der Wiesen der Unterallmend, die für die landwirtschaftliche Nutzung bestimmt sind, wird ausgeführt, dass sie dazu beitragen sollen, die Erträge der bäuerlichen Betriebe zu verbessern (Art. 1 Abs. 1 Unterallmend-Verordnung). Die Verlosung der Unterallmendteile erfolgt im Turnus der Alpenverlosung nach öffentlicher Ausschreibung für die Dauer einer Alpperiode (Art. 4 Abs. 1 und 5 Unterallmend-Verordnung). Anspruch auf Losung von Allmendland haben nur direktzahlungsberechtigte Landwirte, welche nutzungsberechtigte Teiler, d.h. Korporationsmitglieder (Art. 3 Einung), sind (Art. 5 Abs. 1 Unterallmend-Verordnung). Nichtkorporationsmitglieder kommen höchstens zum Zug, wenn sich kein an der Nutzung interessiertes Korporationsmitglied findet (Art. 6 Abs. 2 Unterallmend-Verordnung).

Sachslen: Gemäss Art. 10 Abs. 1 der Einung besteht das Korporationsgut der Korporation Sachslen aus der Allmend, den Grundstücken, den Waldungen und den Alpen mit Einschluss der dazu gehörigen Strassen, Gewässer, Gebäulichkeiten und der der Bewirtschaftung dienenden Einrichtungen der Anlagen.

Das Korporationsgut ist den Korporationsbürgerinnen und -bürgern gegen Entgelt zur Nutzung zu überlassen (Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 Einung). Bei der Verwaltung des Korporationsgutes ist die wirtschaftliche Entwicklung und Stärkung der Korporation anzustreben (Art. 10 Abs. 2 Einung).

Alpnach: Das Korporationsgut umfasst gemäss Art. 16 des Statuts der Korporation Alpnach alle Güter, welche gemäss Eintrag im Grundbuch im Eigentum der Korporation stehen, sowie die der Korporation gehörenden Strassen, Gewässer und Gebäulichkeiten inklusive deren Erträge sowie die Mittel im Finanz- und Verwaltungsvermögen wie auch alle übrigen der Korporation gehörenden Aktiven.

Das Korporationsgut ist grundsätzlich nach betriebswirtschaftlichen Kriterien zu verwalten und in seiner Substanz nicht zu vermindern, wobei gleichzeitig eine langfristig sichere und sozialverträgliche Entwicklung der Korporation anzustreben ist (Art. 17 Ziff. 1 und 2 Statut). Das landwirtschaftlich nutzbare Kulturland wird primär an selbstbewirtschaftende Korporationsbürger abgegeben, die für die Nutzung ein Entgelt schulden (Art. 18 Statut i.V.m. Art. 7 f. Kulturlandverordnung).

Luzern, 31. März 2015

4.1.2. Ergebnis

Eine Gesamtwürdigung zeigt, dass alle Korporationen bemüht sind, ihr landwirtschaftlich nutzbares Vermögen entsprechend der althergebrachten Tradition primär ihren ortsansässigen Bürgerinnen und Bürgern zur Selbstbewirtschaftung zu überlassen, und damit einen Beitrag zur Wohlfahrt ihrer landwirtschaftlichen Bevölkerung zu leisten. Dies gilt für alle untersuchten Korporationen, obschon nicht in Abrede zu stellen ist, dass einzelne aufgrund des gesetzten Rechts eher den ideellen und andere eher den materiellen Aspekt der Landvergabe in den Vordergrund stellen. Jene Werte, die den Behörden oder einem beschränkten Kreis von Nutzern unmittelbar wegen ihres Gebrauchswerts dienen, sind dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen.⁵⁷ Solange das landwirtschaftlich nutzbare Landgutsvermögen des Korporationsgutes zweckgemäss den Korporationsbürgern zur Selbstbewirtschaftung überlassen wird, ist es deshalb dem Verwaltungsvermögen der jeweiligen Korporation zuzuordnen.

Fraglich erscheinen kann, ob sich an der Zuordnung etwas ändert, wenn die Nutzung im Rahmen der Reglementsbestimmungen – d.h. mangels valabler korporationsinterner Bewerber – einem Aussenstehenden überlassen wird. Erfolgt die Bewirtschaftung durch Nichtkorporationsangehörige bloss vorübergehend, wird dies zu verneinen sein. Hält die Fremdnutzung dagegen länger an bzw. wird wiederholt kein ortsansässiger Korporationsbürger gefunden, welcher das Land zur Selbstbewirtschaftung übernehmen will, entfällt das Offenhaltungsinteresse und der fragliche Teil des Korporationsgutes wäre nunmehr bis auf weiteres dem Finanzvermögen zuzurechnen.

Die grundsätzliche Zugehörigkeit des landwirtschaftlich nutzbaren Landgutsvermögens zum Verwaltungsvermögen hat nach dem oben Ausgeführten zur Folge, dass die seine Verwaltung ordnenden Bestimmungen dem öffentlichen Recht angehören und dass zwischen der Korporation und den Nutzungsberechtigten ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis entsteht.⁵⁸

Dagegen könnte allenfalls der für Streitigkeiten aus dem Nutzungsrecht in der Vergangenheit einzuschlagende Rechtsweg an die Zivilgerichte sprechen, doch ergibt sich dieser – soweit ersichtlich – nicht aus den Satzungen der Korporationen⁵⁹, sondern allenfalls aus

⁵⁷ WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, Bern 2014, Rz. 57 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 2332 ff.

⁵⁸ Anders im Fall BGE 112 II 35 ff., in dem ein von einer Neuenburger Gemeinde zur Nutzung überlassenes Grundstück ohne nähere Begründung als dem Finanzvermögen zugehörig betrachtet und deshalb die pachtrechtlichen Bestimmungen als anwendbar erklärt wurden.

⁵⁹ Ausdrücklich ein Beschwerderecht kennen insbesondere Art. 18 Verordnung der Teilsame Siebeneich und Art. 43 Grundgesetz der Korporation Kerns; Art. 29 Kulturlandverordnung und Art. 39 Einung der Korporation Giswil; Art. 24 Allmendverordnung und Art. 22 Grundstücksverordnung der Korporation Sachseln; Art. 20 Einung und Art. 12 Abs. 2 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi. Einzig bezüglich Sanktionen wird z.T. auf das Zivilrecht verwiesen, insbesondere Art. 23 Ziff. 2 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach; Art. 4 lit. b Grundgesetz der Korporation Kerns; Art. 17 Verordnung der Teilsame Siebeneich.

Luzern, 31. März 2015

dem Recht des Kantons, welchem aufgrund des eröffneten Autonomiebereichs in dieser Frage jedoch kein Regelungsspielraum verbleibt.

Das landwirtschaftlich nutzbare Landgutsvermögen der hier zu untersuchenden Korporationen im Kanton OW ist deren Verwaltungsvermögen zuzuordnen und untersteht somit dem öffentlichen Recht.

4.2. Verhältnis zum LPG

Wie oben dargelegt, begründet die Gebrauchsüberlassung von landwirtschaftlich nutzbaren Flächen durch die hier untersuchten Korporationen des Kantons OW im Regelfall als Überlassung von Verwaltungsvermögen ein Rechtsverhältnis des kommunalen öffentlichen Rechts.

4.2.1. Nutzungsregelungen

Inhaltlich haben die einzelnen Korporationen und anderen Einrichtungen die Verwaltung der Nutzungsrechte⁶⁰ durch Zuteilung, Ausübung und Wegfall autonom in ihren jeweiligen Verordnungen geregelt. In Abweichung oder Ergänzung des landwirtschaftlichen Pachtrechts wird darin das Folgende bestimmt:⁶¹

Berechtigung: Die zu erfüllenden Anforderungen umfassen meist den Besitz des entsprechenden Teilrechts, Wohnsitz im Korporationsgebiet sowie Bewirtschaftung eines landwirtschaftlichen Produktionsbetriebes mit Betriebszentrum im Korporationsgebiet.⁶² Teiler, die einen Betrieb bewirtschaften und zum Bezug von landwirtschaftlichen Direktzahlungen berechtigt sind, haben ein Anrecht auf die Nutzung eines Allmendteiles.⁶³

⁶⁰ Als kollektive Nutzungsrechte werden die Rechte der Mitglieder eines bestimmten Personenverbands an der Nutzung natürlicher Ressourcen wie Wälder, Weiden, Streuwiesen und Gewässer bezeichnet; LEONHARD MARTIN, Nutzungsrechte, in: Historisches Lexikon der Schweiz, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D25978.php> (5. März 2015).

⁶¹ Umfassender zu den Nutzungssystemen und -regelungen der einzelnen Körperschaften im Kanton OW siehe Empfehlungen, (zit. Fn. 5), S. 9 ff. und S. 14 ff.

⁶² Art. 10 Abs. 1 Verordnung der Teilsame Siebeneich; Art. 3 Abs. 1 Verordnung der Teilsame Kleinteil; Art. 4 Abs. 1 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil (Selbstbewirtschafteter gemäss Direktzahlungsverordnung DZV; mit Modifikationen gemäss Art. 18 für Allmendteile und gemäss Art. 23 für Aariedteile); Art. 4 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln; Art. 5 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi (Berechtigung zum Bezug von Direktzahlungen); Art. 7 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach.

⁶³ Art. 10 Abs. 2 Verordnung der Teilsame Siebeneich.

Luzern, 31. März 2015

Vergabe: Hier sind verschiedene Modelle aufzufinden. Einmal erhält (u.U. nach einer Ausschreibung) jeder Berechtigte einen Allmendteil, überzählige Teile werden verlost⁶⁴ oder die gesamte Zuordnung erfolgt mittels Verlosung⁶⁵. Ein andermal darf jeder Teiler, der während der letzten vier Jahre Kühe aufgetrieben hat und Land im Teilsamebereich bewirtschaftet, den Durchschnitt um Alpung ziehen (maximal für 20 Kühe). Diese dürfen dann beim nächsten Alpenzug um den künftigen Alp-Platz für 10 Jahre losen, den sie verpflichtet sind zu nehmen.⁶⁶

Tausch: Der gegenseitige Austausch von Allmendteilen (Tauschvertrag) ist gestattet, teilweise jedoch muss er genehmigt⁶⁷ bzw. gemeldet⁶⁸ werden. Die Tauschfrist liegt teilweise „vor Beginn“⁶⁹, teilweise „während“⁷⁰ der Nutzungsdauer.

Beendigung: Bei Aufgabe der Selbstbewirtschaftung, Wegzug, Verzicht oder Todesfall fällt das Allmendland grundsätzlich an die Korporation zu anderweitiger Abgabe zurück.⁷¹ Ebenso bei Voraussetzungenwegfall, wo es im Fall von Pachtverträgen zur vorzeitigen Kündigung kommt und dann der Kulturlandteil neu verlost wird.⁷² Ähnliches kann bei Konkurs oder Zahlungsunfähigkeit gelten.⁷³ Einzelne weitere Gründe können normiert wer-

⁶⁴ Art. 12 Verordnung der Teilsame Siebeneich; Art. 3 Abs. 4 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil (für Allmendteile s. auch Art. 18 Abs. 5 und 7); Art. 4 Abs. 2 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach.

⁶⁵ Art. 13 Allmendverordnung und Art. 11 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln; Art. 4 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi.

⁶⁶ Art. 44 Verordnung der Teilsame Kleinteil.

⁶⁷ Art. 11 Abs. 4 Verordnung der Teilsame Siebeneich; Art. 20 und 25 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil; Art. 14 Abs. 2 Allmendverordnung der Korporation Sachseln.

⁶⁸ Art. 45 Verordnung der Teilsame Kleinteil; Art. 13 Abs. 4 Allmendverordnung und Art. 12 Abs. 2 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln (bei Tausch innerhalb von 30 Tagen nach Verlosung); Art. 7 Abs. 1 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi; Art. 16 Abs. 1 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach.

⁶⁹ In diesem Sinne wohl Art. 45 Verordnung der Teilsame Kleinteil; Art. 13 Abs. 4 Allmendverordnung und Art. 12 Abs. 1 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln (bei Tausch innerhalb von 30 Tagen nach Verlosung).

⁷⁰ In diesem Sinne wohl Art. 11 Abs. 4 Verordnung der Teilsame Siebeneich; Art. 20 und 25 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil; Art. 14 Allmendverordnung der Korporation Sachseln; Art. 7 Abs. 1 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi; Art. 16 Abs. 1 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach.

⁷¹ Art. 11 Abs. 5 und 6 Verordnung der Teilsame Siebeneich; Art. 12 Abs. 1 Allmendverordnung und Art. 10 Abs. 1 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln; Art. 6 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi; Art. 16 Abs. 2 und 3 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach.

⁷² Art. 13 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil (für Allmendteile s. auch Art. 19).

⁷³ Art. 14 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil; Art. 15 Allmendverordnung und Art. 13 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln; Art. 17 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach.

Luzern, 31. März 2015

den.⁷⁴ Eine Kündigung/Erlöschen der Nutzungsberechtigung ist auch als Sanktion bei Verstössen gegen Verordnungsbestimmungen vorgesehen.⁷⁵

4.2.2. Ergebnis

Die hier besonders interessierenden und in 4.2.1. kurz zusammengefassten Normen der Korporationen sind solche des kommunalen öffentlichen Rechts und verdrängen damit als kantonales öffentliches Recht davon abweichende Bestimmungen des LPG über den landwirtschaftlichen Pachtvertrag⁷⁶, nachdem diese dem Privatrecht zuzuordnen sind.⁷⁷ Die Gebrauchsüberlassung aufgrund von Korporationsrecht ist eben keine Pacht, die statutarischen Rechte und Pflichten können nicht noch durch das Pachtrecht überlagert werden,⁷⁸ es sei denn die Korporationen erklären dieses ausdrücklich für anwendbar⁷⁹ bzw. es wird nach den allgemeinen Grundsätzen zur Lückenfüllung benötigt.

Nichtsdestotrotz sind die Korporationen bei der Ausgestaltung der Vergabe-, Überlassungs- und Heimfallregelung nicht einfach frei. Limitierend wirken zwar nicht die Bestimmungen des LPG, dafür aber insbesondere das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten und das Willkürverbot.⁸⁰

Dass gewisse Korporationen vorsehen, dass das Nutzungsverhältnis durch den Abschluss eines Bewirtschaftungs- oder Pachtvertrages perfektioniert wird⁸¹, ändert nichts

⁷⁴ So bei regelmässigem Verkauf von Heu oder Gras an Dritte (insbesondere ausserhalb des Korporationsgebietes) oder der Verpachtung von Teilen des eigenen Landes; Art. 5 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi.

⁷⁵ Art. 30 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil; Art. 23 Allmendverordnung und Art. 21 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln; Art. 11 Abs. 1 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi; Art. 23 Abs. 1 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach.

⁷⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 52-54.

⁷⁷ STUDER/HOFER, (zit. Fn. 47), N. 148 zu Art. 4 LPG.

⁷⁸ Schreiben BJ Grundbuchamt vom 13.6.1988.

⁷⁹ So Art. 7 Grundstückverordnung der Korporation Sachseln, wo die Bestimmungen des LPG ausdrücklich für anwendbar erklärt werden; Art. 1 Verordnung der Teilsame Siebeneich, welcher das LPG nebst dem Korporationsrecht für anwendbar erklärt.

⁸⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 2336.

So kann fraglich erscheinen, ob insbesondere die Verlosung diesen beiden übergeordneten Grundsätzen gerecht wird. Indes ist zu bedenken, dass das Bundesrecht selber in gewissen Fällen eine Losziehung vorsieht (vgl. z.B. Art. 611 Abs. 3 ZGB). Letztendlich dürfte sie deshalb trotz gewisser Bedenken mit dem übergeordneten Recht in Einklang zu bringen sein, auch weil sie keinen Akt menschlicher Willkür — sondern vielmehr der statistischen Wahrscheinlichkeit — darstellt und weil kein Rechtsanspruch Privater auf die Nutzung von Verwaltungsvermögen besteht. Ein solcher kann höchstens bei der Ausübung von Freiheitsrechten bestehen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 2336, 2405 und 2426. Es sei denn ein solcher werde wie im Falle von Art. 8 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach ausdrücklich statuiert.

⁸¹ So insbesondere Art. 5 Kulturlandverordnung der Korporation Giswil; Art. 14 Kulturlandverordnung der Korporation Alpnach.

Luzern, 31. März 2015

daran, dass damit rechtlich nicht ein Pacht- sondern ein Konzessions(ähnliches)verhältnis begründet wird.⁸²

Die einschlägigen Bestimmungen der Korporationen betreffend die Verwaltung der Nutzungsrechte verdrängen als öffentliches Recht landpachtrechtliche Regelungen. Das LPG engt die Gesetzgebungskompetenz der Korporationen nicht ein.

5. Fragebeantwortung

5.1. Anwendbarkeit des LPG

Das LPG ist nur auf privatrechtliche Pachtverhältnisse anwendbar; auf diese in den Grenzen von Art. 1 Abs. 3 LPG jedoch uneingeschränkt.

Privatrechtliche Pachtverhältnisse kommen zu Stande, wenn eine öffentlich-rechtliche Korporation Land vergibt, welches sich in ihrem Finanzvermögen befindet oder wenn eine privatrechtliche Körperschaft Nutzungsmöglichkeiten verleiht, welche ihre Grundlage nicht im Gesellschaftsrecht finden.⁸³ Als Richtschnur kann in beiden Fällen die Antwort auf die Frage gelten, ob das Geschäft zu den vereinbarten Konditionen mit jedem beliebigen Dritten eingegangen würde (Pachtvertrag) oder ob die vorbestehende persönliche Verbindung von ausschlaggebender Bedeutung für die anwendbaren Bedingungen ist (kein Pachtvertrag). Im zweiten Fall würde mit einem Aussenstehenden entweder gar kein Rechtsverhältnis eingegangen oder jedenfalls nicht mit dem gleichen (Vorzugs-)Inhalt.

Nach Massgabe von Art. 3 LPG sind die Korporationen legitimiert, für die Verpachtung von Alpen und Weiden in Eigenregie vom LPG abweichende Bestimmungen zu erlassen.

5.2. Fragenkatalog

Im Gutachtensauftrag werden konkret folgende *Fragen* formuliert:

1. *Art. 1 Abs. 3 LPG führt bezüglich des Geltungsbereiches aus, für die Pacht von Allmenden, Alpen und Weiden sowie von Nutzungs- und Anteilsrechten an solchen gelten die Bestimmungen über die Pacht von landwirtschaftlichen Grundstücken.*

⁸² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 2424; WALDMANN BERNHARD, Die Konzession – eine Einführung, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 17 ff.

⁸³ So auch das Eidgenössische Grundbuchamt in seiner Rechtsauskunft vom 13. Juni 1988.

Luzern, 31. März 2015

- a. *Findet das LPG Anwendung, soweit die Mitglieder ihre Nutzungs- und Anteilsrechte bezüglich den landwirtschaftlichen Grundstücken der Körperschaft ausüben? Gilt beispielsweise die Nutzung eines mittels Los zugeteilten Allmendteils durch den berechtigten Korporationsbürger als Pacht?*

Soweit sich die infrage stehenden landwirtschaftlichen Grundstücke im Verwaltungsvermögen der Korporationen befinden, steht es letzteren frei, das Nutzungsverhältnis eigenrechtlich zu ordnen. Die von den Korporationen Alpnach, Giswil, Kerns, Sachseln und Schwendi aufgestellten Nutzungsordnungen begründen kein privatrechtliches Pachtverhältnis sondern ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis. Auf dieses ist das LPG höchstens analog bzw. im, von den Korporationen bestimmten Umfang qua kantonalem öffentlichen Recht anwendbar.

Soweit sich die infrage stehenden landwirtschaftlichen Grundstücke nicht im Verwaltungsvermögen sondern im Finanzvermögen befinden, stellt die entgeltliche Gebrauchsüberlassung zu Drittmannskonditionen an einen Korporationsbürger Pacht dar. Nach hier vertretener Meinung haben die Korporationen in diesen Fällen das Recht, in ihren gesetzlichen Grundlagen die Anwendung des LPG im Rahmen der von Art. 3 LPG gewährten Möglichkeiten teilweise auszuschliessen. Machen die Korporationen von dieser Kompetenz Gebrauch, findet das LPG auf die Verpachtung von Alpen und Weiden nur insoweit Anwendung, wie es das Korporationsrecht vorsieht.

Die Überlassung von landwirtschaftlichen Grundstücken im Finanzvermögen stellt keine Pacht sondern Gebrauchsleihe i.S.v. Art. 305 ff. OR dar, wenn sie unentgeltlich erfolgt.⁸⁴

Eine körperschaftsrechtliche Grundlage des Nutzungsverhältnisses, welche ebenfalls zur Nichtunterstellung desselben unter das LPG führen würde, kann für die untersuchten Korporationen ausgeschlossen werden. Bezüglich des Nutzungsrechts statuieren sie soweit ersichtlich nämlich weder einen grundsätzlichen Ausschluss von Nichtkorporationsbürgern noch abweichende Bedingungen für diese. Vielmehr beschränkt sich die Privilegierung der Korporationsangehörigen auf eine reine Prioritätenordnung, die das Nutzungsrecht nicht zu einem körperschaftsrechtlichen werden lässt.

- b. *Findet das LPG Anwendung, soweit ein Mitglied mehr Grundstückanteile erhält, als dies sein Nutzungs- und Anteilsrecht aufgrund seiner Beteiligung an der Körperschaft vorsieht (z.B. weil es überzählige Allmendteile hat oder ein Mitglied sein Nutzungsrecht [nicht aber sein Mitgliedschaftsrecht] einem anderen Mitglied überlässt)? Handelt es sich bei den überzähligen Grundstücksanteilen um eine Pacht?*

⁸⁴ STUDER/HOFER, (zit. Fn. 47), N. 149a zu Art. 4 LPG. Es kann sich jedoch fragen, ob eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung überhaupt mit der Qualifikation als Finanzvermögen in Übereinstimmung zu bringen ist, nachdem dieses dadurch definiert ist, dass es dem Gemeinwesen mit seinem Vermögenswert bzw. seinen Erträgen dient; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, (zit. Fn. 6), Rz. 2330 f.

Luzern, 31. März 2015

Nach hier vertretener Lesart statuieren die Korporationen Alpnach, Giswil, Kerns, Sachseln und Schwendi keine Relation zwischen der Grösse bzw. Anzahl der zur Bewirtschaftung übertragenen Grundstücksteile und der einzelnen Beteiligung an der Körperschaft, sondern es geht vielmehr um eine Prioritätenordnung, welche insbesondere eine sachgerechte Landverteilung zwischen den selbstbewirtschaftenden Korporationsbürgern in Abhängigkeit von ihrer Betriebsgrösse sowie ihr Vorrecht gegenüber Nichtkorporationsangehörigen bezweckt.

Die Rechtsnatur des Nutzungsrechts bestimmt sich deshalb nicht nach dem Umfang des genutzten Korporationsvermögens, sondern nach dessen Zugehörigkeit zum Finanz- oder Verwaltungsvermögen (vgl. Ziff. 1.a. hievor).

Die Rechtsnatur der Nutzung eines jemand anderem zugeteilten Rechts beurteilt sich für Korporationsbürger und Nichtkorporationsbürger gleich, weshalb auf Ziff. 1.c. hienach verwiesen wird.

- c. *Findet das LPG Anwendung, soweit ein Mitglied den ihm zugeteilten Grundstücksteil einem Nichtmitglied auf Zeit – mit oder ohne Entgelt – überlässt? Handelt sich hier um eine Pacht oder eine Unterpacht?*

Es muss vorab fraglich erscheinen, ob die private Weitergabe von Land an Nichtkorporationsbürger überhaupt nach einer der untersuchten Satzungen zulässig ist. Im Übrigen gilt, dass die Rechtsnatur einer allfälligen Weitergabe von der Qualifikation des Grundverhältnisses abhängt.

Ist dieses im Falle von Grundstücken im Verwaltungsvermögen öffentlich-rechtlich, sprechen grundlegende Bedenken gegen eine private Weiterreichung des Nutzungsrechts, da die Korporationen bei der Vergabe an die eigenen, teilweise recht strengen Richtlinien und an die Grundrechte gebunden sind. Konsequenterweise erscheint deshalb die Umsetzung der Teilsame Siebeneich und der Korporation Schwendi für das Gebiet Unterallmend, welche eine nicht tauschweise private Weitervergabe ausschliessen.⁸⁵ Da die Auswahlkriterien für die originäre Nutzungsübertragung in allen Fällen personen- bzw. betriebsbezogen sind, sind die anderen Korporationen gehalten, den Bewirtschafterwechsel nur zu akzeptieren, wenn der Übernahmewillige auch im Rahmen einer Neuvergabe durch die Korporation mit dem Zuschlag rechnen könnte. Dies bedeutet aber, dass die Nutzungsrechte eigentlich bei allen Korporationen übertragungsfeindlich ausgestaltet sind. Deshalb stellt die Genehmigung nach hier vertretener Ansicht nicht die Zustimmung zum Eintritt in das vorbestehende Rechtsverhältnis dar, wie dies aufgrund der Bezeichnung vermutet werden könnte, sondern sie begründet originär ein neues.

Ist das Grundverhältnis zwischen der Korporation und dem abgabewilligen Bewirtschafter als Pacht zu qualifizieren, weil sich die fraglichen Grundstücke im Finanzvermögen befinden, stellt die entgeltliche Übertragung je nach der konkreten Aus-

⁸⁵ Vgl. Art. 11 Verordnung der Teilsame Siebeneich; Art. 7 Unterallmend-Verordnung der Korporation Schwendi.

Luzern, 31. März 2015

gestaltung Unterpacht oder Pachtübertragung⁸⁶ und die unentgeltliche Überlassung Gebrauchsleihe dar. Bei einer Unterverpachtung dürften sich namhafte Probleme stellen, da der Unterverpächter bei der Einräumung des Unterpachtrechts nicht an die rechtlichen Eigenheiten der Korporationsgesetzgebung gebunden ist, sondern einzig für die gleichartige Benutzung der Sache Gewähr zu bieten hat. Es ist deshalb ohne weiteres nachvollziehbar, wenn die private Weitergabe untersagt wird, steht diese doch nicht nur nicht im Einklang mit der von allen Korporationen statuierten und zum Vergabekriterium erhobenen Selbstbewirtschaftungspflicht sondern sie könnte auch den Rechtsfrieden stören, da kaum verständlich zu machen sein dürfte, weshalb sich die einen Bewirtschafter an das Korporationsrecht zu halten haben und die anderen nicht.

Die Pachtübertragung, bei welcher der Übernehmer mit allen Rechten und Pflichten in den bestehenden Vertrag eintritt, ist etwas weniger kritisch zu beurteilen, jedenfalls wenn man der Auffassung ist, dass die Vergabekriterien bei einer privatrechtlichen Vergabe aufgrund der Vertragsautonomie bei der Übertragung nicht zwingend einzuhalten sind. Leitet man aus der Korporationsgesetzgebung dagegen eine gesellschaftsrechtlich bindende Komponente ab, bestehen gegen die Pachtübertragung dieselben Bedenken, wie gegen die Übertragung des öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisses (vgl. Ziff. 5.1.c. hievon).

- d. *Findet das LPG Anwendung, soweit die Körperschaft einen Grundstücksanteil einem Nichtmitglied auf Zeit – mit oder ohne Entgelt – überlässt (z.B. weil es überzählige Allmendteile hat)? Handelt es sich hier um eine Pacht?*

Die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung stellt zum vornherein keine Pacht sondern Gebrauchsleihe dar. Auf sie ist das LPG nie anwendbar.

Bei der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung spielt es keine Rolle, ob sie an einen Korporationsangehörigen oder einen Aussenstehenden erfolgt, da das Nutzungsverhältnis bei den vorliegend untersuchten Korporationen keine körperschaftsrechtliche Komponente aufweist. Es gilt somit auch für Nichtkorporationsbürger das unter Ziff. 1.a. Gesagte.

2. *Wie sehen in diesen Fällen die Rechtsmittelwege grundsätzlich aus (Verwaltungs- oder Zivilrechtspflege)?*

Befinden sich die fraglichen Grundstücke im Verwaltungsvermögen und basiert das Nutzungsverhältnis deshalb auf öffentlichem Recht, sind Streitigkeiten auf dem Weg der Verwaltungsrechtspflege auszutragen.

⁸⁶ Die Übertragung ist bei der Miete und Pacht von Geschäftsräumen in Art. 292 und 263 OR gesetzlich geregelt. Aufgrund der Vertragsautonomie können aber auch Miet- oder Pachtverhältnisse um andere Vertragsgegenstände rechtsgültig übertragen werden (vgl. z.B. HIGI PETER, in: Gauch Peter, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/2b., Zürich 1994, N. 6 ff. zu Art. 263 OR).

Luzern, 31. März 2015

Befinden sich die fraglichen Grundstücke dagegen im Finanzvermögen, handeln die Korporationen wie Privatpersonen und daraus entstehende Streitigkeiten sind grundsätzlich auf dem Zivilrechtsweg auszutragen. Etwas anderes gilt allenfalls für die Vergabe, wenn man dafür hält, dass die diesbezüglichen Reglementsbestimmungen als öffentlich-rechtliches Gesellschaftsrecht auch bei der pachtweisen Vergabe einzuhalten sind.

3. Soweit das LPG Anwendung findet, welche Bestimmungen wären durch die Körperschaft zwingen zu beachten? Insbesondere:

- a. Wäre die Mindestpachtdauer zu beachten? Wäre ein Tausch der Grundstücksanteile unter den Mitgliedern innerhalb der Mindestpachtdauer unzulässig?

Nach hier vertretener Meinung können die Korporationen für Alpen und Weiden vom LPG abweichende Bestimmungen erlassen. Soweit dagegen Ackerflächen oder Wiesland im Finanzvermögen verpachtet werden, ist die Mindestpachtdauer für die Vergabe durch die Korporation zwingend zu berücksichtigen.

Die Bewirtschafter sind dagegen nicht in dem Sinne an die Mindestpachtdauer gebunden, dass ihnen ein Flächentausch im gegenseitigen Einvernehmen während einer laufenden Pachtperiode untersagt wäre. Die einfachste Möglichkeit ist, den Tauschvertrag als Pachtübertragung und nicht als Unterpacht auszugestalten, damit der Übernehmer in den bestehenden Pachtvertrag und in die laufende Mindestpachtdauer eintritt. Aber selbst die Unterverpachtung scheitert nicht an der Mindestpachtdauer, jedenfalls wenn man der Meinung von STUDER/HOFER folgt, welche davon ausgehen, dass ein während der Pachtperiode eingegangenes Unterpachtverhältnis einen zureichenden Grund für die Bewilligung einer abgekürzten Pacht-dauer darstellt.⁸⁷ Es müsste also jeweils bloss eine solche Bewilligung eingeholt werden.

- b. Wären gesetzliche Regelungen betreffend einem automatischen und sofortigen Heimfall an die Körperschaft unzulässig, z.B. bei Tod des Bewirtschafters, bei Aufgabe der Selbstbewirtschaftung, bei Betriebsübergabe an Nichtmitglieder, bei Wegfall der Voraussetzungen für die Abgabe von Kulturland, bei Eintritt von Konkurs oder Zahlungsunfähigkeit?

Nach hier vertretener Meinung können die Korporationen für Alpen und Weiden vom LPG abweichende Bestimmungen erlassen. Die Frage stellt sich somit nur soweit Ackerflächen oder Wiesland im Finanzvermögen verpachtet werden.

Die automatische Vertragsauflösung beim Konkurs des Pächters greift über Art. 297a OR auch im landwirtschaftlichen Pachtrecht.⁸⁸ Im Übrigen kennt das LPG eine persönliche Bewirtschaftungspflicht (Art. 21a LPG), weshalb bei der Betriebsübergabe⁸⁹ ein Ablehnungsrecht des Verpächters besteht. Beim Tod des Bewirtschafters besteht eine Kündigungsmöglichkeit nach Art. 18 LPG und die Aufgabe

⁸⁷ STUDER/HOFER, (zit. Fn. 47), N. 164 zu Art. 7 LPG.

⁸⁸ STUDER/HOFER, (zit. Fn. 47), N. 393 zu Art. 17 LPG.

⁸⁹ Art. 19 LPG

Luzern, 31. März 2015

der Selbstbewirtschaftung stellt nach der Rechtsprechung einen wichtigen Grund für eine vorzeitige Kündigung nach Art. 17 LPG dar.⁹⁰ Da das LPG ausser im Falle der Betriebsübergabe grundsätzlich eine Kündigung unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist vorsieht, ist fraglich und soweit ersichtlich nicht geklärt, ob die Kündigung bzw. die Kündigungsfrist dem Pächterschutz dient und deshalb wegen Art. 29 LPG nicht im Voraus wegbedungen werden kann und ob sie die einzige Möglichkeit des Verpächters ist, sich des Vertrages zu entledigen. Wenn der Pächter nämlich nicht nur schlecht sondern gar nicht mehr erfüllt bzw. erfüllen kann, liegt eine Vertragsstörung nach Art. 97 Abs. 1 oder 102 ff. OR vor. Es stellt sich deshalb die Frage, ob dem Verpächter in solchen Fällen (und dazu gehören die genannten Beispiele) nebst der im LPG vorgesehenen Kündigungsmöglichkeit nicht auch das für das allgemeine Vertragsrecht anerkannte Rücktrittsrecht nach Art. 107 f. OR zusteht und ob der Eintritt der Vertragsauflösung — in antizipierter Ausübung des Wahlrechts — allenfalls bereits von Anfang an statuiert werden kann.

Vor diesem Hintergrund erscheint die von den Korporationen teilweise getroffene Heimfallregelung jedenfalls nicht als derart offensichtlich unverträglich mit dem landwirtschaftlichen Pachtrecht, dass sich eine Nichtgenehmigung im Verfahren nach Art. 109 KV rechtfertigen würde.

4. *Soweit die Fragen 3a und 3b zu bejahen sind, wie muss eine Regelung der Körperschaft aussehen (allenfalls unter Einbezug des Vertragsrechts), damit unter Einhaltung des LPG annähernd*

- a. *ein Tausch im Sinne der Frage 3a möglich wird?*

Das LPG steht einem Tausch nicht im Weg, wenn er freiwillig ist und durch Pachtübertragung (und nicht Unterpacht) zustande kommt.

- b. *ein automatisches und sofortiges Heimfallsrecht im Sinne der Frage 3b möglich wird?*

Ein automatisches Heimfallsrecht ist nur möglich, wenn die allgemeinen Regeln über die Leistungsstörungen anwendbar sind. Dies ist eine letztlich vom Bundesgericht zu beantwortende Frage des Bundesrechts, weshalb weder die Korporationen noch der Kanton OW direkten Einfluss darauf nehmen können. Zwischenzeitlich müssten die Korporationen, um auf der sicheren Seite zu sein, nach den Regeln des LPG verfahren, und ausser in den Fällen der Betriebsübergabe die Auflösung durch Kündigung vorsehen.

⁹⁰ STUDER/HOFER, (zit. Fn. 47), N. 403 zu Art. 17 LPG.

Luzern, 31. März 2015

5. Soweit das LPG in den Fällen 1a – 1d unterschiedlich Geltung beansprucht (der Kanton OW hat keinen Gebrauch von Art. 3 LPG gemacht):

- a. Gibt es eine Möglichkeit, lückenlos alle Fälle vom LPG auszunehmen oder alle Fälle unter das LPG zu stellen?

Soweit das gesamte landwirtschaftlich nutzbare Landgutsvermögen dem Verwaltungsvermögen der Korporationen zuzurechnen ist, besteht die einheitliche Lösung, dass alle Fälle vom LPG ausgenommen sind. Bezüglich der Unterstellung sämtlicher Fälle unter das LPG wäre erforderlich, den Korporationen durch eine Verfassungsänderung den öffentlich-rechtlichen Charakter abzusprechen. Ansonsten ist ein Dualismus unvermeidbar.

- b. Bedarf dies einer Anpassung der Gesetzgebung des Kantons oder der Körperschaft? Wie würde die Anpassung aussehen?

Durch eine einschränkende Neudefinition der Korporationsautonomie in der Kantonsverfassung könnte erreicht werden, dass sämtliches landwirtschaftliches Landgutsvermögen zweckgebunden, d.h. als Verwaltungsvermögen, eingesetzt werden muss. Diese Zweckbindung — z.B. formuliert als Zurverfügungstellung von landwirtschaftlichen Grundstücken und Teilen davon an selbstbewirtschaftende, ortsansässige Korporationsbürger oder Landwirte — müsste in Art. 107 KV zum Ausdruck gebracht werden.

Art. 107 KV könnte auf der anderen Seite dahingehend geändert werden, dass die Korporationen neu als Körperschaften des kantonalen Privatrechts anerkannt werden. Wenn das LPG auch auf das Verhältnis zwischen den Korporationen und ihren Mitgliedern zur Anwendung kommen soll, müsste zum Ausdruck gebracht werden, dass alle von den Korporationen verliehenen Nutzungsrechte an ihrem Vermögen LPG-konform auszugestalten sind. Damit ginge der Kanton OW aber weiter als der Bund, nach dessen Recht keine Einschränkungen bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses bestehen.

- c. Mit welcher Lösung könnte den Körperschaften die grösstmögliche Autonomie eingeräumt werden?

Die Körperschaften geniessen unter der heutigen Lösung die grösstmögliche Autonomie. Allenfalls könnte positivrechtlich ausdrücklich festgehalten werden, dass die Korporationen zur Legiferierung im Bereich von Art. 3 Abs. 1 LPG befugt sind, obwohl dieses Ergebnis nach hier vertretener Meinung bereits nach heutiger Rechtslage durch Auslegung zu erzielen ist.

Luzern, 31. März 2015

6. Zusammenfassung

Die rechtliche Natur der Nutzungs- und Anteilsrechte war schon früh Gegenstand rechtlicher Betrachtungen.⁹¹ Heute stellt sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage der Anwendbarkeit des LPG auf die Rechtserlasse der Korporationen, Teilsamen und Alphenossenschaften. Die Ergebnisse des Gutachtens lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die hier zu untersuchenden Korporationen im Kanton OW stellen nach ihrer Rechtsnatur Körperschaften des öffentlichen Rechts dar. Sie sind als dem dreiteiligen Staatsaufbau auf kommunaler Ebene zugehörig zu betrachten und mit eigener Gesetzgebungskompetenz ausgestaltet.
- In der Folge ist ihr landwirtschaftlich nutzbares Korporationsgut deren Verwaltungsvermögen zuzuordnen und untersteht somit dem öffentlichen Recht.
- Damit verdrängen die einschlägigen Bestimmungen der Korporationen betreffend die Verwaltung der Nutzungsrechte als öffentliches Recht landpachtrechtliche Regelungen. Das LPG ist nur insoweit anwendbar, als dies die Korporationen selber bestimmen.

⁹¹ HEUSLER, (zit. Fn. 5), S. 63 ff., weist bereits 1862 auf Versuche hin, sich diese Frage mit Beschränkungen des Gemeinlands durch die Rechte Einzelner oder mit Erweiterungen des Sonderguts zu erklären. Beide lehnt er ab. Stattdessen sieht er das Eigentum der Genossenschaft und die Nutzungsrechte der Genossen nicht als sich gegenüberstehend als zwei einander beschränkende Rechte, sondern als verbunden zur Rechtsform des Gesamteigentums.