

Mit freundlicher Genehmigung des Stämpfli Verlages

Une empreinte sur le Code civil

Mélanges en l'honneur
de Paul-Henri Steinauer

Edités par

Alexandra Rumo-Jungo

Pascal Pichonnaz

Bettina Hürlimann-Kaup

Christiana Fountoulakis



Stämpfli Editions

Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer

édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg



W. H. v.

Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer

édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg

par

Alexandra Rumo-Jungo

Pascal Pichonnaz

Bettina Hürlimann-Kaup

Christiana Fountoulakis



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA Bern

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

Réalisation intégrale:
Stämpfli Publications SA, Berne
Printed in Switzerland

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie
www.staempfliverlag.com.

ISBN Print 978-3-7272-2968-8
ISBN Judocu 978-3-0354-1032-7



© Stämpfli Editions SA Bern

Zu den Rechtsverhältnissen an Alpen, insbesondere die gesityen Alpen im Kanton Bern

STEPHAN WOLF/STEFANIE SCHULER

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	680
II.	Geschichtliche Hinweise zu den Alpdordnungen	680
III.	Zu den Rechtsverhältnissen an Alpen ab dem 19. Jahrhundert.....	681
	1. Allgemeines.....	681
	2. Einwohnergemeinde, Bürgergemeinde oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaft.....	682
	3. Alpgenossenschaft oder Alpkorporation	682
	4. Allmendgenossenschaft.....	683
	5. Private Eigentümer	684
IV.	Die gesityen Alpen im Kanton Bern	684
	1. Allgemeines zu der in Kuhrechte eingeteilten Alp und ihrer Funktionsweise.....	684
	2. Geschichtliches.....	686
	3. Die Privatrechtsvereinheitlichung im Bund und der echte Vorbehalt zugunsten des kantonalen Privatrechts für Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften (Art. 59 Abs. 3 ZGB).....	687
	4. Die Regelung des kantonalbernerischen Rechts.....	689
	a) Rechtsgrundlagen und Überblick	689
	b) Die Korporationsalp.....	689
	c) Verfügungen über das Alpgrundstück	690
	d) Das Seybuch	691
	e) Kuhrechte.....	692
	aa. Allgemeines.....	692
	bb. Rechtliche Qualifikation	692
V.	Schlussbemerkungen	694

I. Einleitung

PAUL-HENRI STEINAUER hat sich in seinem Schrifttum auch eingehend mit dem Einleitungstitel des ZGB¹ und dem Sachenrecht² befasst. Der vorliegende, dem hochgeschätzten Freiburger Jubilar und Kollegen von einer Urnerin und einem Berner Oberländer gewidmete Beitrag befasst sich mit den gestützt auf Art. 59 Abs. 3 ZGB als einem echten Vorbehalt i.S.v. Art. 5 Abs. 1 ZGB vorwiegend im kantonalen Recht geregelten Rechtsverhältnissen an Alpen, insbesondere mit den gesezten Alpen im Kanton Bern. Nach geschichtlichen Hinweisen zu den Alpordnungen (II.) wird näher auf die Rechtsverhältnisse an Alpen ab dem 19. Jahrhundert eingegangen (III.). Anschliessend sind die gesezten Alpen im Kanton Bern zu behandeln (IV.), und es ist eine Schlussbetrachtung vorzunehmen (V.).

II. Geschichtliche Hinweise zu den Alpordnungen

Alpen standen gemäss den seit dem 10. Jahrhundert durch Urkunden überlieferten Verhältnissen im Eigentum weltlicher und geistlicher Grundherren.³ Zum Teil übertrug der Grundherr Alpen an *Alpengenossenschaften* zu Lehen. Vermochten sich solche Korporationen in der Folge von den Lehenszinsen loszukaufen, so gelangten die Alpen in ihr Eigentum.⁴ *Käufliche Alprechte* sind bereits um 1300 nachgewiesen.⁵ Mit der Umstellung der Landwirtschaft im Alpenraum ab dem 14. Jahrhundert auf Viehwirtschaft und im Voralpenraum ab dem 15./16. Jahrhundert auf Milchwirtschaft trat ein Strukturwandel ein, welcher zu einem Ansteigen der Ansprüche auf Weiden führte. Deshalb wurde der *Erlass von Alpordnungen* zur Sicherung der Eigentums- und Nutzungsrechte sowie zum Schutz der Alpweiden vor Übernutzung notwendig.^{6, 7} Als Massnahme gegen die Übernutzung der Weide boten sich namentlich Kuhrechte als die Bestossung begrenzende Verteilungsschlüssel an.⁸

¹ PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse, Volume II, Tome 1*, 2009.

² PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels, Tome I, II, III, 5. bzw. 4. Auflage*, alle 2012 (zit. STEINAUER, *Tome I, II, III*).

³ LOUIS CARLEN, *Rechtsgeschichte der Schweiz*, 3. Auflage, 1988, S. 65; ANNE-MARIE DUBLER, *Alprechte*, <http://hls-dhs-dss.ch/testes/d/D45275.php> (besucht am 10. Juni 2013), 1.

⁴ CARLEN (Fn. 3), S. 65.

⁵ Zum Ganzen DUBLER (Fn. 3), 1.

⁶ DUBLER (Fn. 3), 2.

⁷ Das älteste aus dem Wallis bekannte Alpreglement ist das Statut für die Eginaalp vom 23. Oktober 1240, welche 1240 zu Lehen gegeben wurde und bereits 1391 im Eigentum der Alpgeteilen stand; dazu FRANCISCA NAEF, *Rechtsgeschichte der Alpen im Goms und in östlich Raron*, 1985, S. 23; siehe weiter auch CARLEN (Fn. 3), S. 65.

⁸ DUBLER (Fn. 3), 1 und 2. Zu Beschränkungen der Nutzung der Alp siehe namentlich auch HANS HEROLD, *Alprechte in der Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen*, in: Clausdieter

III. Zu den Rechtsverhältnissen an Alpen ab dem 19. Jahrhundert

1. Allgemeines

Für den Begriff der *Alp* bestehen sehr unterschiedliche Definitionen.⁹ Das wichtigste Merkmal einer Alp bildet die im Gebirge gelegene *Weide*.¹⁰ Die Alp stellt einen *notwendigen Bestandteil des Bergbauernbetriebes* dar: Die *Viehsömmerung* – für die Alpgebiete auch heute noch ein «identifikationsstiftendes Ereignis»¹¹ – ermöglicht die Anlegung von Futter im Tale für den Winter.¹² Die Lage der Alp in der obersten noch produktiven Zone hat den Zusammenschluss der Bauern und die *rechtliche Gestaltung* als Korporations- oder Miteigentumsalpen gefördert.¹³

In Einklang mit den eben dargestellten Merkmalen setzt auch das Bundesgericht für eine «Alp» voraus, dass «die Weide auf einer gewissen Meereshöhe liege»¹⁴. Während die «Weide» nur das Land erfasst, gehören zur Alp im wirtschaftlichen Sinne ebenfalls die für den Alpbetrieb erforderlichen Gebäulichkeiten.¹⁵

Die *alpwirtschaftlichen Körperschaften* blieben von den infolge des Franzoseneinfalls ab 1798 einsetzenden politischen Veränderungen weitgehend unbeeinflusst. Sie bestanden in den *Kantonen* unter den dort jeweils massgebenden Regelungen fort. Als nicht einfach erwies sich allerdings später, im Rahmen der *Privatrechtsvereinheitlichung im Bund*, ihre Einordnung in das ZGB und OR.¹⁶ Die Frage wurde mittels eines echten Vorbehalts zugunsten des kantonalen Privatrechts gelöst.¹⁷

Hinsichtlich der *Rechtsverhältnisse* ergeben sich je nach Landesgegend unterschiedliche Situationen. Alpen oder Alpweiden können im Eigentum einer politischen Gemeinde, einer Burgergemeinde oder einer andern öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen (III.2.), Eigentum einer Alpgenossenschaft (III.3.) oder Allmendgenossenschaft (III.4.) sein oder Privaten zu Allein- oder Miteigentum gehören (III.5.).¹⁸ Die verschiedenen rechtlichen Ord-

Schott/Claudio Soliva (Hrsg.), Nit anders denn liebs und guets, Petershauser Kolloquium aus Anlass des achtzigsten Geburtstags von Karl S. Bader, 1998, S. 61 ff. (62 ff.)

⁹ Vgl. FRITZ MICHEL, Die wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse der drei Brienzer Alpgenossenschaften Axalp, Hinterburg und Tschingelfeld, 1960, S. 15.

¹⁰ MICHEL (Fn. 9), S. 15; vgl. auch NAEF (Fn. 7), S. 7, m.w.H.

¹¹ JÜRIG FLÜCK, Das bernische Seybuch und seine Informatisierung, BN 2003, S. 2 ff. (2).

¹² MICHEL (Fn. 9), S. 16.

¹³ MICHEL (Fn. 9), S. 17.

¹⁴ BGE 84 II 114 E. 1.

¹⁵ BGE 84 II 114 E. 1.

¹⁶ Vgl. zum Ganzen DUBLER (Fn. 3), 3.

¹⁷ Dazu IV.3. hienach.

¹⁸ RICHARD GÖSCHKE, Die Nutzung der Alpweide, ZBJV 1945, S. 1 ff. (2); siehe auch DUBLER (Fn. 3), 3, wonach der Alpkataster von 1982 die drei Rechtsformen der öffentlich-

nungen kommen dabei nicht selten in einer «Gemengelage» vor.¹⁹ Möglich ist auch, dass aus vorerst privaten Genossenschaftsalpen im Laufe der Zeit Gemeindealpen entstehen.²⁰

2. Einwohnergemeinde, Bürgergemeinde oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaft

In einzelnen Landesgegenden verfügen *Gemeinden* oder *andere öffentlich-rechtliche Körperschaften* über Eigentum an grossen Alpgebieten, dies vor allem in Graubünden und in der Innerschweiz, wo z.B. die Korporationsalpen von Uri und Urseren bestehen.²¹ ²² Ist eine Gemeinde Alpeigentümerin, so erfolgt die Alpnutzung entweder direkt oder mittels Verpachtung.²³

Das Recht auf *direkte Alpnutzung* ist bei Gemeindealpen abhängig von der Zugehörigkeit zur betreffenden Körperschaft und teilweise von weiteren Voraussetzungen. Kuhrechte zur Verhinderung eines Überbesatzes finden sich auch hier. Die *indirekte Alpnutzung* erfolgt mittels *Verpachtung* der Alpweide an einen Hirten.²⁴

3. Alpengenossenschaft oder Alpkorporation

In anderen Gebieten der Schweiz stehen die Alpen vorwiegend im Eigentum einer *Alpkorporation* oder *Alpengenossenschaft*.²⁵ Solche privatrechtlichen Körperschaften mit privaten Alp- oder Kuhrechten kommen namentlich im Berner Oberland, im Wallis, in Graubünden²⁶ und St. Gallen vor.²⁷

Es handelt sich bei der Alpkorporation um eine aus alten wirtschaftlichen Verhältnissen herausgewachsene Figur, welche ursprünglich als *Miteigentums-* oder *Gesamthandsverhältnis* verstanden wurde und deren Gut sich folg-

rechtlichen Körperschaften, der privatrechtlichen Körperschaften und der Privatalpen unterscheidet.

¹⁹ DUBLER (Fn. 3), 3.

²⁰ PETER LIVER, Genossenschaften mit Teilrechten nach schweizerischem Recht, in: Hans Merz (Hrsg.), Peter Liver, Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers am 21. August 1972, 1972, S. 175 ff. (201 f.), mit Hinweis auf solche Fälle in Graubünden.

²¹ GÖSCHKE (Fn. 18), S. 2 und 4; DUBLER (Fn. 3), 3.

²² Im Kanton Bern gibt es dagegen gemäss GÖSCHKE (Fn. 18), S. 2, kaum Alpweiden, die im Eigentum einer Gemeinde stehen.

²³ GÖSCHKE (Fn. 18), S. 2.

²⁴ Zum Ganzen GÖSCHKE (Fn. 18), S. 2-5.

²⁵ GEMPERLE PAUL, Die Besteuerung der Alprechte in der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des St. Gallischen Steuerrechts, 1953, S. 4, hält gar fest: «Meist stehen die Alpen heute im Eigentum von Alpkorporationen.», welche Aussage sich u.E. freilich als zu weitgehend erweist.

²⁶ In Graubünden herrschen die privatrechtlichen Alpengenossenschaften in den von den Walsern besiedelten Tälern vor, bilden aber insgesamt, namentlich im romanischen Gebiet, gegenüber dem Alpeigentum der Gemeinden die Ausnahme; LIVER (Fn. 20), S. 180.

²⁷ DUBLER (Fn. 3), 3; LIVER (Fn. 20), S. 178 f.

lich in der gemeinschaftlichen Berechtigung der Alpbewirtschafter und der Genossenschaft befand.²⁸ ²⁹ Nach der bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts regelmässig vertretenen Auffassung kam den zur gemeinsamen Nutzung gebildeten Genossenschaften keine Rechtspersönlichkeit zu.³⁰ Erst später wurde die Alpgenossenschaft als *juristische Person* qualifiziert, in deren Eigentum die Alp steht.³¹ Es handelt sich bei ihr allerdings nicht um eine Genossenschaft i.S.v. Art. 828 ff. OR. Vielmehr stellt die Alpgenossenschaft eine Genossenschaft eigener Art dar, welche dem *kantonalen Recht* untersteht, und zwar gestützt auf Art. 59 Abs. 3 ZGB auch nach dem Inkrafttreten des ZGB.³² Die Voraussetzungen ihrer Entstehung werden demgemäss im kantonalen Recht geregelt,³³ und in der Ausübung ihrer Rechte und der Bewirtschaftung ist sie Beschränkungen unterworfen.³⁴ Die Alpkorporation ist regelmässig in *selbständige und verkehrsfähige Kuh- oder Alprechte* aufgeteilt, stellt mithin eine sog. Genossenschaft mit Teilrechten dar. Die Kuhrechtsberechtigten als Mitglieder der Alpgenossenschaften werden als «Anteilhaber», «Anteiler», «Gemischen», «Alpgenossen» oder «Alpberechtigte» bezeichnet.³⁵

4. Allmendgenossenschaft

Im Gegensatz zur Alpgenossenschaft verfügt die *Allmendgenossenschaft* stets über Eigentum am Land im Talboden, die sog. Allmende. Häufig ist die Allmendgenossenschaft zusätzlich ebenfalls Eigentümerin von Alpweiden oder Inhaberin von Kuhrechten, in welchem Fall sie in unserem Zusammen-

²⁸ Vgl. BGE 73 I 68, 70; GÖSCHKE (Fn. 18), S. 6; GEMPERLE (Fn. 25), S. 4.

²⁹ Die Eigentumsverhältnisse im Rahmen der deutschrechtlichen Genossenschaft sind namentlich von OTTO GIERKE, Deutsches Privatrecht, Band II: Sachenrecht, 1905, S. 382, dogmatisch fundiert und wie folgt erklärt worden: «Gesamteigentum ist Eigentum, das kraft einer genossenschaftlichen Körperschaftsverfassung einer Verbandsperson und ihren Mitgliedern gemeinschaftlich zusteht.» Vgl. dazu und zu den kantonalen Privatrechtsordnungen zum Gesamteigentum auch LIVER (Fn. 20), S. 183 ff.; weiter schon EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Bd. III, 1889 (zit. HUBER, System III), S. 151, und DERSELBE, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Bd. IV, 1893 (zit. HUBER, System IV), S. 273–275.

³⁰ Vgl. LIVER (Fn. 20), S. 182 f.; dazu schon HUBER, System IV (Fn. 29), S. 275.

³¹ Dazu für den Kanton Bern IV.4.b) hienach.

³² GÖSCHKE (Fn. 18), S. 5 und 7; GEMPERLE (Fn. 25), S. 4. Allgemein dazu und auch zur Abgrenzung von den Genossenschaften des OR HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zu den juristischen Personen (Allgemeine Bestimmungen), 1993, N. 72 ff. Syst. Teil; weiter MARTIN ARNOLD, Die privatrechtlichen Allmendgenossenschaften und ähnlichen Körperschaften (Art. 59 Abs. 3 ZGB) nach dem Recht des Bundes und des Kantons Wallis, 1987, passim. Dazu auch IV.3. hienach.

³³ Regelmässig bedarf es einer staatlichen Genehmigung der Statuten und Reglemente der Korporation, aber keiner Eintragung in das Handelsregister. Vgl. für den Kanton Bern IV.4.1. hienach.

³⁴ BGE 73 I 68 E. 4.

³⁵ Vgl. FLÜCK (Fn. 11), S. 5. Zu alledem näher, im Zusammenhang mit der Darstellung der gesezten Alpen im Kanton Bern, IV. hienach, insbesondere IV.1. sowie IV.4.b) und IV.4.e).

hang auch zu erwähnen ist.³⁶ Die Allmendgenossenschaften zählen zu den privaten Körperschaften i.S.v. Art. 59 Abs. 3 ZGB,³⁷ und sie müssen ihre Statuten und Reglemente von der zuständigen kantonalen Behörde genehmigen lassen.³⁸

5. Private Eigentümer

Eigentümer einer Alp können auch private *natürliche und juristische Personen* sein. Solche Privatalpen kommen namentlich in den Voralpen und im Jura vor.³⁹ Angesichts der zu tragenden Lasten besteht an privaten Alpen oft eine gemeinschaftliche Berechtigung in der Gestalt von Miteigentum.⁴⁰

IV. Die gesezten Alpen im Kanton Bern

1. Allgemeines zu der in Kuhrechte eingeteilten Alp und ihrer Funktionsweise

Im Kanton Bern⁴¹ stehen Alpen häufig im Eigentum einer Alpgenossenschaft bzw. Alpkorporation.⁴² Das Alpgrundstück seinerseits – auch als Korporationsalp bezeichnet (vgl. die Marginalie zu Art. 103 ff. EG ZGB⁴³) – ist in Kuhrechte eingeteilt, und es muss deshalb für die betreffende Alp ein Seybuch geführt werden (Art. 104 Abs. 1 EG ZGB).

Der im Begriff der *gesezten Alp* – oder auch im Wort «Seyrechte»⁴⁴ – enthaltene Wortstamm «sey» leitet sich ab von «seien». Darunter versteht man die Schätzung und Teilung von Genossenschaftsanteilen entsprechend der maximalen Viehzahl, für welche eine Alp während einer bestimmten Zeit Futter bieten zu vermag.⁴⁵ Unter einer gesezten Alp ist damit eine *Genossenschaftsalp mit einer festgesetzten Anzahl von Kuhrechten* zu verstehen.⁴⁶

³⁶ GÖSCHKE (Fn. 18), S. 11.

³⁷ ARNOLD (Fn. 32), passim.

³⁸ GÖSCHKE (Fn. 18), S. 12. Vgl. für den Kanton Bern IV.4.a) hienach.

³⁹ DUBLER (Fn. 3), 3.

⁴⁰ GÖSCHKE (Fn. 18), S. 12; vgl. auch MICHEL (Fn. 9), S. 17.

⁴¹ Das gilt in erster Linie für das Berner Oberland, aber teilweise auch für die daran angrenzenden Gebiete etwa im Schwarzenburgerland oder im oberen Gürbetal.

⁴² Vgl. für ein Beispiel die Korporationsalp Dürrenwald und ihr Alpgrundstück Dürrenwaldberg in der Gemeinde St. Stephan im Obersimmental, dargestellt bei FLÜCK (Fn. 11), S. 2 f.

⁴³ Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Mai 1911, BSG 211.1; siehe zu den bernischen Rechtsgrundlagen IV.4.a) hienach.

⁴⁴ Seyrechte wird wie Bergrechte etwa als Synonym für Alprechte verwendet; vgl. DUBLER (Fn. 3), 1.

⁴⁵ FLÜCK (Fn. 11), S. 4.

⁴⁶ P. KASSER, Das Recht der gesezten Alpen im Kanton Bern, ZBJV 1924, S. 201 ff. (201); HANS GAUTSCHI, Die Errichtung von Weidedienstbarkeiten an gesezten Alpen, ZBJV

Dementsprechend wird die in Kuhrechte eingeteilte Alp auch im bernischen Recht als gesezte Alp bezeichnet (vgl. die Marginalie zu Art. 104 ff. EG ZGB).

Mit *Kuhrecht* – französisch *droit de vache*, italienisch *piede d'erba*, rätoromanisch *dret d'alp*⁴⁷ – bezeichnet werden allgemein «die durch Weidewirtschaft erzielten Ertragsmasse ... in der voralpin-alpinen Schweiz»⁴⁸. Der Einteilung der Alp in Kuhrechte liegt eine Schätzung des Ertrags zugrunde. Dementsprechend darf nur eine bestimmte Anzahl von Tieren auf die Alp getrieben werden, um diese nicht zu überlasten.⁴⁹ Das Kuhrecht stellt eine *Schätzungseinheit* dar, zu welcher der Weidegang von anderen Tieren wie Pferden, Ziegen, Schafen und Schweinen in Relation gesetzt wird.⁵⁰ Die Nutzungen aller Kuhrechtsberechtigten zusammen ergeben das Gesamtertragsvolumen der Alp.⁵¹

Für jedes Kuhrecht kann *in der Regel eine Kuh* auf der Alp gesömmert werden.⁵² Es kann aber auch vorkommen, dass auf einer Alp nicht ein Kuhrecht, sondern erst 1 1/4 Kuhrecht oder fünf Füsse zum Auftrieb einer Kuh berechtigen, etwa weil die Alp weniger Nutzen und damit Futter hergibt als früher oder weil die Kuhrasse grösser geworden ist und deshalb mehr Futter braucht.⁵³ Der umgekehrte Fall, dass die Anzahl Kuhrechte erhöht werden kann, ist selten, aber denkbar bei Erschliessung von neuem Weidegelände oder infolge intensiverer Bewirtschaftung der Alp. Allerdings besteht für das einzelne Alpengenossenschaftsmitglied keinerlei Veranlassung, die Bodenertragsfähigkeit zu erhöhen, da es in der Folge kaum eine höhere Anzahl von Kuhrechten erlangen kann. Nutzt der einzelne Landwirt die Alp in einem grösseren Umfang als er aufgrund seiner Kuhrechte befugt ist, nimmt er einen sog. «Überbesatz» vor und hat dessen Folgen zu tragen, d.h. er muss eine Busse bezahlen und das überschüssige Vieh ins Tal zurückbringen.⁵⁴ Eine Abweichung davon kann sich dann ergeben, wenn ein Kuhrechtsberechtigter gestützt auf ein ihm von der Alpkorporation eingeräumtes Baurecht nach Art. 675 ZGB eine Sennhütte mit einem Lager erstellt und sich in der Folge der Ertrag steigert. In solchen Fällen wird etwa eine Regelung getroffen, wonach sich der Hütteneigentümer im Rahmen einer Dienstbarkeit verpflichtet, das Vieh von nichthüttenbesitzenden Kuhrechtsberechtigten in seinem Stall

1949, S. 289 ff. (289); LIVER (Fn. 20), S. 191, Fn. 23; FLÜCK (Fn. 11), S. 4, m.w.H. in Fn. 8. Vgl. in diesem Sinne auch BGE 46 II 20.

⁴⁷ Siehe dazu sowie für weitere Begriffsvarianten ANNE-MARIE DUBLER, *Kuhrecht*, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D14194.php> (besucht am 10. Juni 2013).

⁴⁸ DUBLER (Fn. 47).

⁴⁹ GAUTSCHI (Fn. 46), S. 289 f.

⁵⁰ FLÜCK (Fn. 11), S. 5; vgl. auch KASSER (Fn. 46), S. 203, und GAUTSCHI (Fn. 46), S. 290.

⁵¹ GAUTSCHI (Fn. 46), S. 290.

⁵² Vgl. FLÜCK (Fn. 11), S. 5.

⁵³ GÖSCHKE (Fn. 18), S. 10.

⁵⁴ Zum Ganzen GAUTSCHI (Fn. 46), S. 290 f.; siehe auch HEROLD (Fn. 8), S. 63 f.

aufzunehmen, während er im Gegenzug den Mehrertrag des Bodens nutzen darf. Dazu wird ein *Weiderecht als Grunddienstbarkeit* zu Lasten der im Eigentum der Alpengenossenschaft stehenden Korporationsalp begründet. Dieser Lösung wird gegenüber der Zuweisung zusätzlicher Kuhrechte der Vorzug gegeben, weil der Einfluss des Berechtigten nicht grösser werden soll und die Steigerung der Ertragsfähigkeit nicht zwingend von Dauer ist.⁵⁵ Die Weidedienstbarkeit begründet das dingliche Recht, auf fremdem Grund und Boden Vieh zu weiden.⁵⁶ Dabei handelt es sich – im Gegensatz zum Kuhrecht⁵⁷ – um ein reines Sachenrecht, mit welchem keinerlei korporationsrechtliche Befugnis verbunden ist.⁵⁸ Hat die Alpkorporation den entsprechenden Beschluss gefasst,⁵⁹ so geht sie mit dem berechtigten Mitglied einen Dienstbarkeitsvertrag ein (Art. 732 ZGB).⁶⁰ Sollte der Bodenertrag später wiederum zurückgehen, sodass durch die Ausübung der Weidedienstbarkeit eine Übernutzung der Alp eintritt, kann die Ablösung der Dienstbarkeit beim Gericht verlangt werden (Art. 736 ZGB).⁶¹

2. Geschichtliches

Die privaten Alpkorporationen mit Alp- oder Kuhrechten als Teilrechten lassen sich auf *Erblehensgemeinschaften* zurückführen.⁶² Namentlich im Wallis und im Berner Oberland als den Ursprungsgebieten der Walser sowie in den von Walsern besiedelten Gegenden der Ostschweiz «ging die Entwicklung vom Erblehen zur Privatkorporation»⁶³.

Der Kanton Bern erliess im 19. Jahrhundert zur Regelung der Alprechte das *Gesetz über die Errichtung von Alpseybüchern* vom 21. März 1854.⁶⁴ Damit wurden für die in Kuhrechte eingeteilten Alpen in den damaligen Amtsbezirken Oberhasli, Interlaken, Frutigen, Schwarzenburg, Saanen, Obersimmental, Nidersimmental und Thun⁶⁵ je besondere Seybücher einge-

⁵⁵ Zum Ganzen GAUTSCHI (Fn. 46), S. 291 ff. Siehe zum Baurecht auf der Alpweide der Genossenschaft zur Errichtung einer Sennhütte auch GÖSCHKE (Fn. 18), S. 7 f.

⁵⁶ Der Inhalt des Weiderechts wird gemäss Art. 740 ZGB durch das kantonale Recht und den Ortsgebrauch bestimmt. Vgl. dazu näher für Bern GAUTSCHI (Fn. 46), S. 296 f.

⁵⁷ Zu dessen näheren rechtlichen Qualifikation IV.4.e) hienach.

⁵⁸ GAUTSCHI (Fn. 46), S. 294.

⁵⁹ Die erforderlichen Quoren ergeben sich aus Art. 103 Abs. 1 EG ZGB. Vgl. dazu und zu Verfügungen über das Alpgrundstück allgemein IV.4.c) hienach.

⁶⁰ Vgl. GAUTSCHI (Fn. 46), S. 302.

⁶¹ GAUTSCHI (Fn. 46), S. 297.

⁶² LIVER (Fn. 20), S. 180. Vgl. so mit Bezug auf Brienzer Alpengenossenschaften auch MICHEL (Fn. 9), S. 31 f.

⁶³ CARLEN (Fn. 3), S. 65. Siehe dazu auch schon II. hievor.

⁶⁴ Vgl. HUBER, System III (Fn. 29), S. 62, mit Wiedergabe der wesentlichen Gesetzesbestimmungen in Fn. 1.

⁶⁵ Obwohl im Gesetzestext nicht erwähnt, wurden nach JEAN-LUC NIKLAUS, Die Geschichte des Grundbuches im Kanton Bern, 1999, S. 22, Fn. 147, Seybücher in der Folge auch im Amtsbezirk Seftigen geführt.

führt (§ 1 und 2). «Das Seybuch bildet einen Bestandteil des Grundbuchs und hat gleiche Bedeutung und Beweiskraft. Die nach den Vorschriften dieses Gesetzes geschehene Eintragung in das Seybuch hat die Wirkungen der gerichtlichen Fertigung (S. 434 CG). Jede Eintragung ist von dem Amtsschreiber unter Angabe des Datums eigenhändig zu unterzeichnen» (§ 10).⁶⁶ Der Regierungsrat regelte die Einzelheiten in einer *Verordnung über die äussere Form der Seybücher und den auf dieselben bezüglichen Tarif* vom 3., 27., 29. Juli 1854.⁶⁷ Damit liess sich freilich bloss eine formell-grundbuchliche Vereinheitlichung erreichen. In materiell-rechtlicher Hinsicht bestand die Regelung weiterhin in einzelnen Bestimmungen des CGB für den Kanton Bern sowie vor allem in zahlreichen Statutarrechten und Gebräuchen.⁶⁸ Der bernische Gesetzgeber unterliess es, die Frage zu klären, ob bei gesezten Alpen Miteigentum der Anteilberechtigten oder aber Eigentum der Korporation bestehe.⁶⁹ Die bis zum Inkrafttreten des ZGB geltende Praxis qualifizierte die an einer gesezten Alp Anteilberechtigten in aller Regel als *Miteigentümer*.⁷⁰ Das altbernische Recht sah allerdings – im Gegensatz zum späteren ZGB – für das Miteigentum weder einen Aufhebungsanspruch noch ein Vorkaufsrecht vor.⁷¹

3. Die Privatrechtsvereinheitlichung im Bund und der echte Vorbehalt zugunsten des kantonalen Privatrechts für Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften (Art. 59 Abs. 3 ZGB)

Mit dem Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 ist die dem Bund 1898 für das gesamte Zivilrecht übertragene Gesetzgebungskompetenz⁷² ausgeschöpft und die *Privatrechtsvereinheitlichung in der Schweiz* verwirklicht worden.⁷³ Soweit allerdings das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält, sind die Kantone befugt, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben (Art. 5 Abs. 1 ZGB). Für Fortbestand oder Erlass eigentlichen

⁶⁶ HUBER, System III (Fn. 29), S. 62, Fn. 1. Siehe zum Ganzen weiter auch NIKLAUS (Fn. 65), S. 22.

⁶⁷ NIKLAUS (Fn. 65), S. 23, Fn. 149.

⁶⁸ KASSER (Fn. 46), S. 204 f.; NIKLAUS (Fn. 65), S. 23, m.w.H.

⁶⁹ KASSER (Fn. 46), S. 206.

⁷⁰ KASSER (Fn. 46), S. 204 ff.; NIKLAUS (Fn. 65), S. 23, m.w.H.; vgl. auch GÖSCHKE (Fn. 18), S. 7. Dazu allgemein schon III.3. hievor.

⁷¹ KASSER (Fn. 46), S. 206; NIKLAUS (Fn. 65), S. 23.

⁷² Vgl. für die Resultate der Abstimmung vom 13. November 1898 <http://www.admin.ch/ch/d/pore/va/18981113/index.html> (besucht am 14. Juni 2013).

⁷³ Nach der seither geltenden verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts grundsätzlich ausschliesslich und umfassend Sache des Bundes (Art. 122 Abs. 1 BV); Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV). Dazu STEPHAN WOLF, Berner Kommentar, 2012, N. 11 f. zu Art. 5 ZGB, m.w.H.

kantonalen Privatrechts ist ein sog. *echter Vorbehalt* vorzusetzen.⁷⁴ Die Gründe für die Verankerung derartiger echter Vorbehalte waren zum Einen die Respektierung örtlicher Partikularitäten und zum Anderen das Bestehen rechtspolitischer Kontroversen.⁷⁵

In die Kategorie der echten Vorbehalte zur *Berücksichtigung örtlicher Besonderheiten* fällt insbesondere Art. 59 Abs. 3 ZGB.⁷⁶ Nach dieser in unserem Zusammenhang näher interessierenden Norm verbleiben *Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften* unter den Bestimmungen des kantonalen Rechtes. Es handelt sich bei Art. 59 Abs. 3 ZGB um einen der wenigen *rein zuteilenden Vorbehalte*,⁷⁷ mit dem eine kantonale Gesetzgebungshoheit begründet wird.⁷⁸ Die Bestimmung überlässt ein ganzes privatrechtliches Teilgebiet ohne bundesrechtliche Vorgabe den Kantonen zur Normierung.⁷⁹ Sachlich ist der Verzicht auf die Rechtseinheit in diesem Gebiet damit gerechtfertigt, dass es um einen eng begrenzten Ausschnitt aus dem Privatrecht geht, für dessen Vereinheitlichung auch kein Bedürfnis bestanden hätte.⁸⁰

Im Sinne des soeben Gesagten erfasst der Vorbehalt von Art. 59 Abs. 3 ZGB nur Korporationen, die eine Nutzung des Grund und Bodens zum Zwecke haben und die mithin auf ein bestimmtes räumliches Gebiet und auf einen begrenzten Personenkreis eingeschränkt bleiben, wie das für Alpengenossenschaften der Fall ist.⁸¹ Vom Vorbehalt umfasst werden nicht nur Entstehung und Organisation der Körperschaft, sondern auch Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft sowie die Mitgliedschaftsrechte.⁸²

Innerhalb der Körperschaften i.S.v. Art. 59 Abs. 3 ZGB stellen die *Korporationen mit Teilrechten* eine besondere Kategorie dar. Bei ihnen ist die Mitgliedschaft vom Teilrecht abhängig, das seinerseits als selbständiges Recht zu qualifizieren ist und verkehrsfähig sein kann.⁸³ Die bernischen Alpengenossenschaften mit ihren Kuhrechten bilden solche Korporationen mit Teilrechten.⁸⁴

⁷⁴ WOLF (Fn. 73), N. 10 zu Art. 5 ZGB, m.w.H. Ausführlich zur derogatorischen Kraft des Bundesprivatrechts und zu den echten Vorbehalten zugunsten des kantonalen Privatrechts STEINAUER (Fn. 1), N. 165 ff.

⁷⁵ WOLF (Fn. 73), N. 54 zu Art. 5 ZGB; STEINAUER (Fn. 1), N. 171; je m.w.H.

⁷⁶ WOLF (Fn. 73), N. 57 zu Art. 5 ZGB.

⁷⁷ WOLF (Fn. 73), N. 80 zu Art. 5 ZGB, m.w.H.

⁷⁸ PETER LIVER, Berner Kommentar, 1962 (unveränderter Nachdruck 1966), N. 23 zu Art. 5 ZGB; WOLF (Fn. 73), N. 75 zu Art. 5 ZGB.

⁷⁹ STEINAUER (Fn. 1), N. 177; WOLF (Fn. 73), N. 65 zu Art. 5 ZGB.

⁸⁰ WOLF (Fn. 73), N. 81 zu Art. 5 ZGB; vgl. schon LIVER (Fn. 78), N. 33 zu Art. 5 ZGB.

⁸¹ FLÜCK (Fn. 11), S. 6, m.w.H. Siehe weiter auch WOLF (Fn. 73), N. 57 zu Art. 5 ZGB; eingehender RIEMER (Fn. 32), N. 72 Syst. Teil, m.w.H., namentlich auf die Materialien.

⁸² BGE 83 II 353, 355. Vgl. auch FLÜCK (Fn. 11), S. 6.

⁸³ FLÜCK (Fn. 11), S. 6; PETER LIVER, Zürcher Kommentar, 2. Auflage, 1980, N. 122 der Einleitung zu den Dienstbarkeiten.

⁸⁴ Dazu IV.4.b) und IV.4.e) hienach.

4. Die Regelung des kantonalbernerischen Rechts

a) Rechtsgrundlagen und Überblick

Der Kanton Bern hat die in Art. 59 Abs. 3 ZGB i.S.v. Art. 5 Abs. 1 ZGB echt vorbehaltene Gesetzgebungskompetenz genutzt. Er verleiht im *Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* vom 28. Mai 1911 (EG ZGB)⁸⁵ den Körperschaften nach kantonalem Recht und damit *Alpgenossenschaften* das *Recht der Persönlichkeit ohne Eintragung in das Handelsregister* durch die staatliche Genehmigung ihrer Statuten und Reglemente (Art. 20 Abs. 1 EG ZGB).⁸⁶ Für entsprechende Körperschaften, die beim Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 bereits bestanden haben, stellt die Vorlage der Statuten und Reglemente eine bloss deklaratorischen Charakter aufweisende Ordnungsvorschrift dar und ist mithin keine Voraussetzung für die Entstehung der Rechtspersönlichkeit (Art. 20 Abs. 3 EG ZGB).⁸⁷ Neben einem Teilungsausschluss an Alpen (Art. 102 EG ZGB) befasst sich ein besonderer Gesetzesabschnitt mit den Korporationsalpen (Art. 103 ff. EG ZGB); er ist weiter unterteilt in Verfügungen über die Alp (Art. 103 EG ZGB) und Gesezte Alpen (Art. 104 ff. EG ZGB). Für die gesezten Alpen ist eine besondere *Verordnung über das Seybuch* (SeyV)⁸⁸ erlassen worden, welche ursprünglich vom 29. Dezember 1911 datierte und in ihrer heute geltenden Fassung vom 20. November 2002 auch die Führung des Seybuchs mittels elektronischer Datenverarbeitung zulässt (vgl. Art. 2 Abs. 1 SeyV).

Enthält das kantonale Recht keine Regelung oder verweist es auf das Bundesprivatrecht⁸⁹, so gilt dieses als ergänzendes kantonales Recht.⁹⁰ Unmittelbar ist Bundesprivatrecht nur dann anwendbar, wenn Kuhrechte seinem Geltungsbereich unterstellt werden.⁹¹

b) Die Korporationsalp

Anlässlich der Arbeiten an der kantonalen Einführungsgesetzgebung zum ZGB beschloss der Grosse Rat, das System der Alpseybücher für in Kuhrechte eingeteilte Alpen beizubehalten. Allerdings fand im Kanton Bern nun eine *grundlegende Änderung des materiellen Rechts* der gesezten Alpen

⁸⁵ BSG 211.1.

⁸⁶ Vgl. zur Entstehungsgeschichte KASSER (Fn. 46), S. 207 ff.

⁸⁷ GÖSCHKE (Fn. 18), S. 5; FLÜCK (Fn. 11), S. 7, m.w.H. in Fn. 17.

⁸⁸ BSG 215.331.

⁸⁹ So Art. 103 Abs. 4 EG ZGB für die Verpfändung von gesezten Alpen, Art. 104 Abs. 3 EG ZGB für die Wirkungen der Eintragungen in das Seybuch, Art. 105 Abs. 3 EG ZGB für die Formvorschriften der Veräusserungs- und Verpfändungsverträge für Kuhrechte und allgemein Art. 3 SeyV für die Führung des Seybuchs.

⁹⁰ FLÜCK (Fn. 11), S. 7 f.

⁹¹ FLÜCK (Fn. 11), S. 8. Zur bundesprivatrechtlichen Regelung für Kuhrechte IV.4.e) i.f.

statt.⁹² Die gesezten Alpen werden im EG ZGB als *Korporationsalpen* bezeichnet.⁹³ Nach der neuen Ordnung⁹⁴ steht die Alp als Grundstück im Eigentum der Korporation, die ihrerseits eine *juristische Person des kantonalen Rechts* darstellt. Den einzelnen Alpgenossen stehen *Kuhrechte* zu, welche ein Mitgliedschaftsrecht an der Alpgenossenschaft und zugleich ein Nutzungsrecht bilden.⁹⁵ Mit dieser Neuordnung ergab sich auch ein Unterschied hinsichtlich der massgebenden Rechtsgrundlagen: Während das Miteigentum durch das ZGB bundesrechtlich geregelt wird, verbleiben die Korporationsalpen als «Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften» unter den Bestimmungen des kantonalen Privatrechts (Art. 59 Abs. 3 ZGB).⁹⁶ Die Grundstücke, welche als Korporationsalpen gelten, werden auf Gesuch der Gemeinden oder des Grundbuchamtes durch die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern bezeichnet (Art. 103 Abs. 2 EG ZGB).⁹⁷

c) Verfügungen über das Alpgrundstück

Ist die Alpkorporation alleinige Eigentümerin des Alpgrundstücks, so kann sie darüber grundsätzlich frei verfügen. Zu den allgemein für die Ausübung von Grundeigentum geltenden öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Beschränkungen kommen sich aus der besonderen Natur der Korporationsalpen ergebende *kantonalrechtliche Beschränkungen* hinzu.⁹⁸

Für die *Veräusserung, Verpfändung und Belastung mit Baurechten* von einer Korporation gehörenden Alpgrundstücken bedarf es der Zustimmung von zwei Dritteln der an der Versammlung anwesenden Anteilhaber, die zugleich über mindestens zwei Drittel der an der Versammlung vertretenen Kuhrechte verfügen (Art. 103 Abs. 1 EG ZGB). Für die *Errichtung von anderen Dienstbarkeiten, Grundlasten oder Vormerkungen* sind demgegenüber die ordentlichen Regeln über die Beschlussfassung entsprechend den Statuten der Alpgenossenschaft massgebend.⁹⁹

Weiter bleibt für Alpgrundstücke das *Verbot der Teilung* vorbehalten (Art. 103 Abs. 3 EG ZGB). Bei Korporationsalpen oder -weiden ist die Teilung ausgeschlossen (Art. 102 EG ZGB). Eine Ausnahme vom Teilungsver-

⁹² NIKLAUS (Fn. 65), S. 64. Vgl. auch schon GÖSCHKE (Fn. 18), S. 6, und ausführlich KASSER (Fn. 46), S. 207 ff.

⁹³ So die Marginalie vor Art. 103 ff. EG ZGB.

⁹⁴ Die altrechtliche Praxis betrachtete die Anteilhaber an einer gesezten Alp in aller Regel als Miteigentümer am Genossenschaftsgut; dazu IV.2. hievior.

⁹⁵ Dazu näher IV.4.e) hienach.

⁹⁶ Zum Ganzen NIKLAUS (Fn. 65), S. 64. Anders gesagt war ein Fortbestehen einer kantonalrechtlichen Regelung nach Inkrafttreten des ZGB überhaupt nur noch möglich unter Aufgabe der bisherigen Konzeption des Miteigentums; vgl. KASSER (Fn. 46), S. 207.

⁹⁷ Vgl. auch FLÜCK (Fn. 11), S. 13.

⁹⁸ FLÜCK (Fn. 11), S. 8.

⁹⁹ Zum Ganzen auch FLÜCK (Fn. 11), S. 8 f.

bot besteht dann, wenn nicht mehr als sechs Alpberechtigte vorhanden sind und mit Beschluss von zwei Dritteln der Anteilhaber, die zugleich über mindestens zwei Drittel der Kuhrechte verfügen, auf die Führung des Seybuchs verzichtet wird; diesfalls stehen die Rechtsverhältnisse an der Alp unter den Bestimmungen des Miteigentums (Art. 106 Abs. 2 EG ZGB; Art. 16 SeyV). Mithin ist dann das ZGB als Bundesprivatrecht anwendbar und nicht mehr das kantonale Privatrecht.¹⁰⁰

Für die *Verpfändung* von gesezten Alpen gelten die Vorschriften über das Miteigentum (Art. 103 Abs. 4 EG ZGB). Mit dem Erlass dieser Bestimmung hat der Kanton Bern die ihm gestützt auf den echten, rein zuteilenden Vorbehalt von Art. 796 Abs. 2 ZGB¹⁰¹ für die Verpfändung von Korporationsgütern zustehende Kompetenz zur Setzung von kantonalem Privatrecht ausgenutzt.¹⁰² Mit «Körperschaften» i.S.v. Art. 796 Abs. 2 ZGB sind «Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften» gemäss Art. 59 Abs. 3 ZGB gemeint.¹⁰³ Aufgrund des Verweises in Art. 103 Abs. 4 EG ZGB gilt für die Verpfändung gesezter Alpen die Sonderbestimmung von Art. 648 Abs. 3 ZGB und im Weiteren Art. 812 Abs. 2 ZGB. Die analoge Anwendung dieser bundesrechtlichen Bestimmungen hat zur Folge, dass das Alpgrundstück als solches nicht mehr mit Grundpfandrechten oder Grundlasten belastet werden kann, wenn Pfandrechte an den Kuhrechten bestehen,¹⁰⁴ es sei denn, sämtliche Gläubiger von Pfandrechten an den Kuhrechten stimmten schriftlich zu; für andere Belastungen des Alpgrundstücks ist diese Zustimmung nicht erforderlich (Art. 8 Abs. 2 SeyV).¹⁰⁵

d) Das Seybuch

Sind Alpgrundstücke in Kuhrechte eingeteilt, so wird vom Grundbuchamt ein Seybuch geführt (Art. 104 Abs. 1 EG ZGB).¹⁰⁶ Das Seybuch bildet einen *Bestandteil des Grundbuches*, die Eintragungen in das Seybuch haben für die Kuhrechte die gleichen Wirkungen wie die Eintragungen in das Grundbuch (Art. 104 Abs. 3 EG ZGB). Das Seybuch bezweckt die *Schaffung transparenter Rechtsverhältnisse an Kuhrechten* und die *Förderung der Negotiabilität* an ihnen.¹⁰⁷ Es wird als *kantonales Sonderregister* geführt.¹⁰⁸

¹⁰⁰ KASSER (Fn. 46), S. 211; FLÜCK (Fn. 11), S. 9, m.H.

¹⁰¹ Dazu WOLF (Fn. 73), N. 80 zu Art. 5 ZGB.

¹⁰² FLÜCK (Fn. 11), S. 8.

¹⁰³ BERNHARD TRAUFFER/CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB, 4. Auflage, 2011, N. 12 zu Art. 796 ZGB; vgl. auch ARNOLD (Fn. 32), S. 58.

¹⁰⁴ Zur Verpfändung von Kuhrechten siehe IV.4.e)aa. hienach.

¹⁰⁵ Zum Ganzen FLÜCK (Fn. 11), S. 9 f., m.w.H.

¹⁰⁶ Eine Ausnahme besteht unter den Voraussetzungen von Art. 106 Abs. 2 EG ZGB. Vgl. Näheres bei FLÜCK (Fn. 11), S. 13; siehe dazu weiter schon KASSER (Fn. 46), S. 209.

¹⁰⁷ FLÜCK (Fn. 11), S. 2.

¹⁰⁸ FLÜCK (Fn. 11), S. 7; vgl. auch ARNOLD (Fn. 32), S. 74.

Als Register des kantonalen Rechts wird das Seybuch von Art. 9 ZGB nicht erfasst, wohl aber fällt es in den Anwendungsbereich von Art. 179 ZPO und verfügt dadurch über erhöhte Beweiskraft.¹⁰⁹ Alle Einzelheiten ergeben sich aus der Verordnung über das Seybuch (SeyV).

e) Kuhrechte

aa. Allgemeines

Der *Erwerb* der Kuhrechte und dinglicher Rechte an solchen bedarf der Eintragung in das Seybuch (Art. 105 Abs. 1 EG ZGB). Kuhrechte können *veräussert* und *verpfändet* werden, doch ist eine Verteilung unter einem Viertel Kuhrecht untersagt (Art. 105 Abs. 2 EG ZGB). Die Veräusserungs- und Verpfändungsverträge bedürfen der *öffentlichen Beurkundung*, soweit dies das Bundesrecht im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften vorschreibt (Art. 105 Abs. 3 EG ZGB).

bb. Rechtliche Qualifikation

Die rechtliche Qualifikation der Kuhrechte war während langer Zeit *kontrovers*. Im alten kantonalbernischen Recht wurden Kuhrechte als Miteigentumsanteile verstanden.¹¹⁰ Der bernische Gesetzgeber hat sich alsdann in der Einführungsgesetzgebung zum ZGB dafür entschieden, dass die Alp der Alpkorporation als juristischer Person zu Eigentum gehört und dass die Kuhrechte ihrerseits Teilrechte daran bilden.¹¹¹ Die Schwierigkeiten der Qualifikation von Kuhrechten lagen darin, dass sie sowohl *Mitgliedschaftsrechte in der Korporation* als auch *Nutzungsrechte am Korporationsgut*¹¹² vermitteln.¹¹³ Das Kuhrecht ist kein Nutzungsrecht an eigener Sache, weil das Alpgrundstück im Eigentum der Alpkorporation steht,¹¹⁴ es ist aber auch nicht eigentlich ein Nutzungsrecht an fremder Sache (*ius in re aliena*), sondern in erster Linie ein *Mitgliedschaftsrecht, das auch ein Nutzungsrecht verleiht*.¹¹⁵ Nach der herrschenden Lehre liegt kein dingliches Recht vor, sondern ein verselbständigtes Mitgliedschaftsrecht.¹¹⁶ Die Mitgliedschaft lässt sich nur mittels

¹⁰⁹ Vgl. WOLF (Fn. 73), N. 28 und 15 zu Art. 9 ZGB.

¹¹⁰ Vgl. BGE 46 II 20, 22 f. Siehe dazu auch IV.2. hievor.

¹¹¹ LIVER (Fn. 20), S. 190. Dazu auch schon IV.4.b. hievor.

¹¹² Der Umfang der Nutzung richtet sich dabei nach Statuten, Reglementen, Gewohnheitsrecht und Genossenschaftsbeschlüssen; vgl. FLÜCK (Fn. 11), S. 11.

¹¹³ Vgl. FLÜCK (Fn. 11), S. 11.

¹¹⁴ ROBERT HAAB UND ANDERE, Zürcher Kommentar, 2. Auflage, 1977, N. 22 zu Art. 655 ZGB.

¹¹⁵ FLÜCK (Fn. 11), S. 11.

¹¹⁶ LIVER (Fn. 83), N. 123 der Einleitung zu den Dienstbarkeiten; LIVER (Fn. 20), S. 190; FLÜCK (Fn. 11), S. 12. Vgl. auch HAAB (Fn. 114), wonach dieses Mitgliedschaftsrecht freilich neben den persönlichen Mitgliedschaftsbefugnissen auch gegenständliche Rechte in

Erwerbs eines Teilrechts erlangen, und sie kann durch Rechtsgeschäft, Erbgang usw. übertragen werden.¹¹⁷

Mit der erfolgten Qualifikation als Mitgliedschaftsrecht ohne dinglichen Charakter stellte sich die anschliessende Frage, ob für die *Verfügung über das Kuhrecht* als Teilrecht an der Alpkorporation das Immobiliarsachenrecht oder aber die Vorschriften über die Forderungen und Rechte, die nicht in das Grundbuch aufgenommen werden können, massgebend sein sollten.¹¹⁸ Der bernische Gesetzgeber hat sich in Art. 104 EG ZGB mit der Einführung eines Seybuches zugunsten der *Anwendung der Vorschriften über Grundstücke* entschieden.¹¹⁹ Ermöglicht wird dies durch die bundesprivatrechtliche Bestimmung des Art. 655 ZGB, wonach unter den Begriff des Grundstücks – in deutschrechtlicher Tradition – nicht nur Liegenschaften fallen, sondern auch die Bergwerke und die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte. Diese Rechte werden mithin durch Aufnahme in das Grundbuch hinsichtlich des Rechtsverkehrs den Grundstücken gleichgestellt (sog. *Verliegenschaftung von Rechten*). Art. 655 ZGB lässt zu, dass ihm durch kantonales Recht auch Rechte nicht dinglicher Art, welche selbständig und dauernd sind, unterstellt werden.¹²⁰ Die den Mitgliedern einer Genossenschaft mit Teilrechten an deren Grundstücken zustehenden Nutzungsrechte – wie Alprechte, Weiden, Stösse, Kuhrechte, Seyrechte – können demnach im Grundbuch aufgenommen werden und im Rechtsverkehr wie Grundstücke behandelt werden.¹²¹ Die im Recht des Kantons Bern vorgesehene Aufnahme der Kuhrechte in das Seybuch erlaubt eine solche grundstücksgleiche Behandlung dieser Rechte, ohne dass sie damit zu dinglichen Rechten würden. Kuhrechte sind insofern als *selbständige und dauernde Rechte des kantonalen Rechts* zu qualifizieren.^{122 123}

Teilweise werden Kuhrechte von einer besonderen *bundesprivatrechtlichen Regelung* erfasst, nämlich im landwirtschaftlichen Bodenrecht des Bundes. Anteils- und Nutzungsrechte an Alpen, die im Eigentum von Alpengenossenschaften stehen, gelten als landwirtschaftliche Grundstücke (Art. 6 Abs. 2

sich schliesst, indem es dem Berechtigten Nutzungen gewährt. A.M. noch die früheren Autoren GÖSCHKE (Fn. 18), S. 7, und GAUTSCHI (Fn. 46), S. 289, welche die Alprechte der Korporationsmitglieder als dingliche Rechte auf Nutzung der Alpweide qualifizieren.

¹¹⁷ LIVER (Fn. 83), N. 122 der Einleitung zu den Dienstbarkeiten. Weiter FLÜCK (Fn. 11), S. 6 f.

¹¹⁸ LIVER (Fn. 20), S. 191.

¹¹⁹ LIVER (Fn. 20), S. 191.

¹²⁰ Zum Ganzen LIVER (Fn. 20), S. 194 f.

¹²¹ TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 103), N. 14 zu Art. 796 ZGB, m.w.H.

¹²² Vgl. so etwa die Überschriften bei HAAB (Fn. 114), N. 21 zu Art. 655 ZGB, HERMANN LAIM, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB, 4. Auflage, 2011, N. 19 zu Art. 655 ZGB; weiter HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Bd. I, 3. Auflage, 2007, Rz. 1052; STEINAUER, Tome II (Fn. 2), N. 1509c.

¹²³ Zum Ganzen auch FLÜCK (Fn. 11), S. 12, m.w.H. in Fn. 33.

BGBB). Demnach stellen sämtliche in bernischen Seybüchern eingetragenen Kuhrechte *Grundstücke im Sinne des BGBB* dar,¹²⁴ unabhängig davon, ob sie zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören oder nicht. Denn der Kanton Bern hat von der Ausnahmemöglichkeit von Art. 5 lit. b BGBB – wonach die Kantone die Anwendung des BGBB auf Anteils- und Nutzungsrechte an Alpen, die im Eigentum von Alpenossenschaften stehen, ausschliessen können, es sei denn, diese Rechte gehören zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe, für das die Bestimmungen dieses Gesetzes über die landwirtschaftlichen Gewerbe gelten – keinen Gebrauch gemacht.¹²⁵ Im Weiteren gelten für die Pacht von Nutzungs- und Anteilsrechten die Bestimmungen über die Pacht von landwirtschaftlichen Grundstücken (Art. 1 Abs. 3 LPG).

V. Schlussbemerkungen

Kuhrechte an gesezten Alpen bestehen auch heute in verschiedenen Landesgegenden der Schweiz.¹²⁶ Im Berner Oberland werden Kuhrechte teilweise für erhebliche – um 1990 für fünfstellige – Beträge veräussert, und namentlich Regionalbanken gewähren Bankkredite gegen ihre Verpfändung, welche zu meist in Kombination mit derjenigen von landwirtschaftlichen Liegenschaften erfolgt. Dank der weitsichtigen Optik des seinerzeitigen Gesetzgebers, der mit Art. 59 Abs. 3 ZGB einen echten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Privatrechts statuiert hat, *bilden gesezte Alpen mit Kuhrechten im Rechts- und Wirtschaftsleben verschiedener Landesteile*, unter anderem im Berner Oberland, *weiterhin eine feste Grösse*, und sie vermögen nach wie vor verschiedene praktische Bedürfnisse der Bewirtschaftung von Alpen zu erfüllen.

¹²⁴ Dies obwohl sie nach dem Gesagten nicht Grundstücke sind. Siehe dazu auch EDUARD HOFER, Art. 6 BGBB, in: Schweizerischer Bauernverband, Treuhand und Schätzungen (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Auflage, 2011, N. 3 zu Art. 6 BGBB.

¹²⁵ Zum Ganzen auch FLÜCK (Fn. 11), S. 12.

¹²⁶ Vgl. auch DUBLER (Fn. 47).