
„Unendliche Streitigkeiten“?

Zu Konflikten um das Gemeindegut im Mitteleuropa des 19. Jahrhunderts

Univ.-Prof. DDr. Martin P. Schennach MAS



Verfasser:

Univ.-Prof. DDr. Martin P. Schennach MAS

geb. 1975 in Innsbruck; Doktorate aus Rechtswissenschaft und Geschichtswissenschaft (Promotion sub auspiciis Praesidentis); Mitglied des Instituts für österreichische Geschichtsforschung in Wien (62. Ausbildungskurs 1998–2001); Habilitationen aus „Rechtsgeschichte“ (2008) sowie aus „Österreichischer Geschichte“ (2011); 2001–2002 Univ.-Ass. am Institut für österreichische Geschichtsforschung in Wien, 2002 bis 2011 tätig beim Amt der Tiroler Landesregierung (Abt. Tiroler Landesarchiv); 2009 und 2012 längere Forschungsaufenthalte am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main; seit 1. Oktober 2012 Universitätsprofessor für Rechtsgeschichte in Innsbruck; mehrere Wissenschaftspreise (u. a. Preis des Deutschen Rechtshistorikertags, Preis des Fürstentums Liechtenstein für wissenschaftliche Forschung an der Universität Innsbruck, Leopold Kunschak-Wissenschaftspreis, Preis der Landeshauptstadt Innsbruck für wissenschaftliche Forschung).

„Unendliche Streitigkeiten“? Zu Konflikten um das Gemeindegut im Mitteleuropa des 19. Jahrhunderts¹

Univ.-Prof. DDr. Martin P. Schennach MAS

I Einleitung

„Es giebt (!) keinen anderen Gegenstand [...], welcher überhaupt die Gemüther der Landleute so sehr zu erregen, sie zu festen Parteien zu gruppieren und gelegentlich erbitterte Kämpfe zu veranlassen vermag, wie die Fragen, die sich an die Art der Allmendnutzung knüpfen.“ Diese Befundaufnahme stammt nicht etwa aus dem Tirol der Gegenwart, sondern wurde vor weit mehr als hundert Jahren von August von Miaskowski mit Blick auf die Schweizer Verhältnisse geäußert.² Seine Diagnose der besonderen Konflikthäufigkeit bei Fragen rund um die Nutzung des Gemeindeguts fügt sich in einen ganzen Chor einschlägiger Stellungnahmen von deutschsprachigen Juristen des 19. Jahrhunderts ein, die nahezu einhellig die auf die vermeintlich ungenügende und unklare Rechtslage zurückgehenden „erbittertsten Streitigkeiten“³ zwischen (politischen) Gemeinden und Nutzungsberechtigten ausmachten. Auch das dem Aufsatz vorangestellte Quellenzitat ist (leicht normalisiert) einer solchen Feststellung entnommen, indem 1845 Achilles Renaud die „Veranlassung unendlicher Streitigkeiten“ monierte, „welche sich nicht blos (!) in unzähligen [...] Processen verwirklichen, sondern auch öfter in Thätlichkeiten zwischen Bürgern und Rechtsame-Besitzern sich Luft machen.“⁴ Tatsächlich beschränkte sich die Konfliktaustragung keineswegs immer auf den politischen

Diskurs oder die rechtliche Streitbeilegung, sondern barg ein erhebliches Eskalationspotential. Einzigartig waren dabei wohl die Konflikte im Kanton Schwyz in den dreißiger und vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts, die nicht nur in wechselseitigen, mittels Flugschriften verbreiteten heftigsten Polemiken der Akteure ihren Niederschlag fanden, sondern die in einer Tausende Beteiligte involvierenden Massenschlägerei auf der Schwyzer Landsgemeinde 1838 kulminierten, die schließlich eine Bundesintervention zur Aufrechterhaltung der kantonalen Handlungsfähigkeit auslöste.⁵ Vor diesem rechtshistorischen Hintergrund überrascht es kaum, dass das Gemeindegut noch heute als eine „politisch und juristisch heftig umstrittene Materie“⁶ bezeichnet wird. Auch in der Schweiz waren und sind die regional variierend als „Bürgergemeinden“, „Zivilgemeinden“, „Tagwen“ oder „Bäuerte“ bezeichneten, den Agrargemeinschaften vergleichbaren Korporationen immer wieder im Kreuzfeuer der Kritik. Diese machte sich speziell am sogenannten Burgernutzen als vermeintlicher Privilegierung eines Teils der Gemeindebewohner fest.⁷ Im politisch-öffentlichen Diskurs betonen die Vertreter der Bürgergemeinden (und hier ist wohl ein Unterschied zu Tirol zu sehen) heutzutage überwiegend deren Wirken zugunsten des Gemeinwohls in Ergänzung zu den politischen Gemeinden.⁸ Dessen ungeachtet wurden 2006 im Kanton Zürich die Zivilgemeinden und 2011 im Kanton

¹ Bei den folgenden Ausführungen handelt es sich um eine Zusammenfassung der Antrittsvorlesung des Verfassers an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Leopold-Franzens-Universität am 27. Juni 2013 sowie einschlägiger früherer Veröffentlichungen (*Schennach*, Das Provisorische Gemeindegesetz 1849 und das Reichsgemeindegesetz 1862 als Zäsur? Reflexionen zum österreichischen Gemeindebegriff im 19. Jahrhundert, in: Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 2012, 369; *Schennach*, Zwischen Partizipation und Exklusion? Rechtliche Nutzungsregime am Gemeinschaftsgut im Alpenraum aus rechtshistorischer Perspektive, in: *Schumacher/Zimmermann* (Hg.), 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof. Festschrift für Gert Delle Karth (2013) 795). Es handelt sich um eine für ein breiteres Zielpublikum adaptierte Version, d. h. der Fußnotenapparat ist bewusst restringiert, weshalb Eigenzitate des Verfassers aus den erwähnten Aufsätzen auch nicht durch Anführungszeichen, sondern nur durch Verweise ausgeworfen sind; die elaborierte wissenschaftliche Fassung der Antrittsvorlesung wird in der „Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte“ erscheinen, entweder in Heft 3/4 2014 oder in Heft 1/2 2015. Die Antrittsvorlesung selbst kann auf der Homepage der Universität gestreamt werden (http://streaming.uibk.ac.at/medien/c102/c1021081/m_schennach/index.html).

² *Miaskowski*, Socialpolitisches aus den Schweizer Alpen, in: *Miaskowski*, Agrarpolitische Zeit- und Streitfragen. Vorträge, Referate und Gutachten (1889) 1 (23).

³ *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht I: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft (1868) (Nachdruck 1954) 686.

⁴ *Renaud*, Die Gemeindegutnutzungen, insbesondere die Realgemeinderechte, in ihrer geschichtlichen Entwicklung und rechtlichen Natur betrachtet, mit vorzüglicher Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse, in: *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* 1845, 1 (71).

⁵ *Horat*, Art. „Hörner- und Klauenstreit“, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* VI (2007) 475 f; Meyerhans, Der Kanton Schwyz 1798 bis 1848 (1998) 67 ff.

⁶ *Bußjäger*, Ein Gesetz über das Gemeindegut in Vorarlberg!, in: *Montfort* 1998, 148 (149).

⁷ Vgl. *Rieder*, Netzwerke des Konservatismus. Berner Bürgergemeinde und Patriziat im 19. und 20. Jahrhundert (2008) 76 ff; allgemein *Patry*, Das bedingungslose Grundeinkommen in der Schweiz. Eine republikanische Perspektive (2010) 228 f.

⁸ Geradezu exemplarisch wird dies durch einen auf einer Tagung des Schweizerischen Verbandes der Bürgergemeinde und Korporationen im Jahr 2007 gehaltenen Vortrag verdeutlicht, vgl. *Bucheli*, Visionen und Aufgaben der Bürgergemeinden – Thesen für einen Weg in die Zukunft, e-text auf http://www.svbk.ch/informationen/seminar/2007/Visionen_Aufgaben_Buergergemeinden-Bucheli-07-10-26.pdf [besucht am 31. Januar 2013].

Glarus die Tagwen aufgehoben und mit den politischen Gemeinden vereinigt.⁹

So präsentieren sich die in Tirol im letzten halben Jahrzehnt sehr entschieden und mit starker Emotionalisierung auf beiden Seiten ausgetragenen Konflikte um die sogenannten Gemeindegutsagrargemeinschaften¹⁰ als durchaus nicht außergewöhnliche Ausprägungen von juristisch ausgetragenen Inklusions- respektive Exklusionsbestrebungen.

Allerdings soll in der folgenden rechtshistorischen Darstellung der Fokus weder auf Tirol noch auf Österreich gelegt, sondern eine rechtshistorisch-rechtsvergleichende mitteleuropäische Perspektive gewählt werden: Die grundsätzlichen Problemlagen bei der Behandlung des Gemeindeguts, mit denen sich die Gemeindegesetzgeber im Untersuchungsraum, d. h. in den Staaten des Deutschen Bundes und in den Schweizer Kantonen konfrontiert sahen, waren nämlich durchwegs vergleichbar. Daran ändert auch die aus dem größeren zeitlichen und räumlichen Horizont der Fragestellung resultierende Materialfülle nichts, die zu einer Fokussierung auf wesentliche Entwicklungslinien zwingt: Allein in Preußen gab es nicht nur im Verlauf des 19. Jahrhunderts mehrere Gemeindeordnungen, überdies blieb es durchgehend bei der gesonderten normativen Regelung von Land- und Stadtgemeinden. Zudem gab es eine Vielzahl eigener Gesetze für einzelne preußische Landesteile, wie z. B. für Hohenzollern, Westfalen oder die Rheinprovinz,¹¹ von der Fülle kantonaler Gemeindegesetze in der Eidgenossenschaft ganz zu schweigen.¹²

Eine nähere Beschäftigung mit der rechtshistorischen Dimension des Gemeindeguts erscheint dabei in mehrererlei Hinsicht von Interesse.¹³ Aus wissenschaftlicher Sicht erweist sich die Gemengelage des Problemfelds zwischen öffentlichem und Privatrecht als besonders spannend. Zudem präsentiert sich die rechtliche Normierung von Nutzungen am Gemeindegut aus rechtshistorischer Sicht als Musterbeispiel der Wechselwirkung von Recht und sozialen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen, als idealtypischer Anwendungsfall eines „Kampfes ums Recht“ im Sinne von Rudolf Jhering,¹⁴ bei dem einander widerstreitende Interessen einer immer wieder neu auszuhandelnden Austarierung durch das Recht bedürfen. Dass sich die Darstellung schwerpunktmäßig mit dem 19. Jahrhundert beschäftigt, liegt in mehreren Ursachen begründet; schließlich sind aktuelle Konfliktlagen maßgeblich durch die damaligen Vorgänge (mit)bedingt, zumal beispielsweise in Tirol zahlreiche Akteure zur Legitimation des eigenen Standpunkts die Rechtshistorie heranziehen und sich die im 19. Jahrhundert auszumachenden Differenzen sowie die damals ventilierten Argumentationsstrategien nur graduell von den heutigen unterscheiden.¹⁵

Eine rechtshistorisch-rechtsvergleichende Betrachtung vermag überdies unterschiedliche Lösungswege zu identifizieren, die vor dem Hintergrund von Ressourcenknappheit und im Spannungsfeld divergierender Interessen den Zugang zum Gemeindegut regelten. Zugleich ermöglichen es vertiefte rechtshistorische Kenntnisse, gegenwärtige Vorgänge in ihrer vermeintlichen Einzigartigkeit zu relativieren.¹⁶

⁹ Vgl. *Laupper*, Art. „Tagwen“, in: *Historisches Lexikon der Schweiz XII* (noch nicht erschienen, verfügbar als e-text auf <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9822.php>>); Zur Diskussion der Fusion der Bürgergemeinden mit den politischen Gemeinden auch schon *Frijo*, *Die Bürger- und Korporationsgemeinde im Kanton Zug* (1971) 174 f.; *Sigg*, Art. „Zivilgemeinde“, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* (noch nicht erschienen, verfügbar als e-text unter <<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D26444.php>>).

¹⁰ Aus rechtshistorischer Sicht hierzu u. a. *Siegl/Schermer*, *Societal and Political Problems of Agricultural Associations in Tyrol/Austria: User Rights vs. Ownership*, in: *Digital Library of the Commons*, e-text auf <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/1477/Siegl_208801.pdf?sequence=1>; *Siegl*, *Der „größte Kriminalfall seit 1945“ oder legitime Sicherung der „alten Rechte“? Eine historische Betrachtung der Tiroler Agrargemeinschaften unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten „Gemeindegutsagrargemeinschaften“*, in: *Österreich in Geschichte und Literatur* (mit Geographie) 2/2010, 110; mehrere Beiträge in den Sammelbänden *Kohl/Oberhofer/Pernthaler* (Hg.), *Die Agrargemeinschaften in Tirol. Beiträge zur Geschichte und Dogmatik* (2010); *Kohl/Oberhofer/Pernthaler/Raber* (Hg.), *Die Agrargemeinschaften in Westösterreich. Gemeinschaftsgut und Einzeleigentum* (2012); zu geltendrechtlichen Aspekten neben den angeführten Sammelbänden u. a. *Morscher*, *Gemeindenutzungsrechte am Gemeindegut*, in: *Zeitschrift für Verwaltung* 1982, 4; *Morscher*, *Neues vom Gemeindegut*, in: *Morsak* (Hg.), *Festgabe für Kurt Ebert zum 60. Geburtstag* (2002) 167; *Morscher*, *Gemeindegutsagrargemeinschaften*, in: *Egger/Kabbe* (Hg.): *Aspekte der Rechtsgeschichte und der Gesellschaftspolitik in Tirol, Österreich und weltweit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Kurt Ebert* (2013) 105 (dieser Aufsatz erschien im April 2013 auch als Sonderausgabe der *Tiroler Gemeindezeitung*); einen kurzen Überblick bietet *Bachler/Haunolt*, *Bodenreformrecht*, in *Norer* (Hg.), *Handbuch des Agrarrechts*² (2012) 559 (598 ff).

¹¹ Vgl. *Thiel*, *Gemeindliche Selbstverwaltung und kommunales Verfassungsrecht im neuzeitlichen Preussen (1648–1947)*, in: *Die Verwaltung* 2002, 25 ff; *Stein*, *Die Verwaltungslehre I*² (1869) 302 ff; *Weiske*, *Sammlung der neueren deutschen Gemeindegesetze. Nebst einer Einleitung: Die Gemeinde als Corporation* (1848); *Rönne*, *Das Staats-Recht der Preussischen Monarchie*² II/1 (1864) 451 f.

¹² Vgl. nur ausführlich *Caroni*, *Le origini del dualismo comunale svizzero: Genesi e sviluppo della legislazione sui comuni promulgata dalla Repubblica Elvetica, con speciale riguardo allo sviluppo ticinese* (1964); *His*, *Geschichte des neuern (sic) Schweizerischen Staatsrechts I: Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte* (1920) 138 ff; ferner *Ladner*, Art. „Gemeinde“, in: *Historisches Lexikon der Schweiz V* (2006) 186 (189 f).

¹³ Zum Folgenden auch schon *Schennach*, *Rechtliche Nutzungsregime* 800 ff.

¹⁴ Vgl. *Jhering*, *Der Kampf ums Recht*⁶ (1981) bes. 9 f.

¹⁵ So auch schon *Kohl*, *Gemeinde- oder Gemeinschaftsgut*, in: *Kohl/Oberhofer/Pernthaler/Raber* (Hg.), *Die Agrargemeinschaften in Westösterreich. Gemeinschaftsgut und Einzeleigentum* (2012) 1 (9).

¹⁶ Siehe auch *de Moor*, *Von der Allmende zu den globalen commons: Eine historische Analyse interdisziplinärer Annäherungen an die commons*, in: *juridikum* 2/2012, 186 (197).

II Regelungsregime und Konflikte bis zum 18. Jahrhundert

Eines gilt es sich nämlich stets vor Augen zu halten: Konflikte rund um die Nutzung des Gemeindeguts waren in ganz Kontinentaleuropa nicht zeitweilige Ausnahmeerscheinungen, sondern der Regelfall, der zur flexiblen Adaption bestehender Nutzungsregime führte. Die Fronten bei derartigen Auseinandersetzungen waren und sind klar verteilt: Die Nutzungsberechtigten streben nach dauerhafter Exklusion Außenstehender, während die bislang nicht partizipierenden Bevölkerungsteile auf Teilhabe drängen.

Es verhält sich eben nicht so, wie jüngere Studien nahelegen,¹⁷ dass vor der Gemeindegesetzgebung des 19. Jahrhunderts ausschließlich die Eigentümer bestimmter bäuerlicher Güter gleichsam seit grauer Vorzeit am Gemeindegut nutzungsberechtigt gewesen wären, alle anderen hingegen nicht. Eine solche Darstellung verkennt die große Dynamik und Flexibilität, die dem frühneuzeitlichen rechtlichen Nutzungsregime am Gemeindegut zu eigen war.

Natürlich kam es mit zunehmendem Bevölkerungsdruck und der daraus resultierenden Ressourcenverknappung zwischen dem 15. und 17. Jahrhundert zu rechtlichen Abschließungstendenzen, die etwas vereinfachend zwei Prinzipien folgen konnten.¹⁸

Nach dem im Südwesten des deutschsprachigen Gebiets dominierenden Personalprinzip wurde die Zahl der Gemeindeglieder für geschlossen erklärt: An der Allmende zu partizipieren berechtigt war fortan nur mehr der alteingesessene Gemeindegensosse oder dessen (ehelich gezeugte) Nachkommenschaft, Zuzügler erwarben hingegen nicht mehr oder nur durch Zahlung eines sogenannten Einkaufsgeldes den Status eines nutzungsberechtigten Gemeindeglieds. Gemäß dem Realprinzip erfolgte die Bindung der Nutzungsrechte an Grundeigentum, wobei die konkrete Ausgestaltung dieser Zugangsbeschränkung zum Gemeindegut regional und lokal sehr variabel ausgestaltet sein konnte. Darüber hinaus waren weitere Beschränkungen der Nutzung gängig, z. B. das Verbot bestimmter Nutzungsarten wie der Waldweide. Allerdings

kann auch diese Art der Beschränkung des Zugangs zum Gemeindegut sehr unterschiedlich ausgestaltet sein: teils ist so eine Limitierung des Bezugs auf den Eigenbedarf (den Haus- und Hofbedarf) auszumachen, teils wurde jedem Gemeindegensossen unabhängig vom Umfang seines Liegenschaftseigentums dasselbe Quantum an Allmendnutzung zuteil.

Welcher Regelungsmechanismus in concreto in einer Gemeinde gewählt wurde bzw. sich herausbildete, hing nicht zuletzt mit den sozialen Verhältnissen vor Ort zusammen, waren doch entsprechende Regelungskomplexe zumeist höchst umstritten. Allerdings kommt es auch bei einer Umschreibung des Kreises der Teilnahmeberechtigten nach dem Realprinzip nie zu einer vollständigen Abschließung. Insbesondere konnte es gar nicht zu einer dauerhaften Exklusion von größeren Bevölkerungsschichten kommen, selbst wenn es sich nur um minderberechtigte Gemeindegensossen wie Kleinhäusler, Söllner oder Tagelöhner handelte.¹⁹ Ausschlaggebend waren neben anderen Faktoren die Legitimations- und Argumentationszusammenhänge zwischen zwei sich wechselseitig bedingenden Prinzipien: „Mitleiden“ einerseits, d. h. das gemeinsame Tragen kollektiver, die gesamte Gemeinde treffender Lasten, „Nutzen und Nießen“ andererseits, d. h. die Teilhabe am Gemeindegut. Es gab eine ganze Reihe von Verpflichtungen wie die Stellung von Kontingenten zum militärischen Aufgebot, die Steueraufbringung oder die Instandhaltung der dörflichen Infrastruktur, die die Gemeinde insgesamt zu tragen hatte und zu deren Bewältigung die Gemeindegensossen beitragen mussten.²⁰ Die vollberechtigten Gemeindegensossen waren im Regelfall bestrebt, möglichst sämtliche Bewohner mit der Gemeinde „mitleiden“ zu lassen und derart die kollektive Last auf möglichst viele Schultern zu verteilen.²¹ War man mit diesem Ansinnen jedoch erfolgreich, ließ sich mittel- bis langfristig kaum je die dauerhafte und vollständige Exklusion der nunmehr „mitleidenden“ Zuzügler und Beisassen argumentieren, da in der frühneuzeitlichen Vorstellung „Mitleiden“ und „Mitnießen“ in engstem Zusammenhang standen und sich als zwei Seiten einer Medaille präsentierten.²²

In Österreich betont so der Verwaltungspraktiker Barth-Barthenheim noch 1818 diesen Konnex: Auch Kleinhäus-

¹⁷ So die Stoßrichtung in den beiden Sammelbänden *Kobl/Oberhofer/Pernthaler* (Hg.), *Die Agrargemeinschaften in Tirol. Beiträge zur Geschichte und Dogmatik* (2010); *Kobl/Oberhofer/Pernthaler/Raber* (Hg.), *Die Agrargemeinschaften in Westösterreich. Gemeinschaftsgut und Einzeleigentum* (2012).

¹⁸ Zum Folgenden mit weiteren Literaturnachweisen *Schennach*, *Rechtliche Nutzungsregime* 804 ff.

¹⁹ Hierzu ausführlich unter Anführung weiterer Literatur *Schennach*, *Rechtliche Nutzungsregime* 808 ff.

²⁰ Siehe nur *Bader*, *Studien zur Rechtsgeschichte des mittelalterlichen Dorfes III: Rechtsnormen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf* (1973) 366 ff.; *Maurer*, *Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland II* (1866, unveränderter Nachdruck 1961) 1 ff.; *Schennach*, *Gesetz und Herrschaft. Die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols* (2010) 726 ff.

²¹ Siehe schon *Gierke*, *Genossenschaftsrecht* I 609.

²² Siehe *Schennach*, *Rechtliche Nutzungsregime* 809; ferner *Bluntschli*, *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich II: Die neuere Zeit* (1839) 69; *Maurer*, *Dorfverfassung II* 245 f.

ler und Söllner, die ihren Lebensunterhalt vornehmlich durch nicht-agrarische Tätigkeiten bestreiten, bilden ihm zufolge einen Teil der Gemeinde, da auch sie „mitleiden“, also kollektive Lasten mittragen müssten, und sie dürften daher selbstverständlich auch an der Nutzung des Gemeindeguts partizipieren.²³

III Das 19. Jahrhundert als Zäsur

III.1 Allgemeines

Konflikte um das Gemeindegut sind somit keine neue Erscheinung. Dennoch gewinnen sie im 19. Jahrhundert eine neue Qualität und Dynamik, und dies in mehrerlei Hinsicht.

Trotz der vielfältigen Ausprägungen rechtlicher Nutzungsregime am Gemeindegut in der Frühen Neuzeit waren die Personengruppen der Ortsbewohner einerseits und der an der Allmende Partizipierenden andererseits kaum jemals völlig deckungsgleich; in welchem Ausmaß es zu Überlappungen kam, variierte je nach Region erheblich, zumal es bei jenen, die grundsätzlich das Gemeindegut zu nutzen befugt waren, wiederum mannigfache Abstufungen geben konnte. Soweit ersichtlich, gab es bis in das 18. Jahrhundert auch keine grundsätzlichen Bestrebungen, dauerhaft sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Ortsbewohner am Gemeindegut nutzungsberechtigt werden zu lassen. Gerade minderberechtigte Dorfbewohner, die für sich in heftigen Auseinandersetzungen eine Teilhabe am Gemeindegut erstritten hatten, zeigten in der Folge häufig das Bestreben, ihrerseits keine neue Konkurrenz zuzulassen und sich entschieden gegen Partizipationsforderungen von neuen Zuzüglern abzugrenzen.²⁴

Hier kam es, im revolutionären Frankreich in den neunziger Jahren des 18. Jahrhunderts seinen Ausgang nehmend, im Verlauf des 19. Jahrhunderts zu einer grundlegenden Zäsur: Zunächst unter dem Eindruck der Forderung nach staatsbürgerlicher Gleichheit und dann der Konstitutionalisierung erschien eine Ungleichbehandlung der Gemein-

debewohner bei der Nutzung der Allmende zunehmend als ungerecht und als Relikt einer ständischen Ordnung.²⁵ Sollte das Gemeindegut nicht allen gleichermaßen zugute kommen und nicht nur einer Exklusionsbestrebungen an den Tag legenden, vermeintlich privilegierten Schicht?

Dieser Forderung trug der Gesetzgeber in unterschiedlichem Ausmaß Rechnung: Am weitesten ging wenig überraschend der Gesetzgeber im revolutionären Frankreich 1793, demzufolge jedem Bürger und jeder Bürgerin vom Kind bis zur Greisin dieselbe Teilhabe an der Allmende zukommen sollte.²⁶ Dieses Konzept staatsbürgerlicher Gleichheit prägt jedoch ebenfalls die Gemeindeordnungen in den Rheinbundstaaten, beispielsweise das bayerische Gemeindeedikt von 1808.²⁷

Es schlägt sich auch später noch vielfach nieder: Als in Hohenzollern-Sigmaringen die Gemeindegutsnutzungen gesetzlich geregelt wurden, zielten die einschlägigen Normen ausdrücklich auf die Herstellung einer „durchgängigen Gleichheit“ ab,²⁸ und das nassauische Gemeindegesetz betont gleichermaßen die Gleichheit aller Gemeindebürger als Staatsbürger auch bei der Nutzung des Gemeindeguts.²⁹

Das Stichwort „Staatsbürgerschaft“ leitet zu einem weiteren gemeindlichen Transformationsprozess des 19. Jahrhunderts über: Mit der von Frankreich 1791 ausgehenden Durchsetzung der Staatsbürgerschaft als zentraler Kategorie rechtlicher Zugehörigkeit des Individuums zum Staat im 19. Jahrhundert geht die Einführung und Generalisierung rechtlicher Zugehörigkeit des Individuums zu einer Gemeinde Hand in Hand, wenn auch partiell zeitversetzt.³⁰ Die Entwicklung ging jedenfalls in Richtung Einwohnergemeinde. Pointiert gesprochen: Jeder Staatsbürger hatte irgendwo auch Gemeindebürger zu sein mit den daraus erfließenden Rechten,³¹ von denen im 19. Jahrhundert jenes der Armenfürsorge durch die Gemeinde zentral war. Staatsbürgerschaft und Gemeindebürgerschaft bedingten sich wechselseitig, wenngleich in unterschiedlicher Ausprägung: In der Schweiz ging die Gemeindebürgerschaft

²³ Barth-Barthenheim, Das politische Verhältnis der verschiedenen Gattungen von Obrigkeiten zum Bauernstande im Erzherzogthume Oesterreich unter der Ens (!). Ein Versuch. I. Theil, II. Band (1818) 55 f. Vgl. schon den Hinweis bei Schennach, Gemeindegesetz 375.

²⁴ Vgl. Franz, Geschichte des deutschen Bauernstandes vom frühen Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert 4 (1976) 54; siehe auch schon Schennach, Rechtliche Nutzungsregime 810.

²⁵ Vgl. z. B. Patry, Grundeinkommen 222; Maurer, Dorfverfassung II 246 f; Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II 70 f.

²⁶ Vgl. Plack, Common land, wine and the French revolution. Rural society and economy in southern France c. 1789–1820 (2009) 55 ff; Vivier, Propriété collective et identité communale. Les biens communaux en France, 1750–1914 (1998) 123 f und 295.

²⁷ Vgl. nur Willoweit, Die öffentlich-rechtlichen Gemeindegutsnutzungsrechte in Bayern. Historische Genese und dogmatische Konsequenzen eines juristischen Interpretationsmodells (1994) bes. 21–23.

²⁸ Weiske, Sammlung 500–522, hier §§ 113 f.

²⁹ Weiske, Sammlung 319–339, hier programmatisch §§ 1 f.

³⁰ Vgl. mit weiteren Literaturhinweisen: Schennach, Der „Österreicher“ als Rechtskonstrukt? Zur Formierung einer österreichischen Staatsbürgerschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 2011, 152.

³¹ Programmatisch Stein, Verwaltungslehre I² 310.

der Kantons- und Bundesbürgerschaft voraus,³² ansonsten resultierte sie zumeist aus der Staatsbürgerschaft.³³ Dies warf die Frage auf, ob die Generalisierung des Gemeindeguts mit einer Generalisierung der Teilhabe am Gemeindegut einhergehen sollte. Zahlreiche Gemeindeordnungen des 19. Jahrhunderts bejahten dies dem Grunde nach, viele führten freilich durch die Notwendigkeit der vorherigen Erlegung eines Einkaufsgeldes durch einen neuen Gemeindegüter noch eine Hürde ein.³⁴

Hiervon getrennt zu sehen ist allerdings die Frage der politischen Teilhabe des Einzelnen an der politischen Willensbildung innerhalb der Gemeinde. Diese kam nämlich durchgehend nicht allen männlichen Gemeindegütern zu, sondern nur den sogenannten Aktivbürgern.³⁵ Wenn gleich das Zensus- und Kurienwahlrecht je nach Staat bzw. Kanton unterschiedlich ausgeprägt und im Verlauf des 19. Jahrhunderts Entwicklungen unterworfen war, mussten die Aktivbürger ökonomisch selbstständig sein und eine gewisse Steuerleistung erbringen, doch war Grundbesitz – im Unterschied zur Frühneuzeit – keine Voraussetzung mehr für die politische Partizipation.³⁶

Eines ist für die hier erwähnte Konzeption der Gemeindegutsnutzung konstitutiv: ihre Verankerung im öffentlichen Recht. Schließlich wird die Teilhabe an der Allmende als Ausfluss der Gemeindegütermitgliedschaft angesehen. Die Gegenstrategie der bislang Nutzungsberechtigten im Gesetzgebungs- und im Implementationsprozess rekurriert auf das Privatrecht: Die Nutzungsrechte seien ausschließlich im Privatrecht verortet und für den Gemeindegutsgeber nicht disponibel.³⁷ Diese argumentative Dichotomie – öffentliches Recht hier, Privatrecht dort – wird uns auch in der Folge noch begleiten. Das öffentliche Recht ist inklusionsfreundlich und begünstigt die Erweiterung des Kreises der Teilhabeberechtigten, das Privatrecht ist exklusionsfreundlich und erleichtert die argumentative

Ausschließung der nunmehr neu hinzugekommenen Gemeindegütermitglieder.

Dieses Argumentationsschema führt uns zu einem weiteren Punkt, der eine Zäsur im 19. Jahrhundert markiert: das Phänomen der Juridifizierung der Landgemeinde im Allgemeinen und der Nutzungsrechte am Gemeindegut im Speziellen. Dieser Prozess spielt sich auf mehreren Ebenen ab, die jedoch in enger Verbindung stehen und im Folgenden skizziert werden sollen.

III.2 Die juristische Durchdringung der Landgemeinde

Erst jetzt setzt eine intensivere rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem Themenkomplex der bäuerlichen Gemeinde seitens der Privatrechtswissenschaft und seitens der sich spätestens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts als eigenständige juristische Teildisziplin etablierenden Verwaltungsrechtswissenschaft ein.

Bis in das 18. Jahrhundert unterblieb eine juristische Durchdringung und dogmatische Erfassung bäuerlicher Nutzungsrechte an der Allmende nahezu zur Gänze. Es existierte zwar die sogenannte Dorf- und Bauernrechtsliteratur, die sich als eigene, wenn auch nicht sehr florierende juristische Literaturgattung des 18. Jahrhunderts ausschließlich mit ländlichen Rechtsfragen beschäftigte. Im Mittelpunkt stand jedoch weder die Allmende noch die Binnenorganisation der Landgemeinde, sondern deren Verhältnis zu Obrigkeit und Grundherrschaft.³⁸ Die gemeinrechtliche Korporationslehre widmet sich wenn, dann primär der Stadtgemeinde, Bezüge zur Landgemeinde bleiben bei Autoren wie Nicolaus Losaeus marginal, vom Gemeindegut ganz zu schweigen.³⁹

Das ändert sich im 19. Jahrhundert. Die Privatrechtswissenschaft tat sich schwer. Schon ihr Gemeindegüterbegriff war

³² *Rennfahrt*, Überblick über die Entwicklung des Schweizerbürgerrechts, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1952, 695 (705 ff). Weitere Literaturhinweise bei *Schennach*, Rechtliche Nutzungsregime 814, Anm. 79.

³³ Vgl. nur *Weiske*, Sammlung LII; *Gierke*, Genossenschaftsrecht I 719 ff.

³⁴ Siehe z. B. *Backoffner*, Die Städteordnungen der preußischen Monarchie [...] sowie die Gemeinde-Ordnung für die Stadt- u. Landgemeinden Kurhessens vom 23. Okt. 1834 und das Nassauische Gemeindegesetz vom 26. Juli 1854 mit Anmerkungen und Sachregister (1880) 81 f.

³⁵ Vgl. *Gierke*, Genossenschaftsrecht 1 721 ff.

³⁶ Hier stellvertretend nur für Österreich *Klabouch*, Die Gemeindegüterverwaltung in Österreich 1848–1918 (1968) 69 f, 73 ff; *Klabouch*, Die Lokalverwaltung in Cisleithanien, in: *Wandruszka/Urbanitsch* (Hg.), Verwaltung und Rechtswesen (Die Habsburgermonarchie 1848–1918 II (1975) 270 (277, 283 f, 301 f). Allgemein *Wunder*, Die bäuerliche Gemeinde in Deutschland (1986) 125.

³⁷ *Morscher*, Gemeindegüterrechte am Gemeindegut, in: Zeitschrift für Verwaltung 1982, 4; *Morscher*, Neues vom Gemeindegut, in: *Morsak* (Hg.), Festgabe für Kurt Ebert zum 60. Geburtstag (2002) 167 (167 f); Schiff, Österreichs Agrarpolitik seit der Grundentlastung (1898) 218; *Bauer*, Der Kampf um Wald und Weide. Studien zur österreichischen Agrargeschichte und Agrarpolitik (1925) 114 ff; allgemein *Friedeburg*, Ländliche Gesellschaft und Obrigkeit. Gemeindeprotest und politische Mobilisierung im 18. und 19. Jahrhundert (1997) 104; für zeitgenössische juristische Stellungnahmen beispielhaft *Herman*, Das Genossenschaftsvermögen in den Gemeinden, in: Österreichische Zeitschrift für Verwaltung 1879, 217 (dagegen jedoch die Ausführungen von Pairhuber, Ueber Classenvermögen in den Gemeinden und Gemeindegütervermögen, in: Österreichische Zeitschrift für Verwaltung 1880, 87); exemplarisch für die heutige Argumentation in Tirol *Oberhofer/Pernthaler*, Die Gemeindegüteragrarergemeinschaft, in: *Kohl/Oberhofer/Pernthaler* (Hg.), Die Agrarergemeinschaften in Tirol. Beiträge zur Geschichte und Dogmatik (2010) 299 (322 f).

³⁸ *Hunziker*, Die ländliche Gemeinde in der juristischen Literatur 1300–1800, in: *Blickle* (Hg.), Gemeinde und Staat im Alten Europa (1998) 397 (451 f).

³⁹ *Hunziker*, Die ländliche Gemeinde 406 ff.

weit gefasst und umfasste beispielsweise auch Zünfte, Innungen oder Alpgenossenschaften:⁴⁰ ein auf Willensübereinstimmung der Mitglieder beruhender, mindestens drei Personen umfassender, der Verwirklichung eines gemeinsamen Zwecks dienender Personenverband mit Rechtspersönlichkeit.

Für diese Art der Gemeinden wurde im Verlauf des 19. Jahrhunderts in Abgrenzung zur politischen Gemeinde zunehmend der Begriff der „Civilgemeinde“ oder schlicht „Korporation“ verwendet, unter dem spezifischen Begriff der „Realgemeinde“ als Ausprägung der Civilgemeinde die „bäuerliche Gemeinschaft von Nutzungsberechtigten“⁴¹ verstanden, die gemeinsam Wälder bewirtschaften, Almen bestoßen etc..⁴²

Dieser Begriff der Gemeinde, wie er durchaus auch im Codex Maximilianus Bavaricus Civilis von 1756, im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten und im ABGB aufscheint, ist noch der gemeinrechtlichen Lehre von der Korporation und universitas verhaftet,⁴³ trat jedoch speziell im Zusammenhang mit dem Gemeindegut zunehmend in Konkurrenz zu der von den Gemeindeordnungen gesetzlich fixierten und von der Verwaltungswissenschaft behandelten politischen Gemeinde.

Die dogmatische Erfassung des Gemeindeguts bereitete der Privatrechtswissenschaft schon ohne die nunmehr notwendige Scheidung von politischer Gemeinde und sonstigen „Civilgemeinden“ erhebliche Schwierigkeiten. Bereits die Anwendung des Eigentumsbegriffs warf Probleme auf, wobei eine Vielzahl von Thesen – vom ideellen Quoteneigentum aller Genossen über Gesamthand Eigentum bis zum Eigentum der Gemeinde als moralischer bzw. juristischer Person – lanciert wurden.⁴⁴

Dabei wurde eine wissenschaftliche *communis opinio* durch die Vielzahl unterschiedlicher Privatrechtsordnungen in den Mitgliedsstaaten des Deutschen Bundes und der Eidgenossenschaft noch erschwert. Vollends scheiterte ein Konsens an der Rechtsnatur der über Jahrhunderte gewachsenen, überaus mannigfaltig ausgestalteten Nutzungsrechte am Gemeindegut. Gottfried Hugelmann bezeichnete deren juristische Qualität 1916, zurückblickend auf ein Jahrhundert juristischer Dispute, resigniert als „undefinierbar“⁴⁵. Ihr ganz eigener Charakter wurde schon Mitte des 19. Jahrhunderts von Carl Friedrich Gerber betont, der sie als „dingliche Rechte ... von anormaler Art“ respektive als „selbständige Gattung dinglicher Rechte“ bezeichnete, „deren Charakter allein auf bestimmten historischen Thatsachen der Vorzeit beruht.“⁴⁶

Letzteres führt uns schon in die Rechtsgeschichte, deren germanistischer Zweig derartigen Ansätzen durchaus berechtigt methodische Mängel vorhielt. Repräsentativ sind die Äußerungen Otto von Gierkes: Ihm zufolge seien derartige Subsumtionsversuche unter moderne juristische Begrifflichkeiten von vornherein verfehlt, da sie auf anachronistische Weise Rechtstermini des 19. Jahrhunderts auf Rechtsverhältnisse anwenden würden,⁴⁷ die sich „nur an Hand (!) der Geschichte erkennen ließen.“⁴⁸ Tatsächlich war schon die Anwendung des Eigentumsbegriffs auf das Gemeindegut anachronistisch, stand doch in der Frühneuzeit keineswegs das Eigentumsrecht, sondern die tatsächlichen, vielfach abgestuften, unterschiedlichen Personenkreisen im unterschiedlichen Ausmaß zugänglichen Nutzungen im Vordergrund – ganz abgesehen davon, dass der frühneuzeitliche Eigentumsbegriff seinerseits noch ein vielfältig abgestufter war.⁴⁹ Die von Ausschließlichkeit bestimmte Eigentumslogik des 19. Jahrhunderts wurde nun

⁴⁰ Zum Folgenden schon *Schennach*, Gemeindegesetz 373 f.

⁴¹ *Beimrohr*, Die ländliche Gemeinde in Tirol aus rechtsgeschichtlicher Perspektive, in: *Tiroler Heimat* 2008, 161 (172); in diese Richtung gehend auch *Wunder*, Gemeinde (1986) 113, 129 ff. Durchgehend den Begriff der „Gemeinde nach bürgerlichem Recht“ verwendet *Oberhofer*, Von der Gemeinde zur Agrargemeinschaft. Eine kurze Geschichte der Tiroler Gemeinschaftsliegenschaften, in: *Kohl/Oberhofer/Pernthaler* (Hg.), Die Agrargemeinschaften in Tirol. Beiträge zur Geschichte und Dogmatik (2010) 31, die er von der im staatlichen Recht gründenden politischen Gemeinde und den im Kirchenrecht gründenden geistlichen Gemeinden unterscheidet (ebd. 37).

⁴² Zahlreiche weitere Literaturhinweise zu den Gemeindebegriffen des 19. Jahrhunderts bei *Schennach*, Gemeindegesetz 373 f.

⁴³ Vgl. *Usadel*, Die Korporation im Werk Kreittmayrs (1984) 10 ff (zum Gemeindebegriff des Codex Austriacus ebd. 27 f.); ferner *Bader*, Dorfgemeinschaft und Dorfgemeinde (1962) 385 ff; *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht IV: Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit. Durchgeführt bis zur Mitte des siebzehnten, für das Naturrecht bis zum Beginn des neunzehnten Jahrhunderts (1913, Nachdruck 1954) 20 ff.

⁴⁴ Vgl. beispielhaft *Thibaut*, Civilistische Abhandlungen (1814) 383 ff; *Maurenbrecher*, Lehrbuch des gesammten (!) heutigen gemeinen deutschen Privatrechtes I (1840) 369 f; *Maurer*, Dorfverfassung II 271 ff; siehe auch *Kohl*, Gemeinde- oder Gemeinschaftsgut 8; *Schiff*, Agrarpolitik 188 f.

⁴⁵ *Hugelmann*, Das Recht der „Agrargemeinschaften“ in den deutschen Alpenländern I: Die Theorie der „Agrargemeinschaften“ im österreichischen bürgerlichen Recht (1916) 9.

⁴⁶ *Gerber*, System des Deutschen Privatrechts 3 (1852) 112, Anm. 4.

⁴⁷ *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht I 663 f.

⁴⁸ *Renaud*, Gemeindevutzungen 97.

⁴⁹ Vgl. *Floßmann*, Eigentumsbegriff und Bodenordnung im historischen Wandel. Ein Beitrag zum Rechtsverständnis der konstitutionellen Eigentumsverhältnisse des 19. Jahrhunderts (1976) 34; *Bosl*, Die geschichtliche Entwicklung der deutschen Dorfgemeinde, in: *Wittmann* (Hg.), Handbuch für Sozialkunde I (1952) 1 (2); *Below*, Das Eigentum am Wald – ein Forschungsüberblick, in: *Below/Breit* (Hg.), Wald – von der Gottesgabe zum Privateigentum. Gerichtliche Konflikte zwischen Landesherren und Untertanen um den Wald in der Frühen Neuzeit (1998) 1 (6 ff); *Wagner*, Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus (1938) 26; Schwab, Art. „Eigentum“, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland II (1975) 65 (66 ff).

diskursiv-instrumentalisierend und methodisch anachronistisch auf das Gemeindegut übertragen.

Diese Problematik wurde durch die mit dem Erlass der Gemeindegesetze einhergehende Notwendigkeit der Abgrenzung unterschiedlicher Arten von Gemeindegut noch verschärft: Es gab den öffentlich-rechtlichen Gemeindebegriff der Gemeindeordnungen, ebenso freilich den umfassenderen, mehrdeutigen zivilrechtlichen Gemeindebegriff.

III.3 Die Einführung der Kategorie des Eigentums in die Konflikte um das Gemeindegut

Für das Eigentum aller Arten von Gemeinden war der Terminus des Gemeindeguts gängig. Nur: Wenn die Gemeindegesetze des 19. Jahrhunderts von Gemeindegut sprachen, so setzten sie selbstverständlich das Eigentum der politischen Gemeinde voraus, während die bislang Nutzungsberechtigten häufig darauf pochten, eine eigenständige „Realgemeinde“ zu bilden: Diese existiere unabhängig von der politischen Gemeinde und bestehe natürlich ungeachtet des Erlasses der Gemeindegesetze weiter – und sie bleibe natürlich weiterhin Eigentümerin „ihres“ rein im Privatrecht zu verortenden Gemeindeguts.

Das Eigentum wird somit zu einem juristischen Leitbegriff in den Auseinandersetzungen zwischen den bislang Nutzungsberechtigten und den nicht teilhabenden Gemeindebürgern. Die einen reklamieren die gemeinsam bewirtschafteten land- und forstwirtschaftlichen und bislang als Allmende oder Gemeindegüter bezeichneten Flächen als ihr Privateigentum, um sie dauerhaft dem Zugriff anderer zu entziehen.⁵⁰

Dies richtet sich vor allem gegen die bisher nicht partizipationsberechtigten Gemeindeglieder, deren Kreis ja durch die Gemeindegesetzgebung des 19. Jahrhunderts deutlich weiter gezogen worden war. Letztere hingegen pochen auf das Eigentumsrecht der nunmehr gesetzlich fi-

xierten politischen Gemeinde und interpretieren das Nutzungsrecht als Konsequenz der Gemeindegliedschaft.

Die „politische Gemeinde“, wie sie in den Gemeindegesetzen ihre gesetzliche Fixierung findet, ist allerdings beileibe kein neues Phänomen und definitiv keine erst durch den staatlichen Gesetzgeber geschaffene neue juristische Person.⁵¹ Zahlreiche Gesetze beziehen sich expressis verbis auf die bestehenden Gemeinden, und auch in Österreich ist seitens des Ministerpräsidenten Schwarzenberg 1849 ausdrücklich von der gesetzlichen Anerkennung (und nicht etwa Schaffung) durch den Staat die Rede.⁵²

Und selbstverständlich waren die Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts nicht von der Intention geleitet, die zur Besorgung öffentlicher Aufgaben gesetzlich fixierten politischen Gemeinden – denen im Staatsaufbau einhellig eine herausragende Bedeutung zugemessen wurde⁵³ – jedweder Ressourcen zu entkleiden und das bestehende Gemeindegut und dessen Nutzungen ausschließlich den bis zum Gesetzeserlass nach der frühneuzeitlichen Gemeindeverfassung voll berechtigten Gemeindegossen zu überlassen.⁵⁴

Allerdings erweist sich die Zuschreibung des Eigentums am Gemeindegut an die politischen Gemeinden in der Gesetzgebung vorderhand als defizitär, was auch vielfache Kritik seitens der Rechtswissenschaft an der Vagheit und damit Streit anfälligkeit der entsprechenden Regelungskomplexe hervorrief.⁵⁵ Tatsächlich sprechen nahezu alle Gemeindegesetze das Eigentum am Gemeindegut der Einwohnergemeinde regelmäßig nur implizit zu, anerkennen dabei vielfach – keineswegs immer – bestehende besondere Nutzungsrechte, die aber gegebenenfalls Modifikationen unterworfen werden. Da dies aber der in den meisten Fällen vom Gesetzgeber beschrittene Weg war, stellt sich die Frage, ob die vom Juristenstand kritisierte Unbestimmtheit tatsächlich auf legitimes Unvermögen zurückzuführen oder nicht vielmehr intendiert war.

Einiges lässt Letzteres als angemessenere Sichtweise erscheinen:⁵⁶ Insbesondere die Vagheit des frühneuzeitlichen Gemeindebegriffs ließ es wohl als inadäquat erschei-

⁵⁰ Geradezu idealtypisch für diese Argumentation die Ausführungen bei *Kompaß*, Rechtsfall über die Frage, ob Kleinhäuslern an den Gemeindegütern ein Miteigentum und dem übrigen Gemeindevermögen ein rechtlicher Anspruch gebühre?, in: *Der Jurist. Eine Zeitschrift vorzüglich für die Praxis des gesammten österreichischen Rechtes* 1840, Heft 1, 52.

⁵¹ Hierzu ausführlich *Schennach*, Gemeindegesetz 383 ff.

⁵² Vgl. *Gröll*, Gemeindefreiheit (1962) 11; siehe auch *Gebhardt*, Von der Tiroler Gemeindegliederung 1819 bis zur TGO 1866 – Zur Geschichte der öffentlich-rechtlichen Gemeindebegriffe, in: *Kohl/Oberhofer/Pernthaler/Raber* (Hg.), *Die Agrargemeinschaften in Westösterreich. Gemeinschaftsgut und Einzeleigentum* (2012) 121 (156).

⁵³ Vgl. *Heffter*, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen² (1969).

⁵⁴ Siehe hierzu und zum Folgenden *Schennach*, Rechtliche Nutzungsregime 816 ff.

⁵⁵ Vgl. z. B. *Weiske*, Ueber Gemeindegüter und deren Benutzung durch die Mitglieder nach den Bestimmungen der neuen Gemeinde-Gesetze insbesondere in Württemberg, Hessen und Baden, nebst beurtheilender Darstellung des neuen österreichischen Gemeindegesetzes und einer Abhandlung über den Nießbrauch am Kux mit bergrechtlicher Einleitung (1849) 5; *Maurer*, Dorfverfassung II 293 f und 327; *Peyrer von Heimstädt*, Die Regelung der Grundeigentums-Verhältnisse. Nebst einem Gesetzentwurf über die Zusammenlegung der Grundstücke, samt Durchführungsverordnung, Formularien und Motivenberichten (1877) 7, 46, 55 f; siehe auch die Hinweise bei *Kohl*, Gemeinde- oder Gemeinschaftsgut 2.

⁵⁶ Das folgende Modell einer funktionalen Eigentumszuschreibung am Gemeindegut nach *Schennach*, Rechtliche Nutzungsregime 819 ff.

nen, pauschal das gesamte „Gemeindegut“ der nunmehr gesetzlich fixierten politischen Gemeinde zuzuweisen, gab es doch tatsächlich vielfältige frühneuzeitliche Ausprägungen von Korporationen wie reine Alpgenossenschaften, deren Zielsetzung zwar eine gemeinsame Liegenschaftsbewirtschaftung war; darüber hinaus nahmen sie jedoch keine öffentliche Aufgaben wahr, waren mithin nicht mit Materien wie Armenfürsorge, Marschkonkurrenzen bei Truppeneinquartierungen etc. befasst.

Derartiges gemeinschaftliches, genossenschaftliches Gut, das aufgrund des noch fluktuierenden Sprachgebrauchs zeitgenössisch ebenfalls als „Gemeindegut“ bezeichnet werden konnte, sollte daher auch nicht der politischen Gemeinde zugesprochen werden. Dies erklärt Bestimmungen in mehreren Gemeindeordnungen, wonach privatrechtliche Verhältnisse von der Gemeindegesetzgebung unberührt bleiben sollten.⁵⁷

Den Gemeindegesetzgebern des 19. Jahrhunderts schwebte zur Abgrenzung das Modell einer funktionalen Eigentumszuschreibung vor. Nur bei jenen Personenverbänden mit territorialem Substrat, die über die rein wirtschaftliche Aktivität der kollektiven Nutzung von gemeinsamem Grund öffentliche Aufgaben wahrgenommen hatten, sollte das Eigentum am so bezeichneten Gemeindegut der politischen Gemeinde zukommen. Mit den fortan von der Einwohnergemeinde wahrgenommenen öffentlichen Aufgaben kam es auch zu einer (gesetzlich zu meist nur implizit zum Ausdruck gebrachten) Eigentumszuschreibung. Von einer Eigentumsübertragung lässt sich nicht sprechen, da ja die politische Gemeinde nicht aus dem Nichts entstand, sondern schlichtweg erstmals gesetzlich fixiert wurde. Eine solche funktionale Betrachtung der Eigentumszuschreibung musste sachgerecht erscheinen. Allerdings erwies sie sich als konfliktanfällig, da diese legislative Lösung jeweils Einzelfallbetrachtungen erfordert hätte. Dies stellte Otto von Gierke bereits 1868 fest und postulierte, es wäre bei jeder Gemeinde zu untersuchen gewesen, „ob nach der geschichtlichen Entwicklung [...] die privatrechtliche oder die öffentlich-rechtliche Seite des Vollgenossenrechts überwog“⁵⁸.

Diese funktionale Ausrichtung, die sich bei der Vermögenszuschreibung an der Besorgung öffentlicher Aufgaben orientierte, lässt sich fast idealtypisch in den eidgenössischen Kantonen nachvollziehen.⁵⁹ Dort kam es zur legisla-

tiven Verankerung eines strikten Gemeindedualismus mit jeweils eigenen Organen, Kompetenzen und einer eigenen, voneinander divergierenden Gemeindegliedschaft. Im Zuge dessen kam es regelmäßig zu oft heftig umstrittenen Vermögensauseinandersetzungen zwischen politischer und Bürgergemeinde, die der neuen Aufgabenverteilung Rechnung zu tragen versuchten. Wenn wie im Kanton Glarus den Tagwen ihr Vermögen belassen wurde, wurden sie gesetzlich verpflichtet, der politischen Gemeinde entsprechend der adaptierten Zuständigkeitsverteilung bei den öffentlichen Aufgaben finanzielle Beiträge zukommen zu lassen.⁶⁰ In Appenzell Innerrhoden untersagte die Kantonsverfassung Zuwendungen an die Bürger, wenn und solange die politische Gemeinde zur Besorgung ihrer Aufgaben Steuern einzuheben genötigt war.⁶¹

III.4 Die Gemeindegesetzgebung im 19. Jahrhundert und das Gemeindegut

Ein solcher Gemeindedualismus zwischen politischer und Bürgergemeinde wurde nur in der Eidgenossenschaft und in Liechtenstein beibehalten. Auch in anderen mitteleuropäischen Ländern regelte die staatliche Gesetzgebung im Verlauf des 19. Jahrhunderts, wiederum vom revolutionären Frankreich seinen Ausgang nehmend, die Gemeinde hinsichtlich ihrer Organe, ihrer Kompetenzen und der staatlichen Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse.⁶² Dabei war die nunmehr gesetzlich fixierte politische Gemeinde tendenziell als Einwohnergemeinde konzipiert, d. h. sie umfasste alle innerhalb der Gemeindegrenzen ansässigen Personen (wenngleich an der politischen Willensbildung wie erwähnt weiterhin nur die vermögenden Männer teilnehmen durften). Die Gemeindeordnungen enthalten dabei zwar nicht durchgehend, aber nahezu immer Bestimmungen zum Gemeindegut, zu dessen Umfang und den Nutzungsarten, die freilich ein breites Spektrum unterschiedlicher legislativer Lösungen abdecken.⁶³

Grundsätzlich entschieden sich fast alle Gemeindegesetze des 19. Jahrhunderts für die zumindest implizite Zuweisung des Eigentums am Gemeindegut an die politische Gemeinde. Zunehmend wurde dabei das Nutzungsrecht am Gemeindegut als Ausfluss der Gemeindegliedschaft angesehen. Die Zuordnung der Gemeindegliedschaft zum öffentlichen Recht war dabei schon frühzeitig anzutreffen, beispielsweise wenn Martini in seinem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs (1796) die Vorschriften

⁵⁷ Zu diesen sehr unterschiedlichen interpretierten Bestimmungen siehe im Einzelnen *Schennach*, Rechtliche Nutzungsregime 817, Anm. 98.

⁵⁸ *Gierke*, Genossenschaftsrecht I 692; ähnlich im Übrigen *Renaud*, Gemeindegliedschaften 68 f.

⁵⁹ Zum Folgenden *Schennach*, Rechtliche Nutzungsregime 815.

⁶⁰ *Luchsinger*, Der Tagwen im Rahmen des glarnerischen Gemeindegliedschafts (1941) 201 f.

⁶¹ *Carlen*, Die Bürgergemeinde in der Schweiz: Gestern – heute – morgen (1988) 11, 26.

⁶² Allgemein *Wunder*, Gemeinde 116 ff.

⁶³ Das Folgende verkürzt nach *Schennach*, Rechtliche Nutzungsregime 814 ff.

über den Gebrauch des Gemeindeguts den politischen Verordnungen zuwies.⁶⁴ Die vormärzlichen Gemeindegesetze oszillierten noch und wiesen Streitigkeiten über die Nutzung teils der Zivilgerichtsbarkeit, teils den Administrativbehörden zu.⁶⁵ In der zweiten Jahrhunderthälfte setzte sich sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der Rechtsprechung eine Vermutung zugunsten des öffentlich-rechtlichen Charakters von Gemeindegutnutzungsrechten durch.⁶⁶ In einem seiner frühesten Erkenntnisse führte so der österreichische Verwaltungsgerichtshof aus: „In der Gemeinde-Mitgliedschaft gegründete, bezüglich des Gemeinde-Eigenthums bestehende Nutzungsverhältnisse einzelner Gemeindegossen und ganzer Classen derselben sind öffentlich-rechtlicher Natur und die autonomen Administrativorgane competent, über die Gesetzmäßigkeit derselben zu entscheiden. [...] Die bloße Behauptung einer Partei, daß ein Besitz im Privatrechte gegründet sei, kann selbstverständlich nicht hinreichen, um die in den Gemeindegesetzen vorgesehene Wirksamkeit der Behörden auszuschließen.“⁶⁷ Die Ersitzung von Gemeindegut – eine der beliebtesten Argumentationsfiguren der Mitglieder der Realgemeinde – war damit auch ausgeschlossen.⁶⁸

Dessen ungeachtet stellte sich dem Gemeindegesetzgeber die zentrale Frage nach dem Ausmaß der Anerkennung und gesetzlichen Festschreibung der bislang bestehenden bevorzugten Nutzungsrechte von einzelnen Gemeindebürgern oder von Klassen von Gemeindebürgern, also der Mitglieder der „Realgemeinde“. Die legislativen Lösungen des 19. Jahrhunderts bewegten sich zwischen den beiden extremen Polen der vorbehaltlosen Anerkennung wie in Braunschweig 1832 bis hin zur entschädigungslosen Aufhebung bei Betonung der Gleichheit aller Staatsbürger wie

in Nassau 1816, in Hohenzollern-Sigmaringen 1837 oder im Großherzogtum Hessen 1840.⁶⁹ Die meisten Gemeindegesetze wählten freilich den Mittelweg, d. h. grundsätzliche Anerkennung, jedoch mit mehr oder weniger ausgeprägten Einschränkungen, die ein breites Spektrum von Gestaltungsmöglichkeiten realisierten.⁷⁰

Am häufigsten ist in diesem Zusammenhang die Fortschreibung der Nutzungen nach der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gemeindegesetze bestehenden Übung (so auch in Österreich). Allerdings ist dabei nie intendiert, dass das bisherige Nutzungsregime unter Preisgabe der frühneuzeitlichen flexiblen Ausgestaltung der Teilhabe am Gemeindegut perpetuiert werden sollte. Vielmehr sollten eine Reihe von unterschiedlichen Regelungsmechanismen weiterhin eine flexible, wechselnden Verhältnissen angemessene Nutzung sicherstellen. Am entscheidendsten war die fast durchgängig anzutreffende Beschränkung auf den land- und forstwirtschaftlichen Haus- und Gutsbedarf:⁷¹ Ein Gemeindeglied durfte seine Nutzungsrechte nur insoweit ausüben, als sie zur Ergänzung der Wirtschaftsführung seines landwirtschaftlichen Betriebs notwendig waren. Änderte sich der Haus- und Hofbedarf zum Beispiel im Gefolge einer Hofteilung oder einer Einstellung der landwirtschaftlichen Tätigkeit überhaupt, so kam es auch zu einer Reduktion oder einem Erlöschen des Nutzungsrechts. Ertragsüberschüsse hatten an die Gemeindegasse zu fließen. Was unter land- und forstwirtschaftlichem Haus- und Gutsbedarf zu verstehen war, wurde mit Aufnahme der Tätigkeit von Verwaltungsgerichtshöfen, beginnend in Baden 1863,⁷² durch deren Judikatur rasch spezifiziert. An dieser Stelle seien nur einige Beispiele aus der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichts ab 1876 angeführt:

⁶⁴ „Die Vorschriften über den Gebrauch [...] des Gemeindegutes sind in den politischen Verordnungen enthalten.“ (II, 1, § 10; vgl. auch II, 1, § 7). Den entsprechenden Hinweis bringt schon *Burckhard*, Zur Lehre vom öffentlichen Gute nach gemeinem und österreichischem Rechte, in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 1888, 611 (631).

⁶⁵ Vgl. z. B. *Renaud*, Gemeindegutnutzungen 156; zur Problematik *Peyrer von Heimstätt*, Regelung der Grundeigentums-Verhältnisse 50 und 58 sowie nunmehr auch (im historischen Rückblick) *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995) 18.

⁶⁶ Vgl. *Willoweit*, Gemeindegutnutzungsrechte 73 f; *Dokupil*, Art. „Gemeindegut“, in: *Mischler/Ulbrich* (Hg.), Österreichisches Staatswörterbuch II2 (1906) 346 (347 f); *Pann*, Beiträge zur Reform des Verwaltungsrechtes (1877) 61 f; *Burckhard*, Zur Lehre vom öffentlichen Gute 633; *Schiff*, Agrarpolitik 192. Zum Hintergrund siehe *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Rechte (1986); maßgeblich natürlich *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1892).

⁶⁷ *Budwinski*, Erkenntnisse, des k.k. Verwaltungsgerichtshofs, Nr. 13.

⁶⁸ *Budwinski*, Erkenntnisse, des k.k. Verwaltungsgerichtshofs, Nr. 4390: „[...] darum, weil ein Eigentumsobject der Gemeinde von der Seite der Insassen nach althergebrachter Art benützt wurde, dieses Object noch nicht aufhört, Eigentum der Gemeinde zu sein.“

⁶⁹ Siehe hierzu im Einzelnen *Weiske*, Sammlung; Darstellungen u. a. bei *Maurer* Dorfverfassung II 294 ff; *Gierke*, Genossenschaftsrecht I 691 ff.

⁷⁰ Zum Folgenden schon *Schennach*, Rechtliche Nutzungsregime 814 ff. Eine ausführliche Darstellung dieses Problemkreises wird in der wissenschaftlichen Publikation der Antrittsvorlesung erfolgen.

⁷¹ Für andere *Maurenbrecher*, Lehrbuch I 370; *Peyrer von Heimstätt*, Regelung der Grundeigentums-Verhältnisse 50 und 56; *Weiske*, Ueber Gemeindegüter 147.

⁷² Vgl. *Stollis*, Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866–1914, in: *Jeserich/Pohl/Unruh* (Hg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte III 1984 85 (91 f).

Nutzungen für den Haus- und Gutsbedarf waren strikt auf den land- und forstwirtschaftlichen Bereich beschränkt.⁷³ Die Gewinnung von Schlamm aus dem Dorfteich zwecks Düngung der eigenen Äcker fiel so unter die Kategorie „Haus- und Gutsbedarf“; die Gewinnung von Tonerde zwecks Veräußerung nicht. Überhaupt konnten finanzielle Erträge nie dem land- und forstwirtschaftlichen Haus- und Gutsbedarf dienen. Im Gegenteil: Schon der Verkauf von aus dem Gemeindegut bezogenem Bau- oder Brennholz belegte, dass die Nutzung zur Deckung des Eigenbedarfs nicht notwendig sei. Die Folge war laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ein Erlöschen des Nutzungsrechts. Dieselbe Konsequenz zog sogar die Änderung der Kulturgattung einer Liegenschaft (z. B. von Weide in Wald) nach sich, da auch diese als Beleg angesehen wurde, dass das Grundstück zur Deckung des Eigenbedarfs nicht erforderlich sei.⁷⁴

Wenn der österreichische Verfassungsgerichtshof in seinem jüngsten Erkenntnis zum „Überling“ – ob der Erlös aus dem Verkauf von Holzüberschüssen der Gemeinde oder der Agrargemeinschaft zustehe – zugunsten der Gemeinden entschieden hat und ausdrücklich feststellte, dass zum Haus- und Gutsbedarf keine Nutzungen zählen, „die keinen konkreten Sachbedarf befriedigen sollen, sondern lediglich einen finanziellen Vorteil enthalten“⁷⁵, so findet dies in der älteren Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs seine Entsprechung. Dieser ging damals ganz im Sinne der dargelegten Konzeption des österreichischen Reichsgemeindegengesetzes 1862 und der entsprechenden Ausführungsgesetze der Länder⁷⁶ sowie der meisten mitteleuropäischen Gemeindegesetze von einer Gemeindegutnutzung aus, die von einer ständigen Anpassung an sich verändernde wirtschaftliche Verhältnisse geprägt war: Das Erzielen finanzieller Überschüsse belege, dass der Ertrag den Eigenbedarf übersteige, und dies führe zu einem anteiligen Erlöschen der Nutzungsrechte. Zu dieser von Dynamik geprägten Konzeption der Gemeindegutnutzung kehrt der Verfassungsgerichtshof nunmehr zurück, indem

er feststellt, dass „die Agrarbehörde verpflichtet [sei], bei einer Änderung des Haus- und Gutsbedarfes der berechtigten Liegenschaften das im Regulierungsplan festgelegte agrargemeinschaftliche Anteilsrecht anzupassen“.⁷⁷ Demgegenüber brachten in Tirol erst die ab den zehner Jahren des 20. Jahrhunderts, verstärkt ab den fünfziger Jahren durchgeführten Regulierungsverfahren⁷⁸ de facto eine Petrifizierung bestehender Anteilsrechte. Der Kreis der Nutzungsberechtigten schien nunmehr faktisch ad perpetuum geschlossen zu sein und die politische Gemeinde (weitgehend) von der Einflussnahme auf die Agrargemeinschaft und deren Wirtschaftsführung exkludiert. War in früheren Jahrhunderten die Frage, wer in welchem Umfang am Gemeindegut partizipieren durfte, Gegenstand regelmäßiger Auseinandersetzungen und Adaptionen, evozierten die durchgeführten Regulierungsverfahren den Eindruck einer dauerhaften Lösung im Sinne einer Exklusion der politischen Gemeinden und aller Gemeindeglieder, die nicht Eigentümer einer Stammsitzliegenschaft waren.⁷⁹

Von einer Perpetuierung bestehender Nutzungsrechte kann nach den Vorstellungen der Gemeindegesetzgeber des 19. Jahrhunderts also keine Rede sein. Und wenngleich in diesem Rahmen nur die Grundzüge der Entwicklung umrissen werden konnten (vom vielfach noch bestehenden Forschungsbedarf ganz zu schweigen), so liegt doch der Schluss nahe, dass die Regelungen der Gemeindeordnungen durchaus nicht so verworren und ungenügend waren, wie es die zeitgenössische Rechtswissenschaft beklagte. Die leitenden Motive sind greifbar: funktionale Eigentumszuschreibung an die politische Gemeinde in Korrelation zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, gleichzeitig Aufrechterhaltung einer gewissen Flexibilität im Nutzungsregime bei unterschiedlich weitreichender Anerkennung tradiert privilegierter Nutzungsrechte einzelner Klassen von Gemeindegliedern.

Darüber hinaus muss man sich vor Augen halten, dass die angesprochene Gesetzgebung die bis in das 18. Jahr-

⁷³ Vgl. z. B. *Budwinski*, Erkenntnisse des k.k. Verwaltungsgerichtshofes, Nr. 522 („Selbst eine berechnete und ausschließliche Nutzung des Gemeindegutes kann nur insoweit aufrecht erhalten werden, als der Haus- und Gutsbedarf der zur Nutzung Berechtigten dies erheischt [...]“); ebd., Nr. 3752: „Die übungsgemäße Teilnahme an den Nutzungen des Gemeindegutes wurde von der Gemeindeordnung nur unter der Voraussetzung aufrecht erhalten, daß der Haus- und Gutsbedarf der nutzungsberechtigten Realitäten den Fortbestand einer solchen Uebung rechtfertige“.

⁷⁴ *Budwinski*, Erkenntnisse des k.k. Verwaltungsgerichtshofes, Nr. 631 (A.), Nr. 7385 u. ö. Weitere Hinweise auf die Spruchpraxis des VfGH bei *Dokupil*, Art. „Gemeindegut“ 349 f.

⁷⁵ Erkenntnis VfGH 02.10.2013, B 550/2012-17, B 552/2012-15, B 553/2012-11, Rz 35.

⁷⁶ Leicht greifbar in der Taschenausgabe österreichischer Gesetze: Das Gemeinde-Gesetz vom 5. März 1862, sammt den Gemeindeordnungen für alle Kronländer und den Statuten für einzelne Orte [...] (1869).

⁷⁷ Erkenntnis VfGH 02.10.2013, B 550/2012-17, B 552/2012-15, B 553/2012-11, Rz 35 mit Hinweis auf VfSlg. 18.446/2008.

⁷⁸ *Morscher*, Gemeindegutsagrargemeinschaften 120 f.

⁷⁹ Diesen Gedanken der „Versteinigung“ von Anteilsrechten im Rahmen der Regulierungsverfahren formuliert schon sehr gelungen *Mair*, Agrargemeinschaften. Der politische Konflikt um das Gemeindegut, in: *Karlhofer/Pallaver* (Hg.), Politik in Tirol. Jahrbuch 2010 (2009) 61 (76); ferner allgemein *Friedeburg*, Ländliche Gesellschaft 104; für Tirol zudem *Siegl/Schermer*, Societal and Political Problems 5. Für Vorarlberg in diesem Sinne auch *Bußjäger*, Gesetz über das Gemeindegut in Vorarlberg 149.

hundert jeweils lokal und regional ausgetragenen Konflikte, die eine Vielzahl unterschiedlicher Nutzungsregime am Gemeindegut hervorbrachten und ständige Adaptionen örtlicher Regelungen an veränderte Rahmenumständen ermöglichten bzw. erzwingen, auf ein neues Niveau hob. Die staatliche Gesetzgebung zur Gemeindegutnutzung verfolgte nämlich teilweise überregionale, gemeinwohlorientierte Ziele. Darin unterschied sie sich von den früher ausschließlich lokalen rechtlichen Nutzungsregimen, die auf Gewohnheitsrecht, gemeindlicher Rechtsetzung in Form der Einung oder auf vertraglichen Regelungen beruhten. So wurde namentlich in Preußen das Gemeindegut zunehmend als Bollwerk gegen die Verarmung ländlicher Unterschichten wahrgenommen.⁸⁰

III.5 Rechtsdurchsetzung vor Ort: die „Implementationsarena“

Allerdings ist dies bloß die normative Seite. Die Implementationsprozesse sind gesondert zu betrachten, und diese vollzogen sich zweifellos vielfach konfliktbehaftet und führten zu zahllosen Rechtsstreitigkeiten.⁸¹ Die bislang privilegiert Nutzungsberechtigten, die Mitglieder der früheren Realgemeinde versuchten hier, jeden Zusammenhang ihrer Nutzungsrechte mit der Gemeindegutsmitgliedschaft in Abrede zu stellen: Es handle sich eben nicht um öffentliche Rechte, sondern um reine Privatrechte, die der Disposition des Gesetzgebers entzogen seien. Deren Strategie, die man sehr plakativ als Privatisierung des Gemeindeguts zu ihren Gunsten bei gleichzeitiger Generalisierung der Gemeindelasten umschreiben könnte, schien somit mit Blick auf die Judikatur und Wissenschaft nicht sehr vielversprechend. In der Implementationsarena, in der es um die Durchsetzung von Ansprüchen und Rechtspositionen geht, sah dies aber vielfach anders aus: Das Schicksal des Gemeindeguts entschied sich in diesen Jahrzehnten vielfach weniger aufgrund der von Gierke geforderten funktionalen Betrachtung einer allfälligen Kontinuität der Aufgabenbesorgung, sondern schlichtweg aufgrund der Machtverhältnisse vor Ort. Diese rechtstatsächliche Diagnose ist durch die rechtshistorische und sozialgeschichtliche Forschung der letzten Jahrzehnte hinreichend

abgesichert.⁸² Dabei hatten die bisherigen Nutzungsberechtigten, die sich tendenziell aus den vermögendere Bewohnern der Landgemeinden rekrutierten, in ihren Exklusionsbestrebungen im Allgemeinen einen gewichtigen Vorteil auf ihrer Seite: Wenngleich die politische Gemeinde öffentliche Aufgaben für sämtliche Einwohner wahrnahm und auch alle niedergelassenen Staatsbürger Gemeindeangehörige waren, begünstigte das kommunale Kurien- und Zensuswahlrecht die Vermögendere. Sprich: In der Praxis führte dies dazu, dass die ehemals Nutzungsberechtigten im hohen Maße die Gemeindeorgane dominierten und kommunale Funktionsträger wie Bürgermeister sich vielfach aus Reihen der Nutzungsberechtigten rekrutierten, was in unterschiedlichsten Ausprägungen Vermögensverschiebungen von der politischen Gemeinde zu den bislang Nutzungsberechtigten nahelegte.⁸³

Ob die dabei an den Tag gelegten Exklusionsstrategien⁸⁴ erfolgreich waren, variierte allerdings erheblich: In Preußen griff in solchen Fällen regelmäßig die Aufsichtsbehörde ein; hier waren umgekehrte Vorgänge häufiger, dass es in von Kleinhäuslern dominierten Gemeinden gelang, eindeutiges bisheriges Korporationsgut an die politische Gemeinde zu ziehen.⁸⁵

Eine bloß auf die normative und wissenschaftshistorische Ebene reduzierte Analyse des Themenkomplexes „Gemeindeordnung und Gemeindegut“ griffe somit bei Ausblendung der rechtstatsächlichen Ebene zu kurz. Dabei sei nicht verhehlt, dass es in allen drei angesprochenen Bereichen und vor allem im Rechtstatsächlichen noch erheblichen Forschungsbedarf gibt, zumal wenn eine nicht auf ein Land verengte, rechtshistorisch-rechtsvergleichende Perspektive angestrebt wird. Zudem markiert der soeben umrissene Gegenstand der Konflikte rund um das Gemeindegut im 19. Jahrhundert vor dem Hintergrund der Gemeindegesetzgebung nicht das Ende der Fahnenstange: Die ab dem letzten Viertel des 19. Jahrhunderts einsetzenden Prozesse der Grundbuchsanlage und der agrarischen Operationen und Regulierungen eröffnen weitere Schlachtfelder im Spannungsverhältnis rechtlicher Ausschließung vom und Teilhabe am Gemeindegut, die

⁸⁰ Siehe schon *Christoph*, Die ländlichen Gemeingüter (Allmenden) in Preussen (1906) 33; *Friedeburg*, Ländliche Gesellschaft 106.

⁸¹ Ausführlich schon *Schennach*, Rechtliche Nutzungsregime 822 ff.

⁸² Vgl. schon *Peyrer von Heimstätt*, Regelung der Grundeigentums-Verhältnisse 48; ferner *Christoph*, Die ländlichen Gemeingüter 34; *Kohl*, Gemeinde- oder Gemeinschaftsgut? 6 f (mit Literaturhinweisen); *Friedeburg*, Ländliche Gesellschaft 110 ff; *Bauer*, Der Kampf um Wald und Weide 116 ff.

⁸³ *Peyrer von Heimstätt*, Regelung der Grundeigentums-Verhältnisse 49. Allgemein *Wunder*, Die bäuerliche Gemeinde 126; so zutreffend auch *Oberhofer*, Von der Gemeinde zur Agrargemeinschaft 77 f, 85; *Oberhofer/Pernthaler*, Das Gemeindegut als Regelungsgegenstand der historischen Bodenreformgesetzgebung, in: *Kohl/Oberhofer/Pernthaler* (Hg.), Die Agrargemeinschaften in Tirol. Beiträge zur Geschichte und Dogmatik (2010) 207 (219). Für den Kanton Glarus noch 1941 entsprechend *Luchsinger*, Tagwen 55.

⁸⁴ Siehe exemplarisch *Schiff*, Agrarpolitik 214 f. Vgl. auch *Morscher*, Gemeindegutsrechte 5.

⁸⁵ Vgl. *Friedeburg*, Ländliche Gesellschaft 105 ff. Dass die Konflikte regional und lokal durchaus unterschiedlich (und nicht durchgehend zugunsten der bisher Nutzungsberechtigten) ausfallen konnten, konstatierte bereits *Bauer*, Kampf um Wald und Weide 116 f.

freilich in diesem Rahmen nicht weiter erörtert werden können.

IV Schluss und Ausblick: Lernen aus der Rechtsgeschichte?

Welche Schlüsse für die Tiroler Gegenwart kann man abseits der allgemeinen, einleitend umrissenen Erkenntnispotentiale aus den bisherigen Ausführungen ableiten? Teils wird dies ja schon praktiziert, beispielsweise wenn gegenwärtige Akteure ihre jeweils eigenen Schlüsse aus der Rechtsgeschichte zu ziehen, juristische Argumentationsstrategien der Gegenseite zu dekonstruieren oder eigene Rechtsansichten rechtshistorisch zu legitimieren versuchen. Man denke in diesem Zusammenhang nur an die kontroversiellen Äußerungen, ob die juristische Gemeinde in Österreich erst durch die provisorische Gemeindeordnung 1849 als juristische Person neu geschaffen wurde oder ob es Kontinuitäten gibt, woraus jeweils entsprechende Schlussfolgerungen abgeleitet werden.

Lassen sich jedoch aus der Rechtshistorie auch konkrete Handlungsdirektiven destillieren? Von besonderem Interesse ist dies mit Blick auf jüngst in den Raum gestellte Möglichkeiten einer vermeintlich dauerhaften Konfliktbereinigung durch das rechtliche Instrument der sogenannten Hauptteilung, die zu einer definitiven Vermögensauseinandersetzung zwischen Gemeinde und Agrargemeinschaft führt: Das der Gemeinde zukommende Grundeigentum wäre in der Folge nicht mehr mit land- und fortwirtschaftlichen Nutzungsrechten der Agrargemeinschaftsmitglieder belastet, während die Agrargemeinschaft zur vollen Eigentümerin des ihr zugewiesenen Anteils am ehemaligen Gemeindegut wird, diesen mithin gänzlich unbeschränkt nutzen und verwerten kann. Tatsächlich lassen sich für diesen Problemkomplex aus der Rechtsgeschichte einige Schlussfolgerungen ziehen, wobei man freilich das Feld rechtshistorischer Forschung teilweise verlässt und den Bereich der Rechtspolitik streift.

Wie kontroversiell Hauptteilungen aus wissenschaftlicher Sicht beurteilt werden können, vermögen die einschlägigen Ausführungen der beiden Verfassungsrechtler Harald Stolzlechner⁸⁶ und Berhard Raschauer⁸⁷ aus dem Jahr 2012 zu illustrieren, die die Gefahren (Stolzlechner) respektive den Nutzen (Raschauer) für die Gemeinden hervorheben.⁸⁸

In diesem Kontext ist eine Vorbemerkung notwendig. Sieht man mit Siegbert Morscher im Drängen auf Hauptteilungen nur ein Mittel, „um das Gemeindegut so weit wie rechtlich möglich, offenkundig aber auch darüber hinaus endgültig in die Hände der Nutzungsberechtigten zu geben“⁸⁹, wird keine Gemeinde einen solchen Schritt auch nur in Betracht ziehen. Diese Befürchtung entbehrt vor dem Hintergrund der rechtlichen Zeitgeschichte Tirols nicht ihrer Berechtigung, wurde doch in der Ära von Landeshauptmann Eduard Wallnöfer die Hauptteilung ausdrücklich als neben der Regulierung alternatives Mittel zur Herstellung des „Dorffriedens“ (im Sinne der Nutzungsberechtigten) empfohlen.⁹⁰ Prämisse, um Hauptteilungen seitens einer Gemeinde überhaupt in Betracht ziehen zu können, müsste daher die strikteste Neutralität und Objektivität der Agrarbehörde und der politischen Verantwortlichen, insbesondere des nach der Ressortverteilung zuständigen Mitglieds der Landesregierung sein. Schließlich verdeutlichen die Erkenntnisse der Verwaltungslehre, dass Positionierungen eines Regierungsmitglieds die Arbeitsweise einer Behörde selbst ohne Erteilen förmlicher Weisungen in erheblichem Ausmaß beeinflussen können.⁹¹ Ob diese Neutralität im Spannungsfeld von Gemeinde- und Agrargemeinschaftsinteressen gegeben ist, ist freilich nicht Beurteilungsgegenstand des Rechtshistorikers, sondern der Politikwissenschaft und darüber hinaus des öffentlichen und politischen Diskurses.

Abwägen lassen sich mit einem Blick in die Rechtsgeschichte sehr wohl Vor- und Nachteile von Hauptteilungen. Von den Befürwortern könnte das Argument des

⁸⁶ Stolzlechner, Überlegungen zu wichtigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit Gemeindegutsagrargemeinschaften nach TFLG 1996 i.d.F. Landesgesetzblatt 2010/7, 94 ff (e-text auf <http://www.gemeindeverband-tirol.at/php/downloads,3198.html>).

⁸⁷ Raschauer, Rechtswissenschaftliche Stellungnahme zum Gutachten von Harald Stolzlechner „Überlegungen zu wichtigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit Gemeindegutsagrargemeinschaften nach TFLG 1996 i.d.F. Landesgesetzblatt 2010/7“, 12 ff; (e-text auf <http://www.tirol.gv.at/laendlicher-raum/agrar/agrargemeinschaften/>).

⁸⁸ Dabei muss man sich vergegenwärtigen, dass es sich in beiden Fällen nicht um wissenschaftliche Arbeiten im engsten Sinn, sondern um Gutachten handelt.

Mit Blick auf die wissenschaftliche Redlichkeit sei an dieser Stelle angeführt, dass die Beschäftigung des Verfassers mit den rechtshistorischen Aspekten der Gemeindegutnutzung ausschließlich der wissenschaftlichen Neugier entspringt. Er bezog und bezieht für seine einschlägigen Arbeiten und Publikationen von keiner Seite ein Honorar oder eine geldeswerte Leistung und verfolgt mit ihnen selbstverständlich auch keinerlei (partiell)politischen Interessen.

⁸⁹ Morscher, Gemeindegutsagrargemeinschaften 118.

⁹⁰ Brief Eduard Wallnöfers an den Bürgermeister der Gemeinde Ainet vom 14. März 1969. Offensichtlich handelt es sich bei der Korrespondenz um Archivgut, eine Archivsignatur war jedoch nicht greifbar. Verschiedentlich werden freilich im Internet Faksimiles der Korrespondenz wiedergegeben.

⁹¹ Oberndorfer, Die Verwaltung im politisch-gesellschaftlichen Umfeld, in: Holzinger/Oberndorfer/Raschauer, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 1 (54 f).

herzustellenden „Dorffriedens“ ins Feld geführt werden. Dies ist allerdings kein Argument mit Substrat im Faktischen, sondern ausschließlich ein Topos im politischen Diskurs, mit dem letztlich jeder gewünschte Zustand gerechtfertigt werden könnte.⁹² Gerade die Rechtsgeschichte zeigt auf eindrucksvolle Weise, dass das Gemeindegut seit Jahrhunderten regelmäßig Gegenstand gemeindeinterner Spannungen und Differenzen gewesen ist, und man diese Konflikte auch positiv sehen kann: Erst sie führten immer wieder zu flexiblen Anpassungen des rechtlichen Nutzungsregimes am Gemeindegut.

Ein weiteres Argument pro Hauptteilung könnte in der dadurch zu realisierenden Verwaltungsvereinfachung durch den Wegfall der Notwendigkeit der Führung zweier Rechnungskreise gesehen werden. Allerdings wird wohl erst die Verwaltungspraxis der kommenden Jahre zeigen, inwiefern hier überhaupt ein signifikantes Einsparungspotenzial vorhanden ist (und ob dieses in Relation zu den noch anzusprechenden Risiken einer Hauptteilung steht). Zudem muss man sich vergegenwärtigen, dass diese Verwaltungsvereinfachung gleichermaßen mit anderen Gestaltungsmitteln (bis hin zur Rückübertragung des Gemeindeguts in das Eigentum der Gemeinden) erreicht werden könnte. Überdies könnte das Führen zweier Rechnungskreise Kontrolle und Transparenz fördern, indem Gemeinde und Agrargemeinschaft die jeweils zweckmäßige Wirtschaftsführung der gegenbeteiligten Seite im Blick bewahren.

Liegt der Fokus auf den land- und forstwirtschaftlichen Nutzungen zur Deckung des Haus- und Gutsbedarf (als ureigenstem und gänzlich unbestrittenem Daseinsgrund des Gemeindeguts), dürfte überdies just eine Agrargemeinschaft selbst kein Interesse an einer Hauptteilung haben,⁹³ stehen doch ohne eine solche ungleich mehr Flächen der landwirtschaftlichen Nutzung durch die Agrargemeinschaftsmitglieder offen. Ein Streben nach einer Hauptteilung seitens einer Agrargemeinschaft indiziert somit die Vermutung, dass nicht land- und forstwirtschaftliche Aspekte, sondern andere wirtschaftliche Zielsetzungen im Vordergrund stehen. Umgekehrt begibt sich die Gemeinde im Gefolge einer Hauptteilung unwiederbringlich der Dynamik und Flexibilität, die die Gemeindegutnutzung bis in das 19. Jahrhundert auszeichneten und ein Reagieren auf sich wandelnde Rahmenbedingungen ermöglichten. Niemand kann die wirtschaftliche, soziale, demographische und siedlungstechnische Entwicklung der kommen-

den Jahrzehnte voraussehen. Was beispielsweise heute nach einer vermeintlich ungünstigen Lage aussieht, kann sich Mitte des 21. Jahrhunderts ganz anders präsentieren, und der Stellenwert der Ressource Holz gegen Ende des Jahrhunderts ist angesichts des Zurneigegehens fossiler Brennstoffe derzeit kaum abzuschätzen. Eine Hauptteilung zieht aus Gemeindesicht den zumindest teilweisen Verzicht nach sich, diese Entwicklungschancen selbst zu realisieren, zumal die nach der Judikatur des VfGH seit dem Jahr 2008 auf die bloße Befriedigung des Haus- und Gutsbedarfs limitierten landwirtschaftlichen Nutzungen im Verhältnis zum Substanzwert wenig ins Gewicht fallen und aufgrund des sich bis auf weiteres fortsetzenden Rückgangs der Landwirtschaft noch mehr an Bedeutung verlieren werden.⁹⁴ Außerdem birgt eine Hauptteilung ein erhebliches Risiko: Ein Blick in die Rechtsgeschichte zeigt eindringlich, wie es Mitglieder agrarischer Korporationen bei einer Vermögensauseinandersetzung mit Gemeinden oftmals verstanden haben, in deren Verlauf ihre Interessen durch geschicktes Ausnutzen von sozialen und familiären Netzwerken in der Gemeinde sowie mit (lokal)politischem Rückenwind in weit überproportionalem Ausmaß durchzusetzen und sich so die Filetstücke des ehemaligen Gemeindeguts dauerhaft zu sichern.

Als Lehrbeispiel für das Gesagte kann die Vermögensauseinandersetzung zwischen der politischen Gemeinde und der sogenannten Bürgergemeinde Bern dienen, die 1852 erfolgte, die Bürgergemeinde deutlich begünstigte und Anlass für jahrzehntelange Diskussionen blieb.⁹⁵ Freilich kann man gleichermaßen auf geographisch und zeitlich näherliegende Exempel wie die Agrargemeinschaften Vill und Igls verweisen (Hauptteilungen 1956 und 1954).⁹⁶ Nunmehr eröffnen Hauptteilungen den Agrargemeinschaftsmitgliedern neuerlich Chancen zur Interessendurchsetzung, indem die Herstellung von Privateigentum der Agrargemeinschaft im Gefolge einer Hauptteilung tatsächlich die endgültige Exklusion sämtlicher anderer Gemeindeglieder ermöglicht, da die zwischen politischer Gemeinde und Agrargemeinschaften aufgeteilten Liegenschaften ihre Qualität als Gemeindegut einbüßen. Die Agrargemeinschaften haben vor dem Hintergrund der rezenten Rechtsprechung der Gerichte des öffentlichen Rechts bei Hauptteilungen – just wenn für die Mitglieder die land- und forstwirtschaftlichen Nutzungen nicht im Vordergrund stehen – viel zu gewinnen und wenig zu verlieren; bei den Gemeinden verhält es sich genau umgekehrt.

⁹² Sehr zugespritzt zum Topos des Dorffriedens *Morscher*, Gemeindegutsagrargemeinschaften 118, Anm. 72.

⁹³ So auch *Raschauer*, Überlegungen zu wichtigen Rechtsfragen 99.

⁹⁴ Zuletzt Erkenntnis VfGH 02.10.2013, B 550/2012-17, B 552/2012-15, B 553/2012-11. Zur abnehmenden Bedeutung des Haus- und Gutsbedarf auch *Frigo*, Die Bürger- und Korporationsgemeinde 167 ff.

⁹⁵ *Rieder*, Netzwerke des Konservatismus 64 ff.

⁹⁶ VfSlg. 19.300/2011; Erkenntnis VwGH 10.11.2011, 2010/07/0216.

Mangels fachlicher Zuständigkeit des Verfassers sei an dieser Stelle nicht auf die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Rückübertragung des formalen Eigentumsrechts am regulierten Gemeindegut an die Gemeinden eingegangen, zumal dies von der konkreten legislativen Ausgestaltung abhänge. Hingewiesen sei an dieser Stelle nur, dass es mit Siegbert Morscher, Harald Stolzlechner oder Bernhard Eccher durchaus juristisch prominente Befürworter der Möglichkeit einer verfassungskonformen Ausgestaltungsmöglichkeit gibt.⁹⁷ Überhaupt muss man strikt zwischen dem rein rechtswissenschaftlichen und dem politischen Diskurs unterscheiden, da Letzterer eigenen Regularitäten folgt, die Untersuchungsgegenstand der Politikwissenschaft und nicht der Rechtsgeschichte sind.

Abseits von derartigen, Berührungspunkte zur Rechtspolitik aufweisenden anwendungsorientierten Lehren aus der Rechtsgeschichte steht jedoch auch bei der rechtshistorischen Beschäftigung mit dem Gemeindegut die aufklärerische Funktion der Rechtsgeschichte im Vordergrund: Sie führt die Zeit- und Interessengebundenheit juristischer Argumentationsstrategien vor Augen und deconvriert im vorliegenden Fall gegenwärtige Argumentationsstrategien als ebenso zeit- und interessengebunden.

Die Ähnlichkeit juristischer Narrative zu Beginn des 21. Jahrhunderts und im 19. Jahrhundert ist jedenfalls frappant und selbst abseits der Notwendigkeit konkreter Nutzbarmachung interessant.

⁹⁷ Sehr dezidiert *Morscher*, Gemeindegutsagrargemeinschaften 124; ebenso *Raschauer*, Überlegungen zu wichtigen Rechtsfragen 114 ff; abwägend *Eccher*, Das agrargemeinschaftliche Gemeindeeigentum in Tirol, in: *Ganner* (Hg.), Die soziale Funktion des Privatrechts. Festschrift für Heinz Barta zum 65. Geburtstag (2009) 211 (220).

Impressum

Medieninhaber und Herausgeber: Tiroler Gemeindeverband. Geschäftsführer des Medieninhabers: Dr. Helmut Ludwig
Anschrift: 6020 Innsbruck, Adamgasse 7a, Tel. 0 512/58 71 30, Fax: 0 512/58 71 30 - 14; E-Mail: tiroler@gemeindeverband-tirol.at
Homepage: www.gemeindeverband-tirol.at
Redaktionsleitung: Peter Leitner
Hersteller: Raggl Druck GmbH, Rossaugasse 1, 6020 Innsbruck
Erscheinungsweise: Sonderpublikation der Tiroler Gemeindezeitung. Erscheinungsort: Innsbruck. Bezug: gratis
Offenlegung gem. § 25 MedG.: Medieninhaber: Tiroler Gemeindeverband; Adamgasse 7a, 6020 Innsbruck