

ohne Rechtsverweigerung davon ausgehen, daß nach der Meinung des Kantonsratsbeschlusses die Filialgemeinde Merleschachen sofort konstituiert und zur Steuererhebung berechtigt sein sollte. Nun war aber durch den Rekurrenten bestritten, daß der Kantonsratsbeschuß überhaupt rechtsverbindlich sei, weil er eine von der Gemeinde nicht angenommene wesentliche Bedingung der genehmigten Statuten beigelegt habe. Demgegenüber hat das Kantonsgericht erklärt, daß der ordnungsgemäß publizierte Kantonsratsbeschuß vom kantonalen Richter auf seine Rechtsverbindlichkeit nicht nachgeprüft werden dürfe, sondern für ihn gleich wie Gesetze und Dekrete maßgebend sein müsse. Diese Auffassung über die Stellung des Richters einem derartigen sich doch wohl als bloßen Verwaltungsakt darstellenden Beschlusse des Kantonsrats gegenüber mag zweifelhaft sein, aber von Willkür kann auch hier gewiß nicht gesprochen werden, zumal auch der Rekurrent in seiner Rekurschrift nicht einmal den Versuch gemacht hat, darzutun, daß sie mit klaren Normen des kantonalen Staatsrechts schlechterdings unvereinbar sei. Die beiden erwähnten, aus Art. 4 BV nicht anfechtbaren Motive des angefochtenen Entscheides — die Auslegung des Kantonsratsbeschlusses im Sinne einer durch den Vorbehalt resolutiv bedingten Statutengenehmigung und Konstituierung der Gemeinde und die Feststellung, daß der Kantonsratsbeschuß für den Richter verbindlich ist — mußten aber für die Gutheiligung der Klage der Filialgemeinde Merleschachen gegen den Rekurrenten entscheidend sein. Es braucht daher die Frage, ob die sonstigen Erwägungen des Kantonsgerichts als willkürlich angefochten werden können, nicht weiter erörtert zu werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

### 97. Urteil vom 9. November 1905 in Sachen Mehrheit der Schwägälpgenossen gegen Minderheit der Schwägälpgenossen.

*Legitimation zum staatsrechtlichen Rekurse. Art. 178 Ziff. 2 OG. — Angeblich verfassungswidrige Besetzung des Gerichts. — Anfechtung von Zwischenurteilen mittelst des staatsrechtlichen Rekurses gegen das Haupturteil. Auslegung und Anwendung des kantonalen Gesetzesrechts. — Begriff der materiellen Rechtsverweigerung.*

Das Bundesgericht hat,

da sich ergibt:

A. Die Schwägälpgenossenschaft ist Besitzerin der großen Schwägälp in Appenzell Außerrhoden mit 478 Kuhrechten und 22 Hütten, die sich auf 13 Genossen verteilen. Nach den Statuten der Genossenschaft führt die Alpgenossenversammlung, die aus sämtlichen Besitzern von Alprechten besteht, die Oberaufsicht über die Verwaltung, Bewirtschaftung, den Besatz und das Rechnungswesen der Alp (§ 1). Die Hauptgeschäfte der Versammlung sind die Wahlen, die Feststellung und Revision des Alpreglements, die Instruktion an die Alpkommission, die Genehmigung des Protokolls und der Rechnungen, die Anordnung notwendiger Verbesserungen „und was Zeit und Umstände verlangen“ (§ 4). Die Beschlüsse der Alpversammlung werden mit absolutem Stimmenmehr gefaßt; das Stimmrecht richtet sich bei ausdrücklichem Verlangen nach der Anzahl der einem Genossen gehörenden Hüttenrechte (§ 2). Im Alpreglement sodann ist gemäß einem Beschuß der Hauptversammlung vom 30. April 1872 bestimmt, daß Kauf oder Tausch von Kuhrechten eines Alpgenossen an einen andern nur mit Zustimmung sämtlicher Alpgenossen geschehen kann.

Im Jahre 1903 stand die Schwägälpgenossenschaft in Unterhandlungen mit der Dorferkorporation Herisau betreffend Ankauf von Quellen aus der Schwägälp seitens der letztern zum Zwecke der Erstellung einer Wasserversorgung für Herisau und die dafselbst zu errichtende kantonale Irrenanstalt. Durch Mehrheitsbeschuß der Alpversammlung vom 24. September 1903 wurde einem bezüglichen Kaufvertrag die Genehmigung erteilt. Vier

Mitglieder, die gegen den Verkauf gestimmt hatten, belangten in der Folge als „Minderheit der Schwägälpgenossen“ die „Mehrheit der Schwägälpgenossen“ gerichtlich mit folgenden Rechtsbegehren: Es habe die Beklagte anzuerkennen, daß sie kein Wasser ab der gemeinsamen Alp zu verkaufen berechtigt sei, außer mit Zustimmung der sämtlichen Alpgenossen und daß demgemäß dem mit Mehrheit gefaßten Beschlusse betreffend Wasserverkauf keine weitere Folge gegeben werde. In diesem Prozesse war also die Frage zu entscheiden, ob der Verkauf der Quellen durch Mehrheitsbeschluß der Alpvversammlung oder nur im Einverständnis sämtlicher Genossen gültig beschlossen werden konnte. Die erste Instanz, das Bezirksgericht Vorderland, stellte sich auf den letztern Standpunkt und hieß somit die Klage der Minderheit der Schwägälpgenossen gut. Vor der zweiten Instanz, dem Obergericht des Kantons Appenzell Außerrhoden, stellte der Vertreter der Minderheit als Vorfrage das Begehren, daß die drei Obergerichter, welche der Gemeinde Herisau angehörten, in Ausstand zu treten hätten, gemäß Art. 27 GP, wonach auf Verlangen einer Partei ein Richter, der zu einem Prozesse oder einer Partei in einem nähern Verhältnis steht, so daß ihm je nach dem Entscheide ein unmittelbarer Vor- oder Nachteil erwachsen könnte, den Ausstand zu nehmen hat. Das Gericht entsprach dem Begehren durch Zwischenurteil vom 25. Juli 1904, indem es feststellte, daß die betreffenden drei Obergerichter als Mitglieder der Dorferkorporation Herisau, also der Gegenkontrahentin der Schwägälpgenossenschaft im Kaufvertrag betreffend die Quellen, in erheblichem Maße am Ausgang des Prozesses persönlich interessiert seien, wodurch die Voraussetzungen des Ausstandes nach Art. 27 leg. cit. erfüllt seien. Durch Urteil vom 27. Dezember 1904 hieß sodann das Obergericht, das hiebei mit sechs Richtern besetzt war, in Bestätigung des bezirksgerichtlichen Erkenntnisses, die Klage der Minderheit der Schwägälpgenossen ebenfalls gut. Es vertrat also gleichfalls die Auffassung, daß zum Verkauf von Quellen von der Schwägälalp die Zustimmung sämtlicher Alpgenossen erforderlich gewesen wäre, indem es sich im wesentlichen einem von der Klägerschaft eingelegten, ausführlich begründeten Rechtsgutachten von Professor Dr. Eugen Huber in Bern anschloß.

B. Gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Appenzell

Außerrhoden hat die Mehrheit der Schwägälpgenossen unterm 25. Februar 1905 den staatsrechtlichen Rekurs ans Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, es sei daselbe wegen Rechtsverweigerung und Willkür aufzuheben.

C. Das Obergericht des Kantons Appenzell Außerrhoden hat auf die Stellung von Anträgen verzichtet.

Die Minderheit der Schwägälpgenossen hat auf Verwerfung des Rekurses angetragen; —

in Erwägung:

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob in dem Rechtsstreit, der zum angefochtenen Urteil geführt hat, auf beklaglicher Seite die einzelnen Alpgenossen, welche in der Alpvversammlung vom 24. September 1903 die Mehrheit bildeten, Partei waren, oder nicht vielmehr die Genossenschaft als solche, der gegenüber die in Minderheit gebliebenen Genossen ihre Mitgliedschaftsrechte geltend gemacht hätten. Denn da anerkanntermaßen auch juristische Personen zum staatsrechtlichen Rekurse befugt sind, so ist vorliegend die Beschwerde-Legitimation der Rekurspartei im einen wie im andern Falle gegeben.

2. Die Rekurspartei beschwert sich wegen Rechtsverweigerung in erster Linie darüber, daß das Obergericht bei Erlass des angefochtenen Urteils nur von sechs Mitgliedern besetzt war. Diese Anfechtung erscheint ohne weiteres als unbegründet. Nach Art. 13 der kantonalen GP ist zur Spruchfähigkeit der Gerichte erforderlich, daß die absolute Mehrheit der Mitglieder anwesend sei. Da nun das Obergericht aus elf Mitgliedern besteht, war es mit sechs Mitgliedern genügend besetzt. Daß die erwähnte Prozeßvorschrift verfassungswidrig sei, ist nicht ersichtlich und in der Rekurschrift auch nicht ernstlich behauptet. Insbesondere kann nicht als fundamentaler Rechtsgrundsatz, dessen Verletzung einer Verletzung von Art. 4 RB gleichkäme, anerkannt werden, daß ein Gericht stets mit einer ungeraden Zahl von Richtern besetzt sein müsse. Wenn sich eine solche Vorschrift in vielen Prozeßordnungen findet, so sind hiefür lediglich Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend, und es ist nicht einzusehen, weshalb die Sache positivrechtlich nicht auch anders geordnet sein könnte, wobei dann eben unter Umständen dem Präsidenten zwei Stimmen zukommen.

3. Die Rekurspartei behauptet weiterhin, daß auch sonst die

Besetzung des Obergerichts eine ungesetzliche gewesen sei, indem die drei in Herisau wohnenden Mitglieder des Gerichts in willkürlicher Weise in den Ausstand erklärt worden seien. Obgleich über diese Ausstandsfrage durch Zwischenurteil des Obergerichts vom 25. Juli 1904 entschieden worden ist, erscheint der Rekurs in dieser Beziehung doch nicht als verspätet, da nach der Praxis des Bundesgerichts Zwischenurteile über prozessualische Fragen in Fällen, die nicht auf dem Berufungswege ans Bundesgericht gezogen werden können, nicht selbständig durch staatsrechtlichen Rekurs wegen Rechtsverweigerung anzufechten sind, indem die fragliche Beschwerde gegen das Endurteil in der Sache zu richten ist (A. S. XXVIII, 1, S. 39). Dagegen ist auch dieser Beschwerdepunkt materiell durchaus unbegründet. Vom Ausgang des Prozesses zwischen den Parteien hängt es ab, ob der Vertrag der Dorferkorporation Herisau mit der Schwägalpgenossenschaft über den Verkauf der Quellen Bestand hat oder nicht. Wenn daher das Obergericht angenommen hat, daß die fraglichen drei Obergerichter als Mitglieder der Dorferkorporation am Ausgang des Prozesses im Sinne des Art. 27 EPD interessiert seien, so kann diese Gesetzesauslegung und -Anwendung, auch wenn sie zweifelhaft sein sollte, doch unter keinen Umständen als willkürlich angefochten werden.

4. In der Hauptsache behauptet die Rekurspartei, daß das angefochtene Urteil materiell willkürlich sei und daher ihr gegenüber eine Rechtsverweigerung enthalte. Doch machen die Rekursbeteiligten mit Recht darauf aufmerksam, daß in dieser Beziehung der Rekurs auf einer völligen Verkennung des Wesens der materiellen Rechtsverweigerung im bundesrechtlichen Sinne beruht (s. z. B. A. S. XXX, 1, S. 498, Erw. 3). Die Frage, ob für den Verkauf der Quellen die Stimmenmehrheit der Alpversammlung genügt, oder ob die Zustimmung sämtlicher Alpgenossen erforderlich war, ist eine schwierige Rechtsfrage des kantonalen Rechts, die vom Obergericht beim Mangel positiver Normen oder einer einschlägigen Gerichtspraxis gemäß allgemeinen Rechtsanschauungen unter Verwertung der Ergebnisse der Wissenschaft hinsichtlich der Natur und des Wesens solcher wirtschaftlicher Genossenschaften von der Art der Schwägalpgenossenschaft im letztern Sinne gelöst worden

ist. Schon der Umstand, daß das Gericht hierbei dem Gutachten eines angesehenen Rechtslehrers gefolgt ist, dürfte die Annahme einer willkürlichen Rechtsprechung ausschließen. Auch kann nicht der geringste Zweifel darüber obwalten, daß die eingehenden und sorgfältigen Erwägungen des Obergerichts ernst gemeint sind und auf einer objektiven Würdigung des Falles beruhen. Insbesondere kann nicht gesagt werden, daß die Auffassung des Obergerichts mit den Statuten der Schwägalpgenossenschaft schlechterdings unvereinbar sei; denn die Statuten können sehr wohl und jedenfalls ohne Willkür, wie dies seitens des Obergerichts geschieht, dahin ausgelegt werden, daß die Vorschrift, wonach die Beschlüsse der Alpversammlung mit Stimmenmehrheit gefaßt werden, sich nur auf Verwaltungsgeschäfte bezieht und für Veränderungen im Bestande des Genossenschaftsvermögens — und als solche stellt sich der Verkauf der Quellen gewiß dar — nicht gelten, zumal ja für diese Auslegung auch die Bestimmung des Alpreglementes, wonach Kauf oder Tausch von Kuhrechten unter den Genossen nur mit Zustimmung aller Mitglieder zulässig ist, in der Tat ein gewichtiges Argument bildet; —

erkennt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

## II. Doppelbesteuerung. — Double imposition.

Vergl. Nr. 104.