

de compromittendo non è da riferirsi ad un rapporto giuridico, che ancora non esiste, se non quando simile intenzione delle parti risulti dal contratto in modo evidente. In concreto però nè è detto nell' art. 108 degli statuti, che debbano essere rimesse ad arbitri anche le contese che avessero a nascere fra le parti da un contratto da conchiudersi secondo gli art. 20 e 28 degli statuti, nè vi sono motivi che conducano a credere che tale sia stata la volontà dei contraenti, nè l'art. 108 degli statuti manca di un senso ragionevole, se non lo si riferisce alle contese suddette, essendo stati creati dagli statuti, come riconosce anche il convenuto e come risulta del resto chiaramente dal loro tenore, direttamente dei rapporti di diritto, ai quali può essere applicato l'art. 108. Così per esempio dagli art. 6, 13 lett. 1, e 44 dei medesimi. — L'eccezione del compromesso sollevata dallo Stato è dunque inattendibile sotto ogni riguardo.

Per questi motivi il Tribunale federale
pronuncia :

L'eccezione del compromesso sollevata dalla parte convenuta è dichiarata infondata.

147. Urtheil vom 10. Dezember 1892 in Sachen
Nigg und Bregenzer gegen Kanton Schwyz.

A. Mit Klageschrift vom 22./23. Januar 1892 stellen Richter Tobias Nigg und Negoziant Clemenz Bregenzer in Gersau beim Bundesgerichte den Antrag: „Ist Beteiligtschaft (Staat des Kantons Schwyz) nicht pflichtig, 1. anzuerkennen, daß die Kläger als Inhaber des sogenannten Balchensfanges und Balchensees zu Gersau allein und ausschließlich berechtigt seien, auf dem schwyzzerischen Theile des Vierwaldstättersees von der Grenze zwischen den Bezirken Schwyz und Gersau bis zur Grenze zwischen Gersau und Vignau Balchen zu fangen? 2. Von diesem die Befugniß Dritter zum Balchensfang ausschließenden Privatrechte

der Kläger in den kantonalen Fischereipatenten Vormerkung zu thun, unter Kostenfolge für die Beteiligtschaft?“ Sie bringen an: Unter dem Namen „Balchensfang und Balchensee“ bestehe auf dem Vierwaldstättersee von Alters her eine Fischereigerechtigkeit, deren Ausübung sich von der Schwyzer Landmark (Grenze zwischen den Bezirken Schwyz und Gersau) bis zur Grenze der benachbarten luzernischen Gemeinde Vignau erstreckt habe. Diese Gerechtigkeit, deren Inhalt im ausschließlichen und, nach der Ansicht der Kläger, unbefchränkten Rechte zum Balchensfang auf dem genannten Seegebiete bestehe, sei rechtlich wie eine Liegenschaft behandelt worden, indem sie nicht nur wiederholt Gegenstand von Kaufverträgen gewesen sei, sondern sogar eine eigene Grundbuchnummer erhalten habe und mit Hypotheken belastet worden sei. Am 30. Juli 1889 sei der Balchensfang und Balchensee durch Kauf an die heutigen Kläger übergegangen. Seit Erlaß des Bundesgesetzes betreffend die Fischerei beziehungsweise der bezüglichen kantonalen Vollziehungsverordnung haben verschiedene Fischer den Versuch gemacht, die Inhaber des Balchensfanges und Balchensees in ihrer Rechtsausübung zu beeinträchtigen, unter dem Vorwande, daß jeder Inhaber eines kantonalen Fischereipatentes das Recht habe, in allen öffentlichen Gewässern des Kantons den Fischfang zu betreiben, ohne dabei einer andern Beschränkung unterworfen zu sein, als den im Bundesgesetze enthaltenen Bestimmungen. Die Kläger haben verschiedene erfolglose Versuche gemacht, sich hiegegen zu schützen. Auch die Regierung des Kantons Schwyz wolle das Recht der Kläger in zwei Richtungen beschränken. Zunächst mit Bezug auf den Ort dahin, daß dasselbe sich nur auf die Uferstrecken des Sees, nicht aber auf den offenen See beziehe. Allein in keiner Urkunde sei etwas davon gesagt, daß nur am Ufer Balchen gefangen werden dürfen. In den Verträgen heiße es „Balchensfang und Balchensee.“ Damit sei doch deutlich gesagt, daß das Fischereirecht sich nicht blos dem Ufer entlang erstrecke. Die Kläger behaupten ihr Fischereirecht bis an die Grenze des Kantons Nidwalden. Sodann behauptete die Regierung eine Beschränkung des Fischereirechtes der Kläger mit Bezug auf die Zeit dahin, daß dasselbe sich nur auf die Laichzeit der Balchen beziehe. Allerdings werden nun die Balchen hauptsächlich

zur Laichzeit, d. h. im Christmonat, gefangen; man fange sie aber auch im Sommer in der Tiefe des Sees mit Grundnetzen. Sie berufen sich für den Umfang und die bisherige Ausübung ihrer Fischereierechtigkeit auf Zeugenbeweis.

B. In seiner Vernehmlassung beantragt der Regierungsrath des Kantons Schwyz: Das Bundesgericht wolle erkennen, daß die Kläger, als Inhaber des sogenannten Balchensatzes und Balchensees zu Gersau privatrechtlich lediglich befugt sind, den Fang der Balchen während der Laichzeit (Ende November und Anfang Dezember), in herkömmlicher Weise mittelst Netzen und Zündens zur Nachtzeit längs der Uferstellen des Vierwaldstättersees auf Gersauer Gebiet zu betreiben und daß die Kläger mit allen weitergehenden Rechtsansprüchen abzuweisen sind. Alles unter Kostenfolge. Zur Begründung macht er im Wesentlichen geltend: Das Balchensatzrecht in Gersau bestehe lediglich in der Rechtsame des Balchensatzes längs der gersauiischen Seeuferstrecke während des Balchenlaiches. Wie diese Rechtsame entstanden sei, lasse sich urkundlich nicht mehr nachweisen. Zum ersten Male werde die Balchensatzerei ohne nähere Umschreibung erwähnt im Jahre 1698, wo ein Johann Kaspar Rüttel am Rottenschur in Gersau als Sicherheit und Pfand für eine Gültschuld außer den in erster Linie verpflichteten Liegenschaften auch noch den Balchensatz mitverschreibe. Die Rechtsame erscheine also anfänglich als Zubehörde zu einer Liegenschaft; in der Folge scheine sie dagegen als selbständige, von der Verbindung mit einer Liegenschaft losgelöste, Gerechtigkeit, Gegenstand von Theilungen und hypothekarischen Verschreibungen geworden zu sein. Im Jahre 1838 haben die damaligen vier Inhaber des auf dem Balchensee verschriebenen Kapitals sich gleichzeitig als die ausschließlichen Inhaber des Balchensees, also des Grundpfandes selbst, erklärt und gleichzeitig eine Theilung des „Balchensees“ in vier Abtheilungen vorgenommen. Im Grundbuche von Gersau sei der Balchensatz formell wie eine selbständige Liegenschaft mit eigener Liegenschaftsnummer, Nr. 337, materiell dagegen als Fischereierechtigkeit behandelt worden. Bei der im Jahre 1887 vorgenommenen nachträglichen Kapitalbereinigung über den Balchensatz seien nicht die Inhaber der Kapitalien, sondern eine Familie Rüttel am Rotten-

schur als Eigenthümer des Balchensatzrechtes erklärt worden, so daß die Gerechtigkeit wieder zu dem Eigenthümer der anfänglich mit-hypothekirten Liegenschaft am obern Rottenschur zurückgekehrt sei, nachdem die Kapitalbereinigung ergeben habe, daß von dieser Liegenschaft nicht weniger als 11,788 Fr. 98 Cts. Gültschulden auch auf den Balchensatz übergreifen. Bis zum Jahre 1886 sei der Fischfang in den öffentlichen Gewässern des Kantons Schwyz frei gewesen. In der am 1. Dezember 1885 erlassenen Vollziehungsverordnung zum eidgenössischen Fischereigesetze dagegen sei derselbe vorbehaltlich besonderer Rechte von Gemeinden, Korporationen oder Privaten als Staatsregal erklärt worden. Auf eine daraufhin erlassene öffentliche Aufforderung zur Anmeldung privater Fischereirechte haben die Inhaber des sogenannten Balchensatzrechtes in Gersau ihre Rechte angemeldet und anfänglich sogar nicht nur das ausschließliche Recht des Balchensatzes, sondern das ausschließliche Recht des Fischfanges überhaupt auf dem Gebiete des Gersauersees beansprucht. Die Staatsbehörde habe den Versuch gemacht, das Recht von der damaligen Inhaberin, der Familie Rüttel, für den Staat zu erwerben; während die hierüber eingeleiteten Verhandlungen noch schwebten, haben aber die heutigen Kläger das Recht um den Preis von 1551 Fr. 97 Cts. für sich erworben. In rechtlicher Beziehung sei zu bemerken: Der Vierwaldstättersee innerhalb des Gebietes von Gersau bis zu der Grenze von Schwyz, Nidwalden und Luzern sei ehemals öffentliches Gut der Republik Gersau gewesen, welche die Staatshoheit über den See wie das Landbuch von Gersau von 1751 und die Einträge in den Rathserkenntnißbüchern ergeben, durch Erlaß von hoheitlichen Geboten und Verboten ausgeübt habe. So sei u. A. fremden Fischern das Fischen auf Gersauergebiet, vorbehaltlich des Gegenrechtes, verboten und sei wiederholt einzelnen auswärtigen und einheimischen Fischern gegen Abgaben in Geld und Fischen der Fang einzelner Fischsorten verliehen worden, so namentlich der Fang von Trischnen mittelst Bären in den Jahren 1810, 1811, 1814. Bei der Einverleibung der Landschaft Gersau in den Kanton Schwyz seien deren Hoheitsrechte auf den Kanton übergegangen und es sei der ganze schwyzerische Theil des Vierwaldstättersees öffentliches Gut des Staates Schwyz. Wenn

Private, Korporationen oder Gemeinden gegenüber dem Staate besondere Fischereigerechtigkeiten geltend machen wollen, so liege ihnen der Beweis für Bestand und Umfang ihrer Rechte ob. Der Staat des Kantons Schwyz anerkenne nun das Balchenfangrecht der Kläger nur mit der Beschränkung, daß die Rechte nur zur Laichzeit der Balchen, nur längs der Seeufer an den Laichstellen und nur mit den althergebrachten Geräthen und in herkömmlicher Weise ausgeübt werden dürfe. Im ganzen Vierwaldstättersee werde der Balchenfang von Alters her in gleicher Weise und annähernd zur gleichen Zeit, nämlich während der Laichzeit, betrieben, da die Balchen nur zu dieser Zeit aus der Tiefe des Sees an den flachen Kies- und Geröllbänken der Ufer erscheinen. So existire am Nidwaldner Ufer, Gersau gegenüber, im Schwibogen, ein urkundlich genau umschriebenes Balchenfangrecht, welches dem Gersauer Balchensajagrecht völlig gleichartig sei und sich ausdrücklich auf die Laichzeit beschränke. Das Balchenfangrecht beschränke sich ferner auf die zwischen der „Seefurten“ und dem Ufer befindlichen Säge, Kies- und Geröllbänke, wo die Balchen Gelegenheit finden, den Roggen „auszuschlagen.“ Die dünnländigen Stellen am Ufer, wo die Balchen auf Kies und Geröll, nur wenig unter Wasser, laichen, heißen „Balchensäze“; das Seegebiet, wo solche Balchensäze sich dem Ufer nach ausdehnen, heiße der „Balchensee.“ Alle mit der Balchenfischerei Vertrauten werden sich dahin aussprechen, daß die Balchenfischerei früher und jetzt nirgend anderswo habe betrieben werden können und betrieben werden könne, als eben auf dem zwischen „Seefurten“ und Ufergestade befindlichen Streifen Seegebiet, wo die Neze auf den Seegrund gestellt und bis über den Wasserspiegel aufrecht erhalten werden können. So habe denn auch von jeher die Obrigkeit von Gersau die Auffassung vertreten, daß das Balchensajagrecht sich auf Laichstellen und Laichzeit der Balchen beschränke. Gegenüber weitergehenden Ansprüchen der Balchensajaghaber habe der Rath von Gersau am 23. Dezember 1783 erkannt: „Wenn diese vermeinen, daß Niemand von den Unsrigen (d. h. den Landsleuten von Gersau) in ihrem bestimmten Balchensee außert der gewöhnlichen Zeit kein Recht zum Fischen habe und in solchem Falle den See allein „eignen“ wollen, so mögen

sie es vor einem ehrsamem Gerichte erörtern.“ Einen solchen Rechtsstreit haben aber die Balchensajaghaber nie angehoben; im Gegentheil werde durch Zeugen bewiesen werden, daß außer dem Balchenlaich der ganze See in Gersau mit Inbegriff der Balchensajaguserstellen jederzeit zu jeglichem Fischen offen gestanden habe. Endlich dürfen die Balchensajaghaber den Balchenfang nur, wie von Alters her, mit den herkömmlichen Geräthen und in üblicher Art, mittelst Zündens zur Nachtzeit, ausüben. Eine privatrechtliche Befugniß, im offenen See oder außerhalb der Laichzeit mit irgendwelchen Geräthen Balchen zu fangen, besitzen sie nicht. In früherer Zeit habe man in Gersau überhaupt keine Zugneze besessen und erst seit mehreren Jahren haben versuchs- und ausnahmsweise einzelne Balchen außerhalb der Laichzeit in offenem See mittelst Schwebnetzen gefangen werden können.

C. Aus der Replik der Kläger ist hervorzuheben: In den Urkunden, welche das Balchenrecht der Kläger darthun, stehe kein Wort davon, daß diese nur zur Laichzeit und in herkömmlicher Weise fischen dürfen. Eine solche Beschränkung dürfe daher auch nicht in diese Urkunden hineininterpretirt werden. Eine derartige Einschränkung stände übrigens jedem Fortschritte auf dem Gebiete der Fischerei im Wege. Der Staat anerkenne, daß die Kläger Inhaber des Balchensajages und Balchensees seien. Die Definition nun, welche die Regierung dem Begriffe „Balchensaj“ gebe, können die Kläger anerkennen; dagegen sei es absolut falsch, wenn die Regierung als Balchensee diejenigen Uferstrecken bezeichne, wo die Balchen ihren Laich haben und gefangen werden. Diese Begriffsbestimmung enthalte nichts Anderes als eine Umschreibung und Wiederholung der für den Balchensaj gegebenen Definition, während doch die Regierung selbst anerkenne, daß zwischen Balchensaj und Balchensee ein Unterschied bestehe. Unter Balchensee könne man vernünftigerweise nichts anderes verstehen als den offenen See, beziehungsweise das Balchenrecht im offenen See. Wenn den Klägern nur das Balchenrecht an den Uferstrecken zustände, so könnten die andern Fischer außerhalb der „Säze“ Schweb- und Grundneze aufstellen. Wenn dann die Balchen bei Anbruch der Nacht auf die Säze ziehen wollten, so würden sie in die aufgestellten Neze fallen und die Kläger hätten das Nachsehen.

Die Kläger und ihre Rechtsvorfahren haben von jeher auch außerhalb der Laichzeit Balchen gefangen und den Balchenfang als ihr ausschließliches Recht angesehen. Sie bestreiten, daß der Balchenfang außerhalb der Laichzeit an irgend einer Stelle des Gersauerufers frei gewesen sei. Wichtig sei nur so viel, daß sie jetzt außerhalb der Laichzeit mehr Balchen fangen als früher, da sie sich eben in Folge des bessern Absatzes mit bessern Einrichtungen (Schweb- und Grundnetzen) versehen haben. Mit diesen Geräthschaften sei der Balchenfang zu jeder Jahreszeit ebenso leicht möglich, wie der Fang der andern Fische. Für den Umfang des Rechtes der Kläger seien übrigens einzig die Urkunden, nicht die bisherige Uebung maßgebend.

D. Duplikando hält der Regierungsrath des Kantons Schwyz unter Bekämpfung der gegnerischen Ausführungen, an den Behauptungen der Vernehmlassungsschrift fest.

E. Durch Verfügung vom 9. September 1892 hat der Instruktionsrichter dem Beklagten Frist angesetzt, um sich darüber zu erklären, ob er einen Hauptwerth des Streitgegenstandes von 3000 Fr. anerkenne, mit der Androhung, daß Stillschweigen als Anerkennung eines Streitwerthes von 3000 Fr. angesehen würde. Der Beklagte hat binnen der angesetzten Frist eine Erklärung nicht abgegeben.

F. Vom Instruktionsrichter ist ein Augenschein eingenommen und es sind die von den Parteien angerufenen Zeugen einvernommen worden. Die Ergebnisse des Zeugenbeweises werden, soweit erheblich, im rechtlichen Theile dieser Entscheidung wiedergegeben werden.

G. Bei der heutigen Verhandlung halten beide Parteien ihre im Schriftenwechsel gestellten Anträge aufrecht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nachdem der Beklagte das Vorhandensein des gesetzlichen Streitwerthes stillschweigend anerkannt hat, sind die Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz gegeben.

2. In der Sache selbst ist nicht streitig, daß den Klägern ein ausschließliches Recht des Balchenfanges im Seebecken von Gersau in gewissem Umfange zusteht; streitig ist nur der Umfang dieses Rechtes. Die Entstehung der klägerischen Fischereigerechtigkeit nun-

ist aus den Akten nicht zu ersehen; es liegen nur Kauf- und Pfandverträge über die bestehende Gerechtigkeit, dagegen keine Urkunden vor, welche über die Entstehung derselben Aufschluß gäben. Wahrscheinlich indeß dürfte dieselbe grundherrlichen Ursprungs sein. Dafür spricht, daß sie schon im 17. Jahrhundert als althergebrachtes Recht des Balchenfanges behandelt wird und von einer Begründung derselben durch hoheitliche Verleihung nirgends die Rede ist; sie reicht also anscheinend in ältere Zeit zurück, wofür auch ihre, älterer deutscher Rechtsauffassung entsprechende, Behandlung als unbewegliche Sache, sowie die Stellung spricht, welche die Pfandgläubiger einnahmen, welche sich als die eigentlichen Inhaber des Rechtes betrachteten. Aus der Entstehung der klägerischen Fischereigerechtigkeit ist danach ein sicherer Anhaltspunkt für den Umfang derselben nicht zu gewinnen. Die vorhandenen Urkunden sodann sprechen abwechselnd von dem „Balchensatz“ oder „Balchensee“ zu Gersau oder von dem Rechte des „Fischfangs der Balchen allhier zu Gersau“ u. dgl.; in einem Kaufbrieve vom 31. Oktober 1831 zwischen Moïse Küttel und seinen Söhnen ist vom „Balchensee von einer Landmarch bis zur andern“ die Rede und in dem am 3. November 1838 zwischen den Inhabern des auf dem Balchensee verschriebenen Kapitals geschlossenen Vertrage wird der Balchensee von der alten Landmarch Schwyz-Gersau bis zur luzernischen Grenze, zum Zwecke der Ausübung des Fischfanges, der Längenausdehnung des Ufers nach in vier Theile getheilt. Ueber die Zeit dagegen, während welcher die Gerechtigkeit ausgeübt werden dürfe, sowie über ihre Ausdehnung seeauswärts auf den offenen See, enthalten die Urkunden keine ausdrückliche Bestimmung; sie geben keine Begriffsbestimmung der Worte „Balchensatz“ oder „Balchensee.“

3. Fragt sich nun, welche Bedeutung diesen Ausdrücken beizulegen sei, so ist zunächst grundsätzlich davon auszugehen, daß das Seebecken von Gersau, als Theil des Vierwaldstättersees, öffentliches Gut ist, dessen Benützung zur Fischerei wie zu andern Zwecken, soweit sie nicht durch die Staatsgewalt hoheitlich beschränkt oder als Staatsregal gestaltet ist, Jedermann freisteht. Privatrechte einzelner, welche den öffentlichen Gebrauch ausschließen, müssen in ihrem Bestande und Umfange besonders nach-

gewiesen werden; im Zweifel ist für die Freiheit des Gemeingebrauchs der öffentlichen Sache, nicht für ein dieselbe beschränkendes Privatrecht Einzelner zu entscheiden. In der That kann nicht zweifelhaft sein, daß das Gersauer Seebecken während des Bestandes der Republik Gersau, wie seit der Einverleibung dieses Freistaates in den Kanton Schwyz, öffentliches Gut war; dies ergibt sich für die Zeit des Bestandes der Republik Gersau unzweideutig aus den Verfügungen der Obrigkeit dieses Freistaates. Nach demselben stand die Fischerei offenbar grundsätzlich jedem Landmann von Gersau (unter Ausschluß Auswärtiger), vorbehaltlich polizeilicher Beschränkungen, frei, soweit nicht die Obrigkeit zeitweise für einzelne Arten des Fischfanges ausschließende Berechtigungen an einzelne Fischer erteilt hatte. Dies entspricht auch dem Rechtszustande, wie er für die schweizerischen Demokratien überhaupt für die Zeit seit der Aufhebung der Grundherrschaften geschichtlich bezeugt ist (siehe Blumer, Rechtsgeschichte I, S. 445; II, 2, S. 75). Die schweizerischen Kantonalgesetze sodann hatten die Fischerei in den öffentlichen Gewässern bis zum Inkrafttreten der Verordnung vom 1. Dezember 1885, welche dieselbe als Staatsregal gestaltete, völlig freigegeben. Einen Beweis nun dafür, daß ihnen ein Privatrecht zustehe, welches die Freiheit der Fischerei im Gersauer Seebecken weiter als rücksichtlich des üblichen Balchensfanges zur Laichzeit und an den Laichstellen beschränkte, haben die Kläger nicht erbracht. Dagegen spricht zunächst die Ausdrucksweise der Urkunden. „Balchensatz“ bezeichnet zugeständenermaßen die Stellen, wo die Balchen, nahe am Ufer, den Laich abzulegen pflegen. Wenn also die Urkunden von „Balchensatz“ sprechen, so deuten sie auf ein Recht hin, welches auf die Fischerei an diesen Stellen sich bezieht. Nicht anders verhält es sich mit dem Ausdrucke „Balchensee.“ Zunächst ist zu bemerken, daß die Urkunden nicht von „Balchensatz und Balchensee“ sprechen, sondern die Berechtigung entweder bloß als „Balchensatz“ oder bloß als „Balchensee“ bezeichnen, oder dann, (so der Erwerbttitel der Kläger) die beiden Ausdrücke alternativ (Balchensatz oder Balchensee), nicht kumulativ (Balchensatz und Balchensee) mit einander verbinden. Sodann haben die sämtlichen hierüber einvernommenen Zeugen sich dahin ausgesprochen, daß unter dem

Ausdrucke „Balchensee“ die Seeuferstrecke zu verstehen sei, längs welcher die Laichstellen der Balchen, die „Balchensätze“, sich befinden. Auch der Ausdruck „Balchensee“ bezeichnet also lediglich eine Berechtigung, welche auf der die Laichstellen der Balchen enthaltenden Seestrecke — und danach also selbstverständlich auch bloß zur Laichzeit — auszuüben ist, nicht eine solche, welche das gesammte Gersauer Seebecken und das ganze Jahr umfassen würde. Hiemit steht denn auch die bisherige Ausübung der Berechtigung durch die Kläger resp. ihre Rechtsvorgänger im Einklange. In der That ist den Klägern der von ihnen angetretene Beweis dafür, daß ihre Berechtigung als eine ausschließliche auch außerhalb der Laichzeit und der Laichstellen der Balchen ausgeübt worden sei, vollständig mißlungen. Gegen eine solche Ausübung und Ausdehnung des Rechtes spricht zunächst schon deutlich das Erkenntniß des Rathes von Gersau vom 23. Dezember 1783 welches die Balchenseeeinhaber, wenn sie den See (beziehungsweise ihren bestimmten Balchensee) auch außerhalb der gewöhnlichen Zeit „allein eignen wollen,“ auf den Rechtsweg verweist. Sodann aber auch die Aussagen der einvernommenen Zeugen. Der von den Klägern angerufene Zeuge Melchior Küttel, welcher die streitige Fischereiberechtigung während circa 30 Jahren ausgeübt hat, hat nicht bezeugen können, daß die Balchensatzinhaber den Balchensatzfang auch außerhalb der Laichzeit betrieben haben; er hat im Gegentheil ausdrücklich zugegeben, daß dies zu seiner Zeit nicht geschehen sei, daß er keine Balchen auf dem offenen See gefangen habe und daß sie nichts dagegen eingewendet haben, wenn das Jahr hindurch (außerhalb der Laichzeit) Jemand gefischt habe. Eine Reihe anderer Zeugen (Ignaz Camenzind, Damian Camenzind, Josef Müller und Theodor Camenzind) hat sich dahin ausgesprochen, daß ihres Wissens und Erinnerns außerhalb der Laichzeit der Balchensatzfang nicht betrieben worden und daß mit Ausnahme des Balchensfanges während der Laichzeit (und zeitweise des Trisfanges mit Bären) der Fischfang im Gersauer Seebecken bis zum Inkrafttreten der Verordnung vom 1. Dezember 1885 für Jedermann frei gewesen sei. Daß nach den Aussagen einiger Zeugen (speziell den Aussagen der Zeugen Sutdter, v. Bären, Zimmermann, Josef Müller) der Balch, trotzdem er ein Tiefseefisch ist,

auch außerhalb der Laichzeit mit Schweb- und Grundnetz gefangen werden kann und thatsächlich von einzelnen Fischern am Bierwaldstättersee vereinzelt Balchen auch außerhalb der Laichzeit gefangen wurden, beweist nichts zu Gunsten der Kläger. Denn es beweist dies ja nichts für die Ausübung einer ausschließlichen Gerechtigkeit des Balchenfanges außerhalb der Laichzeit und Laichstellen durch die Kläger oder ihre Rechtsvorgänger. Der Nachweis eines die Freiheit des Gemeingebrauchs in der von ihnen behaupteten Art beschränkenden Privatrechts ist also den Klägern durchaus mißlungen. Für die Beschränkung ihres Rechtes auf Laichstellen und Laichzeit dagegen darf noch darauf hingewiesen werden, daß in einem Kaufvertrage über den vierten Theil des Balchensees zwischen Georg Martin Samenzind und Josef Ignaz Nigg vom 22. November 1779 vereinbart ist, daß wenn ein Jahr oder zwei der „Balchenlaich fehlen sollte, daß versteht sich wan ein jar oder zwey jahr nur wenige Stück Fisch sollen gefangen werden,“ die terminirten Kaufpreiszahlungen für diese Jahre „eingestellt“ sein sollen. Diese Vereinbarung deutet gewiß darauf hin, daß der „Balchensee“ eine auf die Laichzeit sich beziehende Gerechtigkeit ist. Ebenso darf angeführt werden, daß anderwärts am Bierwaldstättersee die ausschließlichen Balchenfanggerechtigkeiten ausdrücklich in der hier erörterten Weise normirt und begrenzt sind. So bestimmt ein Erkenntniß des Landrathes von Nidwalden vom 6. März 1765 in Betreff des „Hergi- und Schwibogenses“ (Gersau gegenüber bei Beckenried), daß die Inhaber bei „Ihrem Chevorigen „Posses belassen werden sollen, jedoch nur insoweit, daß sy „nach ihrer selbst eigenen Anforderung nichts anderes, als den „Balchenlaich in gemeltem Hergis- und Schwybogenssee sich eignen, „zu übrigen Zeiten aber dieser See Landleuthensee sein und ver- „bleiben solle.“ Wenn die Kläger behaupten, daß bei Beschränkung ihres Rechtes auf die Laichstellen der Balchen andere Fischer ihnen die Ausübung ihres Rechtes thatsächlich durch Aufstellung von Schweb- und Grundnetzen außerhalb der „Säze“ verunmöglichen könnten, so ist dies nicht richtig. Gegen Beeinträchtigung ihres Rechtes durch andere Fischer während der Laichzeit bleiben die Kläger selbstverständlich geschützt.

4. Grundsätzlich ist demnach das Rechtsbegehren der Kläger

abzuweisen; dagegen dasjenige des Beklagten für begründet zu erklären. Immerhin liegt nichts dafür vor, daß die Kläger bei Ausübung ihrer Fischereigerechtigkeit sich auf den Gebrauch gewisser, hergebrachter Fangarten oder Geräthschaften beschränken müßten. Die Kläger dürfen vielmehr offenbar bei Ausübung ihrer Gerechtigkeit alle Fangarten und Geräthschaften anwenden, welche nach den jeweiligen geltenden Polizeigesetzen überhaupt statthaft sind. Ein Grund, ihnen den Gebrauch polizeilich statthafter Fangarten oder Fischereigeräthschaften ausnahmsweise zu versagen, liegt ebensowenig vor, als sie aus ihrer Gerechtigkeit eine Befugniß ableiten können, sich polizeilich unstatthafter Fangarten oder Geräte zu bedienen oder überhaupt sich der Befolgung der geltenden Polizeigesetze zu entziehen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Rechtsbegehren der Kläger wird abgewiesen; dagegen wird dasjenige des Beklagten in dem Sinne für begründet erklärt, daß ausgesprochen wird, die privatrechtliche Fischereigerechtigkeit der Kläger beschränke sich darauf, den Balchenfang längs der Uferstellen des Bierwaldstättersees auf Gersauregebiet während der Laichzeit, soweit derselbe gesetzlich statthaft ist, unter Verwendung gesetzlich erlaubter Fangarten und Geräthschaften zu betreiben.