

166. Urteil vom 23. September 1897 in Sachen
Kanton Solothurn gegen Geschwister Müller.

A. Unterm 10. Juli 1893 wirkte Josef Müller-Haiber in Solothurn bei dem Amtsgerichtspräsidenten von Bucheggberg-Kriegstetten ein Verbot aus, wodurch Jedermann das Fischen im Gewerbekanal auf der Liegenschaft Grundbuch Kriegstetten Nr. 27 des Verbotnehmers untersagt wurde. Wegen dieses Verbotes erhob der Regierungsrat des Kantons Solothurn mit Schriftsatz vom 20. September 1895 gegen die Kinder und Erben des inzwischen verstorbenen Verbotnehmers, Emma, Margaretha, Josef Oskar und Anna Gertrud Müller, wegen Minderjährigkeit vertreten durch ihren Vormund, Kaufmann Johann Müller in Solothurn, beim Bundesgericht Klage mit den Begehren: „1. Die „Beklagten haben anzuerkennen, daß dem Kanton Solothurn die „Fischerei in dem Gewerbekanal auf der beklaglichen Liegenschaft „Nr. 159 als Regal zusteht. 2. Das Verbot, welches der Rechts- „vorfahr der Beklagten, Josef Müller-Haiber in Solothurn „unterm 10. Juli 1893 beim Amtsgerichtspräsidenten von Buch- „eggberg-Kriegstetten auswirkte, und wodurch derselbe das Fischen „im Gewerbekanal auf der Liegenschaft Grundbuch Kriegstetten „Nr. 27, nun Nr. 159, untersagen ließ, ist richterlich aufzu- „heben.“ Zur Begründung wird zunächst darauf hingewiesen, daß nach solothurnischem Civilprozeßrecht jede einzelne Person, sowie jede Gemeinde oder Behörde auf dem Wege des Civilprozesses die Aufhebung eines allgemeinen Verbotes verlangen könne, und sodann im wesentlichen angebracht: Der mit Verbot belegte Gewerbekanal bilde einen Teil des Flußlaufes der Dsch. Das Wasser dieses Flüssleins, das im benachbarten Gebiet des Kantons Bern entspringe, werde da, wo die Dsch vom Dorfe Hallen her die Gemeindegrenze von Kriegstetten erreiche, in einen Kanal geleitet, welcher durch die Liegenschaft Nr. 159 der Beklagten gehe und ein daran gebautes Turbinenwerk treibe. Das alte Bett der Dsch, das dormalen trocken gelegt sei, verfolge von jenem Punkte an die Grenze zwischen den Gemeinden Hallen und Kriegstetten und weiterhin diejenige zwischen Dlingen und Kriegstetten bis unterhalb der Brücke für die Straße von Kriegstetten

nach Dlingen; unterhalb der Brücke laufe die Dsch in ihrem alten Bette fort durch das Dorf Dlingen. Wie überhaupt an der Dsch, stehe nun dem Kanton Solothurn auch an dem von Josef Müller-Haiber mit Verbot belegten Gewerbekanal das Fischereirecht zu, unter Ausschluß eines Rechts der Beklagten, und zwar kraft der Regalität. Das Recht des Fischfangs in den fließenden Gewässern sei ursprünglich allen Volksgenossen gemein gewesen, und unter gewissen polizeilichen Beschränkungen jedermann zugestanden. Dieser Rechtszustand habe in Hinsicht auf die größern Wasserläufe, wie die Aare, Emme etc., sich bis in die neueste Zeit erhalten. Dagegen sei in Hinsicht auf die andern Wasserläufe der Fischfang im Gebiete des heutigen Kantons Solothurn schon früh im Mittelalter als Regal angesehen worden, d. h. als ein hoheitliches Nutzungsrecht des Landesherrn, und sei von ihm auf dem Wege des Lehenrechtes oder des Landrechtes in die Hände der Grafen, Städte und so weiter gelangt. Auch die Stadt Solothurn habe, nach dem Erwerbe der einzelnen Landesteile, darin das Fischereirecht ausgeübt. Was speziell den Fischfang in der Dsch auf der fraglichen Strecke betreffe, so ergebe sich dies aus dem Kaufbrief, mit dem auf Montag nach dem heiligen Kreuztag zu Herbst des Jahres 1466 Reinhart von Malrein, Edelknecht, und Künigold von Spiegelberg, sein Gemahl, den Thurm zu Hallen und die Herrschaft Kriegstetten an Schultheß, Räte und ganze Gemeinde der Stadt Solothurn verkauft hätten „mit aller Inbegriffung an Gerichten, Zwingen und Bennen Lüt und Gut zu „Hallen und in die Herrschaft Kriegstetten gehörende mit allen „und iedlichen rechten, würden, ehren, Nutzen, nießungen, Lüten, „Stüren, Diensten, Umbgelteren, Bueßen, Besserungen, Holz, „Velbt, Wunn, Weidt, Stägen, Wägen und den Weieren, Wasser, „Wasserrunsen, Wischenzen, Wildbennen mit dem Baderspiel und „Mulasen nützet ausgenommen....“. Schultheß und Rat von Solothurn hätten infolgedessen über die Wischenzen der Dsch stetsfort verfügt, indem sie daran für einzelne Strecken zu Gunsten von Gemeinden und Privatleuten dingliche Nutzungsrechte verliehen oder sie auf längere und kürzere Zeit verpachtet hätten. So seien schon im Jahre 1468 die Wischenzen der Dsch in Twing und Bann von Subingen der Bauerfame dieser Gemeinde, und im Jahre 1526 diejenigen auf der Strecke von den Matten zu Willadingen bis

an den Markstein von Enbingen dem Eigentümer der Herberge zum Kreuz in Kriegstetten verliehen worden, welche Verleihung in den Jahren 1552 und 1583 bestätigt worden sei. Am 18. November 1583 habe ferner der Rat der Gemeinde Deitingen den untern Teil der Dsch auf ein weiteres Jahr und auf Ihrer Gnaden gefallen verliehen, dazu dem Wirte von Deitingen diejenigen Fischenzen in der Dfinger Dsch, welche zu seinen Lebzeiten ein Mistelberg innegehabt hatte. Und am 2. Dezember 1585 habe derselbe beschlossen: „Min Herren Seckelmeyster soll erkundigen „wie es ein gestalt habe mitt dem Bach zu Dthkinden, unnd so „sy denselben, ohne gonst, wüssen unnd willen (als fürgeben „wirdt) miner Herren, einem Welschen fernerz gelichen, daß er „denselben wiederumb zu der statt handen ziehen wölle.“ Am 16. November 1746 habe der Rat von Solothurn verordnet, daß die Fischenzen in der Vogtei Kriegstetten „frischerdingen für ein „obrigkeitliches Regal“ anzusehen seien und dabei die vom Vogt und den Abgeordneten des Rates geschehene lehenweise Überlassung der Bäche zu Deitingen, zum Steine, zu Recherzwyl, Obergerlafingen, Dfingen, Derendingen, Biberist, Luterbach mit gewissen gemeinsamen Bestimmungen bestätigt, überdies den Vogt angewiesen, auch die noch nicht verliehenen, übrigen Bäche bestmöglich anzubringen zu trachten. Diese Fischenzenverpachtung sei laut den Lehenbüchern und Heischröbelen in den Jahren 1758, 1781 und 1793 auf je weitere zwölf Jahre erneuert worden. Auch unter der neuen Ordnung der Dinge, die durch die Helvetik herbeigeführt worden sei, habe die Regierung der Republik Solothurn mittelst Verpachtung über die Fischenzen, so auch über diejenigen der Dsch, verfügt, so in den Jahren 1802 und 1808, sowie 1820 und 1830. Auch sei die Regalität förmlich in Gesetzen niedergelegt und als allgemein verbindliche Norm weiter gehandhabt worden, wofür auf das Gesetz vom 11. Hornung 1832 über die Unantastbarkeit des Staatsvermögens, auf den Beschluß des Kleinen Rates des Kantons Solothurn vom 21. März 1834 betreffend Verpachtung der Fischenzen, durch den letztere den Pächtern auf weitere 18 Jahre in Pacht gegeben worden seien, auf die §§ 712, 713 und 725 des Zivilgesetzbuches vom 15. November 1845 (§§ 415, 416 und 429 des jetzt geltenden Zivilgesetzbuches vom 26. Februar

1891) und auf die regierungsrätliche Verordnung vom 13. Mai 1863 betreffend den Schutz des Fischereiregals und der Fischzucht, auf die in den Jahren 1852, 1863, 1873, 1883 und 1893 erfolgten Neuverpachtungen der Fischenzen, auf § 1 des Gesetzes vom 4. Juni 1858 über Wasserbau und Entsumpfungen, auf die Vollziehungsverordnung vom 19. November 1877 zum Bundesgesetze über Fischerei vom 18. September 1875, sowie namentlich auf § 3 der kantonalen Vollziehungsverordnung zum neuen Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Dezember 1888 und zu der diesbezüglichen eidgenössischen Verordnung vom 3. Juni 1889, vom 7. Dezember 1891 verwiesen werde.

B. Die Beklagten schlossen in ihrer Antwort vom 28. Dezember 1895 auf Abweisung der beiden Klagebegehren. Sie führen aus: die Dsch sei auf der in Frage kommenden Strecke ein Privatgewässer. Der Gewerbekanal habe nämlich ein künstliches, auf beklagtischem Eigentum geschaffenes Bett, in das der Bachlauf erlaubterweise sei abgeleitet worden. Er bilde nach Katasterplan und Hypothekenbuch einen Teil der beklagtisichen Liegenschaft, und § 725 des alten (§ 429 des neuen) Zivilgesetzbuches finde auf denselben schon deshalb keine Anwendung. Der Kanton Solothurn selbst habe in seinem Prozesse mit der Kammgarnspinnerei Derendingen zugegeben, daß derartige Kanäle als Privatgewässer zu betrachten seien. Sollten aber durch das Wasserbaugesetz die Kanäle aus privaten zu öffentlichen Gewässern gemacht worden sein, so wäre dies für den vorliegenden Prozeß bedeutungslos, da das Gesetz an den bestehenden Fischereirechten nichts geändert habe. Die Fischerei im Gewerbekanal, der jedenfalls schon in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts bestanden habe, stehe nicht dem Kläger zu. Das Fischereiregal sei im Kanton Solothurn nie zum Durchbruch gelangt. In keinem Falle erstrecke sich dasselbe auf Privatgewässer. Aus dem Kaufvertrage von 1466 könne der Kläger kraft der Regalität kein Recht herleiten, da damals noch kein Regal hoheitlicher Natur bestanden habe. Ebenso wenig könne sich übrigens der Staat auf diesen Kaufvertrag als einen rein privatrechtlichen Rechtstitel stützen, weil a. der Nachweis, daß der Gewerbekanal damals schon bestanden habe, nicht erbracht sei; b. die Kaufsurkunde überhaupt

die Fischenzen in Privatgewässern nicht umfasse; c. Beklagte bezw. ihre Rechtsvorgänger die Gewerbefanalfishenz durch Erfindung eventuell unvordenklichen Besitz erworben hätten; d. der Staat seine durch den Kauf erlangten Rechte bezüglich der Gewerbefanalfishenz weiter begeben habe durch die Verleihung an die Herberge zu Kriegstetten. Auch die weitem vom Kläger für das Bestehen eines Regals oder einer privaten Nutzungsberechtigung des Staates an den Wasserläufen im Kanton Solothurn angeführten Thatfachen vermöchten nichts zu beweisen: Wenn in einigen staatlichen Erlassen aus diesem Jahrhundert der Ausdruck Regal mit Bezug auf die Fischerei gebraucht worden, so sei dies nicht in technischem Sinne zu verstehen, und wenn in andern von den staatlichen Fischenzen als den Fischenzen schlechthin gesprochen werde, so lasse dies die Thatfache unberührt, daß von jeher im Kanton Solothurn auch von Gemeinden und Privaten Fischenzen besessen und genutzt worden seien. Das Gesetz über die Unantastbarkeit des Staatsvermögens, vom 11. Hornung 1832, sei irrelevant, ebenso die Verordnungen über die Verpachtung der staatlichen Fischenzen von 1834 und 1863, die übrigens durch diejenige vom 19. November 1877 aufgehoben worden seien, und denen zudem nicht Gesetzescharakter zukomme. Ein gesetzgeberischer Versuch vom Jahre 1863, in dem das Regal in den öffentlichen Flüssen, immerhin unter Vorbehalt der besondern Fischereigerechtigame, habe eingeführt werden wollen, sei zurückgewiesen worden. Die Verordnung vom 7. Dezember 1891 endlich sei verfassungswidrig und deshalb unverbindlich. Der einzige geschriebene Rechtssatz, der auf das Recht zur Ausübung des Fischfanges Bezug habe, sei § 416 Abs. 2 des geltenden (§ 713 Abs. 2 des frühern) Zivilgesetzbuches, worin die über die Jagd und Fischerei bestehenden besondern Verordnungen und Übungen vorbehalten worden seien. Bei Abfassung dieser Bestimmung aber habe dem Gesetzgeber unmöglich der Grundsatz der Regalität vorschweben können; er hätte sonst den Ausdruck „Regal“ gebraucht, wie er dies in § 369 (683) gethan habe, und er hätte die Bestimmung unter § 415 (712) angeführt, der den allgemeinen Grundsatz aufstelle, daß herrenloses Gut dem Staat gehöre. Statt dessen werde die Fischerei bei den freistehenden Sachen eingeordnet, und wenn da-

bei ferner die bestehenden Ordnungen und Übungen beibehalten worden seien, so habe damit einfach der faktische Zustand sanktioniert werden wollen. Nun sei die Fischereiberechtigung in Privatgewässern (insbesondere den Mühle- und Gewerbefanälen) stets als ein Ausfluß des Eigentums an den betreffenden Gewässern und Grundstücken betrachtet worden, während in den Flüssen (Aare, Emme, Birs) das Recht des freien Fischfanges gegolten habe, und in den andern öffentlichen Gewässern die Fischenzen abgeteilt gewesen und teils dem Staate, teils Gemeinden oder Privaten zugestanden seien, wobei das Recht des Staates kein anderes gewesen sei, als dasjenige der Gemeinden und Privaten. Dies gelte namentlich, seit sich der Staat seiner bei Belehnungen und Verleihungen vorbehaltenen Rechte in großem Maße durch Verkauf begeben habe; darin läge ein Verzicht auf ein allfällig früher bestandenes Regal. In der Gemeinde Kriegstetten nun scheine sich der Staat selbst schon im Mittelalter nicht als fischereiberechtigt gehalten zu haben; er habe nie über eine in dieser Gemeinde liegende Wasserstrecke verfügt, trotzdem im Jahre 1746 sämtliche in der Amttei Kriegstetten dem Staate gehörenden Fischenzen gemeindeweise zusammengestellt worden seien unter gleichzeitiger Prüfung und Vereinigung der Ansprüche der einzelnen Gemeinden. Es hätten denn auch in Kriegstetten das Recht des Fischfanges stets Private oder Gemeinden beansprucht und thatsächlich ausgeübt. Was speziell den Gewerbefanal betreffe, so hätten, so lange die Erinnerung zurückreiche, die jeweiligen Eigentümer der von demselben durchflossenen Liegenschaft den Fischfang unbeschränkt darin ausgeübt, und es sei dieser Zustand stetsfort von Jedermann als ein zu Recht bestehender betrachtet und als solcher respektiert worden. Insbesondere habe der Staat Solothurn vor dem Jahre 1893 das beklagte Recht stets anerkannt, wie sich insbesondere daraus ergebe, daß er die anstoßende Öfinger-Ösch seit Alters verpachtet habe. Abgesehen deshalb davon, daß die Fischereiberechtigung im Gewerbefanal den Beklagten zustehe, weil letzterer ein Privatgewässer sei, hätten sie das Recht durch Erfindung erworben oder es müsse ihnen doch nach den Grundsätzen über unvordenkliche Zeit zuerkannt werden. Auch gehöre es zu den Übungen im Sinne des § 416 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches,

daß im Gewerbekanal vom Anstößer und Eigentümer gefischt worden sei, und endlich habe der Besitzer nach § 363 leg. cit. die Vermutung des rechtmäßigen Erwerbes für sich.

C. In der Replik wird vorab bemerkt, daß sich der Streit nur auf die seiner Zeit mit Verbot belegte Strecke beziehe. Sodann wird zugegeben, daß das Bett des Gewerbekanal, Grund und Boden, Eigentum der Beklagten sei. Das sei jedoch nicht der Fall bezüglich des durch den Kanal fließenden Wassers, das, auch wenn derselbe als Privatgewässer zu betrachten wäre, dem Privateigentum entzogen sei. Übrigens werde bestritten, daß nach solothurnischem Recht Kanäle als Privatgewässer zu betrachten seien. Die Vermutung spreche für die Öffentlichkeit und Abweichungen müßten nachgewiesen werden. Vorliegend könne der Gewerbekanal um so weniger als Privatgewässer angesehen werden, als er nicht eine Abzweigung der Dsch bilde, sondern auf dieser Strecke der eigentliche und einzige Wasserlauf derselben geworden sei. Es werde denn auch bestritten, daß der Staat Solothurn in einem Prozeß mit der Kammgarnspinnerei Derendingen zugegeben habe, daß Kanäle Privatgewässer seien; übrigens wäre dies unerheblich. Weiter wird darauf beharrt, daß die Staatsgewalt die Nutzung der Fischenzen ausschließlich für sich in Anspruch genommen habe; Fischenzen von Gemeinden und Privaten seien allerdings anerkannt worden, aber nur soweit sie als abgeleitete Rechte hätten nachgewiesen werden können. Ausnahmsweise möge es vorgekommen sein, daß wie an die Herberge zu Kriegstetten, an die eine oder andere Bannmühle eine Fischenz verliehen worden sei, aber die Fälle, wo dies vorgekommen, seien an Zahl sehr gering gegenüber der großen Anzahl von Mühlen und andern Wasserwerken im Kanton, wo der „Wasserfall“ regelmäßig dem Regal unterworfen sei. Die Erlasse von 1834 und 1863, die mit Gesetzeskraft ausgestattet gewesen, seien durchaus nicht irrelevant, und die Gesetzesentwürfe von 1861 hätten nicht die Einführung, sondern die Ordnung des Regals bezweckt. Wenn in § 416 des Civilgesetzbuches die Jagd neben der Fischerei genannt sei, so beweise dies, daß man letztere wie erstere als staatliches Hoheitsrecht angesehen habe. Darin, daß in § 369 Jagd und Fischerei nicht unter den Regalien aufgeführt seien, liege kein

Widerspruch, indem hier nur von den Beschränkungen des Grundeigentums die Rede sei. Die solothurnischen Gerichte hätten denn auch mehrfach anerkannt, daß der Kanton Solothurn im Fischereiwesen unter dem Regime der Regalität stehe, so in dem Urteil in Sachen des Kantons Solothurn gegen Ziegler vom 22. März 1837, in Sachen des nämlichen gegen Schwaller vom 12. August 1879 und in Sachen desselben gegen Urs Josef Born vom 15. Dezember 1894. Daß bei den Verpachtungen der Dsch seitens des Staates, namentlich im Jahre 1746, die Gemeinde Kriegstetten nicht erwähnt worden, sei einfach auf die Thatsache zurückzuführen, daß die Dsch damals die Einung Kriegstetten nirgends durchfloss, sondern nur ihre Grenze berührt habe und daß überdies die Fischenz der Dsch auf der Grenze zwischen Hatten und Kriegstetten, wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 12. Januar 1895 in Sachen des Niklaus Steiner gegen den Staat Solothurn anerkannt habe, zufolge einer alten Verleihung dem Wirshause zum Kreuz in Kriegstetten zugestanden sei. Unerheblich sei es auch, daß bei den Verpachtungen von 1852, 1863 und 1873 bezüglich Dschbach, Grundgraben und Siechenbächlein nur der Gemeindebann Öttingen genannt sei. Eine dem Rechte des Staates entgegenstehende Berechtigung hätten die Beklagten nicht dargethan. Es sei möglich, daß die Eigenthümer der vom Gewerbekanal durchflossenen Liegenschaft in dem letzten von Zeit zu Zeit gefischt haben mögen. Dies sei aber wohl darauf zurückzuführen, daß der Rechtsvorfall der Beklagten während längerer Zeit die Fischenzen des Dschbaches unterhalb der Brücke mit dem Grund- (oder Grundmatt)-graben und dem Siechenbächlein von dem Staat gepachtet und nun auf Grund dieser Verpachtung auch im Gewerbekanal gefischt habe. Und wenn auch, während die staatlichen Fischenzen in andern Händen lagen, vom Eigentümer der beklagten Liegenschaft im Gewerbekanal gefischt worden sei, so könne daraus zu Lasten des Staates schlimmsten Falls entnommen werden, daß er und seine Pächter ihre Rechte nicht sorgsam genug geschützt hätten. Rechtserzeugend habe aber ein solcher Zustand nicht wirken können. Von den Rechtsgründen, die die Beklagten für die Entstehung ihres Fischereirechtes anriefen, sei der erste, hervorgehend aus der Eigenschaft des Gewerbekanal

als Privatgewässer, hinfällig, da der Kanal eben kein Privatgewässer sei. Damit sei auch die Möglichkeit der Errichtung eines Fischereirechtes ausgeschlossen; überhaupt könnten Nugnießungs- oder Nutzungsrechte durch Verjährung nicht erworben werden (§ 509 des Zivilgesetzbuches). Was sodann die unwordentliche Zeit betreffe, so könnte diese nur insofern einen Rechtstitel abgeben, als ein lange andauernder Besitzstand die Vermutung erwecken könnte, es sei ehedem ein bezügliches Privileg eingeräumt worden, was bei der Konzession des Kanals geschehen sein müßte. Nun sei aber der Gewerbekanal, wie der Zeuge Jäggi bei einer Beweisführung zum ewigen Gedächtnis berichtet habe, erst im Jahre 1833 erstellt worden. Allerdings sei schon in der Verleihung des Öschbaches von 1747 von einem oberhalb des Stäges befindlichen Drahtzug die Rede, allein es sei nicht ersichtlich, daß dieser an einem Kanale gelegen sei, ebensowenig wie in der im Jahre 1814 erteilten Konzession für eine dort zu errichtende Lohstampfe von einem Kanale die Rede sei. Mit dem Fischfang sei aber die Konzessionerteilung von 1833 in keinerlei Beziehung gestanden. Endlich sei den Beklagten auch die Berufung auf die § 416, Abs. 2 und § 363 des Zivilgesetzbuches unbeheftlich.

D. In der Duplik wird neu vorgebracht: Daß die Kanäle nach solothurnischem Recht Privatgewässer seien, sei auch die Meinung des Redakteurs des Wasserbaugesetzes, Landammann Affolter, gewesen, der sich als Berichterstatter im Kantonsrat im Jahre 1858 in diesem Sinne geäußert habe. Der Gewerbekanal habe schon im Jahre 1637 existiert, wie sich aus einem Vergleich ergebe, den damals die Solothurner Patrizier Digier und Gibelin, als Eigentümer einer dort befindlichen „Trottmüll“, mit den umliegenden Gemeinden betreffend die den Mühlebetrieb schädigenden Wässerungsrechte abgeschlossen hätten. Auch sei auf den Kaufvertrag um den „Trotzug“ vom Jahre 1702, die Prozeßakten in Sachen des Eigentümers desselben, Anthoni Dunant, gegen die Gemeinde Kriegstetten, von 1725, den Wässerungsplan von 1736, sowie den ersten Katasterplan von 1817/1818 zu verweisen, welcher letzterer die Papiermühle anzeige, die im Jahre 1788 an Stelle der im Jahre 1749 im Mühlegebäude erstellten Hammerschmitte errichtet worden sei. Die Vorbringen des Staates

zum Nachweise der spätern Erbauung des Gewerbekanal seien unzutreffend: Die Aussage des Zeugen Jäggi beruhe auf einem Irrtum. Und die im Jahre 1814 errichtete Lohstampfe sei überhaupt nicht am Kanal gelegen, sondern unterhalb des Stäges am Bache auf Öfinger Gebiet. Weiter wird daran festgehalten, daß die Verordnung vom 7. Dezember 1891 verfassungswidrig sei, weil sie den Grundsatz der Trennung der Gewalten verletze und weil sie in wohlermorbene Privatrechte eingreife, und dann namentlich bestritten, daß von einer feststehenden Praxis der kantonalen Gerichte bezüglich der Frage der Regalität gesprochen werden könne; einer solchen stünde übrigens die abweichende administrative Praxis der Regierungsbehörden gegenüber.

E. Im Beweisverfahren wurden insbesondere die angerufenen Urkunden in Original oder Abschrift zu den Akten gebracht. Ferner wurde über die Ausübung der Fischerei im Gewerbekanal eine Anzahl Zeugen verhört und vom Instruktionsrichter in Verbindung mit der Abhaltung eines Rechtstages ein Augenschein eingenommen. Dabei wurde zwischen Parteien festgelegt:

- a. daß die Ösch als solche ein öffentliches Gewässer ist;
- b. daß das Bett des Gewerbekanal im Privateigentum der Beklagten steht;
- c. daß sich der vorliegende Streit einzig um die Fischereigerechtigkeit im Gewerbekanal dreht, soweit sie durch das Verbot von 1893 in Anspruch genommen wurde, d. h. soweit der Gewerbekanal auf Grund und Boden der Beklagten liegt.

Klägerschaft gab ferner zu, daß bei der Verpachtung der staatlichen Fischengen eine Öschstrecke unter dem Titel „Einung Kriegstetten“ nie besonders erwähnt worden sei.

F. Im heutigen Vorstande wiederholten die Vertreter der Parteien die schriftlich gestellten Anträge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Es handelt sich vorliegend um eine Civilrechtsstreitigkeit zwischen einem Kanton und Privaten. Der Streitwert übersteigt zweifellos den Betrag von 3000 Fr. (Art. 54 O.-G.). Das Bundesgericht ist deshalb zur Beurteilung der Streitsache kompetent (Art. 48 Ziff. 4 O.-G.).

2. Streitig ist nach den Erklärungen der Parteien zur Zeit

lediglich das Recht zum Fischfang in dem die Liegenschaft der Beklagten durchschneidenden Gewerbekanal, soweit derselbe im Jahre 1893 mit Verbot belegt worden ist. Dieser Kanal befindet sich, wie die Klagepartei zugegeben hat, auf Grund und Boden der Beklagten, denen somit das Ufer und das Bett eigentümlich zugehören. Gespeist wird derselbe durch das Wasser der Dsch, eines im übrigen anerkanntermaßen öffentlichen Flußlaufes, und zwar wird gegenwärtig alles Wasser der Dsch in den Gewerbekanal geleitet und das alte, natürliche, Flußbett derselben liegt trocken.

3. Die Parteien streiten sich nun zunächst darüber, ob die Dsch, soweit sie in künstlichem Rinnsal über die beklagliche Liegenschaft fließt, als öffentliches oder als privates Gewässer zu betrachten sei. Dieser Streit kann sich, da vom Kläger zugestanden ist, daß das Bett und die Ufer des Kanals den Beklagten gehören, nur auf die Eigentums- bzw. Nutzungsverhältnisse an dem durchfließenden Wasser beziehen. Von vornherein ist nun aber klar, daß nicht gesagt werden kann, daß dieses mit allem, was es mit sich führt, also namentlich auch mit den darin enthaltenen Fischen, im „Eigentum“ der Anstößer bzw. der Eigentümer des Bettes sich befinde. Denn an der fließenden Wassermasse ist der Natur der Sache nach Eigentum im Sinne ausschließlicher Verfügungsgewalt nicht möglich. Dagegen mag es fraglich sein, ob der Kanal insofern als Privatgewässer zu betrachten sei, als an dessen Wasser den Anstößern, bzw. den Eigentümern des Flußbettes als solchen das Recht ausschließlicher Benutzung — unter Vorbehalt immerhin der Rechte der Nachbarn, insbesondere der Unterlieger — zustehen würde, oder ob derselbe in dem Sinne als öffentliches Gewässer angesehen werden müsse, daß das Wasser *res nullius* und daß an sich Jedermann zur Benutzung desselben befugt wäre. Diese Frage ist jedoch für den vorliegenden Streit nicht entscheidend. Angenommen nämlich auch, es seien die Beklagten als Eigentümer der Ufer und des Flußbettes der Natur der Sache nach ausschließlich zur Benutzung des Wassers berechtigt, so würde daraus doch nicht folgen, daß der Klagenanspruch abgewiesen werden müßte. Denn die Fischereiberechtigung ist vielerorts von den übrigen Benutzungsarten losgelöst worden und hat hinsichtlich der Ausübung nicht nur, sondern auch hin-

sichtlich der Zuständigkeit eine besondere Gestaltung erfahren; insbesondere hat sich in manchen Rechtsgebieten ein Fischereiregal des Staates ausgebildet, das sich auch auf solche Gewässer erstrecken kann, deren Benutzung sonst den Uferanstößern zusteht. Andererseits würde sich aus der Annahme, daß das Kanalwasser *res nullius* bliebe und an sich jedermann zur Benutzung freistehe, jedenfalls im vorliegenden Falle noch nichts für eine Fischereiberechtigung des Staates ergeben, da die Ufereigentümer kraft ihres Eigentums doch einzig in der Lage wären, die Nutzungen, darunter auch die Fischerei im Kanal auszuüben, somit zu sagen wäre, daß diesen ein privilegiertes Okkupationsrecht an dem im Kanal befindlichen Fischen zustehe. Es hat sich denn auch der Staat nicht damit begnügt zu behaupten, daß die Dsch, auch soweit sie durch den Gewerbekanal fließt, ein öffentliches Gewässer sei, in der Meinung, daß sich daraus schon, wenn nicht die Berechtigung selbst, so doch eine Vermutung für dieselbe ergeben würde; sondern er hat einen besondern Rechtsgrund für seinen Anspruch angeführt und die bezüglichen Behauptungen zum Beweise verstellt, nämlich eben den Rechtsgrund der Regalität.

4. Einen verbindlichen geschriebenen Rechtsatz des Inhalts nun, daß dem Staate Solothurn die Fischerei als Regal auch in Wasserläufen zustehe, die über privaten Grund und Boden fließen, hat der Kläger nicht zu nennen vermocht. Das diesbezüglich in erster Linie angerufene Gesetz vom 11. Hornung 1832 betreffend die Unantastbarkeit des Staatsvermögens bezweckt, wie schon aus dem Titel, und dann insbesondere auch aus dem Art. 2 — Anlegung der durch Verkauf erzielten Baarschaft — Art. 6 — Ersetzung von Verlusten aus den Zinsen — und Art. 7 — Ausnahme von der Unantastbarkeit im Kriegsfalle — hervorgeht, lediglich die Sicherung des unverminderten Bestandes des vorhandenen Staatsvermögens, nicht aber eine genaue Aufzählung oder eine neue Abgrenzung dieses Vermögens gegenüber Privatgut oder gegenüber herrenlosen Sachen. Wenn daher unter Ziffer 2 des § 1 auch die Fischenzen erwähnt sind, so sind darunter nur die dem Staate gehörigen Fischenzen zu verstehen, und ein rechtliches Prinzip über die Zuständigkeit derselben im allgemeinen kann darin nicht erblickt werden. Es geht dies auch

aus den Ziffern 4, 7 und 10 hervor, wo als zum Staatsvermögen gehörig genannt sind: Stein- und Mineralgruben, Zehnten, Boden- und Pfennigzinse, sowie Erblehen; denn offenbar wollte der Staat damit nicht auch die im Privatbesitz befindlichen Stein- und Mineralgruben etc. an sich ziehen. Ebensovienig, wie das Gesetz von 1832, sind die verschiedenen Verordnungen über die Verpachtung der Fischenzen beweiskräftig. Denn abgesehen von der Frage nach ihrem legislatorischen Wert, beziehen sich dieselben ebenfalls, wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt ist, nur auf die dem Staate anerkanntermaßen gehörigen Fischenzen. Und mag immerhin die Verordnung von 1863 im Titel von dem Schutze des Fischereiregals sprechen, so geht doch aus dem Inhalt hervor, daß damit keineswegs die Frage der staatlichen Berechtigung auf die Fischenzen im allgemeinen geregelt, sondern nur die Ausübung der bestehenden Fischereirechte neu geordnet werden wollte. Es ist diesbezüglich speziell auf § 2 litt. a zu verweisen, wo von unerlaubtem Fischen in solchen Gewässern und Bächen die Rede ist, die zum Zwecke der Fischerei vom Staate oder von den fischereiberechtigten Gemeinden oder Privaten in Pacht gegeben worden sind. In gleicher Weise erscheint die Vollziehungsverordnung von 1877 zum Bundesgesetz über Fischerei von 1875 irrelevant. Das Zivilgesetzbuch sodann disponiert selbst über die Fischerei nichts, sondern behält diesbezüglich in § 713 (jetzt 416), der von den freistehenden Sachen handelt, die besonderen Verordnungen und Übungen vor. Und einen ähnlichen Vorbehalt enthält das Wasserbaugesetz von 1858 in § 47. Eine die Regalität der Fischerei ohne irgend welche Beschränkung aussprechende Vorschrift enthält dagegen allerdings Art. 3 der vom Regierungsrate am 7. Dezember 1891 erlassenen Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetze vom 21. Dezember 1888 betreffend die Fischerei und zu der bezüglichen Vollziehungsverordnung des Bundes. Der Artikel lautet: „Das Recht zur Ausübung des Fischfanges steht dem Staate zu, soweit nicht von Dritten nachgewiesen wird, daß ihnen dasselbe von jenem abgetreten worden ist.“ Nun bestreiten aber die Beklagten die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift. Und in der That kann derselben die Kraft einer verbindlichen, die Rechtsverhältnisse der Fischerei in zwingender Weise ordnenden Rechtsnorm nicht zuer-

kannt werden. Einen objektiven Rechtssatz von solcher Allgemeinheit und Bedeutung kann nämlich nur der Gesetzgeber aufstellen, zumal wenn damit, wie hier, auch in bestehende subjektive Rechte Dritter eingegriffen wird. Die Gesetzgebung liegt aber nach der solothurnischen Verfassung nicht in den Händen des Regierungsrates, sondern in denen des Kantonsrates und des Volkes (Art. 17 und 31 der Kantonsverfassung), und der Regierungsrat hat lediglich Vorschläge zu Gesetzen und Beschlüssen einzureichen und die zur Vollziehung derselben erforderlichen Verordnungen zu erlassen (Art. 38). Durch Art. 3 der Vollziehungsverordnung vom 7. Dezember 1891 konnte somit kein neues Recht geschaffen werden, sondern es hat derselbe nur Anspruch auf Gültigkeit, soweit er einen bereits bestehenden Rechtszustand dokumentiert, der allerdings nicht notwendigerweise in einem Gesetze niedergelegt zu sein braucht, sondern sich auch gewohnheitsrechtlich durch Übung herausgebildet haben kann.

5. Es muß sich somit weiter fragen, ob kraft ungeschriebenen Rechts dem Staate ein Fischereiregal im behaupteten Umfange zustehe. Diesbezüglich wird vorerst auf den Kaufbrief von 1466 zwischen den Eheleuten Reinhardt von Malrein und Künigold von Spiegelberg und der Stadt Solothurn verwiesen, nachdem die ganze Herrschaft Kriegstetten mit allen dazu gehörigen Rechten, darunter Wasser, Wasserrunten und Fischenzen, an letztere übergegangen ist. Hierauf darf jedoch ein erhebliches Gewicht nicht gelegt werden. Denn es geht aus dem Kaufakte keineswegs hervor, daß die Eheleute Malrein damals die Fischerei in den in ihrer Herrschaft befindlichen Gewässern als hoheitliches Regal besaßen und ausgeübt hätten; ungleich näher liegt die Annahme, daß die Fischenzen damals als grundherrliche Rechte betrachtet wurden, so daß aus der Nennung derselben im Kaufbrief von 1466 nur gefolgert werden könnte, daß diejenigen, die den Verkäufern als Grundherren damals zustanden, auf den neuen Grundherren, die Stadt Solothurn, übergegangen seien. Es ist denn auch im Kaufvertrag selbst gesagt, es werden die darin genannten Rechte insoweit abgetreten, als sie die Verkäufer „uff disen hütigen Tag beherrschet, geeignet und harbracht hand,“ und davon, daß dazu auch die streitigen Fischenzen gehörten, kann schon deshalb keine Rede sein, weil nicht dargethan ist, daß damals der Ge-

werbefanal schon bestanden habe. Dagegen ist nicht zu verkennen, daß sich nach der Erwerbung der Herrschaft Kriegstetten mit Bezug auf die Fischerei in der Ösch, wie auch in den andern fließenden Gewässern des Kantons, ein der staatlichen Regalität sich nähernder Zustand herausgebildet hat, soweit es sich wenigstens um Wasserläufe handelt, die in öffentlichen Betten fließen und in diesem Sinn als öffentliche Gewässer zu bezeichnen sind. Für die Ösch ergibt sich dies aus den vom Kläger angeführten Verleihungen, Verpachtungen und übrigen Beschlüssen aus den Jahren 1468, 1526, 1552, 83 und 85; insbesondere aber aus der Verordnung von 1746, worin der Rat erklärte, er wolle die Fischenzen der Bäche in der Vogtei Kriegstetten „frischer Dingen“ als obrigkeitliches Regal angesehen wissen, und worin er ferner die lebensweise Überlassung verschiedener Bäche in der Gegend bestätigte und endlich befahl, daß auch die übrigen und nicht verliehenen Bäche bestmöglich anzubringen seien. Auf gleiche Weise wurde vom Staat auch über eine große Zahl anderer Wasserläufe des Kantons verfügt, und es wurden diese Verpachtungen periodisch bis auf die Gegenwart erneuert. Diese tatsächlichen Verhältnisse weisen darauf hin, daß dem Staat in gewissem Umfange ein Fischereiregal in den Wasserläufen des Kantons allgemein zuerkannt wurde. Dafür spricht auch der Umstand, daß in der amtlichen Sammlung der Gesetze von 1803 bis 1859 Jagd, Fischerei und Bergwerke in der Überschrift eines Abschnittes zusammengestellt sind, daß in § 713 (bzw. 416) des Zivilgesetzbuches mit Bezug auf den Vorbehalt besonderer Verordnungen und Übungen die Fischerei mit der Jagd genannt ist, für die im Kanton Solothurn zweifellos ein durchgebildetes staatliches Regal besteht. Ferner zielten die gesetzgeberischen Versuche von 1861—1863 wohl auf eine ausdrückliche Anerkennung des Fischereiregals, wenigstens in bestimmtem Umfange, ab, wie denn auch in der nach dem Scheitern einer gesetzgeberischen Regelung erlassenen Verordnung vom 13. Mai 1863 als Zweck derselben neben dem Schutz der Fischzucht der Schutz des Fischereiregals genannt wurde. Auch in gerichtlichen Urteilen findet sich diese Auffassung. So hat im Rechtsstreite zwischen dem Staat Solothurn und dem Fabrikanten Ziegler das Amtsgericht Bucheggberg-Kriegstetten im Urteil vom 22. März 1837 speziell mit Bezug auf die Ösch

ausgesprochen, daß die Regierung das Fischereirecht an derselben besitze. Allgemein läßt sich das Obergericht von Solothurn in seinem Urteil im Prozesse zwischen dem Staat Solothurn und Gottlieb Schwaller von Unterbach vom 12. August 1879 dahin aus, daß nach § 713 des Zivilgesetzbuches es keinem Zweifel unterliegen könne, daß an öffentlichen Gewässern Privatrechte auf Nutzungen durch Konzessionen erworben werden können, „die wegen stattfindender Regalität nicht zu dem gemeinen Gebrauch gehören, als z. B. Wasserrechte, Fischereigerechtigkeiten etc.“; ferner noch deutlicher im Urteil i. S. des Staates Solothurn gegen Urs Josef Born in Beinwyl, vom 15. Dezember 1894: „Daß die Fischerei im Kanton Solothurn in analoger Weise, wie die Jagd zu den Hoheitsrechten des Staates gehört, war von jeher die allgemeine Anschauung etc.“ Und dieser Anschauung hat sich auch das Bundesgericht in seinem Urteil in Sachen Steiner gegen Staat Solothurn, vom 12. Juni 1895, (Erw. 6), in dem es sich auch um das Fischereirecht an einer Strecke der Ösch handelte, angeschlossen.

6. Allein aus alledem kann doch nicht auf eine, auch die über privaten Grund und Boden fließenden Gewässer umfassende Regalität geschlossen werden. Abgesehen von der unbestrittenen Thatsache, daß die Fischerei in der Aare, Emme, Birs, von jeher frei war, ist hinlänglich belegt und übrigens in gewissem Umfange zugestanden, daß an verschiedenen kleineren Wasserläufen Gemeinde- und Privatfischenzen von jeher bestanden haben und noch jetzt bestehen. Daß diese überall durch staatliche Konzession entstanden seien, ist in keiner Weise dargethan, vielmehr ist diese Erscheinung in den meisten Fällen wohl einfach darauf zurückzuführen, daß die Anstößer oder die Gemeindegenossen als nutzungsberechtigt betrachtet wurden und die Nutzung auch ohne Widerspruch der Staatsgewalt von jeher ausübten. Es scheint dies insbesondere bei Kanälen zuzutreffen, deren Bett jedenfalls öfters ganz oder zum Teil durch Privateigentum ausgegraben worden ist. So geht z. B. aus den Akten im Prozeß des Staates Solothurn gegen Wirt Steiner hervor, daß der Mühlekanal in Hatten von dem Mühlebesitzer beansprucht wird. Aber auch die Staatsbehörden selbst haben sich mehrfach auf diesen Boden gestellt. Laut regierungsrätlichem Bescheid vom

20. Juni 1863 wurde dem Pächter der Fischenzen des Seewenbaches bemerkt, er habe die Fischenzen bestanden, wie sie bis dahin benutzt worden seien; wenn die Ableitung des Wassers durch einen Kanal zur Säge bereits bei Errichtung der Säge stattgefunden und der Säger seither im Kanal das Fischereirecht ausgeübt habe, so könne ihm als Pächter die Benutzung fraglichen Landes nicht zugestanden werden. Ganz ähnlich lautete eine Antwort des Finanzdepartementes vom 27. Hornung 1869 auf eine Reklamation des Pächters der Fischenzen im Flüebach zu Bättwyl. Letztere wurden auf eine gewisse Strecke vom Kloster Mariastein beansprucht, und gestützt darauf, daß das Kloster die Fischerei daselbst seit unvordenklichen Zeiten ausgeübt habe, wurde der Anspruch anerkannt. Die Gesetzesentwürfe vom Jahre 1861 sodann sahen keineswegs eine durchgreifende Regalität vor; der Regierungsrat schlug vor zu sagen: „Die Fischzucht und der Fischfang in den öffentlichen Gewässern, d. h. in allen Flüssen und denjenigen Bächen, welche nicht erweisliches Eigentum Dritter sind, sind, soweit nicht besondere Fischereigerechtsame bestehen, Regal des Staates“; und § 1 des Entwurfes der Kantonsratskommission lautete: „Das Recht der Fischzucht und des Fischfanges in den öffentlichen Gewässern des Kantons, soweit dasselbe nicht Dritten zusteht, gehört dem Kanton“; womit die Äußerung des Regierungsrates Affolter, als Berichterstatter über das Wasserbaugesetz von 1858, zu vergleichen ist, die Privatgewässer seien meistens künstliche Anlagen, Gewerbekanäle, welche mit dem öffentlichen Gewässer, aus dem sie abgeleitet sind, in Verbindung stehen. Ebenso wenig können die angeführten kantonalen Urteile dafür angeführt werden, daß die Gerichte angenommen hätten, daß im Kanton Solothurn die Regalität das die Fischerei in allen Gewässern beherrschende rechtliche Prinzip sei. Das amtsgerichtliche Urteil vom 22. März 1837 handelt nur von der Dsch, einem Wasserlaufe, der, soweit er in natürlichem Bette fließt, auch von den heutigen Prozeßparteien als öffentlicher bezeichnet wird. Und in den beiden obergerichtlichen Urteilen vom 12. August 1879 und 15. Dezember 1894 wird ausdrücklich festgestellt, daß die betreffenden Bäche zu den öffentlichen Gewässern gehören. Kommen also zweifellos namentlich mit Bezug

auf Wasserläufe, die in künstlich gegrabenem Bett fließen, Ausnahmen von der Regalität vor, so wird zu fragen sein, ob nicht der Gewerbekanal der Beklagten unter diese Ausnahmen falle. Und da ist es nun gewiß auffällig, daß in keiner der Urkunden über die Verpachtung und Verleihung der Fischenzen an der Dsch von einer Kriegstetter Dsch gesprochen wird, während stets eine Dfingener Dsch und eine Haltener Dsch verpachtet worden ist, wobei von ersterer in den Lehenbüchern des letzten Jahrhunderts je-
weilen bemerkt war, daß sie anfangs, „bey dem Steg unten an dem Trotzug.“ Und doch wäre schon im Jahre 1746 bei der Vereinigung der Fischenzen in der Vogtei Kriegstetten und wiederum im Jahre 1834, als eine allgemeine Sichtung der staatlichen Fischenzen stattfand, ein besonderer Anlaß vorhanden gewesen, um die Rechte des Staates geltend zu machen bezw. die Fischenzen im Gewerbekanal in das Verzeichnis der staatlichen Fischenzen aufzunehmen. Bei Verpachtung der Dsch im Banne Dfingen wird allerdings auch der Grundgraben und das Siechenbächlein erwähnt. Allein hierunter kann unmöglich die Dsch, soweit sie den Gewerbekanal durchfließt, verstanden werden; vielmehr sind oder waren dies offenbar besondere Wasserarme, die sich, zum Teil wenigstens, auch auf Dfingergebiet erstreckten. Für frühere Jahrhunderte mag sich nun wohl die Thatsache, daß niemals von einer Kriegstetter Dsch die Rede war, daraus erklären, daß vor der Anlegung des Gewerbekanals der Bach überhaupt nicht über Kriegstetter Gebiet floß. Allein jedenfalls bestand ein Wasserarm der Dsch an der Stelle, wo sich jetzt der Gewerbekanal befindet, bereits im 17. Jahrhundert. Schon in den Verträgen zwischen Urs Digier und Moriz Gibelin einerseits, den Gemeinden Kriegstetten, Derendingen, Dfingen, Subingen und Dettingen anderseits, von 1617, ist nämlich von einer „Trottmüllli“ zwischen Kriegstetten und Dfingen und von der durch die Erstellung derselben bewirkten Beeinträchtigung der Wässerungsrechte der genannten Gemeinden die Rede. Dieses Werk erscheint als „Trotzug“ auch in dem Kaufbrief des Anthoni Dunant von 1702. Und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dasselbe an der nämlichen Stelle stand, wo gemäß Konzession vom Jahre 1749 Anthoni Dunant dann eine Hammer- und Zeugschmiede errichtete,

die später im Jahre 1788 in eine Papiermühle umgewandelt wurde, und wo jetzt das Fabriketablissement der Beklagten sich befindet. Dies wird bestätigt durch den Wässerungsplan von 1736 und den Katasterplan von 1817/18, in denen da, wo jetzt der Gewerbekanal durchfließt, ein Wasserarm der Dsch mit daran liegendem Wasserwerk eingezeichnet ist. Die Aufstellung des Klägers, daß der Gewerbekanal erst im Jahre 1833 angelegt worden sei, ist danach offenbar unrichtig; dieselbe stützte sich übrigens lediglich auf eine Aussage des Zeugen Jäggi anlässlich der dem Prozesse vorgängig veranstalteten Beweisführung zum ewigen Gedächtnis, eine Aussage, die der Zeuge bei seiner wiederholten Einvernahme im Prozesse selbst als irrig bezeichnet hat, insofern als er erklärte, daß nicht die Erstellung, sondern bloß eine Erweiterung des Gewerbekanals im Jahre 1833 stattgefunden habe. Wenn daher bei dieser Sachlage trotzdem nirgends eine Kriegstetter Dsch verpachtet worden ist, so kann dies kaum anders erklärt werden, als daß der Staat in diesem Arme derselben das Fischereirecht nicht für sich beanspruchte, sondern den Anstößern überließ, und damit deren Recht auf die streitigen Fischenzen anerkannte. Dieser Folgerung kann man sich um so weniger entziehen, als nachgewiesen ist, daß im Gewerbekanal die Rechtsvorgänger der Beklagten die Fischerei jeweilen ohne Anstand ausgeübt haben, während die Dsch unterhalb des Kanals sammt dem oberhalb abzweigenden Grundgraben stets vom Staate verpachtet worden ist.

7. Wäre aber auch als erstellt zu betrachten, daß eine auf alle Gewässer sich erstreckende Regalität im Kanton Solothurn sich ausgebildet habe, so wäre damit der Streit noch nicht zu Gunsten des Klägers entschieden. Denn es haben die Beklagten schutzbehauptungsweise geltend gemacht, daß sie die Fischereiberechtigung im Gewerbekanal durch Erziehung erworben haben, oder daß ihnen dieselbe doch gemäß den Grundsätzen über unvordenkliche Zeit zuzuerkennen sei. Von einer Erziehung kann nun allerdings keine Rede sein, da es an dem Nachweise eines rechtmäßigen Titels fehlt. Dagegen fragt es sich, ob nicht deshalb, weil die Fischerei durch die Beklagten bezw. ihre Rechtsvorfahren seit unvordenklicher Zeit ausgeübt worden ist, angenommen werden müsse,

daß ihnen dieselbe als Recht zustehe. Zwar scheint das solothurnische Recht keine ausdrücklichen Vorschriften über die unvordenkliche Zeit zu besitzen. Allein da es sich hierbei nicht sowohl um eine Art von Erwerb eines Rechts, sondern um ein Beweismittel handelt, und da dieses im solothurnischen Recht nicht ausgeschlossen ist, so darf dasselbe wohl gemäß den sonst allgemein gültigen Sätzen des gemeinen Rechtes als zulässig betrachtet werden. Der Kläger wendet hiegegen ein, daß eine Erziehung von Nutznießungen und Nutzungsrechten überhaupt ausgeschlossen sei. Erstlich bezieht sich jedoch der hiesür angerufene § 509 des Civilgesetzbuches lediglich auf die eigentlichen Nutznießungen, keineswegs aber auch auf Verhältnisse, wie das vorliegende. Und so dann handelt es sich nicht um die Erziehung, sondern um den Beweis des Rechts nach den Grundsätzen über unvordenkliche Zeit. Danach ist nun die Berufung auf Unvordenklichkeit bei allen Rechten möglich, die Private erwerben dürfen und die sich zu einem fortdauernden Besitz eignen (vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht, I, S. 581 ff.). Hierzu gehören aber auch die nutzbaren Regalien. Denn einmal können dieselben durch staatliche Verleihung zu Vermögensrechten Privater werden, und sodann ist auch fortdauernder Besitz daran möglich (vgl. hiezu z. B. den Entscheid in Seufferts Archiv, N. F., XVIII, Nr. 191). Dies anerkennt auch die solothurnische Gerichtspraxis. Nur verlangt sie, wo derartige Nutzungsrechte nicht auf Konzessionen beruhen, einen strengen Beweis (s. das mehrfach angeführte Urteil i. S. Staat Solothurn gegen Schwaller vom 12. August 1879). Dieser Beweis wird aber entsprechend den Grundsätzen des gemeinen Rechts damit als geleistet zu betrachten sein, wenn die lebende Generation einen andern Zustand nicht gekannt und auch von den Vorfahren nicht in Erfahrung gebracht hat. Vorliegend nun ist durch eine Reihe von Zeugen dargethan, daß im Gewerbekanal, der, wie bereits ausgeführt, jedenfalls schon seit dem Jahre 1637 besteht, ihres Wissens nie von jemand anders gefischt worden ist, als von den Eigentümern der beklagten Liegenschaft bezw. von solchen, die diese dazu angestellt oder ermächtigt hatten; und zwar weisen die Zeugenaussagen seit dem Jahre 1824 eine fast ununterbrochene Ausübung des Fischjags

durch jene Personen aus. Auch fehlt darin jegliche Andeutung, daß früher der Zustand ein anderer gewesen sei. Gerade der älteste Zeuge, der 81jährige Martin Pfeiffer, erklärt für die Jahre 1824—1834, und 1844—1860 mit Bestimmtheit, daß so lange er sich erinnere, im Kanal nur von den Besitzern der Fabrik gefischt worden sei; und es macht derselbe auch ganz bestimmte Angaben über die Ausdehnung des Fischereigebietes; so weiß er, daß im Grundgraben und unterhalb der Lohstampfe — die sich auf Öfingergebiet unterhalb der Brücke befindet — von den Fabrikbesitzern nicht gefischt worden ist, daß hier vielmehr andere berechtigt waren, sofern nicht der Fabrikbesitzer diesen Teil des Baches vom Staate gepachtet hatte. Und ähnlich lauten für verschiedene Zeiten bis in das Jahr 1893 die zum Teil mit mancherlei Einzelheiten ausgeschmückten Aussagen sämtlicher übrigen Zeugen. Dabei hatten dieselben die Ansicht, das Recht zu fischen gehöre zur Eigenschaft der Beklagten, und mehrere erinnerten sich daran, wie vom Fabrikbesitzer Dritten das Fischen im Kanal, d. h. unterhalb des sog. Weiheres und oberhalb des Einlaufs der alten Ösch, unterjagt wurde, speziell den Pächtern der unten anstoßenden Öfinger Ösch. Wird mit diesen Zeugenaussagen die Thatsache zusammengehalten, daß die Fischerei im Gewerbekanal bis zum Beginn des vorliegenden Prozesses nie vom Staate verpachtet worden ist, so muß der Beweis der Erwerbung des Rechts durch Ausübung desselben während unvor-denklicher Zeit als erbracht angesehen und die Klage demgemäß zurückgewiesen werden, auch wenn angenommen werden wollte, daß das streitige Recht ursprünglich kraft der Regalität dem Kläger zugestanden sei.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

C. Entscheidungen der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.

Arrêts de la Chambre des poursuites et des faillites.

167. Entscheid vom 8. Juli 1897 in Sachen Portlandcementfabrik Laufen.

I. Mit chargiertem Briefe vom 9. Januar 1897 sandte die Portlandcementfabrik Laufen dem Betreibungsamt Oberehrendingen ein Fortsetzungsbegehren in einer gegen Baumeister Frei daselbst eingeleiteten Betreibung zu. Das angesuchte Betreibungsamt nahm eine Pfändung erst am 13. Februar 1897 vor, nachdem inzwischen am 8. Februar von einem andern Gläubiger, Notar Geißberger in Brugg, ein Fortsetzungsbegehren eingelaufen war. Auf der Pfändungsurkunde wurde als Datum des Eingangs des Fortsetzungsbegehrens der Portlandcementfabrik Laufen ebenfalls der 8. Februar angegeben. Im Betreibungsbuch ist das Fortsetzungsbegehren überhaupt nicht angemerkt, und es stellte sich dann auch der Betreibungsbeamte in der Folge auf den Standpunkt, ein solches nicht erhalten zu haben. An die Pfändung schloß das Betreibungsamt noch verschiedene andere Gläubiger an, die unterm 14., 21. und 24. Februar, 4. und 8. März die Fortsetzungsbegehren gestellt hatten.

II. Hiegegen beschwerte sich die Portlandcementfabrik Laufen bei der untern kantonalen Aufsichtsbehörde und verlangte, daß sie mit Notar Geißberger einzig in der ersten Gruppe belassen und aus den übrigen Gläubigern eine zweite Gruppe gebildet werde. In unterer und auf Weiterziehung hin auch in oberer Instanz wurde