

und der Art seiner Abwicklung der Wille der Parteien doch nur der gewesen sein, daß die Verpflichtungen des Verkäufers nach seinem Rechte sich beurteilen sollen. In den « conditions générales », deren Anwendbarkeit freilich vom Beklagten bestritten wird, ist sogar ausdrücklich die Unterstellung des Rechtsverhältnisses unter belgisches Recht verlangt. Und ferner liegt der vertragliche Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Verkäufers anerkanntermaßen in Belgien, dessen Recht deshalb auch dann zur Anwendung kommt, wenn man den Erfüllungsort ohne Rücksicht auf den präsumtiven Parteiwillen als maßgebend erklärt. Der Umstand endlich, daß die Zertifikate nach Basel zu senden waren, ist nebensächlich und kommt für die Frage des anzuwendenden Rechts nicht in Betracht. (Vergl. NS Bd. 21 S. 868 Erw. 3; 32 II S. 416 Erw. 2); —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

B. Entscheidungen des Bundesgerichts als einziger Zivilgerichtsinstanz.

Arrêts rendus par le Tribunal fédéral comme instance unique en matière civile.

I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

Arrêts sur le fond du droit.

1. Zivilstreitigkeiten zwischen Kantonen und Korporationen oder Privaten. — Différends de droit civil entre cantons et corporations ou particuliers.

50. Urteil vom 18. Mai 1910

in Sachen Staat Luzern, Kl. u. Widerbekl., gegen Bähler, Bekl. u. Widerkl.

Rechtsstreit zwischen einem Kanton und einem Privaten über das Eigentum an « einem Stück See », als zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne des Art. 48 Ziffer 4 OG. — Nicht begründete Einrede der abgeurteilten Sache (gestützt auf einen blos possessorischen kantonalgerichtlichen Vorentscheid). — Aktivlegitimation des Kantons zur negativen Feststellungsklage gegenüber dem Eigentumsanspruch des beklagten Privaten. — Nachweis des privaten Eigentumsanspruchs? Beweislast des Ansprechers gegenüber dem präsumtiven Eigentum oder Hoheitsrecht des Kantons. — Das « Recht auf ein Stück See » bedeutet nach den historischen Dokumenten ein blosses Fischereirecht (« Fischenz »).

A. — Durch Kauf vom 25. September 1907 verkaufte Peter Ulrich Ziegler von Meggen und Paris dem R. U. Bähler von Thun in Kairo das Schloßgut „Neuhabsburg“ im Gemeindebezirk Meggen.

Unter den verkauften Objekten wurde aufgeführt:

a. „Ein Stück See mit der dazu gehörigen und damit verbundenen Fischereigerechtigkeit, welches am Ufer des Bierwaldstättersees liegt, ohne Maßangabe; erstreckt sich: diesem benannten Ufer entlang innert den Ruthen von dem außer der Untermättewil- oder Lochweid im See liegenden Großen Granit- oder Geißbergerstein bis zu dem zwischen der Raumatte und dem Unter-Raumatte in den See fließenden Bächlein.“

b. „Ein Stück See mit der dazu gehörenden Fischereigerechtigkeit, ohne Maßangabe; erstreckt sich: von dem außer der Untermättewil- oder Bachweid östlich dem Dieselbach im See liegenden großen Geißbergerstein bis zu dem zwischen der Raumatte und dem Unterraumatte in den See fließenden Bächlein gerade hinaus auf den See, außerhalb den Ruthen anfangend, wie dasselbe nach bisheriger Übung ist benutzt worden.“

In zwei frühern, vom Beklagten produzierten Kaufbriefen vom 1. Juni 1850 und vom 25. März 1872 war in Bezug auf dieselben Objekte ebenfalls von zwei „Seestücken“ die Rede gewesen. Dabei war bezüglich des Stückes innerhalb der Ruthen unter dem Titel „Beschwerden und Rechte“ erwähnt:

1. „Die Käufer haben das Recht, innert den Ruthen nach Belieben zu fischen, dagegen ist auch jedem freie Schifffahrt darauf gestattet.“

2. „Laut älterem Kaufbrief hat der Besitzer des Mühlehofes das Recht, die all dort im See wachsenden Rohre zu weiden.“

Die Parteien sind darüber einig, daß die das Stück außerhalb der Ruthen betreffende Angabe „gerade hinaus auf den See außerhalb den Ruthen anfangend, wie dasselbe nach bisheriger Übung ist benutzt worden“, bedeutet: von den Ruthen 100 Klafter (= 180 m) in den See hinaus.

B. — Am 3. August 1908 konstatierte das Baudepartement des Kantons Luzern in einem Schreiben an den Beklagten, daß er eine ihm gehörende Schifffhütte um zirka 8 m verlängert und

zudem einen Wehrhacken erstellt habe, wodurch ein Stück Seegebiet dem öffentlichen Verkehr mehr oder weniger entzogen worden sei. Da eine Bewilligung hierfür vom Regierungsrat nicht eingeholt worden sei, wie dies § 3 des Wasserrechtsgesetzes vorschreibe, so werde der Beklagte hiermit aufgefordert, sich innert Frist „über die im öffentlichen Seegebiet eigenmächtig erstellten Anlagen“ zu verantworten.

Im Anschluß an Verhandlungen, die hierauf zwischen dem Baudepartement und dem Architekten des Beklagten stattfanden, wobei namens des letztern an dem betreffenden Seegebiet Eigentum geltend gemacht wurde, während das Baudepartement nur ein Recht des Beklagten auf die Fischerei anerkannte, stellte der Architekt des Beklagten am 15. August, unter Wahrung des beklaglichen „Anspruches auf den Seegrund“, das Gesuch um Bewilligung zur Vergrößerung der Schifffhütte und zur Anbringung des Wehrhackens.

Diesem Gesuche wurde am 3. September 1908 unter Auferlegung einer Rekognitionsgelbühr von 250 Fr. für das durch die Verlängerung der Schifffhütte und den Wehrhacken in Anspruch genommene Seegebiet entsprochen. Der Bezug der Gelbühr wurde bis zum Entscheide des Richters über den Umfang des Rechts des Beklagten sistiert.

Am 30. September 1908 erwirkte der Beklagte vom Gerichtspräsidenten des Bezirks Habsburg den Erlaß eines an keine bestimmte Person gerichteten amtlichen Verbotes im Sinne der §§ 335 und 338 ZPD, durch welches nicht nur das Fischen auf den oben sub A angeführten beiden Seestücken, sondern auch „jede Benützung“ dieses Seegebietes, „speziell Errichtung von Gebäuden oder Dämmen, von Fachen, Ablagerung von Schutt, usw., überhaupt jede Besitzesstörung“, verboten wurde, unter Vorbehalt bloß der „hoheitlichen Rechte des Staates“, sowie der im Kaufbrief vom 1. Juni 1850 sub 1 und 2 angeführten „Beschwerden und Rechte“ (freie Schifffahrt und das Recht des Mühlehofbesitzers, die „all dort im See wachsenden Rohre zu weiden“).

Ein namens des Staates gegen dieses Verbot gerichteter Rekurs, in welchem der Staat immerhin das Fischereirecht des Be-

Klagen anerkannt hatte, wurde am 9. November 1908 von der Justizkommission des Obergerichts abgewiesen, mit der Motivierung, daß der Beklagte „laut aufgelegten Kaufbriefen vom Jahre 1854, 1872 und Oktober 1907 den eigentümlichen Erwerb am „fraglichen Grundstücke nachgewiesen“ habe, woraus, „auf den „jüngsten opponentischen Besitzstand zu schließen“ sei, indem die „vom Rekurrenten relevierten staatlichen Hoheitsrechte im vorliegenden possessorschen Verfahren nicht zu prüfen“ seien, „diesbezüglich Opponent sich vielmehr an den ordentlichen Zivilrichter zu wenden“ habe.

C. — Hierauf erfolgte am 15. Juni 1909 seitens des Staates Luzern die Einreichung der vorliegenden, auf Art. 48 Ziff. 4 OG gestützten Klage mit den Rechtsbegehren:

„1. Dem Beklagten stehe kein Eigentum am Seegebiet, überhaupt kein anderes Recht auf den See als eine Fischereigerechtigkeit zu; letztere bis auf eine Entfernung von 100 Klafter = 180 m vom Rohrwuchs gegen die Seetiefe hinaus gemäß alter Übung.

„2. Sei das im Kantonsblatt Nr. 40 vom 1. Oktober 1908 Seite 943 publizierte Verbot, soweit darin weitergehende Ansprüche geltend gemacht sind, als in Ziffer 1 dieses Rechtsbegehrens zugestanden sind, aufzuheben.“

Der Beklagte beantragte seinerseits:

„1. Von der Anerkennung der beklaglichen Fischereigerechtigkeit durch den Staat des Kantons Luzern vom Bächlein bei der Naumatt bis zum großen Geißbergerstein östlich dem Dieselbach, überall gerade hinaus bis zu den Ruthen und weiter 180 m in den See, sei gerichtlich Vorwerk genommen.

„2. Im übrigen sei auf die Klage nicht einzutreten, eventuell dieselbe gänzlich abzuweisen.

„3. Es sei widerlageweise zu erkennen: Der Kläger habe das Eigentum des Beklagten an dem Stück Luzerner (Bierwaldstätter-) See vom Bächlein bei der Naumatt in der Gemeinde Meggen bis zum großen Geißbergerstein östlich dem Dieselbach bei der Lochweid in der Gemeinde Meggen, vom Ufer bis zu den Ruthen und weiter hinaus 180 m in den offenen See, anzuerkennen und sei seine Bestreitung abzuweisen.“

In Replik und Duplik haben die Parteien an ihren Anträgen festgehalten.

Die Rechtsstandpunkte der Parteien sind aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

Die Beweisführung fand ausschließlich durch die von den Parteien produzierten bezw. von Dritten edierten Urkunden statt. Der Inhalt derselben ist aus Fakt. A und B oben, sowie aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

D. — Die einschlägigen Bestimmungen der luzernischen Gesetzgebung lauten:

§§ 335 und 338 des Gesetzes über das Zivilverfahren vom 5. März 1885:

§ 335. „(Verbote und Befehle). Kann der Schutzsuchende „glaubwürdig bescheinigen:

„a. daß er in jüngster Zeit wirklich redlicher Besitzer einer Sache war, nummehr aber in der Verfügung über dieselbe gehindert „oder aus deren Besitz auf unerlaubte Weise verdrängt wurde, „oder

„b. daß auf seinem Grundstücke von einem andern Rechte ausgeübt werden wollen, welche dieser nicht bereits bisher ausgeübt „hat, oder derselbe sonst neue Handlungen vornehme oder Unterlassungen sich erlaube, wodurch das Eigentum des Schutzsuchenden beeinträchtigt würde, oder

„c. daß er bisher Rechte ausgeübt hat, deren fernere Ausübung ihm nicht mehr gestattet werden will;

„so hat der Gerichtspräsident in allen diesen Fällen den Besitzstand des Bewerbers durch Verbot oder Befehl zu schützen „und, falls der Schutzsuchende bereits aus dem Besitze verdrängt worden ist, ihn wieder in denselben einzusetzen.“

§ 338. „(Allgemeine Verbote). Die Verbote, welche gegen keine bestimmte Person, sondern gegen das Publikum im allgemeinen gerichtet sind, z. B. das Verbot eines Fußweges, müssen durch „Warnzeichen an Ort und Stelle, durch öffentlichen Anschlag „in den betreffenden Gemeinden und durch das Kantonsblatt bekannt gemacht werden.“

§§ 1, 2, 3 (Satz 1) u. 6 des Wasserrechtsgesetzes vom 2. März 1875:

§ 1. „Seen, Flüsse und Bäche, an denen sich nicht ein hergebrachtes Privatrecht nachweisen läßt, gelten als öffentliche Gewässer.“

„Angelegte Teiche und Kanäle, sowie andere künstlich angelegte Wasserleitungen dagegen sind Gegenstände des Privatvermögens. In staatlich konzessionierten Kanälen bleibt das Fischereiregal des Staates vorbehalten.“

„Das auf einem Grundstück entspringende oder darauf sich natürlich sammelnde Wasser wird, so lange es auf diesem Grundstück verbleibt, als ein Bestandteil des Grundstückes behandelt.“

„Im Falle eines Streites, ob ein See, Fluß oder Bach als öffentlich zu betrachten sei, haben darüber nach den diesfalls bestehenden Rechtsverhältnissen die Gerichte zu entscheiden.“

§ 2. „Die öffentlichen Gewässer bilden ein zur allgemeinen Benutzung bestimmtes Gemeingut.“

„Die Regelung dieser Benutzung und die Festsetzung besonderer Beschränkungen derselben steht dem Regierungsrate zu.“

„Er erläßt zu diesem Behufe Schiffsahrts- und Flußverordnungen, sowie auch andere zum Schutze der öffentlichen Gewässer und ihrer Ufer erforderliche Anordnungen.“

§ 3 Satz 1. „Landanlagen, Bauten und andere Vorrichtungen im Gebiet öffentlicher Seen und Flüsse bedürfen der Bewilligung des Regierungsrates.“

§ 6. „Für die Bewilligung von Landanlagen kann eine Rekognitionsgebühr von wenigstens 2 Ets. pro Quadratfuß bezogen werden.“

„Für jede bewilligte und benutzte Wasserkraft ist ein jährlicher Wasserrechtszins von 1 bis 4 Franken pro effektive Pferdekraft zu entrichten.“

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Zur Begründung seines Nichteintretensschlusses macht der Beklagte in erster Linie geltend, daß das Bundesgericht zur Anhandnahme der Klage inkompetent sei, weil der Kläger an dem streitigen Stück See kein Eigentum, sondern nur Hoheitsrechte beanspruche und es sich daher nicht um eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 48 OG handle.

Diese Einrede ist offensichtlich unbegründet. Abgesehen davon,

daß der Kläger, wenn auch nicht in seinen Rechtsbegehren, so doch in der Klagebegründung, an dem streitigen Seegebiet in der Tat Eigentum für sich beansprucht, liegt jedenfalls eine Bestreitung des vom Beklagten beanspruchten Eigentumsrechtes vor, was zur Annahme einer zivilrechtlichen Streitigkeit im Sinne von Art. 48 OG genügt.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die vorliegende Klage, wenn sie in das System der römisch-rechtlichen Aktionen eingereiht werden müßte, als eine Vindikations- oder als eine Negatorienklage, oder wie sonst sie zu bezeichnen wäre; denn jedenfalls hat der Staat an der Guttheilung der Klage, so wie sie erhoben wurde, auch dann ein rechtlich zu schützendes Interesse, wenn ihm an dem streitigen Stück See kein Eigentum im zivilrechtlichen Sinne, sondern, gemäß dem Charakter des Seegebietes als einer im öffentlichen Gebrauche stehenden Sache, nur ein Hoheitsrecht zustehen sollte; denn auch dann sind Konflikte mit denjenigen Privatpersonen möglich, welche sich als Eigentümer des betreffenden Seegebietes gerieren. Zur Wahrung der Interessen der Öffentlichkeit muß aber selbstverständlich dem Staate die Möglichkeit gegeben sein, die Nichtexistenz der mit den öffentlichen Interessen in Kollision kommenden Privatrechte richterlich feststellen zu lassen, sofern diese Privatrechte in Wirklichkeit nicht existieren. Die vorliegende Klage ist somit, wenigstens was das erste Rechtsbegehren betrifft, jedenfalls als negative Feststellungsklage zulässig. Das zweite Rechtsbegehren aber ist weiter nichts als eine praktische Schlussfolgerung aus dem ersten und erscheint insolge dessen ebenfalls zulässig.

Desgleichen sind auch die übrigen Voraussetzungen des Art. 48 Ziff. 4 OG gegeben. Insbesondere wurde das Vorhandensein eines Streitwertes von über 3000 Fr. vom Beklagten mit Recht nicht bestritten, sondern sogar ausdrücklich anerkannt.

2. — Wenn der Beklagte sodann die Frage aufgeworfen hat, ob nicht *res judicata* vorliege, da ja die Justizkommission des Obergerichtes den „eigentümlichen Erwerb an fraglichen Seestücke“ als nachgewiesen bezeichne, so ist demgegenüber festzustellen, daß die Justizkommission aus diesem „Nachweis des eigentümlichen Erwerbs“ doch nur auf den „jüngsten Besitzstand“ des Beklagten

geschlossen und im übrigen den Entscheid des Zivilrichters über die „im vorliegenden possessoriſchen Verfahren nicht zu prüfenden ſtaatlichen Hoheitsrechte“ vorbehalten hat. Wiewohl zuzugeben iſt, daß dieſe Ausdrucksweiſe inſofern vielleicht irreführend ſein konnte, als richtigerweiſe auch der Entscheid über die Frage des Eigentums vorzubehalten, alſo nicht von einem geleifteten „Nachweis des eigentümlichen Erwerbs“ zu ſprechen war, ſo ſteht doch jedenfalls feſt, daß es weder in der Abſicht, noch in der Macht der Juſtizkommiſſion lag, im Verbotſverfahren einen Entscheid über die Eigentumsfrage zu fällen. Dieſe Frage iſt ſomit durchaus intakt.

3. — Waß die Frage der Legitimation des Staates Luzern zur Erhebung der vorliegenden Klage betrifft, ſo iſt auf die Ausführungen in Ermägung 1 hievor zu verweiſen, wonach dieſe Legitimation auch dann gegeben iſt, wenn der Kläger an dem ſtreitigen Stück See kein Eigentum, ſondern nur ein Hoheitsrecht beſitzt bzw. beansprucht; denn auch dann hat er ein rechtliches Interesse daran, die Nichtexiſtenz des vom Beklagten beanspruchten Eigentumsrechtes gerichtlich feſtſtellen zu laſſen. Ob aber dieſes vom Beklagten beanspruchte Recht wirklich nicht exiſtiere, wie der Kläger behauptet, iſt Sache der materiellen Kognition und hat mit der Frage der Zuläſſigkeit der geſtellten Rechtsbegehren nichts zu tun.

4. — In der Sache ſelbſt, d. h. in Bezug auf die Frage, ob der Beklagte Eigentum er des ſtreitigen Seegebietes, oder aber nur Inhaber eines Fiſchereirechtes ſei, iſt davon auszugehen, daß die Beweislaſt den Beklagten trifft, d. h. daß er diejenigen Tatſachen zu beweifen hat, aus welchen er das von ihm beanspruchte Eigentumsrecht herleitet. Dieß ergibt ſich ſchon aus dem allgemeinen prozeßrechtlichen Grundſatz, daß jede Partei diejenigen Tatſachen zu beweifen hat, aus welchen ſie Rechte ableitet, außerdem aber namentlich aus § 1 des luzerniſchen Waſſerrechtsgeſetzes, wonach „Seen, an denen ſich nicht ein hergebrachtes Privatrecht „nachweiſen läßt“, als „öffentliche Gewäſſer“ gelten — eine geſetzliche Präſumption, zu welcher im vorliegenden Falle (vgl. US 23 S. 1236 f. Erw. 3; 35 I S. 118 f. Erw. 3), da es ſich um ein größeres, durch bedeutende Waſſerläufe gepieſenes und

von jeher zur Schifffahrt benutztes interkantonales Waſſerbecken handelt, noch eine natürliche Präſumption hinzutritt.

5. — Der Titel, auf den ſich der Beklagte in erſter Linie ſtützt, iſt der Kaufvertrag vom 25. September 1907, mit Fertigung vom 17. Oktober 1907. Es iſt nicht zu beſtreiten, daß nach dem Wortlaut dieſes Vertrages dem Beklagten wirklich „ein Stück See“ verkauft worden iſt und zwar mit den vom Beklagten angegebenen Grenzen. Nun iſt aber zunächſt auffallend, daß es bei dieſem Verkauf zweier „Stücke See“ für nötig befunden wurde, beizufügen „mit der zugehörigen Fiſchereigerechtigkeit“; denn wenn wirklich Eigentum an einem Teil des Seegebietes übertragen werden wollte, bedurfte es einer beſonderen Erwähnung des Fiſchereirechtes nicht, da ja letzteres im Eigentumsrecht inbegriffen war. Es läßt deshalb ſchon der Wortlaut dieſes Kaufes vom Jahre 1907 die Vermutung aufkommen, daß der Beklagte an dem ſtreitigen Seegebiet nicht Eigentum, ſondern nur ein Fiſchereirecht erworben hat.

6. — Dieſe Vermutung wird durch die früheren, vom Beklagten produzierten oder ſonſtwie bekannten, auf das fragliche Stück See bezüglichen Erwerbstitel nicht entkräftet, ſondern im Gegenteil verſtärkt.

Waß zunächſt das Stück außerhalb der Ruthen betrifft, ſo lautet eine Bezeichnung deſſelben in einem von dem Beklagten produzierten Kaufbrief vom 25. März 1872 (Paul und Alois Muggli an Joſef und Alois Scherer) nahezu wörtlich gleich wie im Kaufbrief vom 25. September 1907:

„Ein Stück See mit dazu gehöriger Fiſchereigerechtigkeit (Waß „nicht angegeben) . . . erſtreckt ſich . . . wie daſſelbe nach „bisheriger Uebung iſt benutzt worden.“

Ebenſo lautete die Beſchreibung auch in einem Auskauf vom 7. April 1865 zwischen Eliſabeth Muggli einerſeits und den Gebrüdern Balthaſar, Jakob, Paul und Alois Muggli anderſeits (vergl.: Der luzerniſche Teil des Vierwaldſtätterſees, Bericht des Staatswirtsſchaftsdepartements vom 30. Dezember 1867, S. 65), während in zwei Kaufbriefen vom 3. Hornung 1789 und vom 9. Herbfimonat 1797 (ebendaſelbſt S. 64) die Beſchreibung gelautet hatte: „ein Stück See mit ſamtb dem Rohr und aller dero

„Recht und Gerechtsame, wie solches alzeit ist genuzet und gebraucht worden.“

Die „Fischereigerechtigkeit“ oder kurz „Gerechtigkeit“ war also auch in diesen frühern Urkunden stets erwähnt worden, und zwar in einer Form, die darauf hindeutet, daß es sich in Wirklichkeit bloß um ihre Übertragung handelte.

Ähnlich verhält es sich mit dem Stück innerhalb der Ruthen. In Bezug auf dieses Stück gibt die vom Beklagten produzierte Urkunde vom 1. Neumonat 1850 sub „Beschwerden und Rechte“ den Inhalt des zu übertragenden Rechtes folgendermaßen an:

„1. Die Käufer haben das Recht, innert den Ruthen nach Belieben zu fischen, dagegen ist auch jedem freie Schifffahrt darauf gestattet.“

„2. Laut ältern Kaufbrief hat der Besitzer des Mühlehofes das Recht, die all dort im See wachsenden Rohre zu weiden.“

Wenn der Beklagte aus diesen beiden Bestimmungen den Schluß zieht, es müsse sich doch um Eigentum gehandelt haben, da bei einer bloßen Fischereigerechtigkeit die freie Schifffahrt sich von selbst verstanden und auch das Recht des Mühlebesizers „die im See wachsenden Rohre zu weiden“ keiner Erwähnung bedurft hätte, so kann die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung nicht anerkannt werden. Denn es ist bekannt, daß gerade die freie Schifffahrt und das Abschneiden des Schilfrohres sehr oft für die Fischerei nachteilig wirken.

Wird nun noch weiter zurückgegriffen, und die ganze historische Entwicklung der Fischerei am Vierwaldstättersee gewürdigt, so ergibt sich mit Bestimmtheit, daß unter dem Recht auf „ein Stück See“ in Wirklichkeit nichts anderes und also auch nicht mehr als eine „Fischereigerechtigkeit“ oder „Fischenz“ zu verstehen ist.

Während der mittlere Teil des Sees (der sog. Friechter) als in jeder Beziehung dem Gemeingebrauch überlassen galt (vgl. Winiker, Die Fischereirechte am Vierwaldstättersee, S. 1 ff; Segeffer, Rechtsgeschichte von Luzern, I S. 341) waren schon früh (vgl. Segeffer, a. a. D., ferner v. Liebenau, Geschichte der Fischerei in der Schweiz, S. 20 ff.) an den Ufern Fischereirechte entstanden, wobei meist zwischen den „Furren“ d. h. dem

Gebiet innerhalb der „Ruthen“ oder „Angebinde“, einerseits, und den „Zügen“, d. h. dem Gebiet außerhalb der „Ruthen“ auf eine Breite von 100 Klafter (180 m) in den See hinaus, andererseits, unterschieden wurde.

Dies sind aber gerade die beiden Zonen, in Bezug auf welche im heutigen Prozesse der Beklagte das Eigentumsrecht beansprucht, da er ja dieses ausdrücklich nur vom Ufer bis zu den Ruthen und von diesen auf eine Breite von 180 m, nach der Mitte des Sees zu, geltend macht.

Aus den zahlreichen, in der einschlägigen Literatur erwähnten Urkunden, welche deutlich zeigen, daß es sich beim Verkauf eines „Stückes See“ stets nur um das Fischereirecht handelte, sei hier lediglich ein Kaufbrief aus dem Jahre 1569 erwähnt, welcher sich gerade auf das eine der beiden heute in Frage stehenden Seestücke (nämlich auf das Stück außerhalb der Ruthen) bezog. Laut dieser Urkunde verkaufte Paul Stalder in Weggen dem Jost Tailer in Horn „seinen See und seine Gerechtigkeit, anstoßend an den See des Anton Ruß und an den See des Kirchgangs Weggen“ — eine Ausdrucksweise, welche im Jahre 1611 von Schultheiß und Rath von Luzern dahin erläutert wurde, es sei gemeint „die Fischenz vom Wyger Bächlin zu Neumatt, das aus den 2 Wygern fließt, bis auf die Furren, wo die Fischenz des Statthalters Glos beginnt und bis zum Spizstein am Dieffelbach, wo laut Urkunde von 1455 die Fischenz der Kirchgemeinde Weggen anfängt.“ Vgl. Winiker, a. a. D., S. 74; v. Liebenau, Geschichte der Fischerei im Kanton Luzern, nebst Sammlung von Urkunden, Gesetzen und Verordnungen über die Fischerei im Kanton Luzern (Manuskript im Besitze des eidgen. Departements des Innern).

7. — Zum gleichen Resultate wie das Studium der historischen Entwicklung führt auch eine Berücksichtigung des Verhaltens der Rechtsvorgänger des Beklagten gegenüber verschiedenen im vorigen Jahrhundert getroffenen Maßnahmen der Staatsgewalt, in welchen diese deutlich zum Ausdruck brachte, daß nach ihrer Auffassung kein Teil des Sees im Eigentum von Privaten stehe.

So enthielt insbesondere der bereits zitierte Bericht des Staatswirtschaftsdepartements vom 30. Dezember 1867 eine detaillierte

Aufzählung aller von Privaten am Seegebiet geltend gemachten Ansprüche, insbesondere auch der von den Gebr. Scherer und den Gebr. Muggli an dem heutigen streitigen Seegebiet beanspruchten Rechte.

Trotzdem dieser Anspruch im erwähnten Bericht (S. 63 f. und 65 f.) kategorisch bestritten wurde, sahen sich weder die Gebr. Scherer noch die Gebr. Muggli zu Gegenerklärungen veranlaßt.

Im Jahre 1879 sodann war, im Anschluß an eine Neuvermessung der Seeufer, im Kantonsblatt zur allgemeinen Kenntnis gebracht worden, daß allfällige Einsprüche gegen die „Grenzberreinigung“ innert Frist schriftlich einzureichen seien und daß „von nun an gemäß §§ 2 und 6 des Gesetzes über Wasserrechte vom 2. März 1875 an den betreffenden Seeufern ohne spezielle Bewilligung des Regierungsrates keine Veränderung vorgenommen werden“ dürfe. Auch bei dieser Gelegenheit erfolgte seitens der Rechtsvorgänger des Beklagten keinerlei Einsprache.

Endlich hat der Staat nach einem bei den Akten liegenden Verzeichnis seit 1879 und bis in die neueste Zeit sein ausschließliches Recht, über das Seegebiet zu verfügen, durch den Bezug zahlreicher Rekognitionsgebühren für Ausfüllung von Seegrund, Erstellung von Schiffhütten, Wehrhacken usw. dokumentiert, ohne daß vor dem Jahre 1908 irgendwam und von irgend einer Seite dagegen protestiert worden wäre. Dabei ist zu beachten, daß wenigstens einzelne jener Rekognitionsgebühren sich nachweisbar auf das heute im Streite liegende Seegebiet bezogen.

Auch das Verhalten der Beteiligten, speziell dasjenige der Rechtsvorgänger und der Nachbarn des Beklagten, beweist somit deutlich, daß bis zu den Vorgängen, welche den heutigen Prozeß veranlaßten, unter dem Recht auf „ein Stück See“ allseitig stets ein bloßes Fischereirecht verstanden wurde.

Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß bei Übertragung solcher „Stücke See“ oft die Form des Kaufbriefes mit Fertigung gewählt wurde, trotzdem nach einer Entscheidung des Obergerichts vom 5. November 1874 (Maximen Nr. 91) die Übertragung von Fischenzen dieser Form nicht bedarf. Die Auffassung des Obergerichts über diesen Punkt war (vgl. *Wisker*, a. a. O. S. 136) weder unbestritten noch allgemein be-

kannt, und es ist daher durchaus begreiflich, daß von den betreffenden Gemeindebeamten im Zweifel, nach dem Grundsatz: *superflua non nocent*, die für die Übertragung von Liegenschaften übliche Form gewählt wurde; dies umso mehr, als ja die Übertragung eines „Stückes See“ in der großen Mehrzahl der Fälle im Anschluß an die Übertragung von Grundeigentum erfolgte, der Abschluß eines Kaufvertrages mit Fertigung also so wie so erforderlich war.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. In Gutheißung der Klage und in Abweisung der Widerklage wird festgestellt, daß dem Beklagten an dem Stück See vom Bächlein zwischen der Naumatt und dem Unternaumättli bis zum großen Geißbergerstein östlich dem Dieffelbach bei der Lochweid in der Gemeinde Weggen, vom Ufer bis zu den Ruthen und 180 m weiter hinaus, kein Eigentum und überhaupt kein anderes Recht, als eine Fischereigerechtigkeit, zusteht.

2. Demgemäß wird das im luzernischen Kantonsblatt Nr. 40 vom 1. Oktober 1908, Seite 943, publizierte Verbot, soweit darin Eigentumsansprüche auf das hievor bezeichnete Stück See geltend gemacht werden, aufgehoben.

51. Urteil vom 15. Juni 1910 in Sachen

St. Niklausen-Bruderschaft, Kl.,

gegen **Fiskus des Kantons Nidwalden, Bekl.**

Rechtsstreit zwischen einem Kanton und einem Privaten über ein Fischereirecht am öffentlichen Gewässer (Entschädigungsforderung des Privaten wegen Beeinträchtigung dieses Rechts durch die Staatsgewalt), als zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne des Art. 48 Ziff. 4 OG. — Bemessung des Streitwerts nach dem Betrage der Entschädigungsforderung (Art. 53 Abs. 1 OG). — Passivlegitimation des Kantons mit Bezug auf angeblich schädigende Akte der kant. Staatsgewalt. — Verjährung des Klageanspruchs? — Unzulässigkeit neuer Anbringen in der Replik (Art. 45 BZP). — Haftung des Kantons für die Schadensfolgen rechtmässiger Akte der Staats-