

Demnach hat das Bundesgericht  
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 14. September 1915 in allen Teilen bestätigt.

## V. KANTONALES PRIVATRECHT

### DROIT PRIVÉ CANTONAL

#### 100. Urteil der staatsrechtlichen Abteilung vom 9. Dezember 1915

i. S. Korporationsgemeinde Sursee, Klägerin,  
gegen Staat Luzern, Beklagten.

Streit um ein privates Fischereirecht. — Verjährung dieses Rechts gemäss den einschlägigen Bestimmungen des luz. BGB; Anwendung derselben von Amteswegen (Art. 3 BZP).

A. — Am 1. April 1914 hat die Korporationsgemeinde Sursee beim Bundesgericht gestützt auf Art. 48 Ziff. 4 OG Klage gegen den Staat Luzern eingereicht mit dem Rechtsbegehren:

« Die Fischenze in der Sure vom Ausflusse derselben » aus dem Sempacher See bis zum Mühleleichen gegen die » Schaubern sei der Klägerin zuzusprechen, und es stehe » dem Beklagten kein Recht darauf zu. . . »

Den Wert dieser Fischenz beziffert die Klägerin auf 6000 Fr.

B. — Der Staat Luzern hat in seiner Rechtsantwort vom 10. Juni 1914 beantragt, die Klägerin sei mit ihrem Begehren abzuweisen. . . .

Er anerkennt zwar, dass die eingeklagte Fischenz der Stadtgemeinde Sursee seiner Zeit zugestanden habe, wendet jedoch wesentlich ein: Die Fischenz gehe nicht auf einen privatrechtlichen Titel zurück, sie sei der Stadtgemeinde vielmehr kraft öffentlichen Rechts, als Ausfluss der grundherrlichen Regalien, in Form eines Lehens, verliehen worden und deshalb mit der allgemeinen Aufhebung der Regalrechte durch die (näher bezeichnete) Gesetzgebung der Helvetik dahingefallen bzw. an den Staat übergegangen, der sie denn auch seither — insbesondere seit dem Bestande der mit dem kantonalen Gesetz über die Ausübung der Fischerei vom 3. Dezember 1874 eingeleiteten modernen Fischereigesetzgebung — bis zum 10. Oktober 1910, unter welchem Datum die Klägerin mit einem Gesuch um Anerkennung ihres nunmehr gerichtlich geltend gemachten Anspruchs an den Regierungsrat gelangt sei, unangefochten ausgeübt habe. Zudem fehle auch jeder Nachweis eines Uebergangs des streitigen Rechts von der Stadtgemeinde auf die heute als Klägerin auftretende Korporationsgemeinde Sursee. Diese hätte sich für ihr angebliches Privatrecht schon im Jahre 1798 zur Wehr setzen müssen. Dadurch, dass sie dies unterlassen habe, sei ihr Anspruch nach dem damals geltenden Recht, dem bis zur Einführung des luz. BGB im Jahre 1839 in Kraft gebliebenen « Municipale » der Stadt Luzern, das eine allgemeine Frist von 10 Jahren für die Rechtsverjährung gekannt habe, verjährt.

C. — In ihrer Replik hat die Klägerin unter Festhaltung des Klagebegehrens wesentlich noch vorgebracht: Eine lehensweise Uebertragung der streitigen Fischenz an die Stadt Sursee sei nicht nachgewiesen; die Fischenz stehe der Stadt vielmehr insofern direkt zu, als die Sure selbst auf der betreffenden Strecke urkundlich nachweisbar nie einem Landesherrn, sondern von jeher ihr gehört habe. Und von Verjährung dieses Rechts könne keine Rede sein, denn « liegende Rechte »

gingen auf ewige Zeiten nicht unter. Die Erlasse der helvetischen Regierung hätten keine wesentliche Bedeutung, da sie niemals zur Durchführung gelangt seien, und die spätere Einmischung des Staates bedeute eine Okkupation wider Treu und Glauben, die weder der Gesetzgeber noch der Richter schütze.

In der Duplik hat der Beklagte seine Einwendungen und den Antwortschluss erneuert.

D. — Nach durchgeführtem Beweisverfahren, das sich hauptsächlich auf die von den Parteien angerufenen und beigebrachten Urkunden bezog, haben an der heutigen Hauptverhandlung die Vertreter der Parteien die schriftlich gestellten Rechtsbegehren wiederholt.

Das Bundesgericht zieht  
in Erwägung:

1. — Die Voraussetzungen der Kompetenznorm des Art. 48 Ziff. 4 OG, wonach das Bundesgericht als einzige Instanz zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen und Korporationen oder Privaten mit einem Streitwert von mindestens 3000 Fr. auf Verlangen einer Partei zu beurteilen hat, treffen hier zu. Denn die als Klägerin gegen den Kanton Luzern auftretende Korporationsgemeinde beansprucht die streitige Fischerei als privates Fischereirecht, wie solche nach der luzernischen Gesetzgebung auch an öffentlichen Gewässern, zu denen die Sure gehört, möglich sind (vgl. hierüber AS 35 II Nr. 67 Erw. 1 S. 520 f.). Und der erforderliche Streitwert ist nach unbestrittener Schätzung der Klägerin gegeben.

2. — Materiell erweist sich die Verjährungseinrede des Beklagten angesichts der nachstehend entwickelten Rechts- und Sachlage als begründet.

a) Das in den 1830<sup>er</sup> Jahren eingeführte und bis zum Inkrafttreten des schweizerischen ZGB in Geltung stehende BGB des Kantons Luzern enthält folgende Bestimmungen:

§ 778. «Zivilrechte jeder Art können durch die  
» Verjährung, je nach ihrer Beschaffenheit, erworben  
» werden oder verloren gehen. Hingegen findet die Ver-  
» jähung nicht statt in betreff . . . . der Befreiung eines  
» Grundstückes, auf welchem eine zugefertigte Dienstbar-  
» keit haftet. . . . »

§ 780. «Dingliche Rechte gehen in der Regel durch  
» die Unterlassung der Ausübung derselben von Seite  
» des Berechtigten nicht verloren, es sei denn, dass sich  
» ein anderer in den Besitz eines solchen gesetzt, oder  
» den Berechtigten an der Ausübung desselben verhindert,  
» und dieser sich habe daran verhindern lassen, in wel-  
» chem Falle die Verjährung desjenigen, welcher sich in  
» den Besitz des Rechtes . . . . gesetzt, von dem Augen-  
» blicke der Besitzergreifung zu laufen anhebt. »

§ 782. «Die Zeit, welche zu der Erwerbung einer  
» Sache oder eines Rechts durch Verjährung ordent-  
» licher Weise erfordert wird, ist der Ablauf von zehn  
» Jahren. . . . »

§ 784. «Verjährrbare Sachen, welche dem Staate,  
» Gemeinden oder Korporationen gehören, die einen  
» bleibenden Zweck haben . . . ., können erst nach dem  
» Ablauf einer Frist von zwanzig Jahren durch die Ver-  
» jähung erworben werden. . . . »

b) Am 3. Dezember 1874 erliess der Kanton Luzern ein Gesetz über die Ausübung der Fischerei, das in den §§ 1 und 3 bestimmt:

«Das Recht, den Fischfang in den öffentlichen Ge-  
» wässern des Kantons auszuüben oder zu gestatten, ge-  
» hört, insoweit nicht besondere Rechte von Gemeinden,  
» Korporationen oder Privaten nachgewiesen werden  
» können, dem Staate. »

«Das Fischereirecht in den öffentlichen Gewässern  
» wird zum Nutzen des Staates entweder verpachtet oder  
» durch Patente bewilligt. »

In Ausführung dieser Gesetzesbestimmungen ordnete zunächst der provisorische Vollziehungsbeschluss des

Regierungsrates vom 27. Februar 1875 und dann auch die ihn ersetzende definitive Regierungsratsverordnung betreffend die Ausübung der Fischerei vom 5. November 1877 die Ausgabe von Fischereipatenten u. a. für die Sure an, jedoch « unter Vorbehalt nachweisbarer Privatrechtberechtigungen, wofür der Staat den Patentierten keine Nachwahr leistet. »

Am 23. Juli 1884 sodann erwirkte — veranlasst durch eine Beschwerde des kantonalen Fischereiagenten Pfyffer über die alle Jahre anlässlich der Abstellung der Sure beim Ausfluss aus dem See, zum Zwecke ihrer Reinigung, von Gross und Klein betriebene « Raubfischerei » — das luzernische Departement der Staatswirtschaft mit Ermächtigung des Regierungsrates eine im Kantonsblatt vom 24. Juli veröffentlichte Verfügung des Gerichtspräsidenten Sursee, durch die « alles Fischen und Krebsen in » der Sure von deren Ausmündung im Sempacher See » bis zur Schaubermühle bei Knutwil » unter gesetzlicher Strafaudrohung auf Zuwiderhandlungen « gerichtlich verboten » wurde.

Endlich erliess der Regierungsrat am 12. November 1889 zum Zwecke der Anpassung des bisherigen kantonalen Fischereirechts an das revidierte Bundesrecht eine neue « kantonale Verordnung über die Fischerei, » die in § 15, statt der bisherigen Patentabgabe, die Verpachtung u. a. der « Staatsfischenzen in der Sure » vorschrieb.

c) Nach den unbestrittenen Angaben der Rechtsantwort hat der Beklagte seit 1875 die jeweilen geltende kantonale Fischereirechtsordnung mit Bezug auf die hier in Frage stehende Flussstrecke der Sure — ursprünglich durch Abgabe von Fischereipatenten für die Sure und später durch regelmässige Verpachtung jener Flussstrecke als Staatsfischenz — tatsächlich zur Anwendung gebracht, ohne dass die Klägerin hiegegen vor ihrer Eingabe an den Regierungsrat vom 10. Oktober 1910 jemals irgend welche Einsprache erhoben hätte. Danach aber ist gemäss den angeführten Bestimmungen des luz. BGB,

die auf den gänzlich der Zeit vor dem 1. Januar 1912 angehörenden Tatbestand laut Art. 1 SchlT des ZGB auch heute noch anwendbar sind, das von der Klägerin beanspruchte Recht, falls es früher bestanden haben sollte, durch Verjährung untergegangen. Zunächst kann kein Zweifel darüber walten, dass dieses private Fischereirecht grundsätzlich verjährbar ist; denn es handelt sich dabei offenbar um ein im BGB nicht besonders geordnetes Recht an fremder Sache, das der Regel des § 778 und der Vorschrift des § 780 untersteht. Das gleiche gälte übrigens auch, wenn es nach dem System des BGB als Dienstbarkeitsrecht an der im Staatseigentum stehenden Flussstrecke aufzufassen wäre, da es der Klägerin unbestrittenermassen niemals zugefertigt worden ist, sodass die für Dienstbarkeiten vorgesehene Ausnahme des § 778 darauf nicht zuträfe. Ferner hat sich der Beklagte mit der Erwirkung des richterlichen Verbotes vom 23. Juli 1884 in aller Form in den Besitz des streitigen Rechtes gesetzt, wie § 780 es erfordert, und diesen Besitz jedenfalls mit der spätern Verpachtung der fraglichen Flussstrecke, gemäss der Verordnung vom 12. November 1889, auch positiv unverkennbar zur Geltung gebracht. Und zwar beides in durchaus rechtmässiger Weise, da ihm die kantonale Fischereigesetzgebung dieses Recht unter Vorbehalt des Nachweises einer demselben entgegenstehenden Sonderberechtigung zuerkennt und die Klägerin einen solchen Nachweis rechtzeitig — wie noch auszuführen ist — gar nicht versucht hat. Unter diesen Umständen kann natürlich von einer « Okkupation » des Rechts « wider Treu und Glauben », wie die Replik das erörterte Vorgehen des Beklagten bezeichnet, schlechterdings nicht die Rede sein. Endlich ist mit dem Zeitablauf vom Tage jenes Verbotserlasses (28. Juli 1884) bis zu dem des ersten Auftretens der Klägerin gegen die Rechtsausübung des Beklagten (Eingabe an den Regierungsrat vom 10. Oktober 1910) die Verjährung unbestreitbar eingetreten,

selbst dann nämlich, wenn nicht auf die allgemeine 10jährige Frist des § 782, sondern auf die 20jährige Spezialfrist des § 784 abgestellt wird (die indessen dem Wortlaute dieser Bestimmung nach im Sinne der Unterscheidung des § 782 nur Bezug zu haben scheint auf « Sachen », nicht auch auf Rechte, d. h. andere Rechte als das Eigentum, wie ein solches hier vorliegt).

Nun hat freilich der Beklagte die Verjährungsvorschriften des luz. BGB nicht namhaft gemacht, sondern sich zur Begründung seiner Verjährungseinrede ausschliesslich auf das bis über die Zeit der Helvetik hinaus in Kraft gebliebene « Municipale oder Stadtrecht der löbl. Stadt Luzern » berufen. Doch dürfen jene neueren Gesetzesbestimmungen gleichwohl beigezogen werden, da das Bundesgericht bei Beurteilung der Verjährungseinrede in der Rechtsanwendung auf den gegebenen Tatbestand nach allgemeinem Prozessgrundsatz, dem die positive Vorschrift in Art. 3 Bundes-ZPO vom 22. November 1850 (wonach « ausländische, kantonale und örtliche Rechtsgrundsätze » von der Partei, welche sich darauf stützen will, angeführt und im Bestreitungsfall bewiesen werden sollen) wenigstens mit Bezug auf gerichtsnotorisches kantonales Recht wohl nicht zwingend entgegensteht, an die Rechtserörterungen der Parteien nicht gebunden ist. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob das streitige Recht schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch Verjährung erloschen ist oder aber, wie die Klägerin einwendet, die niemals zur Durchführung gelangte Gesetzgebung der Helvetik überdauert hat. Denn es genügt die unbestrittene Tatsache, dass es jedenfalls in den 1870er Jahren, als die moderne Fischereigesetzgebung ihren Anfang nahm, völlig in Vergessenheit geraten war und in der Folge so lange nicht mehr zur Geltung gebracht worden ist, bis es, wie festgestellt, nach der Rechtsordnung dieser neueren Zeit der Verjährung anheimgefallen war. Diese Feststellung führt ohne weiteres zur Abweisung der Klage.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

## VI. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

#### 101. *Entscheid des Gesamtgerichts vom 16. November 1915* i. S. *Siegenthaler gegen Stofer.*

Zulässigkeit der zivilrechtlichen Beschwerde gegen *Administrativentscheide*, insbesondere in Angelegenheiten der *freiwilligen Gerichtsbarkeit*, sofern es sich in der Hauptsache um eine Frage des Zivilrechts handelt.

A. — Am 17. Februar 1915 hat der Gemeinderat von Littau in Anwendung des Art. 694 ZGB, sowie der §§ 8 und 91 des luz. Einführungsgesetzes, dem Rekursbeklagten ein « Notweg- und Fahrrecht über das vom Staate erworbene Reussgebiet . . . durch die Liegenschaft Hafnerai-Krummfluh des Gottfr. Siegenthaler auf der schon bestehenden Strasse » bewilligt.

Ein von Siegenthaler gegen diesen Entscheid ergriffener Rekurs wurde vom Regierungsrat des Kantons Luzern als « Rekursinstanz in allen Verwaltungsstreitigkeiten » am 15. Mai 1915 in der Hauptsache abgewiesen.

B. — Gegen den Entscheid des Regierungsrates hat Siegenthaler die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen, weil der Regierungsrat die präjudizielle Frage, ob der Rekursbeklagte im Sinne des Art.