

110. **Urteil vom 21. Dezember 1905**
in Sachen **Einwohnergemeinde Unterägeri, Kl.**, gegen
Kanton Zug, Bekl.

Klage einer Korporation (Gemeinde) auf Anerkennung von Privateigentum an einem See (dem Aegerisee), eventuell eines privaten Fischereirechtes. Civilrechtliche Streitigkeit. Kompetenz des Bundesgerichtes, Art. 48 Ziff. 4 OG. Einrede der mehrere Streitgenossen. Art. 8 BCP. — Herleitung des Eigentums der Korporation Aegeri am Aegerisee aus dem Rechtsverhältnisse der Markgenossenschaft von Aegeri über den See (Allmend). Moderne Grundsätze über das Eigentum an Seen; PGB von Zug, §§ 164, 174, 160 Abs. 2: demnach ist der Aegerisee ein öffentliches Gewässer. — Privates Fischereirecht an öffentlichem Gewässer. Zuger PGB §§ 164, 167. — Uebergang der Fischereieigenschaft von der Korporationsgemeinde auf die Einwohnergemeinde.

A. Die Rechtsbegehren, welche die Klägerin in ihrer Klageschrift vom 1. Oktober 1902 und der Beklagte in seiner Antwortschrift vom 6. Februar 1903 gestellt haben, lauten:

I. Rechtsbegehren der Klägerin:

1. Beklagtschaft sei pflichtig anzuerkennen, daß der Einwohnergemeinde Unterägeri zugleich mit der Einwohnergemeinde Oberägeri das Eigentumsrecht am Agerisee und demnach auch das Fischereirecht in demselben, soweit nicht andere Privatfischengen zu Recht bestehen, zukomme und daß beide Gemeinden „den See miteinander haben, nutzen und nießen sollen“.

2. Eventuell sei Beklagtschaft pflichtig anzuerkennen, daß der Einwohnergemeinde Unterägeri mit der Einwohnergemeinde Oberägeri das Fischereirecht im ganzen Agerisee —

3. eventuellst soweit die ursprünglichen Korporationsgüter an den See angrenzten — als Privatrecht zustehe, soweit nicht andere Privatfischereien zu Recht bestehen.

II. Rechtsbegehren der Beklagten:

1. Der Agerisee sei als öffentliches Gewässer im Sinne des § 164 des zug. Privat-Rechts anzuerkennen, und dementsprechend das Recht der Fischerei in demselben gemäß § 1 der Vollziehungsverordnung zum BG betr. die Fischerei vom 28. Oktober 1891

als dem Staate zukommend zu erklären, soweit nicht wohlervorbene private Fischerei-Berechtigungen zu Recht bestehen.

2. Der Anspruch der Einwohnergemeinde Unterägeri auf das ihr mit der Gemeinde Oberägeri zustehende private Fischereirecht im ganzen See sowohl, als auch soweit die ursprünglichen Korporationsgüter an den See angrenzten, sei abzuweisen.

Die Klägerin hat zur Erläuterung ihres ersten Begehrens an der Spitze der Klage folgende Erklärung abgegeben:

„Die Einwohnergemeinde Unterägeri erklärt den Agerisee — „obwohl sie denselben neben der Gemeinde Oberägeri als Privateigentum beansprucht — nach Maßgabe von Verordnungen, für deren Erlaß sie sorgen wird, und soweit die Bedürfnisse es erfordern, der allgemeinen Benutzung preiszugeben, bestreitet aber, daß dem Kanton Zug betreffend dieses Sees weitergehende Hoheitsrechte zustehen, als bezüglich anderm Privateigentum.“

B. Der Kantonsrat Zug erließ am 28. Oktober 1891 in Gesetzesform kantonale Vollziehungsbestimmungen zum BG betr. die Fischerei vom 21. Dezember 1888, deren § 1 lautet: „Das Recht der Fischerei in den öffentlichen Gewässern steht — wohlervorbene Privatrechte vorbehalten — dem Staate zu. Das Recht zur Ausübung der gewerbmäßigen Fischerei wird durch Pacht oder Lösung eines Patentes erworben. Der Regierungsrat ist ermächtigt, unter Vorbehalt der Zustimmung des Kantonsrates Fischereirechte von Gemeinden, Korporationen und Privaten entweder auf gültlichem oder auf dem Expropriationswege zu erwerben.“ Als gestützt hierauf der Regierungsrat im Amtsblatt eine Bekanntmachung erließ, wonach für Ausübung des Fischfanges im Agerisee Patente gelöst werden sollten, erhoben der Einwohnerrat von Oberägeri am 31. Oktober 1892 und sodann auch der Einwohnerrat von Unterägeri am 2. November 1892 Einsprache unter Wahrung ihres wohlervorbenen Eigentumsrechtes bezüglich der Fischerei im Agerisee. In einer gemeinsamen Zuschrift an den Regierungsrat vom 27. September 1894 wahrten die Einwohnerräte beider Gemeinden nochmals deren Rechte, wobei sie betonten, daß der Agerisee noch unverteiltes Gut beider Gemeinden sei. Der Regierungsrat gab diesen Einsprachen und einem weitem Protest vom 11. April 1898 keine

Folge. Der Einwohnerrat der Gemeinde Unterägeri reichte hierauf beim Bundesgericht gegen den Kanton Zug die vorliegende Klage mit den aus Fakt. A ersichtlichen Rechtsbegehren ein. Die Gemeinde Oberägeri schloß sich der Klage nicht an, indem der Einwohnerrat sich dahin entschied, die Durchführung des Rechtsstreites der Gemeinde Unterägeri zu überlassen.

C. Zur Begründung der Klage werden folgende — von dem Beklagten nicht bestrittene — Tatsachen angeführt:

Im Jahre 960 vergabte Graf Runo von Lenzburg dem Stifte Einsiedeln ein Gut in Ägeri mit einem ertragreichen Fischereirechte. Demselben Stifte vergabte Graf Amazo von Lenzburg noch ein anderes Fischereirecht im Ägerisee. Das Stift Einsiedeln verband diese Fischereirechte mit den Gütern, welche es im Ägerital besaß und verpachtete (Geschichtsfreund I, S. 110 und 391; XIX, S. 101). Am Sonntag vor St. Laurentztag 1316 versprach Herzog Leopold von Österreich dem Ritter Heinrich von Stein als Ehesteuer seiner Tochter dreißig Mark Silber und setzte hierfür zu Pfand „zu Zuge in dem Ampt achthundert balche vür „acht Stukke geltes, fünfhundert Röteln vür zehen stukke geltes, „und in dem ampt zu Egere vierhundert Noten für zehen „stukke geltes, vierhundert Kettlinge vür vier schillinge geltes und „zwelf Ele vür sechs schillinge geltes....“ (Urkunde im Stadtarchiv Zug.) Im Hofrecht von Ägeri vom Jahre 1407 (Grimms Weisthümer I, S. 159) heißt es, daß „wir (die Talleute) unserm „Herren von Ötterrich nit eigen sien und wir sien vogtlüt wa- „rent, ee wir eidgenossen wurden. Wir sind aber eigen des gch- „huses Zürich sant Felix und Sant Regulen und zu urkund, „daß wir der heiligen eigen sind, so gebent wir jerlich der aptiffin „des goshuses Zürich dreißig rotten und sond wir damit ze „Zürich verzollet han alle die kouf die wir in der stat Zürich „koufent.... Auch hat min her von Ötterrich sin rechtung hie „gehebt; do wir sin vogtlüt warent. Das stund an vier studinen: „an Zinshabern und an Zinspfenningen und an zinsvischenn, an „der stür....“ Die hier erwähnte Abgabe von 30 Röteln an die Fraumünsterabtei in Zürich wurde bis in den Anfang des 19. Jahrhunderts geleistet. Im Jahre 1421 verkaufte Ritter von Grünenberg das dem Ritter von Stein im Jahre 1316 bestellte

Pfandrecht, das durch Erbgang auf ihn übergegangen war, dem Ammann und Rat der Stadt Zug und den Talleuten zu Ägeri und zwar den ersteren das Recht bezüglich des Zugersees und den letztern dasjenige bezüglich des Ägeri-Sees. In der Urkunde (Stadtarchiv Zug) ist gesagt, daß die Käufer die genannte „Gült“ mit aller Zubehör von jetzt an „inhaben, nutzen, besetzen und entsetzen“ sollen; zugleich quittiert der Verkäufer über den Kaufpreis. Aus dem Jahre 1431 ist der sogen. Seebrief der Talleute von Ägeri vorhanden, der Vereinbarungen über die Benutzung des Sees enthält. („Das ist der Seebrief welch die Thallüt von „Ägeri vor Zeiten mit einander off und angenommen haben. „Im Jahr 1431.“) Darin sind die Fische erwähnt, die jährlich den Klöstern Einsiedeln und Fraumünster in Zürich zu leisten sind. Wer zuerst „die Fischgarn zu den Notten zeucht zu Ägeri „in dem See“, der solle die Talleute „trösten“, daß er jene Fische gäbe. Am Schluß heißt es: „Doch haben wir es in allen ob- „geschriebenen Sachen vorbehalten, das wir und unser Nach- „kommen oder der Mehrteil unter uns sölten und mögent die „Egetaschen (wohl: vorher genannte Sachen) enderen, min- „deren oder mehren und unser See besetzen und entsetzen „als uns dan süglich ist.“ Als später Streitigkeiten entstanden zwischen den Leuten der obern Gemeinde und denen zu Wylen (Unterägeri), wurde im Marchbrief des Sods und Bergs von 1575 durch Schiedspruch bestimmt: „daß wann nun fürhin in „künftigen Zeiten einer oder wer von der Obergemeinde Rinder „oder anderes Vieh auf den Sod tun würden, wie sie solches zu „tun Gewalt haben und solches Vieh denen von Wylen auf ihrer „Allmend schaden täten, das dann die von der obern Gemeinde, „wann die von Wylen das begehren werden, ihnen sollen helfen „zäumen, soweit der Sod hinaufgeht und jedwede Gemeinde den „Hag zur Hälfte machen und so viel dann den Holzhau „bedarf daß sy denselben berglychen den See miteinan- „der haben, nutzen und nießen sollen.“ (Urkunde im Archiv zu Oberägeri.) Das Stift Einsiedeln hatte in den Gemeinden Menzingen und Ägeri mehrere Besitzungen, welche es gegen bestimmte Abgaben zu Erblehen übergeben hatte, und es hatte über die „Gotteshausleute“ die Gerichtsbarkeit. Am 13. Januar 1679

verkaufte das Stift Einsiedeln „einer ganzen löblichen Gemeindt „Menzingen undt den gesambten Gotteshausleuten zue Ageri daß „bis anhin also genannte Gotteshausgericht mit allem in dem „Hofrodel begriffnen und geübten Rechten sambt bisherd auf die „Gotshausleut undt in des Gotshauses Urbar beschriebene Güter „in den löbl. Gemeinden Egeri, Menzingen und Baar gehabter „Fall und Ehrschatz-Gerechtigkeit, wie solche das Gotshaus bisher „bessenen und was diesen Rechten anhenig ist, sambt den Fast- „nachtschüenern, der Gotshäuser Geld- Grundt- und Boden-Zinse „allein vorbehalten und ausgenommen.“ zc. Der Kaufpreis betrug 8200 Gulden Zugerwährung, woran die Gemeinde Menzingen 4200 und die „Gotshausleut zu Egeri“ 1600 bar bezahlten und der Rest im November 1679 erlegt wurde. Laut einer Urkunde von 1628 besaß Seckelmeister Meier ein Fischereirecht im Trombach, einem kleinen, in den Agerisee einmündenden Bache, und zwar einen Steinwurf weit; dagegen ist er verpflichtet, die Brücke über den Trombach zu unterhalten. Nach der Urkunde bestand das Fischereirecht von Alters her wegen des Unterhalts der Brücke. Die Klägerin nimmt an, daß sich das Fischereirecht auch auf das Seegebiet bei der Einmündung des Trombachs erstreckt habe und bezeichnet es als unzweifelhaft, daß dieses als Entgelt für den Unterhalt der Brücke bestehende Fischereirecht von der Talgemeinde verliehen worden ist. Am 1. August 1733 wurde zwischen der obern und der untern Gemeinde das Allmendland genannt „Sod“ geteilt und bestimmt, daß der Markbrief von 1575, soweit den „Sod“ betreffend, aufgehoben sei, „was aber gemelter Brief des Sees und Berges in sich begreift, solle er bei seinen Kräften verbleiben“. Aus den Protokollen der Gemeinde Oberägeri ergibt sich, daß schon in den Jahren 1736, 1750 und später wiederholt von der Gemeinde Veranstaltungen getroffen wurden, um die Vorze beim Ausfluß aus dem See etwas abzugraben, zu säubern und Hindernisse des Wasserabflusses zu beseitigen, ferner um die Straße um den See zu verbessern. Weiterhin ist aus den Protokollen ersichtlich, daß die Fischenz in der Vorze und den Bächen jeweilen von der Gemeinde verpachtet wurde. Sodann enthält eine von Josef Itten, Ratschreiber, unterzeichnete Urkunde, benannt „Projekt“, vom 10. Mai 1776,

die Anträge enthält, wie das Vermögen der Talgemeinde geäußert werden könnte, den Vorschlag: „daß auch der Rötelsatz gleich „wie die Vorzen könnte verlehnt werden und item weil solches auch „von alten her geschehen seye; im gleichen auch die Bäch soweit „es sich tun lasse.“ Die Klägerin bemerkt hierzu, daß der Ausdruck „Rötelsatz“ sich nur auf den See beziehen könne, da die Rötel sich nicht in Flüssen oder Bächen aufhalten. Aus den Gemeindeprotokollen von Oberägeri aus den Jahren 1723 bis 1814 ist außerdem ersichtlich, daß den Fremden und Hinterfassen das Fischen gänzlich verboten war. So lautet ein Beschluß der Gemeinde, es dürfe nicht anders gefischt werden als mit der Angel und „Bären und Nezen“, hingegen soll alles Fischen Fremden gänzlich verboten sein. In der Folge wurden von einzelnen Grundbesitzern private Fischereirechte in Anspruch genommen, und es ergaben sich hieraus verschiedene Streitigkeiten. Am 19. September 1813 erschien Fischer Thomas Itten vor dem Gemeinderat Unterägeri und verlangte, daß ihm ein Zeugnis oder eine Bewilligung erteilt werde, „daß er seine Fischenzen könne kanzleitsch versichern lassen“; hierüber wurde erkannt, „daß es eingestellt sei, bis der Gemeinderat von der ganzen Gemeinde beisammen sei.“ Als derselbe Itten am 12. März 1814 sein Begehren erneuerte, wurde erkannt: „daß bis und solange der ganze Gemeinderat von beiden Gemeinden hierüber Beratung gehalten habe, so sei seinem Verlangen nicht entsprochen, insofern aber dargetan werden könne, daß diese Fischenzen von der Gemeinde verkauft worden, oder es erlaube es die ganze Gemeinde Ageri.“ Im Jahre 1825 hatten Moïse Itten Weggers und Peter und Karl Josef Itten Streit wegen Entwendung von Fischnezen. Moïse Itten berief sich auf eine Bescheinigung der Gemeindefanzlei Unterägeri vom 11. März 1820, wonach Karl Peter Senz ihm seine Fischenzen im See vom Neubächli bis an Josef Letters Niedmatten verkauft habe. Der Streit kam am 24. November 1825 vor dem Kantonsrate von Zug zur Verhandlung, und es wurden laut dessen Protokoll die Gemeinderäte von Ober- und Unterägeri eingeladen, mit den Ansprechern der Fischenzen auszumachen, wie weit oder bis wo Neze im See gesetzt werden dürfen. Gestützt hierauf wurde am 23. Oktober 1826 zwischen den Gemeinderäten von

Ober- und Unterägeri mit Genehmigungsvorbehalt und dem Fischer Jten ein Übereinkommen betreffend die Grenzen seiner Fischerei getroffen. Dieses Übereinkommen wurde von der Gemeinde Oberägeri angenommen, von der Gemeinde Unterägeri aber am 5. Dezember 1826 abgelehnt. In der Kantonsratsitzung vom 2. Mai 1827 kam die Sache neuerdings zur Verhandlung und es beschloß der Kantonsrat laut Protokoll einmütig: „Da dieser nun zwischen Alois Jten als Inhaber eines Fischereirechtes und der löbl. Gemeinde Unterägeri waltende Streit, wie nahe ersterer die Fischneze an die Vorzenmündung hinführen dürfe, — weil das Recht zu fischen nicht, wohl aber die Ausdehnung desselben widersprochen, — ein Marchstreit sei, also es sich um „Mein und Dein“ handle, sei der betreffende Streit an das Kantonsgericht gewiesen.“ Seit einigen Jahren beanspruchte Fischer Merz im Eierhals, Oberägeri, ein ausgebreitetes Fischereirecht im Agerisee, wovon er einen Teil im Jahre 1855 von Christian Müller zu Raas, Oberägeri, gekauft hatte, welcher Vertrag vom Gemeinderat von Oberägeri ratifiziert worden war. Im Jahre 1856 wurde ein Prozeß geführt zwischen der Gemeinde Unterägeri und einzelnen Bürgern von Oberägeri, als Kläger, und Fischer Merz, als Beklagten, über die Frage, ob der letztere pflichtig sei, gegenüber den Klägern das Recht des Fischschießens auf dem ganzen Umfange der Fischereigerechtigkeit anzuerkennen. Die Aktivlegitimation der Gemeinde Unterägeri bezüglich dieser Klage wurde nicht bestritten, die Klage jedoch mangels genügenden Beweises für das beanspruchte Recht abgewiesen. Der gleiche Fischer Merz ließ am 8. September 1861 alles Fischen in seiner Fischerei mit einziger Ausnahme des Fischens vom Ufer aus mit fliegender Angel jedermann rechtlich verbieten. Der Gemeinderat von Oberägeri erhob hiegegen Einsprache: „Da seit urdenklicher Zeit jeder Gemeindegänger das Recht habe, im ganzen Umfange des Agerisees nach Belieben auf jede Art von Angel zu fischen und stets die Gemeinde über die Art und Weise des Fischfanges im See und in den Bächen zu beschließen pflegte.“ Am 11. Mai 1862 schloß die Gemeinde Oberägeri mit Fischer Merz einen Vergleich; darnach zahlte er der Gemeinde 1000 Fr., wogegen aber den Bürgern einzig das Recht vorbehalten blieb, in den

Fischereien des Merz am Angel, sei es vom Ufer aus, oder auf dem See zu fischen.“ Die Klägerin hebt hervor, daß die Gemeinde Oberägeri in diesen Streitigkeiten mit ihrem Bürger Merz eigenmächtig gehandelt habe, statt sich, wie das früher geschehen sei, mit der Gemeinde Unterägeri in Verbindung zu setzen.

Am 18. März 1888 beschloß die Korporationsgemeinde Unterägeri: „Es sei das Seegebiet mit Inbegriff aller damit verbundenen Fischereirechtsamen, unter Wahrung aller der Korporation noch als Seeanstößerin gehörenden und zukommenden Rechtsamen, in Ruhen und Beschwerden der Einwohnergemeinde Unterägeri zu überlassen.“

Aus den angeführten Tatsachen zieht die Klägerin den Schluß, daß der Agerisee trotz seines bedeutenden Flächeninhalts von zirka sieben Quadratkilometer kein öffentliches Gewässer im Sinne des § 164 des zug. PGW, sondern Privateigentum der Talgemeinden sei, indem er von jeher als Bestandteil des Korporationsgutes des Tales Ageri betrachtet worden und von der Korporation auf die Einwohnergemeinde Ober- und Unterägeri übergegangen sei. Aus dem Privateigentum der beiden Gemeinden am See soll sich ohne weiteres ergeben, daß ihnen auch das Fischereirecht daran, soweit nicht andere wohlerrorbene Fischereirechte nachweisbar sind, zustehe. Eventuell wird das Fischereirecht im ganzen See als selbständiges wohlerrorbenes Privatecht der Gemeinden in Anspruch genommen, indem aus den angerufenen Tatsachen sich ergebe, daß die beiden Talgemeinden Fischereirechte zu Privateigentum erworben oder solche seit unvordenklichen Zeiten wie Genossengut behandelt und benutzt haben. Ganz eventuell wird ein privates Fischereirecht geltend gemacht, soweit das Grundeigentum der beiden Gemeinden vor der Teilung an den See fließ, nämlich vom „Nafeggen“ bis zum Ausfluß der Lorze. Im einzelnen ist die Argumentation der Klage, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

D. Der Kanton Zug als Beklagter hat sich auf folgende wiederum nicht streitige Tatsachen berufen:

Am 17. Januar 1862 haben die Präsidenten der Gemeinden Ober- und Unterägeri folgende (auf der Gemeindefanzlei Oberägeri liegende) Erklärung unterzeichnet: „Unterzeichnete Behörden

„urkunden hiemit, daß laut älteren und neuen Protokollen und „Beschlüssen die ganze Gemeinde Ägeri resp. beide Gemeinden „Ober- und Unterägeri die Artikel betreffend das Fischen im „See und den Bächen festsetzten und behandelten, und daß bis „jetzt noch nie eine Teilung über den See stattgehabt, vielmehr „derselbe als ein gemeinsames politisches Gut mit dem Hoheits- „recht beider Gemeinden anerkannt worden ist.“ Eine Zuschrift des Einwohnerrates von Unterägeri an den Regierungsrat von Zug vom 28. Januar 1892, worin diese Behörde gegenüber den vom Regierungsrat bewilligten Landanlagen am Ägerisee das alt geübte Begehungsrecht um den See wahren will, enthält den Passus: „daß auf dieser Strecke der freie Verkehr mit dem See „wohl für jedermann da und hergestellt sei, als naturgemäße „Verbindung der öffentlichen Verkehrsstraße als Anstößerin eines „öffentlichen Gewässers“. Im März 1882 erließ der Regierungs- rat eine Bekanntmachung betreffend Bewilligung für Landanlagen an öffentlichen Gewässern, welche u. a. bestimmt, daß in Aus- übung des dem Staate zukommenden Oberaufsichtsrechts über sämt- liche öffentliche Gewässer im Kanton die nach § 160 des Sachen- rechts vorgesehene behördliche Bewilligung für Erwerbung von Eigentum an neuen Landanlagen im vormaligen See- und Fluß- gebiet vom Regierungsrat erteilt wird. Durch Reglement vom 14. August 1879 regulierte der Regierungsrat des Kantons Zug den Wasserstand des Zuger- und des Ägerisees. § 7 dieses Reglementes lautet: „Im Ägeri-See ist ein Pegel zu erstellen „und amtlich zu kontrollieren, damit auch dort die Wasserabfluß- „verhältnisse auf dem Verordnungswege geregelt werden können.“

Die Ausführungen des Beklagten, die im einzelnen, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich sind, gehen dahin, daß der Nachweis eines privaten Eigentumsrechts am See seitens der Gemeinden Ägeri durch die von der Klägerin angeführten Tatsachen nicht erbracht sei, und daß deshalb der See als das zu erklären sei, was er seiner Größe und Bedeutung nach sei: ein öffentliches Gewässer, in welchem, gemäß § 1 der kant. Vollz.-Bestimmungen zum BG betr. Fischerei, das Fischereirecht, wohlerworbene Privatrechte vorbehalten, dem Staate zustehen. Auch ein bestimmtes, der Einwohnergemeinde Unterägeri im Ägeri-

see zustehende Privatrecht auf Fischerei sei nicht dargetan, weder in Bezug auf den ganzen See pro partibus indivisis mit Ober- ägeri, noch in der Ausdehnung des ehemaligen Korporations- landes. Die Fischerei sei nicht von den Gemeinden betrieben worden, sondern es sei der Fischfang, unter Aufsicht und Ver- ordnungsgewalt der Gemeinden als Träger öffentlicher Gewalt, der allgemeinen, beliebigen Ausübung freigegeben gewesen.

E. Aus der Gesetzgebung des Kantons Zug ist außer den be- reits zitierten Bestimmungen noch folgendes hervorzuheben:

Das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zug, III. Buch, Sachenrecht, vom 22. Dezember 1873, bestimmt:

§ 160: „Die durch Anspülung oder Zurücktreten öffentlicher Ge- „wässer erfolgte Erweiterung des Ufers wächst, mit Vorbehalt wasser- „polizeilicher Bestimmungen, dem anstößenden Grundeigentum zu. „Das Erwerben von Eigentum an neuen Landanlagen im vor- „maligen See- und Flußgebiet mittelst Ausfüllung setzt die be- „hördliche Bewilligung hiezu voraus.“

Unter dem Titel der gesetzlichen Beschränkungen des Grund- eigentums. a) Mit Rücksicht auf das öffentliche Bedürfnis. II. Gemeine Benutzung:

§ 164: „Nicht erweislich dem Privateigentum anheimgefallene „Gewässer (Flüsse, Seen, Bäche), Straßen, Brücken, Plätze u. s. f. „können, als zu öffentlichem Gebrauche bestimmte Sachen, mit „Vorbehalt polizeilicher Verordnungen, von jedermann frei benutzt „werden. So lange sie ihre Bestimmung, dem öffentlichen Ge- „brauche zu dienen, nicht verlieren, können besondere Privatbe- „rechtigungen an denselben gegenüber dem Staat, bezw. den Ge- „meinden nur durch ausdrückliche (unentgeltliche oder entgeltliche) „Konzessionen derselben, nicht aber durch Zueignung oder Ersetzung „erworben werden.“

§ 167: „Wer an einem öffentlichen Gewässer eine Privat- „berechtigung erworben hat, ist verpflichtet, dieselbe nur soweit „auszudehnen, als es seine Konzession unzweifelhaft zuläßt, resp. „sein Bedürfnis notwendig erheischt, und sie mit möglichst geringer „Beschränkung des öffentlichen Gebrauchs auszuüben, wogegen „auch die Gemeinde nicht durch neue Konzessionserteilungen seine „wohlerworbene Privatberechtigung verkümmern darf.“

Das Wasserpolizeigesetz vom 21. Juni 1883, erlassen in Vollziehung des Bundesgesetzes betr. die Wasserbau-Polizei im Hochgebirge vom 22. Juni 1877, vindexiert in § 1 dem Staate die polizeiliche Aufsicht über die sämtlichen im Kanton befindlichen Gewässer.

Die regierungsrätliche Vollziehungsverordnung vom 17. Dezember 1883 zum Bundesgesetz über die Fischerei vom 18. September 1875 enthält in § 8 die Vorschrift:

„Die Regierung wählt je nach Bedürfnis auf Vorschlag der mitinteressierten Gemeinderäte die nötige Anzahl von Fischereianten und bestimmt ihre Geschäftskreise sowie ihre Amtsdauer.“

F. In der heutigen Hauptverhandlung vor Bundesgericht haben die Parteivertreter die gestellten Rechtsbegehren wiederholt und neuerdings begründet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der Klage folgt aus Art. 48 Ziff. 4 OG. Parteien sind eine Korporation und ein Kanton. Die Streitigkeit ist zivilrechtlicher Natur, indem die Klage auf Anerkennung von Eigentum, eventuell eines privaten Fischereirechtes geht, und der Wert des Streitgegenstandes, des Anteils der Klägerin am Agerisee, eventuell am Fischereirecht auf diesem übersteigt augenscheinlich und unbestrittenmaßen 3000 Fr. Was die Gegenrechtsbegehren des Kantons Zug anbetrifft, die auf Anerkennung des Agerisees als eines öffentlichen Gewässers und des staatlichen Fischereiregals daran zielen, so bedarf die Kompetenzfrage keiner Erörterung, weil diese Begehren offenbar nicht die Bedeutung einer eigentlichen und selbständigen Widerklage haben, sondern sich lediglich als Negation der Klage darstellen. Dem Anspruch der Klägerin auf das Privateigentum am See und die privaten Fischereirechtigkeiten daran hält der Staat den öffentlichen Charakter des Sees und sein Fischereiregal entgegen, ohne hierüber einen selbständigen Entscheid, ganz abgesehen vom Schicksal der Klage, verlangen zu wollen. Die Gegenrechtsbegehren sind daher auch nicht in einem besondern Dispositiv, sondern in den Urteilsbegründungen zu erledigen.

Der Umstand, daß die eingeklagten Rechte der Klägerin nicht allein, sondern gemeinsam mit der am Prozesse nicht beteiligten Gemeinde Oberägeri zustehen würden, bildet kein Hindernis für die Behandlung der Klage. Einmal ist eine materiellrechtliche kantonale Bestimmung, wonach ein derartiges gesondertes gerichtliches Auftreten eines Miteigentümers oder ähnlichen Mitberechtigten ausgeschlossen wäre, nicht vorhanden; vielmehr ist nach § 150 des PGV von Zug jeder Miteigentümer befugt, über sein Teilrecht frei zu verfügen, dasselbe zu veräußern u. s. w., und sodann ist das gleichzeitige Auftreten aller Mitberechtigten als Kläger nach eidgen. Zivilprozeßrecht keine von Antes wegen zu prüfende Prozeßvoraussetzung. Die in Art. 8 BGV vorgesehene Einrede mehrerer Streitgenossen, die übrigens den Beklagten nicht von der Einlassung befreit, sondern nur bewirkt, daß der Richter den Streitgegenstand teilt, oder einen den Beklagten sichernden Vorbehalt dem Urteil beifügt, oder endlich die Klage einstweilen abweist, ist vom Kanton Zug nicht erhoben worden.

2. Die Talente von Ageri, d. h. die Angehörigen der beiden heutigen Gemeinden Ober- und Unter-Ageri, bildeten unstreitig in früherer Zeit eine einheitliche Markgenossenschaft, die ursprünglich wohl grundherrlichen Charakter gehabt haben muß, der es aber im Laufe der Zeit gelungen war, die grundherrlichen und auch die vogteiherrlichen Lasten abzuschütteln und zu einer freien Markgenossenschaft zu werden. Die Einkünfte von 400 „Koten“, 400 „Kettlingen“ und 12 „Elen“ aus dem „ampt zu Egere“, die Herzog Leopold von Österreich im Jahre 1316 dem Ritter Heinrich von Stein u. a. verpfändete und die Ritter von Grünenberg im Jahre 1421 den Talenten von Ageri verkaufte, sind zweifellos eine dem Hause Österreich als den Vogteiherrn geschuldete Abgabe, die in der genannten Weise abgelöst wurde. Sonstige Vogtlasten an Österreich mögen dahingefallen sein, als die vier den Staat Zug bildenden Gemeinden — die Stadt, Ageri, Mengingen, und Baar — im Jahre 1415 infolge der auf Herzog Friedrich von Österreich gelegten Reichsacht durch Kaiser Sigismund von allen Pflichten gegen dieses Haus losgesprochen wurden (s. Renaud, Staats- und Rechtsgeschichte von Zug, S. 13); das Hofrecht zu Ageri, das wohl aus dem Anfang

des 15. Jahrhunderts stammt, erwähnt in dem in der Klage angeführten Passus die österreichische Vogtei und die Vogteilaften bereits als eine der Vergangenheit angehörige Sache. Grundherren im Tale von Ageri scheinen die Klöster von Einsiedeln und zum Fraumünster in Zürich gewesen zu sein, so daß die Talbewohner als Gotteshausleute sich dem Stande der Freien schon frühe genähert haben mögen (s. Quellen zur Schweizer Geschichte, XV, 2, S. 594). Die Grundherrschaft des Klosters Einsiedeln wurde jedenfalls spätestens dadurch beseitigt, daß die „Gotteshausleute zu Ageri“ durch den in der Klage erwähnten Vertrag vom Jahre 1679 dem Kloster alle Rechte, die es zu Ageri besaß, um den Preis von 1600 Gulden Zugerwahrung abkauften, und die ursprünglich grundherrliche, aber ganz unbedeutende Abgabe von 30 Röteln an das Fraumünster in Zürich wurde zwar bis in den Anfang des 19. Jahrhunderts geleistet, hatte aber zweifellos schon lange den Charakter einer dinglichen Last angenommen.

3. Das Gebiet der Markgenossenschaft Ageri umfaßt das gesamte Agerital (s. Rüttimann, Die zugerischen Allmendcorporationen, S. 98) und umschloß daher den Agerisee in seiner ganzen Ausdehnung. Schon diese Tatsache begründet trotz der Größe des Gewässers eine gewisse Vermutung dafür, daß der See Bestandteil der gemeinen Mark war, als Allmende betrachtet und benutzt wurde. Denn im allgemeinen waren die innerhalb der Gemarkung liegenden Gewässer, soweit die Art ihrer Nutzung nicht entgegenstand, wie die Wälder und Weiden, Gemeingut der Genossen und gleich diesen Allmend. (S. F. v. Wyß, Zeitschrift f. Schweiz. Recht, I, S. 26; Gierke, Deutsches Privatrecht, I, S. 579; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, I, S. 365 und II, S. 31; Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-rc. Verfassung, S. 91.) War aber der Agerisee gemäß dieser Vermutung als geschlossenes Gewässer innerhalb der Mark Teil der Allmende, so befand er sich, mag man in der Markgenossenschaft als solcher (mit Heusler, a. a. O., S. 262 ff.) ein rein privatrechtliches oder (mit Gierke, a. a. O., S. 577) ein gemischtes Gebilde, bei dem privates und öffentliches Recht untrennbar verwoben sind, erblicken, wie anderes Korporationsgut zweifellos im Privateigentum, und zwar, je nach der rechtlichen Konstruktion

des Verhältnisses, der Markgemeinde als juristischer Person oder der Genossen in ihrer Gesamtheit. An der privatrechtlichen Natur der Verhältnisse würde auch dadurch nichts geändert, daß die Gemeinde Ageri in erheblichem Maße Träger öffentlich-rechtlicher Beziehungen war und sogar staatsrechtliche Funktionen ausübte, indem sie als selbständiges Glied des Standes Zug (bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts) an der Landesregierung teilnahm (s. Renaud, a. a. O., S. 13 ff.). Daß nun jene auf das Wesen und die Ausgestaltung der Markgenossenschaft im allgemeinen in Verbindung mit den besondern örtlichen Verhältnissen sich gründende Vermutung den wirklichen Tatsachen entspricht, ist dem von der Klägerin beigebrachten Beweismaterial mit hinlänglicher Deutlichkeit zu entnehmen.

4. Zunächst kann freilich in diesem Sinn nicht verwertet werden, daß die Talleute von Ageri an Österreich als Vogteilaft u. a. eine jährliche Naturalabgabe in Fischen und an das Kloster zu Einsiedeln und die Abtei zu Fraumünster in Zürich ähnliche Abgaben grundherrlichen Ursprungs zu leisten hatten. Daraus erhellt nur, daß die Talleute tatsächlich im See fischten, nicht aber, ob sie dies in Betätigung einer genossenschaftlichen Nutzung oder in bloßer Ausübung des Gemeingebrauchs an einem freien öffentlichen Gewässer taten. Wichtig für die Rechtsverhältnisse am Agerisee ist dann aber vor allem der in der Klage angerufene sogenannte Seebrief vom Jahre 1431, der Bestimmungen über den Fischfang und die an Einsiedeln und Zürich geschuldeten Fische enthält und worin sich die Talleute zum Schlusse vorbehalten, diese Bestimmungen zu „enderen, minderen oder mehrer“ und aussprechen, daß sie und ihre Nachkommen „unser See besetzen und entsetzen, als uns das süglich ist.“ Diese Erklärung der Talleute kann kaum, wie der Kanton Zug meint, im Sinne einer politischen Herrschaft der Gemeinde über den See verstanden werden, sondern sie ist offenbar nichts anderes als der Ausdruck der Verfügungsgewalt der Markgenossen über den See als eines Teils der der genossenschaftlichen Nutzung unterliegenden Allmend. Es ist gewiß nicht anzunehmen, daß die Talleute mit der kräftigen Formel „besetzen und entsetzen“, die in diesem Zusammenhang „frei verfügen“ bedeuten muß, bloß eine öffentlich-rechtliche und nicht die

viel intensivere privatrechtliche Herrschaft über den See als Allmend hätten konstatieren wollen. Der fragliche Passus des „Seebriefes“ kann also unbedenklich als Ausfluß markgenossenschaftlicher, d. h. privatrechtlicher Herrschaft angesehen werden. Und wenn nun auch im Jahre 1431 Ageri noch grundherrliche Mark von Einsiedeln und der Abtei Fraumünster in Zürich gewesen sein und der „Seebrief“ sich insofern als eine Art hofrechtlichen Weistums darstellen sollte, so ist die Urkunde hier doch deshalb von großer Wichtigkeit, weil sie zeigt, daß der See damals als hofrechtliches Eigen der Gemeinde galt, woraus dann mit dem Wegfall der Grundherrschaft freies, landrechtliches Eigen der Markgemeinde werden mußte.

Ein weiteres wesentliches Zeugnis dafür, daß der Agerisee Bestandteil der gemeinen Mark war und damit im Privateigentum der Markgemeinde (oder der Markgenossen) stand, findet sich in dem „Marchbrief des Sods und Bergs“ vom Jahre 1575, der einen Schiedspruch zwischen „der oberen Gemeinde und denen zu Wylen“ (Unterägeri) verurkundet und demnach aus einer Zeit stammt, da die beiden Gemeinden Ober- und Unterägeri sich aus der ursprünglich einheitlichen Markgenossenschaft auszuschneiden begannen. Aus diesem Marchbrief ergibt sich, daß das Weideland teilweise unter die Gemeinden bereits geteilt war; dagegen wurde bestimmt, daß der „Berg“ (Walb) und der See gemeinschaftliches Eigentum beider Gemeinden bleiben sollten („daß sy denselben derglychen den See miteinander haben, nutzen und nießen sollen“). In der Urkunde vom Jahre 1733 betreffend die Teilung der Weide genannt Sob unter die Gemeinden, wurde sodann neuerdings bekräftigt, daß Berg und See gemeinschaftliches Eigentum beider Gemeinden seien und bleiben sollen („was aber gemelter Brief [der Marchbrief von 1574] des Sees und Berges in sich begreift, solle er bei seinen Kräften verbleiben“). Die Gleichstellung des Sees mit dem Berg, der doch ganz zweifellos Allmend war, sowie der Ausdruck „miteinander haben, nutzen und nießen“, schließen auch hier die Annahme eines bloßen Hoheitsrechtes der Gemeinden am See aus und können wiederum nur als Ausdruck der privatrechtlichen Herrschaft der Gemeinden an der gemeinsamen Mark aufgefaßt werden, und die Deutung des

Kantons Zug, daß der See nicht geteilt worden sei, weil er nicht im Privateigentum der Gemeinden, sondern unter deren Hoheit gestanden habe und weil dieses Hoheitsrecht nicht teilbar sei, widerspricht durchaus der geschichtlichen Entwicklung, wie sie aus den besprochenen Urkunden, sowie aus dem Wesen der Markgemeinde ersichtlich ist, und nach welcher man es mit privatrechtlicher Herrschaft ursprünglich der einheitlichen Markgenossenschaft und nachher der beiden ausgeschiedenen Gemeinden zu tun hat. Gegenüber dieser geschichtlichen Entwicklung kann für die (frühere) Eigenschaft des Agerisees als eines öffentlichen Gewässers auch nicht der Name Aqua regia für Ageri, der sich in alten lateinischen Urkunden findet (s. Stadlin, Topographie des Kantons Zug, III, S. 5) ins Feld geführt werden; der Name deutet höchstens daraufhin, daß die Gegend einmal Königsgut gewesen ist, was selbstverständlich nicht ausschließt, daß der See im Laufe der Entwicklung erst hoheitsrechtliches und dann landrechtliches Eigentum der Markgemeinde wurde.

5. Die hauptsächlichste Nutzung des Sees war die Fischerei und diese mußte, wenn der See Allmend war, den Markgenossen als eine aus dem Eigentum fließende Nutzungsbefugnis zustehen. In der Tat ergibt sich aus den von der Klägerin beigebrachten Gemeindeprotokollen und sonstigen Materialien, daß die Gemeinde bzw. die Gemeinden in einer der Regelung der Allmendnutzung entsprechenden Weise über die Fischerei verfügt haben. Zwar ist in dieser Beziehung kein besonderes Gewicht auf die „Projekt“ betitelte Urkunde vom 10. Mai 1775 zu legen — die zur Verbesserung der Finanzverhältnisse u. a. den Vorschlag enthält, daß auch der „Rötelsatz“ gleichwie die Vorzen könnte verlehnt werden, — weil die Urkunde zwar in Ageri ausgestellt ist, aber die Vorschläge sehr wohl den ganzen Stand Zug betreffen können, so daß nicht sicher ist, ob der „Rötelsatz“ sich auf den Ageri- oder den Zugersee, oder vielleicht auf beide bezieht. Wohl aber steht fest, daß durch eine Reihe von Verfügungen der Gemeinden, die vom Anfang des 18. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts gehen, den Fremden und Hinterfassen verboten wurde, im See zu fischen. Hierin sind nicht sowohl mit dem Kanton Zug Aufsehrungen der Gewalt der Gemeinden über ein öffentliches Gewässer,

sondern ist vielmehr mit der Klägerin eine Verfügung der Genossen über die Benützung der Allmend zu erblicken; denn es entspricht dem Recht der Markgenossenschaft, daß die Teilnahme an der Nutzung der Allmend auf die Genossen beschränkt ist und daß der außerhalb der Genossenschaft stehende Fremde, der ursprünglich überhaupt rechtlos war, an der gemeinen Mark und deren Nutzung keinen Anteil hat, wie ja noch nach heutigem Recht der Nichtbürger zum Bürgernutzen nicht zugelassen ist. Jene Verfügungen über den Ausschluß der Fremden erklären sich also zwanglos aus dem privatrechtlichen Verhältnisse der Gemeinden zum See als einer gemeinschaftlichen Allmend und bestätigen eine solche Auffassung, während umgekehrt, wenn der See ein öffentliches Gewässer gewesen wäre, der Fischfang normalerweise jedermann kraft des Gemeingebrauchs hätte offen stehen müssen und nicht ersichtlich ist, wie die Gemeinden dazu gelangt wären, die Nutzung in Ausübung hoheitlicher Befugnisse auf die Markgenossen zu beschränken. Was sodann das Entstehen privater Fischereiberechtigungen im See, auf die die Gemeindeprotokolle zum Teil Bezug haben, anbetrifft, so läßt sich diese Tatsache im allgemeinen weder für die Auffassung der Klägerin, daß die Gemeinden über die Fischerei als Allmendnutzung verfügten, noch für diejenige des Kantons Zug, daß sie dies lediglich in Betätigung eines Hoheitsrechtes am See taten, verwerten. Solche privaten Fischenzen konnten am Agerisee als öffentlichem, wie als privatem Gewässer durch Verleihung, Erziehung oder sonstwie entstanden sein, und aus ihrer bloßen Existenz kann daher kein Schluß auf die Eigenschaft des Gewässers und auf die Natur der Verfügungsgewalt der Gemeinden über die Fischerei gezogen werden. Durch das Urkundenmaterial sind aber in dieser Hinsicht einige spezielle Momente erstellt, die wiederum dafür sprechen, daß die Markgemeinde über die Fischerei als Allmendnutzung disponiert hat. Einmal ergibt sich aus einem Rekognitionsbrief von 1628, der für eine verloren gegangene Urkunde ausgestellt wurde und von der Klägerin angeführt ist, daß die Markgemeinde, die über die Erhaltung von Weg und Steg in der Mark verfügte, einem Genossen, dem Seckelmeister Meier in der „Leufsezi“ als Gegenleistung für den Unterhalt der Brücke über den

Trombach ein Vorzugsrecht in der gemeinen Marknutzung, nämlich das Recht, im Trombach und an dessen Mündung in den See unter Ausschluß anderer Personen zu fischen, verliehen hat. Ein anderer Vorgang, — das Gesuch des Fischers Jten in den Jahren 1813 und 1814 an den Gemeinderat Unterägeri, es möchte ihm die kanzleische Versicherung seiner Fischenzen bewilligt werden, welches Gesuch an „den ganzen Gemeinderat beider Gemeinden“ gewiesen wurde, es sei denn, Jten weise nach, daß er die fraglichen Fischenzen von der Gemeinde gekauft habe — ist bezeichnend dafür, daß damals noch in Unterägeri das Bewußtsein vorhanden war, nur die ganze Gemeinde Ober- und Unterägeri könne über Rechte am See verfügen und läßt sodann namentlich durch den Ausdruck: Verkauf der Fischenzen die Rechtsauffassung als herrschend erkennen, daß den Gemeinden die Fischerei kraft Privatrecht zustehe. Eine Verfügung über die Fischerei ist ferner in dem Vertrag zwischen der politischen Gemeinde Oberägeri und Peter Josef Merz vom 25. April 1862 zu erblicken, wodurch eine Fischereigerechtigkeit dem Merz nach langen Streitigkeiten anerkannt wurde. Dabei hatte Oberägeri daran erinnert, daß stets die Gemeinde über die Art und Weise des Fischfangs im See und in den Bächen zu beschließen pflegte, und gleichzeitig unter Berufung auf ein seit urdenklicher Zeit bestehendes Recht der Gemeindebürger diesen die Befugnis gewährt, in den Fischenzen des Merz mit der Angel vom Ufer aus oder auf dem See zu fischen. (Es soll hier die Frage unberührt bleiben, ob die Gemeinde Oberägeri befugt war, allein und ohne Mitwirkung von Unterägeri in dieser Weise über die Seenuzung zu disponieren.)

6. War nach den bisherigen Ausführungen der Agerisee Allmend und stand somit im Privateigentum der ursprünglich einheitlichen, später in die beiden Gemeinden Ober- und Unterägeri geschiedenen Markgenossenschaft des Ageritals, so fragt es sich nunmehr, wie sich die Rechtsverhältnisse am See gemäß der allgemeinen modernen Rechtsentwicklung, sowie der positiven Gesetzgebung des Kantons Zug gestaltet haben. Hierbei ist festzustellen, daß der Agerisee gegenwärtig ganz zweifellos nicht mehr ein Privatgewässer der betreffenden Gemeinden, sondern ein öffent-

liches Gewässer ist. Objekte dieser Art, wie Gewässer, Wege, Plätze, Anlagen, die das ältere Recht als Bestandteile der Allmend betrachtet hatte, sind nach heutiger Rechtsauffassung allgemein öffentliche Sachen, und das Recht auf ihren Mitgebrauch ist im allgemeinen und spezielle Nutzungen, wie die Fischerei etwa, vorbehalten, nicht mehr ein genossenschaftliches Nutzungsrecht an der Allmend, sondern fließt aus dem Gemeingebrauch an einer öffentlichen Sache (s. Gierke, a. a. O., II, S. 31 f.). Für den Algerisee muß dies — unter Vorbehalt der noch zu besprechenden Fischereiverhältnisse — umso mehr zutreffen, als er ein Gewässer von sehr erheblicher Größe (zirka 7 Quadratkilometer) ist, worin sicherlich jedermann Wasser schöpfen und an den hierzu bezeichneten Stellen baden, tränken und schwimmen darf und das der freien Schifffahrt unstreitig offen steht und sogar von einem Dampfschiff zur Vermittlung des öffentlichen Verkehrs befahren wird. Daß der See nach seiner Lage, Größe und Bedeutung der allgemeinen Benützung unmöglich verschlossen werden kann, was doch die Konsequenz des klägerischen Anspruchs auf Anerkennung des freien Privateigentums daran wäre, muß auch die Klägerin zugeben, indem sie ausdrücklich erklärt, daß sie den See, obwohl sie ihn gemeinsam mit Oberägeri als Privateigentum beansprucht, doch, soweit die Bedürfnisse es erfordern, der allgemeinen Benützung preisgebe. Darin, daß der Gemeingebrauch am See besteht und unabweisbar ist, zeigt sich schon nach allgemeiner Rechtsauffassung gerade der öffentliche Charakter des Gewässers.

Zum selben Resultat führt auch eine Betrachtung der kantonalen Gesetzgebung. Zwar sind in dieser Beziehung die Gesetze und Verordnungen ohne Bedeutung, welche die Gewässer der Staatsaufsicht unterstellen; denn bei dieser auf der Polizeihöhe des Staates beruhenden Aufsichtsgewalt wird kein Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Gewässern gemacht, und die bloße Tatsache, daß der Kanton Zug in neuerer Zeit wiederholt durch Verfügungen polizeilicher Natur in die Verhältnisse des Algerisees eingegriffen hat — z. B. hinsichtlich der Regulierung des Wasserstandes und des Wasserabflusses u. s. w. —, läßt sich daher für den öffentlichen Charakter des Sees noch nicht verwerten. Dagegen ist nach dem zugerischen Privatr. Gesetzbuch (III. Buch,

Sachenrecht, vom 22. Dezember 1873) der Algerisee ohne Frage als öffentliches Gewässer anzusehen. Dies folgt nicht nur aus einer Anwendung des Gesetzes auf die Verhältnisse des Sees, sondern es darf unbedenklich als Meinung des Gesetzes angesprochen werden, daß speziell der Algerisee zu den öffentlichen Sachen gehöre. § 164 stellt in Übereinstimmung mit allgemeiner Rechtsanschauung für die Bestimmung der öffentlichen Sachen auf deren Zweckgebundenheit für den öffentlichen Gebrauch ab, welches Requisite, wie bereits ausgeführt, vorliegend zutrifft, und er präzisiert den Begriff der öffentlichen Gewässer durch die Bezeichnung Flüsse, Seen, Bäche. Da nun der Kanton Zug nur zwei Seen, den Zuger- und den Algerisee aufweist, so deutet der im Gesetz enthaltene Plural daraufhin, daß beide, also auch der letztere, von vorneherein als öffentliche Gewässer zu betrachten sind. Ferner ist in § 174, der von dem auch bei Seen in Betracht kommenden Wasserabfluß handelt, nur von im Privateigentum stehenden Bächen und Quellen die Rede, woraus zu schließen ist, daß die Flüsse und namentlich die beiden Seen nach der Meinung des Gesetzes öffentliche Gewässer sind. Endlich steht auch fest, daß der Algerisee von den Behörden, und zwar ohne Widerspruch der beiden Gemeinden Algeri, wiederholt als öffentliches Gewässer behandelt worden ist. Nach § 160 Abs. 2 setzt nämlich der Eigentumswerb an neuen Landanlagen, die im vormaligen See- und Flußgebiet mittelst Ausfüllung entstanden sind, die behördliche Bewilligung voraus, und das Gesetz hat hierbei zweifellos öffentliche Gewässer im Auge, wie sich aus dem Zusammenhang mit Abs. 1, der sich mit der Ufererweiterung infolge von Anspülungen oder des Zurücktretens öffentlicher Gewässer befaßt, sowie aus der Erwägung ergibt, daß bei Privatgewässern Ausfüllungen ohne weiteres dem Eigentümer gehören müssen. Solche Bewilligungen zum Erwerb von Landanlagen sind aber, wie der Kanton Zug dargetan hat, beim Algerisee in einer Reihe von Fällen an Uferanstoßer erteilt worden.

7. Mit der Feststellung, daß der Algerisee ein öffentliches Gewässer ist, ist nun aber ein Privateigentumsanspruch im Sinne des ersten klägerischen Rechtsbegehrens, das auf Anerkennung des freien, unbeschränkten Eigentums am See geht, unvereinbar.

Wenn man auch bei öffentlichen Gewässern ein Rechtssubjekt annehmen muß, welches eine der privatrechtlichen Herrschaft über die Sache ähnliche Rechtsbefugnis ausübt (vergl. Bierke, a. a. D., II, S. 49 ff., und O. Mayer, Verwaltungsrecht, II, S. 60 ff.), so ist diese Herrschaftsbefugnis, mag sie auch gewisse privatrechtliche Wirkungen haben (z. B. wenn eine ursprüngliche öffentliche Sache nachträglich in den Verkehr gelangt), doch wesentlich öffentlich-rechtlicher Natur. Es kann hier dahingestellt bleiben, wem im Kanton Zug diese Befugnis zusteht, ob dem Staat oder den Gemeinden. Möglich ist auch, daß sie eine geteilte ist, und es sprechen in der That manche Indizien dafür, daß die historische Entwicklung des Kantons, beeinflusst durch die ursprünglich vorhandene Souveränität der vier Gemeinden, bei einem Zustand der Teilung stehen geblieben ist; kommt doch die Wasserpolizeihochheit dem Staate zu, während den Gemeinden die Erteilung von Konzessionen an öffentlichen Gewässern, soweit § 167 des zugerischen privatrechtlichen Gesetzbuches gilt, zusteht. Diese Frage braucht aber hier nicht gelöst zu werden; denn von dem früheren Privateigentum der Markgenossenschaft, das die Gemeinden am Agerisee hatten, ist mit Ausnahme des Fischereirechtes, das ihnen, wie weiter auszuführen sein wird, auch heute noch zusteht, infolge der Umgestaltung der Natur der früher dem Privateigentum in ihrer Gesamtheit unterstandenen Sache in eine öffentliche Sache kaum etwas übrig geblieben. Der Gemeinde Unterägeri kann also an der praktisch für das Privatrecht wohl bedeutungslosen Frage der Anerkennung eines Privateigentumsrechtes am See nichts gelegen sein, und es kann daher nicht angenommen werden, daß im Begehren auf Anerkennung des freien unbeschwerteten Privateigentums am Agerisee eventuell dasjenige auf Anerkennung eines durch die öffentlich-rechtliche Last des Gemeingebruchs geschmälernten und für die Frage des Fischereirechtes vorliegend gleichgültigen Eigentums inbegriffen sei.

8. Was weiterhin insbesondere die gegenwärtigen Rechtsverhältnisse der Fischerei im Agerisee, um die sich, wie gesagt, der vorliegende Rechtsstreit im Grunde ausschließlich dreht, anbetrifft, so schließt der öffentliche Charakter des Gewässers die Existenz privater Fischereigerechtigungen und somit auch den Bestand des

mit der Klage beanspruchten privaten Fischereirechtes der beiden Gemeinden Ageri im ganzen See auch nach zugerischem Recht nicht aus. Nach dem PGB (§§ 164, 167) sind Privatberechtigungen an öffentlichen Gewässern möglich, auch sind bei Schaffung des kantonalen Fischereiregals durch § 1 des mehrfach erwähnten Erlasses von 1891 wohlworbene Privatrechte ausdrücklich vorbehalten worden und ist in Abs. 2 daselbst die Expropriation von Fischereirechten von Gemeinden zc. vorgesehen, woraus erhellt, daß gerade solche Berechtigungen zu Gunsten von Gemeinden im Kanton bestehen müssen. Die Entwicklung, nach welcher der See aus einer gemeinschaftlichen Allmend, d. h. einem Privatgewässer der beiden Gemeinden im Laufe der Zeit zu einem öffentlichen Gewässer wurde, konnte aber auch nicht bewirken, daß das Fischereirecht am ganzen See, das den Gemeinden ursprünglich als Ausfluß ihres Privateigentums und als dessen hauptsächlichste Befugnis und lediglich beschränkt durch allfällige private Fischenzen Dritter zustand, dahingefallen wäre. Der Gemeingebrauch, die allgemeine Benutzung des Sees, welches Moment für dessen Qualifikation als eines öffentlichen Gewässers bestimmend wurde, brauchte sich ja keineswegs auf den Fischfang zu erstrecken, so daß die Befugnisse der Gemeinden in Bezug auf die Fischerei im ganzen See daneben sehr wohl fortbestehen konnten. In der That wurde denn auch, wie sich aus den Ausführungen in Erwägung 5 ergibt, das Fischereirecht von den Gemeinden bis in die neueste Zeit ausgeübt, indem sie sich mit privaten Ansprechern von beschränkten Berechtigungen auseinandersetzten, über die Fischerei verfügten und dabei namentlich auch die Rechte der Gemeindebürger auf den Fischfang wahrten, ohne daß bis zu dem Vorgehen des Regierungsrates im Jahre 1892, das dann Anlaß zum vorliegenden Prozeß gab, seitens des Staates hiegegen der geringste Einspruch erhoben worden wäre. Übrigens hat der Kanton Zug in der Duplik anerkannt, daß den beiden Gemeinden ein Recht zum Fischfang im Agerisee zusteht, allerdings ohne sich über Natur und Umfang dieses Rechtes auszusprechen. Sieht man darin auch nur eine Anerkennung des im Kanton Zug dem Einzelnen im öffentlichen Gewässer zustehenden Angelfischereirechtes, so ist eben auch darin eine Nachwirkung des aus dem Eigentum

der Markgenossenschaft sich ergebenden Nutzungsrechtes der Gewässer am Gewässer zu erblicken, die sich trotz des im Jahre 1891 eingeführten Fischereiregals des Staates geltend machte. Unerheblich ist sodann für die Frage des gegenwärtigen Fischereirechtes der Gemeinden auch die vom Kanton Zug beigebrachte Erklärung der beiden Gemeindepräsidenten vom 17. Februar 1862, daß laut Protokoll und Beschluß die ganze Gemeinde Ägeri, bezw. beide Gemeinden Ägeri die Artikel betreffend das Fischen im See und in den Bächen festsetzten und daß der See gemeinsames politisches Gut beider Gemeinden sei. Selbst wenn man diese Erklärung dahin verstehen wollte, daß die Rechte der Gemeinden in Bezug auf die Fischerei nicht privatrechtlicher, sondern hoheitlicher Natur seien, welche Ansicht nach den bisherigen Ausführungen der ganzen Entwicklung des Rechtsverhältnisses widersprechen würde, so ist doch klar, daß durch eine solche auf irrthümlicher Rechtsauffassung beruhende Erklärung an den wirklichen Rechten der Gemeinden nichts geändert werden konnte, und zwar schon deshalb nicht, weil die Gemeindepräsidenten zweifellos gar nicht ermächtigt gewesen wären, über wesentliche Rechte der Gemeinden zu verfügen, ganz abgesehen davon, daß die Erklärung festgestelltermaßen lediglich zur Verwertung in einem damals pendenten Prozesse, an welchem der Kanton nicht beteiligt war, ausgestellt wurde.

Nimmt man an, daß der See auch als öffentliches Gewässer Eigentum der Gemeinden geblieben sei, so wäre dieses Fischereirecht am ganzen See nach wie vor als eine aus dem Eigentum fließende Befugnis anzusehen. Sollte dagegen nach zugerischem Rechte der Staat Eigentümer aller öffentlichen Gewässer und somit auch des Ägerisees sein, so wäre jenes Recht zum dinglichen Recht an einer fremden Sache geworden.

Die besprochene Fischereigerechtigkeit gehörte zum Nutzungsgut der Gemeinden und mußte daher, als im Kanton Zug in der Mitte des 19. Jahrhunderts die Auscheidung der ursprünglich allgemeinen Gemeinden in die Einwohner-, Bürger-, Kirch- und Korporationsgemeinde erfolgte, normalerweise der letztern als der Nachfolgerin der alten Nutzungsgemeinde, an die das Allmendgut überging, zufallen (§ 20 d. RW von 1848, Gemeindegesetz von 1865), wobei den Korporationsgemeinden von Ober- und Unter-

ägeri als juristischen Personen (mit öffentlich-rechtlichem Charakter) das Fischereirecht zustand (M. S., Bd. XXI, S. 386 ff.). In Unterägeri ist sodann durch den Beschluß der Korporationsgemeinde vom 18. März 1888 „das Seegebiet mit Inbegriff aller damit verbundenen Fischereigerechtigungen“ der Einwohnergemeinde überlassen und dadurch dieser das Fischereirecht am See (ob auch das Eigentum, kann nach dem in Erwägung 6 gesagten dahingestellt bleiben) abgetreten worden, welche Abtretung von der Einwohnergemeinde offenbar stillschweigend angenommen wurde. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Abtretung — die vom Standpunkte des zugerischen öffentlichen Rechts aus vielleicht nicht unzweifelhaft sein mochte — und gegen die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit des Beschlusses (soweit er, als auf das Fischereirecht sich beziehend, hier in Betracht kommt) ist durch den Kanton Zug keine Einwendung erhoben worden. Auf Seite von Unterägeri ist daher die Einwohnergemeinde, die auch im vorliegenden Prozesse als Klägerin aufgetreten ist, als Trägerin des den beiden Gemeinden des Ägeritals gemeinschaftlich zustehenden Fischereirechtes anzuerkennen. Ob in Oberägeri ein ähnlicher Übergang des Rechts von der Korporationsgemeinde auf die Einwohnergemeinde stattgefunden hat, ist den Akten nicht zu entnehmen.

Durch das im Jahre 1891 neu geschaffene kantonale Fischereiregal ist das Anrecht der Gemeinden auf die Fischerei im Ägerisee nicht berührt worden. Jenes aus dem Privateigentum der Markgemeinde am See als einer Allmend hervorgegangene Recht ist, wie ausgeführt, nach der ganzen geschichtlichen Entwicklung privatrechtlicher Natur. Privatrechte sind aber im Erlaß vom 28. Oktober 1891 dem staatlichen Fischereiregal gegenüber ausdrücklich gewährt.

Was endlich den Umfang des Rechts anlangt, so entspricht es wiederum der historischen Entwicklung und folgt auch aus der Art und Weise seiner Ausübung und ist vom Kanton Zug eventuell auch nicht bestritten, daß es sich räumlich auf den ganzen See erstreckt und inhaltlich jede Art von Fischerei umfaßt, soweit in beiden Beziehungen nicht Fischereigerechtigkeiten Dritter, wie sie auch im zweiten Klagebegehren ausdrücklich vorbehalten sind, entgegenstehen. Für das staatliche Fischereiregal bleibt somit in

Bezug auf den Ägerisee kein Raum. Die Klage ist daher gemäß dem zweiten Klagebegehren gutzuheißen.

Welche gegenseitigen Befugnisse die beiden Gemeinden des Ägerisees hinsichtlich des ihnen gemeinschaftlich zustehenden Fischereirechts haben, ist im vorliegenden Prozesse, wo lediglich der Bestand des Rechtes dem Staate gegenüber in Frage stand, nicht zu bestimmen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Einwohnergemeinde Unterägeri steht das Fischereirecht im ganzen Ägerisee zu. Hierbei sind vorbehalten die Miteigentumsrechte, sei es der Korporations-, sei es der Einwohnergemeinde Oberägeri, sowie allfällige private Fischereigerechtigkeiten Dritter. Im übrigen ist die Klage abgewiesen.

X. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten. — Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers.

111. Urteil vom 1. November 1905

in Sachen **Berner Oberlandbahnen, A.-G., Kl.**, gegen
Eidgenossenschaft, Bekl.

Streitigkeit über die Auslegung einer Eisenbahnkonzession: Begriff des « Reinertrages » als Voraussetzung einer Taxereduktion. Unzuständigkeit des Bundesgerichts, wenn und weil über die Taxereduktion konzessionsgemäss die Bundesversammlung zu entscheiden hat. Eisenbahnges. Art. 35; 39 Abs. 2; Art. 48 Ziff. 2 OG.

A. Die Konzession der Berner Oberlandbahnen vom 29. April 1887 enthält in Art. 24 die Bestimmung: „Wenn die Bahnunternehmung drei Jahre nacheinander einen 6 % übersteigenden Reinertrag abwirft, so ist das nach gegenwärtiger Konzession zulässige Maximum der Transporttaxen verhältnismässig herabzusetzen. Kann diesfalls eine Verständigung zwischen dem Bundes-

rate und der Gesellschaft nicht erzielt werden, so entscheidet darüber die Bundesversammlung.“ Dieselbe Vorschrift findet sich in der Konzession für die Schynige Platte-Bahn, die der Berner Oberland-Bahngesellschaft gehört und von ihr betrieben wird. Über die Anwendung dieser Konzessionsbestimmung ergab sich zwischen dem Bundesrat und der Klägerin eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Frage, wie das Wort „Reinertrag“ auszulegen sei. Der Bundesrat wollte darunter den Ertrag des Aktientkapitals verstanden wissen und erachtete, da in den Jahren 1901, 1902 und 1903 von der Klägerin mehr als 6 % Dividende ausgerichtet worden war, die konzessionsmäßige Voraussetzung für die Taxereduktion als ergeben. Die Klägerin dagegen vertrat den Standpunkt, daß mit dem „Reinertrag der Bahnunternehmung“ der Überschuß der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben nach Abzug der Verwendungen in Abschreibungsrechnung und unter Prozenten des Reinertrags das Verhältnis des Einnahmeüberschusses zum konzessionsmäßigen Anlagekapital gemeint sei. Nach den Berechnungen der Klägerin blieb ihr Reinertrag in diesem Sinn bisher unter 6 %.

B. Mit Klage vom 31. März 1905 haben die Berner Oberlandbahnen gegen den schweiz. Bundesrat als Vertreter der Eidgenossenschaft beim Bundesgericht folgende Klagebegehren gestellt:

Das Bundesgericht wolle erkennen:

1. Daß unter dem „Reinertrag der Bahnunternehmung“ in Art. 24 der Konzession der Klägerin vom April 1887 zu verstehen ist der Überschuß ihrer Bahnbetriebseinnahmen über ihre Bahnbetriebsausgaben nach Abzug der Verwendungen in Abschreibungsrechnung, und unter den Prozenten dieses Reinertrages das prozentuale Verhältnis dieses Einnahmeüberschusses zu dem konzessionsmäßigen Anlagekapital.

2. Daß eine Reduktion der Taxen von der Klägerin erst verlangt werden kann, wenn drei Jahre nacheinander ihre Bahnbetriebseinnahmen nach Abzug der Bahnbetriebsausgaben und der für die Erneuerung der Anlage bzw. den Erneuerungsfonds gemachten Verwendung mehr als 6 % ihres konzessionsmäßigen Anlagekapitals abwerfen sollten.

Die Klägerin leitet die Kompetenz des Bundesgerichts zur Ver-