

52. 1. Zur Frage des Umfangs und der Grenzen älterer Fischereirechte.
2. Über das Verhältnis des Fischereiberechtigten zu dem Eigentümer des Gewässers.

VII Zivilsenat. Ur. v. 26. September 1922 i. S. B. u. Gen. (Rl.)  
w. Preuß. Staat (Bekl.). VII 589/21.

I. Landgericht Tilsit. — II. Oberlandesgericht Königsberg.

Durch das rechtskräftig gewordene Urteil des Landgerichts in Tilsit vom 2. Juli 1914 ist zugunsten der Kläger und zugunsten sechs weiterer Besitzer in R. festgestellt, „daß ihnen, soweit ihr Besitz in R. am Ufer des Memel- bzw. Gilgestroms sich erstreckt, das Recht zusteht, im Memel- bzw. Gilgestrom die Fischerei zum häuslichen Gebrauch auf Grund der Erbverschreibung der königlichen Preussischen Litthauischen Kriegs- und Domänenkammer in Gumbinnen vom 31. August 1784, bestätigt in Berlin am 20. November 1785, aus

zueben". Der beklagte Fiskus hat ein Fischereirecht im Memel- und Gilgestrom innerhalb der Grenzen von R. von 1784 bis 1913 nicht ausgeübt. Am 14. Juli 1913 hat er zum ersten Male die fiskalische Fischerei daselbst verpachtet. Hierdurch fühlen sich die Kläger in ihrem Fischereirecht beeinträchtigt. Sie haben die gegenwärtige Klage erhoben und beantragt, 1. den Beklagten zu verurteilen, die Verpachtung der Fischerei innerhalb der Grenzen der den Klägern gehörigen Grundstücke in den diese Grenzen berührenden Gewässern, insbesondere im Memel- und Gilgestrom zu unterlassen, 2. festzustellen, daß den Klägern innerhalb der zu 1 erwähnten Grenzen ausschließlich das Recht der Fischerei zusteht.

Das Landgericht wies die Klage ab. Es erachtet eine Beeinträchtigung des Fischereirechts der Kläger durch die vom Beklagten vorgenommene Verpachtung nicht für erwiesen. Die Kläger legten Berufung ein und beantragten nunmehr in erster Reihe: ihren erstinstanzlichen Anträgen stattzugeben mit der Maßgabe, daß es am Schlusse des Antrags zu 1 heißen soll: in den diese Grenzen berührenden Teilen des Memel- und Gilgestroms; in zweiter Reihe: den in erster Instanz gestellten Anträgen mit der ferneren Maßgabe stattzugeben, daß der Beklagte die Verpachtung der Fischerei so lange zu unterlassen hat, wie dadurch die Ausübung des den Klägern zustehenden Rechts der Fischerei zum häuslichen Gebrauch beeinträchtigt wird, und für diese Zeit festzustellen, daß den Klägern innerhalb der angegebenen Grenzen ausschließlich das Recht der Fischerei im Memel- und Gilgestrom zusteht; in letzter Reihe auszusprechen, daß der Beklagte nur berechtigt ist, die Fischerei in den durch die bisherigen Anträge bezeichneten Gewässern mit der Einschränkung zu verpachten, daß der Pächter nur an drei aufeinander folgenden Tagen in jeder Woche fischen darf.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Kläger zurück. Ihre Revision hatte Erfolg.

#### Gründe:

Bei Entscheidung der Streitfrage, ob den Klägern und den übrigen Berechtigten ein Fischereirecht zusteht, welches ein daneben noch bestehendes Fischereirecht des Beklagten ausschließt, geht das Berufungsgericht nur von den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts aus. Das ist zu eng. Denn einmal sind die Vorschriften des ALR. durch die neuere Gesetzgebung zum Teil überholt, und zweitens galt zur Zeit der Erbvershreibung von 1784/85 das ALR. noch nicht.

Die Memel und ihr Mündungsarm, die Gilge, sind von Natur schiffbare Ströme. Die Fischerei in solchen war unter der Herrschaft des Preussischen Landrechts vom 27. Juli 1721 (Buch III, Tit. J, Art. III, § II), das in den Jahren 1784 und 1785 in Ostpreußen

noch galt, regelmäßig „frei und gemein, also daß sich derselben jedermann mit fischen im Wasser oder an den Ufern . . . unvermehrt wohl gebrauchen mochte“. Wo aber durch Privilegien oder Herkommen etwas anderes eingeführt war, da sollte es dabei sein Bewenden behalten. Mit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Landrechts änderte sich dieser Rechtszustand nicht sofort, denn nach Nr. III des Publikationspatents vom 5. Februar 1794 sollten die Provinzialgesetze und Statuten vor der Hand noch ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit behalten. Wohl aber änderte sich die Rechtslage mit der Einführung der zweiten Hälfte des Ostpreussischen Provinzialrechts durch das Publikationspatent vom 6. März 1802. Dessen Bestimmungen kennen keine Ausnahmevorschrift von § 21 R.R. II 14, wonach die von Natur schiffbaren Ströme ein gemeinsames Eigentum des Staates sind, von § 24 a. a. D., wonach die Nutzungsrechte daran zu den niederen Regalien gehören, und von § 73 R.R. II 15, wonach die Fischerei in öffentlichen Strömen zu den Regalien zählt (vgl. hierzu Reichsg. v. Gruch. Bd. 40 S. 389).

Das Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 brachte keine grundsätzlichen Vorschriften über Fischereiberechtigungen, dagegen verließ das Wassergesetz vom 7. April 1913 (G.S. S. 53) durch § 7 dem Staat das privatrechtliche Eigentum an den Wasserläufen erster Ordnung, zu denen nach der Anlage zu § 2 Abs. 1 Nr. 1 b. Gef. auch Memel und Gilge gehören, und der § 7 des Fischereigesetzes vom 11. Mai 1916 (G.S. S. 55) spricht aus, daß in den Binnengewässern grundsätzlich der Eigentümer das Fischereirecht hat; alle sonstigen, am 30. April 1914 bestehenden Fischereirechte sollen aber aufrecht erhalten bleiben (§ 8 Abs. 1 a. a. D.), ein nicht dem Eigentümer zustehendes Fischereirecht gilt vom Inkrafttreten des Gesetzes an als ein das Wassergrundstück belastendes Recht (§ 18 a. a. D.).

Nach dieser Rechtsentwicklung ist der Beklagte Eigentümer des Memelstroms — südlich der Hauptfahrrinne, Art. 28 des Pariser Vertrags — und des Gilgestroms. Das Fischereirecht der Kläger belastet diese Grundstücke. Ein Erlöschen des Rechts nach § 11 des Fischereigesetzes vom 11. Mai 1916 kommt nicht in Frage, da noch nicht 10 Jahre seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes verfloßen sind.

Da die Kläger ihr Fischereirecht lediglich auf den Verleihungsakt von 1784/85 gründen und also anerkennen, daß der Beklagte ihnen damals ein Fischereirecht — wie sie behaupten, sogar ein ausschließliches — verleihen konnte, so wird nicht aufgeklärt zu werden brauchen, aus welchen Gründen der Beklagte damals trotz der grundsätzlich herrschenden Fischereifreiheit in den öffentlichen Strömen Ostpreußens über die Fischerei in der Memel und der Gilge zu verfügen in der Lage war. Vermutlich stand ihm ein nach der oben mitgeteilten

Vorschrift des Preussischen Landrechts von 1721 beachtliches Herkommen zur Seite.

Nur günstig für die Kläger und auch von Amts wegen nicht zu beanstanden ist, daß der Berufsrichter von der in § 32 A. N. II 14 aufgestellten Vermutung für das ausschließende Recht der Kläger ausgegangen ist. Die hier aufgestellte Beweisregel sollte sich offenbar auch auf ältere Rechtsverhältnisse beziehen. Zu beachten bleibt aber, daß der Beklagte in den Jahren 1784 und 1785 noch kein Fischereiregal hatte — das Gegenteil läßt sich bisher wenigstens nicht feststellen —, und daß deshalb das Berufungsurteil auf einem Rechtsirrtum beruhen würde, wenn es so zu verstehen wäre, wie es die Revisionsbeantwortung verstanden hat. Nach deren Auffassung hat das Oberlandesgericht entscheidendes Gewicht auf das dem Beklagten schon 1784/85 zustehende Regal gelegt und gemeint, der Beklagte habe keinen Anlaß gehabt, sein gesetzlich ihm zustehendes Regal nicht nur zu beschränken, sondern völlig aufzugeben.

Die Vermutung des § 32 A. N. II 14 scheidet der Berufsrichter im übrigen aus zwei Gründen für widerlegt an. Einmal ergebe die Beschreibung, daß nur ein beschränktes Recht verliehen sei, die Bauern von R. sollten danach „nur zu ihrer Konsumtion und keineswegs zum Verkauf“ fischen dürfen. Außerdem, so meint der Berufsrichter, „dürfte die Verleihung, wie anzunehmen, unentgeltlich erfolgt sein.“ Der Gedanke, daß eine unentgeltliche Verfügung in der Regel enger auszulegen ist, als eine entgeltliche, ist ganz richtig. Wenn aber aus der Unentgeltlichkeit Schlüsse gezogen werden sollen, so darf sie nicht bloß vermutet, sondern sie muß tatsächlich festgestellt sein. An einer solchen Feststellung hat es der Berufsrichter fehlen lassen, er begnügt sich mit einer Unterstellung. Das ist unzulässig. Bei der vom Ratrichter also erst noch zu entscheidenden Frage der Unentgeltlichkeit der Fischereirechtsverleihung werden aber nicht nur einzelne Vorschriften oder Paragraphen der Erbverschreibung zugrunde gelegt werden dürfen, sondern diese selbst in ihrem ganzen Inhalt und Zusammenhang, wie er sich auch aus der damaligen Rechtslage ergibt. Die Bauern von R. waren bis 1784 mit einem minderen deutschrechtlichen Besitzrecht ausgestattet, das man als Emphyteuse auf den römisch-rechtlichen Fuß gebracht hatte (Förster-Eccius, Pr. Priv. R. Bd. 3 § 167). Nunmehr erwerben die Bauern volles Eigentum, mußten aber ein Einkaufsgeld von 140 Talern für die kulmische Hufe zahlen, einen jährlichen Zins von 40 Talern für die Hufe, wie bisher, weiterzahlen und allerlei Nebenverpflichtungen erfüllen. Neben dem Eigentumsrecht wurden ihnen auch gewisse Nebenrechte gewährt, darunter das hier streitige Fischereirecht. Es fragt sich also, ob man dieses Recht aus dem gesamten Subbegriff von Leistungen und Gegenleistungen wird lösen können.

Zuzugeben ist dem Berufungsrichter, daß die Bauern von R. nur ein beschränktes Fischereirecht erworben haben, nämlich „nur zu ihrer Konsumtion und keineswegs zum Verkauf.“ Nicht notwendig ist aber die Annahme des Berufungsrichters, daß das den Bauern eingeräumte Recht zugunsten des Beklagten beschränkt worden ist. Es kann sehr wohl auch — und darüber ist sich der Berufungsrichter anscheinend noch nicht klar geworden — das Recht jedes einzelnen Bauern zugunsten seiner Mitberechtigten beschränkt worden sein. Wenn 31 Bauern auf einer verhältnismäßig kleinen Stromstrecke das Fischereirecht eingeräumt wird, so muß eigentlich dafür gesorgt werden, daß nicht einzelne durch übermäßiges Ausbeuten der Fischerei die Rechte der anderen beeinträchtigen oder gar vereiteln. Das kann dadurch geschehen sein, daß allen das Fischen nur für den eigenen Gebrauch erlaubt, jeder Verkauf von Fischen verboten worden ist. Eine solche Regelung war vielleicht um so nötiger, als, soweit bisher ersichtlich, die Erbverschreibung von 1784/85 die Bauern von R. in der Anwendung der Fischereigeräte nicht beschränkte. Erst der — wie das Oberlandesgericht mit Recht hervorhebt, noch heute gültige — § 17 der Fischereiordnung für die Binnen-gewässer der Provinz Preußen vom 7. März 1845 (G. S. 114) bestimmt in seinem Abs. 1: „diejenigen, denen nur das Recht zusteht, zur Fisches-Notdurft zu fischen, dürfen solche nur in dem Umfange und mit dem Gezeuge, wie dasselbe bisher auf erlaubte Weise geschehen ist, ausüben.“ Und Abs. 2 fügt hinzu: „Sofern dieselben nicht die Befugnis zur Benutzung großer Fischerzeuge besonders erworben haben, dürfen sie sich keines Fischerzeuges bedienen, dessen Handhabung mehr als zwei Personen erfordert.“

Der hier gemachte Unterschied zwischen großem und kleinem Gezeuge war für Preußen nichts Neues. Schon das Landrecht von 1721 bestimmt im Eingang des oben erwähnten Artikels III: „daß vor Klein Zeug gehalten werden sollen allerlei Garn, dabei zwei Personen oder weniger arbeiten oder fischen, als da seynb Kleppen, Handwaten, Staaknege, Hamen, Wurff-Angeln, Neusen, Sädte u. dgl.“ Es erhebt sich also die Frage, ob die Erbverschreibung von 1784, da sie die Bauern von R. nicht ausdrücklich auf das Fischen mit kleinem Gezeuge einschränkt, ihnen das Fischen mit großem Gezeuge gestattet. Die Einschränkung auszusprechen, war wohl ein leichtes, da es sich um bekannte und geläufige Begriffe gehandelt zu haben scheint. In diesem Zusammenhang kann erheblich sein die von der Revision als übergangen gerügte Behauptung der Kläger, daß sie bis zum Frühjahr 1920 die Fischerei unangefochten mit einem von sechs Mann bedienten großen Zugnetz ausgeübt haben. Sollte also das Oberlandesgericht in Würdigung aller Umstände zu dem Ergebnis gelangen, daß die Bauern von R. das Recht haben, mit großem Gezeuge zu fischen, so würde daraus ein

Grund dafür entnommen werden können, daß die Beschränkung „nur zur Konsumtion, keineswegs zum Verkauf“ nicht den Beklagten, sondern die Mitberechtigten begünstigen will.

Schon hiernach muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Zu den einzelnen Revisionsrügen, soweit sie sich auf den Hauptantrag beziehen, ist aber noch zu bemerken:

Wenn das Oberlandesgericht auf die Nichtausübung der Fischerei durch den Beklagten während etwa 130 Jahren keinen Wert gelegt hat, so beruht das nicht auf einem Rechtsirrtum, sondern auf einer in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbaren Beweismüdigung. Immerhin wird die Bedeutung jener Tatsache bei der künftigen Berufungsentcheidung von neuem zu prüfen sein, zumal die kommende Entscheidung zum Teil auch von neuen rechtlichen Gesichtspunkten auszugehen haben wird.

Die Ausführungen der Schriftsätze . . . erörtern die Frage des Fischereirechts in Memel und Gilge für die Gegenwart und die jüngste Vergangenheit. Diese Verhältnisse können keine Rolle spielen, wenn es sich um die Feststellung handelt, was im Jahre 1784 von den damaligen Vertragsschließenden vereinbart worden ist. Erheblich könnten nur Ausführungen über den damaligen Fischereirecht sein. Sie könnten zu einer Beantwortung der Frage dienen, ob neben dem Fischereirecht von 31 Bauern, die zu ihres Fisches Notdurft — mit welchem Gezeuge? — fischen durften, noch Raum für ein Fischereirecht des Beklagten war.

Mit ihren Hilfsanträgen stellen sich die Kläger auf den Standpunkt, daß der Beklagte an sich noch ein Fischereirecht in der streitigen Stromstrecke hat. Es handelt sich dann um die Abgrenzung der beiderseitigen Fischereirechte der Ausübung nach. Die Rechte selbst werden durch eine solche Abgrenzung nicht verändert, deshalb ist der Schluß des ersten Hilfsantrages von vornherein unbegründet. Auch wenn der Beklagte zunächst nicht sollte fischen dürfen, um das Recht der Kläger nicht zu beeinträchtigen, so bliebe sein etwa anzuerkennendes Fischereirecht deswegen doch bestehen.

Für die etwa notwendig werdende Abgrenzung der Fischereiausübung kann in Betracht kommen, daß sich in dem Beklagten der Eigentümer und in den Klägern die dinglich Berechtigten gegenüberstehen. Das schließt eine Anwendung des § 1024 BGB. aus, weist aber auf die §§ 1027, 1004 BGB. hin. Danach ist für den Regelfall von dem besseren Recht der Nutzungsberechtigten auszugehen, vgl. RGR. Komm. z. BGB. Anm. 1 zu § 1024 und die dort angezogenen Protokolle Bd. 3 S. 321, Deltus, Fischereigesetz v. 1916 S. 84 fg.

Ob die Kläger mit großem Gezeuge fischen dürfen, ist oben in anderem Zusammenhange für erheblich erachtet worden. Für die Frage einer etwaigen Abgrenzung der Fischereirechtsausübung wird daraus aber kaum etwas entnommen werden können. Steht den Klägern das von ihnen beanspruchte Recht zu, so können sie es durch Urteilspruch feststellen lassen. Aus dem Bestehen dieses Rechts der Kläger folgt aber nicht notwendig, daß der Beklagte sein etwa auch noch bestehendes Fischereirecht überhaupt nicht ausüben darf.