

53. 1. Wie gestaltet sich die Beweislast, wenn ein auf Privileg beruhendes, nicht dem Eigentümer des Gewässers zustehendes Fischereirecht durch das Fischen anderer beeinträchtigt wird und der Fischereiberechtigte von den Störern Unterlassung verlangt, zugleich aber auch die Feststellung begehrt, daß den Störern kein Fischereirecht an dem Gewässer zustehe?

2. Unter welchen Voraussetzungen kann ein den privilegierten Fischereiberechtigten zur Duldung verpflichtendes Fischereirecht, insbesondere ein Köchenfischereirecht, oder ein Recht zur Ausübung der Fischerei an einem öffentlichen Gewässer zu Gunsten einer Stadtgemeinde oder ihrer Einwohner durch Abmachungen zwischen diesen und dem Fischereiberechtigten oder durch Erfindung begründet werden?

Preuß. Fischereigesetz vom 11. Mai 1916 — FischG. — (GS. S. 55) § 8 Abs. 1, § 10, § 18 Satz 2, § 28 Abs. 1 Satz 2. BGB. § 1004. Preuß. W. V. §§ 26 flg. I 7, §§ 170, 611, 629 flg. I 9, §§ 32, 35 II 14.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 13. April 1934 i. S. Stadtgemeinde C. u. Gen. (Bekl.) w. Fischergewerk Amts-fischerei C. (Kl.). VII 324/33.

I. Landgericht Guben.

II. Kammergericht Berlin.

Herzog Heinrich von Schlesien bestätigte durch Privileg vom 1. Januar 1472 den Fischern zu C. die von altersher ausgeübte Gerechtigkeit, auf bestimmten Strecken der Oder und auf dem Bober soweit zu fischen, wie das Gebiet des Landesherren reichte; gleichzeitig verlieh er den Bürgern von C. das Recht, einen Tag im Jahre auf der „Oberitze“ und auf dem „Freykopff“ zu ziehen und zu fischen. Um Streitigkeiten zwischen den Fischern und der Gemeinde über das Fischereirecht auf den zuletzt bezeichneten Gewässern zu schlichten, bestimmte Kurfürst Joachim I. von Brandenburg in einer Urkunde vom Sonntag Lätare 1522, Rat und Gemeinde von C. sollten befugt sein, innerhalb eines näher bezeichneten Zeitraums vier Tage auf dem „Breitkopff“ und auf der „Oberitze“ zu fischen und zwei Tage zuvor zu räumen; das herzogliche Privileg sollte hiervon nicht berührt werden. Am 1. März 1714 erneuerte König Friedrich Wilhelm I. von Preußen das Privileg vom Jahre 1472 und dehnte die den Fischern verliehene Gerechtigkeit auf die Ausgänge der Oder und des Bober

(Lachen, Gruben und Lämpel) aus. Das Recht des Magistrats von C., auf „Breykopff“ und „Oberize“ zu fischen, ist ferner in zwei amtlichen Urkunden vom 7. Oktober 1732 und vom 21. August 1736 erwähnt.

Im Jahre 1803 führte das Fischergewerk Beschwerde darüber, daß Bürger von C. unbefugt auf der Ober angelten und dadurch seine Berechtigung beeinträchtigten. Die Neumärkische Kriegs- und Domänenkammer erklärte zunächst durch Bescheid vom 1. November 1803 die Beschwerde für unbegründet, weil nach § 7 der märkischen Fischereiordnung vom 3. März 1690 angelegene Bürger sich in den Gewässern und Strömen mit der Fußwate ein Gericht Fische fangen dürften. Später (1804) wurde die Bürgerschaft auf den Klageweg verwiesen.

In einer Verhandlung vor dem Landrat des Kreises C. vom 6. März 1875 kamen die Vertreter der Stadtgemeinde und der Fischereimannschaft dahin überein, daß die Bürger und Einwohner von C. berechtigt sein sollten, sich auf der Ober, dem Bober und den angrenzenden Verbindungsgräben mit der Angelrute, die Hecht- und Raubangel jedoch ausgenommen, zum Vergnügen, und ohne mit den Fischen Handel zu treiben, ein Gericht Fische zu fangen. Gleichwohl dauerten die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Beteiligten fort. Auf Anregung des Magistrats wurde schließlich am 13. Mai 1922 zwischen Vertretern des Fischergewerks, des Beamtenbundes, der freien Gewerkschaften, des Anglervereins und der des Angelsports beflissenen Einwohnerschaft von C. vereinbart, die Bürger und Einwohner von C. dürften auf bestimmten Teilen der Ober und des Bober, sowie in den zu diesem Gebiet gehörenden Lämpeln, Böchern, Lachen und Verbindungsgräben angeln; wer keine vom Fischergewerk ausgestellte Hecht- oder Raubangelkarte besitze, sei vom Angeln mit Fischen oder Frosch als Köder und mit dem Spinner ausgeschlossen; der Preis für die Hecht- oder Raubangelkarte sollte in mäßigen Grenzen gehalten werden und für das Jahr 1922 50 M., das Zweieinhalbfache des damaligen Preises für ein Pfund Hecht, betragen. In den folgenden Jahren wurde diese Preisvereinbarung zunächst erneuert, bis im Jahre 1927 die Verhandlungen ergebnislos verliefen. Nunmehr forderten die Beamten, die freien Gewerkschaften und der Anglerverein zu C. ihre Mitglieder auf, den Betrag von 2,50 RM. als Preis für eine Hechtangelkarte zu Gunsten des Gewerks unter Rück-

nahmeverzicht zu hinterlegen und sich so die Befugnis zum Fischen zu verschaffen. Dieser Aufforderung schloß sich der Magistrat von C. an. Darauf kündigte das Fischergewerk am 16. Juli 1927 „vorsorglich“ die Abkommen von 1875 und 1922.

Die Kläger sind Mitglieder des Fischergewerks Amtsfisherei C. und als Eigentümer von Amtsfishereigrundstücken im Grundbuch eingetragen. Im Mai 1929 haben sie gegen die Stadtgemeinde C. sowie gegen fünfzehn dortige Einwohner Klage erhoben. Nach dem von den Klägern gestellten Hauptantrag hat das Landgericht festgestellt, daß den Beklagten kein Fischereirecht in der Ober zustehende, die erstverklagte Stadtgemeinde auch verurteilt, es zu unterlassen, die Fischereigerechtfame der Kläger dadurch zu stören, daß sie Erlaubnisscheine, zumal solche für die Hechtangel, ausstelle und durch Zeitungsanzeigen oder sonstwie öffentlich die Einwohner auffordere, mit und ohne Raubangel ohne Erlaubnisschein des Fischergewerks Amtsfisherei C. oder gegen Hinterlegung von Gelbbeträgen zu fischen. Die Berufung und die Revision der Beklagten blieben erfolglos.

Aus den Gründen:

1. . . . Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs aus § 18 Satz 2 FischG. in Verbindung mit § 1004 BGB. nicht hindere, gleichzeitig die verneinende Feststellungsklage — hinsichtlich des Bestehens eines Küchenfischereirechts der Beklagten, das deren Störungshandlungen rechtfertige (§ 1004 Abs. 2 BGB.) — gemäß § 256 (mit Rücksicht auch auf die §§ 260, 280, 322 Abs. 1) ZPO. zu erheben. Dem ist mit rechtlichen Beanstandungen nicht entgegenzutreten . . .

2. Das Berufungsgericht hält die tatsächlichen Voraussetzungen der Entstehung eines Küchenfischereirechts auf der Ober weder zu Gunsten der verklagten Stadtgemeinde noch zu Gunsten der mitverklagten Einwohner für erwiesen und erklärt in dieser Hinsicht die Beklagten für beweisfällig. Die Revision bekämpft als rechtsirrig die hierin ausgedrückte Meinung, daß die Beweislast für die Entstehung eines ihnen zustehenden Fischereirechts den Beklagten obliege. Sie hat aber darin nicht recht.

Allerdings hat der Vorderrichter das Bestehen eines ausschließlichen Fischereirechts der Kläger nicht festgestellt; die Feststellung, daß ein solches bestehe, haben diese auch nicht verlangt. Die Meinung

des Berufungsrichters, es sei für den vorliegenden Streit belanglos, ob das Fischereirecht der Kläger ausschließlich sei oder ob es durch andere Fischereirechte, z. B. durch ein solches des Ritterguts D.-G., beschränkt sei, ist aber mit rechtlichen Erwägungen nicht zu beanstanden. Einmal spricht bei Verleihung durch Privileg für die Ausschließlichkeit des Fischereirechts dem Staate gegenüber eine gesetzliche Vermutung (§ 32 RR. II 14, § 170 das. I 9; § 8 Abs. 1 FischG.; vgl. Erkenntnis des Obertribunals vom 7. Dezember 1854, ObTrib. Bd. 30 S. 184). Abgesehen davon aber wird der Fischereiberechtigte durch das Fischen anderer immer beeinträchtigt, gleichviel ob sein Recht ausschließlich ist oder nicht. Muß er sich nach der jeweils bestehenden Rechtslage gefallen lassen, daß bestimmte andere Personen mitfischen, so wird sein Recht, auch wenn es danach nicht ausschließlich ist, doch dadurch geschwächt, daß noch weitere Personen an dem mit seinem Recht belasteten Gewässer (Wassergrundstück) die Fischerei ausüben, und es liegt in diesem Fall nicht weniger als beim Bestehen eines ausschließlichen Fischereirechts dem auf Unterlassung belangten Störer der Nachweis ob, daß der Berechtigte zur Duldung der Störungen verpflichtet sei. Dies folgt unmittelbar aus den Vorschriften des § 18 FischG. in Verbindung mit § 1004 Abs. 2 BGB. Diese Bestimmung, welche den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegen den Störer ausschließt, wenn der Berechtigte zur Duldung verpflichtet ist, begründet nach herrschender Meinung eine wahre Einrede, wenn — wie hier — der Beklagte ein subjektives Recht zur Störung für sich in Anspruch nimmt (RRKom. BGB. § 1004 Anm. 6 a. E., § 986 Anm. 1). Für das Vorliegen der Voraussetzungen seiner Verteidigung ist der Störer beweispflichtig; er hat also darzutun, daß ihm ein Recht zustehet, das den Fischereiberechtigten zur Duldung verpflichte. Diese Rechtslage hat das Berufungsgericht richtig beurteilt. Daß beide Rechte, wie die Revision ausführt, nebeneinander bestehen können, ist nicht zu bezweifeln. In Frage steht aber nur, ob sie wirklich nebeneinander bestehen, und dafür sind die Beklagten in vollem Umfang beweispflichtig, weil das Fischereirecht der Kläger feststeht und diese sich darauf beschränken können, die von den Beklagten behaupteten Rechtsvorgänge zu leugnen, aus denen letztere das Entstehen ihres Rechts ableiten wollen. Diese Beweislastregelung gilt in gleicher Weise für die Verteidigung der Beklagten gegenüber dem Unterlassungsanspruch der Kläger wie für die Abwehr der von

diesen erhobenen verneinenden Feststellungsfrage (vgl. RGZ. Bd. 73 S. 276 [279]; RGUrt. vom 9. November 1906 VII 57/06, abgedr. SeuffArch. Bd. 62 Nr. 96, vom 26. Oktober 1907 V 49/07, abgedr. das. Bd. 63 Nr. 167, vom 25. September 1918 V 124/18 und vom 3. Mai 1919 IV 309/18, abgedr. das. Bd. 74 Nr. 141; Stein-Jonas ZPD. § 256 Bem. IV 5 Fußnote 136).

Die Revision führt in diesem Zusammenhang an, auch aus dem Grunde habe das Berufungsgericht die Beklagten zu Unrecht für beweisfällig erklärt, weil im Eingang der (unstreitigen) Vereinbarung vom Mai 1922 ein seit altersher für die Bürger und Einwohner von C. bestehendes Fischereiprivileg von bevollmächtigten Vertretern des Fischergewerks ausdrücklich anerkannt worden sei. Hierbei verkennt die Revision, daß jenes Abkommen eine auf gegenseitigem Einvernehmen beruhende Regelung für die Zukunft zu treffen bezweckte und daß überdies, wie die Niederschrift über die vorbereitende Verhandlung vom 9. Mai 1922 erkennen läßt, auch zu jener Zeit hinsichtlich des Fischereirechts, das von den Bürgern und Einwohnern der Stadt C. damals beansprucht wurde, in wesentlichen Beziehungen, nämlich gerade über den räumlichen Umfang und über die Art der Ausübung dieses Rechts, gestritten wurde . . .

3. Der Vorberrichter kommt bei der Untersuchung, ob den Beklagten für das von ihnen beanspruchte Fischereirecht ein Rechtstitel zu Gebote stehe, zu einem verneinenden Ergebnis.

a) Die landesherrlichen Privilegien von 1472, 1522 und 1714 scheiden nach seiner Meinung als Erwerbsgründe aus, weil sie räumlich auf die — seit 1736 — verschollenen Gewässer „Oberise“ und „Brenkopff“ beschränkt gewesen seien und sich nicht auf die Ober erstreckt hätten; daß die beiden verschollenen Gewässer Teile des jetzigen Oberlaufs gewesen wären, hätten die Beklagten selbst nicht behauptet, und es sei auch nicht ersichtlich, um welche Teile es sich gehandelt haben könnte. Für die Annahme, daß jene durch Privileg begründet gewesen Fischereirechte auf „Oberise“ und „Brenkopff“ später durch andere Rechtsvorgänge räumlich erweitert worden seien, hätten die Beklagten nichts Sachdienliches vorbringen können. Auch in dieser Richtung behauptet die Revision eine angebliche Verletzung der Beweislastregeln; es sei möglich, daß die in den Urkunden bezeichneten Gewässer Arme der Ober gewesen und durch eine Veränderung des Flußbettes in ihren jetzigen Lauf aufgenommen worden seien; in

diesem Fall sei das Fischereirecht nach § 10 FischG. auf den neuen Wasserlauf übergegangen. Die Kläger hätten — so meint die Revision — beweisen müssen, daß jene Gewässer nicht Teile des jetzigen Oderlaufs gewesen seien. Dem kann nicht beigetreten werden. Wie schon hervorgehoben, tragen die Beklagten die Beweislast dafür, daß die Fischereiberechtigten der Oder zur Duldung der Störung verpflichtet seien. Um ihrer Beweispflicht zu genügen, müßten also die Beklagten darlegen, daß und wie sich die genannten Gewässer mit dem von den Fischereirechten der Kläger belasteten Wassergrundstück, dem Lauf der Oder, vereinigt hätten. Daß eine solche Vereinigung stattgefunden hätte, dafür besteht keine rechtliche oder tatsächliche Vermutung; es kann sich z. B. um Altwässer, Seitenarme oder Verbindungsgräben gehandelt haben, die mit der Zeit ganz verschwunden sind.

b) Die Annahme, es sei möglich, daß für die mitverklagten Einwohner von G. ein von dem Recht der Kläger abgeleitetes Recht auf Ausübung eines auf den Fischfang beschränkten Fischereirechts durch die Vereinbarung von 1922 neu begründet worden sei, lehnt das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Vorschriften der §§ 17, 28 Abs. 1 Satz 2, § 98 FischG. ab. Es geht dabei von der — zutreffenden, auch nicht beanstandeten — Erwägung aus, daß die erstverklagte Stadtgemeinde als Verbandspersönlichkeit einen Erlaubnischein nicht für sich habe erwirken können, und berücksichtigt weiter, daß die Zweitbeklagten nicht behauptet hätten, Erlaubnischeine vom Gewert erhalten zu haben, während sie selbst den Bescheinigungen, die ihnen die Stadt erteilt habe, die Bedeutung von Erlaubnischein im Sinne des § 98 FischG. absprächen. Demgemäß sei das Fischereirecht der Kläger, weil ein unter Beschränkung auf den Fischfang abgeschlossener Übertragungsvertrag erst durch Erteilung eines Erlaubnischeines nach § 98 FischG. wirksam werde (§ 28 Abs. 1 Satz 2 FischG.), nicht einmal der Ausübung nach auf einen der Beklagten übergegangen. Auch in diesem Punkt wirkt die Revision dem Berufungsgericht vor, es habe die Beweislast falsch beurteilt. Nach ihrer Meinung hätten die Kläger die Nichterteilung von Erlaubnischein zu beweisen gehabt. Diese Auffassung, die mit dem Standpunkt im Einklang steht, den die Revision hinsichtlich der Verteilung der Beweislast überhaupt vertritt, kann aber ebenfalls nicht gebilligt werden. Denn wenn die Beklagten eine Duldungspflicht des Fischereiberechtigten gemäß § 1004 BGB. (§ 18 Satz 2 FischG.) auch nur auf ein von

dem Recht der Kläger abgeleitetes Recht zur Ausübung des Fischfangs stützen wollten, so lag ihnen der Nachweis für den wirksamen Abschluß eines entsprechenden Übertragungsvertrags ob, und dazu gehörte eben die Erteilung von Erlaubnis Scheinen der Fischereiberechtigten an jeden einzelnen von ihnen. Daß die Zweitbeklagten zu denen gehörten, die Erlaubnis Scheine ausgestellt erhalten haben, war von ihnen nicht behauptet, geschweige denn mit Beweis vertreten; vielmehr hatten sie nur allgemein darauf hingewiesen, bis zur Kündigung vom 16. Juli 1927 seien Erlaubnis Scheine vom Gewerk und seitdem von den einzelnen Fischermeistern erteilt worden. Es bedarf deshalb auch nicht des Eingehens auf die Frage, ob derart, nur auf beschränkte Zeit (§ 98 Abs. 6 FischG.), ausgestellte Erlaubnis Scheine an sich geeignet waren, die in § 28 Abs. 1 Satz 2 FischG. vorgesehene Rechtswirkung hervorzubringen . . .

c) Die Revision macht selbst geltend, daß die Vereinbarung vom Mai 1922 nicht die Übertragung eines Fischereirechts zum Gegenstande gehabt habe. Inwiefern angesichts dieser zutreffenden Stellungnahme angenommen werden könnte, daß das Berufungserkenntnis — wie die Revision rügt — auf einer Verletzung der Vorschrift des § 19 FischG. beruhe, ist nicht erfindlich. Der Vorderrichter hebt zwar hervor, daß nach seiner Meinung mit dem Abkommen von 1922 die beschränkte Übertragung des den Klägern zustehenden Fischereirechts auf die Einwohner von C. bezweckt und zur Gültigkeit dieses Vertrags nach § 19 FischG. die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich gewesen sei, die nicht vorgenommen worden ist. Er hat sich aber auch mit dem Standpunkt der Beklagten beschäftigt, daß es sich — abgesehen von der Anerkennung einer von altersher bestehenden Fischereiberechtigung der städtischen Bevölkerung — nur um die Übertragung der Ausübung des Fischereirechts (§ 28 FischG.) handle, und diesen Einwand der Beklagten — wie oben ausgeführt — rechtlich einwandfrei bestritten . . .

d) Zu Gunsten der Erstbeklagten zieht der Vorderrichter schließlich in Betracht, daß ein Fischereirecht an der Ober als einem öffentlichen Gewässer auch mit Wirkung gegen einen privilegierten Berechtigten im Wege der außerordentlichen Verjährung binnen 44 Jahren habe erlassen werden können (§ 35 A. N. II 14; §§ 629 ff. daf. I 9 in Verbindung mit Art. 1 Nr. 7, Art. 12 des preußischen Gesetzes betr. die Ergänzung und Abänderung der Gemeinheitsteilungs-Ordnung vom

7. Juni 1821 usw., vom 2. März 1850, GS. S. 139). Ein derartiger Erwerb habe sich gemäß §§ 26 flg. UR. I 7 auch in der Weise vollziehen können, daß die Besitzhandlungen durch Gemeindemitglieder vermittelt worden wären, die jedoch in dem Bewußtsein hätten handeln müssen, ein Recht der Gemeinde auszuüben. In welchem Zeitraum diese Besitzhandlungen hätten ausgeübt werden müssen, um die außerordentliche Erziehung zu vollenden, läßt das Berufungsurteil unentschieden; es komme — so meint es — nicht darauf an, weil einem Erziehungserwerb der Erstbeklagten jedenfalls der Mangel der Redlichkeit entgegenstehe (§ 631 UR. I 9). Das vom Fischergewerk in den Jahren 1803 und 1804 betriebene Beschwerdeverfahren wegen unbefugten Angelns von Einwohnern der Stadt C. habe nämlich mit der Auflage geendet, die Beschwerdegegner sollten zwecks Feststellung ihres schon damals nicht erwiesenen Rechts den Klageweg gegen die Fischer beschreiten; dieser Bescheid sei zwar zu den Magistratsakten gekommen, trotzdem habe es die verklagte Stadtgemeinde unterlassen, die ihr aufgegebene gerichtliche Feststellung zu betreiben. Für die Folgezeit könne ihr deshalb der für einen Erziehungserwerb erforderliche gute Glaube nicht zugebilligt werden. Die mitverklagten Einwohner aber hätten die Voraussetzungen der erwerbenden Verjährung weder für sich noch für etwaige Rechtsvorgänger nachweisen können.

Die Revision macht hierzu geltend, hinsichtlich der Erziehung komme es gemäß § 26 UR. I 7 nicht auf die Gutgläubigkeit der Gemeinde, sondern auf die der Mehrheit der Gemeindemitglieder an, und nach § 611 UR. I 9 habe die Erziehung nicht durch einen etwaigen außergerichtlichen Widerspruch der Fischer gehindert werden können.

Die Frage der Redlichkeit der Gemeindemitglieder hat der Vorderrichter allerdings nicht — unter Feststellung der Zahl der redlichen oder unredlichen Mitglieder (§ 30 UR. I 7) — geprüft. Offenbar hat er es als genügend angesehen, daß der Magistrat als „Repräsentant der Gemeinde“, nachdem er im Beschwerdeverfahren zwar von der Behörde die erwähnte Auflage erhalten, zur Erstreitung des von der Bürgererschaft beanspruchten Rechts aber nichts Sachdienliches unternommen gehabt habe, nicht mehr als redlich im Sinne der §§ 26 flg. UR. I 7 angesehen werden könnte. Diese Auffassung ist im Hinblick auf die Bestimmung in § 32 das. nicht zu verwerfen. Wie nach sächsischem und gemeinem Recht, so war es auch nach preussischem

Recht an sich möglich, Sachen und Rechte, die zur Benutzung einzelner Gemeindeglieder als solcher bestimmt sind (§ 35 a. a. O.: res universitatis in specie), nicht bloß durch die gesetzlichen Vertreter der Gemeinde, sondern auch durch die Mitglieder selbst (alle oder doch die Mehrheit) mit der Wirkung der Erwerbung des Besitzes für die Gemeinde in Besitz zu nehmen (vgl. den Plenarbeschluß des Obertribunals vom 2. Mai 1842, ObTrib. Bd. 8 S. 3). Abgesehen von der Frage der Redlichkeit hätte aber von den Beklagten, wenn sie eine Ersetzung für die Gemeinde durch Rechtsausübungshandlungen von Gemeindegliedern geltend machen wollten, zunächst dargetan werden müssen, daß in der in Betracht kommenden Zeit die Berechtigung zum Fischen in der Ober von allen Gemeindegliedern oder doch von ihrer Mehrheit tatsächlich ausgeübt worden sei, und zwar mit dem Bewußtsein, es handle sich um ein wirkliches oder vermeintliches Gemeindeglied, und daß die Mitglieder der Gemeinde wirklich das fragliche Recht in dieser Eigenschaft ausgeübt hätten (Entsch. des Obertribunals vom 8. November 1864, ObTrib. Bd. 53 S. 16). In dieser gegenständlichen Hinsicht war indessen nichts Schlüssiges vorgebracht. Dann aber kam für die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht eine Besitz-(Rechts-)ausübung durch die Gesamtheit oder die Mehrheit der Mitglieder selbst (§ 26 UR. I 7) in Frage, sondern nur eine solche durch Repräsentanten (§ 32 das.) oder durch Vorsteher oder Beamte (§ 34 das.). Für die letztere Möglichkeit fehlte es nach dem Vorbringen der Beklagten an jeder tatsächlichen Unterlage. Hatte das Berufungsgericht mithin bei der Frage der Ersetzung nur den Rechtsverlust der Stadtgemeinde durch Ausübungshandlungen der Stadtbehörde selbst in Betracht zu ziehen, so kam es für die Beurteilung der Redlichkeit — wie der Vorderrichter angenommen hat — nicht sowohl an auf den guten Glauben der Mehrheit der Gemeindeglieder, d. h. der Bürger als Träger der städtischen Organisation im Gegensatz zu den Schutzverwandten (§§ 2, 5, 72 flg. UR. II 8; §§ 5, 14, 40 der Städteordnung vom 19. November 1808, GS. von 1806 bis 1810 S. 324), erst seit dem Inkrafttreten der Städteordnung von 1853 aller Einwohner des Stadtbezirks mit Ausnahme der serviceberechtigten Militärpersonen des aktiven Dienststandes (§ 3 der Städteordnung vom 30. Mai 1853, GS. S. 261; vgl. ObTrib. Bd. 81 S. 95 [98] und RGZ. Bd. 50 S. 300 [302]), als vielmehr auf den des Magistrats. Es ist indessen

rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht das Verhalten des Magistrats, seine Untätigkeit nach Empfang der behördlichen Auflage im Jahre 1804, als ein schlüssiges Beweiszeichen dafür gewertet hat, daß er von da ab nicht mehr an das Bestehen eines der Gemeinde (der Gesamtheit ihrer Mitglieder) zustehenden Fischereirechts geglaubt hat, also nicht mehr redlich im Sinne der §§ 26 flg. A. N. R. I 7 gewesen ist. Dann konnte es auch nicht mehr von Belang sein, ob die Beschwerde des Fischergewerks, welche den Anlaß zu jener Auflage gegeben hatte, als eine „außergerichtliche Handlung“ geeignet war, den Rechtsverlust der Gemeinde durch Rechtsausübungshandlungen von Gemeindevorgängern zu unterbrechen (§ 611 A. N. R. I 9). Denn die Erfassung mußte schon daran scheitern, daß die Repräsentanten der Gemeinde an ein ihr zustehendes Recht nicht mehr glauben konnten. Sollte dann in der Folgezeit eine jeweils unbestimmbare Anzahl von Einwohnern der Stadt G. in der Ober gefischt haben, etwa weil sie glaubten, sie hätten als solche ein Recht dazu, so war dies — wie gesagt — allein nicht geeignet, durch Erfassung ein Recht für die Gesamtheit der Bürgerschaft zu begründen. Daß aber die Zweitebeklagten selbst oder ihre Rechtsvorgänger für sich ein derartiges Recht erfaßt hätten, ist — wie das Berufungsgericht feststellt — nicht dargetan. Bei dieser Sachlage bedarf es nicht der Erörterung, ob die Fischereiberechtigungen für den häuslichen Gebrauch von einer Gemeinde als solcher durch Erfassung überhaupt erworben werden konnten (vgl. § 75 A. N. R. II 15 in Verbindung mit § 6 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874, G. S. S. 197; Erkenntnis des Obertribunals vom 6. November 1877, ObTrib. Bd. 81 S. 95).