

57. Sind die Gemeinden berechtigt, Entschädigung zu beanspruchen, wenn die ihnen durch § 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 verliehene Fischereiberechtigung durch eine im öffentlichen Interesse hergestellte Anlage beseitigt oder beeinträchtigt wird? Zur Auslegung der §§ 6 und 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 24. Mai 1901 i. S. Reichsfiskus (Bekl.)
w. Kirchspielgemeinde Albersdorf (Kl.). Rep. VII. 139/01.

I. Landgericht Kiel.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Gieselau ist ein öffentlicher Fluß, der im Gebiete der klagenden Gemeinde entspringt, und dessen Lauf sich vor dem Bau des Kaiser-Wilhelm-Kanals bis zur Eider erstreckte und in diese mündete. Sie wird jetzt von dem Kaiser-Wilhelm-Kanal in ihrem Mittellauf, den der Kanal zum wesentlichen Teile in sich aufgenommen hat, derart durchschnitten, daß der Unterlauf von dem Oberlauf voll-

ständig getrennt und jeder Zusammenhang zwischen beiden aufgehoben worden ist. Der Unterlauf ist ein stehendes Gewässer geworden, in das zur Zeit der Flut das Wasser der Eider hineindringt. Der Oberlauf, der ein fließendes Gewässer geblieben ist, da er fortdauernd von den Quellen des Flusses gespeist wird, mündet jetzt mittels einer Schleuse in den Kaiser-Wilhelm-Kanal. Dieser Teil des Flusses, der vor der Anlage des Kanals fischreich war, ist jetzt an Fischen verarmt, und zwar hat dies seinen Grund darin, daß den Fischen, welche früher zum Laichen aus der Nordsee in die Eider und aus dieser in die Gieselau bis in deren Oberlauf hinaufstiegen, jetzt der Weg hierhin versperrt ist.

Der Oberlauf der Gieselau durchströmt das Gebiet der klagenden Gemeinde von seinem Ursprung bis nach Grünenthal; von hier bis zum Kanal bildet er die Grenze zwischen ihr und den benachbarten Gemeinden, sodaß er auf dieser Strecke nur zur Hälfte zu dem ersteren Gemeindebezirk gehört. Die klagende Gemeinde macht an diesem teils ganz, teils zur Hälfte in ihrem Bezirk gelegenen Oberlauf des Flusses ein Fischereirecht geltend, welches sie in erster Instanz auf den § 6, in zweiter auf den § 7 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 gestützt hat. Wegen der Schädigung, die dieses Fischereirecht in der geschilderten Weise durch die Anlage des Kaiser-Wilhelm-Kanals erlitten hat, nimmt sie den Beklagten in Anspruch und hat Klage gegen ihn erhoben mit dem Antrage, ihn zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 3500 *M* nebst Zinsen an sie zu verurteilen. Der Beklagte hat der Klage widersprochen.

Der erste Richter, welcher die Verhandlung auf den Grund des Anspruches beschränkt hat, hat die Klage abgewiesen; der Berufungsrichter hat dagegen den Anspruch der Klägerin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die Gedankenreihe der Berufungsentscheidung entwickelt sich in folgender Weise.

Zunächst stellt der Berufungsrichter fest, daß die Gieselau bis zum Inkrafttreten des Fischereigesetzes dem freien Fischfange unterlegen habe, und daß daher in Gemäßheit des § 7 des Fischereigesetzes

die Fischerei in der Gieselau, soweit diese in der Gemarkung der klagenden Gemeinde fließt, der letzteren zustehende. Alsdann legt er dar, daß dieses Fischereirecht ein im Wege der Klage verfolgbares Privatrecht sei, und zwar leitet er solches daraus her, daß das im § 6 der politischen Gemeinde übertragene Recht zweifellos privatrechtlichen Charakter trage, mit diesem Recht aber gleicher Art das im § 7 den Gemeinden beigelegte Recht sei, was sich aus den Motiven, den §§ 5, 8 und 9 des Gesetzes, in denen die der Gemeinde aus beiden Rechten zustehende Fischerei gleich behandelt werde, und aus dem im § 32 für das Recht aus § 7 gebrauchten Ausdruck „Fischereigerechtigkeit“ ergebe. Weiter führt der Berufungsrichter aus: in dieses Fischereirecht der Klägerin habe der Beklagte durch den Bau des Kaiser-Wilhelm-Kanals eingegriffen. Diesen Eingriff habe der Reichsfiskus nicht vorgenommen auf Grund eines ihm an der Gieselau als einem öffentlichen Flusse zustimmenden Hoheitsrechtes, da dieses allein dem preussischen Staat zustehende, sondern auf Grund des Art. 4 Nr. 8 der Reichsverfassung (Herstellung von Wasserstraßen im Interesse der Landesverteidigung und des allgemeinen Verkehrs) in Verbindung mit dem Reichsgesetz vom 16. März 1886, betreffend die Herstellung des Nord-Ostsee-Kanals. Da weder in diesem Gesetz noch in der Reichsverfassung bestimmt sei, daß das Reich bei dem Bau von Wasserstraßen ohne Entschädigung der Berechtigten in bestehende Privatrechte eingreifen könne, auch die nähere Festsetzung der Kanallinie im Gesetz nicht erfolgt, sondern dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlassen sei, so handele es sich nicht um einen direkt durch das Gesetz erfolgten Eingriff, sondern um einen von der Verwaltungsbehörde auf Grund des Gesetzes bewirkten Eingriff. Es bestehe nun im Gebiete des gemeinen Rechtes ein allgemeines Wohnheitsrecht des Inhabers, daß, auch abgesehen von den Fällen der Enteignung, der Staat dann zur Entschädigung verpflichtet sei, wenn eine Verwaltungsbehörde auf Grund einer ihr gesetzlich zustehenden Befugnis aus Gründen des öffentlichen Wohles in dingliche Rechte Privater eingreife und letztere diesem Eingriff nicht widersprechen könnten. Nach diesem Grundsatz müsse der Beklagte der Klägerin Ersatz leisten, und zwar in doppelter Richtung, nämlich erstens für die gänzliche Entziehung der Fischerei, insoweit man den Teil der Gieselau, an dem die Klägerin fischereiberechtigt gewesen sei, in den Kanal

hineingezogen habe, da hier die Ausübung der Fischerei der Klägerin unmöglich gemacht sei; es sei ihr insoweit ein dingliches Recht aus Gründen des öffentlichen Interesses entzogen; zweitens aber müsse der Beklagte die Klägerin auch dafür entschädigen, daß der Oberlauf der Gieselau, der dem Fischereirecht der Klägerin noch jetzt unterliege, an Fischen verarmt sei.

Bezüglich dieses Punktes giebt der Berufungsrichter folgende Begründung:

Zwar liege hier kein direkter Eingriff in das Fischereirecht der Klägerin vor, da sie kraft dieses Rechtes keinen Anspruch auf den ungehinderten Bezug der Seefische habe; wohl aber finde das nach zahlreichen Entscheidungen im Gebiet des gemeinen Rechtes in Geltung befindliche *interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit*, Dig. 43, 13, Anwendung; es könne sich dieses Rechtsmittels auch der Fischereiberechtigte bedienen, und wenn danach die Klägerin der Änderung des Flusslaufes der Gieselau, falls sie von einem Privaten vorgenommen wäre, im Wege der Klage hätte widersprechen können, dieses Widerspruchsrecht aber der von dem Deutschen Reich aus Gründen des öffentlichen Wohles unter Genehmigung des preussischen Staates, als des Inhabers des Hoheitsrechtes an dem öffentlichen Fluß, vorgenommenen Änderung gegenüber verlege, so ergebe sich daraus die Verpflichtung des Deutschen Reiches, die Klägerin, welche von dem ihr sonst zustehenden Verbotungsrecht keinen Gebrauch machen könne, zu entschädigen.

Dieses in sich fest geschlossene Gefüge der vorderrichterlichen Ausführungen sucht die Revision an verschiedenen Stellen zu durchbrechen, indes vergeblich.

Den Hauptangriff richtet die Revision gegen die Annahme des Berufungsrichters, daß das im § 7 des Fischereigesetzes den Gemeinden verliehene Recht ein im Civilrechtsweg verfolgbares Privatrecht darstelle. Sie begründet dies damit, daß es sich hier um Verleihung einer Berechtigung handle, welche früher jedermann zugestanden habe, und diese lediglich im öffentlichen Interesse geschehen sei. Weiter sieht die Revision den öffentlichrechtlichen Charakter bei im § 7 begründeten Berechtigung durch die Worte der Motive zu den §§ 6 und 7 bestätigt, welche dahin lauten:

„Soll die Binnenfischerei erhalten und gehoben werden, so ist eins

der ersten Erfordernisse, daß kein Teil der Gewässer der wilden Fischerei ausgesetzt sei, daß vielmehr die zusammenhängenden Fischwasser in ihrer ganzen Erstreckung in der Hand von Berechtigten liegen, denen das eigene Interesse die Sorge für die Erhaltung des Fischbestandes auferlegt.“

Endlich erachtet es die Revision für unrichtig, wenn der Berufsrichter den Ausdruck „Fischereigerechtigkeit“ im privatrechtlichen Sinne deute, ihn daher für seine Auffassung verwerte, da der Ausdruck „Berechtigte“ keineswegs immer mit „Privatberechtigte“ identisch sei, wie das Beispiel der „Schankgerechtigkeit“ zeige.

An diese Ausführungen knüpft die Revision alsdann die nachstehende Schlussfolgerung: gehöre das durch § 7 den Gemeinden verliehene Fischereirecht dem öffentlichen Rechte an, so sei dieses Recht mit Notwendigkeit an sein Substrat, den öffentlichen Fluß gebunden, sodaß es mit diesem zu existieren aufhöre; finde der Staat es für zweckmäßig, den Fluß als solchen aufzuheben, so erlösche damit das Recht der Gemeinde von selbst; für eine Entschädigung fehle die rechtliche Unterlage, weil ein verletztes Privatrecht nicht vorliege.

Dieser während des ganzen Rechtsstreites von dem Beklagten verteidigte Standpunkt ist nicht haltbar.

Es ist zutreffend, wenn das Berufungsgericht zur Ermittlung des Charakters der im § 7 neu geschaffenen Berechtigung auf das Wesen des im § 6 behandelten Rechtes zurückgeht, da, wie weiter unten noch näher darzulegen sein wird, nicht daran zu zweifeln ist, daß beide Rechte gleicher Art sind. Was es nun mit dem Recht des § 6 und der daran getroffenen Änderung für eine Verwandnis hat, ist allerdings aus der Berufungsentscheidung nicht klar ersichtlich; es bedarf zu diesem Punkte der nachstehenden Erörterung.

Schon im allgemeinen Teile der Begründung zum Entwurfe des Fischereigesetzes ist von dem Rechte des § 6 die Rede. Es wird dort (S. 22 a. a. O.) gesagt:

„Der Fall, daß Fischereiberechtigungen von allen Mitgliedern einer Gemeinde ausgeübt werden, ist kein ganz seltener. Einen solchen Zustand kann das Gesetz seinen Zielen nach nicht aufrecht erhalten; der Entwurf überträgt daher derartige Berechtigungen im § 6 auf die politische Gemeinde und beschreitet im § 7 denselben Weg rück-

sichtlich aller solcher Binnengewässer, in welchen der Fischfang bisher frei war.“

Diese Ausführung ist nicht völlig durchsichtig; sie kann die Meinung erwecken, als habe die Staatsregierung die Sache so angesehen, daß es in diesem Falle sich um wirklich selbständige Berechtigungen der Gemeindeglieder handle, die ihrer Substanz nach und nicht nur nach ihrer Ausübung neu auf die Gemeinde übertragen werden sollten. Allein die spezielle Begründung zum § 6, welche folgendermaßen lautet:

„Wenn nach § 6 Fischereiberechtigungen, welche, ohne mit einem bestimmten Grundbesitz verbunden zu sein, bisher von allen Einwohnern einer Gemeinde ausgeübt werden konnten, künftig der politischen Gemeinde zustehen sollen, so ist darin kein Eingriff in wohlerworbene Rechte zu erkennen, welche in der That nicht existieren und rechtlich nicht zu konstruieren sein würden, sondern die Wiederherstellung und Klarstellung des eigentlichen Rechtsverhältnisses.“

(Drucksachen des Abgeordnetenhauses 1873/74 Nr. 98 S. 26) läßt die wahre Auffassung der Staatsregierung völlig deutlich zu Tage treten, und diese geht, entsprechend der wirklichen Rechtslage, dahin:

Es handelt sich in diesen Fällen um ein Recht, welches seiner Substanz nach bereits der Gemeinde zusteht; nur die Ausübung war den Gemeindeangehörigen (Gemeindegliedern in der weiteren Bedeutung dieses Wortes), und zwar sämtlichen, überlassen. Es handelt sich also um „Gemeindegliedervermögen“ im technischen Sinne dieses Wortes (§ 1 Abs. 2 der Deklaration vom 26. Juli 1847, Gesetz-Sammlung S. 327). Nun war es zur Zeit des Erlasses des Fischereigesetzes bereits lange geltendes Recht, welches im § 89 Abs. 3 der Landgemeindeordnung vom 3. Juli 1891 von neuem Anerkennung gefunden hat, daß Gemeindegliedervermögen, das sämtlichen Gemeindeangehörigen lediglich als solchen, ohne daß noch etwas sonst hinzutritt, zusteht, ohne Entschädigung des bisherigen Ausübungsberechtigten in Gemeindevermögen im engeren Sinne (in Städten Rämmervermögen genannt) verwandelt werden kann. Ein wohlerworbenes Individualrecht der Gemeindeglieder auf die Fortdauer des bisherigen Verhältnisses in dem Sinne, daß ihnen in solchem Fall für die Entziehung ihrer Nutzungen Entschädigung zu gewähren sei, ist als

existierend und rechtlich konstruierbar vom Gesetzgeber nicht anerkannt worden. Eben dies ist es, was die Motive zu § 6 im Auge haben, wenn sie sagen, die im § 6 enthaltene Bestimmung bedeute keinen Eingriff in wohlerrworbene Rechte, welche in der That nicht existierten und rechtlich nicht zu konstruieren seien. Sene Umwandlung von Gemeindegliedervermögen in Gemeindevermögen im engeren Sinne (Kämmereivermögen) geschieht nun regelmäßig im Wege des früher der Genehmigung der Aufsichtsinstanz, gegenwärtig der des Kreis Ausschusses (nicht der des Landrates als Vorsitzenden des Kreis Ausschusses, § 139 der Landgemeindeordnung) bedürfenden Gemeindebeschlusses. Bei diesen Fischereiberechtigungen hat aber, um die Sache im Interesse der Fischzucht einheitlich und durchgreifend zu ordnen und nicht die für erforderlich erachtete Maßnahme von dem Belieben der sämtlichen einzelnen Gemeinden des Staates abhängig zu machen, der Gesetzgeber selbst die Umwandlung in die Hand genommen und angeordnet, daß die Ausübung des Rechtes nicht mehr den sämtlichen Gemeindeangehörigen überlassen sei, sondern durch die Gemeinde selbst erfolgen solle; auch hat er, um eine Wiederkehr des früheren Zustandes zu verhüten, im § 8 das Freigeben des Fischfanges den Gemeinden verboten und vorgeschrieben, daß diese ihr Recht nur durch angestellte Fischer oder durch Verpachtung nutzen dürfen. Es ist hiernach ohne weiteres verständlich, was die Motive zu § 6 mit den Worten sagen wollen, in der Bestimmung des § 6 sei „die Wiederherstellung und Klarstellung des eigentlichen Rechtsverhältnisses“ zu erkennen. Ganz genau ist allerdings diese Ausdrucksweise nicht, ebensowenig wie die des Gesetzes. Klar gestellt durch § 6 wird allerdings das eigentliche Rechtsverhältnis, wonach die Gemeinde bereits bisher die Substanz der Berechtigung besaß und deren Träger war, insofern, als es dort heißt „Fischereiberechtigungen, welche . . . bisher von allen Einwohnern oder Mitgliedern einer Gemeinde ausgeübt werden konnten, sollen künftig . . . der politischen Gemeinde zustehen“. Dabei ist aber die Wendung, daß die Berechtigungen künftig der Gemeinde zustehen sollten, irreführend und nicht korrekt, und hat offenbar hauptsächlich zu dem vielfach irrthümlichen Verständnis des § 6 beigetragen. Es hätte statt dessen die Übertragung der Ausübung der Berechtigungen auf die Gemeinde selbst zum Ausdruck gebracht werden müssen. Auch ist es nicht richtig, wenn die Motive nur eine „Wiederherstellung“

des eigentlichen Rechtsverhältnisses in der getroffenen Bestimmung erblicken wollen; es hat, wie nicht zu bezweifeln, ein solcher Zustand, wie jetzt, hinsichtlich der Ausübung des Rechtes früher wohl kaum je bestanden. Diese Mängel der Fassung des Gesetzes, wie die der Ausdrucksweise der Motive, sind indes sachlich belanglos; die wahre Gestaltung der Rechtslage kann deswegen ernstlichen Zweifeln nicht unterworfen sein, die demgemäß auch von dem V. Civilsenat des Reichsgerichtes bereits in wiederholten Entscheidungen,

Jur. Wochenschr. 1888 S. 294 Nr. 33, 1896 S. 238 Nr. 37, dahin anerkannt ist, daß die Bestimmung des § 6 keine konstitutive, sondern insofern nur deklaratorische Bedeutung habe, als damit klar gestellt sei, daß der Träger der im § 6 behandelten Berechtigungen die Gemeinde sei.

Die vorstehenden Erörterungen haben das für die Sachentscheidung wesentliche Ergebnis, daß der § 6 überhaupt nur das Verhältnis der Gemeindeglieder zur Gemeinde betrifft. Dieses Verhältnis war, da die Nutzung des der Substanz und Trägerschaft nach der Gemeinde zustehenden Rechtes ausschließlich und allein in der Gemeindeangehörigkeit wurzelte, zweifellos rein öffentlicher Natur, wie denn auch, wenn der § 6 nicht erlassen wäre und Streit bezüglich dieses Nutzungsrechtes zwischen den Gemeindegliedern und der Gemeinde entstanden wäre, heutzutage nach den einschlägigen Bestimmungen (§ 70 der Landgemeindeordnung) ohne Zweifel die Verwaltungsgerichte darüber zu entscheiden gehabt haben würden. Der Beklagte hat daher allerdings Recht, wenn er diese Berechtigungen der Gemeindeglieder (so. an dem Vermögen der Gemeinde) für öffentlichrechtliche erachtet und solches auch daraus schließt, daß sie ohne Entschädigung aufgehoben sind; wären sie privatrechtlicher Natur gewesen, so hätte dies allerdings nicht geschehen können.

Alein der hierauf folgende entscheidende Fehlschluß des Beklagten ist der, daß, weil die Berechtigungen der Gemeindeglieder an dem Rechte der Gemeinde öffentlichrechtlicher Art seien, nun auch dieses Recht der Gemeinde selbst, also ihr Rechtsverhältnis zu dem Gegenstande, an welchem es besteht, öffentlichrechtlicher Art sein müsse. Diese Schlußfolgerung ist irrig. Die rechtliche Natur dieses Rechtes hat mit den daran bestehenden Rechten der Gemeindeglieder nichts zu thun; es muß für sich allein untersucht und aus dem

Verhältnisse zu der Person, der gegenüber, oder zu dem Gegenstande, an dem es begründet ist, bestimmt werden. Das bedarf keiner weiteren Ausführung. Es giebt oder gab früher — es ist vielfach im Laufe der Zeit solches Gemeindegliedervermögen in Rummereivermögen verwandelt worden — zahlreiche Holzgerechtfame von Gemeinden in fremden Forsten, die zwar rein öffentlichrechtlichen Gemeindegliederberechtigungen unterlagen, selbst aber ihrer Substanz nach rein privatrechtlicher Natur waren.

Ist hiernach die bei diesem Punkte für die Entscheidung der vorliegenden Sache allein maßgebliche Frage dahin zu stellen, welcher Art das Fischereirecht der Gemeinden aus § 6 ist, so kann die Antwort hierauf nicht zweifelhaft sein. Es trägt alle Kennzeichen des Privatrechtes an sich; es stellt sich nämlich dar als ein — wohl mit seltenen Ausnahmen — an einer öffentlichen, nicht im Eigentum der Gemeinde stehenden Sache begründetes nutzbares Vermögensrecht, dessen Aufkünfte demgemäß in den Gemeindefaushalt fließen. Weßhalb solches Recht nicht dem Privatrechte, sondern dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehören sollte, ist nicht erkennbar. Daß die Sache, an der es besteht, in der Regel eine öffentliche ist, bildet, wie kaum erwähnt zu werden braucht, kein Hindernis für die Annahme des privatrechtlichen Charakters, und daß die Beschränkungen in der Art der Nutzung, denen die Gemeinden im § 8 des Fischereigesetzes unterworfen sind, seinem Wesen einen öffentlichrechtlichen Stempel aufzudrücken ebenfalls nicht fähig sind, zeigt das Beispiel des Jagdrechts, welches ungeachtet seiner jedem Zweifel entrückten privatrechtlichen Natur in ähnlicher Weise Einschränkungen in der Art seiner Nutzung unterliegt.

Ist das Recht aus § 6 ein Privatrecht, so muß dies auch von dem Rechte aus § 7 gelten; denn beide Rechte sind, wie schon oben kurz bemerkt, im wesentlichen gleicher Art. Allerdings ist dies nicht ausdrücklich im Gesetze erklärt; allein es ergibt sich aus der Natur der Dinge und der Behandlung beider Rechte im Gesetze und in dessen Begründung.

Auch dieses Recht ist nämlich ein nutzbares Vermögensrecht der Gemeinde an einer fremden und öffentlichen Sache, dessen Aufkünfte der Gemeindefasse zufließen. Weder aus dem Bereiche des öffentlichen Rechts noch dem des Privatrechts läßt sich auch in Bezug auf diese Berechtigung irgend ein Grund dafür entnehmen, daß sie dem ersteren

und nicht dem letzteren Gebiete zuzurechnen sei. Daß dieses Recht neu geschaffen ist, während dasjenige aus § 6 schon bestand, giebt keine Handhabe für eine rechtliche Unterscheidung dieses Inhaltes, und ebensowenig kann eine solche darauf gestützt werden, daß es seine Entstehung allgemeinen öffentlichen, landeskulturellen Interessen verdankt. Auch die Änderung in der Ausübung des im § 6 behandelten Rechtes ist auf gleichen Anlaß zurückzuführen, ohne daß hierdurch dessen Natur berührt würde. Es kann der Schluß nicht anerkannt werden, daß, weil das Recht seinen Ursprung in Interessen der Allgemeinheit findet, es in seiner ganzen rechtlichen Struktur durch diese Herkunft bestimmt werde. Es giebt eine Anzahl von Rechten, wie beispielsweise das für das Gebiet des französischen und preußischen Rechts von dem Reichsgerichte in fester Rechtsprechung anerkannte servitutartige Recht der Hauseigentümer an den städtischen Straßen, welche, obgleich sie dem Boden öffentlichrechtlicher Beziehungen entsprossen sind, dennoch das Gepräge des Privatrechts tragen. Im gegenwärtigen Falle sollte und mußte in dem öffentlichen Interesse der Erhaltung und Förderung der Fischerei die wilde Fischerei, die von jeder beliebigen Person aus dem Publikum ausgeübt werden konnte und schonungslos ohne alle Rücksicht auf den Bestand der Fischerei und deren Zukunft ausgeübt wurde, beseitigt werden.

Es handelte sich darum, anstatt dessen die Berechtigung zur Fischerei in die Hände solcher Träger zu legen, „denen“, wie die Motive (zu § 6) sagen, „das eigene Interesse die Sorge für die Erhaltung des Fischbestandes auferlegte“. Als solche boten sich als vorzugsweise geeignet die Gemeinden dar, zumal da auf diese Weise auch, was dringend erwünscht war, die Fischerei in zusammenhängenden Fischwässern von längerer Erstreckung in den Besitz nur eines oder weniger Berechtigten gelangte. Das öffentliche Interesse bethätigte sich nun darin, daß den Gemeinden eben wegen der Aussicht, welche sie als Träger der Berechtigung auf pflegliche Behandlung der Fischerei gewährten, das Recht zur Fischerei verliehen wurde. Soweit der Gesetzgeber es für erforderlich erachtete, daß das öffentliche Interesse über diesen Akt der Verleihung hinaus auch noch in die Handhabung des neuen Rechtes seitens der Gemeinde hineingreife, ist solches durch die Bestimmungen im § 8 — die übrigens auch für die Fischereiberechtigungen des § 6 gelten —, betreffend die Art der Nutzung, der

Verpachtung u. geschehen. Im übrigen wurde das öffentliche Interesse in Ansehung einer richtigen Ausübung dieser neuen Berechtigungen dadurch für genügend gewahrt erachtet, daß das eigene Interesse, das heißt das eigene private Vermögensinteresse der Gemeinden für diese ein ausreichendes Motiv zu einer wirtschaftlich zweckmäßigen und damit von selbst den Interessen der Allgemeinheit dienenden Handhabung der neuen Berechtigung bilden werde. Der Herkunft dieser Berechtigung hat endlich der Gesetzgeber in einer besonderen Bestimmung Rechnung getragen, nämlich in derjenigen des § 32 Absf. 1 und 2, welche besagt, daß zu (Laich- und Fisch-)Schonrevieren vorzugsweise solche Strecken der Gewässer erklärt werden sollen, in denen die Gemeinden auf Grund des § 7 fischereiberechtigt sind, sowie daß den Gemeinden in solchem Falle für die entzogene Ausübung der Fischerei keine Entschädigung zu gewähren ist. Diese Vorschriften finden ihre Erklärung und Rechtfertigung darin, daß den Gemeinden mit der neuen Berechtigung gewissermaßen ein Geschenk gemacht wurde, das zugleich mit der Übertragung selbstverständlich beliebigen Einschränkungen unterworfen werden konnte, und daß, wenn der leitende Grund für die Übertragung auf die Gemeinden lediglich das öffentliche Interesse an der Erhaltung und Hebung der Fischerei war, dieses Interesse sich gegenüber der neuen Berechtigung dann vornehmlich wirksam zeigen mußte, wenn es sich um besondere Maßnahmen zum Schutze und zur Schonung der Fischerei handelte, also um solche Zwecke, um deren willen die Verleihung des Rechtes eben gerade an die Gemeinden geschehen war. Hiernach giebt der Gegensatz, in welchem in diesem von dem Gesetzgeber besonders behandelten Falle die Berechtigung aus § 7 zu derjenigen aus § 6 tritt, — für diese wird eine Entschädigung nicht versagt, falls das ihr unterliegende Gewässer zu einem Schonrevier erklärt wird, — keinen Grund dafür ab, lediglich deswegen anzunehmen, daß zwischen beiden der tiefgreifende Unterschied privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Berechtigung bestehe, ein Unterschied, der auch sonst nirgends hervortritt. Daß der § 6 sich auf Binnen- und Küstengewässer, der § 7 nur auf erstere bezieht, kann in Bezug auf die rechtliche Natur beider selbstverständlich nicht in Betracht kommen, ganz abgesehen davon, daß, wie die Motive zu § 6 selbst sagen, eine Berechtigung aus § 6 in Ansehung von Küstengewässern wohl kaum irgendwo vorhanden sein wird.

Aus allen diesen Erwägungen muß in Übereinstimmung mit dem Berufungsrichter angenommen werden, daß auch die durch § 7 den Gemeinden verliehene Berechtigung privatrechtlicher Art ist. Damit ist die wichtigste Grundlage der Entscheidung gewonnen; denn bezüglich aller übrigen Punkte können ernstlich rechtliche Zweifel nicht aufgeworfen werden, soweit es sich um das Ergebnis der Entscheidung handelt.

Zunächst fällt mit jenem Ergebnisse die Ausführung der Revision, daß, weil die Berechtigung des § 7 dem öffentlichen Rechte angehöre, mit dem Aufhören der Existenz des öffentlichen Flusses auch das öffentliche Recht daran entschädigungslos beseitigt sei.

Sodann ist — in Übereinstimmung mit der in mehreren Urteilen des III. Civilsenates des Reichsgerichtes,

Entsch. des R.O.'s in Civils. Bd. 41 S. 142 und 191,

sowie auch in einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für Bayern,

Seuffert's Archiv Bd. 53 Nr. 242 S. 442,

vertretenen Anschauung und bezeugten Rechtsprechung — dem Berufungsgerichte lediglich beizupflichten, wenn es sagt, es bestehe im Gebiete des gemeinen Rechts der Grundsatz, — der der Bestimmung im § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht entspricht, — daß auch, abgesehen von den Fällen der Enteignung, der Staat dann zur Entschädigung verpflichtet sei, wenn eine Verwaltungsbehörde auf Grund einer ihr gesetzlich zustehenden Befugnis im Interesse des öffentlichen Wohles in private dingliche Rechte eingreife und diesem Eingriffe nicht widersprochen werden könne.

Daß im vorliegenden Falle ein Eingriff einer Verwaltungsbehörde, nicht etwa ein solcher des Gesetzgebers selbst vorliegt, hat das Berufungsgericht treffend dargelegt. Wie dabei das staatsrechtliche Verhältnis aufzufassen ist, mag freilich erheblichen Zweifeln unterworfen sein. Das Berufungsgericht meint, an den im preussischen Staatsgebiete befindlichen öffentlichen Flüssen, demnach auch an der Gieselau, stehe das Hoheitsrecht allein dem preussischen Staate zu, und die Maßnahmen, die das Deutsche Reich an diesem öffentlichen Flusse durch Änderung und Beseitigung seines Laufes getroffen hat, habe es mit Genehmigung des preussischen Staates als des Inhabers des Hoheitsrechtes vorgenommen. Es wird nun aber in der Rechtslehre der Satz aufgestellt,

vgl. beispielweise Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs 3. Aufl. Bd. 1 S. 53. 73. 165. 167 u,

daß das Reichsgebiet der Gebietshoheit des Deutschen Reiches insofern unmittelbar unterworfen sei, als die Hoheitsrechte der Einzelstaaten auf das Reich übergegangen seien. Hiernach würde sich fragen, welche Bedeutung es hat, wenn im Art. 4 Nr. 8 der Reichsverfassung die Herstellung von Wasserstraßen im Interesse der Landesverteidigung und des allgemeinen Verkehrs für einen Gegenstand der Beaufsichtigung und der Gesetzgebung des Reiches erklärt ist, und das Reich durch das Gesetz vom 16. März 1886 hinsichtlich der Erbauung des Kaiser-Wilhelm-Kanals von dieser Bestimmung Gebrauch gemacht hat. Ob es nicht in der staatsrechtlichen Tragweite dieses Aktes gelegen ist, daß das Deutsche Reich dadurch unmittelbar die aus der Gebietshoheit entfließende öffentliche Machtbefugnis gewann, über die von der Anlage des Kanales berührten öffentlichen Gewässer Bestimmung zu treffen, ohne daß es dazu noch erst einer — übrigens, soweit bekannt, ausdrücklich wohl auch nicht erteilten — Genehmigung des preußischen Staates als Inhabers der Gebietshoheit bedurfte, wird einer verschiedenen Beurteilung unterliegen können. Allein es bedarf einer Lösung dieser Frage für den vorliegenden Fall nicht. Mag sie in diesem oder jenem Sinne beantwortet werden, es bleibt unter allen Umständen bestehen, daß das Reich durch eine Maßnahme der Verwaltung fremde private Rechte verletzt hat und dafür entschädigungspflichtig ist. Daß hierbei in Ausübung von Hoheitsrechten, eigenen oder, wie die Revision meint, mandatsweise überlassenen, gehandelt ist, hebt selbstverständlich die Entschädigungspflicht nicht auf, sondern begründet sie gerade; denn eben deswegen konnte ihrer Vornahme wirksam nicht widersprochen werden.“ . . .