

Amtl. Samml., XV, S. 461, Erw. 1; vgl. auch Urteil i. S. N. O. B vom 18./19. Juli 1899, Amtl. Samml., XXV, 2. Teil, S. 713, Erw. 6, wo in gleichem Sinn auf Grund der Konzession entschieden ist.) Während also unter der Herrschaft des alten Gesetzes auch die vom gewöhnlichen für den Betrieb und Unterhalt angestellten Personal anlässlich von Ergänzungs- und Neuanlagen gemachten Leistungen allgemein auf Baukonto verrechnet werden konnten, ist dies nach dem neuen Gesetze nur noch zulässig, insofern diese Leistungen mit besonderen vom Betrieb und Unterhalt unabhängigen Ausgaben verbunden waren. Allerdings wird dabei nicht, wie es der Entwurf des Bundesrates vorschreiben wollte, darauf abgestellt, daß für die Ausführung solcher Arbeiten ein besonderes vom Betrieb und Unterhalt unabhängiges Personal angestellt war, sondern es ist eine Belastung auf Baukonto auch in Bezug auf Einrichtungen des gewöhnlichen Personals gestattet, aber stets nur unter der Voraussetzung, daß die Ausführung der Arbeiten durch diese besondere Ausgaben verursacht hat, die sonst nicht entstanden wären, indem z. B. einem Angestellten im Hinblick auf bevorstehende Ergänzungs- oder Neuanlagen von vornherein ein höheres Salär bewilligt, oder für Mehrleistungen infolgedessen eine Gehaltserhöhung oder sonstige Entschädigung gewährt wird u. s. w. Sind dagegen derartige Mehrkosten in der Verwaltung erspart worden, so ist die Belastung der Baurechnung mit dem Betrag der Ersparnis zu Gunsten der Betriebsrechnung unstatthaft. Da in dieser Hinsicht der durchaus klare Wortlaut des Gesetzes zu Zweifeln schlechterdings keinen Anlaß geben kann, erscheint es überflüssig, die Verhandlungen der eidgenössischen Räte zur Auslegung heranzuziehen. Übrigens würde sich hierbei keineswegs ergeben, daß in den Räten dem Art. 5 Abs. 3 ein vom Wortlaut abweichender Sinn beigelegt wurde; die Beratungen bei dieser Bestimmung haben sich wesentlich bloß mit der Differenz zwischen dem nunmehr Gesetz gewordenen ständerätlichen Antrag und dem weiter gehenden bundesrätlichen Entwurf, dagegen nicht mit der Interpretation des erstern im Gegensatz zum bestehenden Rechtszustand beschäftigt (Stenogr. Bulletin 1895, S. 762 f.; 1896, S. 28 f.).

Sind nach diesen Ausführungen nur besondere Ausgaben im angegebenen Sinn auf Baukonto zu tragen, so liegt selbstverständ-

lich der Bahn der Nachweis ob, daß solche Auslagen wirklich entstanden sind. Nun hat die Rekurrentin trotz ausdrücklicher Aufforderung des Eisenbahndepartements diesen Nachweis für den fraglichen Rechnungsposten niemals geleistet; ja sie hat weder im Verfahren, das zur angefochtenen Verfügung geführt hat, noch in der Rekurschrift auch nur behauptet, daß sie derartige vom Betrieb und Unterhalt unabhängige Kosten überhaupt gehabt habe, die bei Nichtausführung der Arbeiten nicht gleichfalls entstanden wären.

Der Rekurs ist daher abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

### VIII. Civilstreitigkeiten

zwischen Kantonen einerseits und Privaten oder  
Korporationen anderseits.

#### Différends de droit civil

entre des cantons d'une part et des particuliers  
ou des corporations d'autre part.

95. Urteil vom 3. Dezember 1903 in Sachen Staat Bern,  
Kl. u. Wid.-Bekl., gegen Hoffketter, Bekl. u. Wid.-Kl.

*Eigentumsstreit über den Umfang eines vom Staat Bern einem Privaten verkauften, an den Thunersee grenzenden Stückes Land (« Lischenmoos »); was ist Land- und was Seegebiet? — Gutgläubiger Besitz, Erwerb der Früchte. — Civilrechtsstreit, Art. 48 Ziff. 4 O.-G. — Einrede der mehreren Streitgenossen, Art. 8 eidg. C.-P.-O. — Civilrechtliches Eigentum des Staats an öffentlichen Sachen gemäss Satz. 334, 335, 336 bern. C.-G.-B.*

A. Am 13. Juni 1879 brachte die Direktion der Domänen und Forsten des Kantons Bern, namens des Staates, zu Spiezwiler auf freiwillige und öffentliche Steigerung das „Lischenmoos am

„Swatt, Bäuert Einigen, Einwohnergemeinde Spiez, 30 Sucharten oder 10 Hektaren und 80 Aren haltend, und angrenzend „Morgens an den Thunersee.“ Aus den Steigerungsbedingungen ist hervorzuheben: Ziffer 1. Nutzen und Schaden sollen am 1. Januar 1880 beginnen. „Ziffer 2. Die Gewährspflicht wird in „jeder Beziehung aufgehoben. Ziffer 11. Die Steigerungsgegenstände werden übergeben mit allen gesetzlich damit verbundenen „Lasten und Beschwerden und in dem bisherigen und gegenwärtigen Zustande. Namentlich wird keine Gewähr und keine Verpflichtung übernommen bezüglich der Wasserstände des Thunersees und der Regulierung derselben, sondern in dieser Beziehung „volle Freiheit vorbehalten.“ Für den Fall ungenügenden Angebotes auf dem Steigerungswege wurde gleichzeitig das Wischenmoos auch pachtweise in Ausruf gebracht; die Pacht sollte gleichfalls auf 1. Januar 1880 ihren Anfang nehmen; der Wischenertrag sollte gemäß Ziffer 6 der Pachtbedingungen jährlich nur einmal geschnitten und abgeführt werden. An dieser Steigerung machten Hans Hofftetter zum Heustrichbad und Gottlieb Bähler, Wirt am Swatt, für das Wischenmoos und das gleichfalls zur Steigerung gebrachte Stück des Randergrienwaldes, zusammen ein gemeinschaftliches Angebot von 15,100 Fr. Die Domänendirektion des Kantons Bern schlug dieses Angebot aus, was Hofftetter unterm 8. Juli 1879 zur Kenntnis gebracht wurde, und es gaben daraufhin Hofftetter und Bähler gemeinsam ein Angebot von 18,600 Fr. ein. Mit Schreiben vom 26. August 1879 teilte die Domänendirektion Hofftetter mit, es sei inzwischen ein Angebot von 19,000 Fr. eingegangen; dieses rührte von Bähler her. Schon vorher, am 23. Juli 1879, hatten Hofftetter und Bähler, für den Fall der Annahme ihres gemeinsamen Angebotes, eine Teilung und Ausmarchung festgesetzt, wonach Hofftetter vom Wischenmoos als sein Alleineigentum zu übernehmen erklärte den untern Teil mit genau bezeichneten Grenzen, geschätzt zu 4500 Fr. Laut Nachtrag zu dieser Vereinbarung, vom 11. September 1879, wurde der Kaufpreis für diesen Teil auf 4800 Fr. festgesetzt und wurde die nördliche Grenze genau bezeichnet; gleichzeitig wurde von Hofftetter und Bähler ein neues gemeinschaftliches Angebot von 19,000 Fr. vereinbart. Am 8. November 1879 beschloß der

Große Rat des Kantons Bern auf den Antrag des Regierungsrates und der Staatswirtschaftskommission die käufliche Hingabe des Swattmooses um dieses Angebot von 19,000 Fr. an Hofftetter und Bähler. Gestützt hierauf fanden am 26. November 1879 die Kaufabschlüsse zwischen der Domänendirektion und Hofftetter sowie Bähler, in zwei getrennten Verträgen, statt. An Hofftetter wurde hienach verkauft: „Ein Stück Wischenmoos am „Swatt, Bäuert Einigen, Gemeinde Spiez, circa 5 Hektaren und „40 Aren haltend, und angrenzend: Morgens an den Thunersee . . . . Mitternachts an den Swattgraben und das von „Herrn Bähler vom Staat Bern durch Akt von heute erworbene „Stück Moos.“ In den Kaufverträgen wurden die Vereinbarungen zwischen Hofftetter und Bähler vom 23. Juli und 11. September 1879 wörtlich aufgenommen. Der Kaufpreis wurde demgemäß auf 4800 Fr. + 48 Fr. „Steigerungsrappen“ festgesetzt. Aus den Kaufsbestimmungen ist hervorzuheben: Nutzen und Schaden sollten mit 1. Januar 1880 beginnen; von da an sollte auch die — der Hypothekarkasse zu entrichtende — Kaufsumme zu 5 % jährlich zu verzinsen sein. Ziffer 11 der „Steigerungsbedingungen“ vom 13. Juni 1879 wurde als Kaufbestimmung aufgenommen. Endlich bestimmte Ziffer 5 der Kaufsbestimmungen: „die Grenze gegen den See ist innert Jahresfrist bestimmt festzustellen.“ Unter dem Titel „Erwerbung“ ist angegeben: „Der „Staat des Kantons Bern erwarb den Vertragsgegenstand infolge Zufertigungsbegehren vom 26. November 1879, mit Fertigung vom (nachträglich) 5. Januar 1880.“ Vom Regierungsrat des Kantons Bern wurde dieser Vertrag, gestützt auf den Beschluß des Großen Rates vom 8. November 1879, genehmigt am 30. Mai 1883. Die Fertigung des Kaufgegenstandes an den Käufer Hofftetter fand am 6. August 1883 statt. Im Kaufvertrag mit Bähler finden sich analoge Bestimmungen, namentlich ist auch Ziffer 5 der Kaufsbestimmungen des Vertrages mit Hofftetter hier aufgenommen.

Hoftetter, der das Kaufsobjekt zu dem vertraglich bestimmten Termin, 1. Januar 1880, angetreten hatte, ersuchte nun in der Folge die Domänendirektion wiederholt — z. B. mit Telegrammen vom 16. und 17. Februar und Brief vom 2. März 1881 —

um Veranstaltung der Ausmarchung, jedoch vergeblich. Mahnungen der Hypothekarkasse um Zahlung der verfallenen Zinse beantwortete Hofftetter jeweilen (so im September und Dezember 1883) damit, er sei berechtigt, die Zahlungen zu verweigern, solange nicht die Grenze gegen den See gemäß Ziffer 5 der Kaufbestimmungen endgültig festgesetzt sei. Erst im Juni 1892 — nachdem eine Mahnung Hoffteters vom Februar 1887 erfolglos geblieben war — beauftragte die Domänenverwaltung des Kantons Bern den Bezirksingenieur Zürcher und den Amtschaffner Trösch mit der Ausmarchung. Unter dem 16. März 1893 erstattete der an Stelle des inzwischen verstorbenen Bezirksingenieurs Zürcher getretene Bezirksingenieur Neuhaus Bericht über die bezüglichen Verhandlungen, gestützt auf einen von Geometer Niehans s. Zt. auf Veranlassung Hoffteters aufgenommenen Plan im Maßstabe 1 : 1000. Nach diesem Bericht würde, bei Zugrundelegung der Maßangabe im Kaufbriefe von circa 5 Hektaren 40 Aren, nur ein im Plane mit A—B—C—D bezeichneter Komplex verkauft worden sein, und es wäre die Grenze gegen den See, C—D, weiter landeinwärts gelegen als die Schilfgrenze und als ein von Hofftetter im Jahre 1888 angelegter Querweg (sog. Mittelweg); da Hofftetter diese Grenze nicht anzunehmen erklärte, kamen die Berichterstatter mit ihm überein, einen Komplex A—B—E—F, haltend rund 12 Hektaren, mit Grenzlinie gegen den See E—F, als Kaufgegenstand vorzuschlagen. Unter der Voraussetzung, daß der im Kaufvertrage angegebene Flächeninhalt nicht maßgebend sei und daß im Jahre 1879 der damals mit Schilf bewachsene Terrainkomplex verkauft worden sei, beantragten die Berichterstatter der Domänenverwaltung die Annahme dieses Vorschlags. Nachträglich wünschte Hofftetter auch einen weiter seewärts gelegenen Komplex E—F—G käuflich zu erwerben, und Amtschaffner Trösch, hierüber um Bericht und Antrag ersucht, berichtete (unter dem 18. März 1893) an die Domänenverwaltung folgendes: „Nach meiner Ansicht ist im Kauf ein Widerspruch, indem der Halt „auf circa 5,4 Hektaren und der Morgenanstoß an den See angeben ist. Schon im Jahre 1879 war der Halt vom Lischenmoos „viel größer, hat aber seither nach meiner Überzeugung und nach „den Aussagen von Leuten am Swatt noch zugenommen, indem

„Lische, die auf dem Seegrund stand, einfaulte und mit Schlamm „vom See her vermischt wieder Moos bildete, Erde ansetzte. „Heute auszumitteln, wie weit im Jahre 1879 Moos war und „wie weit der See ging, ist unmöglich. Nach meiner Auffassung „verkaufte der Staat dem Hrn. Hofftetter das Moos bis an den „See, abgesehen davon, ob das Stück nun mehr oder weniger „halte, als oben angegeben; unter allen Umständen mehr als das „Stück A—B—C—D auf dem Plan. Würde man ihm das „Stück A—B—E—F geben, hätte er nach meiner Überzeugung „ungefähr das, was damals Moos war. Wir machten ihm „auch diesen Vorschlag, allein er erklärte rundweg, er nehme ihn „nicht an und werde den Rechtsweg betreten. Das Stück E— „F—G hat für den Staat keinen großen Wert, für ihn nach „seiner Ansicht dagegen wegen der Fischerei. Wir verständigten „uns schließlich, um einen Prozeß zu vermeiden, auf die Linie „E—F . . . Außerhalb dieser Linie hat Hr. Hofftetter bis jetzt „seinen Bedarf an Eis genommen und machte deshalb . . . „den Vorschlag, die Linie G—F als Marchlinie zu bezeichnen. „Er anbietet für das Stück E—F—G 200 Fr.“ Der Amtschaffner stellte deshalb den Antrag, die Linie G—F als Marchlinie zu bezeichnen, und zwar auch für die Fischerei, wogegen Hofftetter eine Entschädigung von 250 Fr. zu zahlen habe. Die Finanzverwaltung lehnte den vorgeschlagenen Vergleich ab, nachdem sie sich noch speziell darüber erkundigt hatte, wie es mit der Ausübung der Fischerei durch Hofftetter stehe. Im September 1893 zahlte Hofftetter die gesamte Kaufsumme nebst Zinsen und Vertreibungskosten. Eine Grenzregulierung hat nicht stattgefunden.

B. Mit Klageschrift vom 7. Januar 1897 hat nun der Staat des Kantons Bern gegen Hans Hofftetter die Rechtsbegehren gestellt:

Es sei gerichtlich zu erkennen:

1. Es erstrecke sich das Eigentum des Beklagten an dem durch ihn vom Kläger käuflich erworbenen sog. Swattmoos, in der Bäuert Einigen, Gemeinde Spiez, gelegen, nur auf einen Komplex von circa 5 Hektaren 40 Aren; in dem Sinne, daß als Grenzlinie gegen Morgen diejenige Uferlinie des Thunersees Regel macht, welche im Zeitpunkte des Kaufabschlusses, d. h. im Jahre 1879, als solche bestanden hat.

2. Es sei der Kläger Eigentümer des außerhalb dieser Grenzlinie, seewärts gelegenen Gebietes, und es stehe demnach dem Beklagten irgendwelcher privatrechtlicher, über die in Satz. 335 C der Allgemeinheit zugestandenen Befugnisse hinausgehender Anspruch an diesem Gebiete nicht zu.

3. Es sei die streitige Grenze nach Maßgabe des ersten und zweiten Rechtsbegehrens gerichtlich festzusetzen.

4. Es sei der Beklagte schuldig, dem Kläger alles dasjenige, um was er aus dessen Vermögen ungerechtfertigt bereichert worden, zurückzuerstatten.

Eventuell, d. h. für den Fall, daß Begehren 4 ganz oder zum Teil abgewiesen werden sollte:

5. Es sei der Beklagte schuldig, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, welchen er demselben durch rechtswidrige Eingriffe in dessen Eigentum zugefügt hat.

6. Es sei der Beklagte schuldig:

a) weitere Eingriffe in das Fischereiregal des Staates zu unterlassen;

b) dem Kläger den ihm durch Verletzung des Fischereiregals zugefügten Schaden zu ersetzen.

Das Begehren 6 b wird nur für den Fall gestellt, daß die durch dasselbe geforderte Entschädigung nicht bereits unter die nach Maßgabe des 4. oder 5. Begehrens dem Kläger zuzusprechenden Beträge fallen sollte.

7. Es seien die gemäß Begehren 4, 5 und 6 b vom Beklagten zu leistenden Beträge gerichtlich festzusetzen.

Die Klagschrift bezeichnet die Klage als Eigentumsklage, kumuliert mit Negatorienklage, Grenzberichtigungsklage, Bereicherungsklage, Schadenersatzklage aus Art. 50 ff. und Klage aus dem Fischereiregal. Die Rechtsbegehren 1—3 sind wie folgt begründet: Es handle sich um die Abgrenzung dessen, was Seegebiet sei und als solches gemäß bernischem Civilrecht in das Eigentum des Staates falle, und dessen was „Moos“ sei und vom Staate dem Beklagten verkauft worden sei. Unter Seegebiet sei dasjenige Gebiet zu verstehen, das vom mittleren Hochwasserstande jeweilen in seinen Bereich gezogen und als Ufer- und demnach Grenzlinie somit diejenige Linie, welche durch diesen Wasserstand bezeichnet

werde. Als Grenze des Swattmooses auf der Seeseite sei sonach diejenige Linie zu betrachten, welche zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages, d. h. im Jahre 1879 die Uferlinie im entwickelten Sinne gebildet habe, und die an Hand des vorliegenden Beweismaterials auch heute noch mit annähernder Genauigkeit festzustellen sei. Für die Richtigkeit dieser Behauptung sprechen namentlich auch die Bestimmungen in Ziffer 2, 5 und 9 des Kaufvertrages. Die auf diese Weise gefundene Marke, auf dem Plane (von Neuhaus) mit C—D bezeichnet, ergebe ungefähr den im Kaufvertrage angegebenen Flächeninhalt von circa 5 Hektaren 40 Aren; das Gebiet des Beklagten umfasse danach die Fläche A—B—C—D auf jenem Plane. Diese Grenzlinie würde sich auch bei Zugrundelegung des mittleren Hochwasserstandes unter den heutigen Verhältnissen ergeben. Da der Thunersee durch § 1 der Verordnung vom 19. Oktober 1859 als öffentliches Gewässer erklärt worden sei und als solches gemäß Satz. 334 und 335 bern. C.-G.-B., sowie § 1 des Gesetzes vom 3. April 1857 über den Unterhalt und die Korrektur der Gewässer im Eigentum des Klägers stehe, erscheinen die Rechtsbegehren 1—3 als begründet. Die weiteren Rechtsbegehren werden gestützt auf die oben angegebenen Rechtsgründe der ungerechtfertigten Bereicherung, des Schadenersatzes aus Art. 50 ff. D.-R., und der Verletzung des Fischereiregals; im einzelnen verlangt der Kläger mit ihnen:

a) Für Bezug von Fische, Schilf etc. seit 1. Januar 1880 bis 1. Januar 1897, jährlich 200 Fr., zusammen . Fr. 3400 —

b) Für Bezug von Eis für die gleiche Zeit, jährlich 50 Fr., zusammen . . . . . „ 850 —

c) Für bezogenen oder noch ausstehenden Fischpachtzins, jährlich durchschnittlich 70 Fr., zusammen . . . . . „ 1190 —

Zusammen, Fr. 5440 —

unter Vorbehalt der Erfassforderungen für allfällig seit 1. Januar 1897 erfolgte Schädigungen.

C. (Überweisung an das Bundesgericht.)

D. In der Antwort hat der (ursprüngliche) Beklagte zunächst die dilatorische Einrede der mehreren Streitgenossen erhoben und demgemäß den Antrag gestellt, der Kläger sei mit den Rechts-

begehren seiner Klage einstweilen abzuweisen. Er begründet die Einrede damit, gemäß der Steigerung vom 13. Juni 1879 und dem daraufhin erfolgten gemeinschaftlichen Kaufangebote, das der Kläger angenommen habe, seien Bähler und der Beklagte als Streitgenossen zu betrachten und müssen daher auch gemeinschaftlich belangt werden; die Realteilung des ersteigerten Landes unter die beiden Ersteigerer sei eine interne Sache unter diesen; dem Kläger gegenüber seien sie gemeinschaftlich aufgetreten und der Beklagte dürfe daher nicht allein ins Recht gefaßt werden.

In der Sache selbst stellt der Beklagte die Rechtsbegehren:

1. Es sei der Staat Bern mit den Rechtsbegehren seiner Klage einstweilen abzuweisen. Eventuell, d. h. für den Fall der Abweisung der dilatorischen Einrede:

2. Es sei der Staat Bern mit Ziffer 1 seiner Rechtsbegehren abzuweisen.

3. Es sei der Staat Bern auch mit Ziffer 2 seiner Klagebegehren abzuweisen.

4. Es sei der klägerische Staat Bern mit Ziff. 3 seiner Klagebegehren insoweit abzuweisen, als er eine andere Grenzlinie zwischen dem Gwattmoos des Beklagten gegen den See hin verlangt, als Hr. Hoffstetter solche mit den hienach gestellten Begehren seiner Widerklage beansprucht.

5. Es sei der Staat Bern mit Ziffer 4 seiner Rechtsbegehren abzuweisen.

6. Der Beklagte sei von den klägerischen Ansprüchen, welche derselbe mit Ziffer 5—7 seiner Rechtsbegehren ihm gegenüber geltend macht, ohne Rücksicht auf deren einstige Begründetheit definitiv zu befreien; eventuell, d. h. für den Fall der Abweisung dieser peremptorischen Einrede:

7. Der klägerische Staat Bern sei mit den Klagebegehren sub Ziffer 5—7 abzuweisen; —

und erhebt folgende Widerklage:

1. Es sei gerichtlich zu erkennen, Hr. Hoffstetter sei Eigentümer des mit Kaufvertrag vom 26. November 1879 mit Fertigung vom 6. August 1883 vom Staate Bern erworbenen Teils vom Gwattlischenmoos und es erstrecke sich dieses Gwattlischenmoos auf der Morgenseite bis an den Thunersee, wobei als See das-

jenige Gebiet verstanden sein soll, welches zur Schiffahrt und Fößerei benutzt werden kann.

2. Die Grenze dieses Wischenmooses werde auf der Morgenseite gegen den See zu von derjenigen Linie gebildet, welche mit der Schilfgrenze zusammenfällt. (Als Schilfgrenze wird dabei diejenige Grenze angesehen, welche die Schiffahrt vom See aus gegen das Moos zu unmöglich macht. Diese Schilfgrenze würde demnach den Anfang des von Hrn. Hoffstetter beanspruchten Moooses zu bilden haben.)

Eventuell, d. h. für den Fall gänzlicher oder partieller Abweisung dieser Rechtsbegehren:

3. Es sei die Grenze des dem Hrn. Hoffstetter vom Staate Bern verkauften Moooses auf Grund der sämtlichen in Betracht fallenden Verhältnisse gemäß Satz. 404 des bernischen Zivilgesetzbuches festzustellen.

Die Begründung der Rechtsbegehren der Widerklage und der Antwort auf Klagebegehren 1—3 läßt sich wie folgt zusammenfassen: Unter „Wischenmoos“ sei zu verstehen ein sumpfiges Gebiet, auf dem Wische (d. h. Niedgras, Knospen, Schilfrohr und Rohrschilf) wachse. Diesen Begriff, der sich mit den Definitionen im Schweizerischen Jdotikon und in andern Wörterbüchern deckt, haben die Parteien auch im Kaufvertrage zu Grunde gelegt, und er rechtfertige sich auch in Hinsicht auf die von jeher statigehabte wirtschaftliche Benutzung des verkauften Terrains. Rechtlich nun sei der Staat gemäß bernischem Zivilrecht nicht Eigentümer der öffentlichen Gewässer, sondern er habe an ihnen nur die sogenannte Wasserhoheit; daraus folge ohne weiteres die Abweisung des Klagebegehrens 2. Es komme sonach nur in Frage, welches Gebiet dem Beklagten zu eigen gehöre und wie die Grenze zwischen dem öffentlichen Gut, d. h. dem See, und dem Eigentum des Beklagten, d. h. dem Moos festzustellen sei. Diese Grenze werde gebildet durch die sogenannte Vegetationsgrenze. Irgend eine Wasserstandslinie könne bei den eigenartigen Verhältnissen des Moooses nicht in Frage kommen. Soweit Wische und Schilf wachse, reiche das Moos, nicht das Seegebiet, und sei somit der Beklagte als Eigentümer anzusehen. Das ergebe sich aus der historischen Entwicklung der Rechtsverhältnisse am Gwattmoos

und Randergrienwald, wofür Urkunden angerufen und eingelegt werden. Übrigens habe der Kläger bei Bähler die Schilfgrenze als Grenze gegen den See genehmigt, und diese Genehmigung schließe auch eine solche für das Land des Beklagten in sich. Ferner habe der Beklagte das vom Kläger beanspruchte Land fortwährend genutzt und es daher durch Erziehung erworben. Eventuell stehe ihm der Erwerbgrund des Zuwachses zur Seite. Auch sei der Kläger gebunden durch die Auslegung des Kaufvertrages durch Amtschaffner Trösch in dem Bericht vom 18. März 1893, indem dieser als Vertreter des Staates gehandelt habe. Des weitern gelten die Auslegungsregeln, daß ein Vertrag im Zweifel gegen den, der ihn aufgesetzt habe, also hier gegen den Kläger, auszulegen sei, und die weitere, « in dubio contra fiscum. » Zu den accessorischen Begehren führt die Antwort im wesentlichen aus: Es handle sich um bezogene Früchte, die der Beklagte nicht herauszugeben habe. Die Gewinnung von Eis stehe jedermann frei, da es sich um den Gemeingebrauch an einer öffentlichen Sache handle. Die Begründung des Rückforderungsbegehrens aus ungerichtlichem Bereicherung und des Schadenersatzbegehrens aus Art. 50 ff. O.-R. gehe fehl, weil der Kläger an dem, was er dem Beklagten streitig mache, kein Eigentum besitze, der Beklagte sich somit auch nicht aus dem Vermögen des Klägers habe bereichern und dem Kläger keinen Vermögensschaden habe zufügen können. Der Klage aus Art. 50 ff. O.-R. würde auch die Einrede der Verjährung entgegengesetzt. Die Verpachtung der Fischerei im Swattgraben und Mühlegraben endlich übe der Beklagte kraft eines ihm zustehenden Rechtes aus, da diese Gewässer in seinem Privateigentum stehen.

E. Aus der Replik ist hervorzuheben: Die Voraussetzung der Einrede der mehreren Streitgenossen treffe nicht zu, da es sich um ein dem Beklagten allein zustehendes Grundstück handle; auch sei auf Art. 41 eidg. E.-P.-D. zu verweisen. Nach bernischem Recht sei der Staat allerdings Eigentümer der öffentlichen Sachen, als welche der Thunersee unzweifelhaft anzusehen sei. Eine Okkupation öffentlicher Sachen durch Erziehung sei nicht zulässig. Eventuell sei der Beklagte nicht redlicher Besitzer und sei die Erziehung unterbrochen worden.

F. Aus der Duplik ist nichts wesentliches mitzuteilen.

G. In der Sache ist Beweis durch Urkunden, Zeugen, Augenschein und Expertise geführt worden. Auf die Ergebnisse des Beweisverfahrens wird, soweit zur Entscheidung der Sache notwendig, im rechtlichen Teile eingetreten.

H. Nachdem der ursprüngliche Beklagte im Jahre 1903 gestorben ist, hat dessen Witwe als einzige Noterbin die Fortführung des Prozesses gemäß Art. 75 eidg. E.-P.-D. übernommen.

J. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Parteien ihre in den Rechtschriften gestellten Anträge erneuert.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache ist auf Grund des Art. 48 Ziff. 4 O.-G. nach allen Richtungen gegeben. Die Parteien sind darüber einig, daß der Wert des vom Kläger vindizierten Areals den Betrag von 3000 Fr. übersteigt, und zudem übersteigen auch die mit den accessorischen Klagebegehren gestellten Forderungen jenen Betrag. Sodann handelt es sich auch um eine civilrechtliche Streitigkeit: Der Kläger bestreitet mit dem 1. Klagebegehren dem Beklagten den von diesem behaupteten Umfang seines civilrechtlichen Eigentums am Swatmoos und verlangt mit dem zweiten Anerkennung seines eigenen civilrechtlichen Eigentums an einem Teil dieses Swatmooses. Wenn man nun der vom Beklagten vertretenen Ansicht sein sollte, daß ein solches civilrechtliches Eigentum an dem vom Kläger beanspruchten Areal gar nicht möglich sei, so könnte allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob es sich bei diesen beiden mit einander konnexen Begehren nicht um ein dem öffentlichen Rechte vorbehaltenes Verhältnis handle. Allein wie später nachgewiesen werden wird (Erw. 4), ist dieser Standpunkt nicht haltbar. Die accessorischen Klagebegehren ferner sind ausdrücklich auf civilrechtliche Titel gestützt, und es ist daher der civilrechtliche Charakter der damit geltend gemachten Forderungen nicht zu bezweifeln, abgesehen etwa von Rechtsbegehren 6, soweit damit Verletzung des Fischereiregals behauptet wird. Die Zweifelhastigkeit der Kompetenzfrage in diesem Punkte schließt jedoch ein Eintreten auf die übrigen Rechtsbegehren nicht aus, da es sich

bei diesen, und bei der Streitsache als ganzes betrachtet, nach dem Gesagten um eine civilrechtliche Streitigkeit handelt.

2. Die vom Beklagten vorab erhobene dilatorische Einrede der mehreren Streitgenossen entbehrt jeder Begründung. Es ist durchaus nicht richtig, daß Bähler als Mitverpflichteter des Beklagten anzusehen sei. Allerdings hatten der Beklagte und Bähler ein gemeinsames Angebot an der Steigerung vom 13. Juni 1879 und auch später beim Freihandverkauf gemacht; allein jenes Angebot ist ja dann dahin gefallen und der einzig maßgebende Freihandverkauf hat schließlich an den Beklagten und Bähler gemäß ihrem eigenen ausdrücklichen Begehren getrennt stattgefunden. An dem dem Beklagten verkauften Teile hat Bähler anerkanntermaßen kein Recht; von einer Mitverpflichtung des Bähler bei der heute gegen den Beklagten Hoffstetter geltend gemachten Ansprüche kann daher keine Rede sein. Der Umstand aber, daß sich auch im Kaufvertrage mit Bähler eine der Ziffer 5 der Bestimmungen des Kaufvertrages mit dem Beklagten gleichlautende Verpflichtung der Grenzregulierung findet, berührt den Widerkläger, der seinerseits am Grundstücke Bählers keine Rechte hat, nicht, und wieso die Nichterhebung der Klage gegen Bähler ihn von der Einlassung befreien oder dazu führen sollte, daß die gegen ihn gerichtete Klage einstweilen abzuweisen sei, ist schlechterdings nicht einzusehen, da es eben an einer Rechtsgemeinschaft zwischen dem Beklagten und Bähler, aus der beide gemeinsam dem Kläger gegenüber berechtigt und verpflichtet wären, völlig fehlt.

3. Die Vorklage charakterisiert sich nun, wie schon in Erw. 1 angedeutet, als Eigentumsklage. Und zwar erhebt der Kläger speziell mit Rechtsbegehren 1 eine Negatorienklage, indem er begehrt, daß das Eigentum des Beklagten räumlich auf ein geringeres Gebiet festgesetzt werde als dieser beansprucht; mit Rechtsbegehren 2 dagegen stellt er das positive Begehren auf Anerkennung seines Eigentums an dem außerhalb dieses Gebietes, gegen den See hin, gelegenen Gebiete; und zwar klagt er auf Anerkennung seines Eigentums in dem Umfange, den ihm das Gesetz — bernisches C.-G.-B. Satz. 335 — zuweist, d. h. mit dem Vorbehalte des öffentlichen Gebrauches. Das dritte Rechtsbegehren ist dann nur eine Folge der beiden ersten; es handelt sich hierbei

nicht etwa um eine eigentliche Grenzregulierungsklage im Sinne von Satz. 404 bern. C.-G.-B.; denn diese hat zur Voraussetzung, daß das beidseitige Eigentum nicht festgestellt werden könne, währenddem hier beide Parteien mit bestimmten Eigentumspräventionen auftreten und sich die Festsetzung der Grenze als einfache Konsequenz aus dem Urteil über die Eigentumsfrage ergibt; würden die beiden ersten Klagebegehren abgewiesen, so fielen auch das dritte ohne weiteres dahin. Bei Rechtsbegehren 3 der Widerklage allerdings, das aber nur eventuell gestellt ist, handelt es sich um eine eigentliche Grenzregulierungsklage, während die beiden ersten Widerklagebegehren sich nach ihrer rechtlichen Natur mit den Rechtsbegehren der Klage decken, denen sie diametral gegenüberstehen.

4. In erster Linie ist nun davon auszugehen, daß, entgegen der Bestreitung des Beklagten, der Staat nach bernischem Zivilgesetzbuch in der Tat an den öffentlichen Sachen civilrechtliches Eigentumsrecht hat und nicht die bloße sogenannte Hoheit darüber ausübt. Das ergibt sich klar aus Satz. 335 C.-G.-B., wo von den dem Staate „angehörenden“ Sachen die Rede ist, in Verbindung mit Satz. 334 eod., wonach alle innerhalb des Staatsgebietes befindlichen Sachen entweder dem Staate oder Privaten gehören, herrenlose Sachen also nicht vorkommen. Die in der Theorie bekanntlich allerdings sehr umstrittene Frage der Rechte des Staates an den sogenannten öffentlichen Sachen braucht daher im vorliegenden Falle nicht erörtert zu werden, da sie durch das Gesetz ihre klare Lösung gefunden hat. Ebensovienig braucht die Kategorie des sogenannten öffentlichen Eigentums zur Charakterisierung der Rechte des Staates herbeigezogen zu werden, da eben das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen im bernischen Zivilgesetzbuch gleich demjenigen der Privaten und als vollständiges Gegenstück zu diesem behandelt wird, was in Satz. 336 noch besonders hervorgehoben ist. Der Beklagte hat nicht einmal behauptet, daß in Bezug auf die im Streite liegende öffentliche Sache in irgend einem bernischen Gesetze Bestimmungen existieren, welche sie im Sinne der Satz. 336 außerhalb der gewöhnlichen Civilrechtsordnung setzen würden; der Staat muß danach ohne weiteres auch als berechtigt anerkannt werden, zur

Wahrung seiner Rechte die gewöhnlichen civilrechtlichen Klagen anzustellen.

5. Unbestritten ist nun, daß der Thunersee ein öffentliches Gewässer ist, und soweit das Seegebiet reicht, ist daher auch der Kläger als Eigentümer zu erklären, da er dem Beklagten nicht Seegebiet, sondern das Gwattmoos, angrenzend an den See, verkauft hat. Der Kläger anerkennt richtigerweise, für seine Vindikations- und Negatorienklage beweispflichtig zu sein. Das ihm obliegende Beweissthema ist nach der übereinstimmenden Annahme der Parteien dahin zu fassen, daß er zu beweisen hat, daß das von ihm beanspruchte Gebiet „See“ und nicht „Moos“ ist; der Beklagte anerkennt seinerseits, daß er auf Seegebiet keinen Anspruch hat. Jenes Beweissthema folgt denn auch aus dem Kaufvertrage, in dem der Vertragsgegenstand und die Grenzen bestimmt sind und ausdrücklich eine Pflicht der Kontrahenten zur Vermarkung der Grenze, gegen den See hin, statuiert ist. Darauf, ob die früheren Pächter seinerzeit mehr genutzt haben, als was heute dem Beklagten vom Kläger zugestanden wird, kann für die heute streitige Frage nichts ankommen; das dem Beklagten überlassene Kaufsobjekt muß, nach Ziff. 5 der Vertragsbestimmungen selber, heute neu objektiv umschrieben werden, und es besteht eine vertragliche Pflicht beider Parteien, zu dieser Abgrenzung Hand zu bieten. Fragt es sich nun, was nach dem Sinne des Kaufvertrages als Grenze, und somit, was als „See“ und was als „Moos“ zu bezeichnen sei, so wäre denkbar, daß hierfür eine subjektive Begriffsbestimmung durch die Parteien selber maßgebend sein sollte. Der Beklagte scheint diesen Standpunkt einnehmen zu wollen, wenn er geltend macht (S. 38 der Antwort), die Vertreter des Staates, Amtschaffner Trösch und Bezirksingenieur Neuhaus seien darin einig gegangen, daß dem Beklagten im Jahre 1879 der damals mit Schilf bewachsene Terrainkomplex verkauft worden sei, und wenn er auf die früheren Pachtverträge über das Gwattmoos abstellt. Allein es ist nicht richtig, daß Amtschaffner Trösch die Auffassung des Beklagten geteilt habe; und dem, was Bezirksingenieur Neuhaus als Experte gefunden hat, kann nur der Wert einer gutachtlichen Äußerung, nicht aber der Wert einer den Staat bindenden Erklärung zu-

kommen. Die früheren Pachtverträge aber können nach dem schon ausgeführten für die zu suchende Begriffsbestimmung nicht von Bedeutung sein. Endlich könnte auch darin, daß der Kläger bei Bähler die äußere Schilfgrenze als Grenze anerkannt hätte, keine ihm dem Beklagten gegenüber bindende Anerkennung einer solchen Grenze gefunden werden, ganz abgesehen davon, daß aus der Tatsache, daß gegenüber Bähler bis jetzt keine rechtlichen Schritte getan worden sind, natürlich eine solche Anerkennung noch nicht geschlossen werden kann. Ist so eine Willenseinigung zwischen den Parteien darüber, was als „See“ und was als „Moos“ anzusehen sei, nicht zustande gekommen und jedenfalls nicht erwiesen, so können hierfür nur objektive Kriterien maßgebend sein, die an Hand der Wissenschaft zu suchen sind. Es war daher für diese Frage auf das Gutachten Sachverständiger abzustellen, wie denn auch beide Parteien ursprünglich darin einig waren, daß als Kriterium für jene Begriffe „See“ und „Moos“ ein objektives Merkmal, eben an Hand der Wissenschaft gefunden werden müsse, und sie nur insofern auseinander gingen, als der Kläger als Begrenzung den sogenannten mittleren Hochwasserstand angenommen wissen wollte, während der Beklagte als Grenze die sogenannte Vegetationsgrenze bezeichnete und hierunter die äußere Schilfgrenze verstand, d. h. alles Gebiet, wo (Fische und) Schilf wächst, als „Moos“ in Anspruch nahm, und nur das darüber hinausgelegene schiffbare Gebiet als „See“ gelten ließ. In diesem Sinne sind denn auch den Experten die Fragen von den Parteien vorgelegt worden. Das Gutachten der Experten über diese, die Hauptsache des Streites entscheidende Frage ist nun ganz klar und läßt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Es läßt sich dahin zusammenfassen: Nachdem die Experten festgestellt haben, daß das ganze in Frage kommende Gebiet — auf dem die Grenze zwischen „Moos“ und „See“ ausfindig zu machen ist — 12,100 Hektaren mißt, stellen sie fest, daß bei Zugrundelegung des „mittleren Hochwasserstandes“, den sie im vorliegenden Falle mit dem Begriff „mittlerer Sommervasserstand“ identifizieren, der größte Teil des Gwattmooses unter Wasser steht. Sodann führen sie aus, da es sich hier um ein „Moos“ handle, auf dessen Bestand mäßige Schwankungen der Wasserstände keinen Einfluß

haben, so könne der mittlere Hochwasserstand nicht die Grenze bilden, sondern es sei die Uferlinie, d. h. die Scheidelinie zwischen Land und See, gegeben durch die Vegetation, indem sich auf der einen Seite eine Vegetation befinde, die auf eigentlichem Landboden wachse, auf einem Boden, der durch die sogenannte „Verlandung“ entstehe, wobei derselbe noch zeitweise unter Wasser stehe, auf der andern Seite eine Vegetation, welche noch gedeihen könne, oder gerade besonders gedeihe, wenn, bezw. weil ihre Standfläche beständig unter Wasser sei. Sie scheiden auf Grund dieser Ausführungen zwei Vegetationszonen aus, das sogenannte Caricetum, Seggen, „Lische“ i. e. S., und das Phragmitetum, Röhricht, Schilf; erstere Zone bezeichnen sie als Land- letztere als Seegebiet. Mit dem Beklagten nehmen sie also als Scheidelinie nicht irgend eine Wasserstandslinie, insbesondere auch nicht die Linie des mittleren Hoch- (Sommer-) Wasserstandes an, sondern eine Vegetationslinie; dagegen differieren sie vom Beklagten darin, daß sie als richtige Vegetationslinie bezeichnen nicht die Linie zwischen Schilf und offenem Wasser, sondern zwischen dem Seggen- oder Lischenbestand einerseits, dem Schilfbestand andererseits. Sie stützen sich dabei auch auf den Kaufvertrag, wonach dem Beklagten ein „Moos“, genannt „Gwattlischenmoos“, verkauft ist, und definieren als „Lische“ „die sauren, als Streue und etwa auch als Futter benützten Niedgräser“, und, im Anschlusse an das schweizerische Idiotikon und an allgemeine botanische Begriffe, „ein geringeres, gröberes, auf nassem Boden wachsendes saures Gras, ein sogenanntes Niedgras, im speziellen „eine Segge, carex.“ Sie führen aus, hie und da werde auch noch das Schilfrohr zur Lische, in einem weiteren Sinne des Wortes als Streuepflanze überhaupt, gerechnet, meistens aber und zwar gerade im Kanton Bern nicht als Streue benutzt und daher nicht gesammelt, wie es auch im Gwattmoos der Fall sei; der Begriff „Lische“ sei hier im engeren Sinne zu fassen. Sie bezeichnen auf dem von ihnen aufgenommenen Plane die von ihnen so gefundene Grenzlinie mit den Buchstaben C—D—E—F und messen das ganze innerhalb der Lischenvegetation gelegene Gebiet A—C—D—E—F—B, die jetzige Ausdehnung der Lische, auf 5,8115 Hektaren aus. Endlich bemerken sie, es sei heute (Da-

tum des Gutachtens: 5. Januar 1903) auf Grund der Akten und des Augenscheins nicht möglich, den Zustand und die Ausdehnung des Mooses weder für den 1. Januar 1880 noch für den 6. August 1883 topographisch darzustellen; seit dem 1. Januar 1880 sei das damals bestandene Moos durch den Verlandungsprozeß, der sich an solchen Stellen geltend mache, etwas größer geworden, doch lasse sich nicht bestimmen, um wie viel. Dieses Gutachten, das von anerkannt Sachverständigen herrührt, muß für den Richter maßgebend sein und ist dem Entscheide ohne weiteres zu Grunde zu legen. Die Einwendungen des Vertreters des Beklagten hiegegen, wonach unter „Lische“ auch das „Schilf“ zu verstehen sei, vermögen den Ausführungen des Gutachtens gegenüber nicht aufzukommen; und wenn er heute ausgeführt hat, es habe keine der Parteien je daran gedacht, daß eine „botanische“ Grenze die Scheidelinie bilden solle, so widerspricht das seinen eigenen früheren Ausführungen und seinen Fragen an die Experten. Wichtig ist nun allerdings, daß richtiger Weise die Grenze, wie sie zur Zeit des Kaufabschlusses und des Kaufantrittes bestand, zu Grunde zu legen wäre, allein da die Experten erklären, die Bestimmung dieser Grenze sei heute nicht mehr möglich, bleibt nichts anderes übrig, als die heutige Vegetationsgrenze zur Grundlage zu nehmen. Allerdings wird damit dem Beklagten etwas mehr zugesprochen, als was ihm im Jahre 1879 verkauft worden ist. Allein die lange Verzögerung der Vermarchung ist wesentlich auf die Schuld des Klägers zurückzuführen, und es erscheint daher keineswegs als unbillig, wenn er den aus dieser Verzögerung infolge des natürlichen Vorganges der „Verlandung“ entstandenen Schaden an sich tragen muß. Übrigens ist der Anspruch des Beklagten auf das durch die „Verlandung“ seit dem Kaufabschlusse hinzugekommene Gebiet auch rechtlich begründet, da es sich hiebei um „Zuwachs“ im Sinne der Satz. 345 litt. a bern. C.-G.-B. handelt und dieser „Zuwachs“ dem Eigentümer der Hauptsache, also hier des Gwattmooses, somit dem Beklagten zufällt. Den Erwerbstitel der Ersetzung kann der Beklagte nicht anrufen, da eine solche gemäß Satz. 1029 bern. C.-G.-B. an öffentlichen Sachen ausgeschlossen ist.

Nach dem Gesagten ist die Vindikationsklage des Klägers zu schützen, soweit es sich um das außerhalb, jeewärts, der auf dem Plane der Experten mit C—D—E—F bezeichneten Vegetationsgrenze liegende Gebiet handelt, in dem Sinne, daß der Kläger als Eigentümer dieses Gebietes bezeichnet wird und dem Beklagten daran keine anderen Rechte zustehen, als sie durch Satz. 335 bern. C.-G.-B. jedermann zugestanden sind. Nach dem Expertengutachten mißt dieses Gebiet 60505 m<sup>2</sup>. Das innerhalb gelegene Gebiet, 58115 m<sup>2</sup> haltend, begrenzt durch die Linien A—B—F—E—D—C, ist als Eigentum des Beklagten zu erklären, und als Grenzlinie ist somit die von den Experten gefundene Vegetationslinie C—D—E—F zu bezeichnen. Hienach fällt allerdings ein Teil des feinerzeit vom Beklagten erstellten Mittelweges in das Seegebiet; allein da der Beklagte für diesen Fall keine Begehren gestellt hat, braucht das daraus entstehende Rechtsverhältnis nicht weiter erörtert zu werden.

6. Die accessorischen Begehren (Rechtsbegehren 4—6) begründet der Kläger mit Berufung auf die Bestimmungen des eidg. Obl.-Rechts über ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 70 ff.) und unerlaubte Handlungen (Art. 50 ff.), sowie, was Rechtsbegehren 6 betrifft, unter Hinweis auf das Fischereiregal. Soweit er nun Ersatz des vom Beklagten bezogenen Eises, Schilfes und Lische verlangt, so können diese Begehren auf keinen Fall zugesprochen werden. Denn ob man nun die vom Kläger angerufenen Grundsätze des Obligationenrechts über unerlaubte Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung bringe oder — was natürlich allein richtig ist — die Grundsätze der Eigentumsklage über die Pflicht zur Rückerstattung der von dem vindizierten Objekte bezogenen Früchte, so kann der Beklagte nur unter der Voraussetzung zur Rückerstattung der Früchte verhalten werden, daß er zum Bezug derselben kein Recht hatte. Und nun ergibt sich ein solches Recht des Beklagten bezüglich der Eis- und Schilfgewinnung — auf die nach dem Expertengutachten nun auf dem dem Beklagten zugesprochenen Boden wachsende Lische hätte der Kläger überhaupt nie Rechte geltend machen können — schon aus der Qualität des vom Staate vindizierten Areals als öffentliche Sache, deren Gebrauch gemäß Satz. 335 jedermann

erlaubt ist. Denn was zunächst die Eisgewinnung betrifft, so erscheint mangels des Nachweises eines entgegenstehenden Verbotes klar, daß diese ebenso sehr unter den Begriff des Gemeingebrauchs fällt, wie das Schöpfen von Wasser als derselben Materie in flüssigem Zustande. Aber auch die Schilfgewinnung geschieht in Ausübung des Gemeingebrauches; vgl. König, Civilgesetzbuch für den Kanton Bern, Bd. II, S. 11, wonach jedermann Pflanzen aus dem öffentlichen Flußbette abführen darf, sofern nicht der Staat aus polizeilichen Gründen eine solche Abfuhr verbietet; und da nun ein solches Verbot nicht nachgewiesen ist, ja vom Kläger nicht einmal das Bestehen eines derartigen Verbotes behauptet wird, muß in Hinblick auf die gleiche Rechtsnatur eines öffentlichen Flusses und eines öffentlichen Sees, jener Rechtsgrundsatz auch für die letztere Sache gelten.

7. Die behauptete unerlaubte Fischerei betreffend, steht dem Kläger auch hier kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus unerlaubter Handlung zu, ebensowenig ein solcher aus dem Fischereiregal. Festgestellt ist zwar in tatsächlicher Beziehung, daß der Beklagte die Fischerei verpachtet hatte und daß seine Pächter auch in einem Gebiete die Fischerei ausübten, das nun als Seegebiet erklärt wird; allein der Beklagte übte die Verpachtung aus und bezog den Pachtzins kraft seines vermeintlichen Eigentumsrechtes und auf Grund seines Besitzes; es handelte sich also hier ebenfalls um den Bezug von — civilen — Früchten der vindizierten Sache, und da der redliche Besitzer nach Satz. 357 über die Verwaltung der von ihm besessenen Sache keine Rechenschaft zu geben hat und sich die Früchte derselben durch die Gewinnung und die versfallenen Nutzungen anderer Art durch die Erhebung zueignet, eine Verpflichtung zur Rückgabe bezw. zum Schadenersatz u. s. w. nicht hat, so kann es sich nur fragen, ob der Beklagte bis zur Klageerhebung als redlicher Besitzer des nun dem Staate zugesprochenen Areals anzusehen sei, eine Frage, die unbedenklich zu bejahen ist. Gemäß Satz. 355 bern. C.-G.-B. ist „der Besitzer, welcher keinen Grund hat, an der Rechtmäßigkeit seines Titels zu zweifeln“, „ein redlicher“, „und derjenige, welcher die Unrechtmäßigkeit seines Titels kennt, ein unredlicher Besitzer“. Die Tatsache des Besitzes ist nicht

streitig. Als Erwerbstitel, auf den sich der Beklagte zu stützen befugt war, ist der Kaufbrief anzusehen. In diesem war allerdings die Grenze gegen den See hin nur allgemein bestimmt, und war eine nähere Vermarchung vorgesehen. Allein wenn der Beklagte annahm, die Grenze werde gebildet durch die äußere Schilfgrenze, alles, was von Schilf bestanden sei, gehöre ihm, er könne somit auch das Fischereirecht kraft seines Eigentums in diesem ganzen Gebiete ausüben, so kann nicht gesagt werden, daß er hiebei in bösem Glauben gewesen wäre. Die Bestimmung der Grenze gegen den See war in der Tat vag und allgemein, und ihm, als Nichtfachmann, konnte nicht wohl zugemutet werden, als Seegebiet das anzusehen, was nun gemäß dem Gutachten der Sachverständigen als solches zu bezeichnen ist. In seiner Anschauung mußte er bestärkt werden durch die Handlungsweise des Klägers, der ihn die längste Zeit ungestört im Besitze ließ und die Vermarchung trotz seiner, des Beklagten, Mahnungen immer und immer wieder hinausgezögert hat; sodann durch das Gutachten und den Vergleichsvorschlag Trösch-Neuhaus, die seine Auffassung teilten, und die Tatsache, daß die maßgebenden Organe des Klägers auf diesen Vorschlag ohne Angabe eines Grundes nicht eingingen; endlich dadurch, daß der Kläger gegen Wähler überhaupt keine Vorkehrungen traf. Alle diese Umstände lassen den Beklagten als redlichen Besitzer erscheinen. Der einzige Umstand, der auf den ersten Blick gegen die Annahme des guten Glaubens zu sprechen scheint, ist die Angabe im Kaufbriefe über das Flächenmaß. Allein die mit der Beantwortung dieser Frage betrauten (zweiten) Experten erklären so kategorisch, auf die Angaben über das Flächenmaß sei in der dortigen Landesgegend, wie allgemein bekannt, kein Verlaß, und Fälle, wie der vorliegende, wo das wirkliche Maß das in den Steuerregistern angegebene um das doppelte und mehr übersteige, seien so häufig, daß auf diesen Punkt nicht abgestellt werden darf. Die Schadenersatzbegehren des Klägers sind daher abzuweisen. Soweit — mit Klagebegehren 6 a — Unterlassung weiterer Eingriffe in das Fischereiregal des Klägers gefordert wird, folgt der geforderte Schutz schon aus der Zusprechung von Klagebegehren 2, sodaß auf dieses Spezialbegehren nicht einzutreten ist.

8. (Kosten.)

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Die dilatorische Einrede der Beklagten wird abgewiesen.
2. Das Eigentum der Beklagten an dem durch ihren Ehemann felig vom Kläger käuflich erworbenen sog. Swattmoos in der Bäuert Einigen, Gemeinde Spiez, wird festgestellt auf einen Komplex von 5 Hektaren 81 Aren 15 m<sup>2</sup>, gegen den See begrenzt durch die Linien C—D—E—F auf dem Plane der bundesgerichtlichen Experten.
3. Der Kläger wird als Eigentümer des außerhalb dieser Grenzlinie, seewärts, gelegenen Gebietes im Sinne der Satz. 335 des bernischen Zivilgesetzbuches erklärt, und es stehen demnach der Beklagten irgendwelche privatrechtliche, über die in Satz. 335 C.-G.-B. der Allgemeinheit zugestandenen Befugnisse hinausgehende Ansprüche an diesem Gebiete nicht zu.
4. Die streitige Grenze wird gerichtlich im Sinne von Dispositiv 2 und 3 hievon festgesetzt.
5. Die Klagebegehren 4, 5 und 6 b werden abgewiesen.
6. Auf das Klagebegehren 6 a wird nicht eingetreten.
7. Die Widerklage wird abgewiesen.