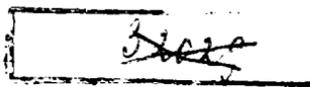


Beitrag
zur
Lehre vom Wasserrecht
nach baltischem Privatrecht.



Von

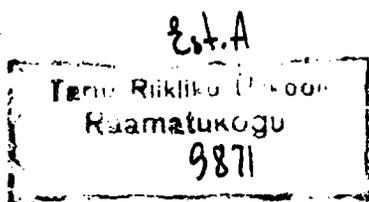


H. von Broecker
vereidigtem Rechtsanwalt.



Riga, 1897.
Verlag von Jonck & Poliewsky.

Дозволено цензурою. — Юрьевъ, 14 августа 1897 г



Druck von C. Mattiesen in Jurjew.

Einleitung.

Vor einigen Monaten ist eine Broschüre des Herrn Dr. Gürgens „Ueber die rechtliche Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern nach baltischem Privatrecht“¹⁾ erschienen, welche hauptsächlich durch meine Schrift „Beitrag zur Lehre vom Fischereirecht nach liv-, est- und curländischem Privatrecht“²⁾ veranlasst worden ist und in Bezug auf einige Fragen zu derselben in Gegensatz tritt. Bei dem nicht unbedeutenden Interesse, welches in Folge einer Reihe von Processen die Fragen unseres Fischerei- und Wasserrechts gegenwärtig beanspruchen, halte ich es für angebracht nochmals auf diese äusserst schwierige Materie einzugehen.

Ich habe in meiner Broschüre unter Anderem folgende Behauptungen aufgestellt:

I. Die Frage, wem die ausschliessliche Fischereiberechtigung zusteht, ist verschieden zu beantworten, je nachdem das zu Fischereizwecken zu ~~benutzende~~ ^{benutzende} Gewässer im Privateigenthum oder nicht im Privateigenthum steht³⁾.

II. Die öffentlichen Flüsse stehen im Eigenthum des Staates, sind jedoch dem öffentlichen Gebrauch überlassen⁴⁾.

1) Riga 1897, Verlag von Jonck und Poliewsky.

2) Erschienen im Verlage des Secretairen der livländischen Abtheilung des Kaiserl. Russischen Fischereivereins, Jurjeff 1897.

3) S. 21.

4) S. 42 ff.

III. Die ausschliessliche Fischereiberechtigung in Privatgewässern gehört den Eigenthümern dieser Gewässer¹⁾).

IV. Die Frage, wem das Eigenthum an den Privatgewässern zusteht, entscheiden die Art. 1012 und 1013 des Provincialrechts²⁾).

In der Auffassung dieser beiden Artikel, sowie in der Entscheidung der Frage, ob die öffentlichen Flüsse im Privateigenthum oder im Staatseigenthum stehen, weicht die Ansicht des Herrn Dr. Gürgens von der meinigen ab.

Art. 1012 lautet: „Die innerhalb der Grenzen eines Grundeigenthumes befindlichen Gewässer, sie mögen stehende oder fliessende Wässer sein, gehören dem Grundeigenthümer und können von demselben ausschliesslich und nach Belieben genutzt werden.“

Art. 1013 lautet: „Diejenigen fliessenden sowohl, als stehenden Gewässer, welche die Grundstücke verschiedener Eigenthümer durchschneiden oder bespülen, stehen im gemeinschaftlichen Eigenthum der angrenzenden Grundherren, so dass jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zusteht.“

Wenn wir diese beiden Artikel betrachten, so müssen wir uns vor allen Dingen zwei Fragen beantworten:

1) Was soll nach diesen Art. den Adjacenten gehören oder mit anderen Worten, was versteht die Codification unter dem Ausdruck „Gewässer“, welche integrirenden Bestandtheile gehören nach unserem Recht zu diesem Begriff und

2) In welchem rechtlichen Verhältniss stehen Gewässer zu den angrenzenden Grundstücken, sind sie Theile oder Perennenzen derselben?

1) S. 22.

2) S. 22 ff.

Die erste Frage habe ich dahin beantwortet, dass unser Provincialrecht unter Gewässer das aus einer fliessenden oder stehenden Wassermasse und einem von dieser bedeckten Stück Land (Bett) bestehende Ganze versteht ¹⁾, dass die integrirenden Bestandtheile eines Gewässers somit 1) die Wassermasse und 2) das Bett, nicht aber die Ufer sind, dass den Adjacenten daher gemäss Art. 1012 und 1013 sowohl das ihre Grundstücke bespülende oder durchschneidende Wasser, als auch das von demselben dauernd bedeckte Wasserbett gehören, und dass Gewässer getrennt von ihren Ufern veräussert werden können. Die zweite Frage habe ich dahin entschieden, dass die Gewässer Pertinenzien der anliegenden Grundstücke sind ²⁾.

Dr. Gürgens behauptet im Gegensatz zu mir, dass die öffentlichen Flüsse im Privateigenthum der Adjacenten stehen ³⁾, schliesst sich meinen Ansichten an, dass zu den integrirenden Bestandtheilen eines Gewässers nur die Wassermasse und das Bett gehören ⁴⁾, dass ein Gewässer daher der Regel nach getrennt von seinen Ufern veräussert werden kann ⁵⁾, hält die Gewässer aber nicht für Pertinenzien, sondern für einfache unwesentliche Theile ⁶⁾ der anliegenden Grundstücke und macht für die Flüsse insofern eine Ausnahme als er dieselben wie integrierende Bestandtheile der Grundstücke behandelt wissen will ⁷⁾. Er ist daher der Ansicht, dass Flüsse nicht ohne ihre Ufer und die anschliessenden Ufergrundstücke veräussert werden können ⁸⁾.

Bevor ich mich zur Besprechung der Gürgens'schen

1) S. 89.

2) S. 34 ff.

3) S. 16, Anm. 3.

4) S. 26.

5) S. 11.

6) S. 26.

7) S. 26.

8) S. 22.

Behauptungen, dass 1) öffentliche Flüsse Privateigenthum der Adjacenten, 2) Flüsse ohne ihre Ufer und die Ufergrundstücke unveräusserlich und 3) Gewässer als Theile der Grundstücke zu betrachten sind, wende, muss ich 1) feststellen, was unser Recht unter Bett und Ufer eines Gewässers versteht und 2) nochmals genauer begründen, dass, obgleich nach dem natürlichen Bilde ein Gewässer aus den drei Bestandtheilen Ufer, Wasser und Bett besteht, das Provincialrecht dennoch rechtlich zu den wesentlichen Bestandtheilen desselben nur das Wasser und das Bett zählt.

Abschnitt I.

Ufer und Bett der Gewässer.

Das Provincialrecht enthält keine Bestimmungen darüber, was unter Ufer und Bett eines Gewässers zu verstehen ist. Da jedoch die grosse Mehrzahl der Bestimmungen über die Gewässer dem römischen Recht entnommen ist, so ist selbstverständlich, dass das Provincialrecht unter diesen Begriffen dasselbe versteht, was das römische Recht darunter verstand, zumal aus keiner der Bestimmungen des Provincialrechts auf das Gegentheil zu schliessen ist.

Eine Definition des Begriffes Bett enthält das römische Recht nicht. Das Ufer definirt es dagagen folgendermassen:

L. 1 § 5 D. de fluminibus 43, 12.

„Ufer wird richtig dem Begriffe nach so bestimmt werden, es sei dasjenige, was den Fluss einschliesst, wenn er den natürlichen Strom seines Laufes enthält. Ist übrigens ein Fluss durch Regengüsse, durch das Meer oder sonst durch einen anderweitigen Grund auf einige Zeit angewachsen, so verändert er seine Ufer nicht.“

L. 3 § 1 eodem: „Als Ufer wird das betrachtet, innerhalb dessen sich der Fluss bei seinem höchsten Wasserstande befindet.“

L. 3 § 2 eodem: „Längs der Flussufer sind nicht alle Plätze öffentlich, sondern es gehört zum Ufer nur derjenige Raum, von wo der Abhang von dem Lande bis zum Wasser beginnt.“

§ 3. Inst. de rer. div. 2, 1: „Unter Meeresküste versteht man den Raum, wie weit die grösste Fluth zur Winterzeit tritt.“

L. 96 D. de verb. sig. 50, 16 „Das Meeresufer ist, bis wohin die grösste Fluth vom Meere reicht.“

L. 112 D. eod.: „Das Meeresufer ist soweit öffentlich, als die grösste Fluth hervorkommt. Dasselbe ist bei einem See Rechtens, wenn er nicht ganz Privateigenthum ist.

Auf Grund dieser Quellenstellen giebt Gürgens folgende Definitionen der Begriffe Bett und Ufer: „Das Wasserbett ist derjenige Theil des Landes, welcher bei dem ordentlichen, d. h. nicht durch ungewöhnliche Ereignisse herbeigeführten höchsten Wasserstand von dem Wasserspiegel bedeckt ist.“ „Die Ufer sind dagegen die Streifen Land, welche das Bett begrenzen und reichen so weit hinauf, als das Wasser bei seinem höchsten Stande namentlich beim Eintritt des Frühjahrs sich zu erheben pflegt¹⁾.

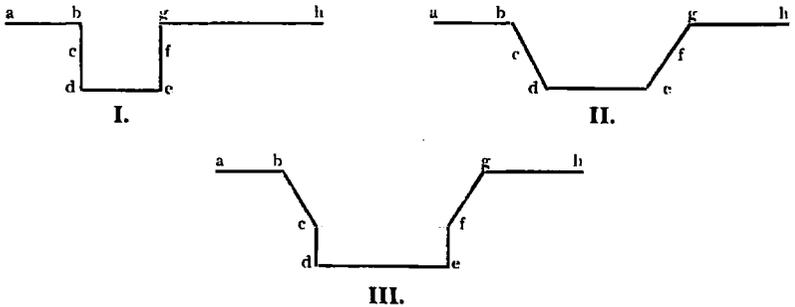
Diese Definition des Ufers entspricht nicht den Quellen, denn die L. 3 § 2 Dig 43, 12²⁾ bestimmt ausdrücklich für die Flüsse, dass zum Ufer derselben nur derjenige Raum gehört, von wo der Abhang von dem Lande bis zum Wasser beginnt und lässt seine Ausdehnung keineswegs davon abhängen, wie weit das Wasser bei seinem höchsten Stande sich zu erheben

1) S. 1 u. 2.

2) Es heisst daselbst *ripae cedunt, ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam.*

pflügt¹⁾. Nur für das Meer und die nicht im Privateigenthum stehenden Seen gilt, dass ihre Ufer so weit ins Land hinein sich erstrecken, als die höchste Fluth reicht²⁾.

Die Ufer des Flusses sind somit der Erdboden vom Ende der Fläche an abwärts bis zum Wasser. Das Flussbett liegt stets tiefer als die Fläche des Thals und die Ufer sind die Senkungen zwischen der Thalebene und dem Wasser des Flusses³⁾.



Wir haben somit unter Ufer die in den Zeichnungen mit den Buchstaben b c und g f bezeichneten Streifen Landes zu verstehen. Das Ufer beginnt vom Wasser aus gerechnet (c und f) an der Linie, die der höchste, ordentliche, nicht durch ungewöhnliche Ereignisse herbeigeführte Wasserstand erreicht und reicht bis zur Linie (b und g), bei welcher der Erdboden sich zum Wasser hin abzuschrägen beginnt.

Die Ausdehnung der Ufer des Meeres und der öffentlichen Seen ist nur nach der einen Richtung hin vom Gesetz

1) S i n t e n i s (pract. gem. Civilrecht B. 1, S. 418, Anm. 34) sagt, die Definition des Flussufers in L. 1, § 5 u. L. 3 D. 43, 12 sei sehr trügerlich, weil sie nicht auf jede Localität passe, wie weit das Ufer vom Wasser aus reiche sei daher der Beurtheilung im Einzelfall anheimgegeben.

2) W i n d s c h e i d, Lehrbuch des Pandektenrechts (1891) B. I, § 146, Anm. 2.

3) S e u f f e r t's Archiv B. 22, Nr. 115, 116. W e n i n g - I n g e n - h e i m, Civilrecht, B. 1, § 112. H e i m b a c h in Weiske's Rechtslexikon. Wasserrecht, S. 184.

bestimmt. Wir wissen, wie weit die Ufer ins Land hinein reichen, wissen aber nicht, wo sie beginnen, d. h. wo die Grenze zwischen dem Bett des Meeres resp. des Sees und dem Ufer ist. Diese Frage hatte nach römischem Recht keine practische Bedeutung, da das Meer und die öffentlichen Seen ebenso wie die Ufer derselben *res omnium communes* resp. *res publicae* waren¹⁾, es daher gleichgiltig war, wo das Meer aufhörte und die Küste begann. Anders ist es nach Provinzialrecht. Hier steht die Meeresküste im Privateigenthum (Art. 1028, 1029 u. 1032) das Meer und somit auch der Meeresboden dagegen nicht (Art. 1011). Nach Provinzialrecht ist es daher wichtig festzustellen, wo die im Privateigenthum stehende Küste aufhört und wo der in Niemandes Privateigenthum stehende Meeresboden beginnt. Diese Frage ist z. B. bei der Benutzung des Strandes zum Erbauen von Badestegen und -hütten von Bedeutung, da auf der Küste nichts ohne Erlaubniss des Eigenthümers erbaut werden darf, auf dem Meeresgrunde dagegen wohl. Da wir für die Entscheidung dieser Frage keine Bestimmung im römischen Recht finden, so sind wir gezwungen, gemäss Art. 21 der Einleitung zum Provinzialrecht uns nach einer Analogie umzusehen und müssen, da wir keine anderen Regeln haben, die entsprechenden Bestimmungen für Flüsse zur Anwendung bringen. Für Flüsse soll in dieser Beziehung der höchste ordentliche, nicht durch Regengüsse, das Meer oder sonst durch einen anderweitigen Grund vorübergehend geschaffene Wasserstand massgebend sein. Wenden wir dieses auf das Meer und die öffentlichen Seen an, so finden wir, dass derjenige Wasserstand des Meeres resp. der öffentlichen Seen dieser Anforderung entspricht, der weder durch Wind noch durch die Ebbe beeinflusst ist.

Was die Ufer der Privatseen betrifft, so sind die Bestimmungen der L. 24 § 3 D. de aqua 39, 3, der L. 12 pr. de

1) L. 112, Dig. de verb. sig. 50, 16, L. 2 Dig. de div. rer. 1, 8.

acquir. rer dom. 41, 1 und der L. 69 D. de contr. emt 18, 1¹⁾), nach denen durch das Steigen oder Fallen der Seen die Grenzen derselben nicht verändert werden, bei uns nicht anwendbar, da dieselben eine Consequenz des Grundsatzes sind, dass Seen und Flüsse nach den gewöhnlichen Regeln über die superficies des Bodens zu behandeln sind und dieser Grundsatz, wie wir im IV. Abschnitt dieser Abhandlung sehen werden, vom Provinzialrecht nicht recipirt worden ist. Wir müssen daher hier gemäss Art 21 der Einleitung zum Provinzialrecht per Analogie die eben angeführten Regeln über die öffentlichen Seen anwenden.

In Bezug auf die Ufer der Flüsse und Seen wäre noch zu bemerken, dass dieselben, wenn sie senkrecht zum Wasserspiegel stehen (cf. Zeichnung I) keine selbständigen Sachen bilden, sondern Bestandtheile der angrenzenden Grundstücke sind, da nach Art. 877 dem Grundeigenthum nicht blos an der Oberfläche des ihm gehörigen Bodens, sondern auch an den Erdschichten unter denselben das Eigenthum zusteht und das Ufer in diesem Fall eine untere Schicht des dem Adjacenten gehörigen Bodens ist. Auf unserer Abbildung I sehen wir, dass bei b und g die Ufer beginnen; da die Strecke a b und g h zu den anliegenden Grundstücken gehört und die Ufer b c und g f nur untere Schichten des mit a b und g h bezeichneten Landes sind, so ist es klar, dass die Ufer nicht selbständige Sachen, sondern Bestandtheile der Ufergrundstücke bilden. Anders ist es, wenn die Ufer in einem stumpfen Winkel zum Wasserspiegel stehen (Zeichnung II). Da bilden dieselben selbständige Sachen.

Wir fassen das Gesagte in folgende Sätze zusammen:

Ufer eines Flusses sind die Senkungen zwischen der Thalebene und der Linie des höchsten ordentlichen Wasserstandes.

1) cf. G ü r g e n s' Schrift S. 12.

Ufer des Meeres und der Seen sind dagegen die Streifen Land, die zwischen der Linie, welche die höchste Fluth erreicht, und der Linie liegen, bis zu welcher das Wasser, unbeeinflusst durch Wind, Ebbe oder andere Gründe, reicht.

Was die G ü r g e n s'sche Definition vom Bette betrifft, so muss ich mich derselben anschliessen¹⁾. Liegen die Seitenwände des Bettes in einer Ebene mit den Ufern und steht diese Ebene senkrecht zum übrigen Bett²⁾, so können das Bett nicht vom Ufer und das Ufer nicht vom angrenzenden Grundstück factisch getrennt werden, weil sie untere Schichten des zum Ufergrundstück gehörenden Landes sind. Liegen dagegen Ufer und Seitenwände des Bettes nicht in einer Ebene³⁾, es stehen aber die Seitenwände senkrecht zum übrigen Bett, so bildet das Ufer wohl einen selbständigen Gegenstand, es kann vom Ufergrundstück getrennt werden, aber die Seitenwände des Bettes (c d und f e) können nicht von den Ufern getrennt werden, weil sie untere Schichten des zu den Ufern gehörigen Landes sind.

Abschnitt II.

Sind die Ufer in rechtlicher Beziehung integrirende Bestandtheile eines Gewässers?

Diese Frage muss aus folgenden Gründen in verneinendem Sinne beantwortet werden;

1) Zu den Gewässern gehören das Meer und die nach Art 1011 in Niemandes Privateigenthum stehenden Seen. Wäre nun das Ufer ein integrierender Bestandtheil der Ge-

1) Seuffert's Archiv B. 28 Nr. 7, 21 Nr. 209, 22 Nr. 115.

2) cf. Zeichnung I.

3) cf. Zeichnung III.

wässer, so müsste dasselbe nach Art. 548 P. I, 549 u. 550 des Provincialrechts das rechtliche Schicksal der Letzteren theilen, d. h. auch in Niemandes Privateigenthum stehen. Statt dessen befinden sich aber nach Art. 1028, 1029 1032 und 1035 die Ufern des Meeres und der öffentlichen Seen im Privateigenthum der Adjacenten.

2) Schon nach römischem Recht standen die öffentlichen Flüsse nicht im Privateigenthum der Adjacenten¹⁾, die Ufer derselben dagegen wohl²⁾, was nicht hätte sein können, wenn die Ufer rechtlich integrirende Bestandtheile der Flüsse wären. Das Provincialrecht hat diese römischrechtlichen Bestimmungen über die öffentlichen Flüsse und deren Ufer recipirt, wie wir im III. Abschnitt sehen werden³⁾.

3) Nach Art. 759 ff. des Provincialrechts gehören das verlassene Flussbett und die im Fluss entstandene Insel nicht eo ipso den Adjacenten, sondern werden von ihnen neu erworben durch Accession d. h. dadurch, dass sie zu ihren Grundstücken hinzutreten und sich mit denselben verbinden⁴⁾.

Hieraus folgt nothwendig, dass das Flussbett nicht unbedingt den Adjacenten zu gehören braucht, denn sonst könnten sie es nicht neu erwerben, es könnte nicht zu ihren Grundstücken neu hinzutreten. Wäre nun das Ufer ein integrierender Bestandtheil des Flusses, so würde es dessen Schicksal folgen d. h. es brauchte ebenso wie das Bett, welches ja integrierender Bestandtheil des Flusses ist, nicht dem Adjacenten

1) L. 1 § 7 D. 43, 12, L. 30 § 2 und L. 7 § 5 Dig. 41, 1. § 2. Inst. de rer. div. 2. 1.

2) § 4. Inst. de rer. div. 2, 1.

3) Die Ufer der öffentlichen Flüsse stehen nach Art. 1028 im Privateigenthum der Adjacenten. cf. auch Allg. preuss. LR. Th. II, Tit. 15 § 55.

4) Die Art. 759 ff. befinden sich in dem Abschnitt über Eigenthumserwerb und zwar stehen sie unter der Ueberschrift „Erwerbung des Eigenthums durch Verbindung (Accession)“, „A. Verbindung durch Hinzutritt eines Grundstücks zu einem andern.

zu gehören und müsste ebenso wie das Bett neu erworben werden. Vom Erwerb des Ufers aber spricht das Gesetz nicht. Es ist daher nur zweierlei möglich: entweder gehört das Ufer schon eo ipso zum Ufergrundstück als Theil desselben und kann daher nicht auch zugleich integrierender Bestandtheil des Flusses sein, denn sonst müsste, wie gesagt, der Adjacent es ebenso wie das Bett erwerben, oder aber es gehört ihm nicht, dann könnte es entweder Jemand Anderem gehören oder res nullius sein. Gehört es Jemand Anderem oder würde es als res nullius von Jemand Anderem occupirt werden, so könnte der Adjacent kein Eigenthum am verlassenen Flussbett und an der Flussinsel erwerben, da dieser Erwerb durch Verbindung d. h. durch Hinzutritt eines Grundstücks zu einem Andern stattfindet, hier aber die Möglichkeit der Verbindung ausgeschlossen wäre, indem zwischen dem Flussbett und dem Grundstück des Adjacenten ein fremder Streifen Landes (das Ufer) liegen würde. Da aber der Besitzer eines am Ufer belegenen Grundstücks in jedem Fall den *alveus derelictus* und die *insula nata* erwerben soll und da dieser Erwerb durch Verbindung stattfindet, so muss das Ufer dem Besitzer des an demselben belegenen Grundstücks eo ipso gehören¹⁾.

4) Endlich wäre noch auf den Wortlaut des Art. 1013 hinzuweisen, der davon spricht, dass die Gewässer die Grundstücke „durchschneiden oder bespülen.“ Bestände das Gewässer aus Wasser, Bett und Ufer, so wäre ein Bespülen der Grundstücke durch die Gewässer unmöglich, da in diesem Falle das Ufer dazwischen läge.

Dieses sind im Wesentlichen die Gründe, die mich veranlassen anzunehmen, dass nach unserem Provincialrecht die Ufer nicht integrierende Bestandtheile der Gewässer sind, sondern vielmehr Theile der anliegenden Grundstücke. Als solche

1) cf. Seuffert's Archiv B. 1, Nr. 2.

stehen sie eo ipso im Eigenthum der Adjacenten. Die Möglichkeit die Ufer als einfache Theile der Gewässer aufzufassen, ist gleichfalls aus den sub 3 und 4 angeführten Gründen ausgeschlossen. Sollte dieses aber dennoch möglich sein, so könnte die Verbindung jeder Zeit gelöst und das Gewässer ohne Ufer veräussert werden.

Es entsteht nun zum Schluss noch die Frage, ob die Gewässer nicht am Ende integrirende Bestandtheile der Ufergrundstücke sind und daher von ihnen nicht getrennt werden können. Aber auch diese Möglichkeit ist aus zwei Gründen ausgeschlossen:

1) Nach Art. 551 des Provincialrechts gehört zu den integrierenden Bestandtheilen der Hauptsache „alles dasjenige, was mit ihr in unmittelbarem Zusammenhang steht und zum Wesen derselben gehört, so dass ohne diese Bestandtheile die Hauptsache ihrer Benennung und ihrem Begriffe nach gar nicht bestehen oder nicht als vollendet angesehen werden kann.“ Gewässer sind aber nicht zum Wesen der Grundstücke erforderlich.

2) Wären die Gewässer integrirende Bestandtheile der Ufergrundstücke, so gehörte das Flussbett, also auch der *alveus derelictus* und die *insula nata*, als integrierender Bestandtheil der Gewässer in jedem Fall eo ipso den Adjacenten und diese brauchten und könnten dieselben nicht neu erwerben, sobald sich die Wassermasse ganz oder theilweise verzieht, was dem Art. 759 ff. widerspräche.

Wir sehen somit, dass:

I. die Ufer weder wesentliche, noch unwesentliche Theile der Gewässer, sondern Theile der angrenzenden Grundstücke sind;

II. dass die Gewässer nicht integrirende Bestandtheile der Ufergrundstücke bilden.

Es bleiben daher nur zwei Möglichkeiten übrig, und zwar dass die Gewässer entweder einfache Theile oder Per-

tinenzen der Ufergrundstücke sind, wobei sie sowohl in dem einen, als in dem andern Fall unbeschadet ihres Wesens und des Wesens der Hauptsache abgetrennt werden können.

Abschnitt III.

Widerlegung der Behauptung, dass die sogenannten öffentlichen Flüsse im Privateigenthum der Adja-centen stehen.

Das römische Recht unterscheidet drei Arten von öffentlichen Sachen¹⁾.

1) *res communes omnium* d. h. Sachen, deren Eigenthum Niemandem zusteht und deren Gebrauch Jedermann nach Belieben gestattet ist. Hierher gehören die Luft, die fließende Wasserwelle, das Meer und die Meeresküste:

2) *res publicae* d. h. solche Sachen, welche im Eigenthum des Staates sich befinden, deren Gebrauch aber den Staatsbürgern gestattet ist, so z. B. Landstrassen, Häfen, öffentliche Plätze:

3) *res fiski*, d. h. Sache, welche sich derart im Eigenthum des Staates befinden, dass die einzelnen Staatsbürger von dem Gebrauch ausgeschlossen sind und welche lediglich zum Nutzen des Staates als einer juristischen Person dienen.

Nur die beiden erstgenannten Arten von öffentlichen Sachen sind dem privatrechtlichen Verkehr entzogen (*res extra commercium*), während die letzte Kategorie dem Privatverkehr nicht entzogen ist. Das Staatseigenthum an den

1) Schwab im Archiv für Civil-Praxis B. 30, Beilageheft S. 29. Windscheid B. I § 146. Puchta — Pandecten § 35. Vangerow I § 62. Sintenis B. I § 40 S. 418. Pandecten Arndt's § 49.

sub 2 und 3 genannten Sachen zerfällt in ein öffentliches oder gemeines Staatseigenthum und in ein Staatsprivateigenthum. Im ersteren Fall ist das Object desselben extra commercium, im zweiten Falle dagegen nicht.

Das Provincialrecht erklärt im Art. 590, dass die Sachen entweder herrenlos sind oder dem Staate, gewissen Anstalten oder Privatpersonen gehören. Art. 592 lautet: „Die dem Staate gehörigen Sachen dienen entweder zur Bestreitung der Bedürfnisse des Staates oder sie sind dem öffentlichen Gebrauch überlassen. Was dazu gehört bestimmt das Reichsgesetzbuch.“ In der Anm. zu diesem Art. heisst es dann: „Die durch die Provincialgesetzgebung begründeten Ausnahmen sind gehörigen Orts angegeben.“

Aus Art. 592 ist zu ersehen, dass das Provincialrecht die im römischen Recht mit dem Ausdruck *res publicae* bezeichneten Sachen, sowie die *res fisci* des römischen Rechts im Eigenthum des Staates stehen lässt. Dieselben können daher weder als herrenlos, noch als im Privateigenthum stehend betrachtet werden. Das Staatseigenthum an Sachen ist jedoch auch nach Provincialrecht ein verschiedenes, je nachdem dieselben zur Bestreitung der Bedürfnisse des Staates dienen oder dem öffentlichen Gebrauch überlassen sind (*privates* und öffentliches Staatseigenthum).

Sowohl nach römischem, als auch nach deutschem Recht gehören die öffentlichen Flüsse zum öffentlichen (gemeinen) Staatseigenthum, sie sind *res publicae* und können daher nicht Gegenstand des Privateigenthums sein ¹⁾.

1) Sch w a b l. c. S. 33 ff., besonders Anm. 52, S. 43—45 und die daselbst citirten Schriftsteller, Heim bach in Weiske's Rechtslexicon B. 14 S. 107 ff. u. 119, W ä c h t e r ebendasselbst B. I S. 14 u. 17 cf. L. 1 § 1—13 D. de flum 43, 12, § 2 Inst. de rer. div. 2, 1, L. 4 § 1 D. de div. rer. 1, 8. Seuffert's Archiv B. 22 Nr. 212, B. 30 Nr. 114, B. 1 Nr. 2, B. 8 Nr. 110, B. 14 Nr. 201, B ö r n e r im Archiv für civil. Praxis B. 38, S. 151 ff., Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen B. III S. 232 u.

Es entsteht nun die Frage, versteht das Provincialrecht unter dem von ihm gebrauchten Begriff „öffentlicher Fluss“, von dem es uns keine ausdrückliche Definition giebt, dasselbe, was das römische und deutsche Recht darunter verstanden, d. h. eine res publica, die nicht Gegenstand des Privateigenthums sein kann, oder hat es diesem Ausdruck eine andere Bedeutung gegeben? Die erstere dieser Fragen muss unbedingt bejaht werden. Die öffentlichen Flüsse stehen nach Provincialrecht nicht im Privateigenthum, sondern gehören, da sie nicht als herrenlos bezeichnet werden, gemäss Art. 590 und 592 dem Staate in der Weise, dass sie dem öffentlichen Gebrauch überlassen sind.

Dass die öffentlichen Flüsse (Art. 1014) nach Provincialrecht nicht im Privateigenthum stehen, geht aus folgenden Erwägungen hervor:

Wir haben hier zunächst festzustellen, welchen Standpunkt das Provincialrecht vor seiner Codification einnahm, und sodann zu prüfen, ob dieser Standpunkt durch die Codification verändert worden ist. Die Frage, welche rechtlichen Bestimmungen vor der Codification in Bezug auf öffentliche Flüsse in den Ostseeprovinzen Geltung gehabt haben, beantwortet uns selbst der Gesetzgeber in den Quellencitaten unter den von den öffentlichen Flüssen handelnden Artikeln 759—770, 1014, 1015, 1016, 1018, 1028, 1036, wenn wir berücksichtigen, dass die Codification gemäss dem Einführungsurkates vom 1. Juli 1845 nicht neues Recht schaffen, sondern bestehendes Recht in „ein gleichförmiges Ganze und in ein System“ bringen sollte. Betrachten wir diese Quellencitate, so finden wir, dass dieselben beinahe ausschliesslich dem römischen Rechte entnommen sind. Ausser dem römischen Recht finden sich noch

B. IV S. 259, allg. preuss. L. R. Th. II Tit. 14 § 21, Striethorst's Archiv B. 87 S. 320, B. 15 S. 360. Maurenbrecher, Lehrbuch des ges. heut. gem. deutschen Privatrechts § 175, 179 u. 180.

citirt die livländischen Landesordnungen vom Jahre 1671, Abschnitt VII und das estländische Ritter- und Ländrecht Buch VI Tit. 7. Da die Bestimmungen des corpus juris über die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Flüssen doch nur Consequenzen des einen Grundsatzes sind, dass dieselben nicht im Privateigenthum stehen, sondern als res publicae betrachtet werden müssen, so ist es zweifellos, dass durch die Reception dieser Bestimmungen das Provinzialrecht auch die Grundregel des römischen Rechts über den rechtlichen Character der öffentlichen Flüsse recipirt hat. Es ist undenkbar, dass das Provinzialrecht die römisch-rechtlichen Bestimmungen über öffentliche Flüsse angewandt und unter diesem Begriff etwas ganz anderes verstanden habe, als das corpus juris. Jedenfalls müsste dieses bewiesen werden; ein solcher Beweis ist aber leider nicht erbracht worden. Betrachten wir näher die einzelnen recipirten Bestimmungen, so finden wir diese Behauptung voll bestätigt. Art. 1015, der dem Publicum in öffentlichen Flüssen „das Schöpfen, das Waschen, Baden, Schwimmen, Schwemmen, Viehtränken, das Fischen mit Angeln, das Fahren mit eigenem Kahn“ gewährt, führt zwei Quellenstellen an: die L. 1 § 8 D. ut in flumine publico 43, 14, welche das Tränken des Viehs in einem öffentlichen Fluss Jedem gestattet, und die L. 3 § 1 D. de aqua quotidiana 43, 20, welche gestattet, aus einem öffentlichen Fluss Wasser zu leiten. Die übrigen in dem Artikel 1015 dem Publicum gewährten Befugnisse sind zwar nicht speciell in den römischen Quellen aufgezählt, stellen sich aber auch nur als eine Consequenz dessen dar, dass die öffentlichen Flüsse nicht im Privateigenthum stehen und dem gemeinen Gebrauch dienen sollen. Auch das deutsche Recht gewährt diese Befugnisse an Staatsflüssen Jedermann¹⁾. Art. 1016, der in öffentlichen Flüssen

1) Maurenbrecher, Lehrbuch des Privatrechts § 197, Gerber, Deutsches Privatrecht § 63. Allg. preuss. L. R. B. II Tit. 15 § 44 und 47.

die Schifffahrt freigiebt, citirt als Quellen die L. 1 pr. D. de fluminibus 43, 12; welche verbietet, in öffentlichen Flüssen durch irgend welche Anlagen die Schifffahrt zu hindern und die L. 1 pr. D. ut in flumine publico navigari liceat 43, 14; welche das Fahren und Flößen in öffentlichen Flüssen allen gestatten. In Bezug auf diese beiden Stellen bestimmt nun das corpus juris ausdrücklich (L. 4 D. 43, 12 und L. 2 D. 43, 14); dass diese Befugnisse nur in öffentlichen und nicht in privaten Flüssen gewährt sind, diese Befugnisse erklären sich also nur aus dem Character der öffentlichen Flüsse im Gegensatz zu den privaten Flüssen. Die beiden erwähnten Gesetzesstellen bestimmen ferner, dass die privaten Flüsse ganz ebenso wie Privatplätze, die öffentlichen Flüsse dagegen wie öffentliche Strassen zu behandeln seien. Was die nicht römisch-rechtlichen Normen des Provincialrechts betrifft, so ist zu bemerken, dass die livländischen Landesordnungen sich über die Frage, ob die öffentlichen Flüsse im Privateigenthum stehen, nicht aussprechen, und dass das estländische Ritter- und Landrecht (B. VII Tit. 7 § 1) von „offenen und gemeinen Strömen und Bächen“ redet, deren „ordentlicher Lauf und Gebrauch“ nicht „verhindert“ werden darf. Nach den deutsch-rechtlichen Rechtsbüchern unseres Privatrechts, dem livländischen Ritterrecht (Cap. 140) und dem Wieck-Oeselschen Lehnrecht (Cap. III B. 2), welche in Bezug auf die Gewässer vollständig die Bestimmungen des Sachsenspiegels recipirt haben¹⁾, standen die Ströme und Flüsse offenbar nicht im Privateigenthum, da in denselben die Fischerei frei war, während sie sonst nur dem Eigenthümer des Gewässers zustand.

1) Sachsenspiegel II, 28: „Svelk water strames vlüt, dat si gemene to varende unde to vischene ynne“ cf. meine Schrift über die Fischerei S. 10 u. 11, Eichhorn, Rechtsgeschichte § 362 Anm. O. Schmidt, Rechtsgeschichte Liv- Est- und Curlands S. 37 (109). Dass der Sachsenspiegel die öffentlichen Flüsse als nicht im Privateigenthum stehend, betrachtete, ist wohl niemals angezweifelt worden.

Aus dem Dargelegten geht unzweifelhaft hervor, dass das Provincialrecht vor der Codification den römischrechtlichen Begriff der öffentlichen Flüsse voll anerkannt hat. Dieser Meinung ist auch der um die Codification so hochverdiente Bunge¹⁾.

Wenden wir uns nun zur zweiten Frage: Ist dieser Standpunkt des Provincialrechts durch die Codification geändert worden? Die Praesumption spricht dafür, dass derselbe nicht geändert worden ist, da die Codification, wie der bereits erwähnte Einführungssukas vom 1. Juli 1845 ausdrücklich bestimmt, kein neues Recht schaffen, sondern das bestehende Recht bloss in eine feste Form bringen sollte. Doch ausser dieser Praesumption spricht eine ganze Reihe von Umständen dafür, dass der bisherige Standpunkt beibehalten ist und die öffentlichen Flüsse nicht im Privateigenthum stehen. Wir weisen auf folgende Umstände hin:

1) Der Gesetzgeber erklärt dieses ganz direct im russischen Text des Art. 760, welcher die im deutschen Texte dieses Artikels gebrauchten Worte „öffentlicher Fluss und privater Fluss“ durch die Ausdrücke: „рѣка, составляющая общественное или частное владѣніе“, d. h. Flüsse, welche öffentliches oder privates Eigenthum bilden, wiedergiebt. Da der russische Text gemäss der Anmerkung zum Art. 16 der

1) Im § 102 seines „liv- und estländischen Privatrechts“ (1847) bemerkt Bunge, dass die die Grundstücke verschiedener Grundeigenthümer durchschneidenden oder bespülenden Gewässer sich „entweder im gemeinschaftlichen Eigenthum der angrenzenden Grundherrn befinden, so dass der Regel nach jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theils zusteht oder wenn es grössere Gewässer sind, die sich in Niemandes Privateigenthum befinden, wie namentlich das Meer und die grösseren Landseen, die Benutzung Jedermann freisteht.“ Es giebt also nach Bunge's Ansicht nach provinciellm Privatrecht ausser dem Meer und den grösseren Landseen noch Gewässer, die sich nicht im Privateigenthum befinden. Das können offenbar doch nur die öffentlichen Flüsse sein.

Einleitung zum provinciellen Privatrecht ¹⁾ im Falle der Nichtübereinstimmung mit dem deutschen Texte den Ausschlag geben soll, so muss in Anbetracht dieser positiven gesetzlichen Vorschrift ²⁾ anerkannt werden, dass der Art. 760 in seiner russischen Form für uns massgebend und daher mit klaren Worten des Gesetzgebers die uns beschäftigende Frage entschieden ist. Aber selbst wenn der russische Text nicht den Vorzug vor dem deutschen haben sollte, wie das Schiemann ³⁾ behauptet, so würde derselbe jedenfalls, wie auch Letzterer zugiebt, als „hochbedeutsames Interpretationsmittel zur Feststellung des wahren Sinnes der Gesetze“ zu gelten haben ⁴⁾.

2) Indem das Provincialrecht in den Art. 1015 und 1016 unter Anziehung der Quellenstellen aus dem corpus juris, in öffentlichen Flüssen Jedermann das Fahren, Flößen und Viehtränken gestattet, welche Befugnisse, wie wir gesehen haben, das römische Recht ausdrücklich nur gewährte, weil die öffentlichen Flüsse nicht im Privateigenthum standen, erkennt es dadurch indirect an, dass auch bei uns die öffentlichen Flüsse nicht dem Privateigenthum unterworfen sind. Es ist undenkbar, dass ein Recht Normen in sich aufnimmt, die lediglich Ausflüsse einer bestimmten Grundregel sind, ohne dadurch indirect auch diese Grundregel selbst aufzunehmen. Die übrigen Befugnisse, welche Art. 1015 dem deutschen Gewohnheitsrechte folgend ⁵⁾ dem Publicum in öffentlichen Flüssen

1) Officielle russische Ausgabe vom Jahre 1890. Diese Bestimmung basirt auf einem Allerhöchst bestätigten Reichsrathsgutachten vom 16. November 1870 (II. C. № 48921) in Sachen der baltischen Eisenbahn.

2) De facto ist der deutsche Text vor dem russischen entstanden.

3) „Ein Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht nach dem Rechte der Ostseeprovinzen.“ Mitau 1890.

4) cf. auch Erdmann B. I S. 31, u. S. 7 Anm. 3.

5) cf. Maurenbrecher, Privatrecht § 197, Gerber, Privatrecht § 63.

gewährt; nämlich das Schöpfen, das Waschen; Baden, Schwimmen, Schwemmen und das Fischen mit Angeln, sind wie wir bereits gesehen haben, nach deutschem Recht gleichfalls nur Folgen dessen, dass die öffentlichen Flüsse nicht im Privateigenthum stehen, (Staatsflüsse). Der Umstand, dass Art. 1015 in öffentlichen Flüssen dem Publicum auch das Fischen mit der Angel gestattet, beweist ganz besonders klar, dass öffentliche Flüsse nicht im Privateigenthum stehen, da die Einräumung dieser Befugnisse im Gegensatz zu den übrigen im Art. 1015 aufgezählten keineswegs zur Befriedigung eines nothwendigen öffentlichen Bedürfnisses dient und eine vollständig unverständliche Einschränkung des Privateigenthums bilden würde, wenn ein solches an öffentlichen Flüssen überhaupt stattfinden könnte.

3) Für die Richtigkeit der Behauptung, dass die öffentlichen Flüsse nach Provincialrecht nicht im Privateigenthum des Adjacenten stehen, spricht ferner der Umstand, dass die bereits erwähnten, nach Art. 1015 dem Publicum gewährten Befugnisse in öffentlichen Flüssen, wie das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, nur „ohne Verletzung der Rechte der Grundeigenthümer“ ausgeübt werden sollen. Wäre nun der Grundeigenthümer auch Eigenthümer des öffentlichen Flusses, so würde ja jede Ausübung dieser Befugnisse, so z. B. das Fischen mit der Angel, das Wasserschöpfen etc. seine Rechte verletzen. Der Art. 1015 würde also absolut sinnlos sein.

4) Ferner wäre der Art. 1036, nach welchem in öffentlichen Flüssen das Recht der Fischerei allen angrenzenden Grundeigenthümern, soweit ihre Grenze reicht, bis zur Mitte des Flusses zusteht, absolut unnütz, wenn öffentliche Flüsse auch im Privateigenthum ständen, da es sich ja in diesem Fall von selbst verstehen würde, dass die Adjacenten wie alle andern Privateigenthümer von Gewässern das Fischereirecht in ihrem Gewässer haben, zumal ja Art. 1015 dieses Recht dem Publicum nicht gewährt, und zumal die vorher-

gehenden Art. 1013 und 1034 bereits erklären, dass die Fischerei dem Eigenthümer des Gewässers, als welcher in dubio der Adjacent zu betrachten ist, zusteht. Also wozu noch die Wiederholung genau derselben Regel im Art. 1036? Da wir nicht annehmen dürfen, dass der Gesetzgeber bewusst unnütze Artikel schafft, so beweist das Vorhandensein des Art. 1036, dass ohne denselben die Adjacenten offenbar nicht das Fischereirecht in den öffentlichen Flüssen besäßen, diese also offenbar nicht in deren Eigenthum stehen. Hierbei wäre noch zu bemerken, dass das dem Adjacenten in öffentlichen Flüssen gewährte Fischereirecht nicht nothwendig ein Zeichen seines Eigenthums am Wasser ist, da der Adjacent auch in den in Niemandes Privateigenthume stehenden Landseen, sowie im Meer das Fischereirecht ohne den Besitz am Wasser hat. (Art. 1032.)

5) Es muss sodann noch erwähnt werden, dass die vielen dem Publicum in den Art. 1015, 1016, 1018—1028 und 1030 gewährten Rechte an öffentlichen Flüssen ein Privateigenthum an denselben völlig illusorisch machen und auf die Fischerei beschränken würden.

6) Ich habe endlich in meiner Schrift noch darauf hingewiesen, dass nach Art. 592 die dem Staate gehörigen Sachen im Reichsgesetzbuch aufgezählt sind und dass gemäss Art. 406 X. Bandes der Reichsgesetze die öffentlichen Flüsse als Staatseigenthum zu gelten haben.

Meine Ansicht von dem Character der öffentlichen Flüsse hat G ü r g e n s¹⁾ in seiner Schrift angegriffen und die Behauptung aufgestellt, die öffentlichen Flüsse seien Privateigenthum der Adjacenten. G ü r g e n s lässt hierbei gegen seine sonstige Gewohnheit das römische Recht ganz ausser

1) cf. S. 16 Anm. 3. G ü r g e n s schliesst sich hier E r d m a n n (System des Privatrechts B 2 § 125 Anm. 6) und S c h i e m a n n l. c. S. 44 ff. an.

Acht, vergisst ganz, dass das Provincialrecht nicht eine Sammlung zusammenhangloser Gesetze, sondern ein organisches auf gemeinrechtlicher Grundlage aufgeführtes Gebäude ist und sucht nur einen Theil meiner Argumente zu widerlegen, indem er sich mit den wichtigsten derselben gar nicht auseinandersetzt. Seine Argumentation basirt hauptsächlich darauf, dass der Art. 406 des X. Bandes der Reichsgesetze durch eine Senatsentscheidung vom Jahre 1882 Nr. 90 dahin interpretirt worden sei, dass in den Grenzen der Privatgüter liegende schiffbare Flüsse keineswegs dem Staate gehörten, sondern Eigenthum der Besitzer der Privatgüter seien, dass die Anmerkung zu Art. 592 des Provincialrechts ausdrücklich bemerke, dass die durch das Provinzialrecht begründeten Ausnahmen von den allgemeinen Regeln des Reichsgesetzbuchs gehörigen Orts angegeben seien und dass Art. 1013 der Codification im Gebiete des Provincialrechts die Gewässer allgemein, ohne die öffentlichen Flüsse auszunehmen, den Uferbesitzern als Eigenthum zuerkenne.

Hierzu wäre Folgendes zu bemerken:

Art. 406 des X. Bandes lautet: „Alles Vermögen, welches Niemandem im Besonderen gehört, d. h. weder Privatpersonen, noch Ständen, noch der Hof- oder Apanagenverwaltung, noch Instituten, gehört zum Bestande des Staatsvermögens (имущество государственное). Solches Vermögen sind: sowohl bewohnte als unbewohnte Kronsländereien, öde Felder, Wälder, Obrokstücke, Meeresufer, Seen, schiffbare Flüsse und ihre Ufer, Heerstrassen, öffentliche und Kronsgebäude, Fabriken und anderes ähnliche Vermögen.“

Der Senat erklärt nun in der angeführten Entscheidung, dass, die im zweiten Theile dieses Art. aufgezählten Objecte nicht eo ipso Staatseigenthum seien, sondern nur dann, wenn sie nicht Jemand Anderem gehörten, denn es seien daselbst Wälder, Seen und Fabriken aufgeführt, die meistentheils Eigenthum von Privatpersonen bildeten.

Schiffbare Flüsse und Heerstrassen, heisst es in der Senatsentscheidung weiter, seien ganz gleich zu behandeln. Heerstrassen ständen im Privateigenthum, denn sonst hätten die Art. 434 und 435 des X. Bandes keinen Sinn. Diese verböten nämlich den Grundeigenthümern, durch deren Grenzen Heerstrassen gehen, den Durchgang zu verhindern und das auf den Strassen wachsende Grass abzumähen, welches Verbot sich von selbst verstehen würde, wenn die betreffenden Strassen nicht Eigenthum der Grundbesitzer, sondern des Staates wären. Dass aber schiffbare Flüsse Privateigenthum der Adjacenten seien, gehe klar aus den Art. 387, 424—429 und 464 des X. Bandes hervor, nach denen Flüsse als Pertinenzen der Ufergrundstücke betrachtet würden, das Fischerei-, Uebersetzungs- und Benutzungsrecht, sowie die im Flusse entstandene Insel den Adjacenten zukämen. Da, wie bekannt, die Praxis des Senats sich häufig ändert und die Argumentation der von G ü r g e n s citirten Entscheidung wohl kaum als überzeugend bezeichnet werden kann, so dürfte es mindestens zweifelhaft sein, ob Art. 406 im Sinne der Senatsentscheidung aufzufassen ist. Der Gesetzgeber hätte sich wohl sonst im zweiten Theil dieses Art. die lange Aufzählung der als Staatseigenthum zu betrachtenden Sachen erspart, wenn diese Sachen nur dann Staatseigenthum sein sollen, wenn sie nicht Privaten gehören. In Sonderheit hätte der Gesetzgeber dann wohl kaum unter diesen Sachen die Kronsländereien, öde Felder, Meeresufer, öffentliche und Kronsgebäude aufgezählt, da diese Sachen ja überhaupt nicht Privaten gehören können und hätte wohl nicht bloss die schiffbaren, sondern überhaupt alle Flüsse als Sachen bezeichnet, welche dem Staate gehören können, wenn sie nicht innerhalb der Grenzen von Privatgütern liegen.

Aber selbst wenn Art. 406 des X. Bandes factisch den Sinn hätte, den ihm die Senatsentscheidung und G ü r g e n s geben, so würden ja damit noch keineswegs alle übrigen Er-

wägungen widerlegt sein, die ich oben angeführt habe. Dass Art. 1013 bei Vertheilung des Eigenthums an den Gewässern die öffentlichen Flüsse nicht ausdrücklich ausnimmt, ist ganz selbstverständlich und giebt keineswegs eine Antwort auf die Frage, ob diese überhaupt Gegenstand des Privateigenthums sein können, denn was öffentlich ist, das kann seiner Natur nach nicht im Privateigenthum stehen; daher kann sich auch der Art. 1013 garnicht auf die öffentlichen Gewässer beziehen. Sollte Gürgens vielleicht auch behaupten wollen, dass gemäss der eben besprochenen Senatsentscheidung auch öffentliche Wege und Plätze im Privateigenthum stehen? Das Gesetz schliesst dieselben ja nicht ausdrücklich bei den Bestimmungen über den Eigenthumserwerb aus. Welche dem öffentlichen Gebrauch überlassenen Sachen würden aber dann eigentlich gemäss Art. 592 des Provincialrechts im Staatseigenthum stehen? Oder soll etwa angenommen werden, dass dieser Art. von Dingen redet, die überhaupt nicht existiren? Wie soll ferner der Widerspruch gelöst werden, welcher zwischen dem Art. 1013 bei der Gürgens'schen Interpretation und dem Art. 760 entsteht, der in seinem ausschlaggebenden russischen Texte ausdrücklich von im Privateigenthum und im öffentlichen Eigenthum stehenden Flüssen spricht? Der eine Artikel soll alle Flüsse im Privateigenthum stehen lassen, der andere unterscheidet dagegen Flüsse, die im Privateigenthum stehen von solchen, die öffentliches Eigenthum (общественное владѣніе) sind!

Gürgens beruft sich endlich auf die Autorität Windscheid's, der sich gegen das Staatseigenthum ausspreche. Gürgens übersieht aber hierbei, dass Windscheid auch das Privateigenthum an öffentlichen Flüssen nicht zulässt. Windscheid erklärt, dass die für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen durch diese ihre Bestimmung dem Verkehr entzogen seien, d. h. es könnten an ihnen nicht nach den für andere Sachen geltenden Grundsätzen

und im Besondern nicht im Widerspruch mit dem ihnen aufgedrückten Rechtsverhältniss des gemeinen Gebrauchs Rechte erworben werden. Rechtsgeschäfte auf Leistung einer solchen Sache seien Rechtsgeschäfte auf eine unmögliche Leistung. Zu diesen Sachen zählt Windscheid die öffentlichen Flüsse. Dieselben sind daher nicht Privateigenthum. Im Staats-eigenthum sollen sie aber deswegen nicht stehen, weil gegen die Annahme eines solchen Eigenthums die Sätze sprechen, dass die im Flusse entstandene Insel und das verlassene Flussbett dem anstossenden Grundeigenthümer gehören¹⁾. Dieses Argument ist bei unserem Provincialrecht jedenfalls bedeutungslos, da einmal Art. 868 ausdrücklich erklärt, dass der Besitzer des Flusses sein Eigenthum an der Insel und dem *alveus derelictus* an den Adjacenten verlieren soll und sodann das Provincialrecht Art. 590 enthält. Dieser Art. bestimmt, wie wir bereits gesehen haben, dass die Sachen entweder herrenlos sind oder dem Staat oder Privatpersonen gehören. Nach diesem Art. müssen wir also annehmen, dass die öffentlichen Flüsse entweder dem Staat oder Privatpersonen gehören oder herrenlos sind. Da ein Privateigenthum an denselben, wie selbst Windscheid zugiebt, begrifflich ausgeschlossen ist, und da die Codification die öffentlichen Flüsse nicht für herrenlos erklärt, so bleibt nur die eine Möglichkeit übrig, dieselben gemäss Art. 592 als im Staatseigenthum stehend zu betrachten.

Gürgens behauptet ferner, mein Argument, dass die durch die Codification dem Publicum an den öffentlichen Gewässern eingeräumten Gebrauchsrechte mit dem Privateigenthum der Uferbesitzer an ihnen unvereinbar wären, verliere seine Bedeutung, wenn man erwäge, dass jene Gebrauchs-

1) l. c. § 147 und § 146, Anm. 11 und 15. Windscheid's Meinung schliesst sich an Börner — Archiv für die Civil-Praxis B 38 S. 181.

rechte des Publicums auch unter dem Gesichtspunkte eines blossen usus publicus erklärbar sind, analog dem usus publicus, der nach römischem Recht an den Ufern der öffentlichen Flüsse bestand, die auch damals sich im Privateigenthum befanden¹⁾. Dieses Argument ist unhaltbar, denn einmal habe ich garnicht behauptet, die Nutzungsrechte des Publicums an den öffentlichen Flüssen seien unvereinbar mit dem Privateigenthum der Adjacenten an denselben, sondern dieselben würden das Eigenthumsrecht „illusorisch machen und auf die Fischereiberechtigung beschränken²⁾, und sodann dürfte es wohl als gekünstelt bezeichnet werden müssen, wenn man, wie G ü r g e n s, zum römischen Recht greift, um sich den rechtlichen Charakter der öffentlichen Flüsse zu erklären und dabei nicht die Regeln für die Flüsse selbst ins Auge fasst, sondern dieselben absolut ignoriert und die Bestimmungen über die Ufer per Analogie auf die Flüsse anwendet. Mit dieser Methode kann ich mich nicht einverstanden erklären.

Ich muss ferner noch bemerken, dass G ü r g e n s' Ansicht, dass das Staatseigenthum an den öffentlichen Flüssen zu einem Eigenthum ohne dauerndes Object führe, unbegründet ist. G ü r g e n s motivirt dieselbe damit, dass das Wasser (die aqua profluens) eine res communis omnium und als solche kein denkbarer Gegenstand einer Privatberechtigung sei, dass die Ufer den Adjacenten gehören und dass also als einziges Eigenthumsobject das Flussbett übrig bleibe, welches unter Umständen dem Staat von den Uferbesitzern entzogen würde. Von einem Eigenthum am Fluss kann doch wohl nur die Rede sein, solange ein Fluss da ist. Der Fluss ist das aus Wasser und Bett bestehende Ganze. Dieses ist Gegenstand des Eigenthums und ist ein durchaus dauerndes Object³⁾.

1) S. 16 Anm. 3.

2) S. 44.

3) cf. Windscheid, B. I § 146 Absch. 3.

Wird die Verbindung zwischen Bett und Wasser gelöst, so hört selbstverständlich der Begriff Fluss auf und folglich hört auch das Eigenthum am Fluss, d. h. am Ganzen, auf. Was dann mit dem Flussbett geschieht, kann doch unmöglich von Bedeutung sein für die Zeit, wo das Flussbett Bestandtheil des Flusses als eines Ganzen war und der Fluss noch existirte.

Zum Schluss dieses Abschnitts muss ich noch darauf hinweisen, dass die Adjacenten in den öffentlichen Flüssen ebensowenig wie im Meere und in den in Niemandes Privat-eigenthum stehenden Seen (Art. 1011) berechtigt sind Fischereiservituten zu Gunsten dritter Personen zu bestellen, da dieselben kein Eigenthum an den betreffenden Gewässern haben und Fischereiservituten als eine Art der Nutzung der Gewässer nur in solchen Gewässern bestellt werden können, die dem Besteller gehören. Das Fischereirecht der Adjacenten könnte zwar Gegenstand des Niessbrauchs einer dritten Person sein, an demselben kann aber niemals eine Fischereiservitut bestellt werden. Dieses ist begrifflich unmöglich.

Das Provincialrecht lässt im Einverständniss mit der Theorie die Bestellung einer Servitut an einem Recht nicht zu, und macht nur für den Niessbrauch eine Ausnahme¹⁾. Gürgens ist auch in diesem Punkte anderer Ansicht als ich. (S. 22 Anm. 1.) Der Adjacent sei befugt zu Gunsten einer dritten Person an seinem Recht im Meer oder im öffentlichen See zu fischen, eine Fischereiservitut zu bestellen, „denn nach Art. 552 sei das Fischereirecht hier ein Realrecht des Ufergrundstücks und als solches integrierender Bestandtheil des Letzteren: in Folge dessen nähme es nach Art. 538 die Eigenschaft einer körperlichen Sache an und könne daher an ihm in seiner Verbindung mit dem Grundstück auch ein dringliches Recht bestellt werden.“ Dieser

1) cf. Art. 1103 ff. und Art. 1200.

Argumentation kann aus folgenden Gründen nicht beigestimmt werden:

1) Das Recht der Fischerei im Meer oder in einem nicht im Privateigenthum stehenden Gewässer ist wesentlich verschieden vom Fischereirecht in eigenen Gewässern und von der Jagd auf eigenem Grund und Boden. Wenn Art. 552 daher Letztere als Realrechte bezeichnet, so geht daraus noch keineswegs hervor, dass auch ersteres ein Realrecht ist. Dass dieses Recht dem Grundstück zusteht und von dessen Besitzer als solchem ausgeübt wird, genügt noch lange nicht, um dasselbe zu einem Realrecht zu machen, da z. B. Servituten auch dieser Anforderung entsprechen und dennoch nicht zu den Realrechten gezählt werden.

2) Das Fischereirecht (in Sonderheit aber das Fischereirecht im Meer oder in einem öffentlichen See) ist in Wirklichkeit kein integrierender Bestandtheil des Grundstücks. Art. 551 bezeichnet als integrierende Theile einer Sache dasjenige, „was mit ihr in unmittelbarem Zusammenhang (неразрывная связь) steht und zum Wesen derselben gehört, so dass ohne diese Bestandtheile die Hauptsache ihrer Benennung und ihrem Begriffe nach gar nicht bestehen oder nicht als vollendet angesehen werden kann.“

Das Fischereirecht kann als unkörperliche Sache nicht im körperlichen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Grundstück stehen. Das Fischereirecht, namentlich das im Meer, gehört ferner nicht zum Wesen und Begriff eines Grundstücks, ebenso wenig wie die anderen sog. Realrechte. Die wenigsten Grundstücke haben z. B. ein Patronatsrecht, alle Nichtrittergüter haben kein Recht des Branntweinbrandes etc.

Das Fischereirecht kann endlich vom Grundstück getrennt veräußert werden, denn Art. 4026¹⁾ bezeichnet die

1) Art. 3833 nennt gleichfalls die Realrechte als Gegenstände des Kaufvertrages, im russischen Text ist der Ausdruck jedoch durch

Realrechte als „Sachen deren Veräusserung nicht verboten ist¹⁾“. Dadurch das Art. 552 die Realrechte als integrierenden Bestandtheil der Grundstücke bezeichnet, tritt er in offenen Widerspruch zum Art. 551.

3) Indem das Provincialrecht die Realrechte zu den integrierenden Theilen der Grundstücke zählt; verwechselt es die körperliche Sache mit dem Eigenthum an derselben, denn im besten Fall könnte man doch nur behaupten, dass die Realrechte Bestandtheile des Eigenthums an Grundstücken, nicht aber Bestandtheile der Grundstücke selbst sind²⁾. Der richtigen Auffassung nach aber liegt in den Realrechten nur eine Steigerung der Befugnisse des Eigenthümers, nicht aber des Eigenthums an Grundstücken selbst vor. Es dürfte daher wohl kaum einem Zweifel unterliegen, dass durch die Bestimmung des Art. 552 die Realrechte ihrem Wesen und ihrer Natur nach nicht verändert werden können, sie können also nicht in Wirklichkeit integrierende Theile der Grundstücke werden, sondern theilen bloß äusserlich die Natur und die rechtlichen Schicksale derselben. Da die Realrechte nach Provincialrecht integrierende Bestandtheile der Grundstücke sein sollen, so erscheinen die Grundstücke selbst als zusammengesetzte Sache, welche aus einem Stück Land und diesen Rechten bestehen³⁾

Sollte nun aber trotz des eben Gesagten das Fischereirecht dennoch als wirklicher integrierender Bestandtheil der Grundstücke betrachtet werden, oder sollte dasselbe einfacher

„вещный“ nicht „поземельный“ права wiedergegeben. cf. auch Erdmann B. IV, § 334 S. 293 Anm. 1.

1) Diese Regel ist nicht zu verwechseln mit den Bestimmungen der Art. 883 und 896, nach denen die den Rittergütern ausschliesslich zustehenden Realrechte bei der Veräusserung einzelner Theile des Gutes auf diese nicht übertragen werden.

2) Vergl. Erdmann B. I § 31 I, B. III § 114 u. 117.

3) Vergl. Windscheid B I § 137 u. 138.

Bestandtheil oder Pertinenz der Letzteren sein, so würde daraus noch keineswegs folgen, dass dasselbe gemäss Art. 538 nun auch in allen Beziehungen eine körperliche Sache geworden ist, denn ein Recht kann nie aufhören an und für sich eine unkörperliche Sache, etwas bloß Gedachtes zu sein. Das Recht kann nur in so weit als körperliche Sache behandelt werden, als es als Bestandtheil einer körperlichen Sache in Frage kommt und das rechtliche Schicksal der Hauptsache theilt¹⁾. So weit aber an dem Rechte selbst irgendwelche selbständige Rechte bestellt werden sollen, kann dasselbe nur als unkörperliche Sache gelten, denn, wenn es auch Bestandtheil einer körperlichen Sache ist, so kann es doch nicht sein Wesen ganz verlieren und erhält nie einen Körper. Aus Art. 1116 ist zu ersehen, dass wenn eine Servitut an einem Grundstück bestellt wird, dieselbe nur an den Theilen oder Zubehörungen desselben haftet, an denen dieselbe ihrer Natur nach ausgeübt werden kann. Wird nun eine Fischereiservitut bestellt, so haftet sie bloss am Gewässer, nicht am Grundstück selbst. Es ist daher selbstverständlich, dass wenn das Grundstück kein Gewässer hat, an demselben auch keine Fischereiservitut bestellt werden kann. Obgleich nun zu den Grundstücken, welche das Fischereirecht im Meer oder in einem andern öffentlichen Gewässer haben, keine Gewässer gehören, sollen an denselben nach G ü r g e n s' Ansicht dennoch Fischereiservituten bestellt werden können und zwar an dem diesen zustehenden Fischereirecht im Zusammenhang mit dem Grundstück selbst. Nach der im Art. 1116 enthaltenen Regel dürfte aber in diesem Fall die Servitut nicht an dem Grundstück selbst, sondern nur an dem Fischereirecht

1) W i n d s c h e i d erklärt (B. I § 137) Anm. 2), man müsse sich nur vor dem Irrthum hüten, als ob das Gedachte (Unkörperliche), wenn es vom Rechte als Sache, d. h. als Gegenstand von Rechtsverhältnissen behandelt wird, wenn auch sofort in allen Stücken unter die gleichen Grundsätze gestellt würde, wie die körperliche Sache.

desselben haften, das Fischereirecht würde also hier selbständig als Recht, d. h. als unkörperliche Sache in Frage kommen und daher die Bestellung einer Fischereiservitut an diesem Recht unmöglich sein.

Aber selbst wenn wir mit G ü r g e n s annehmen würden, dass das Fischereirecht in öffentlichen Gewässern nach Art. 538 wirklich in allen Beziehungen eine körperliche Sache geworden ist, so würde dieses dennoch nicht genügen; denn wenn dasselbe auch eine körperliche Sache sein soll, so ist es doch dadurch noch lange kein Gewässer geworden, ein solches ist aber für die Bestellung einer Fischereiservitut begrifflich unumgänglich nöthig; daher denn selbst bei der G ü r g e n s -schen Auffassung des Art. 538, die Möglichkeit begrifflich ausgeschlossen ist, dass die Adjacenten an ihrem Fischereirecht in öffentlichen Gewässern eine Fischereiservitut zu Gunsten dritter Personen bestellen.

Abschnitt IV.

Widerlegung der Behauptung, dass die Flüsse von ihren Ufern und den angrenzenden Grundstücken untrennbar sind.

Nach römischem Recht waren alle beständig fließenden Flüsse (*flumina perennia*) öffentlich (*res publicae*) und konnten nicht Gegenstand des Privateigenthums sein. Das Flussbett war daher als integrierender Bestandtheil des Flusses gleichfalls *res publica* und konnte gleichfalls nicht im Privateigenthum der Adjacenten stehen ¹⁾. Das Wesen des öffentlichen

1) cf. § 2 Inst. de rer. div. 2, 1, L 30 § 2, L 7 § 5 Dig de acq. rer. dom. 41, 1, L 1 § 7 Dig de fluminibus 43, 12, L 1 § 1 u. 2 D. ut in flumine publ. 43, 14.

Flusses und des Flussbettes, als nicht im Privateigenthum stehender Sachen, veranlasste die Römer in Bezug auf die in einem Flusse entstandene Insel und das verlassene Flussbett folgende Regeln zu schaffen:

1) Die *insula in flumine publico nata* wird von dem anschliessenden Grundeigenthümer erworben.

2) Wenn ein öffentlicher Fluss sein bisheriges Bett verlässt, so wird das neue Bett, welches er sich macht, *res publica*, das verlassene Flussbett geht dagegen ins Eigenthum des Adjacenten über.

3) Kehrt der Fluss später in sein altes Bett zurück, so gehört das verlassene neue Bett nicht demjenigen, welcher das Land besass, bevor der Fluss es occupirte, sondern wird von den Adjacenten erworben¹⁾.

Diese Regeln erklären sich, wie gesagt, nur aus der Thatsache, dass die öffentlichen Flüsse und deren Bett nach römischem Recht nicht im Privateigenthum stehen, also auch nicht den Adjacenten gehören konnten. Nur aus diesem Grunde verliert der Eigenthümer sein Recht an dem vom Flusse dauernd occupirten Lande, dasselbe wird *res publica*. Das alte Eigenthum lebt auch dann nicht wieder auf, wenn der Fluss dieses neue Bett wieder verlässt, sondern das verlassene Bett wird, da nunmehr der Grund für die Oeffentlichkeit desselben in Wegfall gekommen und dasselbe nicht mehr integrierender Bestandtheil des öffentlichen Flusses ist, von den Eigenthümern der Ufergrundstücke als zu ihren Grundstücken hinzugetretenes Land *jure accessionis* erworben.

Unser Provinzialrecht²⁾ hat diese römisch-rechtlichen Regeln für die öffentlichen, d. h. nicht im Privateigenthum stehenden Flüsse im vollen Umfang recipirt und noch ausser-

1) L. 1 § 6 u. 7 D. de fluminibus 43, 12, § 22 u. 23, Inst. de rer. div. 2, 1.

2) Art. 759 ff.

dem auf die Privatflüsse ausgedehnt. Es sollen daher auch bei Privatflüssen die Adjacenten die in denselben entstandene Insel, sowie das verlassene Flussbett erwerben. Da es sich nun hier ausdrücklich um einen *Eigenthumserwerb* an dem Flussbett resp. dem in Gestalt einer Insel an die Oberfläche getretenen Theil desselben handelt, so versteht es sich von selbst, dass nach Ansicht des Gesetzgebers das Flussbett nicht eo ipso im Eigenthum der Adjacenten steht, diese also nicht nothwendig Eigenthümer des Flusses zu sein brauchen¹⁾. Die unmittelbare Consequenz der erwähnten Bestimmung des Provincialrechts ist daher die, dass entweder Fluss und somit auch Flussbett im Eigenthum einer dritten Person stehen können, welche zu Gunsten der Adjacenten ihr Eigenthum am Flussbett ganz oder theilweise verliert, oder dass *insula nata* und *alveus derelictus* (d. h. das Flussbett) als herrenlos (*res nullius*) zu betrachten sind. Von diesen beiden möglichen Consequenzen hat das Provincialrecht die erstere erwählt, indem es im Art. 868 Punct 2 ausdrücklich erklärt, dass der Erwerb der *insula nata* und des *alveus derelictus* durch den Adjacenten wider den Willen des Eigenthümers des Flussbettes geschieht, welcher sein Eigenthum zu Gunsten der Adjacenten verliert. Art. 868 Punkt 2 lautet: „Wider Willen des Eigenthümers hört das Eigenthum auf in allen Fällen, wo das Eigenthum von einem Andern, namentlich durch Verbindung (b), sowie durch Ersitzung erworben wird.“ Als Quelle dieser Bestimmung werden unter dem Text des Art. 868 unter Lit. b die Art. 759 ff. angeführt, in denen die Regeln über den Erwerb der Insel und des verlassenen Flussbettes enthalten sind.

Diesen Standpunkt des Provincialrechts, der aus klaren gesetzlichen Bestimmungen hervorgeht, habe ich in meiner

1) Die Adjacenten werden ja häufig auch Eigenthümer der Privatflüsse sein, sie brauchen es aber nicht zu sein.

Schrift eingenommen und folglich auch keine Veranlassung gehabt die Trennung der Flüsse von ihren Ufern auszu-schliessen, denn wäre diese unzulässig, so würden die *insula nata* und der *alveus derelictus* nicht von den Adjacenten erworben werden können, sondern wären *eo ipso* ihr Eigenthum¹⁾.

1) G ü r g e n s behauptet S. 17 Anm. 1, ich hätte diese Ansicht später wieder aufgegeben und damit selbst die rechtliche Untrennbarkeit der Flüsse von ihren Ufern anerkannt. Diese Meinung begründet G ü r g e n s damit, dass ich mich bei Gelegenheit der Besprechung eines Erkenntnisses des Rigaschen Rathes den K u p f f e r'schen Ausführungen angeschlossen, welche nach seiner Ansicht in dem Satze gipfeln, dass wenn ein Eigenthumsrecht am Fluss gesondert vom Eigenthumsrecht am Ufergrundstück angenommen werde, der Eigenthümer des Flussbettes auch *eo ipso* das Eigenthum an der *insula nata* habe und es nicht an den Uferbesitzer verliere. Diese Behauptung beweist, dass G ü r g e n s die Argumentation K u p f f e r's und des Rathes missverstanden hat. Der Rath argumentirt folgendermassen: Der Grundzinsherr habe im gegebenen Falle Eigenthum am Grundstück und an dem dazugehörenden Fluss. Die Berechtigung des Grundzinsherrn am Grundstück im vollsten Sinn gleich dem Eigenthümer zu nutzen, beziehe sich aber immer nur auf das Grundstück selbst, welches auf Grundzins vergeben ist, nicht aber über die Grenze desselben hinaus, möge es sich hier um Land oder Wasser handeln. Was ausserhalb der Grenze des Grundstücks liege, gehöre nicht zum Grundstück und sei daher nicht ins Grundzinsverhältniss übergegangen. Der Fluss sei somit im vollen unbeschränkten Eigenthum des Grundzinsherrn verblieben und dürfe nicht vom Zinsmann genutzt werden, da das *dominium utile* des Zinsmannes nur bis zur Wassergrenze reiche. Gegen diese Argumentation des Rathes wendet K u p f f e r ein, dass wenn diese Ansicht des Rathes richtig wäre, die Insel, welche einem auf Grundzins vergebenen Grundstück nach Art. 760 und 761 zuwachse, nicht allein ins Obereigenthum, sondern auch ins Nutzungseigenthum des Grundzinsherrn fallen müsste, da ja das Nutzungseigenthum des Zinsmannes nur bis an das Wasser des Flusses reichen solle. Dieses würde aber Art. 919 und 1325 widersprechen, nach welchen der Zinsmann das *dominium utile* an der *insula nata* erwerbe, während der Grundzinsherr nur das Obereigenthum daran habe. Hieraus sei zu ersehen, dass das Nutzungseigenthum des Zinsmannes auch den Fluss und dessen Bett ergreife. Aus diesen Ausführungen geht nun zweifellos hervor, dass K u p f f e r der Ansicht ist, der Zinsherr müsste, wenn die Meinung des Rathes richtig wäre, die *insula* deswegen erwerben, weil er Obereigenthümer des Grundstücks ist, dem die Insel zuwächst und weil ihm in dieser

Ohne sich in irgend einer Weise mit dem von mir in meiner Schrift citirten Art. 868, sowie mit dem Umstande, dass nach Art. 759 ff. immer nur ausdrücklich vom Erwerbe der *insula nata* und des *alveus derelictus* durch die *Adjacenten jure accessionis* die Rede ist, auseinanderzusetzen, zieht G ü r g e n s aus dem Umstande, dass das Provincialrecht die römisch-rechtlichen Regeln über die *insula nata* und den *alveus* auf die Privatflüsse ausdehnt, eine ganz andere Consequenz und behauptet, dass in Folge dieser provincial-rechtlichen Bestimmung Flüsse von ihren Ufern und den Ufergrundstücken nicht getrennt veräußert werden dürfen; der Besitzer der Ufergrundstücke müsse unbedingt auch Eigenthümer des Flusses und somit auch des Flussbettes um deswillen sein, weil sonst kein Rechtsgrund für die Erwerbung der Flussinsel und des verlassenen Flussbettes vorliegen würde. Sei der *Adjacent* aber unter allen Umständen auch Eigenthümer des Flussbettes, so müsse er Eigenthümer desselben bleiben, auch wenn dieses eine andere Form (*insula nata*, *alveus derelictus*) annähme¹⁾. Die Unhaltbarkeit

Eigenschaft selbstverständlicher Weise alle die Rechte und Vortheile des Grundstücks gehören, die nach dem Gesetz dem Grundzinsmanne nicht zustehen, nicht aber weil er voller Eigenthümer des Flusses ist. G ü r g e n s vergisst ganz, dass der Grundzinsherr ja Obereigenthümer des Grundstücks ist. Sein Einwand ist somit bedeutungslos.

1) Aus G ü r g e n s Schrift ist nicht klar zu ersehen, ob er die Untrennbarkeit der Flüsse von ihren Ufern aus dem Umstande folgert, dass das Provincialrecht die Regeln über die *insula nata* und den *alveus derelictus* überhaupt auf die Flüsse anwendet, obgleich dieselben im Gegensatz zum römischen Recht seiner Ansicht nach alle im Privateigenthum stehen, oder aus dem Umstande, dass das Provincialrecht diese Bestimmungen auf die Privatflüsse ausdehnt. Seite 16 und 27 erklärt G ü r g e n s, dass das Provincialrecht die erwähnten Bestimmungen auf die „Privatflüsse ausdehnt“ und „dadurch deren rechtliche Untrennbarkeit von den angrenzenden Grundstücken statuirt hat“. Daraus würde nothwendig folgen, dass nur die Privatgewässer (im Gegensatz zu den öffentlichen) von ihren Ufern untrennbar sind, nicht aber alle Flüsse. S. 21 spricht G ü r g e n s ferner davon, dass „in Folge dessen, dass das Provincialrecht die Grundsätze

der G ü r g e n s'schen Ansicht, welche dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspricht, ergibt sich noch aus folgender Erwägung: Der *alveus derelictus* und die *insula nata* sind entweder als neu entstandene Sachen ¹⁾ zu betrachten oder sie sind identisch mit dem Flussbett, wobei die Insel als zu Tage getretener Theil des Letzteren erscheint. Im ersteren Fall könnten die *insula* und der *alveus derelictus* entweder als herrenlos ²⁾ oder als dem Eigenthümer des Flussbettes, aus dessen Material sie gewissermassen entstanden sind, gehörig betrachtet werden. Sind sie identisch mit dem Flussbett, so könnten sie gleichfalls entweder *res nullius* oder Eigenthum des Flussbettbesitzers sein. Die *insula nata* und der *alvens derelictus* könnten daher unter allen Umständen a) entweder als *res nullius* oder b) als Eigenthum des Flussbettbesitzers aufgefasst werden.

ad a. *Res nullius* können sie deshalb nicht sein, weil sonst das Flussbett und somit auch der Fluss selbst herrenlos wären, da das Bett integrireder Bestandtheil des Flusses ist und seine Herrenlosigkeit auch auf die Herrenlosigkeit des Flusses deuten, dieses aber dem Provincialrecht nicht entsprechen würde (Art. 1013 u. 868). Aber selbst wenn wir dieselben als herrenlos betrachteten, so würden die Adjacen-

über die *insula nata*, den *alveus derelictus* und die Alluvion auf die im Privateigenthum stehenden Flüsse ausdehnt, die letzteren rechtlich untrennbar von ihren Ufern geworden sind.“ Da die Privatflüsse das Gegentheil von den öffentlichen Flüssen bilden und da G ü r g e n s constant den Ausdruck „ausdehnen“ gebraucht, müsste man wohl annehmen, dass er der Meinung ist, das Provincialrecht habe die römisch-rechtlichen Bestimmungen für die öffentlichen Flüsse voll und ganz recipirt und ausserdem noch auf die Privatflüsse ausgedehnt. Damit würde ja aber G ü r g e n s indirect zugeben, dass das Provincialrecht unter einem öffentlichen Fluss dasselbe versteht, was das römische Recht darunter verstand, dieses würde aber seiner Ansicht, dass öffentliche Flüsse nach Provincialrecht im Privateigenthum der Adjacenten stehen, strict widersprechen.

1) So W i n d s c h e i d B. I § 185.

2) Siehe B u n g e Privatrecht § 79 a und 120.

ten dieselben jure accessionis als herrenlose Sachen erwerben und es würde nicht die mindeste Veranlassung für die Annahme vorliegen, dass zu diesem Erwerbe das Eigenthum am Flussbette nöthig sei.

ad. b. Sind dagegen Insel und verlassenes Flussbett Eigenthum des Flussbettbesizers und müsste das Bett und somit auch der Fluss, wie G ü r g e n s verlangt, unbedingt Eigenthum der Adjacenten sein, so wären letztere eo ipso Eigenthümer der insula und des alveus derelictus und es wäre unmöglich von einem Erwerbe jure accessionis, d. h. durch Hinzutritt zum Grundstück des Adjacenten zu sprechen ¹⁾).

Die Unrichtigkeit der G ü r g e n s'schen Behauptung wird ferner durch die Thatsache bewiesen, dass das römische Recht den Erwerb der insula nata und des alveus derelictus durch den Adjacenten nur bei den öffentlichen Flüssen kannte, deren Flussbett, wie die Quellen ausdrücklich erklären, nicht im Privateigenthum der Adjacenten stand, sondern res publica war. Wenn trotzdem, oder richtiger gesagt, gerade deswegen dieser Erwerb stattfand, so lag der Grund eben nicht darin, dass das vom Wasser bedeckte Flussbett Eigenthum der Adjacenten war ²⁾). Es würde daher bei den nicht im Privateigenthum stehenden öffentlichen Flüssen die G ü r g e n s'sche Ansicht jedenfalls dem römischen Rechte, dessen Bestimmungen das Provincialrecht recipirt hat, widersprechen

1) „Die Entscheidung der Frage, ob die Flüsse von ihren Ufern getrennt veräussert werden können, hat in Livland eine ziemlich grosse practische Bedeutung, denn die Gutsbesitzer haben sich hier vielfach durch Ziehen des rothen Striches auf dem Bauerlande die Flüsse ohne Ufer als zum Hofesland gehörig vorbehalten und nicht verkauft. Ist nun die G ü r g e n s'sche Ansicht richtig, so würde dieser Vorbehalt nichtig sein und das Eigenthum an den Flüssen wäre auf die bäuerlichen Besitzer übergegangen.

2) cf. H e i n r i c c i, Zur Lehre vom Inselerwerb in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik XIII. B. Neue Folge I. B. S. 65.

Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen. B. 4 S. 259.

Seuffert's Archiv, neue Folge, V. B. 1880. S. 270.

und daher unhaltbar sein. Gürgens müsste seine Ansicht somit auf die Privatflüsse beschränken. Um dieser Schwierigkeit aus dem Wege zu gehen erklärt er jedoch, dass auch die öffentlichen Flüsse nach Provincialrecht im Gegensatz zum römischen Recht im Privateigenthum der Adjacenten ständen, dass alle Flüsse Gegenstand des Privateigenthums seien und unter allen Umständen den Adjacenten gehören müssten. Die Unhaltbarkeit dieser Behauptung ist bereits im III. Abschnitt dieser Abhandlung nachgewiesen worden und wird noch speciell durch die Bestimmung der Art. 760 dargethan. Dieser Artikel, als dessen Quelle die von dem Insel-erwerb in öffentlichen Flüssen handelnden Stellen des *corpus juris* angeführt sind, sagt ausdrücklich, dass sowohl in einem öffentlichen, als auch privaten Fluss die Insel von den Anliegern erworben wird¹⁾. Da das Provincialrecht hier nicht im Allgemeinen von den Flüssen spricht, sondern ausdrücklich zwischen öffentlichen und privaten Flüssen unterseheidet und als Quelle die bloß für die öffentlichen Flüsse geltenden römischrechtlichen Bestimmungen anführt, und da ferner es sinnlos gewesen wäre, hier einen Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Flüssen zu machen, wenn beide im Privateigenthum ständen, d. h. in dem hier allein wichtigen Punkt gleich wären, so muss wohl angenommen werden, dass das Provincialrecht für die öffentlichen Flüsse voll und ganz die römisch-rechtlichen Bestimmungen recipirt, wie das ja auch Bunge²⁾ behauptet und dieselben auf die Privatflüsse ausgedehnt hat³⁾. Dann ergibt es sich aber von selbst, dass die öffentlichen Gewässer nach Provincialrecht ebenso wenig im Privateigenthum stehen wie im römischen Recht, sondern

1) cf. den russischen Text dieses Artikels, der ausdrücklich sagt dass die öffentlichen Flüsse nicht im Privateigenthum stehen.

2) cf. Privatrecht § 136 u. 120.

3) cf. Gürgens Schrift S. 16 u. 27.

res publicae sind, denn der Inselerwerb in einem im Privateigenthum stehenden Flusse, wie ihn das Provincialrecht kennt, und der Inselerwerb in einem öffentlichen Flusse, wie ihn das römische Recht lehrt, sind wegen Verschiedenheit des Rechtsgrundes ganz verschiedene Institute. Das römische Recht hat die Regeln über die *insula nata* und den *alveus derelictus* aus dem Wesen der öffentlichen Flüsse geschaffen. Hat das Provincialrecht nun diese römisch-rechtlichen Normen für seine öffentlichen Flüsse recipirt, so muss es auch unter öffentlichen Flüssen das verstehen, was das römische Recht darunter verstand. G ü r g e n s' Ansicht wäre daher in jedem Fall bei den öffentlichen Flüssen unhaltbar.

Betrachten wir näher die G ü r g e n s'sche Argumentation, so sehen wir, dass dieselbe auf einer falschen Basis ruht. Um die Frage der Eigenthumsverhältnisse an privaten Gewässern und der Theilbarkeit derselben zu lösen, greift G ü r g e n s aufs römische Recht zurück ¹⁾ Das römische Recht habe keine speciellen Bestimmungen über das Eigenthum und die Theilbarkeit der Gewässer, sondern sage ausdrücklich, dass die allgemeinen Grundsätze hier anzuwenden seien. Nach den allgemeinen Grundsätzen seien Ufer und Bett eines Gewässers Theile des Grund und Bodens und als solche rechtlich von einander trennbar, folglich könne das Bett getrennt vom Ufer veräußert werden. Das Wasser unterliege hierbei nach dem Satz: *semper superficies solo cedit*, den Rechtsgrundsätzen des Bettes, in dem es fließt oder steht, mithin könne das Bett mit dem Wasser zusammen getrennt vom Ufer veräußert werden. Das Eigenthum am Boden bestimme daher das Eigenthum am Wasser. Bei den nicht im Privateigenthum stehenden öffentlichen Flüssen sei jedoch nicht der Grund und Boden das dominirende Element, sondern die nach einer bestimmten Richtung fließende geschlossene Wassermasse. Diese und

1) S. 10 u. 11.

das Flussbett bildeten zusammen eine Sache für sich, in der, so lange die Verbindung besteht, das Flussbett als Rechtsobject aufgegangen sei. Diese Sonderstellung der Flüsse gehe aus den Bestimmungen über die *insula nata* und den *alveus derelictus* hervor, denn der Eigenthümer, auf dessen Lande der Fluss sich ein neues Bett mache, erwerbe nicht den Fluss, sondern sein Eigenthum am Lande gehe im Gegentheil verloren. Das Provincialrecht habe die römisch-rechtlichen Regeln über die Privatgewässer im Allgemeinen recipirt. Da es aber die Flüsse zu den Privatgewässern zähle und auf dieselben dennoch die römisch-rechtlichen Regeln über die *insula nata* und den *alveus derelictus* anwende¹⁾, so müsse von den römisch-rechtlichen Normen für die Privatgewässer, dass nämlich 1) das unverrückbar beständige Eigenthumsobject das Wasserbett (als Theil des Grund und Bodens) sei, dessen Schicksal das Wasser nach der Regel *superfinis cedit solo theile* und 2) dass das Wasserbett mit dem Wasser rechtlich vom Ufer getrennt werden könne, die eine oder die andere in Bezug auf die Flüsse fallen gelassen werden, und zwar müsse dieses, wie *Gürgens* meint, fraglos mit der zweiten Norm geschehen, was zur Folge habe, dass die Flüsse von ihren Ufern untrennbar seien. Der logische Fehler in der *Gürgens'schen* Deduction besteht nun darin, dass er am Schluss seiner Argumentation das unberücksichtigt lässt, was er am Anfang derselben selbst als Regel aufgestellt. Er sagt, dass nach römischem Recht in Folge der Bestimmungen über die *insula nata* und den *alveus derelictus* bei den Flüssen das dominirende Element nicht der Grund und Boden, sondern die Wassermasse gewesen sei. Obgleich nun diese selben Bestimmungen über die *insula nata* und den *alveus derelictus* auch nach Provincialrecht bei Flüssen Platz greifen, lässt

1) S. 16. Wie bereits bemerkt, ist dieser Gedanke bei *Gürgens* unklar und widerspruchsvoll ausgedrückt.

Gürgens bei Letzteren nach Provincialrecht nicht dieselbe Folge eintreten wie im römischen Recht, es soll hier das dominirende Element nicht die Wassermasse, wie im römischen Recht, sondern der Grund und Boden sein. Warum dieselbe Ursache nicht dieselben Wirkungen nach römischem und nach Provincialrecht haben soll, ist in der Gürgens'schen Schrift nicht gesagt.

Wir müssen nun nicht die zweite, sondern die erste der oben erwähnten beiden Regeln des römischen Rechts für die Flüsse in Anbetracht der Bestimmungen über die *insula nata* und den *alveus derelictus* fallen lassen und dann ergeben sich zwei Möglichkeiten: entweder der Eigenthümer des Flusses ist nicht auch zugleich Eigenthümer des Flussbettes, sondern dieses ist *res nullius* oder er ist es wohl und verliert sein Eigenthum an den die Insel und das verlassene Flussbett *jure accessionis* erwerbenden Adjacenten. Das Provincialrecht hat, wie gesagt, die zweite Möglichkeit erwählt, die erste Möglichkeit würde die Herrenlosigkeit der Flüsse zur Folge haben, was dem Provincialrecht nicht entsprechen würde. Endlich muss noch Folgendes bemerkt werden. Gürgens bezeichnet die Flüsse als einfache unwesentliche Theile der Grundstücke, die aber wie integrirende Bestandtheile derselben zu behandeln seien. Diese Ansicht scheint mir logisch nicht zulässig zu sein. Theil ist ein Stück einer Sache, welches selbständiges Object von Rechten sein kann. Der Theil kann daher seinem Wesen nach stets vom Ganzen abgetrennt werden. Dieses findet nur dann nicht statt, wenn er zum Wesen des Ganzen gehört, sog. integrierender Bestandtheil ist. Gehört er nicht zum Wesen der Sache, so muss er immer abgetheilt werden können, das liegt in seiner Natur. Gürgens behauptet nun, die Flüsse gehörten nicht zum Wesen der Grundstücke, seien aber dennoch untrennbar, weil die Insel dem Adjacenten gehören solle und dieses nur dann möglich sei, wenn das Flussbett und folglich auch der Fluss ihm

gehörten. Hieraus würde aber hervorgehen, dass der Fluss dennoch zum Wesen des Grundstücks gehört, da dessen Besitzer nach der G ü r g e n s'schen Ansicht unter allen Umständen die Flussinsel und der *alveus* gehören sollen und dieses nur geschehen kann, wenn er auch den Fluss besitzt. Es würde also die Consequenz der G ü r g e n s'schen Ansicht die sein, dass der Fluss integrierender Bestandtheil des anschliessenden Grundstücks ist, dieses aber dürfte unhaltbar sein¹⁾.

Wir müssen endlich an dieser Stelle nochmals auf eine Unrichtigkeit in der G ü r g e n s'schen Deduction zurückkommen.

G ü r g e n s behauptet, wie wir gesehen haben, das Provincialrecht habe für die Rechtsverhältnisse an Privatgewässern die römisch-rechtlichen Regel recipirt, dass Letztere nach den Grundsätzen des Grund und Bodens zu behandeln seien, das unverrückbar beständige Eigenthumsobject sei das Wasserbett als Theil des Grund und Bodens, und das Wasser folge dem Schicksal des Wasserbetts nach der Regel *superficies cedit solo*.

Dass diese Regeln bei Flüssen nicht Platz greifen, haben wir bereits gesehen; dass diese Bestimmungen sich aber auch auf die andern Gewässer (Seen, Teiche, Bäche) nicht beziehen,

1) G ü r g e n s behauptet (S. 27), das Provincialrecht habe nach dem Vorbilde der preussischen Gesetzgebung (Gesetz vom 28. Febr. 1843) die Untrennbarkeit der Privatflüsse von ihren Ufern verordnet. Dieses Gesetz, welches im Zusatz zum § 43 des XV Tit. des II. Th. des Allg. pr. L. R. enthalten ist, ist sehr unklar. cf. Commentar zum Allg. pr. L. R. von Koch, B. 4 S. 789 Anm. 42 und S. 797 Anm. 68. Das Erkenntniss des O. Trib. IV vom 16 Juli 1857 ist für die Trennbarkeit, das Erkenntniss des O. Trib. II vom 6. October 1864 ist dagegen (Striethorst Archiv 25, S. 357 und 52, S. 113). G ü r g e n s giebt selbst zu (S. 27), dass das allg. pr. L. R. vor 1843 die Trennbarkeit der Ufer von den Flüssen annahm. Da das allg. pr. L. R. aber stets den Erwerb der *insula nata* und des *alveus derelictus* durch die *Adjacenten* sowohl in öffentlichen als privaten Flüssen zuliess (I Th. Tit. 9 § 244, 245 und 270), so ist es klar, dass diese Bestimmungen nicht die Untrennbarkeit der Flüsse von den Ufern nothwendig bewirken.

geht klar aus Art. 1012 und 1013 hervor, in denen der Grundsatz ausgesprochen ist, Gewässer gehören denen, deren Grundstücke sie bespülen oder durchschneiden. Da hier nicht die Einschränkung hinzugefügt ist, „falls das Wasserbett nicht anderen Personen gehört“, so muss angenommen werden, dass das Eigenthum an dem Lande, auf welchem das Wasser sich befindet, nicht entscheidend ist für die Frage des Eigenthums am Gewässer, sondern nach diesen Artikeln ist ebenso wie bei Flüssen das dominirende Element das Wasser, was schon rein formell durch den Ausdruck „bespülen“ angedeutet wird. Die Privatgewässer gehören ohne Ausnahme in dubio denjenigen Personen, deren Grundstücke sie durchschneiden oder bespülen, nicht denen, auf deren Grund und Boden sie sich befinden.

Um seine Behauptung, dass bei Privatgewässern der Grund und Boden das Ausschlaggebende sei und das Wasser als superficies den Rechtsgrundsätzen des Wasserbettes unterliege, in Einklang mit den Art. 1012 und 1013 zu bringen, argumentirt G ü r g e n s folgendermassen ¹⁾:

Das Bett des Gewässers sei ein Theil der dasselbe umschliessenden Grundstücke und da es mit ihnen körperlich zusammenhänge, so gehöre es zusammen mit der superficies d. h. dem Wasser, „zunächst“ den Eigenthümern dieser Grundstücke. Dieses sei der Grund für die Bestimmung der Art. 1012 und 1013. Es entsteht nun die Frage, welche Bedeutung hat der gänzlich unbestimmte Ausdruck „zunächst“? Darüber giebt uns G ü r g e n s keinen Aufschluss. Es entsteht ferner die Frage: wie wird denn G ü r g e n s den Fall construiren, bei welchem der klare Nachweis erbracht ist, dass das vom Wasser bedeckte Land (das Bett) nicht den Eigenthümern der dasselbe umschliessenden Grundstücke gehört²⁾.

1) S. 24 u. 25.

2) Nehmen wir z. B. an, ein See breche in Folge irgend welcher Naturereignisse durch und ergiesse sich in eine Thalniederung.

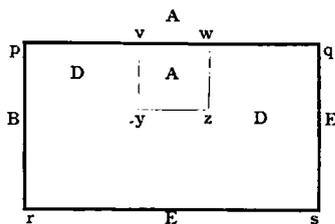
Die Thatsache, dass ein Grundstück von anderen umgeben ist, sagt ja noch keineswegs, dass dasselbe unbedingt den Eigenthümern der umschliessenden Grundstücke gehören muss, denn sonst müssten auf der ganzen Erde alle Grundstücke einherrig sein, da der körperliche Zusammenhang des Grund und Bodens ein über die ganze Erde fortlaufender ist und jedes Grundstück von anderen umschlossen wird. Sollte in dem eben angeführten Fall die von G ü r g e n s aufgestellte Regel gelten, dass das Eigenthumsobject das Wasserbett, das Wasser aber bloß die superficies sei, so würde das Gewässer nicht den Adjacenten, sondern dem Eigenthümer des Grund und Bodens gehören. Dieses würde aber dem klaren Sinn der Art. 1012 und 1013 widersprechen!

G ü r g e n s entscheidet somit garnicht die Frage principiell, denn er geht von dem Specialfall aus, dass das Bett gerade den Adjacenten gehörte und schliesst aus diesem einen Fall allgemein, dass das Gewässer den Adjacenten deswegen gehört, weil ihnen der Boden gehörte. Es braucht aber, wie gesagt, nicht in jedem Fall der Boden, auf dem das Gewässer steht, als solcher dem Adjacenten zu gehören; wenn er ihm gehört, so ist es ein Zufall, aus dem keine allgemeinen Schlüsse auf die Rechtsverhältnisse zwischen Gewässer und anliegenden Grundstücken gezogen werden dürfen. Bei den Flüssen würde G ü r g e n s mit seiner Theorie, dass das un verrückbar beständige Eigenthumsobject das Wasserbett ist und die Wassermasse als superficies den Schicksalen des Bettes folgt, erst recht in ein Dilemma gerathen, denn 1) enthält Art. 764 des Provincialrechts die Bestimmung, dass der sich ein neues Bett machende Fluss nicht dem gehört, auf dessen Land dieses Bett sich befindet, und 2) ist ein gemeinschaftlicher Fluss, wie wir im folgenden Abschnitt sehen werden, nicht realiter unter die Adjacenten getheilt, so dass auch kein un verrückbar beständiges Eigenthumsobject in dem Bette erblickt werden kann.

Ich muss endlich noch darauf hinweisen, dass nach Art. 1012 und 1013 die Flüsse den übrigen Gewässern vollständig gleichgestellt sind; alle gehören den Adjacenten. Da nun einerseits bei Flüssen fraglos die Regeln nicht gelten, dass das Bett allein Object des Eigenthums ist und das Wasser dem Grund und Boden folgt, und da andererseits die Flüsse den Adjacenten gehören, so muss angenommen werden, dass diese Regeln bei den übrigen Gewässern auch nicht Anwendung finden, da Letztere, ebenso wie die Flüsse, den Adjacenten und nicht dem Eigenthümer des Grund und Bodens, gehören. Die Regel: Gewässer gehören den Adjacenten, kann nicht die Consequenz zweier einander widersprechender Grundsätze sein, nämlich für die Flüsse des Grundsatzes: dominirendes Element ist das Wasser, für die übrigen Gewässer des Grundsatzes: dominirendes Element ist der Grund und Boden. Das ist unmöglich. Die römisch-rechtlichen Bestimmungen finden also in Anbetracht der Art. 1012 und 1013 bei den Privatgewässern nach Provincialrecht keine Anwendung. Ferner muss noch darauf hingewiesen werden, dass G ü r g e n s' Ansicht, das Eigenthum an Privatgewässern werde durch das Eigenthum am Wasserbett bestimmt, seiner Anschauung, dass die gemeinschaftlichen Gewässer nach Art. 1013 als realiter unter die Adjacenten getheilt zu betrachten sind, widerspricht. Nach Art. 1013 könnten die den Adjacenten gehörigen realen Theile nur diejenigen Theile der Gewässer sein, welche die Grundstücke der Adjacenten „durchschneiden oder bespülen“. Diese realen Theile ¹⁾ würden aber durchaus nicht immer mit den Theilen der Gewässer zusammenfallen, die den Adjacenten gehören würden, wenn der Satz Geltung hätte, dass das Eigenthum am Boden das Eigenthum am Wasser (*superficies cedit loco*) bewirke.

1) Wenn man sie überhaupt feststellen könnte. cf. Abschnitt V.

Folgende Abbildung möge dieses erläutern:



Das innerhalb des Vierecks p q s r belegene Land wird vom Wasser eines Sees bedeckt. Dieses Land besteht aus Stücken, die dem Adjacenten A und dem D gehören. A grenzt mit der Linie p q an den See, B mit der Linie p r, E mit den Linien r s und s q, D dagegen garnicht. Nach G ü r g e n s' Ansicht, dass der Satz superficies cedit solo hier zu gelten habe, müsste A nur dasjenige Seestück gehören, welches auf seinem Lande v y z w sich befindet, nach G ü r g e n s' Theorie aber, dass der See nach Art. 1013 realiter unter die Adjacenten getheilt ist und jedem Adjacenten der Theil gehört, der sein Land bespült, müsste A ein Seestück gehören, welches jedenfalls die Breite p q hat. Nach der ersten Ansicht von G ü r g e n s gehörte D das Seestück v p r s q w z y, nach der zweiten garnichts, weil er nicht Adjacent ist und das eben bezeichnete Seestück die Ufer von A, B und E bespült. Nach der ersten G ü r g e n s'schen Ansicht gehörte E gar kein Theil des Sees, nach der zweiten ein Theil von der Breite r s und s q.

Zum Schluss dieses Abschnitts muss noch bemerkt werden, dass G ü r g e n s' nationaloeconomische Erwägungen (S. 26), dass nämlich das volkswirtschaftliche Interesse an den Flüssen wegen ihrer Bedeutung als Wasserstrassen und Wasserkraft die Untrennbarkeit derselben von ihren Ufern fordere, bedeutungslos sind, wenn man berücksichtigt, dass die Art. 1016, 1017, 1019, 1028, 1030 etc. die Benutzung der schiffbaren Flüsse als Wasserwege, sowie die Benutzung ihrer Ufer, so-

weit sie bei der Schifffahrt erforderlich ist, Allen gestattet und es daher ganz gleichgültig ist, ob Ufer und Fluss einherrig sind oder nicht.

Abschnitt V.

Widerlegung der Behauptung, dass die Gewässer Theile der anliegenden Grundstücke sind.

In meiner Schrift¹⁾ habe ich bei Gelegenheit der Besprechung des rechtlichen Characters der Gewässer die Behauptung aufgestellt, dieselben könnten nicht als reale (körperliche) Theile der anliegenden Grundstücke betrachtet werden, weil Gewässer, welche die Grundstücke mehrerer Eigenthümer bespülen oder durchschneiden, nach Art. 1013 des Provincialrechts im vollen Miteigenthum der Letzteren stehen, somit jedem Adjacenten gemäss Art. 927 nicht das ganze Gewässer, sondern blos ein ideeller, unkörperlicher, d. h. räumlich nicht begrenzter Theil desselben gehört und dieses, wenn Gewässer wirklich als körperliche Theile der Grundstücke gelten würden, zu der logisch unmöglichen Consequenz führte, dass ideelle Theile des Gewässers zugleich reale Theile der anliegenden Grundstücke wären. Da meiner Ansicht nach Gewässer somit nicht als Theile der Grundstücke betrachtet werden können und da dieselben dennoch nach Art. 1012 und 1013 als zu den anliegenden Grundstücken gehörig bezeichnet werden, so bleibt nur die Möglichkeit übrig, dieselben als Pertinenzen der Grundstücke zu betrachten²⁾. Ich habe nun zweierlei zu beweisen, 1) dass Gewässer, welche die Grundstücke mehrerer Eigenthümer durchschneiden oder bespülen,

1) cf. S. 35.

2) cf. S. 36 ff.

im vollen Miteigenthum derselben stehen und 2) dass der ideelle Theil einer Sache nicht zugleich realer Theil einer anderen Sache sein kann.

Dr. Gürgens behauptet in seiner Schrift ¹⁾, die Gewässer seien Theile der anliegenden Grundstücke, gesteht aber zu, dass man dieselben auch als Pertinenzen auffassen könne. Das oben erörterte, von mir gegen seine Ansicht angeführte Argument greift Gürgens an, indem er behauptet, 1) dass die Gewässer, welche die Grundstücke mehrerer Eigenthümer durchschneiden oder bespülen, nicht im wahren Miteigenthum zu ideellen Theilen, (*communio pro indiviso*), sondern im gemeinschaftlichen Eigenthum zu realen Theilen (*communio pro diviso*), wie es die Anmerkung I zu Art. 927 näher erläutert, stehen und 2) dass unkörperliche Theile einer Sache zugleich körperliche einer andern sein können.

ad. 1. Gemäss Art. 1013 stehen die Gewässer, welche die Grundstücke mehrerer Eigenthümer durchschneiden oder bespülen, „im gemeinschaftlichen Eigenthum der angrenzenden Grundherren, so dass jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theils zusteht“.

Für die Entscheidung der Frage, ob dieser Artikel von einem wahren Miteigenthum oder von einem gemeinschaftlichen Eigenthum zu realen Theilen spricht, geben uns die Quellen zu demselben, wie ich bereits in meiner Schrift gesagt habe, keinen Aufschluss ²⁾. Wir müssen daher diese Bestimmung nach den Regeln des Art. 16 der Einleitung zum Privatrecht interpretiren. Art. 16 bestimmt, dass bei der Auslegung der Bestimmungen des Privatrechts vor Allem auf die Bedeutung der gebrauchten Worte zu sehen und dass bei Mehrdeutigkeit der Worte der allgemeinen Bedeutung vor der besonderen und der gewöhnlichen vor der uneigentlichen

1) cf. S. 27—29.

2) S. 24.

Bedeutung der Vorzug zu geben ist, ausser wenn dieselbe mit dem angegebenen oder mit Bestimmtheit vorauszusetzenden Grunde oder mit der unzweifelhaften Absicht des Gesetzes unvereinbar ist.

Art. 1013 spricht von einem „gemeinschaftlichen Eigenthum“ der Adjacenten an den Gewässern, „so dass jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zusteht“. Hier ist von einer realen Theilung der Gewässer mit keinem Worte die Rede. Es wird der Ausdruck „gemeinschaftliches Eigenthum“ gebraucht, dessen sich das Provincialrecht für das Miteigenthum wie für die *communio pro diviso* bedient, und eine Bestimmung über die Nutzung des gemeinschaftlichen Gewässers getroffen, welche dem über das wahre Miteigenthum handelnden Art. 935 vollständig entspricht. Eine reale Theilung der Gewässer hätte gemäss Anm. 1 zu Art. 927 zur Folge, dass das Gewässer in eine Reihe selbständiger Ganze zerfiel, die als Gegenstand eines selbständigen Eigenthums des einzelnen Adjacenten anzusehen wären. Wenn nun Art. 1013 jedem Adjacenten nur die Nutzung eines Theiles des Gewässers zuerkennt, so heisst das doch nicht, dass er freier Eigenthümer dieses Theiles ist und über denselben beliebig verfügen, also ihn auch zerstören kann. Es liegt also hier offenbar volles Miteigenthum und keine *communio pro diviso* vor. Betrachten wir zunächst die Argumente, die G ü r g e n s für seine Ansicht, Art. 1013 begründe eine *communio pro diviso*, anführt ¹⁾.

1) Der Adjacent participirt nach seiner Ansicht an der Nutzung des Gewässers „nicht, wie es beim Miteigenthum der Fall ist, nach Bruchtheilen (Art. 933—935), sondern nach räumlich bestimmten Theilen (Art. 1013, 1021 und 1034)“. Diese Behauptung dürfte unhaltbar sein. G ü r g e n s verwechselt hier die Sache selbst mit deren Revenuen. Die Re-

1) S. 28.

venuen der gemeinschaftlichen Sache geniessen die Miteigenthümer allerdings nach Bruchtheilen, wie das die Art. 933 und 934 bestimmen, die gemeinschaftliche Sache selbst aber können sie nicht nach Bruchtheilen, d. h. nach ideellen, räumlich unbegrenzten Theilen gebrauchen. Das ist logisch unmöglich. Art. 935 spricht auch garnicht davon, dass die Nutzung nach Bruchtheilen zu geschehen hat ¹⁾, sondern erklärt im Gegentheil, dass ein gemeinschaftlicher Gebrauch einer im Miteigenthum Mehrerer stehenden Sache nur dann zulässig ist, wenn die Sache realiter theilbar ist, wie z. B. ein Wald, eine Sandgrube, wobei die der Nutzung des einzelnen Miteigenthümers überlassenen realen Theile sich allerdings nach dem Verhältniss der Grösse der einzelnen Antheile richten. Indem Art. 935 die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Nutzung der Sache an die Bedingung der räumlichen Theilbarkeit derselben knüpft, zeigt er deutlich, dass er eine Nutzung an räumlich bestimmten Theilen der gemeinschaftlichen Sache im Auge hat.

2) Gürgens behauptet sodann, ich hätte gegen die Gemeinschaft zu realen Theilen angeführt, dass das Provincialrecht unter gemeinschaftlichem Eigenthum nur das Miteigenthum verstehe, während doch in der Anm. 1 zum Art. 927 auch die Gemeinschaft zu realen Theilen gemeinsames Eigenthum genannt werde. Dieser Hinweis ist bedeutungslos, da ich die mir vorgeworfene Behauptung garnicht gethan, son-

1) Da Art. 935 dem römischen Recht entnommen ist, so dürfte folgender Passus aus einer Entscheidung des Berliner Oberappellationsgerichts (Seuffert's Archiv B. 21 Nr. 101) nicht ohne Interesse sein: „Der Miteigenthümer, welcher durch Widerspruch seiner Mitinteressenten sich an der Benutzung der Sache gehindert findet, ist in der Lage den Richter anzugehen, sei es zwecks Auseinandersetzung der Gemeinschaft überhaupt, sei es behufs Regulirung der zu theilenden Nutzung während Fortdauer der Gemeinschaft“. cf. Zwingmann, Civilrechtl. Entscheidungen B. 7 S. 81.

dern im Gegentheil untersucht habe, welche der beiden Eigenthumsarten der Gesetzgeber im Art. 1013 gemeint hat¹⁾.

3) Als drittes und letztes Argument für seine Ansicht führt endlich Gür gens die Art. 936 und 1006 an, wonach eine Grenzmauer gemeinschaftliches Eigenthum der beiden Grundeigenthümer sei und jedem von ihnen die Benutzung der seinem Grundstück zugewandten Seite zustehe. Diese Artikel sollen meine Ansicht angeblich in ein Dilemma führen, denn entweder sei die Grenzmauer als zu reellen Theilen unter die Nachbarn getheilt anzusehen, oder dieselbe stehe im Miteigenthum der Nachbarn und dann gelange man zu dem von mir selbst perhorrescirten Schluss, dass ein ideeller Theil einer Sache (nämlich der Grenzmauer) zugleich realer Theil einer andern Sache (nämlich des Gebäudes) sei, denn Mauern seien fraglos Theile der Gebäude.

Diese Ausführungen sind bedeutungslos, denn sie enthalten einen erheblichen logischen Fehler. Das Miteigenthum an der Grenzmauer würde keineswegs die Consequenz haben, dass ideelle Theile der Grenzmauer reale Theile der Gebäude sind. Die Grenzmauer wird hier vom Gesetzgeber rechtlich nicht als Theil der beiden Gebäude, sondern als vollständig selbständiger Gegenstand des Miteigenthums der beiden Nachbarn betrachtet, was aus folgenden Gründen zu ersehen ist: Mauern sind allerdings der Regel nach integrirende Bestandtheile der Gebäude. Wenn nun dieses auch hier der Fall wäre, so würde daraus folgen, dass, da die Grenzmauer im Miteigenthum der beiden Nachbarn steht, auch die beiden Gebäude, zwischen denen sie steht und deren integrierender Bestandtheil sie ist, im Miteigenthum der beiden Nachbarn stehen müssten. Dieses soll nun aber nicht stattfinden, sondern jedes Gebäude steht im Sondereigenthum eines jeden der Nachbarn und nur die Mauer im Miteigenthum derselben,

1) S 23.

folglich ist die Grenzmauer eben hier nicht integrierender Bestandtheil der beiden Gebäude. Ueberhaupt kann eine Sache nicht zugleich integrierender Bestandtheil zweier Sachen sein. Fassen wir aber die Grenzmauer als einfachen Theil der Gebäude auf, so muss anerkannt werden, dass dieselbe von der Hauptsache völlig abgegrenzt ist und eine selbständige Sache bildet, denn der Theil, an welchem ein anderes Eigenthumsrecht als am Ganzen besteht, hängt nur rein äusserlich noch mit dem Ganzen zusammen. An den Gebäuden besteht ja Sondereigenthum, an der Mauer dagegen Miteigenthum.

Die Grenzmauer ist also hier als vollständig selbständiger Gegenstand von Rechten zu betrachten und steht nicht als Theil rechtlich im Zusammenhang mit den Gebäuden, daher auch das Miteigenthum der Nachbarn an der Mauer nicht die Folge hat, dass ein ideeller Theil derselben reeler Theil des Gebäudes ist.

Wir haben nun zu untersuchen, ob die Grenzmauer pro diviso oder pro indiviso den Nachbarn gehört.

Der dem römischen Recht entnommene Art. 936 lautet: „Bei einer gemeinschaftlichen Mauer steht jedem Grundeigenthümer die Benutzung der seinem Grundstücke zugewandten Seite zu, sofern dadurch der Mauer kein Schade zugefügt und keine wesentliche Veränderung derselben herbeigeführt wird“.

Dieser Art. steht unter der Ueberschrift „Von dem Miteigenthum“ und befindet sich unter lauter Artikeln, die ausnahmslos von dem Miteigenthum handeln. Er folgt unmittelbar nach einem Art (935), der von der Nutzung einer im Miteigenthum stehenden Sache redet. Der Ausdruck „gemeinschaftliche Mauer“ bedeutet keineswegs, dass die Letztere Gegenstand einer *communio pro diviso* ist, da in einer ganzen Reihe von Artikeln (932—934, 937—939) die im vollen Miteigenthum stehenden Sachen als „gemeinschaftliche“ bezeichnet werden. Es liegt daher gar kein Grund vor, hier Eigenthum

zu realen Theilen anzunehmen, um so mehr, als jeder Nachbar gemäss Art. 936 über den ihm zugekehrten Theil der Mauer nicht frei und ohne Zustimmung des andern Nachbarn verfügen, sondern denselben nur schonend benutzen darf, was die Möglichkeit eines selbständigen Eigenthums desselben an dem betreffenden Mauertheil, wie es bei der *communio pro diviso* stattfindet, ausschliesst und durchaus an die über das Miteigenthum handelnden Bestimmungen der Art. 929 und 930 erinnert. Die als Quelle des Art. 936 angeführte L. 13 § 1 *de servit. prædior. urb.* 8, 2 enthält ausserdem eine Regel, die nur aus dem Miteigenthum erklärt werden kann. Hat nämlich ein Nachbar auf der ihm zugekehrten Seite der Mauer kostbare Malereien anbringen lassen und reisst der andere die Mauer nieder, so haftet Letzterer nur für die Summe, die ein gewöhnlicher Abputz gekostet hätte. Die Grenzmauer steht somit, wie aus dem Dargelegten ersichtlich ist, im vollen Miteigenthum der beiden Nachbarn ¹⁾

Aber selbst wenn die gemeinschaftliche Mauer nach Art. 936 als realiter unter die Nachbarn getheilt zu betrachten wäre, so würde das für den uns beschäftigenden Fall gänzlich belanglos sein. Es würde daraus keineswegs hervorgehen, dass in allen Fällen, wo von gemeinschaftlichen Sachen und

1) Dieser Ansicht sind auch das Obertribunal zu Berlin (Seuffert's Archiv B. 22 Nr. 198) und die I. Section des Rigaschen Landvogteigerichts (Zwingmann's Entscheidungen B. 1 S. 59 ff) in zwei Erkenntnissen gewesen. R u e t e ist in seiner vorzüglichen Broschüre über „die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern“, Bremen 1843 derselben Meinung. Das *corpus juris* verstehe unter „*paries communis*“ stets eine *pro indiviso* den Nachbarn gehörende Mauer, da 1) *res communes* überhaupt nur *pro indiviso* gemeinsame Sachen bedeuten und 2) die beschränkten Rechte der Nachbarn an der Mauer sich nur aus der *communio pro indiviso* erklärten (S. 1 und 2). R u e t e ist jedoch der Ansicht (S. 70), dass auch eine *pro diviso* getheilte Grenzmauer denkbar sei, hier müssten jedoch logischer Weise alle Beschränkungen der Rechte der Nachbarn weggelassen. Nach dem Code civil § 653 ff. steht die gemeinschaftliche Mauer im Miteigenthum.

deren Benutzung die Rede ist, nothwendiger Weise Eigenthum zu realen Theilen praesumirt werden müsse, denn einerseits werden die im vollen Miteigenthum stehenden Sachen, wie wir bereits gesehen haben, auch gemeinschaftliche Sachen genannt und andererseits würde Art. 935, der von der Nutzung im Miteigenthum stehender Sachen handelt, dann ganz ausser Kraft gesetzt sein. Endlich darf hier nicht unbemerkt bleiben, dass zwischen den Rechtsverhältnissen an der pro diviso gemeinschaftlichen Grenzmauer und den an dem gemeinschaftlichen Gewässer Nichts Analoges bestehen würde. Die Annahme, dass die Grenzmauer unter die Nachbarn realiter getheilt ist, würde voraussetzen, dass dieselbe zum Theil auf dem Boden des einen, zum Theil auf dem Boden des andern Nachbarn stehe und dass daher nach dem Satz: quod solo inaedificatur, solo cedit, jedem Nachbarn derjenige körperliche Theil der Mauer gehört, der auf seinem Grund und Boden steht¹⁾. Bei den gemeinschaftlichen Gewässern dagegen gilt der auf demselben Princip basirte Satz superficies cedit solo, wie wir gesehen haben, nicht. Während im ersten Fall das Eigenthum am Grund und Boden das Entscheidende wäre und jedem Nachbarn das gehörte, was bis an seine Bodengrenze geht²⁾ oder in dem Raum über seinem Grund und Boden sich befindet, würde dieses im zweiten Fall nicht Platz greifen. Wir hätten im ersteren Falle eine feste Linie, die Bodengrenze, deren Verlängerung in den Luftraum unzweifelhaft den jedem Nachbar gehörigen Theil räumlich bestimmte, im zweiten Fall fehlt uns diese Linie, denn nicht das Eigenthum

1) Die Rechtsverhältnisse an einem auf der Grenze zweier Landgüter befindlichen Baum oder Stein wären also hier ganz analog den der Grenzmauer cf. G ü r g e n s S. 9 Prov.-R. Art. 779, L. 83 Dig pro socio 17,2, L. 19 D. communi divid 10,3.

2) Liegt die Mauer ganz auf dem Grunde des einen Nachbarn, so kann sie auch nur diesem allein gehören, nicht aber beiden Nachbarn.

am Boden zieht das Eigenthum am drüber stehenden Wasser nach sich, sondern dieses ist das dominirende Element und es fehlt uns somit hier jede feste Grenze. Es würde daher hier auch nicht genügen, wenn uns der Gesetzgeber mit klaren Worten sagte: Gewässer sind räumlich unter die Adjacenten getheilt; er müsste uns auch sagen, wie diese Theilung stattgefunden hat, und hiervon ist im Gesetz mit keinem Wort die Rede. Gegen die G ü r g e n s 'sche Ansicht, dass die Gewässer realiter unter die Adjacenten getheilt sind, spricht somit vor allem Andern der Umstand, dass uns der Gesetzgeber einerseits nicht angiebt, wie man sich diese Theile zu denken hat und andererseits durch Nichtreception der beiden römisch-rechtlichen Grundsätze für die Eigenthumsverhältnisse an Gewässern nämlich, dass Gegenstand des Eigenthums das Bett sei und das Wasser dem Eigenthümer des Bettes gehört (*superficies cedit solo*) jede Möglichkeit einer Theilung ausschliesst, wie sie bei der Grenzmauer sich von selbst ergibt. Die Worte des Art. 1013, „so dass jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zusteht“, aus denen etwa auf das Princip der Theilung geschlossen werden könnte, schliessen, wie wir in dieser Abhandlung gesehen haben, die Anwendung der beiden oben erwähnten römisch-rechtlichen Grundsätze aus, sind selbst aber so unbestimmt, dass sie die Frage der Theilung nicht lösen. G ü r g e n s sagt uns leider nicht, wie er sich denn eigentlich diese reale Theile denkt. Wie soll ein See von unregelmässiger oder gar viereckiger Form räumlich so getheilt sein, dass jeder Adjacent den Theil bekommt, der sein Gebiet bespült? Nach welchen Regeln soll in Sonderheit ein gemeinschaftlicher Fluss getheilt sein? Sollen da etwa die Regeln des Art. 761 ff., die von der *insula nata* und von dem *alveus derelictus* handeln, massgebend sein? Diese Regeln würden ja aber gerade die Möglichkeit ausschliessen, dass der Fluss als in feste reale Theile

unter die Adjacenten getheilt betrachtet wird. Nehmen wir an, der Fluss wäre 300 Meter breit. Wäre derselbe realiter getheilt, so würde die die einzelnen Theile abgrenzender Mittellinie 150 Meter von jedem Ufer entfernt, jeder reale Theil also 150 Meter breit sein. Würde nun an das Ufer des A ein 20 Meter breites Landstück angeschwemmt werden und wären die in obiger Weise festgestellten Theile wirklich räumlich festbestimmte, so müsste der A gehörige Theil des Flusses an der Anschwemmungsstelle nunmehr bloss 130, B's Theil dagegen, nach wie vor, 150 Meter breit sein. Statt dessen würde aber nach den Regeln des Art. 761 ff. die Thatsache der Anschwemmung und der dadurch bewirkten Verminderung der Flussbreite eine Verlegung der Mittellinie zur Folge haben, so dass A sowohl als B, wenn der Fluss sein Bette verlassen sollte, einen Flussbetttheil von der Breite von $\frac{300-20}{2} = 140$ Meter besitzen würde. Dieses könnte aber nicht stattfinden, wenn die den beiden Adjacenten gehörigen Theile räumlich fest bestimmte wären. Es liegt also im Art. 1013 offenbar keine reale Theilung, sondern nur eine Theilung des Nutzungsgebietes vor. Aber abgesehen davon würden wir völlig im Einverständniss mit den römisch-rechtlichen Quellen und dem Provincialrecht handeln, wenn wir behaupteten, dass selbst wenn der Gesetzgeber klar ausgesprochen hätte, dass die gemeinschaftlichen Gewässer realiter getheilt sind, wir dennoch hier Miteigenthum annehmen müssten, da die Feststellung der realen, die Grundstücke eines jeden der Adjacenten bespülenden oder durchschneidenden Theile 1) vom Gesetzgeber nicht genügend normirt und 2) practisch unmöglich ist¹⁾). Der dem römischen Rechte

1) Art. 941 giebt dem Richter im Theilungsverfahren einen sehr weiten Spielraum. Er braucht garnicht jedem der Adjacenten den Theil des Gewässers zuzusprechen, der sein Grundstück bespült oder durchschneidet cf. meine Schrift S. 80.

entnommene Art. 779, den auch G ü r g e n s in seiner Schrift bespricht, bestimmt, dass der auf der Grenze zweier Grundeigentümer stehende Baum als realiter unter die Nachbarn getheilt zu betrachten ist, je nachdem die einzelnen Theile desselben über dem Grundstücke des einzelnen Nachbars stehen oder hinüberraagen, dass derselbe aber nach geschehener Trennung von der Erde den Nachbarn zu gleichen ideellen Theilen gehört, wenn die frühere Hingehörigkeit der einzelnen Theile nicht zu ermitteln ist. Die römischen Quellen (L. 19 pr. com. div. 10,3) gehen weiter als das Provincialrecht, indem sie die letztere Bedingung nicht stellen, sondern den von der Erde getrennten Baum unbedingt ins Miteigenthum zu ideellen Theilen fallen lassen, „denn was zuvor bestimmte Grenzen hatte, habe diese wiederum verloren.“ Aus diesen Bestimmungen lernen wir, dass nur dort vom gemeinschaftlichem Eigenthum zu realen Theilen die Rede sein kann, wo diese Theile fest und unzweifelhaft bestimmt sind, und dass in allen anderen Fällen die gemeinschaftliche Sache Gegenstand des wirklichen Miteigenthums ist ¹⁾.

Ich muss noch darauf hinweisen, dass, wie ich bereits im vorigen Abschnitt constatirt, G ü r g e n s in Widerspruch zu seiner Ansicht von der durch Art. 1013 angeblich begründeten *communio pro diviso* tritt, wenn er behauptet, dass nach Provincialrecht bei Gewässern als Object des Eigenthums das Bett zu betrachten und das Wasser nach der Regel *superficies solo cedit* zu behandeln sei. Ich muss ferner bemerken, dass der Begriff gemeinschaftliches Eigenthum zu realen

1) Wenn G ü r g e n s' Ansicht, dass Einem ein Gewässer nur deswegen gehört, weil Einem der Grund und Boden, auf dem dasselbe steht, gehört, richtig wäre, so würde auch daraus folgen, dass gemeinschaftliche Gewässer im Miteigenthum stehen, da es sich nicht mehr feststellen lässt, welcher Theil des Bettes dem einzelnen Adjacenten gehört hat und daher auch nicht bestimmt werden kann, welcher Theil des Gewässers ihm gehört.

Theilen in ein practisches Gesetzbuch nicht hineingehört und daher auch nicht praesumirt werden darf. Bei Grundstücken sagt er thatsächlich garnichts, da der körperliche Zusammenhang des Grund und Bodens ein über die ganze Erde fortlaufender ist und daher alle Grundstücke in diesem gemeinschaftlichen Eigenthum aller Grundstückbesitzer stehen. Bei beweglichen Sachen findet eine Theilung in der Regel durch Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges statt. Findet die Theilung aber ohne Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges statt, so erscheint die betreffende Sache bloss äusserlich als eine gemeinschaftliche. Von einem gemeinschaftlichen Eigenthum an Grundstücken zu sprechen, wenn man nur Eigenthümer des einen ist und mit dem andern garnichts zu schaffen hat, ist daher vom Gesichtspunkt der Praxis ebenso zwecklos, wie wenn man behauptet, gemeinschaftlicher Eigenthümer einer Sache zu sein, von der einem nur ein realer Theil gehört¹⁾. Der Begriff der *communio pro diviso* hat nur da Sinn, wo die Grundregel, dass das mit dem Boden Verbundene zum Boden gehört, uns zwingt eine an sich untheilbare Sache z. B. einen Baum, als realiter unter zwei Personen getheilt zu betrachten. Das Provincialrecht braucht diesen Begriff auch nur für den Baum, der auf der Grenze steht (Art. 779¹⁾.

ad. 2. Meine zweite Behauptung, dass nämlich ein ideeller Theil einer Sache nicht zugleich realer Theil einer andern sein kann, brauchte ich eigentlich nicht zu beweisen. Es ist dieses etwas Selbstverständliches. Eine Sache ist entweder körperlich, d. h. räumlich begrenzt, oder sie ist es nicht. Sie kann aber nicht beides zusammen sein, sie kann nicht blos gedacht und doch greifbar sein, das widerspricht

1) Dieser Ansicht ist auch das römische Recht cf. L. 25 D. de verb. sig 50, 16 „nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse“.

der Natur. Beim Miteigenthum liegt, wie Art. 927 bestimmt, nur eine Theilung des Rechtsinhalts, nicht eine Theilung der Sache selbst vor. Der ideelle Theil ist daher nicht Theil der Sache, sondern Theil des Rechtsinhalts, d. h. etwas fraglos Unkörperliches, blos Gedachtes. Dieses Unkörperliche kann nun nicht körperlicher Theil einer andern Sache werden. Der Angriff, den G ü r g e n s gegen diese meine Behauptung führt, ist daher auch nur ein zaghafter (S. 29). Der Art. 538, auf den ich mich angeblich zum Beweis dessen, dass ideelle Theile einer Sache Pertinenz einer andern sein können, berufen haben soll¹⁾, erkläre zugleich „dass auch unkörperliche Sachen Theile von körperlichen Sachen sein können, also „s c h e i n e“ es nach diesem Artikel zulässig, ideelle Theile des Flusses auch als Theile der Ufergrundstücke anzusehen. Ich glaube, dass dieser Schein ein trügerischer ist.

Art. 538 lautet: „Wenn eine unkörperliche Sache als Bestandtheil oder als Zubehör einer körperlichen zu betrachten ist (Art. 547), so nimmt sie die Eigenschaft derselben dergestalt an, dass sie entweder für beweglich oder für unbeweglich zu halten ist, je nachdem die körperliche Sache beweglich oder unbeweglich ist.“

G ü r g e n s begeht nun zwei Fehler:

1) Er vertauscht ohne irgend welche Berechtigung den in diesem Artikel gebrauchten Ausdruck „Bestandtheile“ durch den Ausdruck „körperlicher (realer) Theil“, obgleich beide Ausdrücke durchaus nicht identisch sind. Der reale Theil muss im körperlichen Zusammenhang mit der Sache stehen, der Bestandtheil braucht das nicht.

Eine unkörperliche Sache kann nun ihrer Natur nach überhaupt nicht in einem körperlichen Zusammenhang mit

¹⁾ Ich habe mich nicht auf diesen Artikel berufen, sondern auf Art. 547 und 548, und weise jetzt noch auf Art. 938 hin, aus dem ersichtlich ist, dass ideelle Theile selbständige Rechtsobjecte sein können (cf S. 38).

einer körperlichen Sache stehen, denn sie ist nur etwas Gedachtes, nicht etwas Greifbares. Dass das Provincialrecht die Ausdrücke „Bestandtheil“ und Theil nicht bloss im Sinne von realen Theilen gebraucht, geht aus einer ganzen Reihe von Bestimmungen desselben hervor. So nennt Art. 535 Rechte „Bestandtheile“ eines Vermögens, obgleich er hierbei ausdrücklich erklärt, dass dieselben „nur im Begriff aufzufassen“ seien. Das Provincialrecht bezeichnet ferner in den Art. 552 und 551 die Realrechte als integrirende Bestandtheile eines Grundstücks, obgleich keineswegs ein körperlicher Zusammenhang zwischen beiden besteht. Er spricht im Art. 927 von ideellen Theilen, von Theilen des Rechtsinhalts. Art. 3515 redet endlich von einem Theil einer Schuld. Gürgens wäre berechtigt unter dem im Art. 538 gebrauchten Ausdruck „Bestandtheil“ auch reale Theile zu verstehen, wenn er vorher bewiesen hätte, dass unkörperliche Sache überhaupt körperliche Theile von körperlichen Sachen sein können. Dieses aber hat er nicht gethan.

2. Als unrichtig muss die Annahme bezeichnet werden, dass unkörperliche Sachen, die Bestandtheile von körperlichen sind, nun auch selbst einen Körper bekommen haben und in jeder Beziehung körperlich sind, weil einerseits Art. 538 erkläre, dass sie je nach dem Character der Hauptsache „entweder für beweglich, oder für unbeweglich“ zu halten seien und weil andererseits Art. 530 bestimme, dass körperliche Sachen in bewegliche und unbewegliche eingetheilt werden. Vor dieser Ansicht warnt Windscheid, wie wir bereits gesehen haben ¹⁾, denn das Gesetz kann wohl in einzelnen Beziehungen eine unkörperliche Sache als körperliche fingiren, kann ihr aber nicht de facto einen Körper schaffen. Hat die unkörperliche Sache aber keinen Körper, so kann sie auch nicht im körperlichen Zusammenhang mit einer anderen

¹⁾ Abschnitt III. am Ende. Windscheid B. 1, § 137 Anm. 2.

stehen, folglich auch nicht körperlicher Theil derselben sein; das widerspricht der Logik.

Das Resultat der vorstehenden Untersuchung ist Folgendes:

1) Die gemeinschaftlichen Gewässer stehen im vollen Miteigenthum der Adjacenten.

2) Jedem derselben gehört ein ideeller Theil des gemeinschaftlichen Gewässers.

3) Ein ideeller Theil eines Gewässers kann nicht zugleich realer Theil des anliegenden Grundstücks sein, und

4) Der jedem der Adjacenten zustehende ideelle Theil eines Gewässers kann nur als Pertinenz des anliegenden Grundstücks betrachtet werden.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung	Seite. 3—6
----------------------	---------------

Abschnitt I.

Ufer und Bett der Gewässer	6—11
--------------------------------------	------

Abschnitt II.

Sind die Ufer in rechtlicher Beziehung integrirende Bestandtheile eines Gewässers?	11—15
--	-------

Abschnitt III.

Widerlegung der Behauptung, dass die sogenannten öffentlichen Flüsse im Privateigenthum der Adjacenten stehen	15—33
---	-------

Abschnitt IV.

Widerlegung der Behauptung, dass die Flüsse von ihren Ufern und den angrenzenden Grundstücken untrennbar sind . .	33—49
---	-------

Abschnitt V.

Widerlegung der Behauptung, dass die Gewässer Theile der anliegenden Grundstücke sind	49—63
---	-------
