



Weitere Bemerkungen

zur Frage

der rechtlichen Trennbarkeit des Gewässers
von seinen Ufern

von

Dr. Heinrich Gürgens.

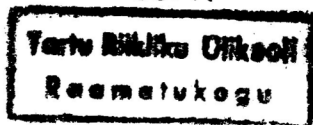
Instituut Dorpatensis
Bibliotheca
Institut zoöl. pract.
187 160.

Tartu Ülikooli
Raamatukogu
187977

Riga, 1897.

Verlag von Jond & Poliewsky.

2st.A



18247

Доволено цензурою. — Рига, 8 Декабря 1897 г.

I.

Sind die Gewässer rechtlich trennbar von den Ufern?

Meine Abhandlung „Ueber die rechtliche Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern nach baltischem Privatrecht“*) hat von dem Herrn vereidigten Rechtsanwalt H. von Bröcker in einer unter dem Titel „Beitrag zur Lehre vom Wasserrecht nach baltischem Privatrecht“ erschienenen Schrift**) eine Entgegnung erfahren, welche mich veranlaßt, nochmals auf die Frage einzugehen. Da einerseits Herr Rechtsanwalt von Bröcker meine Ansicht in mehrfacher Weise mißverstanden hat und andererseits ich der Begründung derselben Einiges hinzuzufügen habe, so möge es mir gestattet sein, bevor ich auf seine Kritik eingehe, die Gründe, auf die sich meine Ansicht stützt, nochmals zusammenzufassen.

Die Frage, ob die Gewässer von ihren Ufern rechtlich trennbar seien, habe ich beantwortet und beantworte sie auch jetzt in Bezug auf die dem Privateigenthum unterliegenden stehenden Gewässer und die kleinen Bäche bejahend, in Bezug auf die privaten Flüsse dagegen verneinend***), wobei ich das Meer, den Peipussee und die so genannten Freiseen in Kurland, ebenso wie die im Art. 1014 des III. Theils des Provinzialrechts bezeichneten öffentlichen Flüsse ganz

*) erschienen 1897 in Riga bei „Jouck & Polietovskij.“

**) erschienen 1897 ebendasselbst.

***) Ich bin von befreundeter Seite darauf aufmerksam gemacht worden, daß Professor Erdmann sich nicht, wie ich in meiner ersten Abhandlung behauptet habe, ebenfalls für die Untrennbarkeit des Flusses von seinen Ufern ausgesprochen hat. Ich muß jetzt zugeben, daß die Ausführungen Erdmann's im II. Bande seines Systems des Privatrechts auf Seite 126 u. 128, wenn man sie mit der Anmerk. 6 auf S. 74 u. 75 ebendasselbst in Verbindung bringt, im Sinne der Trennbarkeit aufzufassen sind. Ohne die letzte Stelle, die ich nicht in Betracht gezogen hatte, lassen sich jene Ausführungen aber auch so verstehen, daß man über ein Flußbett auf den Fall hin, daß es dereinst ein verlassenes Flußbett werden würde, unabhängig von den Ufergrundstücken disponiren könne.

außer der Betrachtung lasse, da für jene als *res communes omnium* in jedem Falle, für diese aber in dem Falle, daß man sie nicht als im Privateigenthum stehend betrachtet, die Frage zu Gunsten der Trennbarkeit bereits dadurch entschieden ist, daß ihre Ufer im Privateigenthum stehen, mithin von dem Gewässer bereits getrennt sind; und da ferner, wenn man die öffentlichen Flüsse als Privateigenthum betrachtet,*) dieselben in die von mir für die im Privateigenthum stehenden Flüsse behauptete Untrennbarkeit eingeschlossen sind.

Wenn die Theile einer Sache in der Weise von einander abgegrenzt werden können, daß sie trotz ihrer thatsächlichen Verbindung sich als selbstständige Sachen behandeln lassen, so ist an ihnen auch während ihrer factischen Verbindung ein von der Hauptsache gesondertes Eigenthum möglich.**) Ist ein solches gesondertes Eigenthum an ihnen aber möglich, so steht dem auch nichts im Wege, daß der Eigenthümer sie rechtlich von der Sache abtrennt, denn nach Art. 872 des Privatrechts ist der Eigenthümer berechtigt seine Sache ganz oder theilweise beliebig zu veräußern.***) Nebeneinander liegende Theile des Grund und Bodens sind, wie man sie auch von einander abgrenzt, stets einer selbstständigen Beherrschung fähig †). Das Bett eines Gewässers, seine Ufer und die anliegenden Grundstücke

*) Ich halte die Frage, ob die öffentlichen Flüsse nach dem Provinzialrecht im Eigenthum der Adjacenten oder in Niemandes Privateigenthum stehen, für eine heute noch nicht ausgetragene Controverse und glaube ich auch diesen meinen Standpunkt in meiner früheren Abhandlung (S. 16 u. 17 Anmerk.) klar ausgedrückt zu haben, wobei ich freilich auch gleichzeitig darauf hingewiesen habe, daß die von Bröder gegen die Annahme eines Eigenthums der Adjacenten vorgebrachten Gründe meiner Meinung nach nicht durchschlagend sind. Wenn Bröder nichts destoweniger an mehreren Stellen seiner Schrift behauptet, daß ich mich als einen Vertreter des Privateigenthums an den öffentlichen Flüssen bekannt habe, so beruht dieses auf einem Mißverständnis.

**) S. Steinlechner „Das Wesen der *communio*“ Bd. I. § 14. „Wesentlich ist für die physische Theilung nur der Umstand, daß durch dieselbe aus dem Theilungsobjecte mehrere Gegenstände entstehen, deren jeder ein geeignetes Object selbstständiger rechtlicher Herrschaft ist.“ Unbewegliche Sachen wären im Sinne vollständiger Trennung untheilbar; aber für die Herrschaft, die über ein Grundstück ausgeübt werden kann, genügt eben die bloße Abgrenzung, um ein selbstständiges Herrschaftsobject zu gewinnen.“ S. a. Buchta. Pandekten § 37.

***) S. meine Abhandlung S. 5, 6 und 23.

†) S. die obige Anmerkung.**

find aber nebeneinanderliegende Theile des Grund und Bodens, und das in einem bestimmten Theil des Bettes fließende oder stehende Wasser läßt sich, so lange es in demselben verharret*) mit ihm zu sammen ebenfalls als selbständige Sache behandeln, folglich ist auch das Gewässer als das aus Bett und Wasser bestehende Ganze von seinen Ufern rechtlich trennbar**). Diese aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich ergebende Regel muß freilich cessiren dort, wo das Gesetz die rechtliche Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern ausdrücklich ausgeschlossen hat oder doch anzunehmen ist, daß es sie hat ausschließen wollen, obwol es dies nicht ausdrücklich erklärt hat. Der Meinung, daß eine solche die rechtliche Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern ausschließende Bestimmung, und zwar für sämtliche Privatgewässer ohne Unterschied schon in den Art 1012 u. 1013 des Privatrechts zu finden sei, kann ich nicht beipflichten. Die Construction des durch diese Art. zwischen den Gewässern und den anliegenden Grundstücken begründeten Rechtsverhältnisses, auf die später näher eingegangen werden wird, führt vielmehr dahin, sie so zu verstehen, daß das Gewässer nur zunächst den Adjacenten gehöre, ohne daß damit der Frage, ob dieses Rechtsverhältniß durch Privatdispositionen der Eigenthümer lösbar oder unlösbar sei***), präjudicirt

*) Ob ebenso wie nach römischem Recht auch nach unserm Provinzialrecht das fließende Wasser als *res communis omnium* zu betrachten sei oder im Eigenthum des Flußeigenthümers stehe, darüber besteht Streit. Erdmann (a. a. O. Bnd. I. § 33 S. 167) in Anlehnung an die im gemeinen deutschen Rechte zumeist vertretene Ansicht, daß die Wassermasse, weil sie von Augenblick zu Augenblick wechsle, garnicht Gegenstand eines Privateigenthums sein könne, entscheidet sich für das erstere, Kupffer (S. „Zeitschrift für Rechtswissenschaft“ Jahrgang 4 Heft 3 S. 276) auf Grund gesetzlicher Fiction für das letztere. Ueber die hierüber im gemeinen deutschen Recht bestehende Controverse zu vergl. Holzschuher, „Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts“ 3. Aufl. Bnd. 2 S. 115. Nach seiner Meinung wird gegen die Annahme der Unmöglichkeit des Privateigenthums am fließenden Wasser mit Recht eingewendet, daß der so genannte Wechsel nichts anderes sei, als ein ununterbrochenes Aufeinanderfolgen von ergreifbarem, nutzbarem und vernutzbarem Gut, und daß gerade dieser Wechsel hier die Hauptbedingung der Nutzbarkeit und also weit entfernt die Appropriationsfähigkeit des Wassers zu beeinträchtigen, vielmehr die Hauptsache derselben sei.

**) S. meine Abhandlung S. 11.

***) S. darüber meine Ausführungen in der früheren Abhandlung S. 22 und folg. und weiter unten S. 17.

werde. Die allgemein gehaltene Ausdrucksweise der Art. erklärt sich aber daraus, daß es nach deutschem Recht, auf welchem neben dem römischen Recht hauptsächlich das Wasserrecht unseres Provinzialrechts beruht, eine Streitfrage war, ob die Flüsse den Eigenthümern der anliegenden Grundstücke zuzusprechen seien oder ein sie betreffendes Wasserregal bestehe und daß, da ein solches Wasserregal in den Ostseeprovinzen jedenfalls sich nicht Geltung verschafft hatte*), es dem Gesetzgeber zunächst nur darauf ankommen mußte, das Eigenthumsrecht der Adjacenten überhaupt und im Allgemeinen unbeschadet von Ausnahmen und Einschränkungen anzuerkennen.

Zu einem partiellen Aufgeben der Regel der Trennbarkeit und zwar für die Flüsse führen nach unserem Provinzialrecht**) meiner Ansicht nach aber folgende Erwägungen:

1. Die Flüsse dienen, indem sie den angrenzenden Grundherren die Möglichkeit gewähren, die Wasserkraft zu industriellen Betrieben und das Wasser zur Cultivirung ihrer Ländereien zu

*) Man könnte vielleicht auch in dem privilegium Stephaneum von 1581 und dem privilegium Gustavianum von 1621, worin der Stadt Riga das „dominium utile“ an dem Düna-Strom bestätigt wurde, die Auffassung suchen wollen, daß auch in Livland damals die Landesherrn sich ein Wasserregal an den Flüssen zuschrieben. Die Folgerungen, welche die bez. Privilegien selbst aus diesen „dominium utile“ ziehen, scheinen indeß darauf hinzuweisen, daß es sich hier nicht um von dem Landesherrn der Stadt Riga verliehene wirkliche Nutzungsrechte, sondern nur um gewisse Jurisdictionenrechte über den Strom im Interesse der Schifffahrt und des Handels handelte (S. a. Provinzialrecht Th. I. Art. 457 Pft. 2), das Wort „dominium“ mithin hier nicht im privatrechtlichen Sinne gebraucht ist. Die Stelle im privilegium Stephaneum (mit der die Stelle in dem privilegium Gustavianum im Wesentlichen übereinstimmt) lautet: Praeterea nominatim et expresse praedictae soli civitate confirmamus utile Dominium Dunae fluminis sicut ejus cives et Mercatores tam indigenae quam advenae veterem et consuetam libertatem navigandi, trajiciendi et in omnibus negotiationibus merces importandi exportandique in parte tam superiore quam inferiore fluminis usque ad civitatem et de civitate liberam potestatem habeant. (Siehe „Codex diplomaticus regni Poloniae“, herausgegeben von Dogiel).

**) Ein Eigenthum am Fluß nicht ohne gleichzeitiges Eigenthum wenigstens an einem Ufer scheint Wächter nach gemeinem deutschem Recht anzunehmen. Er sagt in seiner Abhandlung „Accession“ im I. Bande des „Rechtslexicon“: „Entsteht eine Insel im fließenden Wasser, welches im Privateigenthum des angrenzenden Grundeigenthümers steht, so gehört sie natürlich diesem. Ist das (private) Wasser unter mehreren Angrenzern nach der Breite ihrer Grundstücke

nutzen, bei ihrer Verbindung mit den anliegenden Grundstücken zugleich der Industrie und der Bodencultur des Landes und sind in Folge dessen — abgesehen von den Diensten, die die größeren Ströme als Wasserstraßen dem Verkehr leisten — für die Volkswirtschaft von weit größerer Bedeutung, als die stehenden Gewässer, die diese Art der Benutzung ausschließen oder ihrer doch nur in geringem Maße fähig sind. Dieser Unterschied zwischen den Flüssen einerseits und den stehenden Gewässern andererseits, vermöchte es zu rechtfertigen, wenn die Gesetzgebung dort, wo das öffentliche Interesse an den Flüssen nicht schon durch ein staatliches Schutz- und Aufsichtsrecht (wie bei den öffentlichen Flüssen) sichergestellt ist, die rechtliche Trennbarkeit von den Ufern nur für die stehenden Gewässer und die für die Volkswirtschaft ebenfalls wenig Bedeutung habenden kleinen Bäche bestehen ließe, dagegen die Flüsse, um das Volkvermögen nicht zu beeinträchtigen, von den Ufergrundstücken, die ihren Nutzen für die Volkswirtschaft vermitteln, rechtlich untrennbar machte. Diesen Weg hat auch das preußische Recht eingeschlagen, indem es den Adjacenten, wo es ihnen das Eigenthum an den Privatgewässern*) zuweist, verbietet, ihre Rechte an denselben getrennt von ihren Grundstücken zu veräußern**).

Aus obigen Erwägungen erhellt, daß wenn auch unser Provinzialrecht die Frage so löste, dies vom wirtschaftlichen Standpunkte nicht ungerechtfertigt wäre.

2. Die Grundsätze über den Anfall des *alveus derelictus* und der *insula nata* an die Adjacenten gelten nach dem Pro-

am Ufer gemeinschaftlich, so müßte die Insel unter sie nach denselben Grundsätzen, welche bei der Flußinsel (scil. des öffentlichen Flusses) gelten, getheilt werden.“ Hiernach scheint der Fall, daß der Fluß auch einem Nicht-Adjacenten gehöre auszuschließen zumal, da er sich dabei auf Schweppe „das römische Privatrecht“ § 260 beruft, welcher an dieser Stelle den Satz ausspricht, daß bei Privatflüssen die Erwerbung des verlassenen Flußbetts und der entstandenen Insel „nach dem Eigenthum des Flusses sich richtet.“

*) Nach Dernburg, „Lehrbuch des preußischen Privatrechts“ Bnd. I § 253 gehören zu den im Privateigenthum stehenden Gewässern die geschlossenen Gewässer, also Seen, Teiche, Brunnen und alle nicht von Natur schiffbaren Flüsse.

**) E. Nieberding „Wasserrecht und Wasserpolizei im preußischen Staate“ S. 136 u. 137:

vinzialrecht nicht bloß für die öffentlichen Flüsse, wie nach römischem Recht, sondern auch für die Privatflüsse. Wären nun die Flüsse nach dem Provinzialrecht rechtlich trennbar von den anliegenden Grundstücken und es mithin möglich, daß diese und jene sich im Eigenthum verschiedener Personen befänden, so würde dies, wo Letzteres der Fall ist, die Folge haben daß der *alveus derelictus* und die *insula nata* nicht dem Eigenthümer des Flusses, sondern einer andern Person (dem Adjacenten) gehören würden, obgleich der Eigenthümer des Flusses zugleich auch Eigenthümer des Flußbettes war und als solcher einen unbestreitbaren Anspruch auf das Eigenthum an dem verlassenen Bett und der Insel hat, einen Anspruch, der in unserem Rechtsgefühl gerade so fest begründet ist, wie beispielsweise das Recht des Eigenthümers eines Baumes auf die von ihm abgetrennten Früchte. Die Frage, ob nicht das verlassene Flußbett und die Insel als neue Sachen anzusehen seien, ist dabei ganz gleichgiltig*) Die vom Baume separirten Früchte sind jedenfalls neue Sachen und doch wird Niemand dieselben dem Eigenthümer des Baumes absprechen. Man ist daher nach dem Provinzialrecht vor die Alternative gestellt, entweder dem Gesetze, welches stets dem Adjacenten den *alveus derelictus* und die *insula nata* zutheilt, eine ganz offenbare Ungerechtigkeit**) zuzuschreiben oder

*) S. darüber unten S. 18 u. 19.

**) Auch Kuppfer ist der Ansicht (s. seine Abhandlung in der „Zeitschrift für Rechtswissenschaften“ Jahrgang 4 Heft 3 S. 271 und folg.), daß die *insula nata*, wenn das Eigenthum an dem Flußbett und dem strömenden Wasser (also an dem Flusse) einerseits und das Eigenthum an den Ufern andererseits verschiedenen Personen zustehen würde, — ob es möglich ist, darüber spricht Kuppfer sich nicht klar aus (s. S. 279), nur dem Eigenthümer des Flusses, nicht dem dem des Uferlandes gehören könnte. Diese Ansicht ist von Kuppfer freilich nicht direct ausgesprochen, folgt aber mit Nothwendigkeit daraus, daß Kuppfer behauptet, daß falls der Nutzungseigenthümer eines Grundstücks nicht zugleich das Nutzungseigenthum am angrenzenden Flusse hätte, sondern letzterer im unbeschränkten Eigenthum des Grundzins herrn zurückbleiben würde, die *insula nata* nothwendig diesem (dem Grundherrn) unbeschränkt zufallen müßte, diese Schlußfolgerung Kuppfer's aber zum nothwendigen Mittelgliede die Behauptung hat, daß nur der Flußeigenthümer die Flußinsel erwerben könne. Bröcker, der in seiner ersten Abhandlung (S. 74 u. 75) diese Ausführungen Kuppfer's billigt, behauptet in seiner zweiten Abhandlung (S. 36 u. 37 Anmerk.), daß die Schlußfolge-

anzunehmen, daß dasselbe von der Voraussetzung ausgegangen ist, mithin auch mittelbar gesetzt hat, daß der Fluß von den anliegenden Grundstücken rechtlich untrennbar ist, in welchem Falle ja das Eigenthum an beiden stets in einer Person zusammenfallen und daher das Eigenthum an dem verlassenen Flußbett und der entstandenen Insel stets an den Flußeigenthümer gelangen muß. Meiner Meinung nach kann man sich nur für das Letztere in dieser Alternative entscheiden*).

Daß nach römischem Recht der *alveus derelictus* und die *insula nata* den Adjacenten zufielen, und doch der Fluß von seinen Ufern rechtlich trennbar war, ist freilich richtig, läßt aber obige Argumentation unberührt, denn das verlassene Bett eines öffentlichen Flusses, für welchen die Bestimmung im römischen Rechte allein gilt, und ebenso die in einem solchen entstandene Insel waren *res nullius*, an welche Niemand einen Anspruch hat und durch deren anderweitige Vergebung daher auch Niemand in seinem Rechte verletzt sein kann.

Der Grundsatz unseres Provinzialrechts, daß der *alveus derelictus* auch bei Privatflüssen stets den Adjacenten anfällt,

—
 rung Kupffer's nicht auf dem Satz, „die Flußinsel könne nur von dem Flußeigenthümer erworben werden“ beruhe. Seiner (Brückner's) Meinung nach beruht sie vielmehr auf der Ansicht (Kupffer's), daß der Grundzinsherr „Obereigenthümer des Grundstücks sei, dem die Insel zuwachse.“ Die Meinung Kupffer's aber so auszulegen, scheint mir nicht möglich. Denn Kupffer weiß sehr wohl und spricht es auch gleich darauf aus, daß nach dem Gesetz (Art. 949) nicht der Obereigenthümer des Grundstücks unbeschränktes Eigenthum an der Insel erwerbe, sondern das Nuzzeigenthum an ihr dem Nuzungseigenthümer zufalle; er kann mithin seine obige Schlußfolgerung, daß wenn das unbeschränkte Eigenthum am Fluß beim Obereigenthümer des Grundstücks zurückbliebe, die Insel in's unbeschränkte Eigenthum des Obereigenthümers fallen müsse, nicht darauf gestützt haben, daß dieser Obereigenthümer des Grundstücks sei.

*) Daß die juristische Consequenz es verlange, daß, wo der Fluß nicht eine *res communis omnium* ist, das Eigenthum an dem verlassenen Flußbett und der entstandenen Insel nothwendig dem Eigenthümer des Flusses zugesprochen werden müsse, behauptet auch Windscheid. Er sagt („Lehrbuch des Pandektenrechts“ § 146 Anm. 2): „Gegen die Annahme eines solchen Eigenthumsrechts (scil. Staatseigenthums an den öffentlichen Flüssen) sprechen die Sätze, daß die im Fluß entstandene Insel und das verlassene Flußbett den anstehenden Grundeigenthümern gehören.“

führt auch auf anderem Wege zu der Schlußfolgerung, daß nach dem Provinzialrecht die Privatflüsse rechtlich unabtrennbar von den Ufergrundstücken sind.

Wird durch Verbindung zweier Sachen mit einander dem Eigenthümer der einen Sache zu Gunsten des Eigenthümers der andern Sache sein Eigenthum entzogen, begründet mithin die Verbindung auf der einen Seite Erwerb (resp. Ausdehnung) eines Eigenthumsrechts und auf der andern Seite Verlust eines solchen, so müssen nothwendig die beiden Sachen durch diese Verbindung von einander rechtlich unabtrennbar werden; denn wären sie trotz ihrer Verbindung rechtlich trennbar geblieben, so hätte der eine der Eigenthümer sein Eigenthum garnicht verlieren können. Da nun ferner — wie Niemand bezweifeln wird — der Adjacent das ihm angefallene verlassene Flußbett jederzeit getrennt von dem Ufergrundstück veräußern kann, mithin verlassenes Flußbett und Ufergrundstück rechtlich trennbar sind, so läßt sich daraus zurückschließen, daß durch jene Verbindung Niemandem (zu Gunsten eines Andern) Eigenthum entzogen worden ist, d. h. also der Adjacent bereits vorher das Eigenthum am Flußbett und dem Fluß gehabt haben müsse*), was besagt, daß Fluß und Ufergrundstück von einander rechtlich unabtrennbar sind.

3) Ist es, wie oben dargelegt worden, juristisch unmöglich, einem Andern als dem Flußeigentümer das Eigenthum an dem *alveus derelictus* zuzusprechen, so muß — da, wenn der Fluß in sein altes Bett wieder zurückkehrt, nach Art. 764 auch das neue verlassene Flußbett stets den Adjacenten (nicht demjenigen, dem der Acker gehörte, auf dem er sich bettete) zufällt — auch der neue Fluß selbst, als er entstand, durch seine Verbindung mit dem Uferland Eigenthum des Adjacenten geworden sein**).

*) Damit ist auch bewiesen, daß die Construction, als handle es sich auch bei den Privatflüssen um einen erst durch Accession erfolgenden Erwerb des verlassenen Flußbetts, eine irrige ist. S. unten S. 19.

**) Dies besagt ausdrücklich auch die Note a auf pag. 232 des V. L., worin es heißt: „Würde sich ein Wasser durch eines Mannes Acker, Wiese oder Wohnplatz durchschneiden, so gehört demselben das Wasser, welchem das durchgeschnittene

Zugleich ergibt es sich, daß dieses sein durch Verbindung entstandenes Eigenthum am Fluß mit seinem Eigenthum am Ufergrundstück unzertrennlich ist und zwar aus folgendem Grunde:

Was sich hier zunächst mit einander zu einer Sache verbindet, ist das aus dem frühern Bett und von seinen frühern Ufern entwichene Wasser und der Acker, auf dem es sich bettet. Acker und Wasserstrom bilden eine neue Sache, den Fluß. Dieser müßte nun, da ihm nach Provinzialrecht die Qualität einer *res publica* fehlt, nach dem Grundsatz „*superficies solo cedit*“ Eigenthum des Ackereigentümers werden, wenn er nicht, indem er entstand, sich selbst zugleich mit den Ufergrundstücken verbunden hätte und durch seine Verbindung mit diesem ins Eigenthum der Adjacenten gefallen wäre. Wir haben daher hier eine Verbindung, welche auf der einen Seite Eigenthum begründet und auf der andern Seite Eigenthum oder doch einen berechtigten Anspruch auf ein solches entzieht. Letzteres kann aber eine Verbindung nur dann, wenn das mit einander Verbundene rechtlich untrennbar wird.

Letztere Deduction wird man vielleicht zu folgendem Einwande gegen die vorhergehende benutzen:

Wenn nach der letzten Ausführung im Fall eines neu entstehenden Flusses (nennen wir ihn den Fall 1) der neue Fluß nicht dem Eigenthümer des Ackers, auf dem er sich bettet, sondern den Adjacenten zufalle, so statuire hier das Gesetz keine geringere Ungerechtigkeit als diejenige wäre, wenn, im Falle des Entstehens eines *alveus derelictus* und einer *insula nata* (nennen wir ihn den Fall 2) diese dem Flußeigentümer zu Gunsten der Adjacenten entzogen wären. So wenig nun das Gesetz sich durch die Ungerechtigkeit im Falle 1 habe abschrecken lassen, das Flußeigenthum den Adjacenten zuzusprechen, so wenig lasse sich auch daraus, daß im Fall 2 eine Ungerechtigkeit vorliegen würde, darauf schließen, daß das Gesetz ihretwegen von

Land zugehört hat“. Daß es sich hier nur um neue Flüsse, nicht auch neue stehende Gewässer handelt, geht aus dem Worte „durchschneiden“ hervor, das bei stehenden Gewässern nicht anwendbar ist. Dem römischen Rechte mußte die Erwerbung des neuen Flusses durch die Adjacenten fremd bleiben, weil das Wasser *res communis omnium* war, also hier an sich eine bestimmte Rechtsqualität hatte, welche es auf seinem neuen Wege behielt und auch dem Fluß, wo er neu entstand, mittheilte.

dem Princip, daß Gewässer und Ufer rechtlich von einander abtrennbar seien, abgewichen wäre. Dieser Einwand scheint mir aus folgendem Grunde nicht stichhaltig zu sein:

In dem Falle 1 (des neu entstehenden Flusses) wird die Einhaltung des Princip's (der rechtlichen Untrennbarkeit von Fluß und Flußufer), ungeachtet, daß dasselbe zu einer Ungerechtigkeit (gegen den Ackerbesitzer) führen kann*), durch das öffentliche Interesse, welches für seine Einhaltung spricht, geboten. Nur wenn Aehnliches auch im Falle 2 (dem Fall des verlassenen Flußbettes) obwalten würde, wäre man daher berechtigt, aus der gesetzlichen Entscheidung des 1. Falls auf ihn zurückzuschließen. Im Falle 2 liegt aber die Sache ganz anders. In ihm würde der Gesetzgeber, wenn er die Ungerechtigkeit (gegen den Flußeigenthümer) in den Kauf nehmen würde, um das Princip (die Trennbarkeit von Gewässer und Uferland) aufrecht zu erhalten, nicht nur keinem öffentlichen Interesse damit dienen, sondern im Gegentheil ein solches und zwar gerade dasjenige, welches für ihn dort entscheidend war, hier aufgeben, also der Ungerechtigkeit, die er dem Flußeigenthümer anthun würde, noch eine Schädigung des öffentlichen Interesses hinzufügen.

Auf Grund einer von der obigen Ausführung ganz verschiedenen Erwägung gelangt zu unserm Satz, daß die Privatflüsse rechtlich unabtrennbar von ihren Ufern sind, das deutsche Reichsgericht in einem Urtheil, welches im 3. Bande der Sammlung der Entscheidungen desselben sub N^o 65, S. 233, abgedruckt ist. Dasselbst heißt es:

„Jedes dauernd fließende Wasser besteht aus drei wesentlichen und nothwendigen Bestandtheilen: dem fließenden Wasser, dem Bette, worin dasselbe sich bewegt, und den Ufern. Diese Bestandtheile zusammen bilden ein integrirendes, je nach der Größe „Strom“ oder „Fluß“ oder „Bach“ genanntes Ganze.“

„Daraus folgt, daß die von dem Gesetze dem Ganzen, dem Ströme, Flusse oder Bache, beigelegte rechtliche Eigenschaft allen Bestandtheilen desselben beiwohnt; insoweit nicht das Gesetz über die rechtliche Qualität eines einzelnen Theiles eine besondere Vorschrift enthält.“

*) Uebrigens nur höchst selten, nämlich nur dann, wenn der Fluß den ganzen Acker Jemandes eingenommen hat, so daß letzterer nicht selbst Adjacent ist.

„Dies wird denn auch von den namhaften römischen Juristen ausdrücklich anerkannt, indem dieselben sich ganz entschieden darüber aussprechen, daß beim Mangel einer speciellen Bestimmung über die rechtliche Eigenschaft des Bettes eines öffentlichen Flusses dasselbe unmöglich eine andere rechtliche Qualität, als das Wasser haben könne“. „Das allgemeine Landrecht enthält im § 55 II. 15 in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte — vergl. 1, 30, § 1 Dig. de acquirendo rerum dominio — eine besondere Vorschrift über die rechtlichen Eigenschaften der Bestandtheile der öffentlichen Flüsse nur in Betreff der Ufer, dagegen nicht in Betreff des Wassers und des Bettes derselben“.

In Bezug auf diese Ansicht*) glaube ich Folgendes bemerken zu müssen:

Wie ich in meiner frühern Abhandlung**) bereits näher ausgeführt habe, ist die Existenz eines Flusses nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die Ufer sich senkrecht aus dem Bett erheben, von seinen Ufern bedingt, während er, abgesehen von diesem Fall, auch ohne Ufer einer selbstständigen Beherrschung fähig ist. Hieraus ergiebt sich, daß — wenigstens als Regel genommen — die Natur des Flusses seine rechtliche Trennbarkeit von seinen Ufern nicht ausschließt, und daher seine Untrennbarkeit von ihnen, wo solche besteht, nur in einer positiven Rechtsvorschrift, sei es einer directen oder indirecten, Begründung finden kann. Die Ansicht des deutschen Reichsgerichts kehrt aber das Verhältniß um, indem es die Untrennbarkeit als in der Natur der Sache liegend, und die Trennbarkeit nur als eine vom Gesetz geschaffene Ausnahme ansehen zu können glaubt.

Einen Anhaltspunkt gewinnt nach römischem Recht jene Ansicht freilich darin, daß dieses nicht nur das Meer, sondern („per hoc“) auch die Meeresufer als *res communes omnium* erklärt. Ufer

*) Eine gleiche Ansicht wird auch ausgesprochen in einer Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts in Darmstadt, abgedruckt in Seyffert's Archiv Bnd. 22 № 116. Daß Wasser, Bett und Ufer „eines dauernd fließenden Gewässers“ zusammen ein integrierendes Ganze bilden, lehren ferner auch Börner (f. Archiv für civil. Praxis Bnd. 38, S. 172) und Heimbach, „Wasserrecht“ im Rechtslexicon Band 14, S. 99, während sie für die geschlossenen Gewässer dies ebenjo wenig aussprechen, wie die obigen Entscheidungen der beiden Gerichte.

**) Siehe S. 11.

Provinzialrecht hat aber diese, die Meeresufer betreffende Bestimmung nicht übernommen (s. Art. 1028 und 1029), und dürfte mithin nach dem Provinzialrecht jedenfalls jene Ansicht nicht zutreffend sein.

Die Construction des Rechtsverhältnisses.

Das Gewässer besteht aus dem Wasser und dem Bett, in welchem es fließt oder steht. Die Ufer sind der Grenzraum zwischen dem Wasser und den anliegenden Grundstücken*) und werden bald zu dem Gewässer, bald zu den Grundstücken gerechnet.**)

*) Das römische Recht stellt in den Tit. 12 und 13 des Lib. 43 der Digesten die ripae dem flumen gegenüber. Ueber die entgegengesetzte Auffassung vergl. die Anmerk. oben auf S. 13. Bei den Bächen treten die Ufer meist gar nicht hervor (siehe Heimbach a. a. O. S. 188).

**) In meiner frühern Abhandlung (S. 3 u. 4) habe ich im Anschluß an Nieberding (a. a. O. § 16 S. 37 und 38) von den Ufern der Gewässer folgende Begriffsbestimmung gegeben: „Die Ufer sind die Streifen Land, welche das Bett begrenzen und reichen soweit hinauf, als das Wasser bei seinem höchsten Stande, namentlich beim Eintritt des Frühjahrs, sich zu erheben pflegt“. Ich hatte diese Definition auf den § 1 der lex. 3 D. 43, 12: „Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet“ in Verbindung mit dem § 5 der lex 1 D. 43, 12: „Ripa autem ita recte definitur id, quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens“ einerseits und die sich auf die Meeresufer beziehende analoge Bestimmung des § 3 Inst. 2, 1: „Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit“ andererseits gestützt, muß aber zugeben, daß die erste Stelle auch so verstanden werden kann, daß das Ufer nicht so weit in's Land hineinreicht, sondern vom Wasser aus erst dort beginnt, bis wohin das Wasser bei seinem höchstem Stande sich zu erheben pflegt, in welchem Falle meine Definition nur für die Meeresufer eine directe Stütze im Gesetze hätte. Bröder (in seiner zweiten Abhandlung S. 7 und folg.) greift meine Definition, soweit sie sich mit auf die Flußufer bezieht, an und definit dieselben seinerseits als „die Senkungen zwischen der Thalebene und der Linie des höchsten ordentlichen Wasserstandes.“ Die Definition Bröders entspricht freilich dem § 2 der lex 3 D. 43, 12, dürfte aber häufig nicht anwendbar sein, da es viele Stellen an Flüssen giebt, wo es an Senkungen der Thalebene ganz fehlt und da, wo sie bestehen, sie oft in einer Höhe beginnen, die so weit vom Wasser entfernt ist, daß sie schwerlich noch als Ufer betrachtet werden könnten.

Eine vollständig befriedigende Definition des Ufers wird sich freilich überhaupt nicht finden lassen, da es eben Grenzraum ist und als solcher ebenso dem Gewässer als dem Lande angehört; was es erklärlich macht, daß Sintonis an der von Bröder angeführten Stelle (Civilrecht Bd. I. § 418) die Frage, in wie weit die Ufer in's Land hineinreichen, überhaupt von dem Ermessen im Einzelfall abhängig machen will. Auch Heimbach (Rechtslexicon Bnd. 14,

Alles, was körperlich mit einer Sache im festen Zusammenhange steht, mit ihr einen Körper bildet, ist Theil derselben. Bei Stellen der Erdoberfläche muß aber — um sie als Theil eines bestimmten Ganzen erscheinen zu lassen — noch hinzukommen, daß dieses Ganze eine bestimmte Rechtsqualität hat. Dies ist nothwendig, weil der Zusammenhang bei dem Grund und Boden, nicht wie bei den andern Sachen, an bestimmten Körpern abgeschlossen ist, sondern ein über die ganze Erde fortlaufender ist und daher die Stellen der Erdoberfläche nur dann und in soweit als Sachen für sich erscheinen, als sie sich durch eine besondere Rechtsqualität von den anliegenden Stellen unterscheiden*).

Von dem Begriff „Theil“ im obigen allgemeinen Sinn sind zu unterscheiden die engeren Begriffe „einfacher, unwesentlicher Theil“ und „wesentlicher, integrierender Theil“. Nach der Definition Buchta's sind die ersten „körperlich, aber nicht wesentlich mit dem Ganzen zusammenhängend, so daß sie ohne Veränderung ihres Wesens getrennt und auch während der factischen Verbindung rechtlich als selbständig behandelt werden können“ und die letzteren „körperlich und wesentlich zusammenhängende Theile, die nicht ohne wesentliche Veränderung ihrer Natur getrennt und daher auch während der Verbindung nicht als selbständige Sachen behandelt werden können“**).

Spricht man von einem Theil im Allgemeinen, so ist also damit noch nicht gesagt, daß er ein integrierender Theil ist, aber auch nicht, daß er es nicht ist, sondern wird dies offen gelassen. Aus Obigem folgt, daß ein Gewässer, welches innerhalb der Grenzen eines eine bestimmte Rechtsqualität habenden Grundstücks liegt, jedenfalls Theil***)

§. 184) beschränkt sich darauf, die Ufer nur nach der Seite zum Wasser hin zu begrenzen, indem er sie definiert als „die bei dem vollen Wasserbestande trocken bleibenden Einfassungen des Flusses.“

*) §. Steinlechner, „das Wesen der juris communio“ Buch 1 § 15 S. 45 u. 46) „Selbständige unbewegliche Sachen in rein natürlichem Sinne giebt es nicht; die Erdoberfläche bildet ein zusammenhängendes Ganze; es giebt nur solche durch Abgrenzung und diese geschieht nur zu dem Zwecke, ein bestimmtes Gebiet für die Herrschaft des Willens zu schaffen“ „Ein Stück der Erdoberfläche ist in so weit ein Ganzes, als es in einem bestimmten Eigenthumsverhältniße steht.“

**) Buchta, Pandekten § 37.

***) Sei es wesentlicher oder sei es unwesentlicher.

des umschließenden Grundstücks*), und wenn es von mehreren Grundstücken begrenzt, Theil dieser mehreren ist.

Die rechtliche Bedeutung der Theile einer Sache liegt nun hauptsächlich darin, daß 1) jede rechtliche Verfügung, welche über die Hauptsache getroffen wird, auch sie ergreift, z. B. wenn die Hauptsache verkauft oder vererbt wird, auch ihre Theile mit verkauft und vererbt werden und daß 2) wenn eine Sache, die früher selbstständig war, mit einer andern verbunden wird und durch diese Verbindung Theil der andern wird, der Eigenthümer der Hauptsache in gewissen Fällen, nämlich in dem Falle, wo die hinzugetretene Nebensache in Folge ihrer Verbindung nicht mehr einer selbstständigen Beherrschung fähig ist und außerdem in einigen andern von dem Gesetz bezeichneten Fällen, auch Eigenthumsrecht an dem hinzugetretenen Theile erwirbt**).

Wird eine Sache, die vorher noch niemals Object eines Eigenthumsrechts war, von Jemandem — also zum ersten Mal — zum Eigenthum erworben, so wird der Eigenthümer der Hauptsache, da der die Hauptsache betreffende Erwerbstitel auch die Theile derselben ergreift, zugleich nothwendig auch Eigenthümer der Theile der Sache sein. Ferner wird aus demselben Grunde der Eigenthümer der Hauptsache präsumtiv zugleich auch Eigenthümer der Nebensache sein, denn sein Eigenthumsrecht an der Hauptsache ist bewiesen, wenn er beweist, daß er dasselbe erworben hat und beim derivativen Erwerb auch seine Rechtsvorgänger es erworben haben; die Erwerbstitel der Hauptsache ergreifen ja aber auch die Theile derselben***).

*) Gerade so, wie die innerhalb derselben liegenden Wiesen, Wälder, Aecker u. Siehe meine frühere Abhandlung S. 25 Anmerk. 1; Gerber „deutsches Privatrecht“ § 61. Dieselbe Auffassung findet sich auch in der Entscheidung des deutschen Reichsgerichtes Bnd. 3 S. 247.

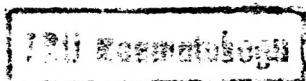
**) Siehe Wächter „Accession“ im Rechtslexicon Bnd. I S. 11.

***) Daß Eigenthum am Theil geht dagegen, wenn er kein integrierender ist, auf den Erwerber der Hauptsache nur dann über, wenn auch der Auctor Eigenthümer desselben war. So sagt Wächter a. a. O. S. 12: „Wenn der Eigenthümer eines Hauses ein benachbartes Stückchen Land unbefugterweise sich aneignet und es in ein Hausgärtchen umwandelt, so gilt, wenn er das Haus verkauft, das Gärtchen als Pertinenz des Hauses und ist daher im Kaufe mit-

Folglich muß er, so lange nicht gegen ihn ein Gegenbeweis (wonach der Theil vom Erwerbe ausgeschlossen war oder bezw. der Theil seinem Rechtsvorgänger nicht gehört hat) erbracht wird, mit seinem Eigenthumsrecht an der Hauptsache auch sein Eigenthumsrecht am Theil festgestellt haben.

Wenden wir nun diese für das Verhältniß zwischen Theil und Ganzem bestehenden Rechtsgrundsätze auf das Gewässer und die es umschließenden Ufergrundstücke an, so gelangen wir zu dem Resultat, daß die Gewässer den Eigenthümern der letzteren (Adjacenten) zunächst gehören, d. h. so lange, als sie ihr Eigenthumsrecht daran nicht freiwillig aufgeben oder aus einem sonstigen gesetzlichen Grunde dasselbe verlieren. So und nicht anders sind daher meiner Ansicht nach die Art. 1012 und 1013 unseres Provinzialrechts aufzufassen, wenn sie besagen, daß das Gewässer den Eigenthümern der anliegenden Grundstücke gehört. Es ist damit weder ausgeschlossen, aber auch noch nicht bejaht, daß die Adjacenten das Gewässer getrennt von ihren Grundstücken veräußern können, noch damit zugleich statuiert, aber auch nicht verneint, daß, wenn ein Gewässer dadurch, daß das Wasser sein früheres Bett verläßt und sich ein neues Bett macht, an einer Stelle neu entsteht, dasselbe in's Eigenthum der Adjacenten fällt. Die Lösung dieser beiden Fragen kann nur im Zusammenhange mit andern Rechtsbestimmungen gefunden werden. Für die erste ist — wie wir gesehen haben — die Antwort gegeben einerseits durch die von dem Provinzialrecht nicht aufgehobene Bestimmung des römischen Rechts, daß die Landseen und kleinen Bäche rechtlich als Stellen des Grund und Bodens anzusehen sind und daher von den anliegenden Grundstücken gerade so rechtlich abgetrennt werden können, wie sonstige Stellen eines Grundstücks und andererseits durch die Bestimmungen des Provinzialrechts über das verlassene Flußbett und die entstandene Insel, welche zum Schluß führen, daß die Flüsse im Gegensatz zu den stehenden Gewässern und kleinen Bächen untrennbar an die anliegenden Grundstücke gebunden sind. Die zweite Frage wird für die Flüsse durch die Bestimmung des Art. 764 in

begriffen, d. h. der Käufer des Hauses kann gegenüber vom Veräußerer das Gärtchen mitbeanspruchen. Allein keineswegs ist es durch Accession in das Eigenthum des Veräußerers und seines Nachfolgers übergegangen und der alte Eigenthümer kann es immerhin vindiciren.“



Verbindung mit der Nota a. pag. 232 des L. L.*) entschieden, indem hiernach der an einer neuen Stelle entstandenen Fluß in's Eigenthum der Adjacenten fällt, für die stehenden Gewässer und kleinen Bäche aber durch den Grundsatz beantwortet, daß bei ihnen das Wasser pars agri ist und daher, wenn sie sich von Neuem bilden, dem Eigenthümer des Grund und Bodens, auf dem sie entstehen, gehören. Eine positive Rechtsbestimmung, daß der Adjacent auch hier das Eigenthum am Gewässer erwirbt, besteht nicht.

Wenden wir uns nun zu der Kritik, der Bröcker meine Ansicht unterzogen hat. Er führt Folgendes gegen mich an:

1) daß wenn die Flüsse von ihren Ufern rechtlich untrennbar wären, die *insula nata* und der *alveus derelictus* nicht von den Adjacenten *jure accessionis* erworben werden könnten, sondern *eo ipso* deren Eigenthum wären; letzteres würde aber dem Art. 759 u. folg. und dem Art. 868 Punkt 2 unseres Provinzialrechts widersprechen**). Gegen diese Deduction Bröcker's ist Folgendes einzuwenden: Die Auffassung des Provinzialrechts, daß die Adjacenten *jure accessionis* das verlassene Flußbett und die entstandene Insel erwerben***), hat nicht zur nothwendigen Voraussetzung, daß es Fälle geben müsse, in denen sich das Eigenthum an den Flüssen und den Ufern in verschiedenen Händen befinde. Denn der *alveus derelictus* und die *insula nata* sind (was auch Bröcker zugiebt †) nach der Ansicht mancher namhaften Juristen ††) nicht als dieselbe Sache, wie das Flußbett, sondern als neue Sachen aufzufassen. Faßt man sie aber als neue Sachen auf, so kann man auch mit Recht von ihnen sagen, daß sie ungeachtet dessen, daß das Bett, während es unter dem Wasser stand, bereits Eigenthum des Flußeigenthümers war, jetzt, wo das Bett vom Wasser verlassen wurde, von ihm von Neuem erworben wurden. Es steht daher der An-

*) Siehe oben. S. 10 Anm. **

***) S. Bröcker's zweite Abhandlung S. 12, 35 und 37.

***) Das Provinzialrecht scheint übrigens in dieser seinen Auffassung zu schwanken, da es in Art. 763 sagt, daß das verlassene Flußbett den Adjacenten (nicht anfallt, sondern) „g e h ö r e“.

†) S. Bröcker's zweite Abhandlung S. 38.

††) S. hierüber Windscheid a. a. O. Bnd. I. §§ 185 u. 189a.

nahme nichts im Wege, daß auch das Provinzialrecht sie als neue Sachen aufgefaßt hat und deshalb sie den Adjacenten unter dem Gesichtspunkte eine Erwerbes jure accessionis zugesprochen hat. Legt man aber dem Provinzialrecht jene Auffassung zu Grunde, so ist mit ihm auch die Annahme vereinbar, daß Fluß und Ufer stets in den Händen eines Eigenthümers stehen müssen. Hierdurch ist der Bröcker'schen Ansicht, daß der Fluß von seinen Ufern rechtlich abtrennbar ist, der Stützpunkt, den er für sie in den Art 759 und 868 zu finden glaubte, entzogen und zwar ohne daß zugleich der von mir gegen seine Ansicht erhobene Vorwurf, daß sie zu einer absolut unerklärlichen Ungerechtigkeit führe, entkräftet wird. Denn die Ungerechtigkeit, die darin liegt, daß der *alveus derelictus* und die *insula nata* unter Umständen nicht Eigenthum des Eigenthümers des Flusses ist, sondern einer dritten Person (Adjacenten) zufällt, besteht — wie ich dieses bereits oben S. 8 näher dargelegt habe — ebenso sehr dann, wenn man die Zutheilung derselben an den Adjacenten unter dem Gesichtspunkte des Erwerbes einer neuen Sache, oder, wie ich es in meiner frühern Abhandlung gethan habe*), als einen Verbleib einer bereits früher vorhandenen Sache in den Händen seines Eigenthümers auffaßt. Indessen bin ich auch heute der Meinung, daß wenigstens in Betreff des *alveus derelictus* die letztere Construction die richtige ist und daß das Provinzialrecht, indem es das Verhältniß unter den ersten Gesichtspunkt stellte, einen Fehlgriff gethan hat. Denn in dem verlassenen Flußbett ist nicht etwa, wie in der Frucht eines Baumes, etwas ganz Neues zur Entstehung gelangt oder wie in einem auf einem Grundstücke erbauten Hause etwas Neues zu einer frühern Sache hinzugekommen, sondern von der bereits bestandenen Sache (dem Fluß) ein Theil derselben (das Wasser) abgegangen**). Der entgegengesetzte Standpunkt des Provinzial-

*) S. daselbst Seite 17.

**) Darüber, daß eine unrichtige Legal-Construction nicht bindend ist, vergl. Mering, „Geist des römischen Rechts“, 4. Aufl. 1883. Th. 2, § 41 S. 371 und folg. Mit demselben Recht, wie man von der Entstehung eines neuen Eigenthums-

rechts ließe sich auch daraus erklären, daß nach römischem Recht, welchem die Bestimmungen über den *alveus derelictus* und die *insula nata* entnommen sind, beide — in Folge der öffentlichen Qualität der Flüsse — *res nullius* waren, und sie daher nach römischem Recht allerdings vom *Adjacenten erworben* wurden.

2) Hält Bröder meine Ansicht um deswillen für unhaltbar, weil nach römischem Recht und nach seiner Ansicht auch nach Provinzialrecht die öffentlichen Flüsse und ihre Ufer von verschiedener Rechtsqualität sind und in sofern von einander rechtlich getrennt sind. Dieser Einwand ist von mir aber oben (s. Seite 9) bereits widerlegt worden und zwar mit dem Hinweife darauf, daß (wie auch eben erwähnt) bei den öffentlichen Flüssen das verlassene Flußbett und die entstandene Insel nach römischem Recht, und mithin auch nach Provinzialrecht, wenn sie hier denselben rechtlichen Charakter haben, wie im römischen Rechte, *res nullius* sind, mithin die Ungerechtigkeit, zu der die Abtrennbarkeit des Flusses von seinen Ufern bei den Privatflüssen führen würde (daß nämlich dem Flußeigentümer das Eigenthum an ihnen entzogen würde) bei jenen nicht obwaltet. Aus diesem Unterschiede ergibt sich aber die Unrichtigkeit des Schlusses, daß, weil bei den öffentlichen Flüssen der Grund für den Erwerb des *alveus derelictus* und der *insula nata* nicht im Eigenthumsrecht der *Adjacenten* am Fluß gelegen habe, hierin auch nicht bei den Privatflüssen der Grund für den Erwerb derselben gelegen haben könne, von selbst.

3) Bröder führt ferner gegen mich an, ich hätte gesagt, daß nach römischem Recht bei den Flüssen das dominirende Element nicht der Grund und Boden, sondern die Wassermasse sei und zwar in Folge der Bestimmungen über die *insula nata* und den *alveus derelictus*. Hiernach und, da die Bestimmungen des römischen Rechts über die *insula nata* und den *alveus*

rechts an dem *alveus derelictus* eines Privatflusses spricht, könnte man z. B. auch sagen, daß der Eigenthümer eines Pelzes, wenn aus diesem alle Haare ausgefallen, am haarlosen Fell einen neuen Erwerb gemacht hätte.

derelictus auch nach Provinzialrecht bei Flüssen Platz greifen, hätte ich consequenterweise — so meint Bröcker weiter — zu dem Resultat gelangen müssen, daß auch nach Provinzialrecht bei den Flüssen das dominirende Element die Wassermasse sei. Bröcker läßt in meiner obigen Schlußkette ein wesentliches Zwischenglied unerwähnt. Dies Zwischenglied besteht darin, daß nach römischem Recht die Flüsse *juris publici* waren. Nur in Verbindung mit diesem Umstande führten — wie ich meine und auch behauptet habe*) — die Grundsätze über den *alveus derelictus* und die *insula nata* nach römischem Recht zu der Annahme, daß das Wasser das dominirende Element des Flusses sei. Dieser Satz, welcher besagen will, daß das Wasser die Rechtsqualität des Flusses bestimmt**), setzt voraus, daß das Wasser des Flusses an sich eine Rechtsqualität hat, die es nicht erst durch die Rechtsqualität des Flusses gewinnt, sondern ihm zu geben vermag. Dies trifft im römischen Recht zu. Das fließende Wasser ist nach ihm *res communis omnium* und damit *res publica*. Verläßt nun das Wasser sein bisheriges Bett und sucht es sich einen andern Weg, so theilt es diese ihm anhaftende Qualität auch dem neu entstandenen Fluß mit und wird, indem es das thut und ihn dadurch auch zu einer *res publica* macht, das dominirende Element. Nach dem Provinzialrecht gelangt man — da es das Eigenthum an den Flüssen den Adjacenten zuspricht — zum entgegengesetzten Schluß und zwar einerlei, ob man auch nach ihm das fließende Wasser als *res communis omnium* oder ob man es als im Eigenthum der Flußeigenthümer stehend betrachtet***). Nimmt man das erstere an, so müßte, wenn das Wasser seine dominirende Stellung behalten hätte, der Fluß selbst, gleich ihm, auch *res communis omnium* sein. Da das Gesetz das aber ausdrücklich ausschließt, so ergibt sich, daß es die dominirende Stellung nicht mehr hat. Ist aber die letztere Annahme die richtige, so

*) Siehe meine frühere Abhandlung S. 13 in Verbindung mit S. 14 u. 15.

**) Siehe Heimbach, Wasserrecht, Rechtslexicon Bnd. 14 S. 100.

***) S. oben S. 5 Anmerkung. *

folgt das Wasser ebenso wie der Fluß selbst dem Rechtsschickal des Ufers, also ist dieses das dominirende Element.

Bröcker weist auf den Fall hin, daß ein See in Folge irgend welcher Naturereignisse durchbreche und sich in eine Thal-niederung ergieße und glaubt, da nach Art. 1012 und 1013 auch in diesem Falle den Adjacenten der an der neuen Stelle entstandene See zufalle, dadurch die dominirende Stellung des Wassers auch fürs heutige Recht erwiesen zu haben. Dieser Fall beweist aber meines Erachtens das Gegentheil. Denn würde das Wasser die Rechtsqualität des Gewässers bestimmen, so müßte in diesem Falle entweder derjenige der Eigenthümer des neuen Sees sein, dem das Wasser gehört hatte, also der Eigenthümer des frühern Sees, oder es müßte der See, wenn man annimmt, daß das Wasser in Folge seiner Trennung vom Grundstück *res nullius* geworden sei, ebenfalls *res nullius* sein, — was beides nicht zutrifft.

Außerdem halte ich auch die Ansicht, daß, wenn das Grundstück, auf dem sich der neue See gebildet hat und die Grundstücke, die diesem neuen See anliegen, im Eigenthum von verschiedenen Personen stehen, der See nach Art. 1012 und 1013 den Adjacenten erworben sein müsse, für unrichtig, sondern gehört er meiner Meinung nach (s. oben S. 18) in solchem Falle dem Eigenthümer des neuen Seebetts.

Daß, wie Bröcker meint, ich auch bei den Flüssen das Bett für das dominirende Element erklärt habe, ist nicht richtig. Indem ich dasselbe als an das Rechtsschickal der Ufergrundstücke untrennbar verbunden hingestellt habe, habe ich vielmehr, wie eben erwähnt, die die Rechtsqualität bestimmende Eigenschaft den Ufern zugesprochen. Wohl habe ich aber auch im Eigenthum an den Flüssen das Bett als das „unverrückbare Eigenthumsobject“ bezeichnet. Als Regel genommen scheint mir dies aber auch unanfechtbar. Es trifft sowohl in dem Falle zu, daß das Bett zum ersten Mal, als auch wenn es wiederholt vom Wasser verlassen (verlassenes Flußbett) wird. Im zweiten Falle kann unter Umständen freilich derjenige, dem der Grund und Boden, bevor sich auf ihm der Fluß ein neues Bett gemacht hatte, gehört hat, sein Eigenthum an jenem

verlieren*), der Flußeigenthümer aber verliert nicht das Bett, wenn der Fluß nachher wieder an seine alte Stelle zurücktritt, denn das Flußeigenthum war ja von dem Ufereigenthümer (dem das verlassene Flußbett stets gehört) bereits erworben, als der Fluß von Neuem sein Bett wechselte. Eine wirkliche Ausnahme von der Unverrückbarkeit des Betteigenthums findet nur in dem Falle statt, wenn an den Ufern eine Aenderung vor sich geht, sei es daß diese durch Anschwemmung vorrücken oder durch Abschwemmung zurücktreten oder sei es, daß sich zwischen den gegenüberstehenden Ufern neue Ufer dadurch einschieben, daß zwischen ihnen eine Insel entsteht. In diesem Falle muß sich, da das Eigenthum am Fluß durch die Ufer bestimmt wird, mit der Veränderung der Ufer auch das Flußeigenthum sich verrücken und durch dieses dann auch das Eigenthum am Bett. Von diesem Fall wird noch weiter unten die Rede sein.

4) Hält Bröcker meine Behauptung, daß die Flüsse, obgleich sie einfache unwesentliche Theile der Grundstücke sind, vom Gesetz wie integrirende Theile derselben behandelt werden, als eine „logisch nicht zulässige“. Worin hier das „logisch Unzulässige“ liegen soll, ist nicht ersichtlich. Daß das Gesetz einfache Theile eines Grundstücks auch in andern Fällen zu von ihm rechtlich unabtrennbaren Theilen gemacht hat, mithin sie wie integrirende Theile behandelt, das beweist unter Anderem das Institut der geschlossenen Güter, das dem Provinzialrecht, wie die gesetzliche Fixirung der Minimalgröße der Rittergüter und Bauerländereien zeigt, nicht unbekannt ist.

5) Behauptet Bröcker, daß die Regel der Art. 1012 und 1013, wonach die Gewässer den Adjacenten gehören, keinen Unterschied zwischen Flüssen und stehenden Gewässern mache und daher es unstatthaft sei, die durch sie zwischen den Gewässern und den anliegenden Grundstücken geschaffene Verbindung bei jenen als eine untrennbare, bei diesen als eine trennbare anzunehmen. Die Regel: Gewässer gehören den Adjacenten, könne

*) Nämlich dann, wenn sein ganzer Acker vom Fluß eingenommen wird.

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.“ Der zweite Theil dieser Deduction trifft nicht zu, weil das Wasser nach dem Provinzialrecht, wie bereits oben gezeigt ist, weder bei den Flüssen, noch bei den Seen das dominirende Element ist. Was aber den ersten Theil dieser Deduction betrifft, so liegt, wie ich bereits oben dargelegt habe, der Bestimmung der Art. 1012 und 1013 nur der Rechtsgedanke zu Grunde, daß die Gewässer Theile der anliegenden Grundstücke überhaupt seien. Theile im allgemeinen Sinne des Wortes können aber vom Ganzen ebenso gut rechtlich trennbar, wie untrennbar sein; folglich führt meine Ansicht durchaus nicht dazu, in der Bestimmung der genannten Art. die „Consequenz zweier einander widersprechender Grundsätze“ zu sehen. Sie folgt vielmehr aus demselben Begriff Theil (in seinem allgemeinen Sinne), der ebenso für die Flüsse, wie für die stehenden Gewässer gilt.

6) Ich hatte in meiner früheren Abhandlung (s. Seite 27) die Ansicht ausgesprochen, daß das Provinzialrecht, indem es die Bestimmungen über die *insula nata* und den *alveus derelictus* auf die Privatflüsse ausgedehnt habe und dadurch deren rechtliche Untrennbarkeit von den angrenzenden Grundstücken statuiert habe, dabei muthmaßlich dem Vorbilde der preußischen Gesetzgebung gefolgt sei, welche, während sie früher die rechtliche Trennbarkeit der Ufer ebenso wie bei den Seen und Teichen auch bei Privatflüssen annahm, durch Gesetz vom 28. Februar 1843 dieselbe auf die ersteren (Seen und Teiche) beschränkte. Bröder (S. 44 Anmerk.) wendet dagegen ein, daß, da auch das preußische allgemeine Landrecht den Erwerb der *insula nata* und des *alveus derelictus* durch die Adjacenten sowohl in öffentlichen, als in privaten Flüssen zuließe, es klar sei, daß diese Bestimmungen nicht die Untrennbarkeit der Flüsse von den Ufern „nothwendig bewirken“. Dieser Einwand hat eine gewisse Berechtigung, aber nur deshalb, weil ich den Standpunkt, den das preußische Recht zu der Frage vor dem Gesetz

von 1843 einnahm, im Obigen irrthümlicher Weise unrichtig wiedergegeben hatte. Ich war dabei der Darstellung Nieberding's in seiner mehrfach citirten Schrift (S. 137) gefolgt, woselbst er sagt, daß nach dem in den Hohenzollernschen Landen geltenden „gemeinen Rechte“ die Uferbesitzer ihr Nutzungsrecht an den Privatflüssen unbeschränkt auf jeden andern Besitzer ohne Rücksicht darauf, ob diese mit ihren Grenzen den Fluß berühren oder nicht, übertragen können. Ich hatte diesen Passus der Nieberding'schen Schrift dahin verstanden, daß die für die Hohenzollernschen Lande bestehende Abweichung vom Gesetz von 1843 auf dem preußischen allgemeinen Landrechte beruhe, welches seine Geltung für diesen Bezirk auch nach dem Gesetz von 1843 behalten hätte, während, wie ich mich jetzt davon überzeugt habe, Nieberding an der betreffenden Stelle unter dem „gemeinen Rechte“ das deutsche gemeine Recht versteht und die bezeichnete Abweichung auf das letztere gründet. Das deutsche gemeine Recht beschränkt aber, dem römischen Rechte folgend, die Grundsätze über den Erwerb der *insula nata* und des *alveus derelictus* auf die öffentlichen Flüsse. (S. Wächter *Accession a. a. O.* S. 16).

In Bezug auf die Stellung, die das preußische allgemeine Landrecht aber zu der Frage der Trennbarkeit der Gewässer von ihren Ufern einnimmt, läßt sich nur soviel mit Gewißheit sagen, daß nach ihm Seen und Teiche von ihren Ufern rechtlich abtrennbar sind. Dies folgt nothwendig aus der Bestimmung des § 267 I, 9, wonach das Bett abgelassener Landseen den Eigenthümern des Sees nach Verhältniß des jedem von ihnen an dem See selbst zugestandenem Eigenthumsrechts verbleibt. In Bezug auf die Flüsse enthält aber das preußische allgemeine Landrecht keine Bestimmungen, welche auch für sie zu der Annahme der Trennbarkeit zwingen. Die Bestimmungen über den *alveus derelictus* und die *insula nata* gelten nach ihm freilich auch für die Privatflüsse, aber mit der Abweichung vom römischen Recht, daß das verlassene neue Bett nicht unbedingt den Uferland-eigenthümern, sondern zunächst dem zufällt, auf dessen Grund der Fluß sich gebettet hatte (s. ebendasselbst §§ 270—273).

Auch Nieberding erwähnt der Trennbarkeit nur bei den Seen und Teichen (s. denselben a. a. O. S. 126).

Wenn man aber auch auf den obigen Unterschied zwischen dem preußischen allgemeinen Landrecht und unserem Provinzialrecht kein Gewicht legen wollte, so würde doch auch dann meine Ansicht nicht erschüttert sein, da es ja nicht feststeht, daß die Wissenschaft und Gerichtspraxis in Preußen trotz jener Bestimmungen des Gesetzbuches auch für die Flüsse die Trennbarkeit angenommen hat, und selbst wenn es feststände, damit eine richtige Auslegung des Gesetzbuches noch nicht verbürgt wäre.

7) Endlich meint Bröcker, daß die Grundlage, auf welche ich meinerseits die rechtliche Abtrennbarkeit der stehenden Gewässer und kleinen Bäche von ihren Ufern gestellt habe, daß nämlich nach den Bestimmungen des römischen Rechts das Wasser als *pars agri*, das Gewässer (als Ganzes) aber als ein einfacher *locus privatus* anzusehen sei, zu verwerfen sei und zwar deshalb, weil diese Bestimmung von dem Provinzialrecht nicht recipirt sei. Als Beweis gegen die Reception dieser Bestimmungen beruft sich Bröcker abermals auf die Art. 1012 und 1013, die ohne Einschränkung besagen, daß die Gewässer denen gehören, deren Grundstücke sie bespülen oder durchschneiden. Diese Bestimmung schließt aber meine Begründung der Abtrennbarkeit des Gewässers von den Ufern (in den stehenden Gewässern) durchaus nicht aus, denn sie stellt nur das Rechtsverhältniß des Gewässers (als Ganzes), nicht aber das Verhältniß des Wassers (als fließende Masse) zu dem Uferlande fest. Es kann sehr wohl das Wasser Theil des Bodens, auf dem es sich befindet, und zugleich letzteres mit dem Wasser zusammen (also das Gewässer) Theil der anliegenden Ufergrundstücke sein. Außerdem lassen, wie oben bereits erörtert worden, jene beiden Art. die Frage über die Trennbarkeit des Gewässers von seinen Ufern offen.

Bröcker begründet seinerseits die rechtliche Trennbarkeit des Gewässers von den Ufern — die er nicht bloß für die stehenden Gewässer,

fordern auch für die Flüsse annimmt — also: Er sagt*): die Ufer seien weder wesentliche noch unwesentliche Theile der Gewässer, sondern Theile der angrenzenden Grundstücke und ebenso wenig seien die Gewässer integrierende Bestandtheile der Ufergrundstücke, folglich können die Gewässer nur noch einfache Theile oder Pertinenzien der Ufergrundstücke sein; in beiden Fällen können sie aber unbeschadet ihres Wesens und des Wesens der Hauptsache abgetrennt werden**).

Von den Beweisgründen, die Bröcker auf S. 12 u. 13 für den einen der obigen Sätze, daß nämlich die Ufer nicht integrierende Bestandtheile des Gewässers sind, halte ich die von ihm sub 3 u. 4 dargelegten nicht für überall zutreffend. Er sagt:

„(3.) Nach Art. 759 ff. des Provinzialrechts 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 verbinden.“

„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

*) Siehe seine zweite Schrift S. 11—15.

**) Daß diese Argumentation die von mir behauptete Untrennbarkeit der Flüsse von den Ufern nicht widerlegen kann, ist selbstverständlich, da ich dieselbe (wie oben ausgeführt wurde) nicht darauf gründe, daß die Ufer integrierende Bestandtheile der Flüsse und ebenso wenig, daß die Flüsse integrierende Bestandtheile des anliegenden Bodens seien, sondern aus positiven Bestimmungen des Gesetzes ableite, die trotzdem, daß jene es nicht sind oder nicht zu sein brauchen, die Flüsse untrennbar an die anliegenden Grundstücke binden. Meine auf S. 26 u. 21 meiner frühern Abhandlung ausgesprochene Behauptung, daß die Ufer um deswillen nicht integrierende Bestandtheile der Flüsse sein können, weil dies bei der nach Art. 760, 763 u. 764 bestehenden Untrennbarkeit der Ufer von den anliegenden Grundstücken zu dem Schluß führen würde, daß auch diese Grundstücke integrierende Bestandtheile des Flusses wären, muß ich indeß zurücknehmen. Das erste kann sehr wohl ohne das zweite zutreffen, und zwar dann, wenn man den Fluß in seiner Zusammensetzung aus Wasser, Bett und Ufer (als Ganzes) seinerseits wiederum als Theil der aus ihm und dem anliegenden Lande gebildeten zusammengesetzten Sache „Landgut“ auffaßt und die Verbindung zwischen beiden als eine vom Gesetz geschaffene untrennbare ansieht.

brauchte ebenso wie das Bett, welches ja integrireder Bestandtheil des Flusses ist, nicht dem Adjacenten 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 integrireder 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 gehören“.

„(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.“

ad 3.: Dieses Argument beruht auf folgendem Gedankengang: Wenn der Fluß sein Bett verläßt oder sich in dem Flusse eine Insel bildet, so werden nur das verlassene Bett und die Insel von den Adjacenten erworben, nicht dagegen die Ufer, diese gehören den Adjacenten eo ipso. Gehören sie ihnen aber eo ipso, so können sie nicht integrirende Bestandtheile des Flusses sein, denn als integrirende Bestandtheile desselben, müßten sie ebenso wie das verlassene Flußbett vom Adjacenten erworben werden, was aber nicht geschieht.

Dieses Argument verfaßt, meiner Ansicht nach, weil die Folgerung nicht richtig ist, daß das Ufer, wenn es integrierender Bestandtheil des Flusses wäre, gleich dem verlassenen Flußbett vom Adjacenten erworben werden müßte. Bröcker hält dies für nothwendig, weil das Ufer, wenn es integrierender Bestandtheil des Flusses wäre, dem Schicksal des Flusses und somit auch dem zu ihm gehörigen Bette folgen müßte. Er läßt dabei aber außer Acht, daß das Ufer als integrierender Bestandtheil des Flusses doch nur so lange ein gleiches Rechtsschicksal, wie das Bett haben müßte, als der Fluß selbst noch besteht. Hier handelt es sich aber um den Fall, daß der Fluß bereits sein Bett verlassen hat, also ein Fluß an dieser Stelle garnicht mehr besteht. Auch müßte ja mit dem Moment, wo der Fluß sein Bett verläßt, auch das Ufer selbst aufhören, integrierender Bestandtheil des Flusses zu sein, mithin auch aus diesem Grunde nicht mehr an das Schicksal des Flußbetts gebunden sein.

ad 4.: Daß im Provinzialrechte, eben so wie es im gewöhnlichen Leben geschieht, mit der Ausdrucksweise: die Gewässer bespülen die „Ufer“ der Grundstücke, mit der, sie bespülen die „Grundstücke“, gewechselt wird, beweist der Art. 1035. Es dürfte daher dem Umstande, daß der Art. 1013 sich der zweiten Ausdrucksweise bedient, eine juristisches Gewicht nicht beizumessen sein. Uebrigens ließe sich, wenn der Art. 1013 in der ersten Weise sich ausgedrückt hätte, der gleiche Schluß ziehen, da dann das Gewässer den Ufern der Grundstücke gegenübergestellt, also als eine von diesen verschiedene Sache hingestellt wäre.

Wenngleich die Frage, ob das Gewässer als Theil oder als Pertinenz*) der anliegenden Grundstücke anzusehen sei, für die Frage ihrer rechtlichen Trennbarkeit von einander von nur untergeordneter Bedeutung ist, so will ich doch mit einigen Worten noch auf sie eingehen. Bröcker hält die Theil-Qualität für ausgeschlossen, weil das

*) Wenn Bröcker, der das Gewässer als Pertinenz des Ufergrundstücks ansieht, Recht hätte, müßte es neben den „gewillkürten“ Pertinenzen auch „natürliche“ Pertinenzen geben. Nach der heute herrschenden und wohl auch dem Provinzialrecht zu Grunde liegenden Auffassung wird jedoch eine Sache zur Pertinenz durch die Willkür des Eigenthümers bestimmt. Vergleiche darüber Erdmann, System Bd. 159 u. Unger a. a. D. Bd. 1, S. 448 u. 449.

Gewässer im „vollen Miteigenthum“ der Adjacenten stehe, mithin die Adjacenten nur ideelle Antheile an den Gewässern haben, diese ihre ideellen Theile an denselben aber nicht zugleich Theile der (körperliche Sachen bildenden) Grundstücke sein können. Er sagt:

Die gewöhnliche Bedeutung der Worte „gemeinschaftliches Eigenthum*), welche vom Provinzialrecht auf das Recht der Adjacenten an dem Gewässer angewendet werden, sei Miteigenthum zu ideellen, nicht zu reellen Theilen, der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes sei aber nach Art. XVI des Privatrechts der Vorzug einzuräumen. Außerdem spreche der Art. 1013 den Adjacenten nur die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theiles zu; dieses Benutzungsrecht entspreche aber ebenso sehr dem über das wahre Miteigenthum handelnden Art. 935, wie es anderseits mit einem gemeinsamen Eigenthum zu reellen Theilen ganz unvereinbar sei, da letztere selbstständige Ganze bildeten, an denen die Berechtigten volles Eigenthum hätten (Art. 927 Anmerk. 1).

Dagegen ist zu bemerken:

1) Wenn der Art. 1013 den Adjacenten das gemeinschaftliche Eigenthum zuspricht und dann wörtlich also fortfährt „so daß jedem die Benutzung des sein Gebiet durchschneidenden oder bespülenden Theils

*) Bröder hatte in seiner ersten Abhandlung (S. 27) die Meinung ausgesprochen, daß das Gewässer, wenn es als realiter getheilt anzusehen wäre, dann nicht mehr, wie es im Gesetze (Art. 1013 u. 1034) geschehe, als „gemeinsam“ oder „im gemeinschaftlichen Eigenthum stehend“ bezeichnet werden könnte. Da Bröder zugleich auch der Ansicht ist, daß eine räumlich ungetheilte Sache nicht Theil zweier Sachen sein kann, so glaubte ich mich zur Behauptung berechtigt, daß er sich hierdurch in Widerspruch setze zu der Bestimmung der Art. 936 u. 1096 des Privatrechts, wonach dieses auch eine Grenzmauer als „gemeinschaftliches Eigenthum“ der beiden Grundeigenthümer bezeichne, mithin entweder diesen Ausdruck auch auf das Miteigenthum zu reellen Theilen anwende oder statuiren, daß auch eine räumlich ungetheilte Sache zugleich Theil zweier Grundstücke sein könne. Dagegenwärtig Bröder sowohl zugiebt, daß das Provinzialrecht unter der Bezeichnung „gemeinschaftliches Eigenthum“ auch Miteigenthum zu reellen Theilen verstehe (s. seine zweite Abhandlung S. 52), als auch daß, was speciell die Grenzmauer betrifft, diese unter Umständen, nämlich dann, wenn sie zum Theil auf dem Boden des Einen, zum Theil auf dem Boden des Andern steht, in der That realiter zwischen ihnen getheilt sei (s. seine zweite Abhandlung S. 56 Anmerk. 1), und da ferner das Provinzialrecht im Art. 1006, wie sein Schluß beweist, gerade diesen Fall im Auge hat, so ist dieser Differenzpunkt erledigt.

zusteht“, so beweisen hier die Worte „so daß“, daß dieses auf einen bestimmten Theil des Gewässers eingeschränkte Nutzungsrecht jedes Adjacenten als Folge seines Eigenthums angesehen wird. Die Nutzung ganz bestimmter Theile eines Körpers ist aber gerade das Charakteristische der *communio pro diviso*, während sie nie eine Folge des Miteigenthums *pro indiviso* ist. Bei diesem ist die Nutzung, soweit sie in dem Bezuge von natürlichen oder civilen Früchten besteht (*fructus*) stets eine Nutzung nach bestimmten Bruchtheilen, soweit sie aber im Gebrauch (*usus*) besteht, welcher ohne *consensus* aller Miteigenthümer nur ausnahmsweise, nämlich bei Sachen, die in gleichwerthige Theile sich sondern lassen, zulässig ist, Nutzung eines beliebigen Theils und hier ebenfalls nach Verhältniß der Größe der Bruchtheile, die jeder Miteigenthümer an der Sache hat*). Es beweist mithin der Art. 1013 nicht für das Miteigenthum zu ideellen Theilen, wie Bröcker meint, sondern für das gemeinsame Eigenthum nach reellen Theilen. Außerdem erkennt das Provinzialrecht auch ausdrücklich den Adjacenten an bestimmten Theilen des Gewässers nicht nur das Benutzungsrecht, sondern auch das Eigenthumsrecht zu, da die Art. 1021 u. 1034 die die Grenze zwischen zwei Grundstücken bildenden Gewässer selbst nach Hälften unter den Adjacenten als getheilt erklären. Es ist mithin ersichtlich, daß das Provinzialrecht hier die Worte „gemeinschaftliches Eigenthum“ nicht in der gewöhnlichen Bedeutung als Miteigenthum, sondern in der ebenfalls ihm bekannten Bedeutung des gemeinsamen Eigenthums zu reellen Theilen gebraucht hat**).

*) Bröcker hält meine Behauptung, daß beim Miteigenthum die Miteigenthümer an der Nutzung der Sache nach Bruchtheilen participiren (s. meine Abhandlung S. 28) für unhaltbar, denn eine gemeinschaftliche Sache könne nicht nach räumlich unabgetrennten Theilen „gebraucht“ werden. (S. seine Abhandlung S. 51 u. 52). Bröcker identificirt hier das von mir gebrauchte Wort „Nutzung“ mit dem Worte „Gebrauch“, während ich dasselbe, nach dem ganzen Zusammenhange der Stelle, in dem, den *usus* und den *fructus* einschließenden Sinne (*usus fructus*) verstanden habe, in welchem Sinne es ebenfalls gebraucht wird. In diesem Sinne wird beispielsweise das Wort im Art. 942 gebraucht. Vergl. auch Windscheid a. a. D. § 169a.

**) Daß die Privatflüsse in der Art im gemeinschaftlichen Eigenthum der beiderseitigen Uferbesitzer stehen, daß diese regelmäßig „als Eigenthümer der längs-

Ferner weist Bröcker auf die Schwierigkeit hin, die Eigenthumsantheile räumlich abzugrenzen. Die Schwierigkeit muß, wenn die Abgrenzung auf Genauigkeit Anspruch erheben soll, allerdings zugestanden werden. Wie in vielen Fällen des Rechtslebens, wird aber auch hier die approximative Feststellung die genaue ersetzen müssen. Wie die Theilung bei den Landseen, deren Schwierigkeit Bröcker besonders hervorhebt, zu bewerkstelligen sei, ist in der Praxis entschieden. Die Seetheile der einzelnen Adjacenten werden hier durch Linien abgegrenzt, welche von den beiden Endpunkten derjenigen Linie, mit der der Adjacent an dem See grenzt, bis zum Mittelpunkt des Sees gezogen werden.

Bröcker wirft weiter die Frage auf, wie die realen Eigenthumsantheile der Adjacenten bei Flüssen zu bestimmen seien, wenn der Fluß durch Anschwemmungen, die an einem Ufer entstehen, sich verengt? Hier ist man vor die Alternative gestellt, entweder es bei der Theilung durch die frühere Mittellinie des Flusses zu belassen, damit aber zugleich zu demjenigen Princip, wonach sich nach dem Art. 763 das Eigenthum an dem verlassenen Flußbette bestimmt, ungeachtet der analogen Beschaffenheit der beiden Fälle in Gegensatz zu treten oder die Theilungsgrenze nunmehr an die neue Mittellinie zu verlegen und damit zugleich zu statuiren, daß das Eigenthum an dem Fluß sich durch derartige Anschwemmungen verändern könne. Meiner Meinung nach ist das Letztere das richtige und zwar um deswillen, weil einerseits das Gesetz die Frage nicht direct entscheidet, mithin die Analogie, welche der im Art. 763 gesetzlich geregelte Fall des verlassenen Flußbetts mit dem unsrigen darbietet, nicht unangewendet gelassen werden kann und weil andererseits die häufigen Veränderungen, die die Ufer der Flüsse durch, An- oder Abschwemmungen erfahren die Feststellung der ursprünglichen Uferlinie meist unmöglich machen würden. Ist diese Entscheidung der Frage, wie ich glaube, aber richtig, das heißt, verändert das Vor- oder Zurückrücken eines Ufers (wie es durch An- und Abschwemmung geschieht) auch das Eigenthumsverhältniß an dem Fluße und zwar so, daß jedes Mal die neue Mittellinie zwischen

ihrer Ufer sich hinziehenden Flußstrecken bis zur Mittellinie des Flusses gelten“ behauptet auch Dernburg für das preußische Recht. (Siehe denselben a. a. O. Bd. I. § 253).

beiden Ufern das Eigenthum zwischen den Anliegern theilt, so bestätigt auch sie von Neuem unsern Grundsatz, daß nach unserem Provinzialrecht der Fluß untrennbar an die Ufer, deren Rechte er folgt, gebunden ist.

Wenn Bröcker dagegen anführt, daß räumlich bestimmte Theile sich nicht ändern lassen, so wüßte ich nicht, warum Naturereignisse dies nicht zu bewirken vermögen sollten. Außerdem würde, wenn hier eine unüberwindliche Schwierigkeit vorliegen würde, diese doch ebenso bei seiner Annahme, wonach die von dem Provinzialrecht in den Art. 1021 und 1034 des Privatrechts statuirte Realtheilung sich nur auf das Nutzungsrecht (an dem Gewässer) beziehe, bestehen, da auch die Theilung der Nutzung, wenn sie nach gesonderten Theilen stattfindet, die Feststellung der Theile erheischt.

Da nach Obigem die Annahme, daß die Flüsse realiter unter den Adjacenten getheilt seien, meiner Ansicht nach die richtige ist, so wäre damit auch die Behauptung Bröcker's, daß die Flüsse nicht „Theile“ der Ufergrundstücke sein können, widerlegt, und hätte sonach die fernere Behauptung Bröcker's, daß es theoretisch unconstruirbar sei, die Flüsse, wenn sie nicht realiter unter den Adjacenten getheilt wären, als Theile der Grundstücke anzusehen, nur noch die Bedeutung einer Schulfrage. Ich hatte mich für die Möglichkeit der Annahme auf den Art. 538 des Privatrechts berufen, wonach unkörperliche Sachen ebenso wie Pertinenzen, so auch Bestandtheile von körperlichen Sachen sein können, mithin das Gesetz die Theile am Gewässer, wenn man sie als ideelle auffassen müßte, ebenso gut wie als Appertinentien, so auch als Theile der Grundstücke aufgefaßt haben könnte. Hierauf antwortet Bröcker, daß ich ohne irgend welche Berechtigung den in diesem Artikel gebrauchten Ausdruck „Bestandtheil“ durch den Ausdruck „körperlicher (realer) Theil“ vertauscht habe*), und daß ja der reale Theil, im Gegensatz zum Bestandtheil, in körperlichem Zusammenhange mit der Sache stehen müsse. Auf diese Deduction ist zu erwidern:

Unter dem „Bestandtheil“ einer Sache versteht man stets einen körperlichen wirklichen Theil derselben, während das Wort „Theil“

*) Den Ausdruck „körperlicher (realer) Theil“ habe ich übrigens an der betreffenden Stelle (s. meine Abhandlung S. 39) nicht gebraucht.

auch im Sinne von Antheil (Rechnungstheil, Bruchtheil, intellectueller Theil) gebraucht wird, in welchem Sinne allein er etwas nicht in sinnlicher Wirklichkeit Existirendes ist*). Da nun der Art. 538 das Wort „Bestandtheil“, nicht „Theil“, gebraucht, so kann er auch nicht einen gedachten Theil, sondern nur einen wirklichen körperlichen Theil im Auge haben. Andererseits steht aber auch fest, daß eine körperliche Sache ihrer Naturbeschaffenheit nach nur aus körperlichen Theilen (Bestandtheilen) bestehen kann. Hieraus folgt nun zweierlei: erstens, daß unter dem Wort „Bestandtheil“ (einer körperlichen Sache) im Art. 538, nicht, wie Bröcker meint, ein gedachter Theil (Antheil, Rechnungstheil, intellectueller Theil), sondern ein wirklicher körperlicher Theil zu verstehen ist, aber auch zweitens, daß es sich hier nur um eine Rechtsfiction handelt, d. h. die unkörperliche Sache nicht wirklich Bestandtheil der körperlichen ist, sondern nur so behandelt wird, als ob sie es wäre**). Es können mithin sehr wohl die ideellen Theile, die Bröcker den Adjacenten an den Flüssen zuschreibt — wenn sie auch, wie er ebenfalls annimmt, als unkörperliche Sachen aufgefaßt werden müßten***), (kraft Rechtsfiction) als wirkliche Theile der Ufergrundstücke vom Gesetz betrachtet worden sein.

Im Uebrigen dürfte die Frage, ob eine räumlich ungetheilte Sache zugleich Theil zweier Sachen, resp. ob nur ein ideeller Theil an einer Sache zugleich realer Theil einer andern Sache sein könne, nicht bloß nach dem Sinne der Worte „real“ und „ideell“ †) sondern

*) S. darüber Windscheid a. a. O. Band I. § 142.

***) Auch dürften unkörperliche Sachen als Pertinenzien von körperlichen nur kraft Rechtsfiction zu betrachten sein Unger a. a. O. Band I. S. 456 sagt: „so wenig Rechte Pertinenzien haben können, so wenig können Rechte Pertinenzien sein.“

****) Die entgegengesetzte Auffassung findet sich in einem Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck (abgedruckt in Seuffert's Archiv, neue Folge Band IV. № 98, woselbst es heißt: „Gewiß ist richtig, daß nur eine körperliche Sache integrierender Bestandtheil einer andern körperlichen Sache sein kann, jedoch fehlt es auch bei dem Miteigenthum pro indiviso an einer solchen keineswegs.“ Siehe über dieses Erkenntniß noch die unten folgende Anmerkung* auf S. 35.

†) Rein sprachlich genommen, dürfte es ebenso unmöglich erscheinen in einem ideellen Theil einer Sache eine Pertinenz als einen Theil einer andern Sache zu sehen.

nur aus der ganzen Theorie der Intellectualtheilung, über die bekanntlich die größten Meinungsdivergenzen bestehen, zu entscheiden sein*).

II.

Ist die Fischereiberechtigung rechtlich trennbar von dem Rechte an dem Ufergrundstücke?

Wäre das Fischereirecht nichts mehr, als die Befugniß, jedem Dritten den Zutritt zu dem Gewässer zu versagen und ihn dadurch an der Occupation von Fischen im Gewässer thatsächlich zu verhindern, so wäre es dort, wo der Fischereiberechtigte zugleich Eigenthümer des Gewässers ist, nur eine einfache Befugniß seines Eigenthumsrechts.

Das Fischereirecht enthält aber mehr: es ist das Recht einer oder mehrerer Personen auf ausschließliche Occupation der Fische in einem bestimmten Gewässer**), welchem Recht gegenüber die von einem Dritten vorgenommene Occupation von solchen und der damit von ihm gemachte Eigenthumswerb nicht bloß den Charakter einer Besitzförderung oder einer Eigenmacht, sondern auch den einer rechtswidrigen Vermögensschädigung, die ihn zum Schadenersatz verpflichtet, annimmt: (Art. 724, 1031, 1034). Auch müßten, wenn das Fischereirecht eine an sich im Eigenthumsrecht am Gewässer liegende Befugniß wäre, einerseits die Fische: Theile, Pertinenzen oder organische Erzeugnisse des Gewässers sein, was nicht zutrifft***), und könnten

*) Zu vergleichen darüber Steinlechner a. a. O. Band I § 30 und folg. und Windscheid a. a. O. § 51, § 142, Anmerkung 10 und 11 und § 169a, auch Ferdinand Seraphim in der Zeitschrift für Rechtswissenschaft, Jahrg. 8, S. 139 und folg. und Erdmann, System des Privatrechts Band II. § 116. Daß eine und dieselbe Sache „gleichzeitig integrierender Theil zweier in verschiedenem Eigenthum stehender Grundstücke“ sein könne, wird anerkannt in dem oben erwähnten Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck (Seuffert's Archiv, neue Folge Band IV № 98 S. 147).

**) S. Bunge, Privatrecht § 103. Gerber, Privatrecht § 94, Anmerkung 1 und 3.

***) Bröcker (in seiner ersten Abhandlung S. 4) behauptet freilich, daß nach modernem Recht die *ferae bestiae et pisces* als eine Art Frucht des Grund und Bodens (*fructus separati*) angesehen werden. Das Provinzialrecht nimmt jedenfalls diesen vorgeschrittenen Standpunkt nicht ein (Art. 723).

andererseits Personen, die in fremden Gewässern ohne Genehmigung ihrer Eigenthümer fischen, nicht ihrerseits das Eigenthum an den Fischen erwerben, was aber wohl der Fall ist. Meiner Ansicht nach ist daher das Fischereirecht — nicht blos, wo es an, in Niemandes Eigenthum stehenden, Gewässern (wie am Meere), sondern auch dort, wo es an eigenen Gewässern besteht, ein besonderes Recht*).

Es fragt sich nun, welcher Charakter diesem besondern Rechte beizulegen ist, ob es vom Eigenthum am Gewässer, resp. vom Eigenthum am Ufer trennbar oder untrennbar ist?

Gewöhnlich wird das Fischereirecht als „Realrecht“ bezeichnet**). Doch ist dies nicht unbestritten. Versteht man unter Realrechten „Rechte, welche an eine unbewegliche Sache dergestalt geknüpft sind, daß dem jeweiligen Eigenthümer der Sache das an die Sache geknüpfte Recht zusteht***)“, so fällt zweifellos auch das Fischereirecht unter den Begriff. Wenn man dagegen mit Maurenbrecher sie als diejenigen Rechte definiert, die „an den Besitz eines Grundstücks geknüpft sind, ohne für dieses Grundstück selbst irgend eine Zweckbestimmung zu haben“, so wird ebenso wie die Jagd-, auch die Fischereigerechtigkeit von ihnen ausgeschlossen****). Nach unserm Provinzialrecht kann meines Erachtens jedoch der Charakter des Fischereirechts als Realrecht nicht bezweifelt werden, da es im Art. 552 einerseits die Realrechte als Rechte definiert, die „einem Grundstücke zustehen und von dessen Besitzer als solchem ausgeübt werden,“ ohne dem eine Einschränkung hinzuzufügen und andererseits ausdrücklich das Jagdrecht zu ihnen zählt, mit dem das Fischereirecht einen gleichen Charakter hat†).

*) So auch Unger a. a. D. Band I. § 64 Anmerkung 21 und Gerber (a. a. D.).

***) So von Bunge in seiner Abhandlung in den „theoretisch-praktischen Erörterungen“ Band 5 S. 30 und 31 und zwar ist es nach ihm ein solches „unbestritten.“ Ferner von Unger a. a. D. Band I. § 64 S. 574 Anmerkung 21.

****) So Unger, a. a. D. S. 572 und 573. Nach ihm sind daher auch die Realservituten Realrechte.

*****) Maurenbrecher, „Lehrbuch des deutschen Privatrechts“ Band I. § 347 S. 769 und 770: Derselbe rechnet weder das Jagd-, noch das Fischereirecht dazu. Bröder glaubt das Fischereirecht auch nach Provinzialrecht von den Realrechten ausschließen zu müssen, weil es veräußerlich sei. Davon wird gleich die Rede sein.

†) Daß Bunge es für's Provinzialrecht zu den unbestrittenen Realrechten zählt, ist oben bereits bemerkt worden. Maurenbrecher bezeichnet das Fischereirecht als „anexum der Jagdgerechtigkeit“ (a. a. D. S. 600).

Sehen wir, zu welchem Resultate wir hiernach in Bezug auf die Trennbarkeit des Fischereirechts gelangen.

Darüber, daß ein Realrecht, wenn es überhaupt veräußerbar ist, nur in der Art veräußert werden kann, daß es zugleich auf ein anderes Grundstück übertragen wird, besteht in der Theorie kein Streit und dürfte sich solches auch ganz von selbst verstehen, da das Realrecht seinem Wesen nach ein an eine Sache geknüpftes Recht ist. Wohl geht aber eine Meinung dahin, daß es ohne das bestimmte Grundstück überhaupt nicht veräußerlich sei*).

Das Provinzialrecht läßt in dieser Frage an Klarheit sehr viel zu wünschen übrig. Im Art. 552 zählt es die Realrechte zu den integrierenden Bestandtheilen der Grundstücke, welche ihrerseits als mit den Grundstücken untrennbar verbunden gelten. Im Widerspruch hiemit scheinen die Art. 3833 und 4026 zu stehen. Dieselben lauten:

Im deutschen Text:

Art. 3833. Gegenstand des Kaufcontracts können alle Sachen sein, deren Veräußerung gestattet und möglich ist und zwar nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Rechte und namentlich sowohl Realrechte, als Forderungsrechte.

Art. 4026. Gegenstand des Pacht- und Miethcontracts können alle Sachen sein, deren Veräußerung nicht verboten ist, und zwar nicht nur körperliche Sachen, sondern auch Rechte, namentlich Realrechte, wie Jagd, Brennerei und Brauerei; dergleichen persönliche Dienstbarkeiten, wie Nießbrauch. Prädialservituten dürfen ohne das berechtigte Grundstück nicht verpachtet werden.

Im russischen Text:

Art. 3833. Предметомъ договора купли можетъ быть все то, отчужденіе чего дозволено и само по себѣ возможно, разумѣя подъ симъ не только тѣлесныя вещи, но и права, какъ вещныя, такъ и по обязательствамъ.

Art. 4026. Предметомъ договора аренды и найма могутъ быть какъ всякія тѣлесныя вещи, отчужденіе

*) So Unger, jedoch nur „in der Regel“ (a. a. O. S. 579 Anmerkung 42) und Mittermaier) „Grundsätze des Privatrechts“ § 173 Anmerkung 19. — Für die Veräußerbarkeit Maurenbrecher a. a. O. S. 773.

коихъ не запрещено, такъ и права, и притомъ не одни поземельныя, каковы суть право охоты, винокурения и пивоварения, по и личные сервитуты, напр. пользование. Сервитуты вещные могутъ быть отдаваемы въ аренду не иначе, какъ вмѣстѣ съ господствующею недвижимо-
стью.

Aus diesen Artikeln geht zwar nicht hervor, daß alle Realrechte veräußerlich sind, wohl aber, daß es veräußerliche unter ihnen giebt und zu letzteren namentlich die Jagd, die Brennerei und die Brauerei gehören. Wenn auch der Art. 4026, soweit er die Berechtigung der Vermietung oder Verpachtung einer Sache von deren Veräußerbarkeit abhängig macht, wohl nur auf ein Versehen in der Redaction des Artikels zurückzuführen sein dürfte (vergl. Art. 2552), so läßt er doch, indem er es thut, außer Zweifel, daß er gewisse Realrechte — und unter ihnen die drei obengenannten — für veräußerlich ansieht. Der Art. 3833 (im deutschen Text) spricht dasselbe aus, ohne besondere hervorzuheben.

Wir werden daher, um die beiden Artikel mit dem Art. 552 in Einklang bringen zu können, einerseits anerkennen müssen, daß ein Theil der Realrechte (durch Uebertragung auf andere Grundstücke) veräußerlich ist*), und andererseits die Bedeutung der Worte „integrirende Bestandtheile“ im Art. 552 in ihrem weitern Sinne auffassen müssen, d. h. in dem Sinne, nach welchem zu ihnen auch diejenigen zur Vollendung eines Ganzen gehörenden Theile gezählt werden, die vom Ganzen rechtlich trennbar sind**).

Diejenigen Realrechte, welche an das Eigenthum der Rittergüter im Hinblick auf ihre Eigenschaft als solche (privilegirte Güter) geknüpft sind (Art. 883), werden natürlich sich nur auf solche Güter übertragen lassen, die selbst Rittergüter sind. Realrechte, die wie das Recht der Gutzpolizei und des Patronats zugleich öffentliche Pflichten enthalten, werden de jure überhaupt nicht übertragbar sein, ebenso wenig wie die Realservituten, die sich nach dem Bedürfniß des berechtigten Grundstück richten (Art. 1107). Da nun das Fischereirecht zu all'

*) Anderer Meinung ist Erdmann a. a. O. Band I. S. 293 Anmerkung 1.

**) Wie z. B. das Steuerruder und der Mastbaum vom Schiffe. Siehe darüber meine frühere Abhandlung S. 6, Anmerkung 3 und Erdmann a. a. O. Band I. S. 150.

den genannten Realrechten nicht gehört, so dürfte es auch nach Obigem auf jedes beliebige andere Grundstück übertragen werden können.

Weiter fragt es sich, ob das Fischereirecht einem Dritten dadurch zugewendet werden kann, daß es zum Gegenstande einer Servitut gemacht wird?

Da der Art. 1117 des Privatrechts unter den Realservituten auch das Recht, in fremden Gewässern zu fischen, anführt, so muß die Frage bejaht werden. Nach Bröcker's Meinung*) soll dies jedoch nur für den Fall gelten, daß der zur Fischerei Berechtigte das Recht an seinem eigenen Gewässer, nicht aber an einem in Niemandes Eigenthum stehenden Gewässer hat; im letzteren Falle soll es unmöglich sein, um des willen, weil es Regel sei, daß — abgesehen vom Nießbrauch — an einem Rechte keine Servitut bestellt werden könne.

Ich hatte mich in meiner früheren Abhandlung (S. 22. Anm.) für die Möglichkeit, daß das Fischereirecht von den Fischereiberechtigten auch an den in Niemandes Eigenthum stehenden Gewässern als Servitut bestellt werden könne, darauf berufen, daß dasselbe als Realrecht nach Art. 538 des Privatrechts die Eigenschaft einer körperlichen Sache annehme. Bröcker erwidert darauf, daß durch diese Bestimmung des Privatrechts das Fischereirecht doch „noch lange kein Gewässer geworden“ und daher in diesem Falle die Möglichkeit einer Servitut „begrifflich“ ausgeschlossen sei. Dagegen möchte ich auf Folgendes hinweisen: Die ausdrückliche Regel des römischen Rechts und des Provinzialrechts, das ihm hierin folgt, geht nur dahin, daß an einer Servitut keine Servitut bestehen könne (Art. 1096) und ist dieser Satz, wenigstens nach einer mehrfach vertretenen Ansicht, nur aus der Unveräußerlichkeit der Dienstbarkeiten abzuleiten. (Siehe Bangerow, Lehrbuch der Pandekten, Band I. § 338 Anmerk. 3 und die von Windscheid, Pandekten § 200 Anmerk. 5 citirten Schriftsteller). Ist dies aber richtig, so scheint „begrifflich“ dem durchaus nichts im Wege zu stehen, daß das Provinzialrecht kraft positiver Bestimmung auch an Realrechten eine Servitutbestellung für zulässig befände, ebenso wie es begrifflich nicht ausgeschlossen war, daß schon das römische Recht an Rechten die Bestellung eines Nießbrauchs gestattet

*) Siehe seine erste Abhandlung S. 70 und seine zweite Abhandlung S. 30 und folg.

hatte. Jene positive Bestimmung des Provinzialrechts ist aber in dem Art. 538 (in Verbindung mit 552) zu finden, der die Realrechte rechtlich wie die Grundstücke, an die sie geknüpft sind, behandelt wissen will.

Außerdem würde die Ansicht Bröder's zu dem mit dem Art. 1117 unvereinbaren Resultate führen, daß das Fischereirecht auch an einem Privatgewässer nicht zum Gegenstand einer Servitut gemacht werden könnte, denn das Fischereirecht ist, wie wir oben gesehen haben, auch hier nicht lediglich Befugniß des Eigenthumsrechts, sondern ein besonderes Realrecht, also ein Recht*).

Daß die Fischerei nicht blos dort, wo sie als Realrecht an ein eigenes Gewässer, sondern auch dort, wo sie an das Eigenthum an dem Ufergrundstück geknüpft ist, zum Gegenstand einer Servitut gemacht werden könne, ist auch die in der Praxis herrschende Meinung.

*) Gerber, (Privatrecht § 94 Anmerk. 3) führt die Möglichkeit für den Flußeigenthümer, die Fischerei zum Gegenstande einer Servitut zu machen, darauf zurück, daß die Fischerei „Pertinenz des Grundeigenthums ist.“

Schlußbemerkung.

Fassen wir zum Schluß nochmals die Gründe, die mich für die Flüsse die Untrennbarkeit, für die Seen und die kleinen Bäche die Trennbarkeit von ihren Ufern anzunehmen veranlaßt haben, kurz zusammen, so sind es folgende:

Die Art. 1012 und 1013 des Privatrechts knüpfen das Eigenthum an den Gewässern an das Eigenthum an den Ufern an, lassen aber die Frage unbeantwortet, ob diese Verbindung eine rechtlich lösbare sei. Die Entscheidung dieser Frage muß daher außerhalb dieser Artikel gesucht werden. Für die Flüsse läßt sie sich — und zwar im Sinne der Untrennbarkeit — aus folgenden direct oder im Wege der Analogie gegebenen Einzelbestimmungen erschließen. Verläßt der Fluß sein früheres Bett, so gehört das verlassene Flußbett den Adjacenten. Im selben Falle fällt auch der neue Fluß, der an anderer Stelle entsteht, nicht dem Eigenthümer des Ackerz, auf dem er sich bettet, zu, sondern den Eigenthümern des Uferlandes. Werden die Uferverhältnisse durch ein Naturereigniß verändert, sei es durch Un- oder Abschwemmungen oder dadurch, daß zwischen den gegenüberstehenden beiden Ufern eine Insel mit neuen Ufern entsteht, so ändern sich damit auch die Eigenthumsverhältnisse am Bett und Wasser und zwar nach Maßgabe der veränderten oder neu entstandenen Ufer, von denen jedes den Fluß bis zu seiner neuen Mittellinie nach sich zieht.

Wir sehen also hier das Eigenthum am Fluß und an seinen Bestandtheilen Bett und Wasser in vollständigster Abhängigkeit von seinen Ufern, in einer Abhängigkeit, die nicht etwa bloß darin besteht, daß der Fluß jeder rechtlichen Verfügung folgt, die über die Ufergrundstücke getroffen wird — das ist mit seiner Abtrennbarkeit von den Ufern vereinbar und besteht auch bei den Seen und Bächen — sondern zugleich auch darin, daß das Eigenthumsrecht am Fluß und seinen Bestandtheilen Bett und Wasser fortlaufend und fortwährend

von den Rechtsverhältnissen der Ufer beeinflusst und modificirt wird, und wo ein neuer Fluß entsteht, derselbe dem Uferlande zufällt. Dies ist eine Rechtsfolge, wie sie nur bei unlösbaren Theilen vorkommt und motivirt ist. Sie führt daher auch nothwendig zur Annahme, daß der Fluß von seinem Uferlande rechtlich nicht trennbar ist.

Ferner: Wird durch Verbindung zweier Sachen dem Eigenthümer der einen zu Gunsten des Eigenthümers der andern sein Eigenthum entzogen, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß die beiden Sachen durch diese Verbindung von einander rechtlich untrennbar geworden sind; denn wären sie trotz der Verbindung rechtlich trennbar geblieben, so wäre es unmöglich gewesen, daß durch sie der eine sein Eigenthum verloren hätte. Hieraus folgt:

Erstens: Wenn der Fluß, sein bisheriges Bett verlassend, ein neues Bett occupirt und durch diese Verbindung, wie wir gesehen haben, der Ufereigenthümer den neuen Fluß erwirbt und der bisherige Eigenthümer des Landes, auf dem er sich gebettet hatte, sein Eigenthum verliert, so muß die Verbindung, die zwischen Fluß und Uferland entstanden war, eine unlösbar sein. Zweitens: Im selben Falle ist — wie Niemand bezweifeln wird — die Verbindung zwischen dem alten Bett und den Ufergrundstücken jederzeit trennbar, so daß der Adjacent das verlassene Bett getrennt von seinem Grundstück veräußern kann. Dies läßt zurückschließen, daß der Adjacent bereits vorher Eigenthümer des Bettes gewesen sein muß, denn wäre er es nicht gewesen, sondern hätte ein Anderer sein Eigenthum durch die Verbindung verloren, so müßte das mit einander Verbundene (verlassenes Bett und Ufergrundstück) rechtlich von einander untrennbar sein. Beides beweist also die Untrennbarkeit von Fluß und Ufer.

In Bezug auf die stehenden Gewässer und Bäche finden sich aber in unserem Provinzialrecht keinerlei Bestimmungen die auch für sie ein solches dauerndes Gebundensein an ihre Ufern begründen. Bei diesen ist daher die Frage ihrer Abtrennbarkeit lediglich nach ihrer natürlichen Beschaffenheit zu entscheiden und die führt nach dem allgemeinen Grundsatz der Theilbarkeit der Erdoberfläche zu der Trennbarkeit.

Unterstützt wird unsere Ansicht sodann noch dadurch, daß die unterschiedliche rechtliche Behandlung der Flüsse einerseits und der stehenden Gewässer und Bäche andererseits in der verschiedenen Be-

deutung, die beide für die Volkswirtschaft haben, auch einen wirtschaftlichen Grund für sich hat.

Indem ich hiemit mit der Begründung meiner Ansicht schließe, muß ich indeß einräumen, daß ihr nur der Werth eines hypothetischen Satzes beigelegt werden kann und zwar insofern, als sie durch die Annahme bedingt ist, daß der Gesetzgeber, indem er auch an den Privatflüssen den *alveus derelictus* und die *insula nata* den Adjacenten zugesprochen hat, ohne für den Fall, daß der Fluß nicht im Eigenthum der Adjacenten stände, eine Ausnahme zu statuiren, die Frage nicht unerwogen gelassen hat: ob Fluß und Ufer überhaupt im verschiedenen Eigenthum sich befinden können oder nicht. Ist jene Annahme unrichtig, so fällt mit ihr auch meine wesentlich auf sie gestützte Ansicht, da solchen Falls ihre Lösung zugleich mit den Bestimmungen über den *alveus derelictus* und die *insula nata* als vom Gesetzgeber garnicht gewollt und die Frage selbst daher unbeantwortet geblieben wäre. Dann müßte, wie für die stehenden Gewässer und Bäche, auch für die Flüsse — und aus demselben Grunde wie für jene — die Trennbarkeit angenommen, zugleich aber auch von der Bestimmung, daß der *alveus derelictus* und die *insula nata* den Adjacenten gehören, der Fall ausgenommen werden, daß der Fluß von den Adjacenten einer andern Person veräußert worden wäre*). Die Statuirung dieser Ausnahme würde solchenfalls meines Ermessens sich um deswillen von selbst verstehen, weil dann auch die Frage, wem das verlassene Flußbett und die Flußinsel im Falle, daß Fluß und Ufer sich in verschiedenem Eigenthum befinden, zufallen, vom Gesetzgeber unbeantwortet gelassen wäre, diese Lücke aber in Hinblick auf die juristische Unmöglichkeit, auf welche die Anwendung der Regel hier stoßen würde, die Statuirung der Ausnahme nothwendig machen würde.

Freilich bedürfte es dazu wohl einer authentischen Interpretation, da nach den Bestimmungen des Provinzialrechts**) die richterliche

*) Daß diese Ausnahme eine nothwendige Consequenz der Trennbarkeit ist, wird auch anerkannt von Schweppe in seinem „römischen Privatrecht“ § 260, f. oben S. 6 Anmerkung. **

**) S. Art. XVI in Verbindung mit Art. XXIII des III. Theils des Provinzialrechts. Vergl. auch die in der Worowikowsky'schen Ausgabe der russ. Civilproceßordnung (Petersburg 1889) auf S. 80 und folg. abgedruckten Entscheidungen

Interpretation eines Gesetzes mit dem Wortlaute desselben, sofern dieser selbst nicht mehrdeutig, unbestimmt oder unklar ist, nicht in Widerspruch treten darf.

Erscheint hiernach die Entscheidung, zu der ich gelangt bin, nur als ein hypothetischer Satz, so kann doch auf der andern Seite auch die entgegengesetzte Ansicht (daß auch die Flüsse von ihren Ufern trennbar sind) nur als ein solcher gelten, da sie ihrerseits ebenfalls von einer unerwiesenen Voraussetzung abhängt, nämlich von der (meiner Voraussetzung entgegengesetzten), daß der Gesetzgeber die Frage, ob der Fluß von den Adjacenten veräußert werden könne, unerwogen gelassen habe. Daß meiner Ansicht aber vor der letzteren der Vorzug zu geben ist, dafür läßt sich anführen, daß es unwahrscheinlich ist, daß der Gesetzgeber bei seinen Bestimmungen über den *alveus derelictus* und die *insula nata* einen so wichtigen Factor, wie es der Umstand der Trennbarkeit oder Untrennbarkeit des Flusses von seinen Ufern ist, übersehen hätte.

des Civilcassations-Departements des Senats. Nach der heute in der Theorie zur Herrschaft gelangten Meinung (s. Windscheid a. a. O. § 22 Anmerkung 2) soll freilich auch der richterlichen Auslegung gestattet sein, gegenüber dem ausgedrückten Willen des Gesetzgebers, seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen, denn indem sie es thut, spricht sie nur aus, was derselbe selbst ausgesprochen haben würde, wenn er auf die Punkte, welche er sich nicht zum Bewußtsein gebracht hat, aufmerksam geworden wäre.

