

Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht.

Bd. 17, 1868, S. 429 - 432

Literarische Anzeigen

Digitale Bibliothek des

Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte

2010-09-05T15:29:20Z

Literarische Anzeige.

Der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt aus den Quellen des römischen Rechts, von Dr. Alfred Kappeler. Zürich, Druck und Verlag von Friedrich Schulthess, 1867. 131 Seiten in 8^o.

Zu den vielen Lehren, welche aus allen Fugen und Banden getreten sind, weil man sie nicht auf die Quellen des römischen Rechts zurückgeführt hat, gehört auch das Wasserrecht, namentlich das Recht des öffentlichen Wasserlaufs. Zum größten Theile hat dies seinen Grund darin, daß man sich, in dem irrigen Glauben, als ob das römische Wasserrecht positiv wäre, gar nicht die Mühe gegeben hat, die ächt philosophische Grundlage, auf welcher das römische Recht gerade in dieser Lehre beruht, zu erforschen und zu erkennen. Zum Theil mag bei dieser Vernachlässigung der hauptsächlichsten Quellen des Wasserrechts auch der Umstand mitgewirkt haben, daß man die römischen Gesetze, in welchen eine tiefe Weisheit auch in sachlicher und technischer Beziehung verborgen liegt, nicht verstand. Das vorliegende Werk, in welchem der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs entwickelt wird, nimmt daher das allgemeine Interesse in Anspruch und wir glauben, von einer Anzeige desselben nicht Umgang nehmen zu dürfen.

Nach einigen allgemeinen Bemerkungen über den Gegensatz der *res publicae* zu den *rebus privatis*, namentlich in ihren zwei Hauptgruppen als *patrimonium populi romani* und als *res communes*, oder *res publicae* im engeren Sinne, wendet sich der Verfasser S. 4. zu der Frage, ob durch den Begriff der *res publicae* im engeren Sinne das Eigenthum des Staates ausgeschlossen, oder ob es dadurch nothwendig gegeben sei, oder endlich ob durch jenen Begriff die Frage nach dem Eigenthume des Staates ganz offen gelassen werde, also das Eigenthum oder Niechteigenthum des Staates begrifflich ganz ausgeschlossen sei. Nach einer geistreichen Prüfung der verschiedenen Ansichten Anderer gelangt der Verfasser S. 36 flg. zu dem Resultate, „daß es eben so falsch ist, das Staats eigenthum für mit dem Begriffe einer *res publica* im engeren Sinne gegeben zu erklären, als die Un-

vereinbarkeit beider zu behaupten.“ Damit nämlich, daß eine Sache als *res publica, quae in usu publico habetur*, bezeichnet werde, sei positiv über das Eigenthum noch gar nichts entschieden, nur soviel lasse sich behaupten, daß nach einem überwiegenden juristischen Sprachgebrauche sie sich nicht im Eigenthume einer Privatperson befinden könne. Ob der Staat Eigenthümer sei, sei rein zufällig und begrifflich gleichgültig. Factisch allerdings werde der Staat Eigenthümer der Sachen sein, welche ihrer Beschaffenheit nach sich im Eigenthume oder in der vollen Herrschaft einer Person befinden können. Aber gewisse Sachen (den *s. g. res communes*) gehe diese Eigenschaft ab, und es beschränke sich das Recht des Staates bei diesen auf das Aufsichts- und Verwaltungsrecht, als Ausfluß eines Hoheitsrechts. Endlich gebe es auch Sachen, welche nicht durch ihre physische Beschaffenheit, sondern erst durch besondere Rechtsbestimmung vom Eigenthum und überhaupt von jeder menschlichen Berechtigung eximirt (*divini juris*) seien. Als einzige gemeinsame Merkmale dieser verschiedenen Sachen lasse sich das Fehlen des Eigenthums bloßer Privatpersonen und das Stattfinden eines *usus publicus* bezeichnen. Eigenthum des Staates sei also zwar nicht Bedingung, wohl aber Eigenthum der Privaten Hinderniß der Publicität im engeren Sinne.

Im zweiten Abschnitte von S. 43. an handelt der Verfasser von dem Begriffe der Publicität bei fließendem Wasser insbesondere. Der Unterschied des stehenden und fließenden Wassers wird S. 44 flg. dahin angegeben: Jenes sei im Allgemeinen zufolge seiner Zusammenfassung zu einer festen Form ein eben so taugliches Object der menschlichen Herrschaft (des Eigenthums), als irgend ein anderes Stück Körperwelt. Ob es wirklich im Eigenthume stehe, hänge von denselben zufälligen Umständen ab, wie bei anderen des Eigenthums überhaupt fähigen Sachen. Stehe es auf einem im Eigenthum befindlichen Grundstück in Verbindung mit Grund und Boden, so gehöre es als *pars fundi* zu diesem. Doch könne das Wasser in so großen Massen zusammenstehen, daß es zwar gebraucht, aber nicht beherrscht werden könne, z. B. das Meer und die Seen, mit eigener Wogengewalt. Das fließende Wasser dagegen entziehe sich, ohne Unterschied seiner größeren oder geringeren Quantität, schon qualitativ der Exklusivität privatrechtlicher Beherrschung. Indessen müsse hier zwischen frei fließendem und unfrei fließendem Wasser unterschieden werden. Ein Eigenthum an dem frei fließenden Wasser sei nur durch Auffangen oder Erfassen der vorüberfließenden Wassermasse denkbar. Außerdem sei Eigenthum durch die fortwährende Menderung und Bewegung der Substanz ausgeschlossen. Ganz anders verhalte es sich mit dem unfrei fließenden Wasser, der *aqua ducta*, vorausgesetzt, daß dasselbe, irgendwie künstlich (in Gräben, Kanälen, Röhren) gefaßt, der Aufhebung seines Laufes (in Bassins, Brunnen, Cisternen) entgegengeführt werde. Denn das Wasser, welches bloß eine künstliche Anlage durchfließe, ohne am Ende derselben der freien Fortsetzung seines Laufes verlustig

zu gehen, könne nicht als *aqua ducta* betrachtet werden. Der Moment, mit welchem die *aqua ducta* der menschlichen Herrschaft unterworfen werde, sei der Eintritt derselben in die obere Leitungsmündung, weil damit das Wasser der freien Strömung entzogen werde, die Gelegenheit zur Fortsetzung des Laufs am Ende der Leitung abgeschnitten sei und die ganze Wassermasse sich ihrer Substanz nach in der Gewalt des Leitenden befinde (S. 68.). An dem geleiteten Wasser könne ein *furtum* und auch ein Diebstahl im deutschen rechtlichen Sinne begangen werden (S. 69 flg.). Eigenthümer des geleiteten Wassers sei Derjenige, welcher das Recht zur Benutzung der Leitung habe; stehe dieses Recht Mehreren zu, so finde eine Theilung entweder *mensuris* oder *temporibus* statt (S. 72 flg.). Das geleitete Wasser selbst könne, als eine im Eigenthume stehende Sache, wie andere Sachen verkauft, verschenkt, verpfändet werden. Dagegen sei bei der Frage, ob auch das Wasserleitungsrecht selbst veräußert und verpfändet werden könne, zwischen dem Falle, in welchem dieses Recht als Personalservitut bestellt sei, und dem Falle, in welchem es die Natur einer Prädialservitut habe, zu unterscheiden (S. 76 flg.).

Rücksichtlich der *res communes*, d. h. der Sachen, welche allen Menschen in der Weise gemeinsam seien, daß Jeder einen ganz beliebigen unbeschränkten Gebrauch davon machen könne, als der Luft, des Meeres, der größeren Seen, des fließenden Wassers, bestehe der Beruf des Staates in der Verhinderung einer unverhältnißmäßigen Benutzung Einzelner. Durch diese staatliche Fürsorge für die Realisirung des natürlichen Rechtswillens werde den *res communes* der Character der Publicität aufgedrückt. Nach römischem Rechte habe man eine solche Fürsorge des Staates hinsichtlich der Luft für ganz unnöthig gehalten. Dagegen habe man das Meer mit seinen Küsten durchaus und das fließende Wasser, wenigstens unter gewissen Voraussetzungen, der staatlichen Obhut unterstellt, so weit sich ihr politisches Machtgebiet erstrecke. Hiermit sei das *Correctiv* des unbeschränkten *usus communis* geschaffen, welcher ohne das Dazwischentreten des Staates zu Ausschreitungen aller Art einlade und Collisionen zwischen den ihr natürliches Recht Ausübenden beherrsche.

Nach einer weiteren Ausführung faßt der Verfasser S. 83 flg. seine Ansicht in dem Satze zusammen: „Der *usus publicus* an *res communes omnium* ist der allen Menschen gemeine, vom Staate um seiner Bürger willen und mit deren Hülfe geschützte Gebrauch; der Staat ist, trotz seines Aufsichtsrechts, nicht als Eigenthümer der *res communes jure gentium publicae* zu betrachten.“

Bei der Behandlung der Frage, welche fließenden Wässer eine nothwendige Beziehung auf den Staat haben (S. 84 flg.), wendet sich der Verfasser zunächst zu der Interpretation der viel besprochenen l. 1. §. 1—3. D. de *fluminib.*, indem er die von Börner, Archiv für die civilist. Praxis, Bd. 38. S. 149 flg. und S. 359 flg. für das Verständniß dieser Gesetzstelle aufgestellten Gesichtspuncte billigt und

weiter ausführt. Sodann giebt derselbe S. 103 flg. nachstehendes Resumé: „Auszuweichen ist von der Natur alles fließenden Wassers, als *aqua profluens*, d. h. alles fließende Wasser ist als *res communis omnium* zu betrachten, die zufolge ihrer natürlichen Beschaffenheit außerhalb des Eigenthums steht (der menschlichen Beherrschung nicht unterliegen kann) und so lange in diesem Rechtszustande verbleibt, als sie ihr Wesen, das freie Fließen, nicht eingebüßt hat, auch sogleich wieder in denselben eintritt, wenn sie nach geschiederer Ausscheidung und Gefangenhaltung den freien Lauf wieder erlangt.“

Endlich reihen sich hieran folgende Sätze: 1) Der perennirende Wasserlauf, in seiner Continuität, seiner bleibenden Gesamterscheinung betrachtet, bildet mit seiner Fassung ein natürliches, untrennbares Ganze, der Wasserfluß ist maßgebend für das Flußbett, also ist das Flußbett eines *flumen publicum* ebenfalls eine *res publica*; 2) das Eigenthum des Privaten, welcher vor der Occupation seines Bodens durch das *flumen* Eigenthümer war, dauert nicht fort; 3) der Staat genießt in Beziehung auf Adjacenz und beziehentlich Occupation des *alveus derelictus* kein Vorzugsrecht.

Die Besprechung des Rechtes der Flußufer geht S. 110 flg. von dem weiter ausgeführten allgemeinen Principe aus, daß, während zwischen dem Wasserlaufe selbst und seinem Bette ein derart inniger Zusammenhang besteht, daß beide zusammen als ein ungetheiltes und untheilbares Ganzes erscheinen und nothwendig denselben rechtlichen Character haben, der Zusammenhang von Wasserlauf und Ufer schon ein weniger enger ist, was sich namentlich in dem weit beschränkteren, wo nicht auf die schiffbaren Flüsse zurückgeführten, *usus publicus* an dem Ufer zeigt. Dem *flumen publicum* gegenüber könne man vom *flumen privatum*, dem unbeständigen (freien) Wasserlauf, was dessen Einwirkung auf den durchflossenen Boden anlange, sehr gut sagen: *nihil differt a ceteris locis privatis*.

Hieran schließen sich S. 113 flg. einige Bemerkungen über die Art und Weise der Erhaltung der gemeinen Nutzbarkeit der *flumina publica*, ferner S. 116 flg. über die durch staatliche Verleihung erworbenen *jura propria* (Sonderrechte) an den *rebus publicis* im engeren Sinne, und zwar in deren doppelter Modalität, als Rechte der Personen und als Rechte der Grundstücke.

Auf die deutschen Gesetzgebungen über das Wasserrecht ist der Verfasser mit Recht nicht eingegangen. Nur zum Schlusse S. 129 flg. spricht er sich über die jetzt herrschende unrichtige Ansicht aus, daß eine Wasserrechtslehre auf eine Grundlage aufgebaut werden könne, welche von den Grundsätzen des römischen Rechts durchaus verschieden sei.

Wie aus dem vorstehend gegebenen kurzen Abrisse erhellt, ist das Werk lesens- und beherzigenswerth.