

30. Wird auf den der Flut und Ebbe unterworfenen Flußstrecken die Grenze zwischen Flußbett und Ufer durch den mittleren höchsten Flutwasserstand, oder durch die Mittellinie zwischen dem gewöhnlichen tiefsten Ebbwasserstande und dem gewöhnlichen höchsten Flutwasserstande bestimmt?

V. Civilsenat. Urtheil v. 29. April 1899 i. S. preuß. Strombauaufsicht (R.) w. St. & U. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 354/98.

I. Generalkommission Hannover.

II. Oberlandeskulturgericht Berlin.

In der Zusammenlegungssache von Schulau war zwischen dem Strombauaufsicht und den Eigentümern der in der Gemarkung Schulau an die Elbe grenzenden, bei der Zusammenlegung beteiligten Ufergrundstücke die Scheidungslinie zwischen dem Strombette der Elbe und dem Ufer streitig geworden. Die Elbe unterliegt hier noch den Einwirkungen der Flut und Ebbe; der Unterschied zwischen dem höchsten Flut- und dem niedrigsten Ebbwasserstande beträgt 2,38 m. Der Strombauaufsicht erhob gegen jene Grundeigentümer Klage mit dem Antrage, daß als Grenze zwischen Strombett und Ufer diejenige Linie festgesetzt werde, welche sich durch den mittleren höchsten Flutwasserstand der Elbe bestimmt. Die Beklagten widersprachen der Klage. Von der ersten Instanz wurde nach dem Klagantrage erkannt; das Berufungsgericht wies dagegen die Klage ab. Diese Entscheidung war auf die Annahme gegründet, daß als Grenze zwischen Flußbett und Ufer diejenige Linie zu gelten habe, welche die Mitte zwischen

der Linie des mittleren höchsten Flutwasserstandes und der Linie des mittleren niedrigsten Ebbewasserstandes bildet.

Auf die Revision des Klägers ist das erste Urteil wiederhergestellt worden.

Aus den Gründen:

... „Was die materielle Rechtsfrage anlangt, so enthält das holsteinische Partikularrecht keine Bestimmungen über die Scheidung zwischen dem Bett öffentlicher Flüsse und deren Ufern. Die beiden Vorinstanzen haben daher die Grundzüge des gemeinen Rechtes zur Anwendung gebracht und sind nur über deren Inhalt verschiedener Ansicht. Während die Generalkommission das entscheidende Gewicht auf die l. 3 § 1 Dig. de flumin. 43, 12:

„Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet“, legt und, indem sie den Ausdruck „continere“ hier in dem Sinne von „einschließen“, „begrenzen“ versteht, darin den Ausdruck findet, daß die Grenze zwischen Flußbett und Ufer durch den gewöhnlichen höchsten Wasserstand des Flusses bestimmt werde, erblickt der Berufungsrichter in der l. 1 § 5 eod.:

„Ripa autem ita recte definiatur: id, quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens; ceterum si quando vel imbris vel mari vel qua alia ratione ad tempus excrevit, ripas non mutat; nemo denique dixit Nilum, qui incremento suo Aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare. Nam cum ad perpetuam sui mensuram redierit, ripae alvei ejus muniendae sunt. Si tamen naturaliter creverit, ut perpetuum incrementum nactus sit, vel alio flumine admixto vel qua alia ratione, dubio procul dicendum est ripas quoque eam mutasse, quemadmodum si alveo mutato alia coepit currere“,

die maßgebliche Bestimmung, welche er dahin auslegt, daß danach der mittlere Wasserstand die fragliche Grenzlinie bilde. Den Inhalt der oben angeführten l. 3 § 1 h. t. vereinigt der Berufungsrichter hiermit in der Weise, daß er unter Heranziehung des § 2 der l. 3:

„Secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt, cum ripae cedant, ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam“,

das Ufer im Sinne des römischen Rechtes dahin bestimmt, daß es sich von der Linie des mittleren Wasserstandes bis zu der des ge-

wöhnlichen höchsten Wasserstandes erstrecke, und daß er annimmt, eben dies sei in den Worten der L. 3 § 1: „Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet“, ausgedrückt. Um diese Auffassung zu ermöglichen, deutet er das Wort „continere“ an dieser Stelle — im Gegensatz zu der l. 1 § 5 h. t. („Ripa — — definiatur: id, quod flumen continet naturalem rigorem cursus sui tenens“), wo es auch nach seiner Ansicht „einschließen“, „begrenzen“ bezeichnet — in dem Sinne von „enthalten“, „fassen“, „in sich aufnehmen“, sodaß jene Worte der l. 3 § 1 nach ihm besagen: Ufer ist das, was der Fluß, wenn er am vollsten ist, faßt, in sich aufnimmt, die Worte der l. 1 § 5 dagegen: Ufer ist das, was den Fluß in seinem natürlichen Laufe einschließt, begrenzt.

Die hiernach von dem Berufungsgericht vertretene Ansicht, daß nach dem heutigen gemeinen Rechte Flußbett und Ufer sich nach der Linie des mittleren Wasserstandes voneinander scheiden, kann nicht als die herrschende bezeichnet werden. Die Rechtslehre ist bezüglich dieser Frage zwiespaltig. Die Einen legen in Übereinstimmung mit dem Berufungsgerichte die Bestimmungen des römischen Rechtes dahin aus, daß danach die Grenze zwischen Flußbett und Ufer durch den gewöhnlichen mittleren, regelmäßigen Wasserstand bestimmt werde, und halten dies für heute geltendes gemeines Recht;

so v. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 279; Regelsberger, Pandekten Bd. 1 S. 433; Randa, Österreichisches Wasserrecht (3. Aufl. S. 7 Nr. 8).

Auch Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 1 § 64 (S. 612 Anm. 45), und Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht (17. Aufl.) S. 96, erklären den mittleren Wasserstand für maßgebend. Dagegen nehmen Andere die Linie des vollen oder höchsten Wasserstandes als Grenze an, wobei sie entweder ausschließlich, oder jedenfalls mit das Gebiet des gemeinen Rechtes im Auge haben;

so Glück, Kommentar Bd. 2 S. 497; Walter, Deutsches Privatrecht S. 188; Weiske, Rechtslexikon s. v. Wasserrecht (Bd. 14 S. 184); Endemann, Ländliches Wasserrecht S. 12; Kappeler, Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs S. 111 Anm. 1.

Nach Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 207 (5. Aufl. S. 490), soll das Flußbett nach römischem Recht soweit wie der höchste, nach deutschem Recht soweit wie der mittlere Wasserstand reichen, und

im Zweifel deutsches Recht anzuwenden sein. Bei Nieberding, Wasserrecht S. 37 u. S. 39 Anm., sind beide Anschauungen zur Geltung gebracht.

Während hiernach in der Rechtslehre weder Übereinstimmung herrscht über die Auslegung der Bestimmungen des römischen Rechtes, noch darüber, ob diesen gegenüber für das heute geltende gemeine Recht deutschrechtliche Anschauungen Einfluß gewonnen haben, hat vor der Schaffung des Reichsgerichtes die oberstrichterliche Rechtsprechung in den deutschen Staaten sich für das Gebiet des gemeinen Rechtes einmütig dahin ausgesprochen, daß nach den Vorschriften des römischen Rechtes das Flußbett sich durch die Linie des höchsten Wasserstandes bestimme, und dies auch heute noch geltendes Recht sei; so das Oberappellationsgericht Darmstadt (1862) (Seuffert, Archiv Bd. 22 Nr. 115 u. 116), das Oberappellationsgericht Lübeck (1868) (Seuffert, Bd. 24 Nr. 189), das Obertribunal Stuttgart (1873) (Seuffert, Bd. 28 Nr. 7). Auch das Obertribunal Berlin (1863 und 1878) (Striethorst, Archiv Bd. 51 S. 159, Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 82 S. 334) hat sich bei Gelegenheit in gleichem Sinne geäußert.

Der erkennende Senat glaubt nun, daß es für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nicht erforderlich sei, zu den vorstehenden Fragen Stellung zu nehmen, insbesondere also dazu, ob die Auslegung, die der Berufungsrichter der l. 3 § 1 Dig. 43, 12 gegeben hat, gegenüber den Einwendungen, die sich gegen sie erheben lassen, haltbar ist, und ob, auch wenn man dies verneinen und als Inhalt der römischrechtlichen Bestimmungen den Satz annehmen wollte, daß als Flußbett alles Gelände anzusehen sei, das der Fluß bei vollem (gewöhnlichem höchsten) Wasserstande bedeckt, dann doch jedenfalls für das heutige gemeine Recht deutschrechtlicher Auffassung gemäß die Linie des mittleren Wasserstandes als die maßgebliche Scheidelinie zu erachten wäre; denn die hier in Betracht kommenden Bestimmungen des römischen Rechtes, insbesondere die l. 1 § 5 und l. 3 § 1 Dig. 43, 12, sind auf die vorliegende Gestaltung der Dinge überhaupt nicht anwendbar. Diese Bestimmungen haben den gewöhnlichen Zustand im Auge, wonach die Flüsse während des größten Teiles des Jahres einen gewissen dauernden Wasserstand (perpetua mensura) zeigen und nur zeitweilig — im Frühling und Herbst und gelegentlich auch sonst — eine größere Ausdehnung in solchem Maße

und unter Innehaltung solcher Grenzen gewinnen, daß man sie in dieser Ausdehnung als „*flumina plenissima*“ bezeichnen und von einem bordvollen Lauf, aber noch nicht von einer Überschwemmung (*inundatio*) reden kann.

Eine völlig hiervon verschiedene, besondere und eigentümliche Erscheinung bieten die hier in Frage stehenden unteren Strecken der in die Nordsee und den Atlantischen Ozean eintretenden Flüsse, soweit in ihnen die Flut und Ebbe des Meeres ihre Wirkungen übt. Unwandelbar senkt sich in ihnen jeden Tag — genauer in einem Zeitraume von 24 Stunden 50 Minuten — zweimal der Wasserstand auf einen tiefsten Punkt und hebt sich zweimal zu einem höchsten Punkt. Von einem dauernden, gleichbleibenden Wasserstande (*perpetua mensura*) kann hier nicht die Rede sein; dauernd ist hier nur der beständige, fast ununterbrochene Wechsel des Wasserstandes. Die Bestimmungen des römischen Rechtes versagen hier vollständig. Allerdings heißt es in der *l. 1 § 5 Dig. 43, 12*: „*ceterum si quando*“ (*sc. flumen*) „*vel imbris vel mari . . . ad tempus excrevit, ripas non mutat*“. Der erkennende Senat hält sich aber davon überzeugt, daß der Verfasser dieser Stelle, Ulpian, hierbei Flut und Ebbe nicht im Sinne gehabt hat. Zwar waren ihm sicherlich diese Erscheinungen nicht unbekannt, da zu seiner Zeit die Küsten Spaniens, Frankreichs, Belgiens und Englands, an denen Flut und Ebbe herrscht, seit langem zum römischen Reiche gehörten, und auch im Mittelmeere sich diese Bewegung des Meeres, wenn auch nur in geringem Maße, geltend macht. Ob aber ihm, der in Italien lebte, auch die Kenntnis davon beizubringen, daß in die an jenen, für ihn fernen, Küsten in den Ozean mündenden Flüsse die Ebbe und Flut verhältnismäßig weit hinaufbringt und daher in ihnen von erheblicher Bedeutung ist, ist viel weniger zu vermuten, da bei den in das Mittelmeer mündenden Flüssen, an welche er ohne Zweifel zunächst dachte, dies nicht oder nur fast unmerklich der Fall ist, und es sich bei den ersterwähnten Flüssen um örtliche Verhältnisse handelt, die wohl nicht allgemein bekannt waren. Daß er aber in der That an jener Stelle nicht Flut und Ebbe, sondern nur außergewöhnliche Bewegungen des Meeres, wie Sturmfluten und dergleichen, im Auge hatte, ergibt sich mit Gewißheit aus der Zusammenstellung dieser Ursache des Anschwellens der Flüsse mit Regengüssen. Die ausnahmslose Regelercheinung der

Ebbe und Flut schließt jeden Vergleich mit den regellos eintretenden Regengüssen und Wolkenbrüchen aus, leidet auch nicht die Bezeichnung, daß infolgedessen der Fluß („ad tempus excrevit“) vorübergehend, zeitweilig anwachse, wie bei starkem Regen.

Der Grundsatz nun, den das Berufungsgericht aufgestellt hat, und der dahin geht, daß bei diesen Verhältnissen sich die streitige Grenze durch die Linie bestimme, die in der Mitte zwischen dem gewöhnlichen tiefsten Ebbewasserstande und dem gewöhnlichen höchsten Flutwasserstande liegt, erscheint unannehmbar. Dieser Wasserstand ist kein dauernder; nur wenige Male am Tage, und dann auch nur auf kurze Zeit, ist er vorhanden. Über 23 Stunden am Tage ist der Wasserstand ein anderer. Auch die Erwägung kann nicht durchgreifen, daß das, was während der Hälfte des Tages vom Wasser nicht bedeckt werde, privater Verfügung und Nutzung zugänglich sei und daher dem Ufer zugerechnet werden müsse. Zunächst mag bemerkt werden, daß der Flut- und Ebbestrom keineswegs gleichmäßig verläuft, sondern in seinen verschiedenen Stadien eine verschiedene Geschwindigkeit zeigt.

Vgl. die Schrift des Wasserbauinspektors Lenk in Cuxhaven: „Flut und Ebbe“ (Hamburg 1879), und die dort S. 36 beispielsweise mitgeteilte Tabelle über die Flut und Ebbe bei Cuxhaven.

Danach wird dort bei einer Höhe der ordinären Flut von 2,81 m der mittlere Wasserstand von 1,40 m schon zwei Stunden nach Beginn der Flut erreicht, während die Flut dort im ganzen $5\frac{1}{2}$ Stunden dauert, und die Ebbe dementsprechend länger verläuft, bis der Zeitraum der ganzen Tide (Gezeit) von 12 Stunden 25 Minuten erfüllt ist. Es kann hiernach keineswegs als ausgemacht gelten, daß die Linie des mittleren Wasserstandes zwischen gewöhnlicher tiefster Ebbe und gewöhnlicher höchster Flut die Bedeutung habe, daß das oberhalb dieser Linie liegende Land jedenfalls während der Hälfte des Tages vom Wasser frei sei und nur während der anderen Hälfte des Tages fortschreitend mit Wasser bedeckt werde. Es soll hierauf indes kein entscheidendes Gewicht gelegt werden; wesentlich ist vielmehr nur die Erwägung, daß sich bei diesen thatsächlichen Verhältnissen eine rechtliche Grenze nicht ziehen läßt. Wenn das Gelände, welches 12 Stunden täglich vom Wasser frei ist, deshalb privater Verfügungsmacht zugänglich sein und aus diesem Grunde zum Ufer gehören soll, so ist nicht wohl einzusehen, warum dies nicht auch von

dem Gelände gelten soll, welches 11, 10, 9, 8 2c Stunden täglich vom Wasser frei ist und während dieser Zeit auch privater Einwirkung offen steht. Umgekehrt läßt sich fragen, warum, wenn das, was 12 Stunden täglich mit Wasser bedeckt wird, als Flußbett anzusehen ist, dies nicht auch von dem Gebiete gelten soll, das stetig und unwandelbar jeden Tag 11, 10, 8, 6 2c Stunden unter Wasser steht. Dieser letztere Gesichtspunkt muß für ausschlaggebend erachtet werden. Ein anderer folgerichtiger Rechtsgrundsatz läßt sich nicht aufstellen, als der, daß nach der Natur der Sache das Land, welches in ausnahmsloser Regel jeden Tag zweimal von Wasser des Flusses bedeckt wird, mag der Zeitraum der Bedeckung für die einzelnen Geländeteile auch verschieden lang und zum Teil nur kurz sein, als Bett des Flusses anzusehen ist.

Dieser Standpunkt tritt auch in einem Urteile des mit den einschlägigen Verhältnissen ohne Zweifel wohl vertrauten früheren Oberappellationsgerichtes Celle hervor (1855, Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 258), in welchem ausgesprochen wird, daß zum Flußbette der Elbe eine durch die Flut regelmäßig unter Wasser gesetzte Strecke gehöre. Auch die französischen obersten Gerichts- und Verwaltungsbehörden nehmen in dieser Frage, die für Frankreich wegen der vielen in ihren unteren Teilen der Flut und Ebbe unterworfenen Flüsse von erheblicher Bedeutung ist, die gleiche Stellung ein.

Vgl. beispielsweise Picard, *Traité des eaux* tom. 1 p. 265, tom. 3 p. 56; Navereau, *De la délimitation du domaine public fluvial et maritime* p. 17.

Nach Vorstehendem beginnt das im Privateigentum der Anlieger stehende Ufer erst mit der vom ersten Richter für maßgebend erklärten Linie des mittleren höchsten Flutwasserstandes, die sich mit derjenigen Linie decken wird, die in der dortigen Elbgegend üblich als Linie der ordinären Flut bezeichnet wird.¹

¹ Das Oberlandesgericht Kiel, die Regierungspräsidenten in Schleswig und Stade, der Architekten- und Ingenieur-Verein Hannover sowie der Architekten-Verein Berlin haben in ihren Gutachten zu dem Entwurfe eines preussischen Wassergesetzes befürwortet, wie bisher, als Uferlinie die Höchstgrenze der gewöhnlichen Flut festzusetzen und demgemäß zu bestimmen, daß, soweit die Gewässer den Wirkungen der Flut und Ebbe unterworfen sind, die Höhe der gewöhnlichen Flut die Uferlinie bilde. In Holstein ist, soweit die Elbdeiche reichen, die Höhe der ordinären Flut überall durch Merkzeichen festgelegt. D. C.

Der Umstand, daß die Beklagten in der Lage gewesen sind, Land, welches hiernach als Flußbett gelten muß, bisher zu nutzen, kann nicht den Ausgangs- und Stützpunkt für eine andere rechtliche Beurteilung bilden. Es handelt sich hier um besondere Verhältnisse, welche nach der eigenen Angabe der Beklagten dadurch hervorgerufen sind, daß seit neuerer Zeit durch Baggerungen der Strom nach ihrem Ufer hinüber gedrängt und dadurch solches Land der Flut unterworfen ist, welches bisher in ihrem Eigentume stand und von der Flut frei war. Wenn sie in der Lage gewesen sind, das so in den Flutbereich der Elbe gezogene Land noch wie bisher zu nutzen, so kann diese Thatsache an der rechtlichen Wirkung des Ereignisses, durch welches hier die Grenze zwischen Flußbett und Ufer geändert und landeinwärts weiter hinaufgerückt ist, nichts ändern.“ . . .