

Wohnt einem Flusse oder einer Flußstrecke die Natur eines öffentlichen Flusses bei, so beschränkt sich diese Eigenschaft nicht auf die Wasserrinne, in welcher sich die Schifffahrt bewegt oder auf denjenigen Theil, innerhalb dessen der Staat in Erfüllung der ihm durch § 79 Tit. 15 Th. II Allg. Landr. auferlegten Verpflichtung für die zur Sicherheit und Bequemlichkeit der Schifffahrt nöthigen Anstalten sorgt, sondern sie umfaßt auch seitlich der Fahrstraße den gesammten Strom mit allen organisch zusammenhängenden Windungen und Ausbuchtungen.⁶⁾ In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung müssen auch Seen, welche von öffentlichen Strömen durchzogen werden, den für die Ströme maßgebenden schiffahrtspolizeilichen Bestimmungen unterliegen,⁷⁾ dem entspricht es auch, wenn eine zusammenhängende Reihe von Landseen, die durch flußartige Seeengen mit einander in Verbindung stehen, im Falle ihrer thatsächlichen Benutzung für die Schifffahrt polizeilich den öffentlichen Flüssen gleichgeachtet wird. Für die Landseen als solche enthält das Allg. Landrecht keine bezügliche Vorschrift, insbesondere erwähnen die §§ 170 und 176 Tit. 11 Th. I Allg. Landr. der Seen nur in Bezug auf die Fischereigerechtigkeit, so daß hieraus ein Rückschluß auf ihre öffentliche Qualität nicht gezogen werden kann. § 1 des Privatflußgesetzes vom 28. Februar 1843 erläutert zwar den Begriff „Privatflüsse“ durch den Zusatz „Quellen, Bäche, Flüsse, sowie Seen, welche einen Abfluß haben“, indessen sollten diese Worte nach den Vorarbeiten dieses Gesetzes den Begriff der privaten Gewässer nicht bestimmen.

Ausgehend von dem durch das Ober-Tribunal in dem Erkenntniß vom 15. November 1859 (Striethorst, Archiv Bd. 36 S. 10 fg.) generell aufgestellten Satze: „Öffentliche Gewässer sind die von Natur schiffbaren Ströme, das Meer und überhaupt solche Gewässer, welche zum gemeinen Besten dienen, als private aber solche zu betrachten, über die Jemand mit Ausschließung Anderer aus eigener Macht durch sich selbst oder einen Anderen zu verfügen befugt ist, wobei es keinen Unterschied macht, ob dies Seitens des Staats (des Fiskus) oder einer Privatperson bzw. Gemeinde geschieht“, hat das Ober-Verwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 2. November 1885, Bd. XII S. 243 fg. für den Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts anerkannt, daß vom Standpunkte des Polizeirechts auch diejenigen Landseen als öffentliche Gewässer gelten müssen, welche gleich den öffentlichen Strömen dem Schifffahrtsverkehre des Publikums gewidmet sind, und daß eine solche Widmung da anzunehmen ist, wo sich ein solcher Schifffahrtsverkehr unter der Obhut der zur Schifffahrtspolizei berufenen staatlichen Organe vollzieht.

2. Erwerbung und Verlust der Öffentlichkeit.

Wird durch den Wegfall von Schifffahrtshindernissen in Folge natürlicher Vorgänge ein bisher nicht schiffbarer Strom der Schifffahrt erschlossen, so nimmt derselbe auch die Eigenschaft einer öffentlichen Wasserstraße an. Fraglich kann es dagegen erscheinen, welchen Einfluß die künstliche Schiffbarmachung eines

⁶⁾ Entsch. d. D. V. G. vom 15. April 1884 XI S. 233 flg.

⁷⁾ Entsch. des Reichsg. vom 8. März 1890, Pr. Verw. Bl. Bd. XI S. 338.

Flusses oder Flußtheiles auf deren Oeffentlichkeit übt. Das Allgem. Landrecht bestimmt in den §§ 40—42 Tit. 15 Th. II, daß Privatflüsse zum Nachtheile des bisherigen Eigenthümers nicht in schiffbare Ströme verwandelt werden dürfen, daß aber der Staat das Recht hat, die Schiffbarmachung eines Privatflusses durchzuführen, wenn dies dem gemeinen Besten zuträglich ist. In diesem Falle hat der Staat indessen den bisherigen Eigenthümern für die in Folge jener Maßnahmen verlorenen Nutzungen und vermehrten Lasten vollständige Schadloshaltung zu gewähren und gehen durch die Schiffbarmachung die bisher an dem Privatflüsse bestehenden Eigenthumsrechte nur insoweit verloren, als sie mit der nunmehrigen Bestimmung des Flusses unvereinbar sind. Die Ausmittlung der zu gewährenden Entschädigung hat nach den Vorschriften des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874 (G. S. S. 221) zu erfolgen.

Ist der Fluß durch den Staat oder unter dessen ausdrücklicher Guttheißung ganz oder theilweise für den allgemeinen Schiffahrtverkehr hergerichtet und bestimmt, so erlangt er bezw. die schiffbar gemachte Theilstrecke die Eigenschaft eines öffentlichen Flusses, jedoch unter Erhaltung der daran bestehenden Privatrechtigungen. Auch wenn bei der Regulirung einer Flußstrecke durch den Staat die Schiffbarmachung derselben zwar nicht der unmittelbare Zweck des Unternehmens ist, aber mittelbar durch seine Ausführung bewirkt wird und wenn sodann auf der regulirten Strecke unter Billigung der zuständigen Behörden ein Schiffahrtsverkehr stattfindet, gilt erstere als öffentlich.⁸⁾ Die natürliche Flößbarkeit begründet an sich noch nicht die Oeffentlichkeit eines Flusses.⁹⁾ Auch die Eigenschaft eines Flusses als Grenzfluß zwischen Preußen und einem anderen Staatsgebiet macht denselben an sich noch nicht zu einem öffentlichen¹⁰⁾. Als solche angelegte Schiffahrtskanäle stehen in strom- und schiffahrtspolizeilicher Hinsicht unter der Aufsicht der dazu berufenen Staatsbehörden. Sind sie von einem Privatunternehmer angelegt, so bleiben dessen Privatrechte daran im Uebrigen ungeschmälert.

Verlustig gehen öffentliche Flüsse dieser ihrer Sondereigenschaft, wie die Praxis der Verwaltungsgerichte in Uebereinstimmung mit dem Gemeinen Recht¹¹⁾ angenommen hat, noch nicht dadurch, daß das nur zur Regulirung der Schiffahrtsrinne künstlich hergestellte Wasserbett die Bestimmung erhält, an Stelle des eigentlichen Stromlaufes der Schiffahrt zu dienen.¹²⁾ Dagegen hört die Oeffentlichkeit eines Flusses auf, wenn er dauernd seine Schiffbarkeit einbüßt. Dasselbe, was von dem ganzen Flusse gilt, gilt auch von längeren Theilstrecken desselben. Mit dem Aufhören der Oeffentlichkeit gehen die auf dieser beruhenden Rechte

⁸⁾ Entsch. des O. V. G. vom 5. April 1892 XXXII S. 136, 157.

⁹⁾ Entsch. d. O. V. G. vom 4. März 1896. Pr. Verwalt. Bl. Bd. XVII S. 361.

¹⁰⁾ Entsch. d. O. V. G. vom 27. Oktober 1894 XXXVI S. 213.

¹¹⁾ L. I. § 8. D. de flum. 43, 12: si fossa manu facta sit, per quam fluit publicum flumen, nihilominus publica fit, et ideo si quid ibi fiat in flumine publico factum videtur.

¹²⁾ Nieberding, Wasserrecht S. 59, Entsch. des O. V. G. vom 26. Septbr. 1889 XVIII S. 225 fg. und vom 12. Jan. 1892 XXII S. 189 fg.

des Staates unter, und der Fluß wandelt sich auch insofern zu einem Privatfluß, als den Uferbesitzern die Gesamtheit der an ihm möglichen Nutzungen zufällt, wogegen ihnen die auf § 7 des Gesetzes über die Privatflüsse vom 28. Februar 1843 beruhende Räumungspflicht erwächst.¹³⁾

Die Frage, ob ein Gewässer die Eigenschaft eines öffentlichen besitzt, ist in ihrer Beantwortung durch tatsächliche Verhältnisse bedingt, die dem Wechsel unterworfen sind. Eine gesetzliche Festlegung der zur Zeit als öffentlich geltenden Ströme ist für Preußen bisher nicht erfolgt, auch fehlt es an Vorschriften darüber, durch wen und in welcher Weise eine Entscheidung über diese Frage mit allgemein verbindlicher Wirkung getroffen werden kann. Für das Gebiet des Westpreussischen Rechts war eine Feststellung der öffentlichen Flüsse seiner Zeit beabsichtigt; nach einer von den Ständen und der vormaligen Kriegs- und Domänenkammer zu Marienwerder gebilligten Aufstellung sollten in dem neuesten Entwurf des Westpreussischen Provinzialrechts als öffentliche Flüsse aufgenommen werden: 1) die Weichsel undogat, 2) die Drewenz, 3) die Neke, 4) die Brahe von Koronowo bis an die Weichsel, 5) die Mottlau von Herrengrebin bis an die Weichsel, 6) die Radaune von der Prauster Schleuse ab bis an die Weichsel.¹⁴⁾ In die Kodifikation von 1844 ist etwas hierauf Bezügliches nicht übernommen.

Die Öffentlichkeit eines Flusses ist hiernach von Fall zu Fall festzustellen. Eine Feststellungsfrage, welche die Erklärung eines Flusses als eines öffentlichen direkt zum Gegenstande hat, ist weder in dem Verwaltungsstreitverfahren zugelassen, noch findet eine solche bei den ordentlichen Gerichten statt. Andererseits besteht keine Vorschrift, welche den Rechtsweg hinsichtlich dieser Frage überhaupt ausschließt.¹⁵⁾ Verwaltungs- und Civilgerichte sind hiernach als befugt anzusehen und werden bei den verschiedensten Gelegenheiten in die Lage versetzt, die Öffentlichkeit eines Gewässers als Inzidentpunkt in den Urtheilsgründen zu behandeln. Werden diese Gründe auch an sich nicht rechtskräftig und schafft die ergehende Entscheidung auch nur unter den Streittheilen und nur für den einzelnen Streitfall Recht, so liegt es doch auf der Hand, daß insbesondere bezüglich der Urtheile der höchsten Gerichtshöfe für die Frage der Öffentlichkeit und die Stellung der Verwaltungsbehörden zu derselben von wesentlicher Bedeutung sein müssen.

¹³⁾ In der Begründung des § 32 des 1894 veröffentlichten Entwurfes eines Preussischen Wassergesetzes heißt es diesbezüglich:

„Nach dem geltenden Rechte gehen durch das Aufhören der Schiffbarkeit die dem Staate zustehenden Rechte und Pflichten an den öffentlichen Flüssen unter. In Bayern (Art. 2 Abs. 3 des Wassergesetzes) und Baden Art. 3 des Wasserges.) bleiben öffentliche Flüsse als solche bestehen, auch wenn sie aufhören schiff- oder flößbar zu sein. Eine solche Bestimmung erscheint weder folgerichtig, noch durch das Bedürfnis gerechtfertigt.“ Vergl. Entsch. des O. B. G. vom 5. Januar 1898 XXXIII S. 301 fg.

¹⁴⁾ Leman, „Provinzialrecht der Provinz Westpreußen“. Bd. I S. 59.

¹⁵⁾ Entsch. d. O. B. G. v. 16. März 1893 Pr. Verm.-Bl. XIV S. 379. Entsch. des Gerichtshofs z. Entsch. d. Kompetenzkonflikte vom 5. April 1856. Justiz. Min.-Bl. S. 180.

Insofern die Schiffbarkeit eines Flusses die Anwendung der Bestimmungen des Gesetzes, betreffend die Befugnisse der Strombauverwaltung gegenüber den Uferbesitzern an öffentlichen Flüssen, vom 20. August 1883 (G. S. S. 333) bedingt, hat nach § 1 a. a. O. im Zweifelsfalle mit Ausschluß des Rechtsweges, jedoch vorbehaltlich des Rekurses an den zuständigen Minister, der Ober-Präsident über das Vorhandensein dieser Voraussetzung zu befinden.

3. Benutzung der öffentlichen Gewässer.

Der Gebrauch, welcher von den öffentlichen Gewässern gemacht wird, wird schon nach römisch-rechtlicher Auffassung durch die Vorschriften des Staates geregelt, dessen Gebiet sie angehören.¹⁶⁾ Zum Erlass solcher Vorschriften ist der Staat kraft seiner Staatshoheit und nicht auf Grund fiskalischer Eigenthumsrechte befugt. Daß dies die Auffassung des Römischen Rechts war, erhellt schon aus dessen Bestimmungen über die *insula in flumine nata* und den *alveus derelictus*.¹⁷⁾ Dieselbe Rechtsauffassung hat auch in Deutschland Eingang gefunden, soweit das Allgemeininteresse an dem Strome als der öffentlichen Wasserstraße in den Vordergrund tritt und den Ausschluß jeder entgegenstehenden privaten Einwirkung fordert. Hierneben kommt für Deutschland das sogenannte Wasserregal in Frage, als Zusammenfassung der Rechte des Staates auf gewisse Arten von Nutzungen an den öffentlichen Gewässern.¹⁸⁾

Das preussische Allgemeine Landrecht, dessen Vorschriften mit den Modifikationen der §§ 68—72 des Westpreuß. Provinzialrechts vom 19. April 1844 für das Weichselgebiet maßgebend sind, erklärt im § 21 Tit. 14. Th. II die von Natur schiffbaren Ströme ebenso wie die Land- und Heerstraßen, die Ufer des Meeres und die Häfen für ein gemeines Eigenthum des Staates, subsumirt im § 22 a. a. O. das ausschließende Recht des Staates, gewisse Arten herrenloser Sachen in Besitz zu nehmen, unter denselben Begriff und bezeichnet im § 24 a. a. O. die Nutzungsrechte an dem in den §§ 21 und 22 a. a. O. besprochenen gemeinem Staatseigenthum als niedere Regalien. Diese Rechtsauffassung gelangt auch im § 38 Tit. 15 Th. II zum Ausdruck. Die weiteren Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts lassen indessen erkennen, daß die fließende Welle und die Wasserstraße als solche nicht als Privateigenthum des Staates, sondern als Gemeingut Aller angesehen werden. § 44 Tit. 15 Th. II gestattet einem Jeden den Gebrauch des Wassers aus öffentlichen Strömen durch Schöpfen, Baden und Tränken, § 47 a. a. O. giebt die Schifffahrt auf öffentlichen Flüssen unter den vom Staate festgesetzten Bedingungen für das Publikum frei, § 50 a. a. O. spricht den Flußanliegern die Berechtigung zu, Fahren und Prahmen zum eigenen Gebrauch zu halten.

¹⁶⁾ L. 2 D. de flum. 43, 12: Quominus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit, nisi Imperator aut Senatus vetet.

¹⁷⁾ §§ 12, 23, I. de R. J. 2, 1.

¹⁸⁾ Windscheid a. a. O. Bd I. S. 392—395. Gerber, „System des deutschen Privatrechts“. Jena 1870, S. 160/5.