

Czeguhn/Möller/Quesada Morillas/Pérez Juan (Hrsg.)

Wasser – Wege – Wissen auf der iberischen Halbinsel

Eine interdisziplinäre Annäherung im Verlauf
der Geschichte



Nomos

Berliner Schriften zur Rechtsgeschichte

herausgegeben von

Prof. Dr. Ignacio Czeguhn und Prof. Dr. Cosima Möller

Band 9

Prof. Dr. Ignacio Czeguhn/Prof. Dr. Cosima Möller
Dr. Yolanda Quesada Morillas
Prof. Dr. José Antonio Pérez Juan (Hrsg.)

Wasser – Wege – Wissen auf der iberischen Halbinsel

Eine interdisziplinäre Annäherung im
Verlauf der Geschichte



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5237-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-9417-9 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Vom 29.-31. März 2017 fand in Granada der mittlerweile dritte und in dieser Thematik letzte internationale Kongress zu dem Thema „Wasser–Wege-Wissen auf der iberischen Halbinsel“ statt. Das Thema Wasser ist weder auf die Erforschung durch eine einzelne Wissenschaft noch auf eine bestimmte Zeit oder Region begrenzt. So ist es höchst angemessen, dass die Tagung, wie schon die beiden Vorgängertagungen in Elche 2014 und in Berlin 2016, die multidisziplinäre Kompetenz in Topoi und gute Kontakte zu spanischen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern nutzte. Daher konnte mit Aussicht auf guten Ertrag ein regional besonders interessanter Bezugspunkt, nämlich die iberische Halbinsel, gewählt werden. Die iberische Halbinsel weist insbesondere im Süden und Osten trockene Regionen auf, in denen von alters her eine Bewässerung zur erfolgreichen Bewirtschaftung des Landes erforderlich war. Dieser Umstand ist zum Teil über die Jahrhunderte in der Landschaft sichtbar geblieben, indem Anlagen für die Bewässerung, aber auch für die Entwässerung gebaut, erhalten und optimiert worden sind. Diese Spuren in der Landschaft werden flankiert von Spuren in Urkunden und Rechtstexten. Auch die Rechtstexte reichen weit in die Geschichte zurück. Rechtliche Regelungen für das Wassermanagement finden sich in großer Differenziertheit im römischen Recht, das in den Provinzen auf der iberischen Halbinsel in der Zeit der römischen Herrschaft – punktuell seit dem 2. Jh. v. Chr., mit verfestigter Struktur seit Augustus und bis zum Ende des 5. Jhs. n. Chr. - in Geltung stand. Es ist ein ebenso spannendes wie umstrittenes Forschungsthema, ob und in welcher Weise eine Fortführung dieser Tradition oder ein Bruch mit dieser in westgotischer Zeit und seit dem 8. Jh. n. Chr. unter arabischer Herrschaft, schließlich seit dem Ende des 15. Jh. unter der Herrschaft der katholischen Könige stattgefunden hat. Die rechtlichen Fragen spielen bis zum heutigen Tage eine besondere Rolle. Dies wurde dem Teilnehmerkreis bei der ersten Tagung im Jahr 2014 in Valencia beim Besuch des wöchentlich einberufenen traditionsreichen Wassergerichts eindrücklich vorgeführt.

Die Kooperation mit der Universität Miguel Hernández in Elche und mit der Universität Granada sowie mit der Schule der Künste in Granada und dem Patronat der Alhambra und des Generalife stellte sich als beson-

ders lohnend dar. Unter anderem war es möglich, dass die Tagung in der Alhambra und dort im Palast Karls V. stattfand. Bei der Tagung war eine Simultanübersetzung durch Dolmetscherinnen gewährleistet. Begünstigt wurde der wissenschaftliche Austausch durch die inzwischen gewachsenen Kontakte, die durch Fellowships auch zu längeren Aufenthalten in Berlin geführt haben.

Zu danken ist dem Exzellenzcluster TOPOI für die Finanzierung der Tagung und des vorliegenden Tagungsbandes. Mit dem dritten Band endet eine sehr fruchtbare Zusammenarbeit zwischen deutschen und spanischen Wissenschaftlern, die interdisziplinär angelegt zu neuen Forschungsergebnissen geführt hat und nicht zuletzt zu der Einsicht, dass das Gut Wasser in der Geschichte über Jahrhunderte hindurch bis heute schützenswert war und für die Zukunft bleibt.

Cosima Möller, Ignacio Czeguhn

Inhalt

Römischrechtliche Regelungskonzepte für Regenwasser <i>Cosima Möller</i>	9
<i>Ab Iano Augusto ad Oceanum</i> . Methodologische Überlegungen zur Erforschung der viae publicae in der Baetica <i>Manfred G. Schmidt</i>	35
Los gestores del agua: ¿un legado de Roma? <i>Pepa Castillo</i>	55
Grenzüberschreitende Mobilität als Problem politischer Loyalität. Das Hochverratsgesetz des westgotischen Königs Chindasvinth (642/643) und das 7. Konzil von Toledo (646) <i>Stefan Esders</i>	89
Derecho de uso y aprovechamiento sobre las aguas estancas. Concepto, objeto y casuística en el Derecho andalusí <i>M^a Magdalena Martínez Almira</i>	123
Aguas estancadas y aguas corrientes en el mundo andalusí <i>Antonio Malpica Cuello</i>	195
Sistemas de abastecimiento urbano y de riego en la Granada de los últimos siglos medievales <i>Alberto García Porras, Moisés Alonso Valladares, Laura Martín Ramos, Juan Manuel Ríos Jiménez, M^a Carmen Jiménez Roldán</i>	213
Historical notes on the Council of Wise Men of Murcia <i>Sara Moreno Tejada</i>	237

Inhalt

El agua como instrumento en sede criminal: <i>purgatio vulgar</i> y <i>poena cullei</i> en el sistema del derecho común <i>Emma Montanos Ferrín</i>	251
Estudio histórico jurídico de un realengo valenciano. La Albufera de Valencia (1245-1708) <i>Francisco José Abellán Contreras</i>	281
Fuentes para el estudio del agua en la Castilla del final de la Edad Media <i>M^a Isabel del Val Valdivieso</i>	311
Conclusiones del Congreso <i>Marina Rojo Gallego-Burín</i>	331
Liste der Autoren	335

Römischrechtliche Regelungskonzepte für Regenwasser

Cosima Möller

Inhalt

I.	Einleitung	9
1.	Die Überlieferungslage	9
2.	Rechtsgrundlagen	12
3.	Entwicklungslinien der Interpretationsgeschichte	13
4.	Gang der Darstellung	14
II.	Der Tatbestand der actio aquae pluviae arcendae	15
1.	Das Regenwasser	15
2.	Ein von Hand errichtetes Bauwerk (opus manu factum)	18
III.	Rechtsfolgen	22
IV.	Klagegegner	23
V.	Ausnahmen	24
1.	Servituten	24
2.	Wirtschaftlichkeitsüberlegungen	25
3.	Status quo einer Nutzungslage – lex agri oder die Berufung auf die vetustas	27
VI.	Instandhaltungspflichten	28
VII.	Perspektiven der Regenwasserabwehr	29
VIII.	Zusammenfassung und Schlussbetrachtungen	30
	Bibliographie	32

I. Einleitung

1. Die Überlieferungslage

Die Regelungskonzepte im römischen Recht sollen in diesem Beitrag für das Regenwasser vorgestellt werden. Grundlage dafür ist die justiniani-

sche Kodifikation. Aus der Menge von überlieferten Juristenschriften ist im 6. Jh. n. Chr. von den Kompilatoren des oströmischen Kaisers das Werk der Digesten oder Pandekten als Sammlung von Fragmenten dieser Schriften zusammengestellt worden. Von großer Bedeutung für die Einordnung dieser Überlieferung ist der Umstand, dass Justinian unter Rückgriff auf die schon länger zurückliegende produktive Zeit der römischen Jurisprudenz einen Wissensschatz mit Gesetzeskraft ausstatten wollte, den es zunächst von Streitigkeiten zu befreien galt. Dieser Gewinn an Rechtssicherheit wurde von Justinian als Grundlage einer guten Regierung angesehen – ein Kaiser sollte, wie er zu Beginn der Einleitungskonstitution zu den Institutionen festhält, nicht nur mit Waffen geschmückt, sondern auch mit Gesetzen gerüstet sein.¹ Um die Leistung des Kaisers in hellem Licht erstrahlen zu lassen, sind aber auch die in den alten Juristenschriften mitgeteilten Streitigkeiten überliefert worden. So ist es ein vielstimmiger Juristenchor, den wir in den Digesten antreffen. Rechtsgrundlagen werden in ihrer Anwendung auf konkrete Fallgestaltungen diskutiert, die aus verschiedenen Epochen der römischen Rechtsgeschichte stammen. Die Diskussion wird dabei nicht nur von den Besonderheiten der Fälle bestimmt, sondern ruht auf der Grundlage systematischer Überlegungen und konzeptioneller Konsequenzen daraus. Diese Grundlage erkennt man besonders in den Kommentaren zum Edikt oder zum Zwölfafelgesetz bzw. zum Zivilrecht. Diese beiden Literaturgattungen waren zugleich bevorzugte Publikationsformen der kaiserzeitlichen Rechtsschulen der Prokulianer bzw. der Sabinianer und gehen auf das prägende Werk von Servius Sulpicius,

1 Const. Imperatoriam, pr.: Imperatoriam maiestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus et bellorum et pacis recte possit et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus quam victis hostibus triumphator. *Die kaiserliche Majestät muss nicht allein mit Waffen geschmückt, sondern auch mit Gesetzen gerüstet sein. Dann vermag sie zu jeder Zeit, im Krieg wie im Frieden, gut zu regieren, und der römische Kaiser bleibt Sieger nicht nur im Kampf gegen die Feinde, sondern auch dadurch, dass er auf den Wegen des Gesetzes den Ungerechtigkeiten der Böswilligen wehrt. Und so wird er ebenso zum gewissenhaftesten Hüter des Rechts wie zum Triumphator über die besiegten Feinde.* (Übersetzung aus Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Band I, Institutionen, 2. Aufl., Heidelberg 1997).

den ersten Ediktskommentar, bzw. auf das von Quintus Mucius, sein Werk zum Zivilrecht, zurück.²

Für die rechtliche Regelung des Regenwassers bietet die Überlieferung in den Ediktskommentaren der spätklassischen Juristen Ulpian und Paulus das meiste. Sie ist im Titel D. 39,3 von den Kompilatoren zusammengestellt worden. Das Regenwasser ist schon früh zum Regelungsgegenstand geworden, weil es nicht nur nützlich ist, sondern auch Schäden verursachen kann. So ist bereits im XII-Tafel-Gesetz des 5. Jhs. v. Chr. eine Regenwasserabwehrklage, die *actio aquae pluviae arcendae*, vorgesehen.³

In den Schriften des *Corpus agrimensorum Romanorum* spielt diese Klage nur eine geringe Rolle. Sie wird nicht nur dem *ius ordinarium*, also dem Recht zugewiesen, das im ordentlichen Verfahren vor dem Prätor und dem *iudex* zu behandeln ist,⁴ sondern auch in ihrer Abhängigkeit von klimatischen Voraussetzungen gewürdigt. Agennius Urbicus bemerkt, dass diese Klage zur Abwehr von Regenwasser in Italien und in verschiedenen Provinzen nicht selten erhoben werde. In Africa geschehe dagegen kein Unrecht, wenn Regenwasser auf das Nachbargrundstück abgeleitet werde, sondern, ganz gegen die Intention der Klage, gerade dann, wenn der Nachbar verhindere, dass Regenwasser auf das Nachbargrundstück fließe.⁵

2 Behrends, Der Kommentar in der römischen Rechtsliteratur, 1995/2004, S. 421-462 (225-266).

3 Die Interpretation der *veteres* ist in der Belegstelle in D. 40,7,21 pr. Pomponius lb. 7 ex Plautio überliefert. Dem Text zufolge hat erst die Auslegung der *actio* den präventiven Charakter verliehen, den die Quellen widerspiegeln. „Wenn Regenwasser schadet“ (*si aqua pluvia nocet*) könne auch so verstanden werden, dass erfasst sei, „wenn Regenwasser schaden könnte“ (*si nocere poterit*). Diese interpretative Öffnung hat Behrends, Gesetz und Sprache, 1995/2004, S. 237 (210) als typisch für die vorklassischen Juristen nachgewiesen.

4 Frontin p. 9,21 - 10,4 Th.

5 Agenn. Urb. p. 48,26 – 49,8 Th.: De aqua pluui arcenda controuersia est | status iniectioni: per quodcumque enim solum transit, ad ius ordinarium magis respicit condicio eius quam ad mensuras; nisi si per extremitatem finis uadat: propter quod statum generalem etiam alium accersire debet et quasi geminatione quadam defendi, quod et per finem eat et sit lis de pluui arcenda. haec controuersia per regiones uari<i>s generibus exercetur, sed quasi ad eandem respicit condicione<m>. in Italia aut quibusdam prouinciis non exigua est iniuria, si in alienum agrum aquam inmittas; in prouincia autem Africa, si transire non patiaris. Diese Quelle greift auch Bruun, Water Use and Productivity in Roman Agriculture. Selling, Sharing, Seruitudes, 2015, S. 144 auf. S. auch schon C. Möller, Elemente des römischen Wasserrechts, 2016, S. 25. Vgl. Agenn. Urb. p. 24,4-12 Th.: Multa enim et uaria incidunt, quae ad ius ordinarium pertinent, per prouinciarum diuersitatem. nam cum in

2. Rechtsgrundlagen

Neben dieser alten gesetzlichen Grundlage der Regenwasserabwehrklage sind als weitere Rechtsgrundlagen privatrechtlich gestaltete Servituten zu beachten, die ein Rechtsverhältnis zwischen den Eigentümern benachbarter Grundstücke gestalten. Diese werden für das Regenwasser und dessen Ableitung anfangs ausschließlich im städtischen Bereich eingesetzt und betreffen Regelungen des Wasserabflusses, die als *stillicidium* eine Traufe oder als *flumen* einen Abfluss unter Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks festlegen. Diese Servituten sind als mögliche Abweichungen von der städtischen Ordnungsstruktur durch die vorklassische Jurisprudenz im Laufe des 3. und 2. Jhs. v. Chr. entwickelt worden. Sie stellen Abweichungen von dem im Recht der XII-Tafeln vorgesehenen *ambitus*, dem Hausumgang, dar, der durch den vorgegebenen Abstand von 5 Fuß nicht nur einen Umgang um das Haus ermöglichte, sondern zugleich Raum für den Abfluss von Regenwasser schuf.⁶ Eine Erweiterung der Servituteninhalte auf alle Immissionen leisten im 1. Jh. v. Chr. Servius und seine Schüler. Seit der klassischen Jurisprudenz bieten diese Immissionservituten auch im ländlichen Bereich eine Gestaltungsmöglichkeit.⁷

Von rechtlicher Relevanz bezüglich des Regenwassers sind ebenfalls die Natur und die Beschaffenheit des Ortes sowie das Alter einer Nutzungslage. Läuft das Regenwasser gemäß seinem natürlichen Abfluss, so ist auch bei einer Schädigung keine Klage möglich.⁸ Wenn Vorrichtungen

Italia ad aquam pluuiam arcendam controuersia[m] non minima concitetur, diuerse in Africa ex eadem re tractatur. quom sit enim regio aridissima, nihil magis in quereilla habet quam siquis inhiuerit aquam pluuiam in suum influere: nam et ageres faciunt et excipiunt et continent eam, ut ibi potius consumatur quam abfluat. Willi, Land Division and Water Management in the West of the Roman Empire, 2014, S. 151 erwähnt die Quelle als einen der wenigen Agrimensorentexte, der eine Aussage bezüglich der Bodenfeuchtigkeit enthält. Sie schreibt dies dem Umstand zu, dass die Autoren hauptsächlich die Situation im regenreichen Italien im Blick hatten. Insofern bildet der Hinweis auf Africa eine Ausnahme.

6 S. zu der Entwicklung C. Möller, Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstücksvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht, 2010, S. 106 ff. und S. 120 ff.

7 C. Möller, Die Servituten, 2010, S. 293 ff.

8 Labeo hat, wie Ulpian in seinem Ediktskommentar überliefert, dafür die Kennzeichnung geprägt, dass ein tiefer gelegenes Grundstück mit einer *servitus naturalis* belastet sei, der zufolge das Regenwasser vom höher gelegenen Grundstück aufgenommen werden müsse, D. 39,3,1,22 Ulpianus lb. 53 ad edictum. S. dazu C. Möl-

einer Wasserinfrastruktur bereits seit langer Zeit existieren, sprechen sich einige Juristen dafür aus, die damit einhergehenden Schäden durch Regenwasser zu dulden. So spielen die bekannten Elemente des römischen Wasserrechts auch hier eine maßgebliche Rolle. Damit schließt sich der Kreis zu meinem Vortrag bei der 1. Tagung Wasser – Wege – Wissen auf der iberischen Halbinsel 2014 in Elche.⁹ *Lex* und *natura*, *servitus* und *vetustas* – diese möglichen Rechtsgrundlagen oder rechtlich erheblichen Umstände für den Umgang mit nützlichem wie mit schädigendem Wasser sind im Folgenden mit besonderem Augenmerk auf das schädigende Regenwasser zu untersuchen.¹⁰

3. Entwicklungslinien der Interpretationsgeschichte

Zur Verdeutlichung der Entwicklungslinien ist es nützlich, darauf hinzuweisen, dass die Unterscheidung zwischen Regelungen und Regelungsoptionen, die im städtischen Bereich vorhanden sind, und solchen, die im ländlichen Bereich wirken, in der Zeit der vorklassischen Jurisprudenz eine große Rolle spielt. Die *actio aquae pluviae arcendae* ist auf den ländlichen Bereich beschränkt. Sie kann also nicht zur Abwehr von Regenwasser im städtischen Bereich geltend gemacht werden.¹¹ Dieses Regelungsregime bleibt erhalten, auch wenn es grundsätzlich nach der Neukonzeption durch Servius Sulpicius Rufus seit etwa 80 v. Chr. die Möglichkeit einer privatrechtlichen Gestaltung gibt.¹² Als neue Ausgangslage ist festzuhalten, dass aufgrund des räumlich fokussierten Eigentumskonzepts der von Servius begründeten klassischen Jurisprudenz grundsätzlich alle Ein-

ler, Elemente des römischen Wasserrechts, 2016, S. 23 und dies., Die Servituten, 2010, S. 298 f., sowie Sitzia, Aqua pluvia e natura agri, 1999, S. 76 ff.

9 C. Möller, Elemente des römischen Wasserrechts – *lex* und *natura*, *servitus* und *vetustas*, in: Wasser – Wege – Wissen auf der iberischen Halbinsel, hrsg. von Czeguhn/Möller/Quesada Morillas/Pérez Juan, Baden-Baden 2016, S. 9-28.

10 S. dazu schon C. Möller, Elemente des römischen Wasserrechts, 2016, S. 22-25.

11 Cicero, Topica 43. Die Parallele zur *actio finium regundorum* unterstützt die Wahrnehmung der Trennung zwischen Stadt und Land. S. dazu C. Möller, Il regolamento di confini, in: XII Tabulae. Testo e commento, hrsg. von Cursi, Napoli 2018, im Druck.

12 Zur Rolle des Servius s. insbesondere Behrends, Die geistige Mitte des römischen Rechts, SZ 125 (2008), S. 64 ff. und ders., Art. Servius, in: Juristen, hrsg. von Stolleis, 1995, S. 562 f. (= Institut und Prinzip, Band 2, 2004, S. 980).

wirkungen auf das Nachbargrundstück untersagt werden können. Sie sind nur dann rechtmäßig, wenn dafür eine Grundlage durch die Bestellung einer Servitut gelegt worden ist. Das Konzept für solche Immissionservituten finden wir in den Digesten vielfach belegt.¹³ Da nunmehr auch im ländlichen Bereich der Abfluss schädigenden Regenwassers zum Inhalt einer Servitut gemacht werden kann, wird das Regime der *actio aquae pluviae arcendae* überlagert.¹⁴ Die Möglichkeit, eine Regenwasserabwehrklage geltend zu machen, steht unter dem Vorbehalt, dass eine Servitut rechtswirksam bestellt wurde, die den schädigenden Einfluss des vom Nachbargrundstück zufließenden Regenwassers zu einer rechtmäßigen Einwirkung macht.¹⁵

Die Klage zur Abwehr von schädigendem Regenwasser wird im Übrigen einer Neuinterpretation unterzogen, die im Zusammenhang mit dem grundsätzlich anderen Verständnis von der Gesetzesinterpretation steht. Behrends hat gezeigt, dass eine prinzipielle, den Sinn des Gesetzes möglichst umfassend ermittelnde Interpretation der vorklassischen Juristen abgelöst wird durch eine handgreiflich-begriffliche Interpretation des Gesetzestextes bei Servius und seinen Schülern.¹⁶ Für die Regenwasserabwehrklage bedeutet diese Neuausrichtung die Einführung des Kriteriums eines von Menschenhand errichteten Werkes, eines *opus manu factum*, um eine Abwehr schädigenden Regenwassers mit der *actio aquae pluviae arcendae* zuzulassen. Schon tatbestandlich nicht erfasst sind Beeinträchtigungen, die auf die Natur zurückzuführen sind, sei es auf den natürlichen Ablauf des Regenwassers oder auf die natürliche Beschaffenheit des Ortes.

4. Gang der Darstellung

Die unterschiedliche Interpretation dieser Regenwasserabwehrklage steht im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen. Dazu ist es erforderlich,

13 S. nur C. Möller, Die Servituten, 2010, S. 272 ff. und für das Wasserrecht S. 293 ff.

14 Capogrossi Colognesi, Struttura II, 1976, S. 539, 541; C. Möller, Die Servituten, 2010, S. 294.

15 Vgl. nur D. 39,3,2,10 Paulus lb. 49 ad edictum, der eine Stellungnahme des Servius-Schülers Ofilius wiedergibt und dazu C. Möller, Die Servituten, 2010, S. 293 f.; Sargenti, L'actio aquae pluviae arcendae, S. 78 ff.; Capogrossi Colognesi, Struttura II, S. 544 ff. und Giuffrè, S. 132 f. mit Fn. 19. S. auch sogleich unter V.1.

16 S. dazu grundlegend Behrends, Gesetz und Sprache (1995/2004), S. 135-249 (91-224).

Aussagen über den **Tatbestand** (II.) zu machen, die möglichen **Rechtsfolgen** (III.) darzustellen und die **Klagegegner** (IV.) zu benennen. Für die Anwendbarkeit dieser Klage spielt außerdem die bereits erwähnte Anerkennung von **Ausnahmen** (V.) eine Rolle. Als Rechtsgrundlagen für Ausnahmen kommen Servituten in Betracht, die den Eigentümer des Nachbargrundstücks zur Duldung einer schädigenden Wasserableitung verpflichten. Einschränkungen für die Anwendung der Regenwasserabwehrklage ergeben sich auch aus Wirtschaftlichkeitsüberlegungen für landwirtschaftlich genutzte Grundstücke. Die Juristen unterscheiden zum Beispiel zwischen Trocknungsgräben, die zur Bewirtschaftung des eigenen Grundstücks unerlässlich sind, und solchen, die auch verzichtbar wären, also der Optimierung der Nutzung dienen. Schließlich ist auf den Status quo einer Nutzungslage einzugehen, die sich auf eine *lex agri* oder auf das Alter (*vetustas*) einer Anlage stützen kann. Schließlich soll noch kurz die Verteilung von Instandhaltungspflichten betrachtet werden.¹⁷

In einer Zusammenfassung werden verschiedene Perspektiven der Regenwasserabwehrklage herausgestellt. Es handelt sich um die Perspektiven der Schadensabwehr, eines Interessenausgleichs und des Eigentumschutzes. Ein Blick auf den Zusammenhang mit der Feldordnung beschließt den Beitrag.

II. Der Tatbestand der *actio aquae pluviae arcendae*

1. Das Regenwasser

Die Klage zur Abwehr von Regenwasser wird von Cicero in seiner im Jahr 44 v. Chr. verfassten Argumentationslehre *Topica* mehrfach als Beispiel herangezogen, um Argumentationsfiguren, die ein guter Redner als Möglichkeiten für eine Gerichtsrede durchspielen muss, zu illustrieren. Der Argumentationstypus, der aus Sachverhalten (*res*) besteht, die zu dem, wonach man fragt, in irgendeiner Beziehung stehen, würde von Quintus Mucius, den Cicero als einen seiner Lehrer namentlich erwähnt, bei der

17 Vgl. hierzu die Stelle aus Cato, *de agri cultura* 155, wo Cato die Reinigung der Abzugsgräben als Aufgabe erläutert. Gerade zu Beginn des Herbstes, wenn sich viel Staub angesammelt habe, drohe Gefahr von Regenwasser, wenn dieses nicht abfließen könne. Und im Winter sei es wichtig, das Wasser von den Feldern abzuleiten, damit weder Getreide noch Saatgut beschädigt werde.

Regenwasserabwehrklage eingesetzt, um den Wortlaut des Gesetzes weit auszulegen. So soll nach der Ansicht des Mucius nicht nur eine drohende Schädigung durch Regenwasser selbst zu einer solchen Klage führen können, sondern auch eine drohende Schädigung durch Wasser, das durch Regenwasser angeschwollen ist. Die Verwandtschaft, *coniugatio*, zwischen den Worten *pluvia* – Regen und *pluendo* – durch Regnen ist es, die eine solche Argumentation Cicero zufolge tragen könnte.¹⁸

Doch sogleich leitet Cicero zu der Argumentationsfigur *a genere* über und stellt klar, dass es für den Rückgriff auf die Gattung nicht passend sei, an die oberste Spitze der Begriffspyramide zu gehen, sondern dass die Bestimmung der Gattung bereits eine Berücksichtigung des Regelungszwecks erforderlich mache.¹⁹ Die allgemeinste Bestimmung der Gattung würde mit dem Regenwasser alles das erfassen, was durch Regenwasser anschwillt. Hier erkennt man ohne weiteres das Ergebnis der Argumentation des Mucius, das von Cicero allerdings aus der Perspektive eines neuen Topos vorgestellt und einer Kritik ausgesetzt wird. Cicero weist auf den Zweck der Schadensvermeidung hin, der einer Klage wegen schädigenden Regenwassers zugrunde liegt. Dieser Zweck schränke das *genus* auf schädigendes Regenwasser ein. Und dieses ergebe sich entweder durch Mängel des Geländes (*vitium loci*) oder durch einen Eingriff von Menschenhand (*manu*). Ausschließlich ein solcher Eingriff könne eine Anknüpfung für eine Haftung bieten. Handele es sich dagegen bei der Ursache für einen möglichen Regenwasserschaden um ein *vitium loci*, also um einen Mangel der Bodenbeschaffenheit, gebe es dagegen keine Abhilfe mit der Regenwasserabwehrklage. Im Vergleich zu einer Veränderung, die allgemein auf Regenwasser zurückgeführt werden kann, ist damit ein neues Kriterium eingeführt. Es geht dabei um eine klare Begrifflichkeit. Zugleich ist eine Schädigung durch vorhandenes Wasser, das durch Regenwasser lediglich anschwillt, als Grundlage für die Klage ausgeschlossen.

Die Perspektive des Mucius wird dagegen von der Fragestellung geprägt, welche Umstände eine Pflicht zum Handeln begründen, um eine

18 Cicero Topica 38: Mucius ... diceret, omnem aquam oportere arceri, quae pluendo crevisset. *Mucius würde sagen, dass jedes Wasser abgewehrt werden könne, das durch Regen anschwillt.* S. hierzu bereits Behrends, *Gesetz und Sprache* (1995/2004), S. 235 (208).

19 Cicero, Topica 39.

Schädigung des Nachbarn zu vermeiden.²⁰ Sie erfasst alle Folgen von starken Regenfällen. Darüber hinaus ist die Klage bei den *veteres*, deren letzter Vertreter Quintus Mucius war, im Wege der Interpretation auf die prophylaktische Perspektive erweitert worden. Dem Text der XII-Tafeln konnte man wörtlich entnehmen, dass Regenwasser Schaden bewirkt. Pomponius berichtet, dass die *veteres* diese Worte so interpretiert haben, dass Regenwasser schaden könnte.²¹

Die Bestimmung dessen, was Regenwasser im Sinne der *actio aquae pluviae arcendae* ist, hat die Juristen auch in der Folgezeit beschäftigt. Ulpian hält zu Beginn des 3. Jhs. n. Chr. in seinem Kommentar zum Edikt fest, dass die weite Definition allgemein akzeptiert sei. Er erwähnt allerdings das engere Begriffsverständnis bei Tubero, also in augusteischer Zeit, der ausschließlich das vom Himmel kommende Wasser von der Klage erfasst sah, nicht solches, das mit diesem nur vermischt worden sei.²²

Zusammenfassend hält Ulpian fest, dass die Klage gegeben wird, wenn Regenwasser oder durch Regenwasser anschwellendes Wasser schadet und dieser Schaden nicht auf natürliche Weise, sondern aufgrund eines von Hand errichteten Bauwerkes zustande komme. Er macht die Einschränkung, dass die Klage nicht eingesetzt werden kann, wenn dieses Bauwerk *agri colendi causa*, also zur Nutzung des Ackers, errichtet worden ist.²³

20 Das bedeutet nicht, dass es sich um eine objektive Haftung handelt, da den Nachbarn eine Pflicht zum Tätigwerden im Sinne einer Regenwasserabwehr treffen muss. Anderer Ansicht sind Schönbauer und Sargenti, die bis zu Labeo eine allgemeine Haftung für schädigendes Regenwasser annehmen, s. dazu die Rezension von Klingenberg zu Sitzia, TR 48 (1980), S. 181.

21 D. 40,7,21 Pomponius lb. 17 ex Plautio und dazu Behrends, Gesetz und Sprache, 1995/2004, S. 237 (210) und im Folgenden zu den Prinzipien der Interpretation, die in der *bona fides* und der *diligentia* zu sehen sind. Darauf sind die Rücksichtnahmepflichten im Nachbarschaftsverhältnis gestützt. S. dazu schon Fn. 3.

22 D. 39,3,1 pr. Ulpianus libro 53 ad edictum: Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. Aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua caelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit. *Wenn jemandem Schaden durch Regenwasser droht, wird durch die Klage auf Abwehr des Regenwassers das Wasser abgewehrt werden. Regenwasser nennen wir das, was vom Himmel fällt und durch den Regen answillt; sei es, dass dieses himmlische Wasser selbst schadet, wie Tubero sagt, sei es, dass es mit anderer vermischt ist.*

23 D. 39,3,1,15 Ulpianus libro 53 ad edictum.

Bei Ulpian ist erkennbar, dass sich im Laufe der Zeit eine Mischung aus den gegen Ende der Republik vertretenen, grundverschiedenen Auffassungen durchgesetzt hat. Die Voraussetzung eines *opus manu factum* entspricht der von Cicero bevorzugten, auf Servius zurückgehenden Gesetzesinterpretation, das weite Verständnis von Regenwasser knüpft dagegen an die Tradition des Mucius an.

2. Ein von Hand errichtetes Bauwerk (*opus manu factum*)

Ein von Hand errichtetes Bauwerk ist nach der engen Auslegung, die bei Cicero wie auch in den Digesten überliefert ist, Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Klage. Diese enge, auf einen konkreten Tatbestand ausgerichtete Interpretation der XII-Tafel-Bestimmung geht, wie Behrends gezeigt hat, auf Servius Sulpicius Rufus und seine umfassende Neukonzeption der Rechtsordnung zurück.²⁴ Die natürliche Bodenbeschaffenheit kann danach nicht ausreichen, um bei einem durch Regenwasser drohenden Schaden Rechtsschutz zu erlangen.²⁵ Es muss ein durch Menschenhand geschaffenes Szenario sein, das den Charakter eines *opus*, eines Bauwerks, aufweist. Dieses Bauwerk muss im Übrigen so beschaffen sein, dass es den Abfluss des Wassers verändert und dadurch eine über den natürlichen Abfluss hinausreichende Beanspruchung des Nachbargrundstücks herbeiführt.

Ulpian nennt in seinem Ediktskommentar verschiedene Varianten.²⁶ Durch Hinzuleitung kann ein anderes Wasser größer, stärker oder reißen-der werden. Durch eine Verengung oder Komprimierung des Regenwasserabflusses kann Wasser austreten. Insbesondere wird *opus* von dem spät-klassischen Juristen mit einer Betonung auf einem mit der Hand ausgeführten Tun als *manu facere* wiedergegeben. Es reicht danach aus, dass eine Veränderung durch eine mit Menschenhand ausgeführte Tätigkeit stattgefunden hat. Die Errichtung eines Bauwerks, wie zum Beispiel eines Dammes oder eines Grabens, ist nicht erforderlich.

Auch wenn man diese Einschränkung zugrunde legt, führt die Präzision, die durch das Merkmal *opus manu factum* erzielt wird, in manchen

24 Behrends, Gesetz und Sprache, 1995/2004, S. 190 ff. (S. 156 ff.).

25 D. 39,3,1,1 in fine Ulpianus lb. 53 ad edictum; D. 39,3,1,14 Ulpianus lb. 53 ad edictum; D. 39,3,14,1 Paulus lb. 49 ad edictum.

26 D. 39,3,1,1 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

Fällen zu einer Einschränkung des Rechtsschutzes, wo nach der Interpretation der *veteres* ein Rechtsschutz gewährt wurde.

Ein erster Beleg stammt aus dem Werk des Alfenus, eines Servius-Schülers, das in Auszügen von dem spätklassischen Juristen Paulus bearbeitet und in die *Digesten* aufgenommen worden ist.²⁷ Eine Wiese wird umgepflügt.²⁸ Dabei entstehen Furchen (*sulci*) abwechselnd mit aufgeworfener Erde, sog. Graten (*porca*)²⁹. Alfenus berichtet von einer Anfrage, ob mittels der Regenwasserabwehrklage eine Richtung für das Pflügen der Wiese vorgegeben werden könne, um zu vermeiden, dass durch die Furchen das Regenwasser auf das niedriger gelegene Nachbargrundstück gelange. Alfenus erklärt in einem Rechtsgutachten, dass es dem Eigentümer eines Grundstücks grundsätzlich freistehe, so zu pflügen, wie er das wolle.³⁰ In dem Pflügen selbst ist also noch kein *opus* zu erkennen. Doch zeigen die folgenden Differenzierungen, dass Servius/Alfenus in kundiger Weise die Voraussetzung eines *opus* interpretieren. So sollte die Klage eingreifen, wenn Querfurchen gezogen wurden, durch die das Wasser auf das Nachbargrundstück abfließen würde, *sulci transversi aquarii*. Hier handelt es sich um eine Unterscheidung, welche die Grundstücksbearbeitung im zweiten Fall als gezielte Wasserableitung einordnet und daher die Klage

27 D. 39,3,24 pr. Alfenus lb. 4 a Paulo epitomarum: Vicinus loci superioris pratum ita arabat, ut per sulcos itemque porcas aqua ad inferiorem veniret: quaesitum est, an per arbitrum aquae pluviae arcendae possit cogi, ut in alteram partem araret, ne sulci in eius agrum spectarent. Respondit non posse eum facere, quo minus agrum vicinus quemadmodum vellet araret. *Der Nachbar eines höhergelegenen Grundstücks hat seine Wiese so gepflügt, dass durch die Furchen und die zwischen den Furchen emporragende Erde das Wasser zu dem niedriger gelegenen Grundstück gelangte. Es ist gefragt worden, ob er durch den Schiedsrichter einer Regenwasserabwehrklage gezwungen werden kann, dass er auf die andere Seite hin pflügt, damit die Furchen nicht auf dessen Acker weisen. Er (Servius oder Alfenus) hat das Rechtsgutachten erteilt, dass er dies nicht könne, da der Nachbar seinen Acker pflügen könne, wie er wolle.*

28 Zu den in der griechisch-römischen Antike verwendeten Hakenpflügen s. Heimberg, *Villa rustica*, 2011, S. 87 ff. Unter Bezugnahme auf Varro 1.29.2 schildert sie S. 90, dass beim ersten Pflügen eines Brachfeldes große Schollen aufgeworfen werden. Es entsteht durch weitere Durchgänge mit dem Pflug eine „wellenartige Oberfläche aus rillenartigen Furchen zwischen umgepflügten Graten“. Ein Feld werde daher nicht nur in der Längsrichtung gepflügt, sondern auch quer.

29 Die dieser Wortprägung zugrunde liegende Assoziation bezieht sich wohl auf geradlinig gelagerte Schweine. Für den Hinweis danke ich Okko Behrends. Im *Georges* wird *porca* mit Ackerbeete wiedergegeben.

30 Ebenso äußert sich Ofilius, überliefert in D. 39,3,1,5 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

auf den Plan ruft. Ein weiterer Fall, in dem ein Eingreifen der Klage von Servius/Alfenus befürwortet wird, ist die Anlage von Gräben (*fossae*). Dies ist eine bauliche Maßnahme, die über den Effekt der Furchenbildung beim Pflügen hinausgeht. Das wird auch an der geschilderten Konsequenz aus der Verurteilung im Verfahren der *actio aquae pluviae arcendae* deutlich. Es wird vom *arbiter* ein Aus- bzw. Anfüllen der Gräben angeordnet, *explere*, nicht nur ein Bedecken, *operire*, wie bei den Furchen.

Eine Einschränkung des in der Vorklassik durch die pflichtenhaltige Interpretation möglichen Rechtsschutzes auf der Grundlage der klassischen Lehre erkennt man auch in einer von Ulpian überlieferten Entscheidung des Servius-Schülers Ofilius.³¹ In einer bloßen Nutzungsänderung von einem Saatfeld zu einer Wiese kann kein *opus* gesehen werden. Auch wenn die Änderung der Bewässerung, die von einer periodisch stattfindenden zu einer dauerhaften gewechselt hat, bei dem Nachbarn zu einem Schaden durch Wasser führt, ist dies keine ausreichende Grundlage für eine Regenwasserabwehrklage. Kann dagegen eine Bodenbearbeitung im Sinne eines *complanare* festgestellt werden, die durch Einebnung zu einer Beschleunigung des Wasserabflusses geführt hat, so befürwortet Ofilius die Klage. Der Schüler des Servius hat es nicht mit einer der typischen Fallkonstellationen zu tun, in denen Dämme errichtet oder Gräben angelegt werden. Doch reicht ein äußerlich dauerhaft sichtbares, die Struktur des Grundstücks veränderndes Tätigwerden, hier eine Einebnung des Grundstücks, nach seiner Entscheidung aus, um die Voraussetzung des *opus manu factum* zu erfüllen.

Es ist nützlich, die Gegenprobe zu machen, in welcher Weise Quintus Mucius die Fälle entschieden hätte. Hier ist zweierlei zu bedenken. Zum einen spielte das Kriterium eines von Menschenhand errichteten Werkes für Mucius keine Rolle. Dieses Hindernis auf dem Weg zur *actio aquae pluviae arcendae* bestand also für den vorklassischen Juristen nicht. Zum

31 D. 39,3,3,2 Ulpianus lb. 53 ad ed. Si vicinus, qui arvom solebat certo tempore anni rigare, pratium illic fecerit coeperitque adsidua irrigatione vicino nocere, ait Ofilius neque damni infecti neque aquae pluviae arcendae actione eum teneri, nisi locum complanavit eoque facto citatior aqua ad vicinum pervenire coepit. Wenn der Nachbar, der sein Saatfeld zu einer bestimmten Zeit des Jahres zu bewässern pflegte, dort eine Wiese angelegt und begonnen hat, durch ständige Bewässerung seinem Nachbarn Schaden zuzufügen, sagt Ofilius, dass er weder mit der Klage wegen drohenden Schadens noch mit der Klage zur Regenwasserabwehr hafte, es sei denn das Stück Land sei eben gemacht worden und durch diese Maßnahme habe das Wasser begonnen, schneller zum Nachbarn zu gelangen.

anderen ist aber auch keine einfache Auskunft in dem Sinne möglich, dass ein über die natürliche Belastung hinausreichender Schaden des Unterliegers immer hätte abgewehrt werden können. Es zeigt sich vielmehr, dass im ersten Fall Rücksichtnahmepflichten auch für die Art und Weise des Pflügens und für dessen Konsequenzen zu beachten gewesen wären und dass im zweiten Fall der Umwandlung eines Ackers in eine Wiese eine Abwägung erforderlich gewesen wäre, bei der das Interesse an der Nutzungsänderung, die eine dauerhafte Bewässerung erforderte, dem Schaden, der dadurch für den Nachbarn ausgelöst wurde, hätte gegenübergestellt werden müssen.

In den Juristenschriften wird weiter der Fall erörtert, dass ein Abfließen des Wassers, das durch Regenwasser über die Ufer tritt, durch ein Bauwerk verhindert wird und auf diese Weise zu einem Rückstau führt. Das Bauwerk befindet sich also auf dem Grundstück, über welches das Wasser ohne menschlichen Eingriff ablaufen würde. Obwohl hier durch das Bauwerk kein Wasser zugeleitet wird, ist doch eine schädigende Wirkung des Wassers zu befürchten, und zwar gerade deshalb, weil der natürliche Ablauf verhindert wird. Auch eine solche Maßnahme lässt der gegen Ende des 1. Jhs. und zu Beginn des 2. Jhs. n. Chr. wirkende Jurist Neraz genügen, um eine Beseitigung des *opus* mit der *actio aquae pluviae arcendae* durchzusetzen.³² Das von Neraz behandelte Problem ist bei einer pflichtenhaltigen Betrachtung des nachbarlichen Wassermanagements hinsichtlich des Regenwassers und seiner mittelbaren Wirkungen gar nicht vorhanden. Wenn es allgemein um die Vermeidung von Schäden durch Regenwasser geht, ist auch eine Verhinderung des Abflusses erfasst. Wenn aber der Tatbestand auf ein Bauwerk bezogen wird, das den Wasserabfluss in schadendrohender Weise verstärkt, so müssen die Verhinderung des Abflusses und das darin liegende Schadenspotential im Wege einer erweiternden Interpretation erfasst werden. Eine solche Interpretation wird von Neraz befürwortet. Damit kann er sich den bei Ulpian angeführten *auditores*

32 D. 39,3,1,2 Ulpianus lb. 53 ad edictum: Neratius scribit: opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius reflere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere. Neraz schreibt: jemand hat ein Werk errichtet, um Wasser abzuhalten, das auf seinen Acker zurückzufließen pflegt, wenn der Sumpf austritt. Wenn dieser Sumpf durch Regenwasser erweitert wird und das durch das Bauwerk zurückgedrängte Wasser den Äckern des Nachbarn schaden könnte, kann er mit der *actio aquae pluviae* gezwungen werden, das Bauwerk niederzureißen.

Servii, den Hörern bzw. Schülern des Servius, anschließen, für die ein Verständnis der Klagvoraussetzungen im Sinne eines Zurückdrängens des Regenwassers auf den höherliegenden Teil ebenso überliefert ist wie für das Hinleiten auf das niedriger gelegene Grundstück.³³ Eine erneute Stellungnahme des Neraz wird nötig gewesen sein, weil es sich nicht nur um Regenwasser handelte, sondern um einen aufgrund des Regenwassers austretenden Sumpf.

III. Rechtsfolgen

Hat die Regenwasserabwehrklage Erfolg, so muss der Eigentümer, der eine Lage geschaffen hat, die bei dem Nachbarn zu einem Wasserschaden führen kann, bzw. der das schadenstiftende Werk errichtet hat, diese Lage oder dieses Werk beseitigen.³⁴ Die Verurteilung des Eigentümers kann die Zerstörung eines errichteten Bauwerks, die Reinigung eines Grabens oder die Wiederherstellung eines Dammes zur Folge haben. In bestimmten Fällen kann sie aber auch lediglich auf ein *patientiam praestare* lauten, also dem von einem Wasserschaden bedrohten Nachbarn eigene Aktivitäten zur Wasserabwehr auf dem Grundstück des Beklagten ermöglichen, indem dieser zur Duldung verpflichtet wird.³⁵ Von Celsus wird das für solche Fälle festgehalten, in denen eine Veränderung von jemandem herbeigeführt worden ist, dessen Tun dem Grundstückseigentümer nicht zugerechnet werden kann.³⁶ Der hochklassische Jurist Gaius erläutert, dass ein Rechtsnachfolger, also ein Käufer des Grundstücks, nicht zur Beseitigung verurteilt werden könne, sondern nur dazu, eine Beseitigung durch den klagenden Nachbarn zu dulden.³⁷ Die Kosten dieser Beseitigung hat dann der Nachbar zu tragen, dem der Schaden durch die Grundstücksveränderung droht.

33 D. 39,3,1,10 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

34 S. zum Beispiel D. 39,3,1,2 Ulpianus lb. 53 ad edictum, Fn. 29.

35 S. zum Beispiel die Liste bei Schönbauer, Die *actio aquae pluviae arcendae*, SZ 54 (1934), 233, 254 f. Zum *patientiam praestare* s. Sitzia, 1977, S. 113 ff. und die zustimmende Bemerkung in der Rezension Peters, SZ 96 (1979), 413, 414. Außerdem Peters, Das ‚*patientiam praestare*‘ im klassischen römischen Nachbarrecht, SD 35 (1969), S. 135 ff.

36 D. 39,3,6,7 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

37 D. 4,7,3,2 Gaius lb. 4 ad edictum provinciale.

IV. Klagegegner

Beklagt werden kann grundsätzlich nur, wer auf seinem Eigentum ein Werk errichtet hat. Das schließt eine Klage zum Beispiel dann aus, wenn das Werk auf einem öffentlichen Grundstück gebaut worden ist.³⁸ Unter den Juristen war umstritten, ob gegen den Nießbraucher, der ein schadenbringendes Werk auf dem von ihm genutzten Grundstück errichtet hatte, geklagt werden könne und ob dieser seinerseits von der Regenwasserabwehrklage Gebrauch machen könne. Ulpian verneinte die Anwendbarkeit der *actio aquae pluviae arcendae*.³⁹ Anders äußerte sich der hochklassische Jurist Pomponius.⁴⁰ Wenn den Nießbraucher ein Nachteil durch ein solches *opus* treffe, so solle zunächst geprüft werden, ob das *interdictum quod vi aut clam* eingreife, das Besitzschutz bei einer gewaltsamen oder heimlichen Besitzstörung bewirkte.⁴¹ Sei dies nicht der Fall, so solle ihm die Regenwasserabwehrklage als *actio utilis* gewährt werden. Die Argumentation des Pomponius ist für die Stellung des Nießbrauchers bedeutsam, weil er als „*quasi dominus*“ bezeichnet wird. Damit ist seine sachenrechtliche Position gestärkt. Alternativ bringt Pomponius die Möglichkeit zur Sprache, dass der Nießbraucher sich auf sein *ius* zum *uti frui* berufen könne. Diese Klage müsste sich gegen den Eigentümer des Grundstücks richten und brächte den Nießbraucher nicht ans Ziel, sondern übe nur in einer mittelbaren Weise Druck auf den Eigentümer aus, der den Nießbrauch bestellt hat, sein Recht im Wege der *actio aquae pluviae arcendae* geltend zu machen. In der Situation, dass der Nießbraucher auf dem von ihm genutzten Grundstück ein *opus* errichtet, das zu einer Klage Anlass bietet, ist Pomponius der Ansicht, dass sowohl gegen den Eigentümer als auch gegen den Nießbraucher geklagt werden könne, gegen den Nießbraucher allerdings wieder mit einer *actio utilis*.⁴² Die Unterscheidung markiert Pomponius deutlich, indem er vom Grundstückseigentümer als vom *dominus proprietatis* spricht und die Klage gegen ihn als *actio legitima* bezeichnet. Die Klagen für den Nießbraucher werden dagegen als analoge Rechtsbehelfe gewährt.

38 D. 39,3,3,3 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

39 D. 39,3,3,4 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

40 D. 39,3,22 pr. Pomponius lb. 10 ex variis lectionibus.

41 D. 43,24,1 pr. Ulpianus lb. 71 ad edictum. S. dazu mit weiteren Literaturhinweisen Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 21. Aufl., 2017, § 23 Rn. 19.

42 D. 39,3,22,2 Pomponius lb. 10 ex variis lectionibus.

Ohne weitere Differenzierung des Klagetyps hält es Julian für richtig, dass jemand, der ein Wegerecht an einem Nachbargrundstück hat, bei einer drohenden Verschlechterung des Weges durch Regenwasser die Klage erheben kann, weil seinem Grundstück dadurch geschadet werde.⁴³

V. Ausnahmen

I. Servituten

Die Neukonzeption der Servituten durch Servius und seine Schüler erfasste auch schädliche Einwirkungen auf ein Nachbargrundstück als Ausdrucksformen einer *utilitas fundi*, wenn sie der Bewirtschaftung des herrschenden Grundstücks dienen.⁴⁴ Damit war die Zuleitung von Regenwasser ein möglicher Inhalt einer Servitut. Für das Verhältnis einer solchen Servitut zu der Anwendbarkeit der *actio aquae pluviae arcendae* ergibt sich aus der Überlieferung einer Stellungnahme des Servius-Schülers Ofilius, dass eine Servitut als rechtfertigende Einwendung gegen eine Regenwasserabwehrklage betrachtet wurde.⁴⁵ Die aus dem städtischen Bereich bekannten Servituten *stillicidium* und *flumen* waren damit als Wasserableitungsservituten auch im ländlichen Bereich einsetzbar geworden und schränkten die *actio aquae pluviae arcendae* ein, ohne diese zu verdrängen⁴⁶. Labeo und Cascellius verdeutlichen dies, indem sie diese *actio* für

43 D. 39,3,25 Iulianus lb. 5 ex Minicio. Nach Paulus ist auch der Erbpächter klagebefugt, D. 39,3,23,1 Paulus lb. 16 ad Sabinum.

44 C. Möller, Die Servituten, 2010, S. 272 ff.

45 D. 39,3,2,10 Paulus lb. 49 ad edictum: Illud etiam verum puto, quod Ofilius scribit, si fundus tuus vicino serviat et propterea aquam recipiat, cessare aquae pluviae arcendae actionem, sic tamen, si non ultra modum noceat. Cui consequens est, quod Labeo putat, si quis vicino cesserit ius ei esse aquam immittere, aquae pluviae arcendae eum agere non posse. *Jenes aber halte auch ich für richtig, was Ofilius geschrieben hat, dass, wenn dein Grundstück dem Nachbarn dient und deswegen (im Rahmen der Servitut) das Wasser aufnimmt, die Regenwasserabwehrklage weicht, jedoch mit der Einschränkung, dass es nicht über das (von der Servitut bestimmte) Maß hinaus schadet. Dem entspricht, was Labeo annimmt, dass, wenn jemand seinem Nachbarn ein Recht einräumt, Wasser abzuleiten, nicht gegen ihn mit der Regenwasserabwehrklage vorgegangen werden kann.*

46 S. dazu bereits oben unter I.3.

die speziellere Klage gegenüber den *actiones confessoriae* oder *negatoriae* erklären.⁴⁷

2. Wirtschaftlichkeitsüberlegungen

Schon für Quintus Mucius ist belegt, dass er die Anwendbarkeit der Regenwasserabwehrklage davon abhängig gemacht hat, ob nicht Arbeiten auf dem Grundstück des Nachbarn ausgeführt worden waren, die mit dem Pflug (*aratrum*) zur Nutzung bzw. Bestellung des Ackers dienten.⁴⁸ Mucius erklärt, dass Arbeiten, die zur Bestellung des Ackers mit dem Pflug ausgeführt werden, außerhalb des Anwendungsbereichs der Klage zur

47 D. 39,3,1,17 Ulpianus lb. 53 ad edictum Item sciendum est hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat: ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista, agi autem ita poterit ius non esse stillicidia flumina immittere. Et ideo Labeo et Cascellius aiunt aquae quidem pluviae arcendae actionem specialem esse, de fluminibus et stillicidiis generalem et ubique agi ea licere. Itaque aqua, quae agro nocet, per aquae pluviae arcendae actionem coercebitur. *Ferner muss man wissen, dass diese Klage nur stattfindet, wenn das Regenwasser einem Acker schadet. Sonst, wenn es einem Gebäude oder einer Stadt schadet, entfällt diese Klage. Es kann aber darauf geklagt werden, dass kein Recht bestehe, Regenwasser abtraufen oder abfließen zu lassen. Und daher sagen Labeo und Cascellius, dass die Regenwasserabwehrklage eine spezielle Klage sei, die (Klage) wegen der Abflüsse und Traufen eine generelle und dass es überall zulässig sei, mit ihr zu klagen. Daher wird gegen das Wasser, das dem Acker schadet, die Regenwasserabwehrklage vorgebracht werden.* S. dazu C. Möller, Die Servituten, 2010, S. 295 ff.

48 D. 39,3,1,3 Ulpianus lb. 53 ad edictum: De eo opere, quod agri colendi causa aratro factum sit, Quintus Mucius ait non competere hanc actionem. Trebatius autem non quod agri, sed quod frumenti dumtaxat quaerendi causa aratro factum solum excepit. § 4 sed et fossas agrorum siccandorum causa factas Mucius fundi colendi causa fieri, non enim oportere corrivandae causa fieri: sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriores faciat. *Aufgrund eines solchen Werkes, das zur Bewirtschaftung des Ackers mit dem Pflug ausgeführt worden ist, sagt Quintus Mucius, dass diese Klage nicht zustehe. Trebatius aber nimmt nicht das aus, was wegen des Ackers, sondern nur das, was wegen des Getreides mit dem Pflug ausgeführt worden ist. § 4 Aber auch Gräben, welche zur Trockenlegung der Äcker angelegt worden sind, werden, sagt Mucius, zur Bewirtschaftung des Ackers angelegt, da sie nicht angelegt werden dürfen, um das abzuleitende Wasser zusammenzuführen; denn ein jeder dürfe seinen Acker nur so verbessern, dass er den des Nachbarn nicht verschlechtere.*

Schadensabwehr wegen Regenwassers stehen.⁴⁹ Außerdem fügt er hinzu, dass die Anlage von Entwässerungsgräben ebenso wenig ein Grund für die Klage eines Nachbarn sei. Dabei ist zu bedenken, dass Trocknungsgräben das Wasser nicht zusammenleiten (*corrivare*) dürfen. Durch eine dieser Vorgabe entsprechende Anlage wird Mucius zufolge deutlich, dass der Grundstückseigentümer sein Grundstück verbessern, aber dem Nachbarn nicht schaden will. Wenn das Pflügen und Säen auch ohne Entwässerungsgräben möglich ist, haftet er dem Nachbarn, wenn anders eine Bewirtschaftung nicht stattfinden kann, haftet er nicht.⁵⁰ Wie Quintus Mucius haben auch Sabinus und Cassius, die Gründer der sabinianischen Rechtschule, der Bodenmelioration den Vorrang eingeräumt.⁵¹ Bei Trebatius und Labeo findet man dagegen die Unterscheidung zwischen Entwässerungsgräben und solchen Anlagen, die zur Getreidegewinnung nötig sind. Letztere bewirken eine Ausnahme, erstere grundsätzlich nicht.⁵² Von den Hörern des Servius (*auditores Servii*) überliefert Ulpian die Anwendung der Regenwasserabwehrklage auch in dem Fall, dass der mögliche Schaden durch Regenwasser droht, weil Weidengebüsch angepflanzt worden ist, das zu einem Anstauen des Wassers führte.⁵³

Diese ausführliche, aber durchaus kontroverse Erörterung zum Rechtsschutz bei schädlichen Konsequenzen von Trocknungsgräben wird für die §§ 3-9 des Ulpian-Fragments D. 39,3,1 in einem der drei Urteile in Bezug genommen, in denen islamische Wassergerichte im al-Andalus Digestenstellen zitieren. Diese Urteile sind im Rahmen der Forschungen von Topoi in jüngster Zeit von Ignacio Czeguhn und Yolanda Quesada Morillas entdeckt worden.⁵⁴ Das Urteil mit Bezug zu Rücksichtnahmepflichten bei der Regenwasserabwehrklage wird in das Jahr 779 n. Chr. datiert.

49 S. dazu auch C. Möller, *Elemente des römischen Wasserrechts*, 2016, S. 22 Fn. 56.

50 D. 39,3,1,5 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

51 D. 39,3,1,8-11 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

52 D. 39,3,1,3 und 7 Ulpianus lb. 53 ad edictum. S. dazu bereits Behrends, *Gesetz und Sprache*, 1995/2004, S. 241 (215) mit Fn. 206. Sitzia, *Aqua pluvia e natura agri*, 1999, S. 89 hebt hervor, dass die von Labeo zugelassene Ausnahme weiter reicht als bei Quintus Mucius, weil hier auch die Früchte erfasst sind. Diesen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen kontrastiert er die Perspektive der Verteidigung der Eigentümerposition, wie sie bei Trebaz zu finden ist, s. S. 90 f.

53 D. 39,3,1,6 Ulpianus lb. 53 ad edictum.

54 S. dazu Czeguhn, *Lässt sich eine Kontinuität in Regelungen über Instandhaltung und Renovierung von Straßen und Wasserleitungen auf der iberischen Halbinsel in römischer und islamischer Zeit feststellen?* in: C. Möller/M. Ronin (Hg.), *Instand-*

3. *Status quo einer Nutzungslage – lex agri oder die Berufung auf die vetustas*

Eine Ableitung von Regenwasser kann auch dann aus dem Anwendungsbereich der *actio aquae pluviae arcendae* fallen, wenn ein im Sinne des Interdiktenbesitzes fehlerfreier Besitz über eine längere Zeit ausgeübt worden ist. Unter dieser Voraussetzung gewährt Ulpian Schutz mittels einer *actio utilis*, die der Klage zur Durchsetzung einer Servitut nachgebildet ist.⁵⁵ Man erkennt die Begünstigung von Verhältnissen, die sich durch lange Übung als sinnvoll erwiesen haben.⁵⁶ Die Erhaltung einer sinnvollen Nutzungsstruktur erinnert an die Bodenordnung, die als Ausgangspunkt der römischen Entwicklung zu betrachten ist. Es ist daher nicht überraschend, dass auch bei der Frage, welche Regelung der Regenwasserabwehrklage entgegenstehen könnte, solche Elemente aufgelistet werden. Die hoheitliche Regelung bei Anlage der Siedlung, die *lex agri*, kommt für eine Rechtfertigung der Inanspruchnahme eines Grundstücks durch abfließendes Regenwasser in Betracht. Als weiteres Element nennt Ulpian die *longa consuetudo*, die langandauernde Gewohnheit, und vergleicht diese mit einer rechtswirksam auferlegten Servitut.⁵⁷ Als Besonderheit bleibt für diese Fälle festzuhalten, dass nicht der von einem möglichen Schaden be-

haltung und Renovierung von Straßen und Wasserleitungen in römischer Zeit und in der Spätantike, eTopoi 2019 (in Vorbereitung).

55 D. 8,5,10 pr. Ulpianus lb. 53 ad edictum und dazu C. Möller, Die Servituten, 2010, S. 347 ff.

56 Vgl. C. Möller, Der Schutz der Wassernutzung im römischen Recht, in: Wasser – Wege – Wissen Bd. 2, hrsg. von Czeguhn/Möller/Quesada Morillas/Pérez Juan, 2018, S. 17 ff.

57 D. 39,3,1,23 Ulpianus lb. 53 ad edictum: Denique ait condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut, quibus agris magna sint flumina, liceat mihi, scilicet in agro tuo, aggeres vel fossas habere: si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitatem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro munimus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum. *Schließlich sagt er, dass für die Rechtslage der Acker gewisse Vorschriften (leges) gegeben worden seien, so dass es mir bei denen, wo es große Wasserfluten gegeben habe,*

drohte Nachbar den Eigentümer des Grundstücks zu baulichen Maßnahmen zwingen kann, um einen Schaden zu verhindern, sondern dass der Nachbar das Recht erhält, auf dem Grundstück des anderen Dämme anzulegen, die sein eigenes Grundstück vor Einwirkungen schützen.⁵⁸

VI. Instandhaltungspflichten

Eine Paulus-Stelle wirft ein Schlaglicht auf Instandhaltungspflichten, die mit der Anlage von Gräben zur Entwässerung verbunden sind. Der Spätclassiker gibt eine Entscheidung des augusteischen Juristen Labeo wieder, der zufolge der Nachbar bei einem rechtmäßig vorhandenen Graben das Recht hat, auf dessen Ausbesserung zu klagen.⁵⁹ Eine weitere Stelle ist der Situation gewidmet, dass ein Rückstau des Wassers auftritt, weil der Eigentümer des niedriger gelegenen Grundstücks den seit alter Zeit bestehenden Graben nicht gewartet hat.⁶⁰ Paulus gewährt eine Regenwasserabwehrklage mit dem Ziel, dass der Eigentümer den Graben reinige oder

erlaubt sei, zum Beispiel auf deinem Acker Dämme oder Gräben zu haben: wenn dennoch für den Acker eine solche Vorschrift nicht aufgestellt worden sei, so sei die natürliche Lage des Ackers zu beachten. Und immer diene der niedriger gelegene dem höher gelegenen und diesen Nachteil müsse der niedriger gelegene vom höher gelegenen natürlicherweise ertragen und mit einem anderen Vorteil ausgleichen: denn so wie die ganze Fettigkeit des Bodens ihm zulaufe, so fließe auch der Nachteil des Wassers zu ihm herab. Wenn dennoch eine Regelung bezüglich des Ackers nicht gefunden werden kann, so trete die althergebrachte Übung an die Stelle des Gesetzes. Denn vernünftigerweise befolgen wir dasselbe auch bei Dienstbarkeiten, dass, wo keine auferlegte Servitut gefunden werden kann, derjenige, der eine Dienstbarkeit lange in Anspruch genommen hat, und zwar weder gewaltsam noch aufgrund widerruflicher Gewährung noch heimlich, so angesehen wird, als habe er durch langwährende Gewohnheit wie durch Recht eine Dienstbarkeit auferlegt. Wir zwingen also nicht den Nachbarn, Dämme zu bauen, sondern wir werden auf seinem Acker bauliche Maßnahmen ergreifen: und dies wird eine Quasi-Servitut sein, wofür wir eine analoge Klage oder ein Interdikt haben. S. dazu C. Möller, Elemente des römischen Wasserrechts, 2016, S. 24 f. und dies., Die Servituten, 2010, S. 350 ff. mit weiteren Nachweisen.

58 Zum *patientiam praestare* als Rechtsfolge der Klage s. bereits unter III., S. 22.

59 D. 39,3,2,7 Paulus lb. 49 ad edictum.

60 D. 39,3,2,1 Paulus lb. 49 ad edictum: *Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa nec memoriam extare, quando facta est: hanc inferior vicinus non purgabat: sic fiebat, ut ex restagnatione eius aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret aut te pateretur in pristinum statum eam redigere. Bei Labeo wird der Fall*

dass er dem Nachbarn gestatte, den vorherigen Zustand wiederherzustellen. Wenig später nimmt Paulus auf eine Differenzierung Bezug, die Labeo befürwortet hat. Dieser Jurist forderte dazu auf, natürliche Veränderungen mit Gleichmut, *aequo animo*, zu ertragen, also die Verstopfung eines Trocknungsgrabens durch natürliche Einflüsse hinzunehmen. Doch Namusa und der Spätklassiker Paulus befürworteten auch dann, wenn kein menschliches Tun Grundlage des drohenden Wasserschadens ist, die Regenwasserabwehrklage. Paulus beruft sich ausdrücklich auf die *aequitas* und erweist sich damit als Spätsabinianer.⁶¹ Namusa gewährt die Klage mit dem Ziel, dass der Eigentümer die Reinigung durch den Nachbarn dulden muss.⁶²

VII. Perspektiven der Regenwasserabwehr

In den XII-Tafeln ist die Regenwasserabwehrklage ein Element nachbarrechtlichen Rechtsschutzes, das aus der Feldordnung hervorgegangen ist. Es soll eine Ordnung erhalten werden, die spätestens seit der vorklassischen Interpretation prophylaktisch wirkt und dazu dient, Schäden zu vermeiden. In der vorklassischen Interpretation stehen Rücksichtnahmepflichten im Vordergrund, deren Missachtung die Anwendung der Klage zur Folge hat und damit die Wiederherstellung des vorherigen Zustands. Die Abwägung, die einer Anwendung der Klage vorausgeht, berücksichtigt verschiedene Interessen. Neben dem Nutzungsinteresse des Eigentümers kommt auch das Interesse des Nachbarn zum Tragen, keinen Schaden durch eine Wasserableitung tragen zu müssen. Schließlich spielt bei der Gewichtung der Interessen auch eine verbesserte landwirtschaftliche

vorgestellt, dass ein alter Trocknungsgraben vorhanden sei und niemand sich erinnere, wann dieser angelegt wurde. Der niedriger gelegene Nachbar reinigte diesen nicht. So geschah es, dass aufgrund einer Stauung das Wasser unserem Grundstück schadete. Daher sagt Labeo, dass mit der Regenwasserabwehrklage gegen den niedriger gelegenen vorgegangen werden könne, damit dieser entweder selbst den Graben reinige oder dulde, dass du den vorigen Zustand wiederherstellst.

61 C. Möller, Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption, Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, hrsg. von Muscheler, Berlin 2011, 455-468.

62 D. 39,3,2,6 Paulus lb. 49 ad edictum.

Nutzung eine Rolle.⁶³ Damit war die Regenwasserableitung im ländlichen Bereich einer abschließenden Regelung zugeführt. Die vorgegebene Ordnung wurde – anders als im städtischen Bereich, wo der *ambitus* eine gewisse Parallele zur Festlegung von Grenzwegen im ländlichen Bereich aufweist – in der vorklassischen Jurisprudenz nicht für privatrechtliche Gestaltung durch Servituten geöffnet.

Eine solche privatrechtliche Gestaltungsoption entwickelt erst die klassische Lehre nach der Neukonzeption des Servius. Sie nimmt ihren Ausgang bei einem grundstücksbezogenen, räumlich definierten Eigentumsbereich. Alle Aktivitäten auf dem eigenen Grundstück sind zulässig, solange sie nicht zu Immissionen auf einem anderen Grundstück führen. Nur dann bedürfen sie zu ihrer Rechtfertigung einer Servitut. Für die Wasserabwehr bedeutet dies eine Neuorientierung. Das Regime der *actio aquae pluviae arcendae* wird durch die Servituten überlagert. Ist keine Servitut zur Rechtfertigung einer Wasserableitung vorhanden, greift die Regenwasserabwehrklage ein. Die Voraussetzungen sind auch für diese Klage neu bestimmt. Es muss ein mit der Hand errichtetes Bauwerk bzw. eine sichtbare Grundstücksveränderung bewirkt worden sein.

VIII. Zusammenfassung und Schlussbetrachtungen

Auch bei der Schadensabwehr gegen abfließendes Regenwasser, der *actio aquae pluviae arcendae*, wird eine prinzipiell-naturrechtliche Interpretation des Quintus Mucius von einer engen Definition des Tatbestandes bei Servius und seinen Schülern abgelöst.⁶⁴ Gestaltungsspielräume eröffnen in diesem zugleich besitzindividualistischen wie liberalen Konzept die Servituten. Mit einer ausdrücklich eingerichteten Wasserableitungsservitut ist es danach möglich, eine stärkere Beanspruchung des Unterliegergrundstücks zu rechtfertigen als es durch die natürliche Lage vorgegeben ist. Dieses gestalterische Element trifft auf eine vielfältig vorgeprägte Lage. Die natürliche Beschaffenheit der Grundstücke ist der Ausgangspunkt. Doch ist die Natur bereits durch die Anlage der Siedlungen in ein Konzept eingefügt. Es handelt sich um das Konzept der Landvermessung, deren rechtswinklig gezogene Linien ein Schachbrettmuster in der Landschaft erzeu-

63 S. so bereits C. Möller, Die Servituten, 2010, S. 296 f.

64 Zu einem weiteren von zahlreichen Beispielen s. C. Möller, Haftungskonzepte im römischen Deliktsrecht, in: Intelligente Agenten und das Recht, 2016, S. 119 ff.