

I. ROZPRAWY

HANS WIELING (Trier)

Die Entwicklung der Miete zum dinglichen Recht

I. Das Problem. Ob der Miet- und Pachtvertrag, der Leihvertrag oder der Verwahrungsvertrag dem Besitzer ein dingliches Recht verleiht, kann nur nach den Regeln einer bestimmten Rechtsordnung entschieden werden. Für das römische Recht ist es unstrittig, daß die *locatio conductio* dem Mieter bzw. Pächter keine dingliche Rechtsposition verleiht; dasselbe gilt für das *commodatum* und das *depositum*. Anders dagegen das germanische Recht: Nach ihm hat jeder Besitzer, also auch der Mieter, die Gewere und damit einen rechtlichen Schutz gegen Dritte, die sein Recht beeinträchtigen. Der Mieter hat ein dingliches Recht.

Diese rechtliche Bewertung der Besitzüberlassungsverträge hat das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794 aus dem germanischen Recht übernommen: Wer einen schuldrechtlichen Anspruch auf Überlassung einer Sache hat (ein „Recht zur Sache“, *ius ad rem*) und infolgedessen den Besitz der Sache erhält, erwirbt ein dingliches Recht an der Sache, ein *ius in re*, ein „Recht auf die Sache“: ALR I 2 § 123. Ein persönliches Recht enthält die Befugniß, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er etwas geben, leisten, verstatten, oder unterlassen solle. § 124. In so fern dergleichen persönliches Recht das Geben, oder die Gewährung einer bestimmten Sache, zum Gegenstand hat, wird es ein Recht zur Sache genannt. § 125. Ein Recht ist dinglich, wenn die Befugniß zur Ausübung desselben mit einer Sache, ohne Rücksicht auf eine gewisse Person, verbunden ist. § 127. Dergleichen Rechte, die ihrem Gegenstand nach dinglich sind, heißen Rechte auf die Sache. § 135. Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache.

So wie der Käufer durch den Kaufvertrag einen obligatorischen Anspruch und durch die darauf folgende Übergabe ein dingliches Recht erwirbt, so erhält auch der Mieter durch den Mietvertrag ein schuldrechtliches *Recht zur Sache* und durch die Übergabe der Sache ein dingliches *Recht auf die Sache*, wie das

ALR nochmals betont: ALR I 21 § 2. So weit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze der zu gebrauchenden oder zu nutzenden Sache befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts.

Die Tatsache, daß der Mieter ein dingliches Recht hat, erlaubt es ihm, nicht nur aus dem Mietvertrag gegen den Vermieter vorzugehen; vielmehr kann er auch gegen Dritte sein dingliches Mietrecht geltend machen, wenn diese es stören, ihm etwa die Sache vorenthalten. Der Anspruch wegen eines solchen dinglichen Rechtes auf Herausgabe gegen einen Nichtberechtigten ist in ALR I 7 § 161 geregelt.

Auch das deutsche BGB von 1900, das sonst weitgehend dem römischen Recht folgt, erkannte ein Bedürfnis, Mieter, Pächter usw. dinglich zu schützen und hat daher die Regelung des germanisch-preußischen Rechts in § 1007 übernommen. Die zweite Kommission dehnte die *actio Publiciana* des Ersatzungsbesitzers auf alle Besitzer mit Recht zum Besitz aus und verdinglichte auf diese Weise die Position des Mieters, des Entleihers usw., weil ein Bedürfnis bestehe, solche Besitzer zu schützen: *Der Beschluß beruhte auf folgenden Erwägungen: ... Der Antrag 3 gestalte den publizianischen Anspruch des Entwurfs zu einem Anspruch aus früherem Besitz gegen den Schlechterberechtigten um. Der Anspruch solle auch dem Miether, dem Finder usw. zustehen. Er schließe sich im Wesentlichen an das preußische Recht an. Dieser verallgemeinerte Anspruch entspreche einem vorhandenen Bedürfnisse. Er werde weder durch die beschlossene Eigentumsvermutung noch durch die dem Besitzer zustehenden Ansprüche aus dem Besitze, der Bereicherung oder unerlaubten Handlung entbehrlich¹.*

Für das preußische Recht galt also das Prinzip des *numerus clausus* der dinglichen Rechte nicht. Jeder Besitz, der aufgrund eines Anspruchs auf eine Sache erlangt wird, begründete ein dingliches Recht. Das Prinzip des *numerus clausus* der Sachenrecht ist in neuerer Zeit aber auch für das römische Recht angezweifelt worden, mit gutem Grund². Das römische Recht hat sich fortentwickelt und im Laufe dieser Entwicklung auch immer wieder neue dingliche Rechte geschaffen, wobei hier nur auf die Entstehung des *pignus*, des *usus*, der *superficies* und der *emphyteusis* hingewiesen sein soll. Zutreffend hat freilich der Kollege Corbino in einem Vortrag³ zum gleichen Thema darauf hingewiesen, daß man in einer Rechtsordnung, der nicht eine Kodifikation zugrunde liegt, die vielmehr durch Gewohnheitsrecht und Juristenrecht getragen wird, ohnehin nicht gut von einem *numerus clausus* dinglicher Rechte sprechen kann. Denn welche Schranke kann den Kreis zulässiger dinglicher

¹ Protokolle der 2. Kommission in: Mugdan, Benno, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* 3 (1899), 698 f.

² Vgl. Giuffré, Vincenzo, *L'emersione dei „iura in re aliena“ ed il dogma del 'numero chiuso'*, 1992, passim.

³ Im Dezember 1994 in Warschau bei der Gedächtnisfeier für den verstorbenen Kollegen Kupiszewski.

Rechte begrenzen in einem sich gewohnheitsrechtlich weiter entwickelnden Recht? Zu Recht weist er darauf hin, daß die römischen Juristen den Kreis der dinglichen Rechte in gleicher Weise vergrößert haben, wie sie dies auch bei den klagbaren *actiones in personam* getan haben.

Hier geht es nicht um die Frage des *numerus clausus* im römischen Recht. Es geht um die verwandte, aber doch nicht damit identische Frage, ob und warum die Römer dem Mieter, Pächter, Entleihern usw. die Position eines dinglich Berechtigten verweigert haben.

II. Die Bestimmung des dinglichen Rechts. Dingliche Rechte sind im römischen Recht zunächst alle Rechte, die durch eine *actio in rem* geschützt sind, also das Eigentum (*rei vindicatio*), der Ersitzungsbesitz (*actio Publiciana*), die Servituten (*vindicatio servitutis*), Nießbrauch (*vindicatio ususfructus*), das Pfandrecht (*actio Serviana*), ferner das spätrömische Erbbau- und Erbpachtrecht, die ebenfalls eine *actio in rem* gewähren.

Meine Frage geht dahin, ob diese anerkannten dinglichen Rechte einen abgeschlossenen Kreis bilden oder ob auch andere Rechtsverhältnisse, wie etwa die Miete, dingliche Rechte begründen oder zumindest dingliche Wirkungen haben können. Zur Beantwortung dieser Frage hilft die obige Aufzählung nicht weiter, denn dingliche Rechte können auch durch *actiones in personam* geschützt sein, etwa durch die *actio legis Aquiliae*. Erforderlich ist vielmehr eine Begriffsbestimmung des dinglichen Rechts. Ein dingliches Recht ordnet eine Sache dem Vermögen einer bestimmten Person zu⁴: Ulpian D 4, 2, 9, 6: ... *in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius.*

Durch diese Zuordnung erhält der dinglich Berechtigte ein Zugriffsrecht auf die Sache: Er kann gegen jeden beliebigen Dritten, der ihn im Gebrauch und Besitz der Sache stört, gerichtlich vorgehen und auf Unterlassen, auf Rückgabe oder auf Schadensersatz klagen. So bestimmt etwa § 903 des deutschen BGB, der Eigentümer sei berechtigt, „mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen“.

Obligatorische Rechte dagegen richten sich nur gegen den Vertragspartner und Schuldner. Sie ordnen die betroffene Sache nicht dem Vermögen des Gläubigers zu und geben ihm kein Zugriffsrecht auf die Sache, mag sich der Anspruch auch auf das Überlassen einer Sache richten. Der Käufer etwa kann nur vom Verkäufer das Überlassen der Sache verlangen, nicht etwa von einem Dritten, bei dem sich die Sache befindet. Beschädigt oder zerstört ein Dritter die Sache, so hat der Käufer keinen Schadensersatzanspruch gegen den Täter; ihm steht nur eventuell ein Anspruch gegen seinen Vertragspartner, den Verkäufer, zu.

Miete, Pacht, Leih und Verwahrung begründen nach allgemeiner Ansicht im römischen Recht keine dinglichen Rechte, weil sie einen Anspruch allenfalls

⁴ Vgl. Wieling, *Sachenrecht I* (1990) § 1 II 2 a.

gegen den Vertragspartner geben; einen Anspruch gegen Dritte geben sie nicht. Es gibt im römischen Recht vielmehr nur die oben genannten dinglichen Rechte, andere Rechtsinhaber sind nicht gegen Dritte geschützt. Das ist immerhin überraschend. Der deutsche Gesetzgeber erkannte im Gefolge des ALR ein Bedürfnis, auch Mieter, Pächter usw. dinglich zu schützen und regelte diesen Schutz in § 1007 BGB. Haben die Römer die Schutzwürdigkeit dieser Besitzer verkannt oder wollten sie sie aus irgendeinem Grund nicht schützen? Sahen sie sich möglicherweise gehindert, den Mieter oder Entleiher usw. gegen Dritte zu schützen? Wie kann der Mieter eine Klage gegen einen Dritten haben, wenn die Klage aus der Miete, die *actio conductio*, ausdrücklich den Vermieter als Anspruchsgegner nennt: *quod AA de N° N° rem conduxit*. Oder haben sie ihnen am Ende doch dinglichen Schutz angedeihen lassen?

III. Der Mieter und sein Erbe. a. Mit dem Erbfall gehen die Rechte des Erblassers auf den Erben über. Der Erbe erwirbt die dinglichen Rechte und die Forderungen, welche bisher dem Erblasser zustanden. Hatte der Erblasser eine Sache gemietet, so hat der Erbe den Anspruch auf Überlassung der Sache gegen den Vermieter. Er hat kein dingliches Recht an der gemieteten Sache, ebenso wenig wie der Erblasser es hatte, denn in das Vermögen des Erblassers und in den Nachlaß gehört nicht die gemietete Sache, sondern lediglich der Anspruch gegen den Vermieter.

In den Nachlaß gehören zunächst die Sachen, welche dem Erblasser zu eigen waren, die *res hereditariae*. Ulpian D 5, 3, 18, 2. *Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione. et placuit universas res hereditarias in hoc iudicium venire.*

Aber auch Sachen, die dem Erblasser nicht gehörten, an welchen ihm aber ein dingliches Recht zustand, gehören in den Nachlaß. Sachen etwa, an denen der Erblasser ein Pfandrecht oder einen Ersitzungsbesitz hatte, hat der Erbe in seinem Vermögen. Der Erbe hat an diesen Sachen durch den Erbfall ein dingliches Recht erworben, so daß er gegen jeden Dritten vorgehen kann, der ihm diese Sachen vorenthält.

Daß Ulpian aber dem Erben das gleiche Recht zugesteht wegen einer geliehenen oder in Verwahrung genommenen Sache, so daß er sie von jedem Dritten heraus verlangen kann, der sie ihm vorenthält, muß überraschen: Paulus D 5, 3, 19 pr. *et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve. et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, ut et hereditatis petitione contineatur, sicut illae quarum nomine Publiciana competit. sed licet earum nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos pertinet, aequum est eas restitui.*

Der Erbe kann geliehene oder hinterlegte Sachen mit der *hereditatis petitio* auch bei Dritten (Erbstschaftsbesitzern) verfolgen, eine erstaunliche Entscheidung. Denn während der Erblasser selbst nur einen schuldrechtlichen Ansp-

ruch gegen den Verleiher oder Hinterleger hatte, hat der Erbe einen Anspruch auch gegen Dritte, was mit nur einer dinglichen Position des Erben erklärt werden kann. Wie aber soll das möglich sein, da doch der Erblasser dem Erben nicht mehr Rechte verschaffen kann, als er selber hatte? *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet!*

b. Dem Erben wird freilich nicht eine spezielle *actio in rem* zugestanden, sondern die *hereditatis petitio*. Man könnte also meinen, es sei nicht weiter erstaunlich, daß sie auch gegen beliebige Dritte gegeben werde, da doch die *hereditatis petitio* eine *actio in rem* sei⁵. Aber der Erbfall gibt dem Erben kein Recht, auch kein dingliches, das nicht auch der Erblasser schon gehabt hätte. Auch mit der *hereditatis petitio* kann der Erbe nur die Rechte geltend machen, die sich im Nachlaß befinden, nicht mehr. Aus dinglichen Rechten kann der Erbe gegen jeden Erbschaftsbesitzer vorgehen, aus Forderungen gegen den Schuldner. Auch die *hereditatis petitio* erlaubt es dem Erben nicht, aus schuldrechtlichen Forderungen gegen Dritte vorzugehen. Hatte der Erblasser eine Sache gekauft, so kann der Erbe gegen den Verkäufer die *actio empti* anstrengen und auch die *hereditatis petitio*, wenn der Verkäufer behauptet, selbst Erbe zu sein und daher nichts zu schulden⁶. Einen Dritten, der Eigentümer oder Besitzer der Sache ist, kann der Erbe weder mit der Kaufklage noch mit der Erbschaftsklage belangen.

Und es reicht auch keinesfalls jeder Besitz des Erblassers an einer Sache, um die *hereditatis petitio* zu begründen. Hatte der Erblasser eine Sache etwa gestohlen, so gehört sie nicht zum Nachlaß, sie war weder im Vermögen des Erblassers noch ist sie im Vermögen des Erben. Kommt sie an einen Erbschaftsbesitzer, so kann der Erbe sie nicht mit der *hereditatis petitio* heraus verlangen. Unser Text zeigt, daß ein Recht auf die Sache schon erforderlich ist, um die *hereditatis petitio* auszulösen, sei es auch nur das Recht eines Mieters, Verwahrers oder Entleihers.

c. Es bleibt also dabei, daß die römischen Juristen die rechtliche Situation eines Mieters, Entleihers usw. und die seines Erben unterschiedlich bewerten. Der Mieter hat einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Vermieter, der Erbe des Mieters hat mit der *hereditatis petitio* einen dinglichen Anspruch auch gegen Dritte. Und warum dieser Zuwachs von Rechten beim Erben des Mieters? *aequum est, quia periculum earum rerum ad heredem pertinet*. Der Erbe trägt die Gefahr der Sache. Er trägt einmal die Nutzungsgefahr, weil er die Sache nicht nutzen kann, während sie in fremdem Besitz ist; er trägt aber auch die Haftungsgefahr, weil er (möglicherweise) dafür haftet, daß er die Sache dem Vertragspartner zurückgeben muß.

⁵ Vgl. Kaser, *Das römische Privatrecht I* (2. Aufl. 1971)§ 182 I 1.

⁶ D 5, 3, 13, 15 - I. 15; h.t. I. 42.

Diese Argumentation leuchtet allerdings nur beim Entleiher ein, der ein Nutzungsrecht an der Sache hat und gemäß der *custodia*-Haftung für die Rückgabe einsteht. Dagegen hat der Verwahrer kein Nutzungsrecht und seine Haftung ist auf *dolus* beschränkt, so daß weder sein Nutzungs- noch sein Haftungsinteresse relevant sein kann. Die Begründung für den dinglichen Schutz des Erben eines Verwahrers kann daher nicht überzeugen, zumindest nicht in dieser Allgemeinheit.

Was ist also der Grund dafür, zwar nicht dem Mieter oder Entleiher, aber doch seinem Erben eine dingliche Position einzuräumen? Der Mieter, der für die Nutzungsmöglichkeit gezahlt hat, der Entleiher, der eine kostenlose Nutzungsmöglichkeit erlangt hat, beide sollen nicht durch Dritte um diesen Vermögensvorteil gebracht werden. Und da der Mieter oder Entleiher auf Rückgabe haftet, so ist es nur billig, wenn er die Sache von einem Dritten, der sie ihm vorenthält, heraus verlangen kann. Und dennoch erscheint diese Argumentation höchst eigenartig. Denn vor den genannten Problemen und Gefahren steht ja nicht erst der Erbe des Vermieters, diese Probleme hatte bereits der Mieter selbst. Und die Juristen denken nicht daran, ihm einen Anspruch gegen einen Dritten Besitzer zu geben. Er bleibt auf seinen vertraglichen Anspruch gegen den Vermieter beschränkt. Wieso diese Inkonsistenz?

Die Antwort auf diese Frage liegt auf der Hand. Für die traditionsverhafteten römischen Juristen ist es unvorstellbar, dem Mieter offen eine dingliche Position einzuräumen, ihm eine *actio in rem* auf Herausgabe der Mietsache gegen einen Dritten zuzugestehen. Dagegen stößt es auf wenig Schwierigkeiten, den Anwendungsbereich der *hereditatis petitio* auszudehnen. Auf diese Weise wird verschleiert, daß die Position des Erben des Mieters verdinglicht wird. Die Juristen spüren offenbar das Bedürfnis, auch den Mieter gegen Dritte dinglich zu schützen, wagen das aber nur über den Umweg der Erbschaftsklage zugunsten des Erben des Mieters. Die Schutzwürdigkeit des Mieters wird auf diese Weise anerkannt. Denn daß es das *periculum* des Mieters in gleicher Weise wie das seines Erben ist, wenn er die Sache nicht zurückgeben kann, weil ein anderer sie ihm vorenthält oder beschädigt bzw. zerstört hat, muß nicht erst begründet werden.

d. Da die Juristen einmal dabei sind, über die Ausweitung der *hereditatis petitio* der *aequitas* Geltung zu verschaffen, führen sie den Gedanken noch weiter aus. Paulus D 5, 3, 19, 2. *Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem. veluti si iuraverat defunctus petitoris rem non esse et decesserit, debent hae quoque restituvi.*

Der mit der *rei vindicatio* Verklagte hat vor dem Gerichtsmagistrat den Eid geschworen, die Sache gehöre nicht dem Kläger. Der Beklagte hat also obsiegt und die Sache behalten, ob er ein Recht daran hat, ist völlig offen geblieben. Immerhin hat er nun aus dem Eid gegen den Beklagten ein Zurückbehaltun-

recht⁷. Auch diese sehr unsichere Rechtsposition reicht den römischen Juristen, um dem Erben eine Herausgabeklage gegen jeden Besitzer zu geben, der kein besseres Recht an der Sache nachweisen kann. Auch der Eid ordnet also die Sache in das Vermögen des Besitzers ein, und das verschafft zwar dem Besitzer selbst kein dingliches Recht, wohl aber seinem Erben, so daß er sie von jedem Erbschaftsbesitzer heraus verlangen kann.

IV. Die Verdinglichung der Miete durch Deliktsklagen. Wird eine Sache zerstört oder dem Besitzer entzogen, so kann natürlich nicht jeder Beliebige deswegen einen Anspruch haben. Nur der Inhaber eines dinglichen Rechts kann von jedem, der die Sache beschädigt oder sie ihm vorenthält, Schadensersatz oder Herausgabe verlangen. Denn das dingliche Recht zeichnet sich gerade durch seine Schutz- und Abwehrwirkung auch gegen Dritte aus. „Zweifellos widerrechtlich ist die Verletzung des einem Anderen zustehenden absoluten Rechts. Es liegt im Begriffe eines solchen subjektiven Rechtes, daß jeder Dritte es achten muß und nicht verletzen darf⁸.“

Schadensersatz oder Herausgabe wegen Beschädigung oder Entziehung einer Sache kann auch derjenige verlangen, der nur einen obligatorischen Anspruch auf Übergabe der Sache hat, etwa der Käufer der Sache oder der Mieter, der sie angemietet hat. Der Anspruch auf eventuellen Schadensersatz stützt sich in diesem Fall auf die Verletzung des Herausgabeanspruchs und richtet sich ausschließlich gegen den Vertragspartner. „Widerrechtlich ist auch die Verletzung eines Rechts aus einem Schuldverhältnisse. Aber wie aus einem solchen nur ein Recht gegen den Schuldner entsteht, so kann auch nur der Schuldner einer Verletzung dieses Rechtes sich schuldig machen. Diese Rechtsverletzung ist überhaupt nicht Gegenstand der Vorschriften über die Schuldverhältnisse aus unerlaubter Handlung⁹.“

Es soll nun geprüft werden, ob das römische Recht dem Mieter einer Sache eine dingliche Rechtsposition einräumt, indem es ihm bei Beschädigung oder Entziehung der Mietsache durch Dritte Ansprüche gegen diese gibt. Ein solcher Schutz ist nicht zu erwarten, da doch der Mietvertrag dem Mieter anerkanntermaßen keine dingliche Position verschafft.

a. Prüfen wir nun Klagen wegen Sachbeschädigung, zunächst die *actio legis Aquiliae*. Die Klage steht dem Eigentümer zu, der die Sache *in bonis* hat. Ulpian D 9, 2, 11, 6. *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino.*

Weiter steht die Klage aber auch jedem zu, der ein dingliches Recht daran hat, der die Sache in seinem Vermögen hat. So hat etwa der Nießbraucher die

⁷ D 12, 2, 11 pr.

⁸ Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888) Bd. II 726.

⁹ Motive II 727.

actio legis Aquiliae, selbst gegen den Eigentümer, der die Sache beschädigt: Ulpian D 9, 2, 11, 10. *An fructuarius et usurarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat. et ego puto melius utile iudicium ex haec causa dandum.* Paulus h.t. l. 12. *sed et si proprietatis dominus vulneravit servum vel occiderit, in quo ususfructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum ...*

In gleicher Weise wird die Klage dem Ersitzungsbesitzer und dem Pfandgläubiger gegeben. Ulpian h.t. 17. *Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.*

Solche Inhaber beschränkter dinglicher Rechte erhalten einen Anspruch gegen den Verletzten, und zwar eine analoge, speziell hierfür geschaffene *actio legis Aquiliae utilis*, da die *actio legis Aquiliae* selbst ursprünglich nur für den Eigentümer selbst vorgesehen war.

Dem Mieter oder Entleiher dagegen steht die *actio legis Aquiliae* nicht zu, er hat kein dingliches Recht an der gemieteten Sache. Er hat nur einen Überlassungsanspruch gegen den Vermieter; und diesen Anspruch kann ein Dritter nicht verletzen. Konsequent wird daher dem Entleiher die *actio legis Aquiliae* versagt, wenn ein Dritter bei ihm die Sache beschädigt oder zerstört. Ulpian D 9, 2, 11, 9. *Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Julianus ait, sed domino eam competere.*

Höchst überraschend ist es jedoch, daß Ulpian die Klage auch einem Pächter, *colonus*, gibt. Ulpian D 9, 2, 27, 14. *Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut havenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinas, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet. nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.*

Jemand hat in Schädigungsabsicht Unkrautsamen auf einen fremden Getreideacker geworfen, er haftet dem Eigentümer mit dem *interdictum quod vi aut clam*, weil er das fremde Grundstück durch die zugefügte Saat verunreinigt hat, aber auch mit der *actio legis Aquiliae in factum*, weil er den Getreideacker verdorben hat. Er haftet aber nicht nur dem Eigentümer, sondern auch dem Pächter, obwohl dieser kein dingliches Recht am Acker hat. Warum Ulpian hier wegen Beeinträchtigung der Mietsache dem Mieter die *actio legis Aquiliae* gegen den Schädiger gibt, im davorstehenden Fall dem Entleiher nicht, kann man nur vermuten. Vielleicht hielt er den Pächter für schutzwürdiger als den Entleiher. Ein dingliches Recht haben beide nicht¹⁰.

¹⁰ Der *colonus* wird hier mit der *actio legis Aquiliae in factum* und mit dem *interdictum quod vi aut clam* als Pächter des Bodens geschützt, nicht etwa als Eigentümer der geernteten Erzeugnisse. Denn das *interdictum quod vi aut clam* wird nur bei Besitzverletzungen an Grundstücken gegeben, nicht wegen Besitzverletzungen an beweglichen Sachen, vgl. Ulpian D 43, 24, 1, 4: *Hoc interdictum ad ea sola opera pertinet, quaecumque in solo vi aut clam fiunt.*

Aber auch der Entleiher bleibt gegen Beschädigungen durch Dritte nicht generell schutzlos. Zwar versagt ihm Ulpian die *actio legis Aquiliae*, Paulus dagegen schützt ihn wie den Inhaber eines dinglichen Rechts gegen Tierschäden: Paulus D 9, 1, 2. *Haec actio (de pauperie) non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, velut ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur, damnum videntur pati.*

Der Entleiher verliert durch die Zerstörung der entliehenen Sache die Gebrauchsmöglichkeit, sein Interesse ist offenbar beeinträchtigt. Der *fullo*, Wäscher, hat zwar kein Gebrauchsinteresse an der übergebenen Wäsche, wohl aber ein Haftungsinteresse — wie auch der vorgenannte Entleiher —, denn er haftet für *custodia*. Insbesondere dieses Haftungsinteresse wird als der entscheidende Gesichtspunkt für die Ausdehnung der *actio de pauperie* auf den Entleiher und den Wäscher angeführt. Die Argumentation erscheint jedoch willkürlich und inkonsequent, denn das Haftungsinteresse des Entleihers bestand auch in der obigen Entscheidung Ulpians, und doch versagt ihm der Jurist die *actio legis Aquiliae*.

Allgemein auf die Gefahrtragung wird abgestellt bei der *cautio damni infecti*, sie wird nicht nur den dinglich Berechtigten zugestanden oder einzelnen persönlich Berechtigten, sondern jedem, der ein Interesse an der Unversehrtheit der Sache hat. Paulus D 39, 2, 28 pr. *Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est.*

Auch der Mieter kann die *cautio damni infecti* verlangen und daraus eventuell Schadensersatz wegen Verletzung seines Mietrechts verlangen: Ulpian D 39, 2, 13, 5. *Vicinis plane inquiline eorum et inquiline uxoribus cavendum esse ait Labeo, item his, qui cum his morentur.*

Der Anspruch wird sogar auf die Ehefrau des Mieters ausgedehnt, ein Gedanke, der im deutschen Recht erst in neuester Zeit als „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ wieder aufgetaucht ist. Der Mieter hat konkludent seine Familienangehörigen mit in den Vertragsschutz einbezogen. Auch hier wird das Mietrecht verdinglicht durch Gewährung von Deliktsklagen gegen Dritte.

b. Anschließend sollen Deliktsklagen wegen Sachentziehung durch Dritte geprüft werden. In Betracht kommt etwa die *actio quod metus causa*. Paulus D 4, 2, 21, 2. *Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur. aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest. abest autem nuda possessio cum suis fructibus.*

Ein Fremdbesitzer hat infolge einer Erpressung (*metus causa*) ein Grundstück übergeben. Bei der Berechnung des Schadens ist nicht der Wert des Eigentums anzusetzen, vielmehr der Wert, den der Besitz des Grundstücks für den Besitzer hatte. Es geht dabei nicht um das Haftungsinteresse, sondern um das Nutzungsinteresse des Mieters, Pächters oder Entleihers. Dieses Interesse wird bei der Schadensberechnung zugrunde gelegt. Der Text zeigt,

daß die Deliktsklage nicht nur den Eigentümer oder dinglich Berechtigte schützt, welche die Sache in ihrem Vermögen haben, sondern auch etwa den Mieter, dessen Position auch hier verdinglicht wird.

Während mit der *actio legis Aquiliae* und der *actio quod metus causa* der Sachwert verfolgt wird¹¹, eventuell zusammen mit einem Strafzuschlag, wird bei anderen Strafklagen nur eine Strafe verfolgt; für die Herausgabe der Sache bzw. des Sachwerts ist eine weitere Klage zuständig. Das ist der Fall bei der *actio furti* und bei der *actio bonorum vi raptorum*, bei welcher der bestohlene oder beraubte Eigentümer neben der Strafklage noch die sachverfolgende *rei vindicatio* oder die *condictio furtiva* geltend machen kann. Da es bei diesen Strafklagen nicht um die Verfolgung eines dinglichen Rechts geht, sondern um reine Strafklagen, ist es weniger auffällig, wenn sie auch dem Mieter usw. gegeben werden, der kein dingliches Recht an der Sache hat. Immerhin tritt aber auch auf diese Weise durch den Schutz gegen Dritte eine Verdinglichung des Mietrechts ein.

a. Die *actio furti* wird jedem zugestanden, der ein berechtigtes Interesse daran hat, im Besitz der Sache zu bleiben. Paulus D 47, 2, 11. *Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest.*

Weil das so ist, bleibt die sachverfolgende *condictio furtiva* allen verschlossen, die kein dingliches Recht an der Sache haben. Ulpian D 13, 1, 1. in *furtiva re soli domino condictio competit. h.t. l. 12, 2: Neratius libris membranarum Aristonem existimasse refert eum cui pignori res data sit, incerti condicione acturum, si ea subrepta est.*

Dem Mieter steht die *condictio furtiva* nicht zu. Er ist gegen Diebstahl und Unterschlagung durch die *actio furti* hinreichend geschützt. Ulpian D 47, 2, 14, 16. *puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subrepta sint, omnibus furti actiones competere. condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.*

Die *actio furti* steht dem *fullo* zu, weil er dem Auftraggeber wegen *custodia* haftet: Ulpian D 47, 2, 12 pr. *Itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit. praestare enim custodiam debet, si autem solvendi non est, ad dominum actio reddit, nam qui non habet quod perdat, eius periculo nihil est*¹².

Nur wenn der *fullo* zahlungsunfähig ist und deswegen ohnehin nichts zu verlieren hat, steht ihm die *actio furtiva* nicht zu.

Auch der *colonus*, Pächter, hat die *actio furti*: Ulpian 47, 2, 14, 2. *Praeterea habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint, quia interest eorum.*

Ebenso der Mieter, Gaius D 19, 2, 6. *Is qui rem conduxit non cogitur restituere id quod rei nomine furti actione consecutus est.*

Allerdings gilt das letztere nur, wenn der Diebstahl durch eine *culpa* des Mieters ermöglicht wurde. D 47, 2, 14, 12. *Quod si conduxit quis, habebit furti actionem, si modo culpa eius subrepta sit res.*

¹¹ Vgl. Ulpian D 4, 2, 9, 6.

¹² Vgl. auch Ulpian D 47, 2, 48, 4.

Auch hier wird es auf die konkrete Situation abgestellt, ob also der Mieter durch den Diebstahl einen Nachteil erleidet.

Dem Prekaristen sowie dem Entleiher steht die *actio furti* ebenfalls zu, soweit et deswegen haftet¹³.

Fraglich ist, ob dem Verwahrer die Klage zuzugestehen ist, da er nur haftet, wenn er dolos die Sache verliert oder nicht herausgibt. Ulpian D 47, 2, 14, 3. *Is autem, apud quem res deposita est, videamus, an habeat furti actionem. et cum dolum dumtaxat praestet, merito placet non habere eum furti actionem. quid enim eius interest, si dolo careat? quod si dolo fecit, iam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.*

Ulpian lehnt das ab, der Verwahrer kann nicht geltend machen, er habe ein Haftungsinteresse, da er infolge dolosen Verhaltens haftet; er kann sich nicht auf den eigenen *dolus* berufen.

β. Noch weiter als bei der *actio furti* wird der Kreis der Berechtigten bei der *actio bonorum vi raptorum* gezogen. Die Klage geht auf vierfachen Wertersatz und war ursprünglich straf- und zugleich auch sachverfolgend. Seit der Hochklassik aber ist sie nach dem Vorbild der *actio furti* nur noch strafverfolgend, so daß daneben die *rei vindicatio* oder die *condictio furtiva* gegen den Täter angestrengt werden kann¹⁴.

Auch die *actio vi bonorum raptorum* steht jedem zu, der ein rechtliches Interesse an der Sache geltend machen kann. Ulpian D 47, 8, 2, 22. *In haec actione non utique spectamus rem in bonis actoris esse. sive in bonis sit sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum haec actio habebit. quare sive commodata res sit sive locata sive etiam pignerata proponatur sive deposita apud me sic, ut intersit me eam non auferri, sive bona fide a me possideatur, sive usum fructum in ea habebam vel quod aliud ius, ut intersit mea non rapi: dicendum est competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus, sed illud solum, quod ex bonis meis, hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur.*

Der Kläger muß die Sache nicht *in bonis* haben, er muß auch kein dingliches Recht daran haben, es genügt, daß die Sache *ex bonis* des Klägers ist, *ex substantia eius*, d.h. ganz allgemein aus seinem Vermögen. *Ex bonis* ist auch eine Sache, auf deren Überlassung der Besitzer lediglich einen Anspruch hat. Im Vermögen des Besitzers ist zwar nicht eigentlich die Sache selbst, sondern nur der obligatorische Anspruch gegen den Eigentümer auf Überlassen der Sache. Immerhin ist aufgrund des obligatorischen Anspruchs wirtschaftlich der Nutzwert der Sache im Vermögen des Besitzers, die Sache ist *ex bonis eius*.

Den obligatorischen Anspruch auf Überlassen kann freilich ein Dritter nicht verletzen, wohl aber das Objekt des Anspruchs. Wenn er auch den Anspruch nicht verletzen kann, so kann der Dritte doch seinen Wert mindern und seinen Inhalt ändern, durch Zerstörung des Anspruchsobjekts.

¹³ Ulpian D 47, 2, 14, 10. 11. 15.

¹⁴ Vgl. Kaser I § 146 II.

Die *actio vi bonorum raptorum* steht neben dem Eigentümer dem Pfandgläubiger und dem Nießbraucher zu, dem Ersitzungsbesitzer (*bonae fidei possessor*), weiter dem Mieter, dem Entleiher und auch dem Verwahrer. Sie steht dem Besitzer also in allen Fällen zu, in welchen bei heimlicher Entziehung die *actio furti* gegeben wäre, was beim Verwahrer problematisch war¹⁵. Ulpian D 47, 8, 2, 23. *Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem. dicet aliquis: adquin ob rem depositam furti actionem non habemus, sed ideo addidi „si intersit nostra non esse raptam“, nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.*

Der Verwahrer hat die *actio furti* nur, wenn er für den Verlust der Sache über seinen eigenen *dolus* hinaus auch für *culpa* haftet, weil er eine solche Haftung durch besondere Abrede übernommen hatte. Aber die *actio bonorum vi raptorum* soll noch über diesen Fall hinaus angewandt werden. h. l. § 24. *Utilius dicendum est, et si cessen actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem, quia non minima differentia est inter eum, qui clam facit, et eum, qui rapit, cum ille celet suum delictum, hic publicet et crimen etiam publicum admittat. si quis igitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem.*

Beim Raub soll also als Strafe jedes noch so geringe Interesse ausreichen, dem Besitzer die Strafklage zuzugestehen. Man kann sich also vorstellen, daß allein schon ein geringes Prozeßrisiko genügen könnte, um die *actio bonorum vi raptorum* für den Verwahrer zu begründen, oder der Raub einer ganz geringwertigen Sache.

γ. Zur Begründung der *actio furti* und der *actio bonorum vi raptorum* reicht nicht irgend ein beliebiges Interesse des Verletzten aus, es geht dabei grundsätzlich allein um das Haftungsinteresse. Andere Interessen können mit der sachverfolgenden *rei vindicatio* oder *condictio furti* verfolgt werden. Ulpian D 47, 2, 14, 10. *neque enim, inquit (Julianus), is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit. quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat.*

Daher steht dem *pater familias*, dessen Sohn eine Sache entliehen hat und dem sie gestohlen wurde, die Diebstahlsklage nicht zu. Er hat durchaus ein wirtschaftliches Interesse daran, daß seinem Sohn und damit ihm die Nutzungen der geliehenen Sache erhalten bleiben, zur Begründung der *actio furti* reicht das aber nicht aus. Da es nur um das Haftungsinteresse geht, geht es beim Schadensersatz immer um den Wert der Sache selbst, wie ihn auch der Bestohlene bzw. Beraubte dem Eigentümer ersetzen muß. Er ist beim *furtum manifestum* und beim Raub vierfach zu ersetzen, beim *furtum nec manifestum* doppelt.

Bisweilen freilich geht es auch bei der Berechnung der Strafe in der *actio furti* bzw. *bonorum vi raptorum* um ein anderes, eingeschränktes Interesse. So

¹⁵ Vgl. D 47, 2, 14, 3, oben S. pageref furtum 14 .

gibt zwar Paulus dem bestohlenen Pfandgläubiger einen Anspruch auf den ganzen Sachwert¹⁶, Ulpian dagegen gesteht ihm nur einen Wert bis zur Höhe der gesicherten Forderung zu¹⁷; daneben steht die Klage dem Eigentümer zu¹⁸. Der Nießbraucher erhält einen Anspruch auf das Nutzungsinteresse oder auf ein sonstiges Interesse, nicht aber ohne weiteres auf den Sachwert; neben dem Nießbraucher kann der Eigentümer auf sein Interesse wegen der entzogenen Sache geltend machen¹⁹.

Die *actio furti* steht auch dem gutgläubigen Besitzer zu, er kann sie in Höhe seines Besitzinteresses geltend machen, der Eigentümer in Höhe des Sachwertes²⁰. Wird allerdings die Sache dem gutgläubigen Besitzer vom Eigentümer entwendet, so kann er kein Interesse geltend machen, da er ja verpflichtet war, die Sache an den Eigentümer herauszugeben²¹.

Dagegen steht die *actio furti* nicht zu dem Dieb, der seinerseits bestohlen wird. Der bestohlene Dieb mag zwar ein Haftungsinteresse haben, aber das kommt nicht in Anschlag, denn es beruht nicht auf einer *causa honesta*. Pomponius D 47, 2, 77, 1. *Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset. Haec Quintus Mucius refert et vera sunt. nam licet intersit furis rem salvam esse, quia condicione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest.*

Das bloße Haftungsinteresse reicht also keinesfalls aus, die *actio furti* zu begründen, mag es auch bisweilen als Argumentationshilfe herangezogen werden. Erforderlich ist vielmehr ein Recht an der Sache oder zumindest eine obligatorische Berechtigung, welche nach römischer Auffassung also auch eine Klage gegen einen Dritten begründen kann.

Das gilt ganz allgemein für jeden bösgläubigen Besitzer, da er keinerlei Recht an der Sache haben kann. Der gutgläubige Besitzer dagegen hat als Ersitzungsbesitzer an Recht an der Sache. Ulpian D 47, 2, 12, 1. *Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit. sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonaे fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur.*

c. Der nur obligatorisch Berechtigte, der Mieter, Pächter usw. werden im römischen Recht also durch Deliktsklagen gegen Dritte geschützt, wodurch ihr Recht im Ergebnis verdinglicht wird. Aus den Quellen lässt sich entnehmen, daß der Schutz beim Mieter und Pächter regelmäßig gewährt wird, während

¹⁶ Paulus D 47, 2, 15 pr.; h.t. l. 88.

¹⁷ Ulpian D 47, 2, 14, 5 - 7.

¹⁸ Ulpian D 47, 2, 12, 2.

¹⁹ Ulpian D 47, 2, 46, 1.

²⁰ Iavolen D 47, 2, 75.

²¹ Paulus D 47, 2, 54, 4.

dem Entleiher der Schutz der Schutz mit der *actio legis Aquiliae* von Ulpian versagt wurde, während ihm Paulus mit *actio de pauperie* schützen wollte. Als Grund für den Schutz wird das Interesse des berechtigten Besitzers genannt, das auf der Gefahrtragung für die Sache beruht. Dabei kann man die Nutzungsgefahr und die Haftungsgefahr unterscheiden, beide Arten der Gefahr spielen eine Rolle.

V. Die Verdinglichung durch Besitzklagen. Die Verdinglichung einer Rechtsposition kann auch durch Besitzinterdikte geschehen, wenn aus ihnen nämlich ein Schadensersatz gewährt wird. Solange es um die Rückgabe einer entzogenen Sache oder die Unterlassung von Störungen geht, kann der bloße Besitz der Grund der Klage sein. Einen Anspruch auf Schadensersatz dagegen kann der bloße Besitz nicht begründen, da er keinerlei Vermögenswert hat. Denn die Sache selbst sowie alle daraus gezogenen Vorteile und Nutzungen muß ein solcher Besitzer an den Eigentümer herausgeben. Den Aktiva des Habens und Nutzenkönnens stehen also gleichhohe Passiva entgegen, so daß per saldo der Besitzer keinen Vermögensvorteil aus dem Besitz hat. „Der Besitzverlust kann eine Vermögensverringerung von verschiedenartigem Betrage auch einschließen, wenn der Verlierer Nichteigentümer war; aber irgend ein rechtliches Interesse am Besitz, Pfandrecht, Zurückbehaltungsrecht und auch Schadensersatzpflicht bei eintretender Unmöglichkeit der Rückgabe an den eigenen Gewährsmann muß er nachweisen. Der nackte Besitz eines erweislichen Nichteigentümers, welcher gar kein solches Interesse klarlegen kann, hat keinen Vermögenswert²².“

Ein Vorteil kann dem Besitzer nur aus dem Recht zum Besitz erwachsen, auf Grund dessen er berechtigt ist, die Sache zu haben und zu nutzen. Wird bei einem Interdikt der Wert des Besitzes in Geld veranschlagt, so kann es nur um den Wert des Besitzrechtes gehen, um das Recht zum Besitz des Eigentümers, des Nießbrauchers, aber auch des Mieters oder Pächters. Schützt man dieses Interesse des Mieters gegen Dritte, so verdinglicht man seine Rechtsposition.

Besitzinterdikte schützen den Besitz, Besitzschutz führt aber zu Rechtsschutz, wenn die Verurteilung auf Geld geht. Das ist etwa der Fall beim *interdictum de vi et de vi armata* bei gewaltsafter Vertreibung von einem Grundstück. Es steht dem *possessor* zu, im wesentlichen also dem Eigenbesitzer. Ulpian weitet es jedoch aus und gesteht es auch dem zu, der lediglich die *possessio naturalis* hat. Ulpian D 43, 16, 1, 9. *Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat. nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet.*

Dennoch versagt er es dem Mieter oder Pächter, Ulpian D 43, 16, 1, 10. *Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti. non*

²² Johow, *Entwurf eines bürgerlichen Rechts für das Deutsche Reich, Sachenrecht* (1880), 736.

tamen si colonus, obwohl doch die Detention eines Mieters, Pächters, Entleihers oder Verwahrers einen Fall der *naturalis possessio* darstellt²³.

Andererseits wenden jedoch Marcellus und Papinian das *interdictum unde vi* auch auf den colonus, also den Pächter an. Marcellus D 43, 16, 12. *Colonus eum, cui locator vendiderat, cum is in possessionem missus esset, non admisit. deinde colonus vi ab alio deiectus est. quaerebatur, quis haberet interdictum unde vi. dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore*²⁴.

Nach dieser Ansicht kann also der Pächter (und wohl auch der Mieter, vielleicht auch der Entleiher und Verwahrer) von einem Dritten, der ihn aus dem Grundstücksbesitz verdrängt hat, Rückgabe oder Schadensersatz verlangen. Bei der Berechnung des Schadensersatzes ist der Wert des durch den Sachentzug vereitelten Pachtrechts zu schätzen; dieses ist damit verdinglicht.

Auch das *interdictum quod vi aut clam* schützt den Besitzer eines Grundstück gegen gewaltsame oder heimliche Einwirkungen auf das Grundstück. Es wird jedem gegeben, der Interesse hat an der Unversehrtheit des Grundstücks. Ulpian D 43, 24, 11, 10. *Si fundus in diem addictus sit, cui competit interdictum? et ait Iulianus interdictum quod vi aut clam ei competere, cuius interfuit opus non fieri.*

Daher steht das *interdictum quod vi aut clam* auch dem Pächter wegen seines Nutzungsinteresses an dem Grundstück zu²⁵. Venuleius D 43, 24, 12. *Quamquam autem colonus et fructarius fructuum nomine in hoc interdictum admittantur, tamen et domino id competit, si quid praeterea eius intersit.* Ulpian D 43, 24, 19. *Interdictum quod vi aut clam competere filio familias colono arboribus succisis Sabinus ait.*

Die Besitzinterdikte geben also einen Schadensersatzanspruch wegen einer Besitzverletzung. Welchen Wert aber hat der Besitz? Keineswegs ist er mit dem Sachwert gleichzusetzen. Der Schadensersatz ist vielmehr nach dem Wert des Besitzes für den Besitzer zu berechnen: Ulpian D 43, 17, 3, 11. *In hoc interdicto (uti possidetis) condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. „quanti res est“ sic accipimus „quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere.“ Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem existimandam, quanti ipsa res est. sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.*

²³ Julian D 41, 5, 2, 1. *Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.*

²⁴ Vgl. auch Papinian D 43, 16, 18 pr.

²⁵ Vgl. auch oben Seite pageref lollium 10 zu Text Ulpian D 9, 2, 27, 14.

Wie aber ist der Wert des Besitzes zu berechnen? Der reine Besitz ohne Recht zum Besitz, etwa der Besitz des Diebes, Räubers oder sonst eines Bösgläubigen, hat überhaupt keinen Vermögenswert. Wird bei einem Interdikt der Wert des Besitzes in Geld veranschlagt, so kann es nur um den Wert des Besitzrechtes gehen, S. 18.

VI. Die Behandlung der Miete im römischen Recht. Es hat sich gezeigt, daß dem Mieter usw. im römischen Recht in gewissem Rahmen eine dingliche Position eingeräumt wird. Die Verdinglichung geschieht über Deliktsklagen und Besitzklagen gegen Dritte, die als Schadensersatzklagen gewährt werden. Herausgabe kann der Mieter nur bei einer Besitzstörung aufgrund eines Interdikts verlagen, nicht aufgrund des Mietvertrages. Auf diese Weise ist die Tatsache der Verdinglichung unauffällig geblieben, die römischen Juristen haben sich nie dazu durchgerungen, die Stellung eines Mieters oder Pächters offen als dinglich zu bezeichnen, dem Mieter etwa eine *actio in rem*, eine analoge *rei vindicatio* zu geben. Die Quellen zeigen jedoch, daß auch sie das Bedürfnis erkannt haben, den Mieter oder Pächter gegen Dritte zu schützen: Man hält es für *aequum*, für *utile*, einen dinglichen Schutz zu gewähren.

a. Man könnte also annehmen, daß die römischen Juristen sich nicht der Tatsache bewußt waren, mit der Gewährung der Besitz- und Deliktsklagen neue dingliche Positionen zu schaffen, oder daß sie den Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten weniger scharf gesehen haben als wir. Das trifft jedoch nicht zu. Die römischen Juristen haben sehr wohl erkannt, daß sie mit der Zubilligung von Besitz- und Deliktsklagen an obligatorisch Berechtigte deren Stellung verdinglichten und somit das bestehende Recht weiterentwickelten. Ulpian D 43, 18, 1, 1. *Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est. nam si conduxit superficium, ex conducto ... agere cum domino soli potest. enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur. sin autem ab alio prohibeat, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.*

Jemand hat für längere Zeit ein Grundstück gemietet, um darauf ein Gebäude zu unterhalten. Es handelt sich ursprünglich um einen reinen Miet- bzw. Pachtvertrag, der sich jedoch von normalen Mietverträgen hervorhebt durch die Vertragsdauer und durch die Tatsache, daß dem Mieter das Unterhalten eines Gebäudes erlaubt wird. Das bindet den Eigentümer erheblich stärker als eine übliche Miete, sein Eigentum wird auf lange Zeit praktisch ausgehöhlt, ähnlich wie beim Nießbrauch. Es ist daher nicht verwunderlich, daß diese Art von Grundstücksmiete einen eigenen Namen erhielt, *superficies*, und daß sich allmählich besondere rechtliche Regeln dafür entwickeln, die mehr oder weniger von den Regeln der Miete abweichen.

Wird der Mieter vom Vermieter in seinem Recht gestört, so kann er selbstverständlich gegen den Vermieter klagen, er kann von ihm Unterlassung und Beseitigung der Störung verlangen. Wird er von einem Dritten gestört, so kann er gegen diesen eigentlich nicht vorgehen, da der Mieter kein dingliches Recht hat. Der Eigenümer kann ihm seine Klage abtreten und aus dem Vertrag auch dazu gezwungen werden. Ulpian findet es aber bei weitem besser, dem Mieter gegen jeden Dritten das *interdictum de superficiebus* zu geben. Er sieht klar, daß die Erteilung dieses Interdiktenschutzes die Verdinglichung der Miete bedeutet, und daher gibt er dem Mieter weiter eine *actio in rem*, eine *vindicatio utilis*. Es gibt keinen Grund zu zweifeln, daß die römischen Juristen auch in den anderen Fällen der Erteilung des Delikts- und Besitzschutzes gegenüber Dritten die verdinglichende Wirkung erkannt haben. Bei der *superficies* schritt freilich die Verdinglichung schneller fort als bei anderen Miet- und Pachtverhältnissen. Die Juristen gewährten dem *superficiarius* bereits in klassischer Zeit von Fall zu Fall (*causa cognita*) eine dingliche Klage analog der *rei vindicatio*²⁶. In nachklassischer Zeit war die *superficies*, das Erbbaurecht, als dingliches Recht anerkannt.

b. Bei den anderen obligatorischen Überlassungsverträgen hat das römische Recht dieses Stadium nicht erreicht. Sie sind nie als dingliche Rechte anerkannt worden, es wurde ihnen auch nie eine dingliche Herausgabeklage analog der *rei vindicatio* zuerkannt. Daß sie aber verdinglicht waren durch die Zuerkennung der Delikts- und Besitzklagen gegen Dritte, ist nicht zu verken-nen und war auch den römischen Juristen bewußt. Zwar gab es noch vereinzelt Entscheidungen, die sich gegen eine Verdinglichung aussprechen, aus nicht bekannten Gründen, die Mehrzahl der Entscheidungen erkannte die Verding-lichung durch Gewährung der Delikts- und Besitzklagen an. Dabei zeigt ein gewisser Schematismus in der Argumentation, daß die Frage im Grunde bereits entschieden war, wenn etwa Paulus in D 5, 3, 19 (oben S. 5) etwa dem Verwahrer eine dingliche Position einräumt wegen des *periculum*, das er zu tragen habe.

Als Grund dafür, daß es angemessen sei, dem Mieter usw. eine dinglich wirkende Klage zuzugestehen, verweisen die römischen Juristen auf das *periculum* oder das *interesse* des Besitzers. Damit ist einmal das Nutzungsinteresse gemeint, welches der Besitzer an der Sache hat. Wird die Sache beeinträchtigt, etwa durch Beschädigung oder Entzug, so verliert sie an Wert²⁷. Dieses Nutzungsinteresse bestimmt sich nach dem Wert des Besitzrechts, nicht des Besitzes an der Sache. Andererseits wird als Interesse genannt das Haftungsinteresse, daß darin besteht, daß der Besitzer zur Rückgabe der Sache und eventuell zum Schadensersatz verpflichtet ist. Dieses Interesse allein genügt aber nicht, um dinglich wirkende Klagen auszulösen, wie die Fälle des

²⁶ Ulpian / Paulus D 6, 1, 73, 1. 74. 75.

²⁷ Vgl. etwa D 4, 2, 21, 2; D 9, 2, 27, 14.

bösgläubigen Besitzers zeigt. Voraussetzung ist ein Recht zum Besitz, das auch gegeben ist, wenn jemand gutgläubig (als Ersitzungsbesitzer) besitzt.

Die Verdinglichung geschah im römischen Recht nicht anders als später im germanischen und preußischen Recht: Durch Besitzüberlassung aufgrund eines obligatorischen Anspruchs. Der obligatorische Vertrag allein genügt nicht, er gibt nur Rechte gegen den Vertragspartner. Gegen einen Dritten kann der Gläubiger aus dem Vertrag nicht vorgehen, wenn dieser Sache beschädigt oder dem Vertragsschuldner wegnimmt, mag auch das Interesse des Gläubigers dadurch verletzt sein. So steht ihm etwa die *actio furti* nicht zu. Paulus D 47, 2, 13. *Is, cui ex stipulatu res debetur, furti actionem non habet, si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quo minus eam daret.*

Auch dem, der einen Anspruch auf Lieferung der Sache aus einem Vermächtnis hat, wird die Klage abgesprochen, wie der folgende Text am Ende zeigt.

Wird dagegen die Sache aufgrund des Vertrages übergeben, so daß der Mieter usw. die Sache mit Willen des Eigentümers in seinem Gewahrsam hat (*tenet*), so tritt die Verdinglichung ein, der Vertragsgläubiger hat die *actio furti* auch gegen Dritte. Paulus D 47, 2, 86. *Is, cuius interest non subripi, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, id est veluti is cui res locata est. is autem, qui sua voluntate vel etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator ob rem sua culpa subreptam non habet furti actionem. item is, cui ex stipulatu vel ex testamento servus debetur, quamvis intersit eius non habet furti actionem; sed nec is, qui fideiussit pro colono.*

Damit ist die gemeinrechtliche Titulus-Modus-Lehre vorweggenommen, wonach ein dingliches Recht entsteht durch einen Anspruch auf Besitzüberlassung (Titulus) und durch die aufgrund des Anspruchs erfolgende *traditio*. Freilich ist das römische Recht nicht mehr dazu gekommen, die angebahnte Entwicklung zu vollenden und die als schutzwürdig erkannte Position des Mieters allgemein als dingliches Recht anzuerkennen. Dieser letzte Schritt blieb dem germanischen Recht vorbehalten.

VII. Die Miete in den modernen Rechtsordnungen. Das gemeine Recht hat den Stand und die Regeln des römischen Rechts übernommen, die Position des Mieters aber nicht weiter entwickelt. Zu seinem Schutz gegenüber Dritten dienten wie im römischen Recht die Deliktsklagen und die Besitzklagen. Letztere wurden noch ergänzt durch die gemeinrechtliche *actio spolii (condictio ex canone)*, welche jedem Besitzer im weitesten Sinne bei Besitzentzug einen Anspruch auf Rückgabe bzw. Schadensersatz gab.

a. Eng an das römische hat sich das italienische Recht angeschlossen. Der Mieter, *conduttore* usw. wird als Fremdbesitzer, *detentore*, gemäß art. 1168 Absatz 1 und 2 mit der *azione di reintegrazione* possessorial geschützt. Ist die Rückgabe nicht möglich, so geht der Anspruch auf Schadensersatz, der nicht

nach dem objektiven Sachwert, sondern gemäß dem Wert des Besitzes für den Mieter zu berechnen ist, also nach dem Wert seines Mietrechts²⁸. Der Besitz des Mieters wird weiter deliktisch geschützt mit der Klage auf Schadensersatz nach art. 2043. Erforderlich ist danach die schuldhafte Verursachung eines *danno ingiusto*, wobei umstritten ist, wann eine Rechtswidrigkeit der Handlung anzunehmen ist. Jedenfalls liegt sie vor bei einem Eingriff in absolute Rechte, aber auch bei der Verletzung des bloßen Besitzes²⁹.

Ein Herausgabeanspruch gegen Dritte steht dem Mieter wie im römischen Recht nur als possessorischer Besitzanspruch zu, nicht infolge seines Mietrechts.

b. In gleicher Weise behandelt auch das schweizerische Recht den Mieter: Er wird sowohl durch possessorische wie durch deliktische Ansprüche geschützt. Der durch verbotene Eigenmacht gestörte Besitzer kann gemäß Art. 927 Absatz 3 ZGB neben Herausgabe und Unterlassung auch Schadensersatz verlangen. Da der reine Besitz (ohne Recht zum Besitz) keinen Wert hat, muß bei der Wertberechnung das Recht zum Besitz in Anschlag gebracht werden. Deliktisch ist der Mieter gemäß Art. 41 OR gegen jede rechtswidrige Schädigung geschützt. Rechtswidrigkeit ist u.a. gegeben bei Eingriffen in absolute Rechtspositionen, wozu die schweizerische Lehre auch den Besitz zählt³⁰. Einen Herausgabeanspruch gegen Dritte aus dem Mietverhältnis gibt auch das schweizerische Recht dem Mieter nicht.

Eine Besonderheit gilt allerdings für die Grundstücks miete. Das Mietverhältnis kann im Grundbuch vorgemerkt werden und gewinnt dadurch gemäß Art. 260 OR dinglichen Charakter³¹.

c. Das deutsche BGB von 1900 hat in § 1007 die Position eines jeden Besitzers verdinglicht, der aufgrund eines obligatorischen Anspruchs auf Überlassung einer Sache in den Besitz der Sache gelangt war, vgl. oben S. 2. Das dingliche Recht verleiht dem Besitzer auch deliktischen Schutz gemäß § 823 I. Einen *numerus clausus* der dinglichen Rechte gibt es im deutschen Recht aufgrund der Regelung des § 1007 für bewegliche Sachen nicht mehr.

Für Grundstücke gilt § 1007 nicht, was einerseits konsequent ist, weil nach § 873 dingliche Rechte an Grundstücke nur durch dingliche Einigung und Eintragung im Grundbuch entstehen können und Miete und Pacht keine eintragungsfähigen Rechte darstellen. Andererseits hat man aber eine gewisse Verdinglichung der Grundstücks miete dadurch bewirkt, daß ein Mieter bei

²⁸ Vgl. etwa Cian-Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile* (3. Aufl. 1988) N. V vor art. 1168.

²⁹ Cian-Trabucchi art. 2043 N. VII 1.

³⁰ Vgl. etwa OR-Schnyder Art. 41 N. 16.

³¹ Protokolle der 2. Kommission in: Mugdan, Benno, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* 3 (1899), 698 f.

einer Veräußerung des Grundstücks sein Mietrecht auch gegen den Erwerber geltend machen kann, § 571 BGB. Konsequenter wäre es insofern gewesen, den Mietbesitz eintragungsfähig und bei Eintragung zu einem dinglichen Recht zu machen.

d. Das österreichische ABGB von 1812 folgte ursprünglich insofern dem römischen Recht, als es dem Besitzer bei Besitzverletzung gemäß § 339 einen possessorischen Herausgabe- und Schadensersatzanspruch gab. Kam es zum Schadensersatz, so mußte der Wert des Besitzrechts geschätzt werden. Bereits seit der Mitte des 19. Jahrhunderts ist jedoch die Möglichkeit, nach § 339 Schadensersatz zu verlangen, abgeschafft worden³²; seitdem war die Miete ein rein obligatorisches Rechtsverhältnis. Jedoch hat man seit Anfang dieses Jahrhunderts begonnen, Mieter, Pächter und sonstige Sachinhaber kraft obligatorischen Anspruchs gemäß § 372 ABGB zu schützen, d.h. die *actio Publiciana* auch auf sie zu erstrecken³³. Auf diese Weise wird die Miete usw. verdinglicht, so daß dem Mieter auch der deliktische Schutz nach §§ 1293 ff. zusteht³⁴. Im Ergebnis entspricht damit das österreichische Recht dem Stand, den auch der deutsche Gesetzgeber aus dem germanischen und preußischen Recht übernommen hat.

e. Der französische Code civil von 1804 behandelt Miete, Pacht usw. als rein obligatorische Verhältnisse. Zwar gab es zu Anfang des 19. Jahrhunderts eine verbreitete Meinung in Lehre und Rechtsprechung, daß der Mietbesitz ein dingliches Recht sei, doch konnte sie sich nicht endgültig durchsetzen und verschwand um die Mitte des vorigen Jahrhunderts³⁵. Das französische Recht weicht insofern von den anderen Rechtsordnungen des gemeinen Rechts ab³⁶.

Das gilt um so mehr, als es eine Besitzklage nur für Grundstücke gibt, art. 2282 f., und diese Klage nur auf Herausgabe oder Unterlassung geht, nicht aber auf Schadensersatz³⁷; so muß etwa der Mieter bei einer Veräußerung des Grundstücks dem Erwerber nicht weichen. Ausgeglichen werden diese Beschränkungen durch den weiten Deliktsbegriff des Code civil in art. 1382, der auch die Position des Mieters oder Pächters gegen Dritte schützt und damit verdinglicht³⁸.

³² Vgl. Klang-Schey, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (2. Aufl. 1950) § 339 N. 4.

³³ Vgl. dazu insbesondere Apathy, Peter, *Die publizianische Klage* (1981) S. 62 ff, 74 ff.

³⁴ Vgl. Koziol-Welser, *Grundriß des bürgerlichen Rechts* II (9. Aufl. 1991) S. 39; Klang-Spielbüchler, *Kommentar zum ABGB* (1983) § 372 N. 5.

³⁵ Vgl. Ferid-Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht* II (2. Aufl. 1986) 2 J 10.

³⁶ Immerhin gibt es im einzelnen einige Ansätze zur Verdinglichung des Mietbesitzes, vgl. Ferid-Sonnenberger 2 J 11.

³⁷ Ferid-Sonnenberger a.a.O. 3 A 108, 449, 457.

³⁸ Ferid-Sonnenberger a.a.O. 3 A 457.

TRANSFORMATION DU LOUAGE EN UN DROIT DES BIENS

Résumé

On accepte généralement l'idée que le droit romain ne donnait à un locataire qu'une action dirigée seulement contre le loueur, tout en excluant la possibilité d'une action juridique contre un tiers. Comme on se rendait bien compte que les intérêts du locataire sont mal protégés — le droit germanique avait conçu et façonné le louage comme le droit des biens. L'ouvrage tend à prouver que les tendances — jusqu'ici négligées — à assurer à un locataire la protection du droit des biens ont été présentes déjà dans le droit romain lui-même.

Un tel élargissement et une telle transformation de droit ne se faisait pas ouvertement. Parfois même inconsciemment, les juristes romains prenaient en considération les intérêts justifiés du locataire. Par exemple, dans le cas particulier d'un successeur d'au locataire à qui — contrairement à un locataire — on reconnaissait sa prétention à restitution contre un tiers. De plus en plus, les juristes romains protégeaient, aussi le locataire contre la dépossession, contre le dommage, parce que le plus souvent ils accordaient aux locataires les actions des délits et les interdicts à l'égard des tiers.

Les actions ne résultait pas des termes de contrats de louage comme tels, mais elles ne devenaient possibles que parce que l'on traitait le locataire de la même façon qu'un possesseur de droit des biens, tel que, par exemple, propriétaire, usufruitier, gagiste.

Vers le déclin du droit romain les juristes ont pris la conscience que le louage est de fait devenu un droit des biens. Cette évolution n'a pas pu aboutir à une transformation complète, car la science du droit dans l'Empire avait touché à sa fin au III^e siècle.

Avancée mais pas terminée, cette évolution persistait dans les temps du Moyen Age et de la modernité. En Allemagne elle a trouvé un final en ce qui concerne le mobiliers (le paragraphe 1007 de BGB, intercepté du droit germanique et prussien); quant aux biens fonciers — le problème reste ambigu. Le code civil ABGB n'accorde aucune protection à titre du droit des biens des locataires. Par contre, la jurisprudence autrichienne la leur donne, parce qu'elle se sert de l'action Publiciana dans le cas de louage (selon le paragraphe 372 ABGB). D'après le code suisse ZBG il est possible d'inscrire le bail de terre dans un livre foncier et par cela acquérir un droit des biens. La transformation du louage en un droit des biens qui a été entamée dans le droit Romain, a beaucoup progressé, mais elle n'est toujours pas complète.

