

Schriften zur Europäischen
Rechts- und Verfassungsgeschichte

Band 48

Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

JAN DIRK HARKE

Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht

Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte

Herausgegeben von Prof. Dr. Reiner Schulze, Münster
Prof. Dr. Elmar Wadle, Saarbrücken
Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Hamburg

Band 48

Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0937-3365
ISBN 3-428-11641-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit, für deren Aufnahme in die Reihe der Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte ich deren Herausgebern zu Dank verpflichtet bin, ist Schwesterprodukt zu meiner Kommentierung des Pacht- und Landpachtrechts im Münchener Kommentar zum BGB. Es enthält, was in diese nicht gehört: die Dogmengeschichte von Pacht- und Landpachtvertrag sowie die rechtspolitischen Schlußfolgerungen, die sich hieraus ergeben. Sie lauten, auf einen überaus kurzen Nenner gebracht: Der Pachtvertrag des BGB ist ein überflüssiges Institut; die ihm zugewiesenen Vorschriften gehören in das Mietrecht und fehlen dort sogar. Der Landpachtvertrag bietet dagegen ein selbständig brauchbares Regelungskonzept, das sich auch jenseits der Überlassung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke und Betriebe bewährt. Es muß nur von der objektbestimmten Definition des Landpachtvertrags im BGB befreit werden. Regen diese Thesen zum Studium des Folgenden an, hat das Vorwort seinen Zweck erfüllt.

Würzburg, im Januar 2004

Jan Dirk Harke

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Der römische Kolonat zwischen <i>locatio conductio</i> und <i>societas</i>	9
§ 1 <i>Periculum locatoris</i> und <i>remissio mercedis</i>	9
§ 2 <i>Remissio mercedis</i> und <i>obligatio colendi</i>	22
§ 3 <i>Remissio mercedis</i> und <i>ius societatis</i>	30
§ 4 Ergebnisse.....	34

Zweites Kapitel

Pachtvertrag und <i>remissio mercedis</i> in der weiteren Rechtsentwicklung	37
§ 5 Glossatoren und Kommentatoren	37
§ 6 Humanismus, <i>usus modernus</i> , elegante Jurisprudenz	46
§ 7 Die Spätscholastiker	54
§ 8 Die Naturrechtslehrer.....	58
§ 9 Die Naturrechtsgesetzbücher	62
§ 10 Die Pandektistik und das BGB von 1900	71
§ 11 Not- und nationalsozialistisches Pachtrecht.....	80
§ 12 Die Entwicklung seit 1945.....	85
§ 13 Ergebnisse.....	90

Drittes Kapitel

Die Mängel des geltenden Rechts und ihre Überwindung	93
§ 14 Funktionalität der §§ 581 – 597 BGB.....	94
§ 15 Der Anwendungsbereich der §§ 581 – 597 BGB und seine Lücken.....	100
§ 16 Ein neues Regelungsmodell.....	106

Erstes Kapitel

Der römische Kolonat zwischen *locatio conductio* und *societas*

§ 1 *Periculum locatoris und remissio mercedis*

I. Der moderne Begriff der Gefahrtragung beim Pachtvertrag ist geprägt von der Zweiteilung in Mängel des Pachtgegenstands und Nutzungsrisiko. Während das Fruchtziehungsrisiko mangels Vereinbarung eines variablen Pachtzinses allein beim Pächter liegt, hat der Verpächter dafür einzustehen, daß der Pachtgegenstand zu der vertraglich vorgesehenen Nutzung taugt. Die Verpflichtung des Verpächters beschränkt sich so auf die Gewährung der *potestas conducendi*, wie sie auch die römischen Juristen bei der Hausmiete für entscheidend halten:

D 19.2.28.2 Lab 4 post epit a Iav

Idem iuris esse (=mercedem deberi), si potestatem conducendi habebat, uti pretium conductionis praestaret. sed si locator conductori potestatem conducendae domus non fecisset et is in qua habitaret conduxisset, tantum ei praestandum putat, quantum sine dolo malo praestitisset. ceterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse.

Labeo beschäftigt sich nicht nur mit der Haftung des *locator* für die Kosten, die dem *conductor* wegen fehlender Nutzbarkeit des Mietobjekts für die Anmietung einer Ersatzwohnung entstanden sind.¹ Er äußert sich auch zur Gefahrtragung: Die Zinspflicht des *conductor* steht und fällt mit der *potestas conducendi*. Ist sie verschafft, muß auch die *merces* geleistet werden; fehlt sie, fällt mit ihr auch die Zinspflicht aus.

Wie ist die Rechtslage in den Fällen, die wir heute dem Typus des Pachtvertrags zurechnen, also dann, wenn der *conductor* außer zum Gebrauch auch zur Fruchtziehung berechtigt sein soll? Geht die Verpflichtung des *locator* in diesem Fall weiter; oder kommt es für seine Berechtigung zur Gegenleistung auch hier allein darauf an, daß er dem *conductor* die *potestas conducendi* verschafft?

¹ Dazu Kaser, SZ 74 (1957) 160f., Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium*, 1969, S. 121.

So läßt sich jedenfalls ohne weiteres die Entscheidung Afrikans zur *publicatio* eines verpachteten Grundstücks erklären:

D 19.2.33 Afr 8 quaest

Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum coruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui: in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

Auch wenn das volle Verständnis des Textes schwierige Probleme aufwerfen mag,² ist die Grundaussage für das Verhältnis der Leistungspflichten von *locator* und *conductor* klar und für den heutigen Leser keineswegs überraschend: Der *locator*, der dem *conductor* den Fruchtgenuß nicht gewähren kann, weil das verpachtete Grundstück zur *res publica* gemacht worden ist, haftet dem *conductor* auch dann, wenn ihn keine Verantwortung trifft.³ Anders als in dem Fall, daß dem *locator* die Störung im Fruchtgenuß selbst zuzurechnen ist, muß er dem *conductor* allerdings nicht das Interesse ersetzen, das dieser an der Erfüllung der Verpächterpflicht hat. Statt dessen muß er, zumindest nach Ansicht Afrikans, nur auf die Gegenleistung verzichten, indem er den Pachtzins zurückerstattet oder nachläßt.⁴ Diese Lösung fällt nicht aus dem modernen Schema der

² Diese betreffen vor allem die Gefahrtragung im Vergleichsfall der *emptio venditio* und die Frage, worin die *publicatio* besteht; dazu Wacke, ANRW II.15 (1976), S. 456ff., insbesondere S. 466ff., 483ff. Ankum, SZ 97 (1980) 157ff., Pennitz, Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats, 1991, S. 222ff., *Das periculum rei venditae*, 2000, S. 374ff. sowie neuerdings Müller, Gefahrtragung bei der *locatio conductio*, 2002, S. 60ff.

³ Daß diese nicht auf der Abwesenheit von *culpa*, sondern, wie Ankum, SZ 97 (1980) 162 annimmt, auf dem fehlenden Verzugseintritt beruht, kann hier dahinstehen, ist wegen der späteren Klarstellung: *eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim*, aber unwahrscheinlich; vgl. Pennitz, Der Enteignungsfall (Fn. 2), S. 220 Fn. 16.

⁴ Daß dies nicht auch die Ansicht Julians war, vermag ich dem einleitenden Passus: *teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*, nicht zu entnehmen; vgl. Kaser, SZ 74 (1957) 179ff. und Müller (Fn. 2), S. 63ff. gegen Honsell, *Quod interest* (Fn. 1), S. 122ff., Wacke, ANRW II.15, 1976, 478ff. und Ankum, SZ 97 (1980) 161, 176, denen sich auch Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, S. 364 und Pennitz, Der Enteignungsfall (Fn. 2), S. 230ff. anschließen.

Risikoverteilung beim Pachtvertrag heraus: Während der Pächter das Nutzungsrisiko trägt, hat der Verpächter für die Überlassung der Pachtsache und ihre Tauglichkeit zum Fruchtgenuß einzustehen.

In dieses Muster ordnen sich auch scheinbar zwanglos die Klauseln über einen Haftungsausschluß zugunsten des *locator* ein, von denen in Ulpian's Ediktskommentar und in einem hier angebrachten Julianzitat die Rede ist:

D 19.2.9.2, 3 Ulp 32 ed

Julianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse. (§ 3) Si colonis praediorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locator: si vero culpa locatoris, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur.

Nicht mehr mit dem modernen Verständnis vereinbar sind dagegen die Grundsätze, die uns Ulpian an anderer Stelle seines Ediktskommentars bei der Erörterung der *actio ex conducto* mitteilt:

D 19.2.15 Ulp 32 ed

Ex conducto actio conductori datur. (§ 1) Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conductor agetur. (§ 2) Si vis tempestatis calamitosae contingerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incurtus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum colono non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita coouerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit. (§ 3) Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desiderat, ita rescriptum est: 'Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est.' (§ 4) Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis conitgit ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam. hoc idem et in vectigalis damno respondit. sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remisit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remisit? verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari. (§ 5) Cum quidem de fructuum exiguitate quereretur, non esse rationem eius habendam rescripto divi Antonini continetur. item alio rescripto ita continetur: 'Novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.' ... (§ 7) Ubi quae tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua