

42. 1. Ist der im römischen Rechte bestehende Satz, daß die Kautionsleistung demjenigen, welchem in einer letztwilligen Verfügung der Nießbrauch vermacht ist, vom Testator nicht erlassen werden kann, im heutigen Rechte noch in Geltung?

III. Civilsenat. Ur. v. 20. Januar 1885 i. S. St. (Bef.) w. G. (Rl.)  
Rep. III. 266/84.

- I. Landgericht Hannover.
- II. Oberlandesgericht Celle.

Die verstorbene Ehefrau des Beklagten hat in ihrem Testamente die Klägerin, ihre Enkelin, auf die Hälfte ihres Nachlasses zur Erbin eingesetzt und dem Beklagten den lebenslänglichen Nießbrauch an dem gesamten Nachlasse vermacht, mit der Bestimmung, daß derselbe von Rechnungsablage und Kautionsleistung befreit sein solle. Die Klägerin erhob Klage auf Anerkennung ihres Erbrechtes *z.* und beantragte u. a. auch, den Beklagten zu verurteilen, wegen eines Drittels des Nachlasses Kautionsleistung zu bestellen. Der Beklagte berief sich diesem letzteren Antrage gegenüber auf die gedachte Bestimmung des Testamentes, durch welche er von Kautionsleistung befreit sei. Das Oberlandesgericht verurteilte den Beklagten zur Kautionsleistung, in der Revisionsinstanz wurde dieser Teil des Urtheiles des Berufungsgerichtes jedoch aufgehoben aus folgenden

#### Gründen:

... „Wenn der Berufsrichter den von dem Beklagten gegen den Anspruch der Klägerin, wegen eines Drittels des Nachlasses der Ehefrau St. Kautionsleistung durch Hinterlegung von Wertpapieren, eventuell durch

tüchtige Bürgen oder in anderer geeigneter Weise zu bestellen, erhobenen Einwand, daß er von der Kautionsleistung befreit sei, da die Testatrix in ihrem Testamente ausdrücklich bestimmt habe, daß er von Rechnungsablage und Kautionsleistung befreit sein solle, verwirft, weil die Pflicht zur Kautionsleistung vom Erblasser für einen letztwillig vermachten Nießbrauch nicht erlassen werden könne, und demgemäß den Beklagten zur Leistung einer Kautionsleistung verurteilt hat, so kann diese Entscheidung für zutreffend nicht erachtet werden.

In den von dem Berufungsgerichte angezogenen Quellenstellen: l. 7 Cod. ut in poss. leg. 6, 54; l. 6 pr. Dig. ut in poss. leg. 36, 4; l. 1 Cod. de usufr. 3, 33 ist allerdings der aufgestellte Satz ausgesprochen, und es wird auch von der Mehrzahl der Schriftsteller angenommen, daß dieser Satz noch im heutigen Rechte geltend sei. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten, es muß vielmehr angenommen werden, daß derselbe für das heutige Recht seine Geltung verloren habe.

Die Kautionsleistung gehört nicht zum Wesen des Nießbrauches, sie ist kein Essentiale desselben; es kann nicht allein der zur Kautionsberechtigten darauf verzichten, sondern es kann auch durch Vertrag die Kautionsleistung erlassen werden. Worauf der hiermit nicht in Einklang stehende Satz des römischen Rechtes, daß die Kautionsleistung demjenigen, welchem in einer letztwilligen Verfügung der Nießbrauch ausgesetzt worden, vom Erblasser nicht erlassen werden könne, beruht, steht nicht fest. Der Grund desselben ist aber zu suchen entweder in einer Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Testators zu Gunsten der Erben oder darin, daß die Verpflichtung des Nießbrauchers zum ordnungsmäßigen Gebrauche der zum Nießbrauche ihm gegebenen Sachen erst durch die Kautionsleistung, durch Stipulation, geschaffen wurde. Mag aber dieser oder jener Grund zu der Aufstellung jenes Verbotes im römischen Rechte Veranlassung gewesen sein, so kann dasselbe für das heutige Recht als bestehend nicht angesehen werden. Denn sofern dasselbe auf einer Beschränkung der Testierbefugnis zu Gunsten der unversehrten Erhaltung des dem Erben zugewandten Erbtheiles beruht hätte, muß diese Beschränkung als weggefallen erachtet werden, nachdem dem Testator durch die Novelle 1 Kap. 1 gestattet ist, mittels des Verbotes des Abzuges der quarta Falcidia den Erbteil beliebig mit Legaten zu belasten. Denn mit der hierdurch dem Testator gewährten Unbeschränktheit in der Belastung seiner Erben mit Legaten würde es

nicht vereinbar erscheinen, daß es ihm verboten sein sollte, die usufruktuarische Kautio zu erlassen, damit den Erben die ungeschmälernte Erhaltung ihrer Erbteile gesichert werde.

Insofern jene Bestimmung des römischen Rechtes aber darin ihren Grund haben sollte, daß nach den Bestimmungen desselben die Pflicht zum ordnungsmäßigen Gebrauche der zum Nießbrauche gegebenen Sachen erst durch die Kautionsleistung geschaffen wurde — indem die Kautionsleistung den doppelten Zweck hatte, den ordnungsmäßigen Gebrauch zu verbürgen und die Restitution nach beendetem Nießbrauche zu sichern —, kann sie im heutigen Rechte nicht mehr für anwendbar erachtet werden, weil diese Pflicht des Nießbrauchers nach dem jetzt geltenden Rechte eine an sich auch ohne Kautionsleistung feststehende ist. Bei dieser Sachlage kann auch nicht mehr die Frage entstehen, ob nicht durch den Erlaß der Kautio in die Disposition des Erblassers ein innerer Widerspruch hineingebracht würde, der sich nur lösen lasse, wenn der Erlaß der Kautio unbeachtet bliebe. Nach dem heutigen Rechte ist es völlig zweifellos, daß die Verpflichtungen des Legatars, welchem der Nießbrauch vermacht ist, im übrigen ganz dieselben sind, mag er die Kautio bestellt haben oder mag sie ihm erlassen sein. Sind aber die Gründe, welche jenes Verbot des Erlasses der Kautio vonseiten des Testators im römischen Rechte veranlaßt haben können, nach der Entwicklung, welche die betreffenden Materien im Laufe der Zeit genommen haben, hinweggefallen, so kann daselbe als wirksam nicht mehr erachtet werden, zumal die Versuche, einen inneren, das Verbot rechtfertigenden Grund aufzufinden, als gelungen nicht erachtet werden können.“ . . .