

Die Erhaltung der Nießbrauchssache: römisches Recht, gemeinses Recht und schottisches Recht

Phillip Hellwege

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hellwege, Phillip. 2011. "Die Erhaltung der Nießbrauchssache: römisches Recht, gemeinses Recht und schottisches Recht." *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review* 79 (1): 81–119. <https://doi.org/10.1163/157181911x563066>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



Die Erhaltung der Nießbrauchssache: Römisches Recht, gemeinses Recht und schottisches Recht

Phillip Hellwege*

Summary

Enforcing the liferenter's obligation to repair: Roman law, 'ius commune' and Scots law – A liferenter has the right to use the fiar's property. Furthermore, he has the right to possession. Only after the termination of the liferent, the fiar can take up the possession and the use of the property himself. In the meantime, the fiar will want the liferenter to maintain the property, e.g., to carry out repairs. In Roman law, the liferenter was first only under an enforceable obligation to repair if he had rendered the *cautio usufructuaria*. However, in the further development of Roman law an *actio in factum* emerged in order to enforce the liferenter's duty to repair even if no *cautio usufructuaria* had been given. The exact point of time when this *actio* was developed is unclear. It is suggested that it emerged towards the end of the era of classical Roman law. During the time of the *ius commune* it was uncontested that the liferenter's duty to repair was enforceable even if no *cautio usufructuaria* had been given. As a consequence the liferenter did not have to find caution in every case but only if the liferenter's conduct gave rise to fear a material infringement of the fiar's rights. The cause to revisit the question of the enforceability of the liferenter's duty to repair in its historical development is a decision of the Scottish Court of Session in 2002.

Dem Nießbraucher steht während der Dauer des Nießbrauchs nicht nur das Recht zu, die Nutzungen der Nießbrauchssache zu ziehen. Er darf die Sache auch in Gewahrsam nehmen. Erst mit Erlöschen des Nießbrauchs kann der Eigentümer auf sie zugreifen. Ihm ist daran gelegen, daß der Nießbraucher bis dahin für ihren Erhalt sorgt, etwa Reparaturen durchführt. Der Nießbraucher möchte dagegen mit der Sache möglichst frei walten. Diesen Interessenkonflikt muß jedes Recht auflösen. Für das schottische Recht tat

* Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsgeschichte, Universität Augsburg, Universitätsstraße 24, D-86159 Augsburg, Germany; phillip.hellwege@jura.uni-augsburg.de. Der vorliegende Beitrag ist eine erweiterte Fassung des Habilitationsvortrages, den der Autor am 22.7.2009 an der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg gehalten hat.

dies jüngst der Court of Session in Edinburgh, das höchste schottische Gericht in Zivilsachen in Schottland, in dem Fall *Stronach's Executors v. Robertson*¹. Das Urteil ist nicht nur für das geltende schottische Recht von Bedeutung und für die Rechtsvergleichung von Interesse. Es bietet auch Anlaß, die historische Entwicklung des aufgezeigten Problems vom römischen Recht über das gemeine Recht bis ins schottische Recht hinein aufzuarbeiten, und soll daher dem vorliegenden Beitrag als Ausgangspunkt dienen.

I. – Stronach's Executors v. Robertson

Der Beklagte lebt seit 1948 in seinem Elternhaus in Stromness auf der Orkneyinsel Mainland. Nach seines Vaters Tod bestellte dessen Nachlaßverwalter 1976 zugunsten des Beklagten einen Nießbrauch an dem Grundstück und übertrug das Eigentum auf die Schwester des Beklagten. Nach ihrem Tod ging das Eigentum auf ihren Nachlaß über. Die Kläger waren ihre Nachlaßverwalter. Obwohl der Tatbestand des Urteils hierzu schweigt, lag wohl ein Versorgungsnießbrauch, möglicherweise auch ein Vermächtnis-nießbrauch vor. In einem solchen Fall ist der Nießbrauchsbesteller weder mit dem Nießbraucher noch dem Eigentümer identisch, und der oben skizzierte Interessenkonflikt bricht eher auf als etwa beim Vorbehaltsnießbrauch zum Zweck der vorweggenommenen Erbfolge, sind Besteller und Nießbraucher im letzteren Fall doch in der Regel eine Person. Und in der Tat beschrieben die Kläger den Zustand des Hauses als desolat. Seit Jahren führe der Beklagte keine Reparaturen mehr aus. Als Folge seien die Regenrinnen, das Dach, der Dachfirst, die Kaminhüte und die Giebel verfallen. Naßfäule sei aufgetreten. Der Putz sei ausgewaschen, das Mauerwerk liege frei. Baumwurzeln beschädigten das Fundament. Der Fußboden des Badezimmers sei eingebrochen, der des Schlafzimmers fehle zum Teil. Die Kläger erhoben schließlich Klage. Sie beantragten, den Beklagten zur Ausführung von näher bestimmten Reparaturen zu verurteilen. Hilfsweise begehrten sie Schadensersatz in Höhe von £ 84.500. Dieser Betrag entspreche den Reparaturkosten bzw. repräsentiere den Wertverlust. Der Court of Session wies die Klage ab. Erst mit Erlöschen des Nießbrauchs habe der Eigentümer Anspruch auf Vornahme von Reparaturen und auf Schadensersatz. Davor stehe ihm einzig ein Anspruch auf Leistung einer *cautio usufructuaria* zu. Er könne beantragen, daß der Nießbraucher in Höhe einer vom Gericht festzusetzenden Summe Sicherheit leiste. Diesen Anspruch hatten die Kläger freilich nicht geltend gemacht.

Auch das deutsche Recht gewährt dem Eigentümer einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, nämlich bei Vorliegen einer Gefährdungslage: § 1051 BGB. Nach § 1041 BGB hat der Nießbraucher zudem für die Erhaltung der Sache zu sorgen. Doch obliegen ihm nur gewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen. Wird eine außergewöhnliche Erhaltungsmaßnahme erforderlich, hat der

¹ *Stronach's Executors v. Robertson* 2002 SC 540.

Nießbraucher nur unverzüglich Anzeige zu machen: § 1042 BGB. Ob Stronach's Executors mit ihrer Klage nach deutschem Recht erfolgreich gewesen wären, wäre also von weiteren Tatsachen abhängig gewesen, begehrten sie doch außergewöhnliche Erneuerungen. Entscheidend wäre gewesen, ob die Schäden gerade dadurch verursacht worden waren, daß der Beklagte pflichtwidrig gewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen unterlassen hatte. Dann wäre ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 1041 BGB einschlägig gewesen². Und entscheidend wäre gewesen, ob die Kläger nach einer pflichtwidrig unterlassenen Anzeige die Schäden noch hätten abwenden können. Dann hätte sich ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 1042 BGB ergeben³.

Der Schutz des Eigentümers ist nach schottischem Recht damit schwächer ausgestaltet als nach deutschem Recht. In Schottland sind Reparatur- und Schadensersatzansprüche dem Nießbrauch nachgelagert. Davor besteht nur ein Anspruch auf Sicherheitsleistung. In Deutschland stehen dem Eigentümer Ansprüche auf Vornahme von gewöhnlichen Reparaturen und auf Schadensersatz dagegen schon vor Erlöschen des Nießbrauchs und unabhängig von einem Anspruch auf Sicherheitsleistung offen.

Seine restriktive Haltung konnte der Court of Session nicht mit gesetzlichen Regelungen begründen. Auch unmittelbar einschlägiges Fallrecht fehlte. Er argumentierte historisch. Die Kläger hatten sich darauf berufen, die erhobene Klage sei bereits im römischen Recht unabhängig von der zu leistenden *cautio usufructuaria* gewährt worden. Dies sei von Bedeutung, weil der schottische Nießbrauch auf dem römischen *ususfructus* beruhe. Doch sah der Court of Session diese Frage für das römische Recht als ungeklärt an. Und selbst wenn es eine solche Klage gekannt hätte, ließe sich nicht belegen, daß das schottische Recht sie jemals rezipiert hätte. Das Ergebnis sei auch sachgerecht und entspreche der Natur des Nießbrauchs. Das Urteil wirft zahlreiche Fragen auf: Die erste lautet, ob sich wirklich nicht klären läßt, ob und auf welcher Grundlage den Nießbraucher nach römischem Recht eine schon während des Nießbrauchs klagbare Reparaturpflicht traf.

II. – Das römische Recht

1. – Die Reparaturpflicht des Nießbrauchers

Paulus D. 7,1,1 liefert eine Definition des Nießbrauchs⁴: '*Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*'. Das Nutzungs- und

² Vgl. P. Pohlmann, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 5. Aufl. München 2009, § 1041 Rn. 9.

³ Vgl. J. Frank, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung Berlin 2009, § 1042 Rn. 9.

⁴ Ihre Echtheit steht außer Frage: G. Wesener, *usus fructus*, in: Paulys Realencyclopädie, Stuttgart 1961, Sp. 1147. Siehe auch Inst. 2,4pr.

Gebrauchsrecht war umfassend; dem Eigentümer verblieb nur die *nuda proprietas*⁵. Doch enthält die Definition auch eine Schranke. Der Nießbraucher durfte die Sache nur unter Erhaltung ihrer Substanz nutzen⁶. Die Pflicht zur Substanzerhaltung setzte dem Fruchtziehungsrecht Grenzen, und der Nießbraucher durfte auch im übrigen nicht in die Substanz der Sache eingreifen. In den Quellen findet sich hierzu eine reiche Kasuistik⁷.

Man kann Paulus D. 7,1,1 darüber hinaus so verstehen, daß der Nießbraucher auch verpflichtet war, Maßnahmen zu ergreifen, um die Sache in ihrer Substanz zu erhalten. Auch Ulpian D. 7,1,9pr. erweckt den Eindruck, als traf den Nießbraucher diese Pflicht.

Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum:

Item si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur. nam et Celsus libro octavo decimo digestorum scribit cogi eum posse recte colere.

Ulpian gibt eine Ansicht des Celsus wieder, nach der ‘der Nießbraucher gezwungen werden könne, ordnungsmäßig zu wirtschaften’ (*cogi eum posse recte colere*)⁸. Daß das Erhaltungsmaßnahmen umfaßte, schimmert in D. 7,1,41 durch: Marcius wirft die Frage auf, ob ein Nießbrauch möglich ist, wenn die Einnahmen aus der Nießbrauchssache geringer sind, als die zu tätigenden Aufwendungen, und bejaht dies. Der Schluß liegt nahe, daß der Nießbraucher verpflichtet war, gewisse Aufwendungen auf die Sache zu tätigen. Gordian C. 3,33,7 formuliert die Instandhaltungspflicht schließlich ausdrücklich.

Bevor Ulpian D. 7,1,9pr. Celsus’ Ansicht wiedergibt, der Nießbraucher müsse ordnungsgemäß wirtschaften, verweist er auf das Ermessen eines redlichen Mannes. Unsere Pflicht scheint mithin aus dessen Ermessen bzw. dem eines guten Hausvaters hergeleitet worden zu sein. Das legt auch D. 7,1,65pr. nahe: ‘denn alles’, so Pomponius, ‘was ein gewissenhafter Hausvater in seinem Haus macht, das muß auch der Nießbraucher machen’ (*debet enim omne, quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere*). In Ulpian D. 7,1,7,2, erscheint die Reparaturpflicht schließlich als Kehrseite des Fruchtziehungsrechts:

⁵ M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. München 1971, S. 448, 450.

⁶ Die Vermutung, die Wendung *salva rerum substantia* sei interpoliert, hat sich nicht durchgesetzt: G. Wesener, [Rezension zu] *Giuseppe Grosso, Usufrutto e figure affini nel diritto romano, Seconda edizione ampliata*, Torino 1958, SDHII, 25 (1959), S. 443 f.

⁷ Vgl. hierzu etwa G. Pugliese, *On Roman usufruct*, Tulane LR, 40 (1965–66), S. 540 ff.

⁸ Die Übersetzungen von D. 1–27 stammen im folgenden aus O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H.H. Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, Bd. 2–4, Heidelberg 1995–2005.

Ulpianus *libro septimo decimo ad Sabinum*:

Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum ad aedes per arbitrum cogi Celsus scribit Celsus libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen, ut sarta tecta habeat: si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti. unde Celsus de modo sarta tecta habendi quaerit, si quae vetustate corruerunt reficere non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertinet, quoniam et alia onera adgnoscit usu fructu legato: ut puta stipendum vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta. et ita Marcellus libro tertio decimo scribit.

Wer die Früchte aus einer Sache ziehen dürfe, der müsse, so referiert Ulpian wiederum eine Ansicht des Celsus, auch für ihren Erhalt sorgen. Zugleich zeigt D. 7,1,7,2 die Grenzen dieser Pflicht auf: Den Nießbraucher treffe nur eine 'mäßige Erneuerungspflicht' (*modica refectio*). Altersbedingte Schäden umfasste sie nicht⁹. Im übrigen findet sich in den Quellen wiederum eine reiche Kasuistik¹⁰.

2. – *Die Reparaturpflicht bei Leistung einer cautio usufructuaria*

Daß den Nießbraucher nach römischem Recht eine Reparaturpflicht traf, bestritt der Court of Session freilich auch nicht. Er bezweifelte nur, daß der Nießbraucher zur Erfüllung gezwungen werden konnte oder bei Nichterfüllung auf Schadensersatz haftete, wenn er keine *cautio usufructuaria* geleistet hatte. Das deutet bereits auf eine unterschiedliche Funktion der *cautio usufructuaria* im schottischen und römischen Recht hin: Für das schottische Recht ging der Court of Session davon aus, daß Reparatur- und Schadensersatzansprüche dem Nießbrauch nachgelagert sind, und zwar selbst bei Leistung einer *cautio usufructuaria*¹¹. Die *cautio usufructuaria* sei eine bloße Sicherheitsleistung. Für das römische Recht glaubte der Court of Session, daß eine Klage zur Durchsetzung von Reparaturen schon vor Erlöschen des Nießbrauchs gewährt werden konnte, aber nur auf Grundlage dieser *cautio usufructuaria*. Die *cautio usufructuaria* mache diese Pflichten nach römischem Recht erst klagbar. Die *cautio usufructuaria* ist damit zentral für unsere Frage.

Ihr Inhalt war dreifach¹². Ulpian D. 7,9,1pr. nennt zwei Tatbestände¹³. Der Nießbraucher versprach, er werde die Sache nach dem Ermessen eines redlichen Mannes nutzen und nach Beendigung des Nießbrauchs zurück-

⁹ Siehe auch Paulus D. 7,1,18, D. 7,1,50, D. 7,1,59pr.

¹⁰ Ulpian D. 7,1,9,6, D. 7,1,13,2, D. 7,1,15,2, D. 7,1,68,2, D. 7,1,70; Gaius D. 7,1,45; Paulus D. 7,1,48pr.; Pomponius D. 7,1,69. Vgl. auch Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1151 f.

¹¹ Siehe oben, Gliederungspunkt I.

¹² Vgl. M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl. München 2008, § 29 Rn. 8.

¹³ Siehe auch Ulpian D. 7,9,1,6; Paulus D. 12,2,30,5. Vgl. zudem R. De Ruggiero, *Sulla 'cautio usufructuaria'*, in: *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto*, pubblicati in onore di Vittorio Scialoja, Mailand 1905, S. 73.

geben, was von der Sache noch vorhanden ist. Ulpian D. 7,9,5^{pr.} erwähnt einen dritten Tatbestand: Der Nießbraucher versprach, sich der Arglist zu enthalten. Ulpian D. 7,9,1,3 führt näher aus, was es hieß, die Sache wie ein redlicher Mann zu nutzen: ‘das heißtt, daß er die Lage des Nießbrauchs nicht verschlechtern und es in allem so halten werde, wie er es mit seiner eigenen Sache halten würde’ (*hoc est non deteriorem se causam usus fructus facturum ceteraque facturum, quae in re sua faceret*). Aus dem Versprechen, die Sache nach dem Ermessen eines redlichen Mannes zu nutzen, konnte mithin die Reparaturpflicht abgeleitet werden¹⁴.

Die *cautio* war ein Versprechen zur Sicherung eines Rechtes. Das Versprechen mußte, wie sich aus Ulpian D. 7,9,5^{pr.} ergibt, in Form der *stipulatio* erfolgen¹⁵. In Ulpian D. 7,1,13^{pr.} ist von einer *satisfatio* die Rede. Sie bezeichnet ein Versprechen in Form einer *stipulatio*, das durch die Stellung eines Bürgen gesichert wird¹⁶. Ein bloßes Versprechen reichte als *cautio usufructuaria* mithin nicht aus¹⁷.

Bei der stipulierten Pflicht, die Nießbrauchssache wie eine redlicher Mann zu nutzen, handelt es sich um ein *incertum*. Folglich konnte der Eigentümer aus der *cautio usufructuaria* eine *actio ex stipulatu* erhalten, wenn der Nießbraucher sein Versprechen verletzte. Die *cautio usufructuaria* bildete mithin die Grundlage einer Klage des Eigentümers, wenn der Nießbraucher seiner Reparaturpflicht nicht nachkam. Für die Frage, wann der Eigentümer klagen konnte, zeigt Ulpian D. 7,9,1,5 einen Gestaltungsspielraum der Parteien auf: Die Stipulation könne so gefaßt werden, daß sie ‘sofort verfällt, wenn der Nießbrauch nicht nach dem Ermessen eines redlichen Mannes ausgeübt wird, und man nicht abwarten muß, bis der Nießbrauch endet’ (*ut, si quis non viri boni arbitratu utatur, committatur stipulatio statim, nec expectabimus, ut amittitur usus fructus*). Und sie konnte nach § 6 mehrfach verfallen¹⁸.

Voraussetzungen, unter denen der Nießbraucher allein verpflichtet gewesen wäre, die *cautio usufructuaria* zu leisten, wie sie etwa das geltende deutsche Recht mit der Gefährdungslage kennt, erwähnen die Quellen nicht¹⁹. Zudem konnte der Erblasser dem als Nießbraucher eingesetzten Vermächtnisnehmer

¹⁴ Vgl. G. Reinhardt, *Der Nießbrauch in Code civil und BGB und seine Grundlagen im römischen Recht*, Diss. Bonn 2004, S. 167.

¹⁵ O. Lenel, *Edictum Perpetuum*, 3. Aufl. Leipzig 1927, S. 538 f., hat sie rekonstruiert.

¹⁶ R. Knütel, *Der mehrfache Verfall von Kautioen*, ZRG (RA), 92 (1975), S. 130; G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, Turin 1956, S. 424; R. Willvonseder, *Cautio*, in: Der Neue Pauly, Stuttgart 1997, Sp. 1041; Steinwenter, *Satisfatio*, in: Pauly's Realencyclopädie, Stuttgart 1921, Sp. 78.

¹⁷ Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1152; G. Grossi, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2. Aufl. Turin 1958, S. 284; P. Deichmann, *Das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher im antiken römischen Recht und heutigen Zivilrecht*, Diss. Bonn 1998, S. 159.

¹⁸ Hierzu ausführlich Knütel, ZRG (RA), 92 (1975), S. 153 ff.

¹⁹ Zur Frage, wie gewährleistet wurde, daß der Nießbraucher die Sicherheit leistet, siehe sogleich den Text zu und nach Fn. 23

die Leistung der *cautio usufructuaria* nicht erlassen: Alexander C. 6,54,7. Und sie war schließlich vom Richter von Amts wegen anzuordnen: Ulpian D. 7,1,13pr.

3. – *Die Reparaturpflicht bei Fehlen einer cautio usufructuaria*

Die *cautio usufructuaria* hatte also zwei Seiten: Sie wirkte zum einen klagebegründend. Aus dem Versprechen des Nießbrauchers in Form einer Stipulation, er werde die Sache wie ein redlicher Mann nutzen, ergab sich seine Reparaturpflicht. Bei ihrer Verletzung konnte der Eigentümer aus der Stipulation eine Klage herleiten. Zum anderen war sie anspruchssichernd. Der Nießbraucher stellte einen Bürgen zur Sicherung der Erfüllung seines Versprechens. Aber wie war es, wenn der Nießbraucher die *cautio usufructuaria* nicht geleistet hatte? Dem Eigentümer standen selbstverständlich die *actio legis Aquiliae*, das *interdictum quod vi aut clam*, die *actio furti*, die *actio servi corrupti* und die *actio iniuriarum* zu²⁰. Doch halfen diese Klagen nicht, wenn der Nießbraucher es nur unterlassen hatte, die Sache instand zu halten²¹. Der durch sie erzielte Schutz war folglich lückenhaft.

Allzuoft dürfte sich diese Schutzlücke freilich nicht aufgetan haben: Ulpian D. 7,9,1pr. spricht davon, daß Sicherheit zu leisten sei, wenn jemandem der Nießbrauch an einer Sache vermacht wurde. Und in der Tat geht die For-schung davon aus, daß die *cautio usufructuaria* zuerst bei der Bestellung des Nießbrauchs durch Vermächtnis auftrat und erst später auch bei den übrigen Formen der Nießbrauchsbestellung zu leisten war²². Im Fall, in dem ein Nießbrauch vermacht wurde, hatte der Erbe als Eigentümer ein gesteigertes Interesse daran, daß die Leistung der *cautio usufructuaria* gewährleistet wurde. Denn bestellte der Eigentümer den Nießbrauch unter Lebenden, so hatte er es in der Hand, sich eine entsprechende Stipulation leisten zu lassen. Doch wie wurde gewährleistet, daß der Vermächtnisnehmer Sicherheit leistet²³? Nach Ulpian D. 7,1,13pr. wurde dem Nießbraucher eine *vindicatio ususfructus*, mit welcher er vom Eigentümer verlangen konnte, daß der Zustand hergestellt wird, der für die Ausübung seiner Rechte notwendig ist, erst gewährt, wenn er die *cautio usufructuaria* geleistet hatte. Umgekehrt konnte der Eigentümer die Sache nach Ulpian D. 7,9,7pr. vindizieren, sofern der Nießbraucher sie bereits im Gewahrsam hatte, aber noch nicht Sicherheit

²⁰ Ulpian D. 7,1,13,2, D. 7,1,15,3, D. 11,3,9,1, D. 7,4,8, D. 7,4,10; Paulus D. 7,1,66, D. 7,4,9; Pomponius D. 7,4,6. Vgl. Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1153; Gross, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 271; Deichmann, *Rechtsverhältnis* (oben, Fn. 17), S. 189; J.A.C. Thomas, *The Institutes of Justinian*, Amsterdam 1975, S. 89.

²¹ Ulpian D. 7,1,13,2. Vgl. Reinhardt, *Nießbrauch* (oben, Fn. 14), S. 168 f.; Gross, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 271.

²² Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1152. Siehe auch Ulpian D. 7,1,13pr., D. 7,9,1,1 und 2.

²³ Zum folgenden vgl. Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1153.

geleistet hatte. So wurde der Nießbraucher indirekt dazu gezwungen, die *cautio usufructuaria* zu leisten, indem der Prätor bei ihrer Nichtleistung dem Nießbraucher Klagen aus dem Nießbrauch versagte oder dem Eigentümer Klagen gewährte, mit denen er die Sache vom Nießbraucher zurückfordern konnte. Durch solche Stipulationen vermochte der Prätor das Recht in subtiler Weise fortzuentwickeln²⁴. Er mußte nicht selbst neue Klagen schaffen, um Pflichten klagbar zu machen. Er veranlaßte die Parteien zur Abgabe entsprechender Stipulationen und konnte sodann bei ihrer Verletzung eine *actio ex stipulatu* gewähren²⁵. Nach Ulpian D. 7,9,7_{pr.} konnte der Eigentümer zudem, war dem Nießbraucher die Sache übergeben worden, ohne daß er Sicherheit geleistet hatte, die Bestellung der Sicherheit mit einer Kondiktion durchsetzen²⁶.

Die Schutzlücke mag also selten spürbar gewesen sein. Daß sie sich auftun konnte, daß es also Fälle gab, in denen der Eigentümer es unterlassen hatte, sich die *cautio usufructuaria* leisten zu lassen, offenbart in anderem Zusammenhang Ulpian D. 7,5,5,1. Der Court of Session bezweifelte, daß diese Lücke schon im römischen Recht geschlossen worden war. Er ging mithin davon aus, daß zur Zeit des römischen Rechts die Reparaturpflicht nur klagbar war, wenn der Nießbraucher das Versprechen, mit der Sache wie ein redlicher Mann zu verfahren, geleistet hatte. Der Court of Session setzte sich so in Widerspruch zur heute unbestrittenen, von Karlowa 1901 begründeten Ansicht. Nach ihr konnte dem Eigentümer, unterließ der Nießbraucher Erhaltungsmaßnahmen, eine Klage selbst dann gewährt werden, wenn der Nießbraucher keine *cautio usufructuaria* geleistet hatte. Bis heute strittig ist allein der Entstehungszeitpunkt dieser Klage. Karlowa glaubte, sie sei seit Schaffung des *ususfructus* gewährt worden²⁷. Die vorherrschende Meinung geht dagegen davon aus, sie sei klassischen Ursprungs²⁸. Nach dieser Meinung

²⁴ Zu diesen prätorischen Stipulationen vgl. zuletzt T. Finkenauer, *Stipulation und Geschäftsgrundlage*, ZRG (RA), 126 (2009), S. 336 ff.

²⁵ Zum ganzen vgl. nur Kaser, *Privatrecht* (oben, Fn. 5), S. 206, 539; F. v. Woeß, *Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz*, in: ZRG (RA), 53 (1933), S. 372 ff.

²⁶ Vgl. hierzu Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1153; Grossi, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 279; H. Siber, *Römisches Recht*, Bd. 2, Berlin 1928, S. 97.

²⁷ O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Bd. 2, Leipzig 1901, S. 539.

²⁸ Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1153 f.; ders., 'Custodia'-Haftung des Usufruktuars, in: Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz, Neapel 1967, S. 197; Kaser, *Privatrecht* (oben, Fn. 5), S. 451; Lenel, *Edictum Perpetuum* (oben, Fn. 15), S. 368; ders., *Textkritische Miszellen*, ZRG (RA), 39 (1918), S. 160; I. Reichard, *Stipulation und Custodiahaftung*, ZRG (RA), 107 (1990), S. 51 ff.; De Ruggiero, *Sulla 'cautio usufructuaria'* (oben, Fn. 13), S. 77 ff.; Grossi, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 271 ff.; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto*, Bd. 1, Neapel 1962, S. 112; W. W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law*, 3. v. P. Stein besorgte Aufl. Cambridge 1975, S. 270; J. Hammerstein, *Die Herde im römischen Recht*, Göttingen 1975, S. 119 ff.; und vgl. G. Bartolucci, *Sulla 'cautio usufructuaria'*, Bull., 21 (1909), 110 ff. R. La Rosa, *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Neapel 2008, bezieht zur *cautio usufructuaria* und ihrem Entstehungszeitpunkt keine Stellung. Zur Frage, mit welcher

wandelte sich der Zweck der *cautio usufructuaria*. Sollte zunächst die Reparaturpflicht überhaupt erst klagbar gemacht und der Eigentümer zusätzlich durch Stellung eines Bürgen gesichert werden, trat der erste Aspekt im weiteren Verlauf in den Hintergrund. Die *cautio usufructuaria* war nunmehr vor allem anspruchssichernd. Daneben könnte es auch noch darum gegangen sein, daß die Klage auf Grundlage der *cautio usufructuaria* für den Eigentümer vorteilhafter ausgestaltet war und der Nießbraucher erst auf Grundlage der *cautio usufructuaria* der besonderen *custodia*-Haftung ausgesetzt war²⁹. Siber und Schulz glaubten schließlich, diese unabhängig von der *cautio usufructuaria* gewährte Klage sei gar erst durch Justinian anerkannt worden³⁰.

a. – Die Quellenlage

aa. – Die vorherrschende Meinung beruft sich auf Ulpian D. 7,1,13,2³¹. Betrachten wir fr. 13 bis einschließlich dessen § 2:

Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum:

Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat: nam sicuti debet fructarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. haec autem ad omnem usum fructum pertinere Iulianus libro trigensimo octavo digestorum probat. si usus fructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit se boni viri arbitratu usurum fruiturum: sed et si plures sint, a quibus usus fructus relictus est, singulis satisdari oportet. 1. Cum igitur de usu fructu agitur, non solum quod factum est arbitratur, sed etiam in futurum quemadmodum uti frui debet. 2. De praeteritis autem damnis fructarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait: nam fructarium quoque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competit legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur: nam qui agrum non

Klage der Eigentümer bei Fehlen der *cautio usufructuaria* die Herausgabe der Sache bei Erlöschen des Nießbrauchs verlangen konnte, siehe Javolen D. 19,5,10 und Ulpian D. 7,5,5,1 und vgl. P. Gröschler, *Actiones in factum*, Berlin 2002, S. 224 ff.

²⁹ Zur umstrittenen Frage, ob der Nießbraucher, wie Paulus D. 7,9,2 nahelegt, aus der *cautio usufructuaria* (oder auch unabhängig von ihr) in Hinblick auf die Restitutionspflicht (oder auch in Hinblick auf die übrigen Pflichten) für *custodia* haftete, vgl. Reichard, *Stipulation* (oben, Fn. 28), S. 47 ff., 56; M. Kaser, *Die actio furti des Verkäufers*, ZRG (RA), 96 (1979), S. 103; Wesener, 'Custodia'-Haftung (oben, Fn. 28), S. 191 ff.; J. Rosenthal, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, ZRG (RA), 68 (1954), S. 254; R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, ZRG (RA), 100 (1983), S. 371.

³⁰ Siber, *Römisches Recht* (oben, Fn. 26), S. 115, 96; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, S. 391 zu § 678. Vgl. auch P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8. Aufl. Paris 1929, S. 395.

³¹ Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1153 f.; Grossi, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 274; De Ruggiero, *Sulla 'cautio usufructuaria'* (oben, Fn. 13), S. 80.

proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. eadem et in usuario dicenda sunt.

Im *principium* behandelt Ulpian die Frage, wie die Leistung der *cautio usufructuaria* erzwungen werden konnte³²: Dem Nießbraucher wurde eine Klage – gemeint ist die *vindicatio ususfructus*, mit der er vom Eigentümer verlangen konnte, daß der Zustand hergestellt wird, der für die Ausübung seiner Rechte notwendig ist – erst gewährt, wenn er Sicherheit geleistet hatte, daß er die Sache nach dem billigem Ermessen eines redlichen Mannes ausüben werde. § 1 ergänzt, daß ein Nießbrauchsprozeß daher nicht nur in die Vergangenheit schaut, sondern daß auch darüber geurteilt wird, ‘wie der Nießbrauch künftig auszuüben ist’. In § 2 erläutert Ulpian, daß der Nießbraucher für Schäden auch aus den allgemeinen Klagen hafte. Daneben erwähnt Ulpian in § 2 noch eine weitere Klage, die der Prätor neben diesen allgemeinen Klagen verspreche (*actionem polliceri praetorem*).

Die vorherrschende Meinung meint, daß diese in § 2 genannte *actio* nicht die aus der *cautio usufructuaria* hergeleitete *actio ex stipulatu* sei. Der Prätor konnte vielmehr unabhängig von einer *cautio usufructuaria* einen *arbiter* bestellen, der dem Nießbraucher auferlegen konnte, Instandsetzungsmaßnahmen vorzunehmen. Verwiesen wird auch auf ein Scholion des Stephanos zu D. 7,1,13³³. Es spricht von einer *actio in factum*, eventuell auch von einer *actio arbitraria*³⁴.

Doch blieb dieses Verständnis von D. 7,1,13,2 nicht unwidersprochen. Siber hielt *actionem* für *satisfactionem*, Schulz für *cautionem* interpoliert³⁵. Unsere Klage hätte danach nicht dem klassischen Recht, wohl aber dem justinianischen Recht entsprochen. Für Siber und Schulz könnte der Aufbau des Fragments sprechen. Nach fr. 13pr. wird dem Nießbraucher nicht eher eine Klage gegen den Eigentümer gewährt, als er Sicherheit geleistet hat, daß er sein Recht wie ein redlicher Mann ausüben werde. Der Prozeß um einen Nießbrauch kann daher auch zum Gegenstand haben, wie der Nießbrauch in Zukunft ausgeübt wird (§ 1). Für in der Vergangenheit liegende Schäden sind daneben die allgemeinen Klagen einschlägig (§ 2). Aber warum gewährt der Prätor eine weitere Klage, wenn doch schon die allgemeinen Klagen greifen? Julian antwortete, daß diese allgemeinen Klagen nicht alle Fälle erfaßten, in denen der Eigentümer schutzbedürftig sei. § 2 kann so gelesen werden, daß er zur im *principium* genannten *satisfaction* zurückkehrt und so den Kreis argumentativ schließt, daß er also nicht zu einer bis dahin

³² Siehe hierzu schon oben, den Text nach Fn. 23.

³³ Vgl. etwa Lenel, *Edictum Perpetuum* (oben, Fn. 15), S. 369.

³⁴ K.E. Zachariae v. Lingenthal, *Supplementum Editionis Basilicorum Heimbachianae, Lib. XV–XVII: Basilicorum cum Scholiis Antiquis Integros*, Leipzig 1846, S. 70.

³⁵ Siber, *Römisches Recht* (oben, Fn. 26), S. 115, 96; Schulz, *Classical Roman Law* (oben, Fn. 30), S. 391 zu § 678.

unerwähnten Klage kommt. Das erwähnte Scholion zu fr. 13 widerlegt diese Lesart nicht³⁶. Es belegt nur, daß die in Frage stehende Klage, die hier als *actio in factum* bezeichnet wird, zur Zeit Justinians existierte.

Freilich könnte man § 1 auch so verstehen, daß hier bereits die in Frage stehende, unabhängig von der *cautio usufructuaria* gewährte Klage gemeint ist³⁷. Doch würde man so das Problem nur verlagern: Zwar würde § 2 nun auf die in § 1 bereits genannte Klage Bezug nehmen. Allerdings würde § 1 diese Klage erstmals benennen, ohne daß der Zusammenhang zum Anfang des Fragments einleuchten will. Auch würde in dem in § 1 genannten Prozeß mit dieser Lesart nicht darüber geurteilt werden, 'wie der Nießbrauch künftig auszuüben ist' (*in futurum quemadmodum uti frui debet*). Eine *actio in factum*, mit welcher der Eigentümer die Vornahme von Reparaturen erzwingen kann, würde auch nur in die Vergangenheit blicken. Sie hätte zum Anlaß, daß der Nießbraucher eben seinen Nießbrauch nicht nach dem Ermessen eines redlichen Mannes ausgeübt hat. Aus gleichem Grund kann in § 1 kaum die *actio ex stipulatu* gemeint sein³⁸. In die Zukunft blickt nur der im *principium* genannte Prozeß, dessen inzidenter Gegenstand auch das Versprechen des Nießbrauchers ist, er werde sein Recht wie ein redlicher Mann ausüben.

Auch Lenel meinte, § 2 behandle die Klage derart, daß sie schon zuvor im gleichen Fragment erwähnt sein müßte³⁹. Aber anders als Siber und Schulz verdächtigte Lenel nicht § 2 einer Interpolation. Vielmehr hielt er § 1 für unecht. § 1 müsse in seiner nicht überlieferten Fassung von unserer Klage gehandelt haben. Nach Lenel hätte also nicht erst das justinianische, sondern schon das klassische römische Recht die uns interessierende Klage gekannt.

Für sich genommen ist Ulpian D. 7,1,13 nach alledem ein unsicherer Zeuge für die Existenz der in Frage stehenden Klage, mit welcher der Nießbraucher auch unabhängig von der *cautio usufructuaria* zur Vornahme von Reparaturen gezwungen werden konnte. In der überlieferten Fassung enthält der Text einen logischen Bruch, den zu erklären Schwierigkeiten bereitet. Daß die Kompilatoren, wie von Lenel vermutet, § 1 neu gefaßt haben, ist unwahrscheinlich. Für einen solch weitgehenden Eingriff bedarf es starker Argumente, die Lenel nicht vorträgt. Er verweist auf die in der Tat bestehenden Probleme des Textes und stellt sodann eine Vermutung auf, welche die Richtigkeit der These, § 2 spreche von der in Frage stehenden Klage, voraussetzt. Auch Siber und Schulz sprechen einen bloßen Interpolationsverdacht aus. Möglich bleibt daneben, daß die Kompilatoren das Ulpianfragment stark gekürzt haben, und es uns nur deshalb schwer fällt, seine einzelnen Teile in Beziehung zueinander zu setzen.

³⁶ So aber Reichard, *Stipulation* (oben Fn. 28), S. 52.

³⁷ Reichard, *ibidem*. Vgl. auch Grosso, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 276.

³⁸ So aber Deichmann, *Rechtsverhältnis* (oben, Fn. 17), S. 190 mit Fn. 9, S. 192; H.J. Roby, *De usufructu*, Cambridge 1886, S. 98.

³⁹ Lenel, ZRG (RA), 39 (1918), S. 160.

bb. – Neben D. 7,1,13 werden zum Beweis für die Existenz unserer Klage im klassischen Recht Ulpian D. 7,1,7,2 und 3 sowie D. 7,1,9pr. angeführt. Die oben bereits zitierte Stelle D. 7,1,7,2 erläutert, daß der Nießbraucher durch den Richter gezwungen werden konnte (*per arbitrum cogi*), Gebäude, an denen ein Nießbrauch besteht, in gutem Zustand zu erhalten. § 3 ergänzt, daß der Nießbraucher durch den Richter gezwungen werden konnte, Bäume nachzupflanzen. Nach D. 7,1,9pr. konnte der Nießbraucher gezwungen werden, mit der Sache ordentlich zu verfahren. Das Schrifttum glaubt, es habe sich um eine unabhängig von der *cautio usufructuaria* gewährte Klage gehandelt⁴⁰. Deichmann vermutet dagegen, die aus der *cautio usufructuaria* abgeleitete *actio ex stipulatu* sei eine *actio arbitraria* gewesen⁴¹. Beide Stellen erwähnten auch nicht ausdrücklich, daß eine *cautio usufructuaria* nicht geleistet worden sei. Sie könnten also eine Klage aus dieser *cautio* behandeln. Ähnlich las man beide Stellen bereits, bevor Karlowa seine These aufstellte und sie sich nachfolgend durchsetzte⁴². Wäre Deichmanns Auslegung richtig, so würden die angeführten Stellen nicht dafür sprechen, daß unsere Klage schon im klassischen Recht existiert hätte. Ja, beide Texte wären für unsere Frage ohne jeden Wert⁴³. Für ihre Beantwortung müßte man sich allein auf den problematischen D. 7,1,13,2 stützen.

b. – Der historische und systematische Kontext

Entgegen der Ansicht des Court of Session war die in Frage stehende Klage dem römischen Recht bekannt. Fraglich ist allein, wann sie genau entstanden ist. Die vorherrschende Meinung glaubt, es habe sie bereits im klassischen Recht gegeben. Die zum Beweis angeführten Quellen bergen indes Probleme, und allein auf ihrer Grundlage läßt sich über den Entstehungszeitpunkt unserer Klage keine Klarheit erzielen⁴⁴. Versuchen wir uns der Frage nach ihrem Entstehungszeitpunkt anders anzunähern.

aa. – Mit dem Verständnis von Siber und Schulz, wonach die Reparaturpflicht noch im klassischen Recht nur aus einer zuvor geleisteten *cautio usufructuaria* klagbar und bei Nichtvornahme der Reparaturen allein eine *actio ex stipulatu* statthaft war, wäre merkwürdig, daß sich Texte klassischer Autoren finden (oben 1), in denen die Reparaturpflicht genannt wird, ohne

⁴⁰ Wesener, *usus fructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1154; Karlowa, *Rechtsgeschichte* (oben, Fn. 27), S. 539; Grosso, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 272.

⁴¹ Deichmann, *Rechtsverhältnis* (oben, Fn. 17), S. 190 ff. Vgl. aber auch Grosso, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 273.

⁴² Siehe nur Roby, *De usufructu* (oben, Fn. 38), S. 59. Vgl. auch De Ruggiero, *Sulla 'cautio usufructuaria'* (oben, Fn. 13), S. 78.

⁴³ Vgl. auch De Ruggiero, *Sulla 'cautio usufructuaria'* (oben, Fn. 13), S. 78.

⁴⁴ Nicht eindeutig ist entgegen De Ruggiero, *Sulla 'cautio usufructuaria'* (oben, Fn. 13), S. 79 auch Ulpian D. 39,2,9,5.

daß sie in Zusammenhang mit der *cautio usufructuaria* gebracht wird. Zwar sagen sie nicht ausdrücklich, es habe sich um eine klagbare Pflicht gehandelt. Doch erwecken sie zumindest den Eindruck, als sei diese Pflicht auch ohne Leistung einer *cautio usufructuaria* durchsetzbar gewesen. So leitet Ulpian D. 7,1,7,2 im Anschluß an Celsus die Reparaturpflicht unmittelbar aus dem Fruchtziehungsrecht her: Wer die Früchte aus einer Sache ziehen dürfe, der müsse auch für ihren Erhalt sorgen. Wäre Klagegrund die *cautio usufructuaria* gewesen, so hätte es heißen müssen, daß derjenige, der verspricht, für den Erhalt der Sache zu sorgen, an sein Versprechen gebunden ist. Und in Gordian C. 3,33,7 erscheint es als gesicherte Erkenntnis, 'daß der Nießbraucher die Sache auf seine Kosten in gutem Zustand halten muß' (*Eum, ad quem usus fructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus praestare debere explorati iuris est*).

bb. – Die moderne Forschung geht davon aus, daß der Nießbrauch im 3. Jh. v. Chr. entstand⁴⁵. Ursprünglich sei das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher nicht näher geregelt gewesen⁴⁶. Dem Eigentümer standen allein die allgemeinen Klagen offen⁴⁷. Zur Sicherung des Eigentümers sei dann die *cautio usufructuaria* entwickelt worden, deren Leistung der Prätor gewährleistet habe⁴⁸. Erst diente der Nießbrauch der Versorgung von Familienangehörigen⁴⁹, und entsprechend lag der Nießbrauchsbestellung regelmäßig ein Vermächtnis zugrunde⁵⁰. Auch die *cautio usufructuaria* habe sich für diese Fälle herausgebildet⁵¹. Die Pflicht zu ihrer Leistung sei später ausgedehnt worden⁵². Wieder später sei die in Frage stehende Klage als *actio in factum* gewährt worden, um den Schutz des Eigentümers zu komplettieren⁵³.

Karlowa zeichnete ein anderes Bild⁵⁴: Er bezweifelte, daß der Eigentümer vor Entwicklung der *cautio usufructuaria* schutzlos gewesen sei. Der Eigentümer habe vielmehr von Anfang an mit einer Klage gegen den Nießbraucher

⁴⁵ Vgl. Kaser, *Privatrecht* (oben, Fn. 5), S. 448 mit Fn. 4; Wesener, SDHI, 25 (1959), S. 442; D. Schanbacher, *Ususfructus*, in: Der Neue Pauly, Bd. 12/1, Stuttgart 2002, Sp. 1065.

⁴⁶ Girard, *Manuel* (oben, Fn. 30), S. 393; Deichmann, *Rechtsverhältnis* (oben, Fn. 17), S. 158 f.

⁴⁷ Siehe oben, die Nachweise in und den Text zu Fn. 20.

⁴⁸ Deichmann, *Rechtsverhältnis* (oben, Fn. 17), S. 158 f.

⁴⁹ Vgl. J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam 1976, S. 202 f.; H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl. Berlin 1987, S. 184.

⁵⁰ A. Watson, *Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, S. 206.

⁵¹ Vgl. Wesener, *ususfructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1152; Karlowa, *Rechtsgeschichte* (oben, Fn. 27), S. 539.

⁵² Ulpian D. 7,1,13pr. Vgl. auch Buckland/Stein, *Text-Book* (oben, Fn. 28), S. 270; Wesener, *ususfructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1152; ders., *Iulians Lehre vom ususfructus*, ZRG (RA), 81 (1964), S. 98 f.

⁵³ Wesener, *ususfructus* (oben, Fn. 4), Sp. 1154; Grossi, *Usufrutto* (oben, Fn. 17), S. 274, 276; Pugliese, *Usufrutto* (oben, Fn. 16), S. 425; Girard, *Manuel* (oben, Fn. 30), S. 395.

⁵⁴ Karlowa, *Rechtsgeschichte* (oben, Fn. 27), S. 539.

vorgehen können, wenn dieser Instandhaltungsarbeiten versäumte. Quellenmäßig läßt sich Karlowas These nicht stützen. Gegen sie spricht die Bezeichnung dieser Klage als *actio in factum*⁵⁵, die darauf hindeutet, daß sie in Anlehnung an eine bereits bestehende Klage, wohl die *actio ex stipulatu*, entwickelt wurde⁵⁶. Zudem spricht gegen diese These, daß das römische Recht keine besonderen Voraussetzungen kannte, unter denen der Nießbraucher allein verpflichtet gewesen wäre, eine *cautio usufructuaria* zu leisten. Wäre Karlowas These richtig, so wäre Zweck der *cautio usufructuaria* von Anfang an nicht gewesen, eine Klagemöglichkeit überhaupt erst zu schaffen. Die mit der *cautio usufructuaria* verbundene Bürgenstellung hätte vielmehr seit jeher im Vordergrund gestanden. Doch ist dann nicht recht einsichtig, warum diese Sicherung des Eigentümers nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft wurde. Für den Fall, in dem der Nießbrauch durch ein Vermächtnis geschaffen wurde, mag man ein Sicherungsbedürfnis des Erben vielleicht noch einsehen. Daß der Prätor indes auch in allen übrigen Fällen sicherstellte, daß der Nießbraucher die *cautio usufructuaria* leistet – die moderne Forschung geht davon aus, daß diese Ausweitung erst im klassischen Recht auftrat und schreibt mit Blick auf Ulpian D. 7,1,13pr. Iulian einen entscheidenden Einfluß zu⁵⁷ –, wäre auf Grundlage von Karlowas These nur schwer erklärbar.

Zur Begründung seiner These, die *cautio usufructuaria* sollte in erster Linie nur anspruchssichernd wirken, verweist Karlowa schließlich auf einen Satz aus Ulpian D. 7,1,13pr.: 'denn so wie der Nießbraucher Gebrauch und Nutzung haben soll, so soll der Eigentümer hinsichtlich seines Eigentums gesichert sein' (*nam sicuti debet fructarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate*). Der Text meine, wenn er davon spreche, der Eigentümer solle hinsichtlich seines Eigentums gesichert sein, nicht das Versprechen des Nießbrauchers, er werde die Sache wie ein redlicher Mann nutzen, sondern die Sicherung des Eigentümers durch die Bürgenstellung. Doch das Gegenteil ist wahrscheinlicher. Der Text zielt auf den Zusammenhang, der uns schon in Ulpian D. 7,1,7,2, entgegentrat und der auch unmittelbar einleuchtet: Wer die Früchte aus einer Sache ziehen darf, der muß auch für ihren Erhalt sorgen. Ein Zusammenhang zwischen einem Fruchtriebungsrecht und einer Bürgenstellung ist dagegen wenig eingängig. Aber Karlowa will den Satz in diesem Sinne lesen: Denn, so können wir in seinem Sinne umformulieren, so wie der Nießbraucher Gebrauch und Nutzung haben soll, so soll der Eigentümer durch Stellung eines Bürgen gesichert werden.

Gegen Karlowas These spricht schließlich Ulpian D. 7,9,1,5. Im *principium* des Fragments stellt Ulpian zwei der drei Tatbestände der *cautio usufructuaria* vor: Der Nießbraucher versprach, er werde die Sache nach dem Ermessen

⁵⁵ Siehe oben, den Text zu Fn. 33 und Fn. 34.

⁵⁶ Deichmann, *Rechtsverhältnis* (oben, Fn. 17), S. 195.

⁵⁷ Wesener, ZRG (RA), 81 (1964), S. 98 f.

eines redlichen Mannes nutzen und nach Beendigung des Nießbrauchs zurückgeben, was von der Sache noch vorhanden ist. § 1 und § 2 behandeln sodann den Anwendungsbereich der *cautio*. In § 3 konkretisiert Ulpian den Versprechensinhalt, die Sache wie ein redlicher Mann zu nutzen: Der Nießbraucher versprach damit insbesondere, die Sache nicht zu verschlechtern. § 4 legt den Parteien nahe, durch Zeugen den Zustand der Sache bei Beginn des Nießbrauchs feststellen zu lassen. § 5 ergänzt sodann zum Inhalt des Versprechens, die Sache wie ein redlicher Mann zu nutzen:

Utilius autem visum est stipulatione de hoc caveri, ut, si quis non viri boni arbitratu utatur, committatur stipulatio statim, nec expectabimus, ut amittatur usus fructus.

Die Parteien hatten folglich einen Gestaltungsspielraum bei Abfassung der Stipulation. Sie konnten sie so fassen, daß dem Eigentümer die *actio ex stipulatu* erst mit Erlöschen des Nießbrauchs offenstand. 'Für vorteilhafter aber hält man es, durch die Stipulation dergestalt Sicherheit leisten zu lassen, daß die Stipulation sofort verfällt, wenn der Nießbrauch nicht nach dem Ermessen eines redlichen Mannes ausgeübt wird'⁵⁸. Daß die Sicherheit im Regelfall so geleistet wurde, daß sie sofort verfällt, wenn der Nießbraucher sein Recht nicht wie ein redlicher Mann ausgeübt hat, ergibt sich aus § 6, der die unvorteilhaftere Möglichkeit gar nicht erst nennt. Aber die Erwähnung des Gestaltungsspielraums in § 5 wäre sinnlos, wenn Karlowas These stimmte. Denn dann hätte der Eigentümer ohnehin mit der in Frage stehenden *actio in factum* sofort auf Vornahme der Reparaturen klagen können. Und selbst wenn primärer Zweck der *cautio usufructuaria* war, den Eigentümer durch Bürgenstellung zu sichern, wäre es allein sinnvoll gewesen, daß sich die *cautio usufructuaria* an unserer Klage angelehnt hätte, also immer sofort verfallen wäre.

cc. – Ulpian D. 7,9,1,5 offenbart aber nicht nur, daß Karlowas These nicht richtig sein kann. Er scheint zugleich darauf hinzudeuten, daß eine auf die Vornahme von Reparaturen gerichtete Klage zur Zeit Ulpians nur aus der *cautio usufructuaria* hergeleitet werden konnte. Ulpian hätte den Gestaltungsspielraum sicher nicht erwähnt, wenn er ohne Sinn gewesen wäre, weil der Eigentümer die *actio in factum* sofort hätte geltend machen können. Man könnte zwar behaupten, die *actio in factum* sei nur gewährt worden, wenn eine *cautio usufructuaria* überhaupt nicht geleistet worden war. Daß aber ein Gestaltungsspielraum der Parteien diskutiert wird, mit dem sich der Eigentümer eine Pflicht derart versprechen läßt, daß sein Schutz hinter dem durch

⁵⁸ Hierzu Knütel, ZRG (RA), 92 (1975), S. 154.

die in Frage stehende *actio in factum* erzielten zurückbleibt, ist auch nicht recht einsichtig.

Auch daß die Pflicht, die *cautio usufructuaria* zu leisten, nach herrschender Meinung in klassischer Zeit auf alle Fälle der Nießbrauchsbestellung ausgedehnt worden sein soll⁵⁹, widerlegt nicht nur Karlowas These vom Entstehungszeitpunkt der uns interessierenden Klage, sondern stellt zudem ein Fragezeichen hinter die herrschende Meinung, wonach die *actio in factum* auf Vornahme von Reparaturen klassischen Ursprungs sei. Denn das hieße doch, daß der Prätor auf dasselbe Problem gleichzeitig auf ganz unterschiedliche Weise und damit reichlich unkoordiniert reagiert haben soll. War das Problem, daß der Eigentümer ursprünglich nur dann eine Klage bei Nichtdurchführung notwendiger Reparaturen gegen den Nießbraucher hatte, wenn der Nießbraucher zuvor versprochen hatte, er werde die Sache wie ein redlicher Mann nutzen, gewährleistete der Prätor aber nur in den Fällen, in denen der Nießbrauch durch ein Vermächtnis begründet wurde, daß der Nießbraucher diese *cautio usufructuaria* leistet, so konnte der Prätor entstehende Schutzlücken auf zwei Weisen schließen. Er konnte entweder dafür Sorge tragen, daß der Nießbraucher in jedem Fall und nicht nur in den Fällen, in denen der Nießbrauch durch Vermächtnis bestellt wurde, die *cautio usufructuaria* leistet. Oder er konnte dem Eigentümer auch unabhängig von der *cautio usufructuaria* eine Klage gewähren. Nach der vorherrschenden Meinung ging der Prätor beide Wege gleichzeitig.

Nach Alexander C. 6,54,7 durfte der Erblasser dem Nießbraucher im Testament nicht erlassen, daß er Sicherheit leiste, die Sache wie ein redlicher Mann zu nutzen. Der Zweck dieser Vorschrift leuchtet unmittelbar ein, wenn die *cautio usufructuaria* klagebegründend wirkte. Denn andernfalls hätte der Erbe unter Umständen zuschauen müssen, wie der Nießbraucher sein Eigentum verfallen läßt. Geht man hingegen davon aus, daß der Nießbraucher zur Vornahme von Reparaturen auch ohne die Leistung der *cautio usufructuaria* gezwungen werden konnte, und wirkte sie daher vor allem anspruchssichernd, so fragt man sich, wieso die Absicherung des Nießbrauchers durch einen Bürgen so wichtig gewesen sein soll, daß dem Nießbraucher die Pflicht zur Bürgenstellung nicht im Testament erlassen werden konnte.

Umgekehrt finden sich aber auch Texte, die einleuchtender erscheinen, wenn man unterstellt, daß der Nießbraucher bereits im klassischen römischen Recht auch unabhängig von der Leistung einer *cautio usufructuaria* die Vornahme von Reparaturen erzwingen konnte, so Paulus D. 7,1,48pr.: Der Eigentümer, der Instandsetzungsmaßnahmen, die eigentlich dem Nießbraucher oblagen, in dessen Abwesenheit durchführte, konnte gegen diesen mit einer *actio negotiorum gestorum contraria* vorgehen und damit auf Ersatz seiner Auslagen klagen. Doch wäre eine *actio negotiorum gestorum contraria*

⁵⁹ Siehe oben, den Text zu Fn. 57.

wohl nicht einschlägig gewesen, wenn sich allein aus einer Stipulation ergibt, daß die Reparatur dem Nießbraucher oblag.

c. – These zum Entstehungszeitpunkt der Klage auf Vornahme von Reparaturen bei Fehlen der *cautio usufructuaria*

Nach der heute unbestrittenen Meinung konnte dem Eigentümer, unterließ der Nießbraucher gewöhnliche Reparaturen, eine Klage auch dann gewährt werden, wenn der Nießbraucher keine *cautio usufructuaria* geleistet hatte. Strittig ist allein, wann sich diese Klage herauskristallisierte. Während Karlowa davon ausging, daß sie sich zeitgleich mit dem Nießbrauch herausgebildet hatte, meinten Siber und Schulz, daß sie erst dem Justinianischen Recht entsprach. Die vorherrschende Ansicht hält sie für klassisch. Doch sind die von ihr angeführten Quellen, welche die Klage erwähnen sollen, nicht unproblematisch. Stellt man die in Frage stehende Klage in ihren historischen und systematischen Zusammenhang, so ist wahrscheinlich, daß sie sich erst seit der Spätklassik herausgebildet hat. Der Hochklassiker Julian kannte sie noch nicht. So ist erklärbar, daß er die Pflicht zur Leistung der *cautio usufructuaria* ausweitete, um so das Erhaltungsinteresse des Eigentümers zu schützen. Zur Zeit des Spätklassikers Ulpian existierte sie bereits. So ist erklärbar, daß er in D. 7,1,7,2 die Pflicht, die Sache instand zu halten, als Kehrseite des Fruchtziehungsrechts darstellt. Diese Pflicht ergab sich unmittelbar aus dem Nießbrauchsverhältnis und nicht erst aus einer zu leistenden Stipulation. Damit steht zugleich fest, daß Ulpian im gleichen Text die uns interessierende Klage erwähnte⁶⁰. Doch scheint sie sich gerade erst herauskristallisiert zu haben. So wird plausibel, daß Ulpian noch auf den Gestaltungsspielraum bei Abfassung der *cautio usufructuaria* hinweist, obwohl dieser seine praktische Bedeutung bereits verloren hatte. Am Ende der Spätklassik und in der Nachklassik war die Klage fest etabliert. Darauf deuten Paulus D. 7,1,48pr. und Gordian C. 3,33,7 hin. Freilich ist mit der hier entwickelten These nicht erklärbar, warum der Erblasser nach Alexander C. 6,54,7 dem durch Vermächtnis eingesetzten Nießbraucher die Bürgenstellung nicht erlassen konnte.

III. – Das gemeine Recht

Nach Diskussion des römischen Rechts sprang der Court of Session ins schottische Recht und erörterte dessen noch geltende Quellen aus der Zeit des gemeinen Rechts. Diese für schottische Gerichte typische Vorgehensweise ist bereits in anderem Zusammenhang auf Kritik gestoßen⁶¹: Diese

⁶⁰ Anders Deichmann, *Rechtsverhältnis* (oben, Fn. 17), siehe oben, den Text zu Fn. 41.

⁶¹ Siehe nur R. Evans-Jones, *Unjust enrichment, contract and the third reception of Roman Law in Scotland*, LQR, 109 (1993), S. 663 ff.

schottischen Quellen dürfe man nicht nur vor dem Hintergrund des römischen Rechts verstehen. Vielmehr seien sie in den Zusammenhang des europäischen *ius commune* einzuordnen. Denn das römische Recht sei in seiner Fortentwicklung in Europa seit seiner Wiederentdeckung rezipiert worden, nicht aber in seiner Anwendung in der Antike. Die zweite Frage, die das Urteil aufwirft, lautet daher, wie das Erhaltungsinteresse des Eigentümers nach gemeinem Recht gesichert wurde.

1. – Die Entwicklung außerhalb Schottlands

a. – Die Nießbrauchsdefinition aus Paulus D. 7,1,1 blieb unter den Autoren des gemeinen Rechts anerkannt⁶². Grotius leitete aus ihrer Schlußformel *salva rerum substantia* (‘zonder des zaeks verminderung’) die Pflicht her, Instandhaltungsmaßnahmen vorzunehmen⁶³. Auch für Voet stand außer Zweifel, daß dem Nießbraucher Reparaturen obliegen. Er stellte diese Pflicht als Kehrseite des Fruchtziehungsrechts dar⁶⁴. Weder Grotius noch Voet benennen die *cautio usufructuaria* als Grundlage der Klagbarkeit dieser Pflicht⁶⁵. Gleiches gilt für Domat⁶⁶ sowie die Naturrechtskodifikationen⁶⁷. Und Heineccius erwähnt die Reparaturpflicht und die Sicherheitsleistung zwar im gleichen Satz, doch scheint die *cautio usufructuaria* bei ihm nur anspruchssichernd und nicht anspruchsgrundend gewesen zu sein⁶⁸. Daß die *cautio usufructuaria* für die Durchsetzung der Reparaturpflicht keine Voraussetzung

⁶² Hugo Grotius, *Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-Geleertheyt*, Amsterdam 1738, II,38,5; Gerard Noodt, *De usufructu*, 4. Aufl., I,2, in: *Opera omnia*, Bd. 1, Leiden 1760; Ulric Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*, 5. Aufl. Amsterdam 1768, II,39,4; Jean Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1777, I,1,11,1,1. Ebenso Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Frankfurt 1694, IV,8,7. Zum folgenden vgl. auch M. Heger, *Der Nießbrauch in usus modernus und Naturrecht*, Berlin 2004, S. 66 ff.

⁶³ Grotius, *Inleydinge* (oben, Fn. 62), II,38,9. Siehe auch Huber, *Rechtsgeleertheyt* (oben, Fn. 62), II,39,10.

⁶⁴ Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Paris 1829, VII,1,36. Siehe auch Domat, *Loix* (oben, Fn. 62), I,1,11,1,17; Ludwig Julius Friedrich Höpfner, *Theoretisch-practischer Commentar*, Frankfurt am Main 1783, § 373 (S. 274 f.); ALR I 21 § 52; Art. 594 CC. Und vgl. auch Hugo Donellus, *Commentariorum de jure civile*, X,13,13 ff., in: *Opera omnia*, Bd. 3, Rom 1829.

⁶⁵ Ebenso Pufendorf, *De jure* (oben, Fn. 62), IV,8,7; Wolfgang Adam Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum*, Tübingen 1726, VII,1,38; Noodt, *De usufructu* (oben, Fn. 62), I,9 und 14; Wiguläus Xaver Aloys von Kreittmayr, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem*, Bd. 2, München 1761, II,9,6 (S. 1518); Huber, *Rechtsgeleertheyt* (oben, Fn. 62), II,39,10 und 26.

⁶⁶ Domat, *Loix* (oben, Fn. 62), I,1,11,4,2, 3 und 8.

⁶⁷ ALR I 21 §§ 12 ff., 47, 68 f.; Art. 605 f. Code civil; § 513 ABGB; Franz von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, Bd. 2/1, Wien 1812, § 513 Anm. 1 (S. 346 ff.).

⁶⁸ Johann Gottlieb Heineccius, *Anfangsgründe des bürgerlichen Rechtes*, Bd. 1, Wien–Leipzig 1786, § 418 (S. 329 f.). Siehe auch Höpfner, *Commentar* (oben, Fn. 64), § 373 (S. 274 f.); Kreittmayr, *Anmerkungen* (oben, Fn. 65), II,9,6 (S. 1518); II,9,5 CMBC. Aus der modernen Forschung vgl. Heger, *Nießbrauch* (oben, Fn. 62), S. 68 ff.

war, ergibt sich für Grotius auch daraus, daß er diese Pflicht in Titel II,38 'Vom Nießbrauch im Allgemeinen' ('Van togt in't gemeen') behandelte, die Sicherheitsleistung dagegen erst im nächsten Titel unter II,39,3: Dabei spricht er allein davon, daß Sicherheit zu leisten sei, und nicht davon, daß der Nießbraucher versprechen müsse, die Sache wie ein redlicher Mann zu nutzen. Die Reparaturpflicht erwähnte Grotius nochmals in II,39,6. In den Abschnitten dazwischen behandelt er Regeln, die nicht mit der Sicherheitsleistung oder der Reparaturpflicht in Zusammenhang stehen. Dies legt nahe, daß er diese Pflicht nicht erst aus der Sicherheitsleistung herleitete, sie vielmehr unabhängig von dieser anerkannte. Ergab sich die Reparaturpflicht also nicht erst aus einem Versprechen des Nießbrauchers, so trat folgerichtig bei der Behandlung der *cautio usufructuaria* der Stipulationsinhalt in den Hinter- und die Bürgenstellung bzw. die Stellung anderer Sicherheiten in den Vordergrund: Zweck der *cautio usufructuaria* sei etwa, den Eigentümer zu sichern, falls der Nießbraucher verarmen sollte⁶⁹.

b. – Daß die Reparaturpflicht nicht vertraglicher Natur war und daß die *cautio usufructuaria* allein der Anspruchssicherung und nicht der Anspruchsbegründung diente, war im gemeinen Recht unstreitig. Auch scheint das gemeine Recht insoweit keinen Entwicklungen unterworfen gewesen zu sein. Gleiches gilt nicht für einen anderen Aspekt des Nießbrauchsrechts: Wir konnten oben sehen, daß der Erblasser nach Alexander C. 6,54,7 dem durch Vermächtnis eingesetzten Nießbraucher die Bürgenstellung nicht erlassen konnte. Freilich machte dieses Verbot wenig Sinn, als die *cautio usufructuaria* nicht mehr klagebegründend wirkte. Ebenso scheinen die Merkmale, daß die Leistung der *cautio usufructuaria* von Amts wegen berücksichtigt wurde und an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft war, mit einer einzigen anspruchssichernden Funktion wenig im Einklang zu stehen. War im gemeinen Recht nun unstreitig, daß die *cautio usufructuaria* allein anspruchssichernd wirkte, mußten diese Aspekte in die Kritik geraten.

Grotius stellte nur fest, daß die Sicherheitsleistung durch letzten Willen nicht erlassen werden könne⁷⁰, und ergänzte nur einen Fall, in dem keine *cautio usufructuaria* geleistet zu werden brauchte, nämlich den, daß einem Vater ein Nießbrauch am Eigentum seiner Kinder zustehe⁷¹. Voet und Huber gestanden dem Richter zudem ein Ermessen zu, wie er darauf reagieren könne,

⁶⁹ Voet, *Commentarius* (oben, Fn. 64), VII,9,1 und 3; Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle 1754, § 720.

⁷⁰ Ebenso Andreas Gaill, *Observationum practicarum Imperialis Cameræ... libri duo*, Venedig 1613, II,145,1; Cornelius Neostadius, *Utriusque Hollandiae, Zelandiae Frisiaeque curiae decisiones*, Den Haag 1667, dec. 33; Petrus Peckius, *Tractatus de testamentis coniugum*, V,24,4, in: *Opera omnia*, Antwerpen 1679.

⁷¹ Grotius, *Inleydinge* (oben, Fn. 62), II,39,3 Fn. 3. Ebenso etwa Gaill, *Observationum* (oben, Fn. 70), II,145,13.

wenn es dem Nießbraucher nicht möglich sei, Sicherheit zu leisten⁷², und diskutierten, ebenso wie die übrigen Autoren ihrer Zeit, unter Rückgriff auf die römischen Quellen zahlreiche weitere Ausnahmen von der Pflicht zur Sicherheitsleistung⁷³. Auch entwickelte sich die Frage nach der Möglichkeit eines Erlasses der Pflicht zur Sicherheitsleistung zu einer Hauptkontroverse im Nießbrauchsrecht, zu deren Lösung zahlreiche Differenzierungen vorgeschlagen wurden⁷⁴. Höpfner hielt einen Erlaß gar unproblematisch für möglich⁷⁵:

Diese Meynung, daß nemlich der Erblasser die Caution nicht remittiren könne: wird auch durch die angeführte L. 7 [Alexander C. 6,54,7] bestätigt [...]. Gleichwohl ist diese Entscheidung ganz unbegreiflich. Man sagt zwar, der ususfructuarius würde durch diese Erlassung zu einer unerlaubten Handlung [...] gereizt, die Sache zu verderben; und solche Reizungen wollten die Gesetzgeber nicht dulden. Aber dieser Grund ist lächerlich. Dann a) der usufructuarius muß ja allen Schaden, den er der Sache thut, ersetzen, *er mag Caution leisten oder nicht.*

II,9,6 CMBC bestimmte zudem, daß die *cautio usufructuaria* nur auf Verlangen des Eigentümers geleistet werden mußte⁷⁶. Eine Durchsetzung von Amts wegen war damit ausgeschlossen. Einen Schritt weiter ging man im deutschsprachigen Raum: Die Sicherheitsleistung konnte nur noch bei einer Gefährdungslage verlangt werden⁷⁷. Zeiller stellte ausdrücklich fest, daß sich die Regel, der Nießbraucher müsse immer Sicherheit leisten, kaum

⁷² Voet, *Commentarius* (oben, Fn. 64), VII,9,3; Huber, *Rechtsgeleertheyt* (oben, Fn. 62), II,39,24. Vgl. auch Wolff, *Grundsätze* (oben, Fn. 69), § 720; Art. 602 CC und aus der Forschung H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, München 1985, S. 312.

⁷³ Voet, *Commentarius* (oben, Fn. 64), VII,9,7 ff.; Huber, *Rechtsgeleertheyt* (oben, Fn. 62), II,39,23; Marcaurelio Galvanus, *De usufructu dissertationes variae*, Passau 1650, ch. 19 n. 20; Höpfner, *Commentar* (oben, Fn. 64), § 373 (S. 275 f.); Georg Adam Struve, *Syntagma jurisprudentiae*, Bd. 1, 3. Aufl. Frankfurt und Leipzig 1738, Nr. 71 zu D. 7,9; Kreittmayr, *Anmerkungen* (oben, Fn. 65), II,9,6 (S. 1519); II,9,6 CMBC. Ulpian D. 36,3,1,18; Justinian C. 6,61,8,4. Aus der modernen Forschung Heger, *Nießbrauch* (oben, Fn. 62), S. 182 f.

⁷⁴ Siehe etwa Voet, *Commentarius* (oben, Fn. 64), VII,9,9; Samuel Stryk, *Continuatio usus moderni pandectarum*, 2. Aufl. Halle 1708, VII,9,4; Arnold Vinnius, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius*, Leiden 1709, II,4,pr.,9; Paulus Christinaeus, *Decisiones*, Bd. 2, Erfurt 1734, dec. 175 n. 9 ff.; Noodt, *De usufructu* (oben, Fn. 62), I,19; Huber, *Rechtsgeleertheyt* (oben, Fn. 62), II,39,16; Heiniccius, *Anfangsgründe* (oben, Fn. 68), § 418 (S. 329 f.); Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, Bd. 9, 1808, S. 475 ff. Aus der modernen Forschung Heger, *Nießbrauch* (oben, Fn. 62), S. 68 ff.

⁷⁵ Höpfner, *Commentar* (oben, Fn. 64), § 373 (S. 275). Betonung hinzugefügt. Siehe auch Kreittmayr, *Anmerkungen* (oben, Fn. 65), II,9,6 (S. 1519 f.); G. Hanusek, *Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht*, Erlangen 1879, S. 37; H. Dernburg, *Pandekten*, Bd. 1, 5. Aufl. Berlin 1896, § 248 (S. 607 f.).

⁷⁶ Siehe auch Kreittmayr, *Anmerkungen* (oben, Fn. 65), II,9,6 (S. 1519).

⁷⁷ Wolff, *Grundsätze* (oben, Fn. 69), § 720; ALR I 21 § 20; § 520 ABGB. Anders Art. 250 Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (1864).

aufrecht erhalten lasse, weil sie auf dem Gedanken beruhe, daß die *cautio usufructuaria* anspruchsbegründend wirke, der für das gemeine Recht nicht gelte⁷⁸.

c. – Zum Beleg ihrer Ansicht, daß die Reparaturpflicht nicht erst durch Leistung einer *cautio usufructuaria* klagbar gemacht wurde, zitierten die Autoren des gemeinen Rechts mit Ulpian D. 7,1,7,2 f. einen Text, auf den auch die heute vorherrschende Ansicht verweist⁷⁹. Aber wie kam es dann zur im romanistischen Schrifttum zunächst herrschenden Ansicht, nach der die *cautio usufructuaria* klagebegründend wirkte? Wir hatten doch eingangs festgestellt, daß diese Ansicht erst in Folge von Karlowa zu Beginn des 20. Jh. in die Kritik geriet. Nun ist aber unser Zwischenergebnis, daß Karlowas Ansicht dem gemeinen Recht entsprach und die Autoren des gemeinen Rechts sich insoweit im Einklang mit den römischen Quellen sahen. Wenden wir uns für die Beantwortung dieser Frage der Entwicklung im Deutschland des 19. Jh. zu. Zu dessen Beginn scheint sich an der gerade festgestellten Rechtslage zunächst nichts geändert zu haben⁸⁰. Doch deutete sich schon früh ein Meinungsumschwung an⁸¹. Mühlenbruch schrieb zur Mitte des Jahrhunderts⁸²:

Aus dem Grundsatz: Wer die Vortheile der Sache bezieht, muß auch die damit verbundenen Belästigungen übernehmen, folgt, daß der Nutznießer die öffentli-

⁷⁸ Zeiller, *Commentar* (oben, Fn. 67), § 520 Anm. 1 Fn. *.

⁷⁹ Grotius, *Inleydinge* (oben, Fn. 62), II,39,6 Fn. 8; Voet, *Commentarius* (oben, Fn. 64), VII,1,36; Kreittmayer, *Anmerkungen* (oben, Fn. 65), II,9,4 und 5 (S. 1515); Heineccius, *Anfangsgründe* (oben, Fn. 68), § 418 (S. 329 f.).

⁸⁰ A.F.J. Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, Bd. 2, 2. Aufl. Jena 1805, § 614 (S. 53), § 618 (S. 55); G. Hufeland, *Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts*, Bd. 1, Gießen 1808, §§ 305 ff. (S. 119 f.); J.N. v. Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts*, Bd. 1, 3. Aufl. München 1827, § 145 (S. 262 ff.), § 152 (S. 279 ff.); F. Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, 10. Aufl. Gießen 1833, § 281 (S. 88); K. Luden, *Die Lehre von den Servituten*, Gotha 1837, S. 89 ff.; R v. Holzschuher, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, Bd. 2/1, Leipzig 1845, S. 301; E. Böcking, *Pandekten*, Bd. 2, Bonn 1855, § 165 (S. 250 ff.); J.A. Seuffert, *Praktisches Pandektenrecht*, Bd. 1, 4. Aufl. Würzburg 1860, § 169 (S. 223 f.); G.F. Puchta, *Pandekten*, 11. Aufl. Leipzig 1872, § 181 (S. 278 f.); K.L. Arndts, *Pandekten*, 12. Aufl. Stuttgart 1883, § 180 (S. 320 f.).

⁸¹ Siehe etwa F. Schoeman, *Handbuch des Civilrechts*, Bd. 1, Gießen 1806, S. 343 ff. Ihm folgend Glück, *Erläuterungen* (oben, Fn. 74), S. 251 f., 470 ff., 480 f.

⁸² C.F. Mühlenbruch, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, Bd. 2, 3. Aufl. Halle 1840, § 284 (S. 155 f.). Ebenso E. Hoffmann, *Die Lehre von den Servituten*, Bd. 1, Darmstadt 1838, S. 162 ff.; J.F.L. Göschen, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Bd. 2/1, 2. Aufl. Göttingen 1843, § 295 (S. 223 ff.); F.L. v. Keller, *Pandekten*, Leipzig 1861, § 174 (S. 336 ff.); H. Bürkel, *Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch*, München 1864, S. 146; O. Schönemann, *Die Servituten*, Leipzig 1866, S. 61 ff.; C.F.F. Sintenis, *Das praktische gemeine Civilrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. Leipzig 1868, § 59 (S. 572 ff., insbesondere 574); C.G. v. Wächter, *Pandekten*, Bd. 2, Leipzig 1881, § 154 (S. 233); L.A.J. Hornemann, *Die cautio usufructuaria*, Halle 1890, S. 4 ff., 12 ff. Siehe auch Hanausek, *Nießbrauch* (oben, Fn. 75), S. 7 f., 33 f.; A. Brinz, *Pandekten*, Bd. 1, 2. Aufl. Erlangen 1873, § 193 (S. 776 f.).

chen Lasten zu tragen hat, und eben so die zur Erhaltung der Sache dienenden Kosten, wenn nicht etwa Hauptreparaturen vorzunehmen sind [...]. Vernachlässigt er seine Obliegenheiten, so kann dieserhalb aus der *cautio usufructuaria* geklagt werden [...].

Im ersten Teil des Zitats erweckt Mühlenbruch den Eindruck, als sei die Reparaturpflicht unmittelbare Kehrseite des Rechts, die Sache zu nutzen und ihre Früchte zu ziehen. Man will daher vermuten, daß diese Pflicht ohne weiteres klagbar ist. Am Ende des Zitates stellt er indes fest, daß Grundlage einer Klage gegen den Nießbraucher die *cautio usufructuaria* ist. Bei Mühlenbruch scheint ihr wieder ein doppelter Zweck zuzukommen. In einer Fußnote beruft Mühlenbruch sich auf Ulpian D. 7,1,13,2. Er ging also davon aus, daß es sich bei der dort genannte Klage nicht um eine unabhängig von der *cautio usufructuaria* gewährten Klage handelte. Besonders deutlich wird dieser Meinungsumschwung bei Elvers⁸³:

Erst durch sie [die *cautio usufructuaria*] wird das gegenseitige Verhältniß von Usufructuar und Eigenthümer geregelt [...]. Es ist ein charakteristischer Zug des römischen Rechts, daß es niemals zur Aufstellung des allgemeinen Prinzips gelangt ist: überall, wo ein Ususfructus constituit ist, ist mit der Berechtigung des Usufructuars die Verpflichtung verbunden, so und so zu brauchen, und das und das mit der Sache vorzunehmen; – daß es das römische Recht vielmehr immer den Beteiligten überlassen hat, jedesmal durch Abschluß eigener Rechtsgeschäfte diese Verpflichtung künstlich herzustellen [...].

Freilich trat dieser Meinungswechsel nur in Hinblick auf das antike Recht ein. Für das geltende Recht wollte man am gemeinen Recht festhalten⁸⁴:

Die Unversehrtheit seiner Sache ist daher dem Proprietar nur dadurch genügend gesichert, daß ihm der Nießbraucher zu deren ordentlicher Behandlung und Restitution persönlich verpflichtet wird. Dies geschah nach römischer Weise dadurch, daß man dem Nießbraucher eine *cautio usufructuaria* ansann und bis zu deren Leistung die Nießbrauchsache verweigerte. [...] Gemeinrechtlich dagegen treten die Verpflichtungen des Nießbrauchers schon von Rechtswegen mit dem thatsächlichen Beginne des Nießbrauchs ein. Die Kautio dient hier nur zur Verstärkung der gesetzlichen Verpflichtung.

⁸³ R. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg 1856, S. 551.

⁸⁴ Dernburg, *Pandekten* (oben, Fn. 75), § 248 (S. 605 f.). Ebenso O. Wendt, *Pandekten*, Jena 1888, § 144 (S. 375 ff.); Hornemann, *Die cautio* (oben, Fn. 82), S. 57; J. Baron, *Pandekten*, 8. Aufl. Leipzig 1893, § 160 (S. 287 f.); B. Windscheid, T. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 9. Aufl. Frankfurt am Main 1906, § 204 Fn. 1 (S. 1038).

Folglich hielten die Praxis⁸⁵ und die Gesetzgebung⁸⁶ daran fest, die Pflicht des Nießbrauchers, die Sache instand zu halten, nicht erst aus einem Versprechen herzuleiten, und erkannten der *cautio usufructuaria* demnach nur eine anspruchssichernde Funktion zu. Und auch bei den Vorarbeiten zum BGB stellte man dies nicht in Frage⁸⁷. Die Ansicht, gegen die sich Karlowa 1901 wandte, war also gerade erst ein knappes Jahrhundert jung. Und die Pandektisten versuchten hier nicht unter Rückgriff auf die römischen Quellen das geltende Recht umzugestalten. Sie erachteten die Lösung, von der sie glaubten, sie entspreche allein den Quellen, wohl als wenig sachgerecht und hielten für das geltende Recht daher an der überkommenen Position des gemeinen Rechts fest. Die Darstellung des römischen Rechts durch die Pandektisten war als Folge bereits im 19. Jh. historisierend.

2. – Die Entwicklung in Schottland

Für das römisch-holländische Recht kommt De Waal zu dem Schluß, daß kaum ein anderes Rechtsinstitut so fest verwurzelt im römischen Recht ist wie das Recht der Servituten⁸⁸. Nach Ansicht des Court of Session gilt Gleiches nicht für das schottische Recht. Er ging davon aus, daß, selbst wenn das römische Recht eine klagbare Reparaturpflicht des Nießbrauchers auch unabhängig von der *cautio usufructuaria* gekannt habe, damit nicht feststehe, daß die entsprechende Klage in Schottland rezipiert worden sei. Er suchte in den schottischen Quellen eine unzweifelhafte Erwähnung dieser Klage, wurde nicht fündig und schloß daraus, daß es eine entsprechende Klage nicht gegeben habe. Doch stellen sich die schottischen Quellen vielleicht in einem anderen Licht dar, wenn man sie vor dem Hintergrund der Entwicklung des gemeinen Rechts außerhalb Schottlands betrachtet?

a. – Das Gesetzesrecht

Wenden wir uns zunächst dem Gesetzesrecht zu. Am Anfang steht ein Gesetz aus dem Jahre 1491⁸⁹:

⁸⁵ Statt aller RGZ 13, 170 (172). Anders wohl nur OTR Berlin, SeuffA 16 (1863), Nr. 10.

⁸⁶ Vgl. etwa Art. 623, 625 ff., 629 f. Entwurf eines allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Baiern (1808/09); Art. 239 ff. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (1864) und Motive dazu auf S. 79.

⁸⁷ B. Mugdan (Hg.), *Die gesammten Materialien*, Bd. 3, Berlin 1899, S. 749. Etwas anders R. Johow, in: *Die Vorlagen der Redaktoren, Sachenrecht*, hrsg. v. W. Schubert, Bd. 2, Berlin 1982, S. 202 f., 206 f., 212 ff., der Hingabe und Empfang der Sache als Rechtsgeschäft einordnete. Vgl. auch W. Schön, *Der Nießbrauch an Sachen*, Köln 1992, S. 202 f.

⁸⁸ M. de Waal, *Servitudes*, in: Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, hrsg. von R. Feenstra, R. Zimmermann, Berlin 1992, S. 594.

⁸⁹ *Scots Statutes Revised, The Acts of the Parliaments of Scotland, 1424–1707*, 1908, S. 8.

Item It is statute and ordinit that quhare [...] landis gevin in coniunctcfement or lifrent als wele to burght as to land that the schiref [...] sall tak sicker souerte of the persone or persounis that gettis sic wardis that thai sall nocth waist nor distroy ther biggingis charteris woddis parkis stankis myndis nor dovcatis bot hald thaim in siclik kynd as thai ar in the tyme that he gettis and ressauis the samen [...].

Die Lesart des Manuskripts scheint unsicher zu sein. Bei Erörterung dieses Gesetzes spricht etwa Balfour (1525–1583) in seinen 1754 erstmals veröffentlichten *Practicks* anders als die oben zitierte Ausgabe von ‘orchardis’ (Obstgärten) und nicht von ‘charteris’ (Urkunden) sowie von ‘medowis’ (Weiden) und nicht von ‘myndis’ (Minen)⁹⁰. Betrachtet man die Beispiele, die uns in den antiken Quellen und in der gemeinrechtlichen Literatur entgegentreten, so ist wahrscheinlich, daß Balfours Lesart hinsichtlich der Obstgärten richtig, in Hinblick auf die Weiden dagegen nicht richtig ist. Freilich könnte die Erwähnung von Weiden auf ihre besondere Bedeutung in der schottischen Landwirtschaft hindeuten. War an einem Stück Land ein Nießbrauch bestellt, so sollte der Richter von dem Nießbraucher Sicherheit verlangen, daß er dieses nicht verdirbt oder zerstört, sondern in dem Zustand erhält, in dem es sich befand, als er es bekam. Das Gesetz spricht nur davon, daß Sicherheit zu leisten war, und setzt so das Bestehen der Pflicht des Nießbrauchers, die Sache etwa instand zu halten, voraus. Die Sicherheitsleistung scheint indes in der Praxis weiterhin selten angeordnet worden zu sein. So erklärt sich ein zweites Gesetz von 1535⁹¹:

Item Because It is vnproffittable and inutile to mak lawis and statutis for polecy to be had without the samyn be kepit and becaus sik ordoure and prouisioune As is deuisit for polecy may failye be falling of landis in to ward or geving of the samin in coniunct fee or lyfrent Tharefor the kingis grace with avise of his thre Estatis ordanis the act maid thairupoune be the maist Excellent prince king James the ferd his fader of maist noble mynd to be Obseruit and kepit in all punctis Ratifijs and apprevis the samin And that all schireffis [...] putt the samin to Executioune in all punctis That Is to say all officiaris [...] vnder the pane of Refounding to the heretouris of sick landis fallin in ward at thair parfite aige of all dampnage and scaith that thai sall happen to Sustene throw thair negligence thai being requirit thairto be the persoun that Is in ward or his frenndis And gif the [...] ladyis of conjunct fee or lyfrent[ers] Refusis to find souirtie conforme to the said act thai beand Requirit thairto be the schireff [...] That the said schireff [...] charge thame to find the said souirte conforme to the said act personalie Or

⁹⁰ James Balfour, *Practicks*, Edinburgh 1754, S. 102. Ebenso James Dalrymple Viscount of Stair, *The Institutions of the Law of Scotland*, 2. Aufl. Edinburgh 1693, II,6,4; J. Rankine, *The Law of Land-Ownership in Scotland*, 4. Aufl. Edinburgh 1909, S. 745; W.J. Dobie, *Manual of the Law of Liferent and Fee in Scotland*, Edinburgh 1941, S. 244.

⁹¹ *Scots Statutes Revised* (oben, Fn. 89), S. 10.

be oppin proclamatioune at the heid burght of the schire quhare the saidis landis lyis within xxj dais nixt efter thai be chargit thairto vnder the pane of wanting of the proffett of all sik [...] coniunctfee or lifrentis To be Inbrocht to the kingis use Ay and quhill the said cautioune be sufficientlie findin [...].

Das vorliegende Gesetz stammt aus der Zeit von James V. (1513–1542), das Gesetz von 1491 aus der Zeit von James IV. (1488–1513). Der Anfang des Gesetzes nimmt Bezug auf dieses Gesetz von 1491 und weist auf Umsetzungsdefizite hin. Das Gesetz wies nochmals alle Richter an, die Leistung der Sicherheit ausnahmslos zu erzwingen. Wie Hope (1573/80–1646) bestätigt⁹², ordnete das Gesetz an, daß der Richter, der es unterließ, die Sicherheitsleistung zu erwirken, für den daraus erwachsenen Schaden haftbar war. Um die Sicherheitsleistung durch den Nießbraucher zu gewährleisten, gab der Gesetzgeber dem Richter ein Zwangsmittel in die Hand: Weigerte sich der Nießbraucher, Sicherheit zu leisten, so konnte der Richter ihn persönlich oder öffentlich dazu auffordern, die Sicherheit innerhalb von 21 Tagen beizubringen unter Androhung, daß er andernfalls die Früchte bis zur Sicherheitsleistung an den König verliert. 1594 griff das Parlament in Edinburgh ein weiteres Mal ein⁹³:

OURE Souerane Lord [...] Ratifies and apprevis the actis and statutis maid be his hienes maist noble progenitouris of worthie memorie concerning the vphalding of landis gevin in conjunct infestment alsweill to burgh as land and for the better executioun thairof and reparatioun of the decayed policie within burgh Statutis and Ordanis that the provest and baillies of ilk burgh Sall at the instance of the heretouris of the landis within the same vpoun citatioun of pairtie tak summar cognitioun of the estait of the landis houses or tenementis within the burgh be ane condigne inquest of the nichtbouris thairof And gif the samyn be found auld decayed and rwinous in ruif sklattis durris windois fluringis loftis tymmer wark and wallis or ony of thame And ane [land] biggit of auld and throw lang tyme decayed in sic sort that it be alreddie inhabitable or that within schort tyme may becum inhabitable In that cace To decerne that the coniunctfear or lyfrenter sall repair the saidis landis and tenementis in the partis thairof decayed as salbe fund be the said inquest within the space of yeir and day nixt efter thai be requirit thairto be the heretouris and falyeing thairoff declaris that it salbe frie to the saidis heretouris To enter to the possessioun of the same To haue the setting rasing vsing and disponing thairvpoun in all tymes cuming as gif thair wer na lyfrent or coniunctfie standing thairof provuding alwyes that sufficient securitie [in the burgh] quhair the landis or tenementis lyis be tane for termelie payment to the coniunctfearis or lyfrentaris thairof induring thair lyftyme of sic maill and diewtie as the same presentlie gevis the tyme of the said cognitioun or micht

⁹² Hope's *Major Practicks 1608–1633*, hrsg. von J. Avon Clyde, Bd. 2, Edinburgh 1938, V,6,2. Ebenso Thomas Craig de Riccarton, *Jus feudale*, London 1655, II,22 (S. 304); Andrew McDouall Lord Bankton, *An Institute of the Laws of Scotland*, Bd. 1, Edinburgh 1751, II,665,27.

⁹³ *Scots Statutes Revised* (oben, Fn. 89), S. 66.

ressonable gif in that estait incace it be nocht presentlie sett deduce and alwayes the annuellis and vther burding lyand thairvpoun And This to be extendit to all brunt and waist landis and aganis all conjunctfearis present and to cum within burgh.

Der Anfang des Gesetzes nimmt ausdrücklich auf die Gesetze von 1491 sowie 1535 Bezug. Die Rechte des Eigentümers sollten durch das vorliegende Gesetz weiter gestärkt werden. Das ist sein ausdrücklicher Zweck ('for the better executioun thairof')⁹⁴. Bei einem in einer Stadt gelegenen Haus, an dem ein Nießbrauch bestellt war, konnte der Eigentümer die Vornahme von Reparaturen verlangen. Doch blieb das Gesetz hierbei nicht stehen. Es führte zudem ein Verfahren zur Feststellung des Zustandes des Hauses und eine Rechtsfolge ein, falls der Nießbraucher die Reparaturen nicht fristgerecht ausführt. Und es verschärft die Reparaturpflicht. Nach gemeinem Recht mußte der Nießbraucher nur gewöhnliche Reparaturen vornehmen. Das Gesetz scheint ihm darüber hinaus auferlegt zu haben, etwa auch altersbedingte Schäden zu beseitigen. Ein letztes Mal griff der Gesetzgeber 1964 ein. Die Gesetze aus den Jahren 1491 und 1535 hob er im Statute Law Revision (Scotland) Act 1964 zum Teil auf, in dem von 1535 wurde insbesondere die Haftung der Richter abgeschafft. Im übrigen betraf die Außerkraftsetzung nicht die Sicherheitsleistung. Dagegen wurde das Gesetz von 1594 vollständig aufgehoben.

Der Court of Session ging in seiner Entscheidung in *Stronach's Executors v. Robertson* davon aus, daß als Folge des Gesetzes von 1964 zwar weiterhin die Leistung der durch die Gesetze von 1491 und 1535 eingeführten *cautio usufructuaria* verlangt werden könne. Ein Anspruch auf Vornahme von Reparaturen, der sich einzig aus dem Gesetz von 1594 ergeben habe, bestehe dagegen nicht mehr⁹⁵. Damit legte der Court of Session ein Verständnis der Aufgaben und Kompetenzen eines Gesetzgebers zugrunde, das sich erst mit den Naturrechtskodifikationen im ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jh. in Europa durchsetzte. Davor räumten Gesetzgeber in erster Linie Zweifelsfälle aus, reagierten punktuell auf Unsicherheiten oder Mißstände in der Praxis oder fixierten das Gewohnheitsrecht schriftlich. Dabei schöpften sie aus der gemeinrechtlichen Praxis, bildeten das hergebrachte Recht allenfalls fort und ließen dessen Geltung im übrigen unangetastet. Diesem Verständnis würde es entsprechen, daß der schottische Gesetzgeber von 1491 und 1535 die Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht erst einführte, sondern daß sie auch unabhängig von diesem Gesetz und vor dessen Erlass existierte, also Teil des common law war und der Gesetzgeber nur auf Anwendungsdefizite reagierte. Und diesem Verständnis würde es entsprechen, daß der Gesetzgeber die Reparaturpflicht des Nießbrauchers nicht erst 1594 einführen wollte,

⁹⁴ Siehe auch *Foulis v. Allan* (1626) Mor 8271.

⁹⁵ *Stronach's Executors v. Robertson* 2002 SC 542.

sondern daß diese Pflicht bereits anerkannt war und daß es ihm vielmehr auf ihre Verschärfung und die Einführung des besonderen Beweisverfahrens sowie der besonderen Rechtsfolge ankam. Dafür spricht auch, daß eigentlich schon das Gesetz von 1491 eine Reparaturpflicht voraussetzte, deren Erfüllung es allein sichern sollte. Geht man aber davon aus, daß sich die Reparaturpflicht neben dem Gesetz von 1594 zusätzlich aus dem common law ergab, so folgt daraus, daß auch das Gesetz von 1964 nicht die Reparaturpflicht selbst abschaffte. Dieses durchaus naheliegende Verständnis ließ der Court of Session außer Betracht. Freilich muß es an dieser Stelle eine bloße Vermutung bleiben, daß eine Reparaturpflicht des Nießbrauchers bereits vor dem – und unabhängig vom – Gesetz von 1594 existierte. Man könnte nämlich auch umgekehrt behaupten, daß das Gesetz von 1491 die Sicherheitsleistung nur deshalb einföhrte, weil der Eigentümer mangels einer Reparaturpflicht des Nießbrauchers sonst ohne Schutz gewesen wäre. Für die hier aufgestellte These spricht zwar ihr Einklang mit den römischen Quellen. Doch würde ihre Verifizierung insbesondere gelingen, wenn der Nachweis erbracht werden könnte, daß eine Reparaturpflicht bereits im Recht des Mittelalters, vorzugsweise im mittelalterlichen Schottland, anerkannt war. Eine Auswertung mittelalterlicher Quellen blieb hier jedoch unergiebig. Wenden wir uns daher den sogenannten schottischen ‘institutional writers’ zu. Ihre Darstellungen lassen, wie wir sehen werden, Rückschlüsse auf das Verständnis insbesondere des Gesetzes von 1594 durch Zeitgenossen und spätere Generationen von Juristen zu: Die institutional writers gingen in der Tat davon aus, daß die Reparaturpflicht des Nießbrauchers nicht erst durch dieses Gesetz eingeführt wurde, sondern auch unabhängig davon im common law bestand.

b. – Die Institutionenschriftsteller

Die institutional writers sind vor allem dann von Bedeutung, wenn eine Frage, so wie im vorliegenden Fall, nicht durch andere Rechtsquellen eindeutig entschieden wird. Denn ihre Hauptwerke haben den Rang einer subsidiären Rechtsquelle⁹⁶. Der erste dieser Autoren ist Craig (1538–1608) mit seinem 1655 erstmals erschienenen Werk *Jus feudale*, das über Schottland hinaus rezipiert wurde und dessen zweite Auflage 1716 in Leipzig erschien. Er führte aus⁹⁷:

⁹⁶ T.B. Smith, *Sources of Law, Legal Literature*, in: The Law of Scotland, Stair Memorial Encyclopaedia, Bd. 22, Edinburgh 1987, §§ 439 ff. Zur Literaturgattung der Institutionenlehrbücher siehe K. Luig, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, *Ius Commune*, 3 (1970), S. 64 ff.; ders., *The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, *Juridical Review* 1972, S. 193 ff. Zu den institutional writers siehe K. Stromps, *Die Institutional writers*, Diss. Münster 2002.

⁹⁷ Craig, *Jus feudale* (oben, Fn. 92), II,22 (S. 304).

In hac qualicunque conjuncta sive investitura sive infeudatione, quemadmodum usufructu, vidua si pauperiem fecisse dicatur, aut de mala feudi administratione suspecta sit, cavere tenetur se feudum, quod in conjuncta infeudatione habet, non deterioraturam, neque in deteriore statu relicturam, quam acceperat [...]. Haec autem cautio, nisi exigatur ab haerede, non est necessaria. [...] Quod si jam pauperiem fecerit, ante vicecomitem [...] convenienda est, ubi [...] pauperies facta sive damnum aestimabitur, in eoque, contra eam sententia fiet, ut usufructu aut suâ conjunctâ infeudatione privetur, donec de jam dato damno satisfecerit.

Wie im gemeinen Recht außerhalb Schottlands, insbesondere im deutschsprachigen Raum, war die Kaution nach Craig nur im Fall einer Gefährdungslage zu leisten, und sie war nicht von Amts wegen anzuordnen, sondern nur auf Verlangen des Erben. Craig bejahte im letzten Satz zudem einen Schadensersatzanspruch auch bei Fehlen der Kautionsleistung, wenn der Nießbraucher Reparaturen unterlassen hatte. Denn Craig erläuterte zunächst, daß der Nießbraucher Sicherheit dafür leisten müsse, daß sich die Sache nicht verschlechtere. Sei eine Verschlechterung indes schon vor der Sicherheitsleistung eingetreten, müsse er Schadensersatz leisten. Spricht diese Textstelle dafür, daß die Reparaturpflicht bereits vor und unabhängig vom Gesetz von 1594 existierte? Weder dieses Gesetz noch die Gesetze von 1491 und 1535 werden in der ersten gedruckten Ausgabe von 1655 zitiert. Auf die beiden früheren Gesetze nimmt Craig freilich inhaltlich Bezug⁹⁸ und zumindest in der dritten Ausgabe des *Jus feudale* werden die beiden früheren Gesetze zitiert, nicht aber das Gesetz von 1594⁹⁹. Zwar wurde das *Jus Feudale* erst 1655 erstmalig veröffentlicht, doch entstand es früher. Craig starb 1608. Cairns vermutet, daß Craig am *Jus feudale* von den späten 1590ern bis etwa 1606 arbeitete¹⁰⁰. Dann hätte er das Gesetz von 1594 bereits kennen können, und bei der thematisierten Schadensersatzpflicht könnte es sich folglich um eine Rechtsfolge der Verletzung der durch dieses Gesetz eingeführten Reparaturpflicht handeln. In einer bisher unveröffentlichten Studie stellt Simpson dagegen die Vermutung auf, daß Craig seit Mitte, eventuell sogar seit Anfang der 1590er Jahre an seinem Werk schrieb¹⁰¹. Das würde erklären, warum sich Craig auch inhaltlich nicht auf das Gesetz von 1594 bezieht.

Der zweite institutional writer ist Stair (1619–1695) mit seinem 1681 erstmals erschienenen Werk *The Institutions of the Law of Scotland*. Er faßte im Titel über den Nießbrauch schlicht den Inhalt der Gesetze von 1491,

⁹⁸ Siehe oben, Fn. 92.

⁹⁹ Thomas Craig de Riccarton, *Jus feudale*, 3. Aufl. Edinburgh 1732, II,22,12 (S. 418 f.). Die 2. Aufl. Leipzig 1716 konnte nicht konsultiert werden.

¹⁰⁰ J.W. Cairns, *The Breve Testatum and Craig's Jus Feudale*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 56 (1988), S. 317.

¹⁰¹ A.R.C. Simpson, *Thomas Craig of Riccarton and the genesis of the Scottish Legal Historiographical Tradition*, unveröffentlichte LL.M.-Dissertation, Aberdeen 2007, Gliederungspunkt 2.4.

1535 und 1594 zusammen¹⁰². Im Titel zu 'Petitory Actions upon Infectments and Equivalent Rights' ergänzte er¹⁰³:

There is also a petitory action, at the instance of an heir, against a liferenter, for reparation of the liferenter lands and houses, *at any time of the liferenter's life*, that they may be put in as good condition as they were at the liferenter's entry. And also it is competent against the heirs and executors of the liferenter, after the liferenter's death [...].

Diese Textstelle wurde vom Court of Session nicht zitiert. Sie zeigt indes, daß Stair von der Existenz einer Klage, mit welcher der Eigentümer vom Nießbraucher die Vornahme von Reparaturen erzwingen konnte, ausging und daß diese Klage schon vor Erlöschen des Nießbrauchs gewährt wurde und nicht von der Leistung einer *cautio usufructuaria* abhängig war. Denn Stair leitet diese Klage nicht aus einer *cautio usufructuaria* her. Daß er weiterhin nicht auf das Gesetz von 1594 als Grundlage dieser Klage verweist, deutet daraufhin, daß diese Klage auch nach common law existierte und nicht erst durch dieses Gesetz eingeführt wurde. Schließlich erklärt Stair nicht, wie er es regelmäßig tat, daß er vom gemeinen oder römischen Recht abweichen wollte. Das erhärtet den Eindruck, daß er sich im Einklang mit diesen sah. Freilich kann mit Verweis auf Stair nicht nachgewiesen werden, daß sich die Reparaturpflicht bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes von 1594 nicht nur aus diesem, sondern auch aus dem common law ergab. Denn Stair schrieb etwa hundert Jahre später. Doch zum einen fügt sich Stair in ein stimmiges Gesamtbild ein, und das macht die oben aufgestellte Vermutung wahrscheinlich. Und selbst wenn Stairs Auffassung insoweit nicht historisch korrekt gewesen wäre, so entsprach sie, wie sich sofort offenbaren wird, zumindest dem Verständnis im schottischen Recht seit Stair und wäre deshalb für den Court of Session von Bedeutung gewesen.

Der zeitlich nächste institutional writer ist Bankton (1685–1760) mit seinem 1751–1753 in drei Bänden erschienen Werk *An Institute of the Laws of Scotland*. Er stellte allgemein fest¹⁰⁴:

A liferenter must not commit waste upon, or deteriorate the ground, but use the subject, *Salva rei substantia*, without destroying or wasting it, whether by commission, or omission and negligence [...].

Die Wendung 'without wasting [...] by omission' kann auch unterlassene Instandhaltungsmaßnahmen umfassen. Mit einem solchen Verständnis hätte Bankton, so wie etwa auch Grotius, die Pflicht zur Vornahme von Instand-

¹⁰² Stair, *Institutions* (oben, Fn. 90), II,6,4.

¹⁰³ Stair, *Institutions*, IV,22,21. Betonung hinzugefügt.

¹⁰⁴ Bankton, *Institute* (oben, Fn. 92), II,665,26.

haltungsmaßnahmen aus der Wendung *salva rei substantia* hergeleitet. Bankton fuhr fort¹⁰⁵:

A liferenter was, by the civil law, bound to find caution at the sight of the judge, *Se boni viri arbitratu usurum fruiturum*: and by ours, a liferenter is likewise liable to the same diligence in preserving the subject, and due care in the management of it, and must find surety for that purpose.

Hätten, wie vom Court of Session unterstellt, Unterschiede zwischen dem römischen und dem schottischen Recht bestanden, so hätte man erwartet, daß Bankton sie hier erwähnt und nicht umgekehrt die Übereinstimmung zwischen beiden betont ('likewise'). Auch spricht der Satzteil nach dem Doppelpunkt dafür, daß Bankton die Reparaturpflicht nicht erst aus der *cautio usufructuaria* herleiten wollte. Der Nießbraucher ist verpflichtet die Sache zu erhalten. Zusätzlich muß er Sicherheit leisten. Hätte Bankton die Reparaturpflicht aus der *cautio usufructuaria* hergeleitet, so hätte er diese *cautio* an den Anfang seiner Aufzählung stellen müssen und hätte die Pflichten nicht durch ein Und verbinden dürfen. Wie im gemeinen Recht außerhalb Schottlands, scheint der Zweck der *cautio usufructuaria* allein gewesen zu sein, den Eigentümer zu sichern. Im folgenden erläuterte Bankton noch den Inhalt der Gesetze von 1491 und 1535. Als ihren Zweck stellt er nicht heraus, daß sie die *cautio usufructuaria* überhaupt erst einführten. Vielmehr arbeitet er ihre Besonderheiten heraus. So ist auch Banktons Aussage zu verstehen, daß die Regeln beider Gesetze nicht über ihren Anwendungsbereich hinaus angewendet werden dürfen¹⁰⁶. Daß er damit nicht die Reparaturpflicht auf den Anwendungsbereich der Gesetze beschränken wollte, sondern glaubte, daß diese Pflicht auch unabhängig von beiden Gesetzen existierte, ergibt sich auch aus dem unmittelbar anschließenden Text¹⁰⁷:

It is plain, both from these statutes, *and the nature of the things*, that all liferenters must bear the ordinary expences of keeping the subjects in repair; but extraordinary disbursements, tending to the perpetual benefit of the fair, must be refunded [...].

Als Beleg zitierte Bankton Ulpian D. 7,1,7,2 und vermittelt so wieder den Eindruck, daß er sich ganz im Einklang mit den römischen Quellen in ihrer gemeinrechtlichen Anwendung befand.

Der Beklagte im Fall *Stronach's Executors v. Robertson* berief sich auf den nächsten institutional writer Erskine (1695–1768), dessen *An Institute of the Law of Scotland* in erster Auflage 1773 erschien, um zu begründen, daß die

¹⁰⁵ Bankton, *Institute*, II,666,27.

¹⁰⁶ Bankton, *Institute* (oben, Fn. 92), II,666,27.

¹⁰⁷ Bankton, *Institute* (oben, Fn. 92), II,666,28. Betonung hinzugefügt.

vom Kläger geltend gemachten Ansprüche dem schottischen Recht fremd seien. Erskine äußerte sich in II,9,59 ausdrücklich zur Statthaftigkeit eines Schadensersatzanspruchs des Eigentümers gegen den Nießbraucher¹⁰⁸:

To secure the fiar's right against waste or incroachment, liferenters were, by the Roman law, obliged to give security, *cautio usufructuaria*, to preserve the subject in the same condition in which it stood at the time of their entry, *l. 13. pr. De usufr.* By the law of Scotland also, sheriffs, and other judges, are ordained, at the suit of the persons interested, to take security from liferenters and conjunct fiars, for preserving the buildings, woods, parks, and other subjects liferented by them, without destruction or waste, 1491, c. 25; and if they shall refuse, the judge is, by 1535, c. 15 directed to charge them to it, under the penalty of being excluded from the yearly profits of the subject liferented till security be given. Yet where waste is already committed, no action is competent to him who stands presently in the fee for recovering damages: for the damage is due to that person alone to whom the fee shall open after the liferenter's death; and it is possible that if the presumptive heir, prosecuting such action, should die before the liferenter, his executor, to whom the sum recovered upon that action in name of damage would fall, might not be fiar of the liferented subject at the expiration of the liferent.

Erskine lehnte, so der Beklagte, einen Schadensersatzanspruch des Eigentümers für die Zeit des Nießbrauchs ab. Der Sheriff Court ging noch einen Schritt weiter: Aus Erskine II,9,59 ergebe sich, daß der Eigentümer auf einen Anspruch auf Sicherheitsleistung beschränkt sei und weder einen Anspruch auf Vornahme von Reparaturen noch auf Schadensersatz habe¹⁰⁹. Der Court of Session wandte ein, diese Interpretation sei nicht zwingend¹¹⁰. Das Zitat könne auch so verstanden werden, daß Erskine Schadensersatzansprüche nur in Hinblick auf mutmaßliche Eigentümer ('presumptive heir') ausschließe, nicht aber in Hinblick auf denjenigen, der endgültig Eigentum erlangt hat. Mit der Lesart des Beklagten und des Sheriff Court hätte sich Erskine in Widerspruch etwa zu Craig gestellt¹¹¹. Mit der Auslegung des Court of Session hätte er zumindest eine Differenzierung eingeführt, die sowohl im europäischen *ius commune* als auch bis dahin in Schottland keine Parallele fand. Der Court of Session wies zudem darauf hin, daß diese Textstelle allein die Frage nach einem Schadensersatzanspruch berühre. Für die Frage nach dem Anspruch auf Vornahme von Reparaturen sei sie ohne Bedeutung. In Hinblick auf Reparaturen führte Erskine indes im Anschluß aus¹¹²:

¹⁰⁸ Gearbeitet wurde mit der 3. Aufl. von 1793: John Erskine, *An Institute of the Law of Scotland*, 3. Aufl. Edinburgh 1793, II,9,59.

¹⁰⁹ *Stronach's Executors v. Robertson* 2002 SC 543 f.

¹¹⁰ *Stronach's Executors v. Robertson* 2002 SC 545.

¹¹¹ Siehe oben, das Zitat zu Fn. 97.

¹¹² Erskine, *Institute* (oben, Fn. 108), II,9,60. Betonung hinzugefügt.

As the liferent of houses, the liferenter, after having entered to the possession, is *without doubt* obliged, like a liferenter of lands, to preserve the subject in as good condition as he got it, and to disburse the expence necessary for refitting it. But if, in the course of the liferent, the house become quite unfit for habitation by the waste of time, he cannot be compelled to make any disbursements towards its reparation.

Zum Beleg zitierte Erskine Ulpian D. 7,1,7,2 und erweckt so den Eindruck, als befände auch er sich ganz in Einklang mit den römischen Quellen. Dieser Einklang ergibt sich auch daraus, daß er die Unterscheidung aufgreift, nach der den Nießbraucher eine Reparaturpflicht dann nicht trifft, wenn die Sache sich altersbedingt verschlechtert hat. In einem anderen Punkt verweigerte Erskine Ulpian die Gefolgschaft: War ein Haus altersbedingt eingestürzt, so oblag dem Nießbraucher zwar nicht der Wiederaufbau. Hat aber der Eigentümer das Haus wiederaufgebaut, so mußte er laut Ulpian dem Nießbraucher die Nutzung des Hauses wieder gestatten. Das empfand Erskine als unbillig. Der Nießbraucher müsse zumindest die vom Eigentümer aufgewendeten Kosten während der Dauer des Nießbrauchs verzinsen, wollte er das wieder-aufgebaute Haus nutzen¹¹³. Auch wenn Erskine sich hier gegen Ulpian stellte, stand er doch im Einklang mit dem gemeinen Recht außerhalb Schottlands¹¹⁴. Und stellte sich Erskine hier gegen Ulpian, so darf aus dem fehlenden Widerspruch in Hinblick auf die Pflicht des Nießbrauchers, gewöhnliche Reparaturen durchzuführen, geschlossen werden, daß er diese Pflicht anerkennen wollte.

Der letzte der institutional writers ist Bell (1770–1843) mit seinen erstmals 1829 erschienenen *Principles of the Law of Scotland*. Er stellte schlicht fest, daß den Nießbraucher eine Reparaturpflicht trifft¹¹⁵. Die Pflicht zur Sicherheitsleistung behandelt er erst nachfolgend und daraus darf wieder geschlossen werden, daß er die zuvor behandelte Reparaturpflicht nicht aus der *cautio usufructuaria* ableitete. Er führte aus¹¹⁶:

The liferenter in certain circumstances must find caution (*cautio usufructuaria*) to maintain the buildings, woods, &c. without waste. The old laws on this subject were directed chiefly to the prevention of waste, while lands were in ward. And in modern times such caution will not be required, unless where there is shown some reasonable cause to fear waste or neglect on the part of the liferenter.

¹¹³ Erskine, *ibidem*.

¹¹⁴ § 514 ABGB enthält eine identische Regel; vgl. Zeiller, *Commentar* (oben, Fn. 67), § 514 Anm. 3.

¹¹⁵ George Joseph Bell, *Principles of the Law of Scotland*, 2. Aufl. Edinburgh 1830, § 1061.

¹¹⁶ Bell, *Principles*, § 1062.

Bell belegt nochmals, daß auch in Schottland die außerhalb Schottlands beobachtete Entwicklung auftrat¹¹⁷: Die Pflicht zur Kautionsleistung war zunächst nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft, sodann wurden Ausnahmen diskutiert, und schließlich mußte sie nur noch bei einer Gefährdungslage geleistet werden.

Hume (1756–1838) führte schließlich in seinen erst im 20. Jh. herausgegebenen *Lectures on the Law Scotland*, die nicht autoritativ sind, aber dennoch als bedeutendes Mittel verstanden werden, um das Recht seiner Zeit zu rekonstruieren, 1821/22 aus¹¹⁸:

Touching the repairs, a similar distinction is observed of the liferent subjects. Certainly, *both at common law, and under a particular Statute* [...] the liferenter, whether of lands or houses, must maintain and leave the subject, as far as may be, in the like condition as received; and he has to attend therefore to all those articles of ordinary and annual repair, which if made timely, preserve the subject, and prevent it from going to waste.

Hume bestätigt die These zu den Gesetzen von 1491, 1535 und 1594: Die Reparaturpflicht ergab sich nicht allein aus ihnen, sondern auch aus dem common law. Die drei Gesetze sollten das common law nur ergänzen.

c. – Das Fallrecht

Einschlägiges Fallrecht, das eine Klage des Eigentümers gegen den Nießbraucher auf Vornahme von Reparaturen anerkannt hat, diskutierte der Court of Session nicht. Freilich darf aus dem Fehlen von Fallrecht nicht geschlossen werden, die Reparaturpflicht oder die *cautio usufructuaria* hätten keine Rolle gespielt. Vielmehr deutet das mehrfache Eingreifen des Gesetzgebers im 15. und 16. Jh. darauf hin, daß die Reparaturpflicht und die Sicherheitsleistung von großer praktischer Bedeutung waren.

3. – Zusammenfassung

Der Court of Session glaubte in *Stronach's Executors v. Robertson*, daß dem schottischen Recht für die Dauer des Nießbrauchers eine Klage des Eigentümers gegen den Nießbraucher auf Vornahme von Reparaturen und ein Schadensersatzanspruch bei Nichtvornahme der Reparaturen fremd seien. Doch hatte der Court of Session die Quellen des schottischen Rechts nicht vollständig ausgewertet. Und die Quellen, die er zitierte, hätten sich ihm in einem anderen Licht dargestellt, wenn er sie vor dem Hintergrund der

¹¹⁷ Siehe schon oben, das Zitat zu Fn. 97; *Ralston v. Leitch* (1803) Hume 293 f.

¹¹⁸ *Baron David Hume's Lectures 1786–1822*, hrsg. v. C.H. Paton, Bd. 4, Edinburgh 1955, S. 355. Betonung hinzugefügt. Zum Rang der Vorlesungen siehe SME/Smith (oben, Fn. 96), § 440 Fn. 5.

Entwicklungen im gemeinen Recht außerhalb Schottlands gelesen hätte. Schließlich hat er der Auslegung der Gesetze von 1491, 1535 und 1594 ein modernes Gesetzgebungsverständnis zugrundegelegt, das ihnen nicht gerecht wird.

Entgegen dem Court of Session steht fest, daß das schottische Recht in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht einen klagbaren Anspruch auf Vornahme von gewöhnlichen Reparaturen kannte und daß dem Eigentümer bei Nichtausführung der Reparaturen zudem ein Schadensersatzanspruch zustand. Diese Ansprüche standen dem Eigentümer schon während der Dauer des Nießbrauchs zu. Auch in Schottland stand als Zweck der *cautio usufructuaria* die Sicherheitsleistung im Vordergrund. Und ebenso wie in Deutschland und Österreich mußte die *cautio usufructuaria* in Schottland nicht ausnahmslos, sondern nur noch bei einer Gefährdungslage geleistet werden.

Aus diesem Bild fällt Erskine II,9,59 heraus: Nach Lesart des Beklagten in *Stronach's Executors v. Robertson* verneinte Erskine hier Ansprüche auf Vornahme von Reparaturen und auf Schadensersatz, und der Court of Session glaubte, daß nach Erskine Schadensersatzansprüche nur eingeschränkt zugesprochen werden können.

IV. – Das Urteil und seine Folgen

Die moderne schottische Literatur ließ sich von Erskine nicht beirren. Sie stellte schlicht fest, der Nießbraucher sei verpflichtet, gewöhnliche Reparaturen durchzuführen. Führe er sie nicht aus, so könne der Eigentümer auf Erfüllung oder Schadensersatz klagen¹¹⁹. Erskine II,9,59 wurde kritisch gesehen¹²⁰ und *Stronach's Executors v. Robertson* kritisch aufgenommen¹²¹. Und in der Tat sind die Folgen dieser Entscheidung bedenklich. Die Schutzlücke, die bereits im römischen Recht geschlossen worden war, wurde wieder aufgerissen. Und sie fällt im modernen schottischen Recht sogar größer aus als im römischen Recht. Der Eigentümer kann nämlich aus der geleisteten *cautio usufructuaria* während des Nießbrauchs keine Ansprüche herleiten. Die *cautio* hat nicht mehr das Versprechen des Nießbrauchers zum Gegenstand, er werde mit der Sache wie ein guter Hausvater verfahren, so daß der Eigentümer aus der Verletzung eines solchen Versprechens auch keine Rechte mehr herleiten kann. Sie gewährt dem Eigentümer nur Sicherheit, daß die mit Erlöschen des Nießbrauchs fälligen Schadensersatz- und Rückgewähransprüche

¹¹⁹ W.M. Gordon, *Scottish Land Law*, 2. Aufl. Edinburgh 1999, §§ 17–55 f.; S. Styles, *Liferent and Fee*, in: The Law of Scotland, Stair Memorial Encyclopaedia, Bd. 13, Edinburgh 1992, §§ 1660 f.; Rankine, *Land-Ownership* (oben, Fn. 90), S. 743 f. A.A. in Hinblick auf Schadensersatz Dobie, *Manual* (oben, Fn. 90), S. 246 f.

¹²⁰ SME/Styles (oben, Fn. 119), §§ 1660 f.

¹²¹ G.L. Gretton, A.J.M. Steven, *Property, Trusts and Succession*, Hayward Heath 2009, § 21.9.

erfüllt werden¹²². Der Eigentümer kann nur beantragen, daß der Nießbraucher eine Summe als Sicherheit beim Sheriff Court hinterlegt. Und das römische Recht kannte keine besonderen Voraussetzungen, unter denen der Nießbraucher allein zur Kautionsleistung verpflichtet war. Auch wenn der Court of Session zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf Leistung einer *cautio usufructuaria* nicht Stellung beziehen mußte, so ging er doch mit der Literatur davon aus, daß der Eigentümer Sicherheitsleistung nur bei einer Gefährdungslage verlangen kann¹²³. Der Court of Session folgte also der gemeinrechtlichen Tradition insoweit, als er der *cautio usufructuaria* eine nur noch eingeschränkte Funktion zuerkannte und einen Anspruch auf ihre Leistung nur in besonderen Fällen zubilligen wollte. Er erkannte indes nicht, daß diese gemeinrechtliche Tradition erst Ausfluß und Folge der Anerkennung eines Anspruchs auf Vornahme gewöhnlicher Reparaturen selbst bei Fehlen der *cautio usufructuaria* war.

Der Court of Session glaubte freilich, daß all dies mit der Natur des Nießbrauchs in Schottland in Einklang steht. Nach schottischem Recht habe der Nießbraucher nicht nur das Recht, die Sache zu nutzen. Er habe die Stellung eines Eigentümers auf Zeit¹²⁴. Ähnlicher Ansicht war schon Erskine¹²⁵. Der Court of Session hielt die Ablehnung eines klagbaren Reparaturanspruchs für die Dauer des Nießbrauchs auch für sachgerecht. Es entspreche der Intention des Bestellers, dem Nießbraucher eine solch starke Position zu gewähren. Dagegen spricht freilich, daß, wie der Court of Session für wahrscheinlich hielt, der Nießbrauch in Schottland gerade wegen dieser starken Stellung des Nießbrauchers jede praktische Bedeutung verloren hat¹²⁶. Und als Eigentum auf Zeit kann der Nießbrauch nicht betrachtet werden, weil der Court of Session eine Pflicht zur Reparatur nicht ganz ablehnte, sondern nur für die Dauer des Nießbrauchs. Hat der Nießbraucher die Sache verfallen lassen, so muß er sie bei ihrer Restitution wieder in ihren ursprünglichen Zustand versetzen. Einem Eigentum auf Zeit würde es eher entsprechen, wenn der Nießbraucher die Sache nur so, wie sie ist, zurückgeben muß. Dadurch daß die Ansprüche des Eigentümers nachgelagert sind, kommt es weiter zu Beweisproblemen: Auch die (nachgelagerte) Reparaturpflicht bezieht sich nur auf gewöhnliche Reparaturen, aber nicht auf die Beseitigung altersbedingter Schäden. Der Eigentümer muß also bei Erlöschen des Nießbrauchs beweisen, daß nun notwendige außergewöhnliche Erneuerungen nur dadurch

¹²² *Stronach's Executors v. Robertson* 2002 SC 553 f.; SME/Styles (oben, Fn. 119), § 1661.

¹²³ *Stronach's Executors v. Robertson* 2002 SC 542; Rankine, *Land-Ownership* (oben, Fn. 90), S. 746; Dobie, *Manual* (oben, Fn. 90), S. 245 f.; SME/Styles (oben, Fn. 119), § 1661; Gordon, *Land Law* (oben, Fn. 119), § 17–60.

¹²⁴ *Stronach's Executors v. Robertson* 2002 SC 553.

¹²⁵ Erskine, *Institute* (oben, Fn. 108), II, 9, 41.

¹²⁶ *Stronach's Executors v. Robertson* 2002 SC 544, 553. Der Nießbrauch wurde durch Trust-Konstruktionen ersetzt: R.R.M. Paisley, *Real Rights, Practical Problems and Dogmatic Rigidity*, EdinLR, 8 (2005), S. 290; ders., *Land Law*, Edinburgh 2000, §§ 6.1 f.

verursacht worden sind, daß der Nießbraucher während der Dauer des Nießbrauchs die gewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen nicht durchgeführt hat. Auch ist vollkommen unklar, woraus sich die dem Nießbrauch nachgelagerte Reparaturpflicht des Nießbrauchers ergeben soll. Ein entsprechender Anspruch ist den schottischen Quellen fremd.

Schließlich findet sich im Rechtsvergleich kein Recht, das eine dem schottischen Recht ähnliche Position einnimmt: Daß das deutsche Recht dem Eigentümer neben dem Anspruch auf Sicherheitsleistung¹²⁷ noch einen Anspruch auf Vornahme gewöhnlicher Reparaturen sowie bei Nichtvornahme dieser Reparaturen einen Anspruch auf Schadensersatz zuerkennt¹²⁸, wurde bereits oben erwähnt und ist auch vor dem Hintergrund der Entwicklungen im Deutschland des 19. Jh. wenig überraschend¹²⁹. Und auch in Österreich, Frankreich, Italien und den Niederlanden, ist anerkannt, daß der Nießbraucher die Sache instand halten muß¹³⁰.

V. – Zusammenfassung

Im vorliegenden Beitrag wurde der Frage nachgegangen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer vom Nießbraucher die Durchführung von Maßnahmen zur Erhaltung der Nießbrauchssache, insbesondere von Reparaturen, schon während der Dauer des Nießbrauchs verlangen kann:

1. – Das römische Recht kannte zunächst keinen klagbaren Anspruch auf Vornahme von Reparaturen in den Fällen, in denen die *cautio usufructuaria* nicht geleistet worden war. Die *cautio usufructuaria* wirkte zunächst nicht nur anspruchssichernd, sondern sie war auch anspruchsbegründend. Der Nießbraucher versprach in Form einer *stipulatio*, daß er die Sache nach dem Ermessen eines redlichen Mannes nutzen werde, und damit versprach er zugleich, daß er gewöhnliche Erhaltungsmaßnahmen durchführen werde. Verstieß er gegen diese Pflicht, so konnte der Eigentümer auf Grundlage einer *actio ex stipulatu* gegen den Nießbraucher vorgehen. War die Stipulation so gefaßt, daß sie sofort verfällt, konnte der Eigentümer diese Klage unmittelbar

¹²⁷ Vgl. nur P. Bassenge, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 68. Aufl. München 2009, § 1051 Rn. 1.

¹²⁸ Vgl. nur R. Stürner, in: *Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl. Stuttgart 2001, § 1041 Rn. 4.

¹²⁹ Siehe oben, den Absatz zu Fn. 2 und Fn. 3 und den Text unter Gliederungspunkt III 1 c.

¹³⁰ Österreich: § 513 ABGB; A. Kletečka, *Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, 13. Aufl. Wien 2006, S. 426; K. Hofmann, in: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von P. Rummel, 3. Aufl. Wien 2000, § 513 Rn. 1. Frankreich: Art. 605 CC; M. Ferid, H.J. Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 2, 2. Aufl. Heidelberg 1986, Rn. 3 E 141; Reinhardt, *Nießbrauch* (oben, Fn. 14), S. 212 ff. Italien: Art. 1004 CC; F. Galgano, *Diritto privato*, 14. Aufl. Padua 2008, S. 166; P. Gallo, *Istituzioni di diritto privato*, Turin 1999, S. 247 f. Niederlande: Art. 3:220 BW.

erheben und mußte nicht das Ende des Nießbrauchs abwarten. Insoweit war die *cautio usufructuaria* anspruchsgrundend. Sie war zugleich anspruchssichernd, mußte der Nießbraucher doch einen Bürgen stellen. Anfänglich veranlaßte der Prätor nur in den Fällen, in denen ein Vermächtnisnehmer als Nießbraucher eingesetzt war, daß dieser auch die *cautio usufructuaria* leistet. Nachfolgend stellte der Prätor auch in allen übrigen Fällen die Leistung der *cautio usufructuaria* sicher. Doch verblieben Fälle, in denen der Nießbraucher die *cautio usufructuaria* nicht geleistet hatte. Um die daraus resultierende Schutzlücke zu schließen, gewährte der Prätor selbst bei Fehlen der *cautio usufructuaria* eine Klage zur Durchsetzung der gewöhnlichen Reparaturen. Doch zu welchem Zeitpunkt kristallisierte sich diese Klage heraus? Die Antwort auf diese Frage ist umstritten. Vieles spricht indes dafür, daß sie sich zur Zeit der Spätklassik herausbildete. Sind mit dieser These auch die meisten Quellen in Einklang zu bringen, so blieb als Problem, daß noch nach Alexander C. 6,54,7 der Erblasser dem durch Vermächtnis eingesetzten Nießbraucher die Leistung der *cautio usufructuaria* nicht erlassen konnte. Denn wenn zu diesem Zeitpunkt die *cautio usufructuaria* nicht mehr anspruchsbegründend wirkte, so scheint ein Erlaß der mit der *cautio usufructuaria* verbundenen Bürgenstellung nicht sonderlich problematisch.

2. – Das gemeine Recht knüpfte unmittelbar hieran an: Die Pflicht zur Durchführung gewöhnlicher Reparaturen ergab sich für die Autoren des gemeinen Rechts unmittelbar aus dem Nießbrauchsverhältnis. Die Leistung der *cautio usufructuaria* war nicht notwendig, um diese Pflicht klagbar zu machen. Die Sicherungsfunktion der *cautio usufructuaria* trat vielmehr in den Vordergrund. Das gemeine Recht war insoweit keiner Entwicklung unterworfen. Doch hatten wir festgestellt, daß mit der Funktionsverschiebung der *cautio usufructuaria* schon im römischen Recht nicht mehr zusammenpaßte, daß ihre Leistung in jedem Fall einer Nießbrauchsbestellung gewährleistet wurde und daß dem durch Vermächtnis eingesetzten Nießbraucher die Leistung der *cautio usufructuaria* nicht einmal erlassen werden konnte. Auch die Autoren des gemeinen Rechts erkannten diese Unstimmigkeit. Als Folge traten die Ausnahmen zur Pflicht zur Sicherheitsleistung in der gemeinrechtlichen Literatur in den Vordergrund. Der Erlaß sollte zudem nunmehr möglich sein. Und im deutschsprachigen Raum vertrat man die Ansicht, der Eigentümer könne vom Nießbraucher die Sicherheitsleistung nur bei einer Gefährdungslage verlangen.

3. – Diese Erkenntnisse warfen sofort eine weitere Folgefrage auf. Bei Erörterung des römischen Rechts offenbarte sich, daß die Meinung, daß der Eigentümer vom Nießbraucher auch bei Fehlen einer *cautio usufructuaria* die Vornahme von Erhaltungsmaßnahmen, insbesondere von Reparaturen, verlangen konnte, in der modernen romanistischen Literatur 1901 von Karlowa begründet wurde. Aber genauso lasen auch die Autoren des gemeinen Rechts die römischen Quellen. Wann kristallisierte sich also die Meinung

heraus, gegen die sich Karlowa wandte? Der Meinungsumschwung trat im 19. Jh. auf. Insbesondere die Pandektisten glaubten, die *cautio usufructuaria* habe im römischen Recht auch anspruchsgrundend gewirkt. Als Folge konnte der Eigentümer vom Nießbraucher die Reparatur der Nießbrauchs-sache nur verlangen, wenn der Nießbraucher zunächst die *cautio usufructuaria* geleistet hatte. Doch sahen die Pandektisten wohl selbst ein, daß diese Lösung des Interessenkonflikts zwischen Eigentümer und Nießbraucher wenig sachgerecht ist. Denn für das geltende Recht wollten sie an der Tradition des gemeinen Rechts festhalten. Als Folge handelte es sich nicht um geltendes römisches Recht. Ihre Darstellung des römischen Rechts war vielmehr historisierend.

4. – Das schottische Recht ging keinen Sonderweg, sondern nahm an der gemeinrechtlichen Tradition teil: Auch in Schottland ergab sich die Reparaturpflicht des Nießbrauchers nicht erst aus einer Sicherheitsleistung, sondern der Eigentümer konnte die Vornahme von gewöhnlichen Erhaltungsmaßnahmen auch bei Fehlen einer *cautio usufructuaria* schon während der Dauer des Nießbrauchs verlangen. Und wie im deutschsprachigen Raum wurde die Pflicht zur Sicherheitsleistung zurückgedrängt: Sie konnte vom Eigentümer nur noch bei einer Gefährdungslage verlangt werden.

5. – Erst das Urteil des Court of Session in *Stronach's Executors v. Robertson* führte zu einem Bruch mit dieser Tradition. Der Court of Session führte aus, daß die Vornahme von Reparaturen erst nach Beendigung des Nießbrauchs verlangt werden könne. Davor sei bei Vorliegen einer Gefährdungslage allein eine Klage auf Leistung einer *cautio usufructuaria* statthaft. Der Court of Session erzeugte für den Eigentümer eine ernst zu nehmende Schutz-lücke: Anders als nach Ansicht der gemeinrechtlichen Autoren kann der Eigentümer eben nicht unabhängig von einer *cautio usufructuaria* die Reparatur der Nießbrauchssache schon während der Dauer des Nießbrauchs verlangen. Aber anders als nach Ansicht der Pandektisten kann der Eigentümer Reparaturen nicht einmal bei Leistung einer *cautio usufructuaria* verlangen. Die *cautio usufructuaria* soll, wie von der gemeinrechtlichen Literatur vertreten, nur anspruchssichernd wirken. Ein Anspruch auf Leistung der *cautio usufructuaria* soll, so deutete der Court of Session an, darüber hinaus nur im Fall einer Gefährdungslage bestehen. Dieses Ergebnis ist nicht mit der Rechtsnatur des Nießbrauchs erklärbar. Sie führt für den Eigentümer auch zu gravierenden Beweisproblemen: Er soll zwar nach Ansicht des Court of Session nach Ende des Nießbrauchs einen Anspruch auf Reparatur der Nießbrauchs-sache haben, aber dieser Anspruch beschränkt sich auf die Vornahme von gewöhnlichen Reparaturen. Sind außergewöhnliche Reparaturen notwendig, so müßte der Eigentümer beweisen, daß diese gerade deshalb notwendig sind, weil der Nießbraucher schon gewöhnliche Reparaturen unterlassen hat. Zudem ist die Anspruchsgrundlage für den Reparaturanspruch nach Ende des Nießbrauchs unklar. Schließlich schlägt der Court of Session im Rechts-vergleich für das schottische Recht einen Sonderweg ein.

6. – Ausgangspunkt für die historischen Betrachtungen dieses Beitrages war das Urteil des Court of Session im Fall *Stronach's Executors v. Robertson* (2002). Unser Ergebnis war, daß das Gericht nicht nur die römischen, sondern auch die historischen Quellen des schottischen Rechts mißverstand. Aber ist es überhaupt Aufgabe der Rechtsgeschichte, Gerichte, die historisch argumentieren, zu korrigieren? Sicher ist es nicht die einzige Aufgabe der Rechtsgeschichte, die rechtshistorischen Argumente eines Urteils auf ihre Richtigkeit abzuklopfen. Aber dort, wo in einer Urteilsfindung einem rechts-historischen Argument eine tragende Rolle zukommt, darf die rechtshistorische Forschung dieses Argument auf den Prüfstand stellen. Kann jedoch umgekehrt dem Court of Session ein Vorwurf gemacht werden, daß es die Geschichte des Nießbrauchsrechts mißverstanden hat? Im schottischen Recht spielt das historische Argument eine sehr viel größere Rolle als etwa im deutschen Recht¹³¹. Ebenso wie in England wirkt auch in Schottland der Stoff der Vergangenheit als geltendes Recht unmittelbar¹³². So mußte der Court of Session im vorliegenden Verfahren auf sehr alte, aber noch geltende Rechtsquellen zurückgreifen: auf Gesetzesrecht aus dem ausgehenden 15. und dem 16. Jahrhundert und auf die Werke der institutional writers, die zwischen dem 17. und dem 19. Jh. erschienen sind und die in Schottland im Rang einer subsidiären Rechtsquelle stehen. Diese Quellen können nur vor dem gemeineuropäischen *ius commune* als Deutungshintergrund verstanden werden, und für das Verständnis des gemeineuropäischen *ius commune* ist wiederum eine Kenntnis des römischen Rechts unerlässlich. Doch ist ein Gerichtsverfahren auch in Schottland sicher nicht dazu geeignet, um rechtshistorische Forschung zu betreiben. Der in einem geschichtlichen Recht arbeitende Jurist und der Rechtshistoriker treten an die Quellen eben unterschiedlich heran. Ziel des vorliegenden Beitrages war es daher auch nicht, den Court of Session zu schelten. Ziel war vielmehr den Dialog zwischen der Rechtsgeschichte und geschichtlich arbeitenden Praxis zu fördern.

¹³¹ Vgl. zur Bedeutung in Deutschland nur die Diskussionsbeiträge von H.C. Grigoleit, H.-P. Haferkamp und D. Looschelders, ZNR, 30 (2008), S. 259 ff.

¹³² Vgl. die hier nur leicht modifizierte, sehr griffige Formulierung von M. Reimann, *Rechtsgeschichte und geschichtliches Recht im Common Law*, in: Norm und Tradition, Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?, hrsg. von P. Caroni, G. Dilcher, Köln 1998, S. 216.