

## Werk

**Titel:** Ueber den nach des Mandators Tode zu vollziehenden Auftrag

**Autor:** Zimmern, S.

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1821

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1821\\_0004](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004) | log25

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## XIX.

## Ueber den nach des Mandators Tode zu vollziehenden Auftrag.

Von  
Dr. E. Zimmermann.

Ob ein nach des Gewaltgebers Tode zu vollziehender Auftrag erteilt werden könne, ist bekanntlich eine, sowohl für das alte als Justinianische Recht, bestrittene Frage <sup>1)</sup>. Zu ihrer Beantwortung ist uns jetzt eine neue Quelle zu Theil, aber eben dadurch auch eine neue Erörterung nothwendig geworden. Glück, der diese Frage selbst für das Vorjustinianische Recht zu bejahen keinen Anstand nahm, bemerkt, daß dieses dann freilich unbegreiflich wäre, wenn man wirklich keine obligatio oder actio erst mit dem Erben hätte beginnen lassen können <sup>2)</sup>; allein aus §. 13. J. de inut. stipul. ginge hervor, daß dieses bei post mortem *dari sibi* eingegangenen Stipulationen Rechtens gewesen wäre, nicht aber bei irgend einem andern „nach dem Tode des Mandanten entweder zu seinem oder zu eines Dritten Vortheil“ zu vollziehenden Auftrag <sup>3)</sup>, und somit hinge dieser Rechtsatz mit unsrer Frage gar nicht zusammen. — Allein wen nicht schon die bisherigen Zeugnisse von der völli gen Allgemeinheit

1) Glück Comm. B. 15., S. 336—345.

2) Glück a. a. D. S. 343.

3) Glück, S. 344, 345.

ines von Justinian aufgehobenen Grundsatzes überzeugen konnten <sup>4)</sup>, der darf ferner weder seine Allgemeinheit, noch seine Anwendbarkeit auf den gegenwärtigen Fall läugnen, da Gajus in seinen Institutionen folgendes sagt:

*Gajus Comm. III. §. 158.*

Item si quis post mortem meam (*aliquid mihi*) faciendum mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse.

Den Grundsatz, welchen hier Gajus ausdrücklich als ratio der Ungültigkeit irgend eines nach dem Tode zu vollziehenden Mandats angibt, hat er noch an andern Orten wiederholt <sup>5)</sup>. Aber nicht daraus erklärt sich ein anderer, sehr bekannter, und auch von Justinian nicht aufgehobener Rechtsatz, daß das Mandat mit dem Tode des Mandanten oder Mandatars erlischt; denn sonst hätte jedes Menschen Tod ein allgemeiner Tilgungsgrund aller seiner obligatorischen Rechtsverhältnisse seyn müssen, und der *nr alte* Satz, daß in der Regel alle Obligationen und Actionen auf und gegen die Erben gehen, müßte zur Lüge werden. Vielmehr hängt dieses hier, wie z. B. auch bei der *societas*, mit der beliebigen Widerruflichkeit derselben zusammen, weil man alsdann den Tod wie einen *ipso jure* geschehenen Widerruf be-

4) L. 11. C. de contr. et comm. stip. (§. 38.): „Serupulosam veterum inquisitionem, utrum post mortem, vel cum moreretur, vel pridie quam moreretur stipulatus sit aliquis, vel in testamento — — dereliquerit, penitus amputantes: omnia quae vel *quocunque contractu*, vel stipulati vel *pacti sunt* contrahentes — — etiamsi post mortem — — etc. L. un. C. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant (4, 11.):“ Cum stipulationes et legata et *alios contractus* post mortem compositos antiquitas quidem respuebat — — etc. Theoph. ad §. 13. J. 3, 9 und ad §. 35. J. 2., 20., L. 8. fin. C. Th. de div. reser. (1, 4.).

5) Gaj. II., 232., III., 100, 117, 176.

trachtet <sup>6)</sup>. Dagegen der anfangs erwähnte Rechtsatz hat den Sinn: es kann nicht zum Voraus festgesetzt werden, daß etwas erst dem Erben des Gläubigers oder vom Erben des Schuldners erfüllt werde <sup>7)</sup>, also z. B. ich kann post mortem meam dari nicht stipuliren, post mortem heredis dari nicht legiren, aber wer bloß stipulirt: dari spondes, der kann immerhin sterben, ohne daß sein Erbe die ex stipulatu actio verliert, weil sie vom Vorgänger wenigstens angestellt werden konnte. Ja sogar von der stipulatio cum moriar, oder cum morieris sagt §. 15. J. de inut. stip: „ut apud veteres utilis erat, et nunc valet.“ Zwar verwirft sie Gajus (III, 100.) ebenfalls, allein da er doch ein solches Legat gelten läßt (II, 232), so geht daraus hervor, daß hierüber Partheystreit herrschte <sup>8)</sup>; dieser beruhte aber nicht auf einem Zweifel an dem Grundsatz überhaupt, sondern auf der auch in der damaligen Philosophie bestrittenen Frage <sup>9)</sup>: ob der Moment des Todes zum Leben oder zum Tode gehöre? —

6) Zur Realisirung ist darum auch nichts als der neue Consens des Erben nöthig. So kommt in L. 9. §. 1. de jure dot. (23,3.), ein Auftrag vor des Inhalts: daß die dem Mandatar tradirten Sachen „nuptiis secutis dotis efficiantur,“ allein der Mandans stirbt vor der Hochzeit, und es entstand die Frage: „an secutis nuptiis dotis esse incipient?“ worauf Ulpian antwortet: er glaube kaum, daß es anginge, denn die donatio hing ob vom dies nuptiarum, wie aber der eingetretene sey, waren die Objecte schon auf den Erben des Auftraggebers eigenthümlich übergegangen, „a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est,“ also mit dem Tode wird neue Willenskäußerung notwendig, val. Merne Recens. von Savigny in seiner Zeitschrift, B. 4, H. 1, Nr. I. in den Heidelb. Jahrb. 1820, S. 811 — 814.

7) — „Ab herede actionem non incipere, quae non competierit testatori“ L. 8. C. Th. cit, oder: „actio adversum nos non coepta (a nobis non coepta) adversus (ad) heredes nostros non transit.“ Theoph. ad §. 35. J. cit.

8) S. auch L. un. C. cit.

9) Gell. N. A. VI. 12.

Wenn das Mandat mit dem Tode erlischt, wenn der Mandator auch keinen nach seinem Tode zu vollziehenden Auftrag geben kann, so dürfte, wer minder scharf als die Römer unterscheidet, in dem Institut des adstipulator einen Widerspruch finden. Der adstipulator nämlich, dem Namen nach schon aus Cicero <sup>10)</sup> bekannt, ist, wie uns Gajus lehrt, derjenige, welcher sich neben dem stipulator dasselbe wie dieser stipuliren läßt, und also im Verhältnis zum Promittenten weder in Hinsicht des Rechts zur Klage, noch zum Empfang der Zahlung, von dem Hauptgläubiger abweicht; obgleich er im Verhältnis zu diesem nur Mandatarius ist, also das Empfangene zurückgeben muß <sup>11)</sup>. Eines solchen Adstipulators nun kann sich derjenige bedienen, der eine von seinen Erben erst geltend zu machende Stipulation eingehen möchte, ja das war sogar der wesentlichste Zweck des Instituts <sup>12)</sup>. Wenn nämlich A zu B sagt: post mortem meam dare spondes? so ist die Stipulation unwirksam, wenn aber daneben auch C zu B sagt: idem dare spondes? so besteht zwischen diesen beiden letzten Personen eine post mortem alterius, nämlich des A, zu erfüllende Obligation, woran die Römer nie Anstand nahmen <sup>13)</sup>. Was aber nun B von C nach dem Tode des A erlangt hat, dessen Restitution kann sich der Erbe des A mandati iudicio erzwingen <sup>14)</sup>. Das Mandat war hier weder anfangs ungültig, noch mit dem Tode des A erloschen. Der an den B ergangene Auftrag war: „lasse dir idem stipuliren,“ und mit dessen Vollziehung war das Mandat erfüllt. Klagt nun B ex stipulatu, so bedient er sich seines durch die Stipulation

10) Cic. pro Quinctio c. 18; in Pisonem c. 9; ad Brut. in fin.; auch Fest. sub voc. Reus stipulando.

11) Gaj. III., 110 — 114, 117, 126.

12) Gaj. III., 117.

13) §. 16. J. de inut. stipul. L. 45. §. 2. D. de V. O. (45,1.)

14) Gaj III., 117.

erworbenen Rechts. Darum kann er selbst invito creditore klagen<sup>15)</sup>, was nicht anginge, wenn auch das Anstellen der Klage noch im Mandat begriffen wäre, indem ja dann der Mandans revociren könnte. Ja das Klagen konnte hier gar nicht einmal mandirt werden, denn da es sich um eine erst nach des Mandators Tode ein Klagrecht gebende Stipulation handelt (*post mortem meam dari spondes?*), so würde der auß Klagen gestellte Auftrag null seyn. Also muß man sich damit begnügen, das bloße Stipuliren zu mandiren — denn so viel wird bei Lebzeiten erfüllt — und es der guten Gefinnung des adstipulator überlassen, ob er nachher sein ex stipulatu erworbenes Recht wirklich geltend machen wolle. Darum sagt auch Gajus nicht, daß der adstipulator vom Erben des stipulator zum Klagen gezwungen werden könne, sondern nur, daß, wenn er geklagt und etwas erlangt habe, diesem mandati actio zusteht<sup>16)</sup>. Denn es versteht sich von selbst, daß der Mandatar dasjenige, was er aus einem bereits bei Lebzeiten erfüllten Mandat (hier: aus der eingegangenen Stipulation) nachher gewonnen hat, an den Erben des Gewaltgebers eben so gut zurückzahlen<sup>17)</sup>, als dieser im umgekehrten Falle den Mandatarius für seine gehaltenen Auslagen decken muß<sup>18)</sup>, und zwar, wie Paulus nach seiner Gewohnheit kurz und treffend sagt: *quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati*

15) Arg. L. 108. init. D. de solutt., und dessen, was selbst beim adjectus gilt (Note 20).

16) „Adhibetur autem stipulator, ut is post mortem nostram agat: *qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi \* \* \* tenetur*, Gaj. III., 117. (also nicht: *ut agat mandati iudicio tenetur*.)

17) Es ist dies ja sogar der Fall, wenn der Mandatar nach seines Gewaltgebers ihm unbekanntem Tode den Auftrag erfüllt hat §. 10. J. mand. L. 26. pr. §. 1. D. mand. L. 77. §. 6. de leg. II., L. 19. §. 3. fin. de donatt.

18) L. 14. pr. §. 1. D. mand. L. 47. de coad. indeb. (12,6.)

actio solvitur<sup>19)</sup>. Wäre die Stipulation gar nicht auf den Todesfall eingegangen worden, sondern bloß durch dare spondes und, idem dare spondes? so hat es keinen Anstand, daß sogar der Erbe des ersten Stipulators klagen konnte; und wenn folglich jemand sibi aut Titio hat stipuliren lassen, so kann der adjectus Titius zwar nicht klagen, weil er nicht selbst stipulirt hat, aber allerdings die Zahlung empfangen, wegen deren Restitution jener Erbe zur mandati actio berechtigt ist<sup>20)</sup>.

Die Nothwendigkeit der oben erwähnten Umwege beweist, wie fest der Grundsatz im alten Rechte stand: es könne kein nach des Mandanten Tode erst zu vollziehender Auftrag erteilt werden. Daß diese Regel aber als bloßer Folgesatz eines von Justinian aufgehobenen Grundsatzes consequenter Weise wegfallen müsse, ist doch wohl schon jetzt gewiß, und es muß insofern die andere, nie aufgehobene Regel: „das Mandat erlischt mit dem Tode“, im Justinianischen Rechte dahin modificirt werden: „es sey denn, daß es erst nach dem Tode vollzogen werden soll.“ — Justinian's Absicht, auch jenen Folgesatz zu vertilgen, ergibt sich aber.

1) Aus L. un. C. cit. (Note 4.), worin er alle contractus post mortem compositos für gültig erklärt.

2) Daraus, daß der Kaiser den erwähnten §. 158. des Gaius in seinen Institutionen gänzlich ignorirt.

3) Daraus, daß selbst die Pandekten ein mandatum post mortem gelten lassen. Daß solche Stellen freilich interpolirt seyn müssen, ist jetzt gewiß. Zwar von L. 12. §. ult. D. mand., deren Verfasser Ulpian ist, möchte ich dieses mit völliger Entschiedenheit dennoch nicht behaupten. Sie lautet, wie folgt:

19) L. 58. pr. D. mand.

20) L. 59., L. 10., 11., 12. §. 1., 3. vgl. mit L. 12. pr. §. 2., 4. D. de solutt. (46., 3.) L. 71. pr. L. 106. D. eqd. L. 131. §. 1. D. 45., 1. u. s. w.

Marcellus scribit, si *ut post mortem sibi monumentum fieret*, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere: illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum: potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum: maxime si jam quaedam ad faciendum paravit.

Hier könnte man allenfalls denen beistimmen, welche darin entweder eine aus religiösen Rücksichten, oder etwa bei allem, was nur nach dem Tode erfüllt werden kann, geltende Ausnahme finden wollen. Denn so gilt z. B. auch im alten und Justinianischen Rechte in favorem dotis <sup>21)</sup>, und auch libertatis <sup>22)</sup>, eine Ausnahme des alten und Justinianischen Grundsatzes, daß das Mandat mit dem Tode erlischt.

Wenn nun aber unmittelbar nach jener Stelle Gajus sagt: (L. 13. D. mand. Gajus Lib. 10. ad Edict. provinc.)

Idem est et si mandavi tibi, *ut post mortem meam heredibus meis emeris fundum*,

so wird nun niemand mehr mit Noodt <sup>23)</sup> an einen Platz für ein Erbbegräbniß denken wollen. Soll Gajus zum Edict nicht seinen Institutionen widersprechen, so muß er in L. 13. cit. grade das Gegentheil dessen, was ihm die Compilation unterlegt, gesagt haben; etwa *non idem — —*, oder, was am natürlichsten ist, in seinem Zusammenhange sprach er von einem ungültigen Mandat, und fuhr fort: *idem est — —*. Die Compiler bringen aber durch den von ihnen geschaffenen Zusammenhang das Umgekehrte

21) L. 9. §. 1. de jure dot. vgl. mit meiner Note 6) cit. Recension.

22) L. 4. pr. de man. vind. (40,2.).

23) Noodt Observ. L. 2., c. 3.

heraus; denn die vorangehende Stelle läßt das Mandat gelten, entweder weil auch sie interpolirt ist, oder weil sie eine, jetzt freilich mit der Regel zusammenfallende, und darum auch nicht mehr als solche hingestellte, Ausnahme enthielt. Eben so konnte auch die

L. 27. §. 1. mand. Gajus Lib. 9. ad Ed. provinc.  
 Si servum ea lege tibi tradidero, *ut eum post mortem meam manumitteres*, constit obligatio — —,

durch bloße Hinweglassung des Wörtchens „non“, oder Hineinsetzung der Worte „post mortem meam“ leicht interpolirt werden.

Wie man die Gültigkeit eines post mortem zu vollziehenden Mandats auch für das alte Recht hat vindiciren können, ist also schon durch die hier angeführten Stellen klar; denn daß der Justinianische Gajus interpolirt sey, konnte ja erst durch Auffindung eines ächten Gajus schlüssend bewiesen werden! — Aber wie konnten wieder andere grade umgekehrt die Wahrheit dieses Satzes sogar für das Justinianische Recht in Abrede stellen? Ein Grund war die nicht zusagende Inconsequenz, daß ein Mandat mit dem Tode aufhören, und dennoch über das Leben hinaus soll ertheilt werden können. Allein da dieser Vorwurf nicht das alte Recht trifft, so beweist er jetzt weiter nichts, als wie sehr sich ein Gesetzgeber hüten müsse, daß er nicht mit plumper Hand in ein organisches Rechtssystem ändernd eingreife, und in der Meinung, überflüssige, den Verkehr hemmende Subtilitäten zu tilgen, die schöne Harmonie des Ganzen zerreiße. Der zweite Grund lag in L. ult. D. de solution. Diese lautet nach der Florentina so:

Paulus lib. 2. manual.

Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis: ideoque etiam invito me recte ei solvitur.  
 Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem

meam solvere, non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur.

In dem ersten Theile der Stelle ist von demselben Verfahren die Rede, was oben bei Gelegenheit des Adstipulators geschildert worden, nämlich daß sich jemand auf meinen Auftrag etwas post mortem meam stipuliren ließ, und wäre noch dabei bemerkt, daß er dadurch nur einer — von mir selbst eingegangenen — Stipulation beigetreten sey, so hätten wir sogar noch den wahren adstipulator. Daß nicht etwa der Sinn der sey: es sollte erst post mortem stipulirt werden, geht daraus hervor, daß von dem erworbenen Rechte invito me die Zahlung anzunehmen, also von einer zu meinen Lebzeiten schon abgeschlossenen Stipulation die Rede ist. Dafür ist aber gar kein Grund vorhanden, mit Cujacius zu lesen: „Ei qui mandatu meo stipulatus est, post mortem meam recte solvitur,“ wenn auch gegen die Wahrheit dieses Satzes weder nach altem noch nach neuem Rechte etwas einzuwenden ist. Daß dagegen der zweite Theil der Stelle mit Cujacius also gelesen werden müsse: „Ei autem cui jussi debitorem meam solvere, post mortem meam non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur,“ und daß dafür Handschriften und die Basiliken sprechen, und daß sonst der angeführte Grund unpassend wäre — haben schon andere bemerkt<sup>25)</sup>. Wollte man sich aber auch nicht von der Florentinischen Lesart entfernen, so würde daraus doch nur so viel folgen, daß die Stelle zwar eius historische, freilich durch schlechten Grund unterstützte<sup>26)</sup>, Wahrheit enthielte, aber den widersprechenden Stellen, die erwiesenermaßen Justinians Ansicht enthalten, in der Praxis nachstehen müßte.

24) Cujacius Observ. I., 38.

25) Glück, a. a. D. S. 341, 342.

26) Denn statt: „quia mandatum morte dissolvitur“ müßte stehen: „quia ab heredis persona obligatio incipere non potest.“