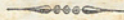


Ueber den römischen Rechtssatz:  
**obligatio ab herede incipere non potest.**



**INAUGURALDISSERTATION**

zur

**ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE**

in

**BEIDEN RECHTEN**

vorgelegt

der hohen staatswissenschaftlichen Fakultät

der

**Universität Zürich**

den 22. December 1855

von

**MELCHIOR RÖMER**

von Zürich.

---

Zürich,  
DRUCK VON J. J. ULRICH.  
1855.



## I.

Nach dem Zeugniß Justinians wurde von den alten Juristen mit Rücksicht auf Stipulationen und sonstige Rechtsgeschäfte, welche die Zeitbestimmung: »Nach dem Tode des Stipulator resp. promissor« enthielten, der Grundsatz aufgestellt:

»dass Obligationen nicht vom Erblasser für die Erben begründet werden können,«

wie wir denselben ausgesprochen finden bei Gaius III, § 100:

*Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: Post mortem meam dari spondes? vel ita: Post mortem tuam dari spondes? valet autem, si quis ita dari stipuletur: Cum moriar dari spondes? vel ita: Cum morieris dari spondes? id est ut in novissimum vitæ tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur: nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus: Pridie quam moriar, aut Pridie quam morieris dari spondes? quia non potest aliter intellegi Pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit; rursus morte secuta in præteritum reducitur stipulatio et quodam modo talis est: Heredi meo dari spondes? quæ sane inutilis est.*

Begründet im Wesen und Charakter des römischen Obligationenrechts, und bestimmt durch die Begriffe der Römer von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen — dürfte diese Rechtsregel wohl mehr als eine

andere geeignet sein, das römische Rechtssystem in einigen seiner Grundzüge zu charakterisiren; und ihre Geschichte zur Zeit der Justinian'schen Gesetzgebung zeigt besonders deutlich die verschiedene Rechtsanschauung der klassischen und der spätern Jurisprudenz.

Hierin mag denn auch der Versuch, diess Thema einer einlässlichen Bearbeitung zu unterwerfen, seine Entschuldigung oder Berechtigung finden.

Gaius, wo er im III. Buch der Institutionen von den ungültigen Stipulationen spricht, unterscheidet im § 100 cit. <sup>1)</sup>, ob die Stipulation hinsichtlich der Zeitbestimmung gestellt sei auf:

*post mortem stipulatoris* und *pridie quam moriar etc.* —

oder aber auf:

*cum moriar etc. dari spondes?*

In den zwei ersten Fällen soll die Stipulation ungültig sein, weil diese Zeitbestimmungen ihrem Wesen nach zusammenfallen mit der von vorne herein ungültigen Stipulation: *Heredi meo dari spondes?* Im zweiten Fall soll sie aber Geltung haben, weil sie auf den letzten Augenblick des Lebens verstellt sei. <sup>2)</sup>

Begründet finden wir diesen Rechtssatz in den Prinzipien des Obligationenrechts, wie sie sich zur klassischen Zeit der Jurisprudenz festgesetzt hatten.

Denn was für's Erste den Begriff der Obligation betrifft, so ist dieselbe als partielle Dienstbarkeit der einen Person gegen die andere ein Rechtsverhältniss, das zwei Personen auf's Engste verbindet; also untrennbar von der Person des Gläubigers und Schuldners. Damit lässt sich aber nicht vereinigen das Hinzutreten einer dritten Person:

---

1) Ich setze hiebei die Huschke'sche Emendation voraus.

2) Vergl. § 13 J. de inut. stip. 3. 20.

*Heredi meo dari spondes?* und was dem gleich käme. (Das Nähere darüber siehe unten.)

Mit Beziehung auf den Entstehungsgrund kann die Gültigkeit der Obligation in unserm Fall nicht angefochten werden. Es liegt nicht etwa bloss ein Contractus vor, in Folge dessen ein Rechtsgeschäft existirt, sondern wir haben hier auch das Moment <sup>1)</sup>, das nach römischer Auffassung nicht fehlen durfte, um das Verhältniss (ausser der Existenz) noch mit rechtlicher Wirkung zur Realisirung seines Inhalts zu versehen: die hinzukommende *causa civilis* nämlich, die dem bloss existirenden Geschäft die verbindliche Kraft gibt (*civilis obligatio* im Gegensatz zur *naturalis obligatio*). Im vorliegenden Fall ist diess die Form der Stipulation <sup>2)</sup>, die den Vertrag zum Verbal-Contractus macht, und so unsere Obligation zur vollgültigen *Civilis obligatio* stempelt.

Die materiellen Erfordernisse, hinsichtlich welcher natürlich die allgemeinen Regeln für Rechtsgeschäfte und Verträge auch hier gelten, werden durch die Fassung unserer Stipulation weiter nicht berührt, und wir setzen daher eine in dieser Beziehung unantastbare Obligation voraus. — Wichtiger ist für unsern Fall ein anderer Punkt, der sich nicht bloss auf den Inhalt der Rechtsgeschäfte, sondern wesentlich auch auf deren Kraft und Existenz bezieht: die Selbstbeschränkung des Willens. Es kann nämlich der ausgesprochene Wille entweder in's Zukünftige (*dies*) oder ins Ungewisse (*conditio*) verstellt, oder die schon eingetretene Verwirklichung mit einer rechtlichen

---

1) L. 7 § 2 u. 4 D. de pact. 2. 14. L. 40. D. de reb. cred. 12. 1.

2) Statt deren auch Eintragung in Rechnungsbücher (*Literal-Contractus*), oder statt der Form eine Leistung (*Real-Contractus*), oder ausnahmsweise für gewisse Rechtsgeschäfte ein *nudus consensus* (*Consensualvertrag*) sich finden könnte.

Last beschwert werden (modus). — Der dies ist es, um den es sich in unserm Fall handelt.

Prüfen wir die beiden Arten des dies, die nach Gaius Ungültigkeit der Stipulation bewirken, so scheinen uns auf den ersten Blick wahre Zeitbestimmungen vorzuliegen: post mortem ist ein Anfangstermin gewiss o b, ungewiss wann. Es nimmt also die Obligation zwischen den beiden Contractanten ihre Entstehung und bloss die Möglichkeit der Geltendmachung wird hinausgeschoben. Dem ist aber doch nicht so. Fassen wir fest in's Auge, dass die Zeitbestimmung eine Selbstbeschränkung des Willens ist, so kann die Bestimmung post mortem nicht mehr unter diesen Begriff fallen; denn der in der Stipulation ausgesprochene Wille zu geben, wird durch die Bestimmung post mortem nicht bloss beschränkt, hinausgeschoben, sondern geradezu aufgehoben. Der Erblasser spricht es deutlich aus, dass er nicht geben wolle, vielmehr soll der Erbe geben. (Dass aber der Erbe hier nicht als fortgesetzte Persönlichkeit des Erblassers, sondern als Dritter erscheint, und als solcher nicht in die Verpflichtung hineingezogen werden kann — davon weiter unten.) So entsteht diese Stipulation nicht mehr beim Erblasser »*Movet quod nunquam hæc stipulatio fuit defuncti, quippe qui sibi quæsitum non voluit*«. <sup>1)</sup> Donell. de iure civile l. XII. c. XVII. § 12; wie Huschke in seiner Kritik von Gaius III § 100 dies in folgenden Worten auf ein allgemeines Prinzip führt: »Auf den ersten Blick freilich scheint es, als wenn die Stipulation gültig sein müsste, weil doch auf jeden Fall noch der Stipulator oder Promissor selbst in das Band der Stipulation einzutreten scheint. Allein es ist zu bemerken, dass zu dem Inhalt der Obligation, hier dem dare oportere zu einer gewissen Zeit, wesentlich auch Bewusstsein dessen, der gibt, dem gegeben

1) Vergl. Savigny System III, § 126.

wird, von dieser Zeit als einer gegenwärtigen gehört, weil jede Erfüllung der Obligation eine Handlung voraussetzt. Wenn also dieses Bewusstsein nach der Fassung der Stipulation bei Lebzeiten der einen oder andern Partei unmöglich ist, so ist es so gut, als wenn der ganze Inhalt der Obligation über die Lebzeiten hinausgeschoben wäre.« Huschke »Studien des römischen Rechts,« Bd. 1, pag. 279 etc. Dasselbe Resultat <sup>1)</sup> ergibt sich bei der Stipulation: *Pridie quam moriar d. s.*, was Gaius in folgenden Worten ausspricht: *quia non potest aliter intellegi quam aliquis morietur quam si mors secuta sit etc.*

Hienach erweisen sich diese so abgefassten Verträge als nichts anderes, denn durch scheinbare Zeitbestimmungen verkappte Stipulationen nicht etwa sich selbst mit dem andern Contrahenten in Obligation zu bringen, sondern vielmehr den Erben, mit der eben so unverkennbaren Absicht, dass die Obligationen erst in der Person des Erben ihre Entstehung nehme; und konsequent ist daher das Urtheil des Gaius, der solche Stipulationen für ungültig erklärt.

Die zweite Art der Zeitbestimmungen dagegen *cum moriar etc.* macht von vorne herein die Stipulation nicht ungültig; und es sind dieselben auch von je von den römischen Juristen anerkannt worden. <sup>2)</sup> Gaius erklärt die Gültigkeit durch die Worte: *ut in novissimum vitae tempus stipulatoris obligatio conferatur.* <sup>3)</sup> Hier betrifft die Stipulation nothwendig die Person des Stipulators, weil das Sterben bloss die letzte Funktion des Lebens ist, der Augenblick des Todes also noch zum Leben gehört, <sup>4)</sup> und so die Obli-

1) Vergl. Gaius II, § 232.

2) l. 76. D. de iur. dot. 23. 3. l. 20 D. eod. l. 67 § 6 D. de leg. II etc.

3) l. 18 § 1 D. de manumiss. test. 40. 4. hæc conditio, cum moriar, vitæ tempus complectitur.

4) „momentum moriendi a morte distinguitur“ „momentum moriendi vitæ potius quam morti tribuitur“. Cuiac. Comm. ad l. XI. D. de contr. stip. Tom IX. pag. 1157.

gation in der Person des sterbenden Stipulator ihre Entstehung nimmt (vergl. § 15 I. de inut. stip. III. 20. <sup>1)</sup> Ulp. fragm. tit. 24 § 16); folglich die inelegantia ex heredis persona oblig. incipere hier nicht eintritt. Es findet daher in diesem Fall noch Selbstbeschränkung des Willens statt, jedoch in beschränkter Anwendung, da sich dieselbe nur denken lässt hinsichtlich des dare, das sich theils in einem Moment concentrirt, theils der Handlung nach in einem blossen Hinnehmenlassen von Seiten des Erwerbers besteht; nicht aber hinsichtlich des facere, <sup>2)</sup> das seiner Natur nach eine positive Thätigkeit erforderte, die im Augenblick des Sterbens unmöglich ist, z. B. wenn Einer verspricht, unmittelbar vor seinem Tode (cum morietur) nach Alexandrien zu kommen (l. 46 § 1 D. de V. O. 45. 1, vergl. Savigny Syst. III. § 126 N. i.). Es scheint daher überhaupt bei den *obligationes in faciendo* der Begriff des Persönlichen, mit dem Individuum Zusammenhängenden vorgeherrscht zu haben, <sup>3)</sup> so dass die Realisirung des Inhalts nur von der dabei genannten Person als möglich gedacht wurde, und so eine allgemeine Vererbung dieser Obligationen sich nicht denken liess. Auf diese Weise konnte natürlich auch die Zeitbestimmung *cum moriar* hier nicht gültig beigefügt werden: es sei denn, dass der Erblasser neben seiner Person ausdrücklich einen Erben in der Stipulation erwähnt hätte, wovon unten. <sup>4)</sup>

---

1) § 15 I. de inut. stip.: Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat: quum moriar dare spondes? vel quum morieris? et apud veteres utilis erat, et nunc valet.

2) dare und facere hier nicht in prozessualischer, sondern in wörtlicher Bedeutung zu verstehen.

3) Vergl. l. 8 § 3. D. de liber. leg. 34. 3. quoties enim cohæret personæ d quod legatur ad heredem, eius non transit etc.

4) l. 33. D. de pact. § 2 I. de stip. serv. 3. 18. vergl. l. 13 C. de contrah. stip. 8. 38.

Nicht unter diese Regel aber, wie Accursius<sup>1)</sup> meint, fallen Bedingungen und modus. Denn was die Suspensivbedingungen anbetrifft, so hängt das Dasein des Rechtsgeschäfts vom Eintritt der Bedingung ab; erfolgt derselbe nun erst nach dem Tode des einen Contrahenten, so geht allerdings die *spes*<sup>2)</sup> auf den Erben über, und insofern scheint es möglich zu sein, dass alsdann eine Obligation den Anfang ihrer Entstehung beim Erben nehme. Allein in Wahrheit kann dieser Fall doch nicht eintreten, da durch die Retraction die Existenz des Rechtsgeschäfts der Wirkung nach auf die Zeit der Eingehung, also auf Lebzeiten des Erblassers bezogen wird. Resolutivbedingungen und Modus aber sind in unserm Fall bedeutungslos, da sie ein an und für sich ungültiges Rechtsgeschäft nicht gültig machen, und ein gültiges nach ihren eigenen Prinzipien, nicht nach den hier in Frage stehenden modificiren.

Endlich kommt bei unserer Prüfung noch in Betracht die Wirkung, wonach sich diese klagbaren Obligationen unterscheiden je nachdem bei ihrer Beurtheilung: Rechtsform und Wort, d. h. *strictum ius*, oder Treu' und Glauben, rechtlicher Leute Art und Sitte, d. h. *aequitas* als massgebend mehr hervortritt.<sup>3)</sup> Im ersten Fall haben wir *stricti iuris iudicia*, im letztern *bonæ fidei negotia*, und es handelt sich nun darum, die Geltung unsers Satzes bei diesen beiden Verhältnissen zu untersuchen, was aber besser erst später bei der Frage nach dessen Umfang geschieht.

Dagegen werden wir von den allgemeinen Erfordernissen des Obligationenrechts im Weiteren insbesondere auf die Lehre von der Stellvertretung geführt, wie sie

---

1) Acc. ad leg. 11. C. de contrah. stip. Vergl. Cuiac. ad l. 11 cit. Tom. IX, pag. 227.

2) *Tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus* etc. § 4. I. V. O. 3. 15.

3) Vergl. Keller Röm. Civ. Proc. § 88, pag. 355.

sich im klassischen römischen Recht ausgebildet hat; und da zeigt sich uns bei näherer Betrachtung, dass unser Satz, *obligatio ab herede incipere non potest*, nichts anderes ist als das Prinzip:

»Bei Rechtsgeschäften ist in der Regel keine direkte Stellvertretung möglich«<sup>1)</sup>

nur speziell auf die Obligationen angewandt. Das römische Recht liess keine Handlung durch Stellvertreter zu, sondern zwang Jeden, seine Rechtshandlungen selbst vorzunehmen. Dieser Grundsatz musste aber dem Verkehr hemmend im Wege stehen, und es machte sich daher zu allen Zeiten und bei allen Völkern das Bedürfniss nach Stellvertretung kund.

Eine Modifikation erlitt nun die strenge Regel durch den Satz: dass wir durch die Personen, die in unserer *potestas*, *manus* oder *mancipium* stehen, sofort erwerben können<sup>2)</sup>, oder wie Gaius II, 95 es negativ ausdrückt:

*per extraneam personam nihil acquiritur.*

Es werden nämlich die Personen, welche mit dem Erblasser einheitlich gedacht werden können<sup>3)</sup>, nicht als Dritte angesehen, und die Erwerbshandlungen derselben wie von ihren Gewaltshabern vorgenommen betrachtet. Sonst aber musste, da der Vertragabschliessende nach römischer Anschauung *Paciscent* ist, und nur auf ihn sich alle Rechte und Pflichten beziehen, derselbe sich durch neue eigene Geschäfte mit dem Dritten ins Reine setzen, wenn er als dessen Stellvertreter für ihn den Herrn das Resultat herbeiführen wollte. Schon im alten Prozess suchte man nun ein Auskunftsmittel, diesem Bedürfniss abzuhelfen, und fand es im Institut des *Ad stipulator*, dessen ursprüngliche Hauptbestimmung folglich war: zu der Zeit, in wel-

1) l. 11. D. de obl. et act. l. 38, § 17 D. V. O. l. 73, § 4 D. R. I.

2) l. 45 pr. et § 1 D. V. O.

3) l. 45, § 2 D. eod.

cher die legis actiones eine Stellvertretung unmöglich machten, als Vertreter des Stipulators in und ausser dem Prozess auftreten zu können<sup>1)</sup>. Es musste hiefür der künftige Stellvertreter schon bei Errichtung der Obligation als Nebencreditor betheilt und dadurch für wirksame Geltendmachung seines Rechts befähigt werden. Als aber der Formularprozess (und procuratores und cognitores) mehr in Aufnahme kam, fiel einerseits diese Hauptbestimmung des Adstipulators weg und beschränkte sich wohl meist nur noch auf den Fall, der uns hier besonders angeht:

*bei einer Stipulatio post mortem creditoris dieser sonst ungültigen Obligation in der Person des Adstipulators wenigstens Gültigkeit zu verschaffen.*

*(Post mortem Titii stipulatoris mihi dare spondes? Vergl. Vat. fragm. § 57. Gaius III, § 117. l. fin. D. de solut. 46. 3.)*<sup>2)</sup>

Andererseits brach der Formularprozess dem Institut der Cession Bahn. Wohl blieb allerdings der Procurator selbst Paciscent; aber um seinen Auftraggeber in direkte Beziehung mit dem andern Contrahenten zu setzen, machte er ihn selbst zum *procurator in rem suam*<sup>3)</sup>; und nöthigenfalls behandelte ihn der Prætor so durch Gewährung von *utiles actiones*. Prozessualisch zeigte sich diess Verhältniss in der formula, wo der Name des Procurator (Cedenten) in die Intentio, der Name des Mandanten (Cessionar) in die Condemnatio gesetzt wurde.

Mit Alledem war aber der Grundsatz:

*»obligatio tertio non acquiritur«*

noch nicht gebrochen, und noch gilt als Regel:

*Quæcunque gerimus, cum ex nostro contractu originem tra-*

1) Keller Röm. Civ. Proc. § 54 u. 88.

2) l. 11. l. 15. D. de contr. stip. 8. 38. § 13. J. de inut. stip.

3) Vat. fragm. §§ 317. 331 etc.

*hant, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt et ideo neque stipulari neque emere, vendere, contrahere ut alter suo nomine recte agat possumus.*

l. 11. D. de obl. et act. 44. 7. <sup>1)</sup>

Es ergibt sich das gerade aus dem Wesen der Cession, und die im Gewaltverhältniss Stehenden sind keine Dritte.

Eine eigentliche Ausnahme von dem Prinzip der Nichtzulässigkeit der Stellvertretung zeigte sich zuerst in der Lehre vom Besitz <sup>2)</sup>, indem durch freie Mittelspersonen Besitz und Eigenthum auf einen Andern konnte übertragen werden.

Nach dem Vorausgeschickten könnte unser Satz nun bloss insofern angegriffen werden, als behauptet würde: Der Erbe werde analog den im Gewaltverhältniss Stehenden einheitlich mit seinem Erblasser gedacht, indem er dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit fortsetzt. Dagegen ist aber zu bemerken: Die Einheit existirt eben nicht früher, als bis sich das Bedürfniss der Fortsetzung geltend gemacht hat; d. h. der Erbe steht dem Erblasser noch als dritte Person gegenüber, wo derselbe Handlungen für sich selbst als lebende Persönlichkeit vornimmt. <sup>3)</sup> Erst in das Recht des Gestorbenen tritt der Erbe als fortgesetzte Persönlichkeit des Vermögens: *Successio in omne ius mortui*: l. 62. D. de R. I. 50. 17, vergl. l. 138. D. eod. Wohl repräsentirt also der Erbe in der Erbschaft die Person des Erblassers; aber erst vom Zeitpunkt des Todes an tritt er in diess Repräsentationsverhältniss ein.

1) Vergl. l. 73. § 4. D. R. I. 50. 17. Gaius II, § 38. 39.

2) l. 51. D. de acqu. poss. 41. 2. l. 41. D. de usurp. 41. 3. l. 1. C. per quas pers. 4. 27. § 5. I. per quas. pers. 2. 9. Savigny „Recht des Besitzes“ pag. 363.

3) Vergl. l. 36. § 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

Hieraus ergibt sich für die Gültigkeit der Obligationen:  
»Der künftige Erbe gilt als dritte Person, sofern die Obligation in seiner Person neu entstehen und nicht etwa bloss, nachdem sie in der Person des Erblassers schon entstanden ist, auf ihn übergehen soll.«

Auf diese Weise kann man seinen Erben weder activ noch passiv in Obligation bringen und die Stipulatio: *heredi meo dari spondes?* oder was, wie oben gezeigt wurde, identisch ist: *post mortem meam dari spondes?* etc. ist ungültig und nichtig:

»*Obligatio ab herede incipere non potest.*«

Was den Umfang der Gültigkeit unseres Satzes anbetrifft, so behaupten Einige<sup>1)</sup>:

»Schon zu Gaii Zeiten habe derselbe nur für *stricti iuris iudicia*, nicht aber für *bonæ fidei negotia* gegolten; was mit Bestimmtheit sich ergebe aus Gai. III, § 117, wo von einem Mandat die Rede sei, dass der Adstipulator die von ihm adstipulirte Summe nach dem Tode des Mandanten einklagen und den Erben herausgeben solle. Es sei das eine Obligation, durch welche keinerlei Berechtigung für den Mandanten, sondern nur für seine Erben begründet werde: eine obligatio — quæ incipit ab heredis persona, wonach analog auch die Stipulatio post mortem gültig sein müsste. Die Gültigkeit jenes Mandatum post mortem collatum werde ferner bewiesen durch l. 12. § 17. D. mand. 17. 1. l. 13. D. eod. conf. l. 27. § 1. D. eod. War nun ein solches Mandat gültig, so gehe daraus hervor, dass unsere Regel bei den bonæ fidei negotii überhaupt cessirt habe. Ein fernerer Beweis hiefür sei auch der Umstand, dass die Zeitbestimmung post mortem nur legata, nicht fideicommissa ungültig mache. In alledem zeige sich, dass

1) Scheuerl „Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts“ III. pag. 102 u. ff. Rudorff in Puchta Pandect. § 274 a.

anser Rechtssatz auf bonæ fidei negotia keine Kraft mehr ausübte. Justinian habe also durch die Aufhebung der Regel <sup>1)</sup> keineswegs neu erfundene Rechtssätze aufgestellt, sondern auch durch sie nur dem ius gentium zum völligen Durchbruch dem ius civile gegenüber verholfen, und die Befreiung des Rechts von einer Ansicht der alten Juristen, die sich selbst überlebt hatte, vollendet.«

Gegen diese Ansicht verweist *Dernburg* <sup>2)</sup> auf Gaius III, § 158, »woraus das Gegentheil entschieden hervorgehe. Mit Gaius III, § 117 stehe die Stelle insofern nicht in Widerspruch, als der Adstipulator mit der actio mandati nicht gezwungen werden könne: post mortem zu klagen, wohl aber, wenn er geklagt hat, das Empfangene zu restituiren. Hätte der Adstipulator etwa schon bei Lebzeiten des Erblassers die geschuldete Summe eingenommen, so wäre er diesem schon durch dieselbe Klage zur Restitution verpflichtet gewesen. Eine Klage, die dem Erblasser möglich war, beginnt aber nicht a persona heredis — sie ist gültig.«

Bei dieser Frage nach dem Umfang der Gültigkeit unserer Regel dreht sich der Hauptbeweis um das *Mandatum post mortem collatum* als das bonæ fidei negotium, bei welchem sich dieselbe in der zahlreichsten und wichtigsten Anwendung findet, und wir müssen daher diesen speziellen Fall einer genauern Prüfung unterwerfen, um überhaupt Resultate für die bonæ fidei negotia aufstellen zu können.

Dass das *Mandatum post mortem collatum* schon nach der Meinung der ältern Juristen gegolten habe, behaupten Duaren oper. Francf. pag. 1014, Cuiac. ad l. 108 D. de solut. Observ. I. 38, Glück XV, pag. 336—345, Mühlenbruch ibid. XLIII, pag. 396 etc., Vangerow Leitfaden III, pag. 479.

1) l. 11. C. d. contr. stip. 8. 35 et l. unic. C. 4. 11.

2) *Dernburg* in der „kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft. Heidelberg. 1. Bd. pag. 4 ff.

Das Gegenheil behaupten Vinnius Comm. ad § 10 I. h. t., Noodt Observ. II. c. 2. 3, Zimmern Archiv für civ. Pr. IV. 19, pag. 242.

Betrachten wir fürs Erste die Stellen von Gai. III, § 117 in fine:

*Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur, quod stipulando nihil agimus: adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat, qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi tenetur.*

Es handelt sich hier um Zuziehung eines Adstipulators und Errichtung eines Mandats, um einen Effekt herbeizuführen, den die blosse Stipulatio post mortem nicht bewirken würde<sup>1)</sup>. Darin ist für's Erste ausgesprochen: in den Worten *quod stip. nihil agimus* eine Bestätigung unserer Regel *obligatio ab herede incipere non potest*. Was sodann insbesondere den Inhalt des Mandats betrifft, so erblicke ich denselben in den Worten: *ut is post mortem nostram agat*<sup>2)</sup>, d. h. es soll gerade für das, was durch die Stipulation nicht erreicht würde, ein Mandat errichtet werden. Ist nun diess Mandat nicht etwa bloss deswegen gültig, weil unsere Regel die *bonæ fidei negotia* nicht trifft, so muss, damit dasselbe auch nicht in direkten Widerspruch mit dem ersten Theil der Stelle<sup>3)</sup> gerathe, da ja das Mandat so gut eine Obligation ist, als die Stipulation — demselben ein Grund der Gültigkeit innewohnen, der sich in der Stipulation nicht findet. Dieser Grund liegt in der Möglichkeit der Klaganstellung, die in unserm Falle dem Erblasser zustand. Es nimmt daher, wie Dernburg loc. cit. sagt, die Obligation ihre Entstehung schon beim Erblasser,

---

1) Vergl. l. 1. § 8. D. de O. et A. 44. 7. Gai. IV. 89.

2) Ebenso Scheuerl loc. cit. pag. 106.

3) *quod stipulando nihil agimus* etc.

nicht erst beim Erben; folglich wird die in Rede stehende Regel hier gar nicht berührt, geschweige denn verletzt, und die Gültigkeit des Mandats kann also von dieser Seite nicht angefochten werden. Die Möglichkeit der Klaganstellung aber zeigt sich darin, dass der Mandatar, im Falle er schon Etwas bei Lebzeiten des Erblassers empfing, für Restitution auch schon dem Erblasser haftete.<sup>1)</sup> Wenn nun die Obligation einmal beim Erblasser entstanden ist, so muss sie als vollgültig mit ihrem ganzen Inhalt auf den Erben übergehen<sup>2)</sup>, so dass (wie ich Dernburg entgegen glaube) dieser den Adstipulator auch auf Klage belangen kann. Das Uebrige<sup>3)</sup>, Schadenersatz, wenn er doch nicht klagt, oder Restitution des allfällig Empfangenen ergibt sich dann von selbst aus der Fassung der formula:

*Quod . . . etc. q. d. r. a. Quicquid ob eam rem Nm.*

*Ao. dare facere oportet ex fide bona, eius Nm.*

*Ao. condemna, s. n. p. a.!*

Würde man dem Mandat mit dem zugezogenen Adstipulator diese Kraft nicht beimessen, so verlöre der Adstipulator seine wichtigste Bedeutung, die oben besprochen wurde<sup>4)</sup>, und erschiene in unserm Falle als ein Strohmännchen. Auch lohnte es sich dann wahrlich nicht der Mühe, die unmögliche *stipulatio post mortem* durch ein solches Mandat zu ersetzen!

Nicht aber wie in dieser Correalobligation des Mandats mit Zuziehung eines Adstipulators lässt sich die Möglichkeit der Klaganstellung und Entstehung der Obligation in der Person des Erblassers denken bei der blossen Stipulation, die so streng nach dem Wortlaut interpretirt wird.

1) Vergl. I. 12 § 17 mand.

2) Vergl. Gaius IV, 34.

3) Vergl. Puchta Inst. § 264, pag. 43.

4) vid. oben pag. 9.

Die zweite Stelle *Gaius III § 158*:

*Item si quid post mortem meam faciendum mandetur inutile mandatum est, quia generaliter placuit: Ab heredis persona obligationem incipere non posse*  
steht der vorhergehenden Stelle gar nicht entgegen.

Wie *Huschke*<sup>1)</sup> schon darauf aufmerksam gemacht hat, ist auf das *meam* zu achten, wonach nothwendig construiert werden muss: *mihi mandetur*. Folglich ist hier vom Tode des *Mandatars* die Rede, und nicht wie in den andern Fällen vom Tode des *Mandans*. Ein solches Mandat trägt aber in sich selbst den Grund der Unmöglichkeit. Wie liesse sich eine Entstehung des Rechtsgeschäfts denken, wenn erst nach dem Tode des *Mandatars* dessen Erbe handeln soll? Mit Recht nennt *Gaius* ein solches Mandat ungültig: *quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse*.

Aus dem Gesagten folgt von selbst, dass in dieser Stelle nicht von der Ueberlieferung einer alten Regel die Rede sein kann wie *Scheuerl* meint.

Hienach scheint mir zwischen diesen zwei Stellen von *Gaius* gar kein Widerspruch zu herrschen; vielmehr erblicke ich darin folgende Grundsätze für die Beurtheilung des *Mandatum post mortem collatum*, denen, wie es sich ergeben wird, auch die *Digesten*-Stellen nicht widerstreiten.

Ein *mandatum post mortem mandarii collatum* ist ungültig (auch in dem Fall wo sich die Uebernahme des Auftrags durch den Erben als an und für sich möglich denken liesse) weil: *obligatio ab herede incipere non potest*.

Ein *mandatum post mortem mandantis collatum* ist weder für unbedingt gültig noch ungültig zu erklären. Es kommt nur darauf an, ob unser Satz *obligatio ab herede incip. non potest* als die allgemeine Regel in diesem speziellen Fall

---

1) *Huschke* in seiner „Vorrede zu *Unterholzner's* Schuldverhältnisse.“

nicht verletzt werde; was z. B. nicht geschieht, wenn in Folge einer Correalobligation ein Mandat der Person des Mandatars resp. Adstipulators die Kraft verleiht, welche der wegen *stipulatio post mortem* ungültigen Obligation fehlt<sup>1)</sup>; überhaupt, wenn die dem Erblasser zustehende Möglichkeit der Klaganstellung schliessen lässt, es sei die Obligation in seiner Person bereits entstanden, wie gerade in Gaius III. 117. Es ist diess auch dem eigentlichen Wesen des Mandats nicht zuwider, das seiner Bestimmung nach dem guten Willen, dem Eifer und der Treue des Mandatars eine Pflicht überträgt, und zumal für Bestimmungen nach dem Tode — in gehöriger Form — ein passendes Mittel an die Hand gab. Gleichwohl wäre dieser Grund doch auf der andern Seite nicht stark genug, jeglichem mand. p. mort. coll. Gültigkeit zu verschaffen, was sich, um nun die hierauf bezüglichen Digestenstellen noch näher zu beleuchten, besonders deutlich zeigt in:

l. 108 D. de solution 46. 3.

*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 iussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur quia mandatum morte dissolvitur.*

Im ersten Theil der Stelle handelt es sich um ein Mandat: dass der Mandatar als *Adstipulator* eine Stipulation eingehen solle: *Post mortem Titii stipulatoris mihi dare spondes?* In seiner Person erhält dann die Stipulation Kraft, so dass: *ei recte solvitur ideoque etiam invito me.* Der zweite Theil enthält ein einfaches Mandat mit der Zeitbestimmung *post mortem*, bei welchem weder ein Adstipulator kraft eigenen Rechtes klagen kann, noch sonst nach Inhalt und Fassung des Mandats eine Klaganstellung zu

---

1) Vergl. das oben pag. 9 und folgende hierüber Gesagte.

Lebzeiten des Erblassers sich als möglich denken lässt. Daher muss es hier heissen: *morte dissolvitur*; also: *ei cui etc. non recte solvitur*. Auf solche Weise braucht man zur Erklärung der Stelle nicht mit Cuiacius und den Andern von der florentinischen Lesart abzugehen<sup>1)</sup>.

Ebenso wenig brauchen wir *l. 12. § 17 D. mand.*

*Idem Marcellus scribit, si ut post mortem sibi monumentum fieret quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto mandati agere, 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 iam quædam ad faciendum paravit. (Ulpian)*

nach unsern vorausgeschickten Grundsätzen für interpolirt zu erklären, und nach den Meisten ein *non* in den ersten Satz hineinzuschieben; oder gar nach Noodt loc. cit. eine aus religiösen Rücksichten, oder etwa bei Allem, was nur nach dem Tode erfüllt werden kann, geltende Ausnahme darin zu finden. Vielmehr handelt es sich hier um ein Mandat, das aus demselben Grund wie Gaius III. 117 gültig ist. Es lässt sich nämlich die Möglichkeit der Klaganstellung bei Lebzeiten des Erblassers denken. Der Mandatar hat die *actio mandati contraria* auf Entschädigung<sup>2)</sup> schon gegen den Erblasser, *maxime si iam quædam ad faciendum paravit*, woraus Entstandensein der Obligation und Vererbung der *actio mandati directa* vom Erblasser auf den Erben hervorgeht. Das *vero*, das ein vorhergegangenes *non* vermuthen lassen könnte, weist hier, wie ich

---

1) Cuiac. loc. cit. schlägt folgende Lesart vor: *Ei qui mandatu meo stipulatus est post mortem meam recte solvitur — — —. Ei autem cui iussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur*. Ebenso Glück, Vangerow etc.

2) sowie auch: *ut sibi pecuniam det ad faciendum*.

glaube, nicht auf das Vorhergehende, sondern auf die nachfolgenden contrastirenden Worte: *si non ita ei mandatum est, ut sua p. etc.*

So sehen wir denn, dass auch hier unser Satz: oblig. ab herede incipere non potest, nicht etwa bloss in seiner Wirkung sistirt, sondern in der That gar nicht verletzt ist.

*Lex 13. D. eod.* (Gai. l. 10. ad Edict. Provinc.)

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

Welche von beiden hierüber streitenden Parteien als Beweis in Anspruch genommen wird, scheint mir an sich weder für noch gegen zu beweisen. Mit welchem Recht bezieht man das *Idem* auf die vorhergehende l. 12. § 7 cit. die von Marcell aus Ulpian ist, während l. 13. cit. ein Ausspruch des Gaius aus einer verlorren Schrift, und wer weiss aus welchem Zusammenhang von den Compilatoren hieher gesetzt!

*Lex 26. pr. D. mand.* enthält nichts weiter als die gewöhnliche Regel, dass das Mandat mit dem Tod erlischt, die für den Ausnahmefall des *mandatum post mortem collatum* keine Bedeutung hat.

Was endlich l. 27. § 1 *D. mand.* betrifft:

*Si servum, inquit, ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, consistit obligatio; potest autem in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si poenitentia acta servum recuperare velim.* (Gaius)

so glaube ich, dass diese Stelle, obwohl von den meisten Neuern<sup>1)</sup> hieher citirt, gar nicht von einem *mandatum post mortem collatum* handle, wofür auch der Umstand sprechen mag, dass sie von den Aeltern<sup>2)</sup> bei Besprechung dieser

1) Glück, Vangerow, Zimmern etc. loc. cit.

2) Duaren, Guiacius, Vinnius, Noodt. loc. cit.

Frage nicht erwähnt wird. Wohl eher ist diese Stelle einfach so zu betrachten: Indem A dem B einen Sklaven zum Eigenthum überträgt, übernimmt B die Verpflichtung, ihn nach seinem Tode frei zu lassen. Gaius misst dem Vertrag volle Kraft bei: *consistit obligatio*. Es wird nämlich, was ursprünglich nicht der Fall war, dieser Erfüllung von der einen Seite die Wirksamkeit einer *civilis causa* zugeschrieben, und auf diese Weise der Vertrag aus einem *nudum pactum* zur *civilis obligatio* erhoben<sup>1)</sup>. Es tritt also der Gesichtspunkt des *Realcontract*s mehr hervor, der Vertragswille mehr in den Hintergrund. Wenn nun B nicht erfüllt, so kann — natürlich von den Erben des A — entweder die *actio præscriptis verbis* auf Erfüllung der Gegenleistung etc. angestrengt werden; oder aber es konnte, da der ursprüngliche Gedanke, dass bei einer einseitigen Leistung nur der Empfänger nicht aber der Geber durch den Vertrag gebunden sei, immer noch fortwirkte, der Geber im Falle es ihn gereute das eigentliche alte Klagrecht geltend machen, und auf Grund von *causa data causa non secuta* Zurückübertragung des Sklaven verlangen<sup>2)</sup>. Mit andern Worten: Es liegt ein *Innominatcontract* *do ut facias* vor, der aus einem *pactum* zum vollständigen *Contract* wird, sobald der eine Theil erfüllt hat, was hier durch Eigenthumsübertragung geschah. Ist aber ein *Contract* einmal *perfect* geworden, so können ihn natürlich die *Universal-successoren* geltend machen, und es gilt also der Vertrag hier in eigener Kraft<sup>3)</sup>, nicht kraft eines *Mandats*.

So haben denn auch diese *Pandectenstellen* unsern oben<sup>4)</sup> ausgesprochenen Grundsatz bestätigt, und die Gültigkeit unserer Rechtsregel zu Gaius Zeit bei *stricti iuris*

---

1) l. 8. l. 15. D. de præscr. verb.

2) l. 3. §§ 2. 3. D. de cond. caus. dat. l. 7. D. de præscr. verb.

3) Vergl. l. 2 § 4. l. 9 § 8. l. 15. D. de reb. cred.

4) pag. 15.

und bonæ fidei negotiis dargethan. Das wird auch nicht, wie Scheuerl meint, durch den Umstand widerlegt, dass nach Gaius II. § 232 die Zeitbestimmung *post mortem legata* ungültig machte<sup>1)</sup>, während sie nach II, § 277 eod. *fideicommissa* nicht anfocht. Es beweist die Bestimmung bei den Fideicommissen gar nichts, da sich dieselben noch lange nicht mit den bonæ fidei negotiis auf gleiche Stufe stellen lassen<sup>2)</sup>. Denn das Fideicommiss, eine blosser Bitte des Testators<sup>3)</sup>, begründet ursprünglich ja keinen rechtlichen Anspruch gegen den Erben, und auch als dasselbe klagbar wurde: bloss *extraordinaria cognitio*<sup>4)</sup>. Es ist das Fideicommiss daher für die klassische Zeit der Jurisprudenz ein Ausnahmeverhältniss, und Bestimmungen, die sich darin finden, (wie z. B. Zulässigkeit der Zeitbestimmung *post mortem*) berechnen noch nicht zu einem Schluss auf alle bonæ fidei negotia. Wohl aber erblicken wir in diesem Institut, das sich frei von den Banden des Civilrechts entwickelte, den Keim, der sich im *ius gentium* durch die ganze Rechtsentwicklung hindurch zeigte, und mehr und mehr an Geltung zunahm, bis ihm Justinian in seiner Codification zum Durchbruch verhalf<sup>5)</sup>.

Endlich mag auch noch der Umstand, dass Justinian, wo er von der alten Regel spricht, (*lex unica cit.*) davon als von einer allgemein nicht etwa bloss für *civil. negotia* gültigen redet, in Verbindung mit dem positiven Beweis Berücksichtigung verdienen.

---

1) Wie man sich übrigens auch bei Legaten zu helfen wusste, zeigt § 57 Vat. fragm.: *Ususfructus do lego servo legatus morte et alienatione servi perit, si stipulatur non perit: igitur et post mortem suam sicut cetera, usumfructum servus stipulari potest; quod aliter est in legatis.*

2) Vergl. l. 41. § 3. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. l. 5 § 1 D. de leg. III.

3) Cic. de fin. II. 17. Ulp. XXV. 1.

4) Gaius II, 278 u. ff.

5) l. 1. D. de leg. I.

Als Resultat können wir daher festsetzen :

»Unsere Regel hatte in der Zeit der klassischen Juristen noch volle Gültigkeit ohne Unterschied zwischen *stricti iuris* und *bonæ fidei negotiis*, und gerade im speziellen Fall des Mandats zeigt sich ihre Herrschaft deutlich.«

Nach dem bisher Dargestellten ergibt sich unser Rechtssatz :

»*obligatio ab herede incipere non potest*«

als eine mit allgemeiner Gültigkeit versehene Consequenz der klassisch römischen Begriffe: von der Obligation, von ihrer Beziehung auf Dritte und von dem Verhältniss zwischen Erblasser und Erben.

Zugleich haben wir auch bei diesem Rechtsinstitut wieder bestätigt gefunden das Bestreben der römischen Jurisprudenz: an dem einmal aufgestellten Prinzip festzuhalten und jegliche Verletzung geschichtlich berechtigter Form zu verhüten. Und gerade in dem strengen Festhalten an unserm Satze, selbst in den Fällen, wo das veränderte Verkehrsbedürfniss sich auf Umwegen zu helfen suchen musste, zeigt sich deutlich der steife, zähe Charakter des römischen Rechtes.

## II.

Um nun die Geschichte unsers Rechtssatzes in der Justinian'schen Gesetzgebung verstehen zu können, müssen wir erst einen Blick auf die allmälige Umwandlung der Rechtsverhältnisse werfen.

Im Anfang war in Rom das *ius civile* d. h. speziell ein *ius civitatis Romanæ* herrschend. In den XII tabulis und den sich daran anschliessenden *interpretatio* derselben und den *legis actiones* haben wir den entschiedensten Ausdruck römischer Nationalität: Scharfe Bestimmtheit der äussern Form und eine gewisse Starrheit in der Anwendung, Herrschaft des Buchstabens über den Geist ist das Gepräge.

Als aber Rom seit dem Anfang des 5ten Jahrhunderts a. u. c. seine Grenzen gewaltig erweiterte und selbst der Mittelpunkt eines lebhaften Fremdenverkehrs wurde, reichten die alten schwerfälligen Geschäftsformen nicht mehr aus (wie denn z. B. persönliche Anwesenheit der Parteien mit mündlichem Verfahren für Viele zur Unmöglichkeit ward.) Es führte daher das Bedürfniss dieses Verkehrs, und die Handhabung der darauf bezüglichen Rechtspflege von selbst auf Erweiterung und Umbildung der Rechtsnormen und des Rechtsverfahrens.

Dem *ius gentium* mit seiner freiern Form, leichtern Beweglichkeit und weitem Anwendbarkeit ward mehr und mehr Geltung eingeräumt, bis es endlich von den römischen Juristen auf gleiche Stufe mit dem *ius civile* erhoben wurde.

Damit hatte es aber sein Bewenden noch nicht. Der dem *ius gentium* inwohnende Geist (die *æquitas* im Gegensatz zum *strictum ius*) durchdrang immer mehr das Recht und dessen Handhabung, bis am Ende der Unterschied zwischen *ius civile* und *ius gentium* sich verwischte oder vielmehr das erstere dem letztern weichen musste; und so z. B. Institute welche den römischen Volksgeist am sichtbarsten charakterisirten, wie *mancipatio*, *in iure cessio*, *nexum*, der Unterschied zwischen *cives*, *latini*, *peregrini* etc. ganz verschwanden<sup>1)</sup>.

In diesem Sinn und Geist wirkte besonders die Gesetzgebung unter den christlichen Kaisern weiter, bis sie Justinian zu einem Abschluss brachte in seiner Codification.

Ein Kind dieses neuen Rechtslebens ist nun die Verordnung Justinians, die den alten Satz *obligatio ab herede incipere non potest* für obsolet erklärt, und an seine Stelle dem Zeitgeist huldigend und dem Bedürfniss entsprechend eine neue Regel setzt. Enthalten ist dieselbe in zwei Constitutionen vom Jahr 528 und 531.

Betrachten wir zuerst die letztere, obgleich sie, auf dasselbe Bezug nehmend, nach der andern erlassen wurde:

I. unic. Cod. ut act. et ab hered. et contr. hered. 4. 11.

*Cum stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi hominum utilitate recepimus: consentaneum erat, etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare: Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes, veteres non concedebant, contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam de medio tollere: Ut liceat et ab heredibus et*

---

1) Vergl. Puchta Institution. I. § 129.

*contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur.* Const. 531.

Liess sich die alte Rechtsregel, nicht etwa wegen innerer Haltlosigkeit und Widerspruch, sondern, wie wir gesehen, wegen des sich allmählig ändernden Rechtslebens nur noch mit Mühe halten, so geht schon daraus hervor, dass Justinian's Constitution nicht eine willkürliche Neuerung ist, sondern vielmehr ein Ausdruck der herrschend gewordenen Ansichten sein muss. Wir haben zu untersuchen, ob dieselbe im Einklang mit der jetzigen Lehre des Obligationenrechts stehe.

Wohl sind Begriff der Obligation, Entstehungsgrund, materielle Erfordernisse etc. dasselbe geblieben, wie wir es oben dargestellt; aber der Unterschied der Neuzeit von der damaligen liegt darin, dass bei der Beurtheilung der Verhältnisse nicht mehr der strenge Massstab des todtten Buchstabens angelegt wird; und damit fallen eine Menge Consequenzen, die sich nur darauf gestieft und gefusst hatten<sup>1)</sup>. Die Rücksichten der *aequitas*<sup>2)</sup> überwiegen über die Anforderungen des *strictum ius*. Man sieht mehr und mehr auf den Zweck der Rechtsgeschäfte, auf die Absicht und den Willen der Parteien<sup>3)</sup>!

So ist auch die Stipulation noch im Justinianeischen Recht als die allgemeine und in der Regel nothwendige Vertragsform wie früher anerkannt, aber sie fasste auf griechischem Boden doch nie recht Wurzel, während die schriftliche Abfassung an Bedeutung gewann<sup>4)</sup> und nach und nach von der Bestimmung als blosse Beweisform nach einer Constitution von Kaiser Leo I. 10. C. de contrah. stip.

1) Was Justinian die *subtilitas verborum* nennt.

2) Cicer. de offic. III. 5. 17.

3) Die *voluntas contrahentium*, die Justinian so oft urgirt.

4) l. 1. § 2. 4. D. de edendo. 2. 13.

8. 38 durch eine Constitution Justinian's l. 17. C. de fide instrument. 4. 21. zur Solemnitätsform wurde, indem der darin ausgesprochene Consens der Parteien respectirt, und so am Ende Consensualverträge durch schriftliche Abfassung zu formalen wurden. Von wichtigeren Folgen für unseren Fall zeigt sich die herrschend gewordene Richtung in den Zeitbestimmungen, welche den Stipulationen beigelegt werden.

Der Unterschied zwischen *post mortem* und *pridie quam moriar* etc. auf der einen, und *cum moriar* auf der andern Seite, obwohl wie oben gezeigt logisch denkbar und bei gewissen Voraussetzungen nothwendig und unvermeidlich, lässt sich nicht mehr halten, sobald das praktische Resultat und der wahre Wille der Contrahenten mehr in's Auge gefasst wird. Denn mag immerhin der Augenblick des Todes der letzte Moment des Lebens heissen, und darum eine darauf verstellte Stipulation noch beim Erblasser und durchaus nicht in der Person des Erben entstanden sein — wer wollte leugnen, dass eine solche Verabredung dem wahren eigentlichen Willensgrund des Paciszenten nach dasselbe beabsichtige, um dasselbe Resultat herbeizuführen, wie die Zeitbestimmungen *post mortem* und *pridie quam moriar*! Und während nach der frühern Auffassung zwischen einer Zeitbestimmung »post mortem« und einer »nach 20 Jahren« (die wie Scheuerl bemerkt, ja häufig den Erfolg haben konnte, dass erst der Erbe fordern, oder von ihm gefordert werden kann) ein grosser Unterschied war, da das eine als Selbstvernichtung, das andere dagegen als Selbstbeschränkung des Willens interpretirt werden muss, so ist jetzt die Gedankenfolge eine andere: Es wird dem Willen des Contrahenten auch hinsichtlich seiner Selbstbeschränkung grösserer Spielraum gelassen. Hatten die römischen Juristen von je Zeitbestimmungen wie »nach 20 Jahren« u. dgl., und besonders »cum moriar« anerkannt,

so verlangt jetzt die æquitas, der gesunde Menschenverstand, dass auch bei den Zeitbestimmungen *post mortem* etc. die hemmende Fessel einer wenn noch so logischen und nach früherer Rechtsanschauung consequenten Regel nunmehr als »*scrupulosa inquisitio*« gesprengt werde. Daher erliess Justinian schon im Jahr 528 folgende Constitution: l. 11. C. de contr. stip.

*Scrupulosam inquisitionem, utrum post mortem, an quum morietur, vel pridie quam morietur, stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes, omnia quæ vel in quocunque contractu stipulati vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi post mortem, vel pridie quam moreretur, scripta esse noscuntur nihilo minus pro tenore contractus vel testamenti valere præcipimus.*

Hierin ist Justinian, wie ich glaube, der Wahrheit näher gekommen als das alte Recht; hat auch auf diese Weise dem Bedürfniss des neuen Verkehrs am besten Rechnung getragen.

War man aber einmal soweit, so liess sich nun schon wegen der Identität einer Stipulation *post mortem* und *heredi meo dari spondes?* der Satz: *obligatio ab herede incipere non potest* nicht mehr halten, und durch natürliche und logische Nothwendigkeit dazu gebracht, setzte Justinian an dessen Stelle die neue in *lex unica cit.* enthaltene Regel. Hinsichtlich der Begründung dürfen wir uns aber durch die Worte der Constitution nicht irre machen lassen, da Justinian es liebte, einerseits alles Alte in ein schlechtes Licht zu setzen, um seine Institute in desto grösserem Glanz erscheinen zu lassen, anderseits äusserst freigebig Motive ohne juristischen Gehalt mit grossem Schwulst und

allgemeinen Phrasen anzugeben <sup>1)</sup>. Daher haben die Worte *ne prioris vitii materiam etc.* für unser obiges Urtheil über den alten Satz keine Bedeutung, und das allgemeine *pro communi hominum utilitate* und *more humano emendare* thut der obigen einfachen Begründung keinen Eintrag.

Mit diesem Schritte sind denn auch alle die Einrichtungen überflüssig geworden, die das alte Recht brauchte, um da ein Rechtsgeschäft in's Leben zu setzen, wo die Regel *obl. ab herede etc.* im Wege stand, und es ist damit auch die letzte Anwendung des *Ad stipulators*, die wir oben kennen lernten, im Justinianeischen Rechte weggefallen.

Können nun Obligationen für und gegen die Erben begründet werden, so entsteht dabei die Frage, ob die Lehre von der Stellvertretung (für die Fälle wo der Erbe als Dritter erscheint) eine Umänderung erlitten, oder ob das Repräsentationsverhältniss zwischen Erben und Erblasser sich umgestaltet habe, so dass jetzt auch da, wo der Erbe früher rein als Dritter erschien, seine Eigenschaft als fortgesetzte Persönlichkeit des Erblassers in Betracht kommen würde.

Es ist nicht zu leugnen, dass bei der Lehre von der Stellvertretung auch noch im Justinianeischen Rechte der Satz als Regel gilt:

*Obligatio tertio non acquiritur,*

und das Argument: *Sibi stipulari, emere etc. non voluit et alteri non potuit* seine Gültigkeit nicht verloren hat <sup>2)</sup>. Allein die Durchführung der Regel wird nicht mehr mit der eiserne Consequenz betrieben wie früher, ausser bei den civilen Handlungen, den Stipulationen. Von den frühern

---

1) *Exempla*: l. 3. C. de quadr. præscr. 7. 37. l. 16. C. de usufr. 3. 33  
Puchta Inst. I. § 130.

2) l. 73. § 4. D. R. J. l. 11. D. de obl. et act. l. 38. eod. § 17. § 19. I. de inut. stip. l. 6. C. si quis alter. 4. 50.

Ausnahmen hat besonders die Modification, die wir bei den in Gewaltverhältniss stehenden Personen gefunden, an praktischer Bedeutung gewonnen. Die römischen Sklaven werden jetzt so sehr zur Abschliessung von Rechtsgeschäften benutzt, dass es am Ende gar zum guten Ton gehörte, die persönliche Abschliessung von Verträgen zu vermeiden<sup>1)</sup>. Dazu kommt, dass durch l. 14. Cod. de contr. stip. 8. 38<sup>2)</sup>, worin Justinian verordnet, man solle nach der persönlichen Gegenwart der Contrahenten nicht mehr so genau fragen etc., dem Verkehr eine erhöhte Beweglichkeit verliehen wurde.

Wir sahen ferner, dass beim Besitz und Eigenthum schon frühe directe Stellvertretung zulässig war. Diese Erscheinung beim Eigenthumserwerb führt zur Zulässigkeit der Stellvertretung bei den darauf bezüglichen Obligationen: beim *mutuum*<sup>3)</sup> l. 9. § 8. l. 2. § 4. l. 15. D. de reb. cred. beim *commodatum*<sup>4)</sup> l. 8. Cod. ad exhib. beim *depositum*<sup>5)</sup> l. 26. D. h. t. bei der *donatio sub modo*<sup>6)</sup> l. 3. Cod. h. t. bei der *dos* l. 45. D. sol. matr.<sup>7)</sup> beim Pfandrecht, wenn die Wiedereinlösung des Pfandes dem Verpfänder bei der Veräusserung ausdrücklich vorbehalten wurde<sup>8)</sup> l. 13. D. de pign. act. l. 7. D. de distr. pign.

Endlich mag auch der Fall noch Erwähnung finden,

---

1) Vergl. l. 5. § 4. D. de auct. et cons. 26. 8.

2) Vergl. § 17. I. de inut. stip. § 8. I. de fid. iuss.

3) Wo die *obligatio re magis quam voluntate contrahitur*.

4) Es steht dem Dritten eine *actio utilis* zu, an welchen nach Verabredung der Contrahenten die Zurückgabe zu geschehen hat.

5) Es steht dem Dritten eine *actio utilis* zu, an welchen nach Verabredung mit dem Deponenten die Restitution geschehen soll.

6) Es hat der Dritte, an den Etwas gegeben werden soll, hiefür die Klage.

7) Wenn der Besteller der *dos* die Rückgabe an den Dritten ausbedungen hat, so steht diesem die Klage zu.

8) „*ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem etc.*“

wo der Promissar ein Klagrecht erhält, wenn durch die Leistung an den Dritten für ihn selbst ein Vortheil begründet wird<sup>1)</sup>, oder wenn er sich eine Conventionalstrafe ausbedungen hat<sup>2)</sup>.

Mit solchen Ausnahmefällen von der oben aufgestellten Regel wird man sich aber begnügen müssen, und es erscheint demnach die Ansicht von Savigny<sup>3)</sup>:

»dass bei allen naturalen d. h. formlosen Handlungen des Obligationenrechts directe Stellvertretung zugelassen, und nur bei formalen d. h. civilen (stipulationes) fortwährend ausgeschlossen sei,«

nicht berechtigt; und die Stelle worauf sich Savigny stützt: l. 53. D. de acqu. rer. dom. 41. 1.

*Ea quæ civiliter adquiruntur per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur sicuti est possessio per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.* (Modest.)

ist wohl eher nach Puchta<sup>4)</sup> loc. cit. so zu erklären, dass das Beispiel des ersten Satzes *veluti stipulationem* von den Compilatoren für die von Modestinus erwähnte *mancipatio* substituirt, und der Besitz nicht ein Beispiel, sondern der einzige Fall sei, wo die Stellvertretung auf diese Art Platz greife. Stellen wie l. 53 cit. sind eben durch l. 1. Cod. per quas pers. näher zu bestimmen.

Lässt sich für das Justinianische Recht directe Stellvertretung noch nicht absolut annehmen, so muss sich der Einfluss der neuen Constitution in dem Repräsentationsverhältniss zwischen Erblasser und Erben zeigen.

---

1) § 20. I. de inut. stip. l. 38. cit § 20. 23.

2) § 19. I. de inut. stip. l. 38. cit § 17.

3) Savigny System III. § 113. Vergl. Buchka „die Lehre von der Stellvertretung“ § 14. Puchta Institutionen II. § 203. note n.

4) Vergl. Vangerow loc. cit. pag. 294.

Da durch die l. 11. cod. cit. die Zeitbestimmungen bei Verträgen grössere Facilität erhielten, so ist dadurch dem Willen des hinsichtlich seines Vermögens contrahirenden Testators mehr Spielraum gegeben. Folgerecht verordnet daher *lex unica citata*: dass in dem Falle, wo der Erblasser über seinen Tod hinaus contrahirte, der Erbe daher nach altem Recht als Dritter erschien, und so die Regeln der directen Stellvertretung Platz griffen — jetzt dieselben cessiren, und der Erbe hier noch in seinem Verhältniss zum Erblasser gedacht werden solle; d. h. mit andern Worten: dass der alte Satz oblig. ab herede etc. völlig umgestossen sei!

Offenbar liegt hierin mehr als Scheuerl loc. cit. meint: »es habe nämlich Justinian durch beide Gesetze *lex 11 u. lex unic. cit.* nur die Statthaftigkeit der Zeitbestimmung post mortem festgestellt, so dass man sich namentlich dagegen auch nicht mehr auf die alte Regel oblig. etc. berufen dürfe«, was ja einfach der Inhalt der *lex 11* ist, während *lex unica*, freilich als nothwendige Folge, einen Schritt weiter geht und den Satz aufstellt: Es kann der Erblasser seinen Erben activ und passiv in Obligation bringen. Es bedarf aber dieser Satz, d. h. der Inhalt der *lex unica* einer genauern Betrachtung um nicht missverstanden und missbraucht werden zu können.

Da die Regeln über die Beziehung der Obligation auf Dritte im Ganzen dieselben geblieben sind, so musste, wie wir gesehen, nothwendig das Repräsentationsverhältniss zwischen Erblasser und Erben eine erweiternde Modification erleiden, wenn der neue Rechtssatz sollte bestehen können. Wir müssen uns dasselbe für Fälle fingiren, wo es nach dem alten Satz *successio in omne ius mortui* eigentlich noch gar nicht existirt. Es zeigt sich unleugbar hierin eine Blösse, wie es bei dem ängstlichen Streben, das Neue an das Alte anzuknüpfen, freilich oft nicht anders

möglich war; und hier ist gewiss das alte Recht consequenter, principieller zu Werke gegangen! Davon abgesehen ist der neue Satz ein kühner Schritt in der Rechtsentwicklung vorwärts und eine Consequenz der neuen Rechtsanschauung, aber deshalb schwer in Einklang mit dem alten System zu bringen.

Diese Fiction müssen wir festhalten bei der Beurtheilung solcher Obligationen, um den wahren Inhalt der *lex unica* nicht aus den Augen zu verlieren, und in dem neuen Satze nicht eine willkürliche Befugniss zu finden (was sich allerdings, wie Scheuerl richtig bemerkt, nie und nimmer juristisch rechtfertigen liesse). Dann aber fehlt das *iuris vinculum* nicht, und es lassen sich so die Grenzen der Anwendung dieses Satzes leicht bestimmen. Die Gründe, die ihn in's Leben gerufen (weil der alte Satz sich mit der Zulässigkeit der Zeitbestimmung *post mortem* nicht mehr vertrag, und das Bedürfniss überhaupt für die Willensbestimmung des Erblassers (mehr Spielraum erheischte), bezeichnen zugleich das Feld seiner Wirksamkeit:

Es muss, damit die Obligation für oder gegen den Erben gültig sei, die Hereinziehung des Erben in den Vertrag entweder den Sinn einer Zeitbestimmung *post mortem* haben, wobei seine Persönlichkeit nicht in Betracht kömmt; oder aber es ist dem Erblasser gerade an der Person des Erben gelegen, so muss alsdann die Fiction: der Erbe besitze die Eigenschaft, die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortzusetzen, eine juristische Berechtigung für das Geschäft begründen. Fehlte einerseits dieses *iuris vinculum*, so würde die ganze Lehre von der Beziehung der Obligation auf Dritte umgestossen, was nach Obigem nicht Justinian's Meinung sein konnte. Würde man aber andererseits die Möglichkeit und Kraft desselben leugnen, und die Hereinziehung des Erben in den Vertrag nur in dem Sinn einer Bestimmung *post mortem* anerkennen, so

hiesse das geradezu den Inhalt der *lex unica* willkürlich negiren oder beschränken!

Innerhalb der so eben dargestellten Geltung und Bedeutung unseres Satzes hat der Erblasser für seine Bestimmungen völlige Freiheit, da ja nach *lex unica cit.* Justinian die *voluntas contrahentium* erweitern wollte. Hierin ist auch der Massstab zu erblicken für die Entscheidung der Fälle, wo der Erblasser nicht bloss für seinen einzigen Erben, oder für seine mehreren Erben in *solidum*, sondern für *Einen aus Mehreren* contrahiren will. Es ist also noch innerhalb der obigen Beschränkung der Umfang der Geltung des neuern Satzes zu untersuchen.

Wir unterscheiden, ob der Erblasser seine Person mit in die Stipulation aufgenommen habe, oder aber nicht.

Für den ersten Fall müssen wir zuerst noch einen kurzen Blick auf den Stand der Dinge im alten Recht werfen<sup>1)</sup>. Von je war es gültig seiner eigener Person die Erben (den einzigen oder alle in *solidum*) im Vertrag beizufügen: *sua personæ adiungere quis heredis personam potest.* l. 38. § 14. D. de V. O. Sobald aber, was uns hier eigentlich allein angeht: Einer von den Mehreren herausgerissen mit dem Erblasser verbunden wird, tritt eine andere Beurtheilung ein, die *Venuleius* in l. 137. § 8. D. de V. O. in folgenden Worten ausspricht<sup>2)</sup>;

*Præterea sciendum est quod dari stipulemur, non posse nos uni ex heredibus acquirere, sed necesse esse omnibus acquiri. at quum quid fieri stipulemur etiam unius personam recte comprehendendi.*

1) Was oben unterlassen wurde, um hier besser im Zusammenhang behandelt zu werden.

2) Der *Venuleius*'schen Ansicht für das alte Recht tritt auch bei: *Donellus de iure civile* l. XII. c. 17. § 11. Vergl. *Bucher* „Recht der Forderungen“ pag. 50 ff.

Es hängt diese Entscheidung eng zusammen mit der Bestimmung des alten Rechts, dass die *obligationes in dando* sich vererben, die *obligationes in faciendo* aber nicht (vergl. oben pag. 6 u. ff.) Solche Verträge lassen sich juristisch gar nicht anders denken, als entweder, wenn der Stipulator sich und Einen Erben im Contracte nennt, wie in unserem Fall:

» es soll eine beim Erblasser entstandene Obligation sich vererben und zwar auf Einen von mehreren Erben«, oder aber wenn der Stipulator nur den Erben nennt, wovon unten:

» es soll die Obligation beim Erblasser noch nicht entstehen, sondern erst in der Person des Erben begründet werden.«

Bei den *Obligationes in dando* steht im erstern Fall der Satz entgegen: *obligationes inter heredes ipso iure dividuntur, ergo: nos uni ex heredibus acquirere non possumus — necesse est omnibus acquiri!* im letztern Fall aber der Satz: *obligatio ab herede incipere non potest!* Diess finden wir bestätigt in l. 36. § 1. *D de V. O.* 45. 1.

*Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacua comprehensa est. sive enim solus heres exstiterit, in solidum tenebitur: sive pro parte, eodem modo, quo ceteri coheredes eius obligabitur, et quamvis convenisse videatur ne ab alio herede quam a Titio peteretur: tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit.*

Es hat die Verbindung von *te* und *Titius* hier keinen andern möglichen Sinn als: weil bei *Titius* kein Recht selbstständig entstanden ist, soll die in des Erblassers Person entstandene Obligation auf *Titius* allein übergehen, was durch die erwähnte Regel <sup>1)</sup> verhindert wird: daher *Titii persona supervacua compr. est.*

1) *obligationes ipso iure inter heredes dividuntur.*

Bei den *obligationes in faciendo* finden wir eine andere Entscheidung. Mit ihrer Unvererblichkeit lässt sich das *necesse est omnibus adquiri* nicht vereinigen, und der zweite Fall lässt sich wegen des Satzes *oblig. ab hered. inc. non pot.* auch nicht als möglich denken. So erscheint hier die Hinzufügung Eines von mehreren Erben zu der Person des Erblassers eigentlich als unnütz, weil erfolglos. Allein die Unvererblichkeit der *oblig. in fac.* hat (wie wir oben<sup>1)</sup> angenommen haben) ihren Grund in der eigentlichen Bedeutung des *facere*; nun lassen sich aber doch Fälle denken, wo der Widerspruch der Vererblichkeit mit dem Inhalt des *facere* nicht vorhanden ist und daher ausnahmsweise eine solche beim Erblasser entstandene Obligation auf den Erben sollte übergehen können. In ähnlicher Weise haben wir beim Mandat, das seiner Natur nach mit dem Tod des einen Contrahenten erlischt, eine Ausnahme in dem *mandatum post mortem collatum*, das nicht gegen die allgemeinen Regeln verstösst. — Demgemäss finden wir denn wirklich bei *Venuleius* die Bestimmung: dass Obligationen vom Erblasser auf Einen von mehreren Erben übergehen können; nämlich wenn — der Erblasser, diese bestimmte Persönlichkeit für das Geschäft tauglich oder passend haltend, den Erben ausdrücklich in seinem Contract genannt hat. Und da bei den *Oblig. in fac.* doch von allgemeiner Vererblichkeit desswegen die Rede noch nicht sein kann, so tritt diese Bestimmung auch nicht in Widerspruch mit dem bei der Vererbung massgeblichen Satze: *oblig. inter hered. divid.* Vielmehr wird dadurch einem einmal gültig entstandenen Rechte, das sonst keinem zu Gute käme, um das folglich auch die übrigen Erben nicht verkürzt würden, seine Erhaltung auf den äussersten Fall der Möglichkeit gesichert.

---

1) Vergl. oben pag. 6 u. ff.

Wie die *Obligaciones in faciendo*, so ist seiner Natur nach auch das *pactum de non petendo* zu beurtheilen, das Jemand für sich und Einen seiner mehreren Erben abschliesst, was l. 33. D. de pact. 2. 14 bestätigt:

*Avus neptis nomine, quam ex filio habebat, dotem promisit et pactus est, ne a se neve a filio suo dos peteretur: si a coherede filii dos petatur, ipse quidem exceptione conventionis tuendus non erit, filius vero exceptione conventionis recte utetur, quippe heredi consuli concessum est, nec quicquam obstat, uni tantum ex heredibus providere, si heres factus sit, ceteris autem non consuli.*

Unmöglich kann sich das Recht der Vertragsklausel, deren ganzer Inhalt an ein bestimmtes Individuum geknüpft ist und nur in Verbindung mit dieser Person Bedeutung und Grund hat, vererben und sich auf alle Erben pro rata vertheilen. Auf der andern Seite hätte unser Vertrag ohne Vererbung der Berechtigung auf den filius keinen Sinn. Folgerecht wird daher nicht der coheres hinsichtlich seiner rata, sondern der filius hinsichtlich des Ganzen *exceptione conventionis* geschützt. Der Entscheid am Schluss dieser Stelle stimmt der Begründung nach mit dem oben bei den Oblig. in fac. Gesagten überein, und steht und fällt daher mit dem Ausspruch des *Venuleius* in l. 137 citata. <sup>1)</sup>

---

1) In l. 56. § 1 cit. soll eine beim Erblasser entstandene *obligatio in dando* auf Einen von mehreren Erben vererbt werden, was durch den Satz *obligationes ipso iure inter heredes dividuntur* verhindert wird; und diese Regel kann auch nicht durch ein *pactum conventum* gebrochen werden. Daher der Schluss: *tamen inutile pactum conventum coheredibus eius erit.*

In l. 33. cit. aber soll ein beim Erblasser entstandenes *pactum de non petendo* auf Einen von mehreren Erben vererbt werden, das, wie oben bemerkt, wie eine *obligatio in faciendo* behandelt wird, und daher nicht vererbt — es wäre denn, dass durch ausdrückliche Nennung einer bestimmten Person die Vererbung auf dieselbe ausnahmsweise bewirkt würde (wie hier), in welchem Falle die allgemeine Vererbungsregel *obl. ips. iur. inter hered. div. natur.* nicht Platz greifen kann. Daher das Resultat: *filius vero exceptione conventionis recte utetur etc.* — Diess angenommen, so ist zwischen dieser *lex 33*

Dass man bei den Oblig. in fac. wohl auf dem dargestellten Wege zu dem sonst so befremdenden Resultate: *quum quid fieri stipulemur etiam unius personam recte comprehendere* gekommen sei, scheint mir auch Justinian in l. 13. C. de contr. stip. 8. 38, wodurch er den Unterschied zwischen *dare* und *facere* aufhebt, anzudeuten; und wir kommen so nach diesem Rückblick auf das klassische Recht zur Untersuchung unsers Falles im Justinianischen Rechte zurück. In l. 13 cit. wird verordnet:

*Veteris iuris altercationes decidentis, generaliter sancimus, omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non; cur enim quod in principibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur? et sic existimentur huiusmodi stipulationes, quasi tantum modo in dando fuerint conceptae, quum nihilo minus et heredes factum possint adimplere, illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam pulabant, non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. et quare, quum pæne similis omnium hominum natura est, non et facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint, ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates? (a. 530.)*

Justinian setzt dadurch die oblig. in faciendo hinsichtlich ihrer Vererblichkeit denen in dando gleich, indem er den Gedanken, dass das *facere* so enge an ein bestimmtes Individuum geknüpft sei, nicht so vorherrschend und nicht in seiner Allgemeinheit in's Auge gefasst haben will, und daher diese Unterscheidung eine *subtilis et supervacua scrupulositate*

---

und dem Schluss der obigen l. 56. cit. nicht ein „unlöslicher Widerspruch“, wie Scheuerl loc. cit. pag. 108 behauptet, sondern beide Stellen bestätigen übereinstimmend unsere aufgestellten Regeln.

*pulositas* nennt. Er glaubt, dass durch dieses Festhalten an der ursprünglichen Eigenthümlichkeit des *facere*<sup>1)</sup> dem Verkehr mehr Ungelegenheit, als durch das Fahrenlassen desselben entstehe (*ne ex h. sub. cadant etc.*).

Insofern aber auch diese Constitution (ein Jahr älter als l. unic. cit.) dem Willen der Contrahenten wohlwollend entgegenkömmt, und den Uebergang der Obligationen auf den Erben erleichtern will, fällt sie einer analogen Interpretation wie *lex unica* anheim.

Auch durch diese Constitution wollte Justinian gewiss nicht eine Willkürlichkeit ins Recht kommen lassen, als ob sich nun alle oblig. in fac. ohne Rücksicht auf ihren Inhalt vererben könnten.

Vielmehr ist durch diese Bestimmung nur die Beschränkung der an sich gültig vererblichen Obligationen auf Einen bestimmten Erben beseitigt, so dass diese jetzt wie die *obligationes in dando pro rata hereditaria* übergehen. Es ergibt sich daher in unserem Fall, wo der Erblasser sich und Einen von mehreren Erben im Vertrag erwähnt hat, für das neuere Recht als Resultat:<sup>2)</sup>

»Durch l. 13. Cod. cit. ist der Ausspruch des *Venulejus* in l. 137. cit. ausser Kraft gesetzt, und es vererben sich diese beim Erblasser entstandenen Obligationen ohne Unterschied zwischen *dare* und *facere* nach dem Grundsatz: *obligationes ipso iure inter heredes dividuntur.*«

Die Beschränkung aber, welcher l. 13. C. cit., wie wir gesehen, unterliegt, besteht darin, dass Obligationen, die ihrer Natur und ihrem Inhalt nach unvererblich sind, durch das neue Gesetz nicht geheilt werden sollen, sondern

---

1) Es tritt auch im Prozess schon der frühern Zeit, im Formelsystem, der Unterschied zwischen *dare* und *facere* nicht in dieser Gestalt auf, sondern als Unterschied zwischen *Obligatio certa et incerta*.

2) Vergl. *Vangerow* „Leitfaden“ III § 608. pag. 293.

an ihrer innern Haltlosigkeit Schiffbruch leiden; wie ich allerdings nicht glaube, dass eine Obligation, deren Inhalt die Person des Contrahenten ausschliesslich begreift<sup>1)</sup>, z. B. der Auftrag an einen berühmten Künstler ein Bild zu fertigen etc. sich vererben könne.

Die Behauptung, die *Donell* loc. cit. pag. 163 aufstellt *... Quod genus ad heredes non transire ... neque hoc ius mutat Just. const. etc. ....* ebenso von *Scheuerl*,<sup>2)</sup> der die Unterscheidung des *Venuleius* noch festhält, *negirt* geradezu den Inhalt der Constitution Justinians in l. 13. cit. Auf der andern Seite können wir uns ebenso wenig mit der Meinung *Buchkas*<sup>3)</sup> befreunden, der zwar l. 137 für obsolet erklärt, aber die Beschränkung auf Einen Erben wegen des neuen Grundsatzes in *lex unica* annimmt. Es handelt sich ja in vorliegendem Fall, wie wir ihn uns (vergl. oben pag. 33 juristisch denken müssen, um schon entstandene Obligationen, wo die Grundsätze der Vererbung, nicht aber um solche, die neu beim Erben entstehen sollen, wo die Grundsätze der *lex unica* Platz greifen müssen. Diess Resultat widerstreitet der *lex unica* nicht und beschränkt auch den Vertragswillen nicht. Es steht ja dem Erblasser, der *»uni tantum ex heredibus providere«* wollte, frei: mit Hinweglassung seiner Person diesen bestimmten Erben allein in Obligation zu bringen; welchen Fall wir endlich noch zu besprechen haben.

Der Erblasser hat mit Hinweglassung seiner eigenen Person nur Einen von mehreren Erben in die Stipulation aufgenommen.

Hier sind einfach die oben entwickelten Grundsätze, auf *lex unica* fussend, massgebend. Natürlich ohne Unterschied

---

1) Vergl. *Scheuerl* loc. cit. pag. 117.

2) loc. cit. pag. 117.

3) loc. cit. pag. 78 u. 79.

zwischen *Oblig. in dando* und *in faciendo*, da die *lex 13. C. cit.* mit obiger Beschränkung die *lex 137. cit.* bestimmt. Es handelt sich hier also um Obligationen, die ihrer Fassung und Absicht nach erst in der Person des Erben entstehen sollen, und wenn das oben bezeichnete *iuris vinculum* nicht fehlt, und die Obligation nicht an den allgemeinsten Erfordernissen Noth leidet, so ist denselben Geltung und Kraft nach dem neuen Gesetz nicht mehr abzusprechen. Es wird eben hiebei vor Allem auf den Willen des Erblassers gesehen, und der Erbe nicht mehr bloss, wie Scheuerl es annimmt, als fortgesetzte Persönlichkeit vom Vermögen des Erblassers, sondern in seinem Repräsentationsverhältniss als selbstständige individuelle Person in's Auge gefasst; so dass in diesem Fall nicht der Grundsatz *obligationes ipso iure inter heredes dividuntur* obsiegt, sondern:

*Obligatio ab herede incipere potest*,  
und als Resultat sich ergibt: <sup>1)</sup>

» Wenn der Erblasser mit Hinweglassung seiner eigenen Person Einen von mehreren Erben in die Obligation gebracht hat, so wird nach dem Contractswillen auch nur dieser Eine berechtigt resp. verpflichtet.«

Fassen wir die gewonnenen Resultate zusammen, so zeigt sich, dass der von Gaius ausgesprochene Satz: *obligatio ab herede incipere non potest* mit seiner allgemeinen Geltung in völligem Einklang steht mit den Rechtsanschauungen, Regeln und Consequenzen der klassischen Jurisprudenz; dass aber nicht weniger der von Justinian an seine Stelle gesetzte neue Satz: *obligatio ab herede incipere potest* innerhalb der bezeichneten Grenzen der Anwendung

---

1) Donell. loc. cit. § 13. pag. 161 u. ff. Vangerow loc. cit. pag. 293. Buchka loc. cit. pag. 79 u. ff. Scheuerl loc. cit. pag. 119.

seine Berechtigung und Nothwendigkeit in der ganzen Rechtsentwicklung und insbesondere in der Lehre vom Obligationenrecht der christlichen Kaiserzeit gefunden hat. Und wenn wir auch die Blösse, welche die Anknüpfung des neuen an das alte Recht darbietet, nicht leugnen können und wollen, so ist doch unzweifelhaft der Fortschritt, der dem stets sich erweiternden Verkehrsbedürfniss zu Hülfe kommt, nicht zu verkennen.

Damit wären wir zum Ziel unserer Aufgabe gekommen. Werfen wir aber zum Schluss noch einen Blick auf das neuste gemeine Recht, so sehen wir, wie bei der Reception des Römischen der von Justinian eingeschlagene Weg weiter verfolgt wurde, bis endlich der Wille der Parteien zur massgebenden Richtschnur für die Beurtheilung der Verträge wurde. Demgemäss musste auch die für unsern Satz so wichtige Lehre von der Stellvertretung nach der schon lange angebahnten Richtung hin für die Neuzeit sich anders gestalten. Mag daher auch die Controverse über diesen Punkt noch nicht abgeschlossen sein, (vergl. Puchta<sup>1)</sup>) so ist doch nach unserer Ansicht der unmittelbaren Stellvertretung die Rechtswirkung wohl nicht abzusprechen (womit aber noch nicht gesagt ist, dass im neusten Recht der Wille der Parteien sich nicht auch für eine indirecte Stellvertretung, wo es die Noth erfordert, entscheiden könnte).

Aus alledem ergibt sich und in der Praxis finden wir es bestätigt, dass Verträge von der besprochenen Art im neuesten Rechtsleben ohne weiteres Geltung und Rechtskraft haben.

---

1) Puchta betrachtet das Röm. System der Stellvertretung insbesondere im Punkte direkter Stellvertretung bei Obligationen als heutiges und geltendes Recht.

# Index.

|                                                                                       | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Einleitung . . . . .                                                                  | 1     |
| Abhandlung.                                                                           |       |
| <b>A. Klassische Zeit.</b>                                                            |       |
| I. Begründung des Satzes . . . . .                                                    | 2     |
| 1. In den allgemeinen Prinzip. des Oblig. Rechts.                                     |       |
| a) Begriff der Obligation . . . . .                                                   | 2     |
| b) Entstehungsgrund . . . . .                                                         | 3     |
| c) Materielle Erfordernisse . . . . .                                                 | 3     |
| d) Selbstbeschränkungen des Willens . . . . .                                         | 3     |
| e) Hinsichtlich der Wirkung . . . . .                                                 | 7     |
| 2. Insbesondere in der Lehre von der Stellvertretung . . . . .                        | 7     |
| Lehre vom Adstipulator . . . . .                                                      | 8     |
| II. Umfang des Satzes . . . . .                                                       | 11    |
| 1. Ansichten von Scheuerl, Dernburg etc. . . . .                                      | 11    |
| 2. Lehre vom Mandat p. mort. collatum etc. . . . .                                    | 12    |
| 3. Resultate . . . . .                                                                | 19    |
| III. Beurtheilung des Satzes der klassischen Zeit . . . . .                           | 21    |
| <b>B. Justinianische Zeit.</b>                                                        |       |
| I. Ueberblick der Rechtsentwicklung . . . . .                                         | 22    |
| II. Neuer Rechtsatz der l. unic. l. ut ab her. . . . .                                | 23    |
| 1. Begründung des Satzes :                                                            |       |
| a) In den allgem. Prinzip. des Oblig. Rechts . . . . .                                | 24    |
| b) In der Lehre von der Stellvertretung . . . . .                                     | 27    |
| c) Im Verhältniss zwischen Erblasser und Erben . . . . .                              | 30    |
| 2. Nähere Bestimmung der l. unic. cit. . . . .                                        | 31    |
| III. Umfang der Geltung des Satzes . . . . .                                          | 32    |
| 1. wenn der Erblasser sich und Einen Erben genannt hat                                | 32    |
| a) Im alten Recht (Unterschied zwischen Oblig. in<br>dando und in faciendo) . . . . . | 32    |
| b) Im Justinian'schen Recht . . . . .                                                 | 36    |
| c) Resultat . . . . .                                                                 | 37    |
| 2. wenn der Erblasser den Einen Erben allein genannt hat                              | 38    |
| Schluss . . . . .                                                                     | 39    |



## Thesen.

1. Beim Kauf und Tausch gehört zum Klagegrund: dass der Kläger entweder erfüllt hat oder »Zug um Zug« zu erfüllen bereit sei.
  2. l. 27. D. mand. handelt nicht vom mandatum post mortem collatum.
  3. Das eheliche Güterrecht ist nach dem Heimatsort, nicht nach dem Wohnort der Ehegatten zu bestimmen.
  4. Creditpapiere sind kein Papiergeld.
  5. Die »gewinnsüchtige Absicht« gehört nicht zum Begriff des Diebstahls.
  6. Die absolutia ab instantia ist als ein verwerfliches Institut aus dem Criminalprocess zu entfernen.
  7. Die Adcitation als mit den Grundsätzen des gem. Civ. Processes im Widerspruch stehend ist zu verwerfen.
  8. Das rechte Verhältniss zwischen Staat und Kirche wird eher durch Presbyterial- und Synodalverfassung als durch das Consistorialsystem herbeigeführt.
-

## Thesen

1. Beim Kauf und Tausch geht das Eigenthum über: das der Käufer entgegen erhält hat aber das Recht zu erfüllen davon sei.
2. Der Mensch handelt nicht von mündlichen noch von schriftlichen Verträgen.
3. Das öffentliche Recht ist nach dem Naturrecht, nicht nach dem Willen der Herrscher zu bestimmen.
4. Gerechtigkeit ist kein Recht.
5. Die gewissenhaftige Pflicht geht nicht aus dem Willen der Herrscher.
6. Die Abtheilung des Rechts ist als ein vernünftiges Mittel aus dem Naturrecht zu erklären.
7. Die Abtheilung des Rechts ist mit den Umständen des gemeinen Rechts im Einklang zu stehen ist zu verstehen.
8. Die Rechte des Menschen sind nach dem Naturrecht und dem Willen der Herrscher zu bestimmen als durch das Gesetz zu bestimmen.