

# JAP

[Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung]

**must know** Das betriebliche Disziplinarwesen

Die europäische und die österreichische  
Kontenpfändung

**Judikatur** Schmerzensgeld der Eltern bei Totgeburt

**Musterfall** Römisches Recht, Strafrecht, Öffentliches Recht,  
Unternehmensrecht und Bürgerliches Recht

**Redaktionsleitung**  
Alexander Reidinger

**Redaktion**  
Florian Burger  
Ulrike Frauenberger-Pfeiler  
Verena T. Halbwachs  
Thomas Klicka  
Roman Alexander Rauter  
Hannes Schütz  
Eva Schulev-Steindl

**Korrespondenten**  
Erwin Bernat  
Christoph Grabenwarter  
Friedrich Harrer  
Ferdinand Kerschner  
Alexander Schopper

2016/2017

**03**

**MANZ** 

ISSN 1022-9426

📎 Meine Notizen: Prüfer: Philipp Klausberger

# Mandat und indirekte Stellvertretung – Musterexegese zu Callistratus D 41.1.59<sup>1)</sup>

Innsbruck, WS 2016/17

## SACHVERHALT

D 41.1.59: Callistratus libro secundo quaestionum

Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit.

**Übersetzung:** Callistratus im zweiten Buch seiner Rechtsfragen

Eine Sache, die aufgrund meines Auftrages gekauft worden ist, wird nicht früher mein Eigentum, als sie mir derjenige, der sie gekauft hat, übergeben hat.<sup>2)</sup>

## MUSTERLÖSUNG

Von Philipp Klausberger

### I. Einordnung von Jurist und Werk

Diesen Text haben die Kompilatoren aus dem zweiten Buch der *quaestiones* von Callistratus entnommen. Callistratus stammte wohl aus dem griechisch sprechenden Osten des römischen Reichs und wirkte unter Septimius Severus und Caracalla.<sup>3)</sup> Bei den *quaestiones* handelt es sich um (echte oder hypothetische) Fälle, die der Jurist im Unterricht mit seinen Schülern diskutiert hat.<sup>4)</sup>

### II. Sachverhalt

Ego hat B, einen anderen (Gewalt-)Freien,<sup>5)</sup> beauftragt, für ihn (Ego) eine bestimmte Sache zu kaufen. B nimmt den Auftrag an und kauft die Sache bei D.

### III. Rechtsfrage

Wann erwirbt Ego Eigentum am Gegenstand, den B für ihn gekauft hat?

### IV. Entscheidung des Juristen

Ego erwirbt erst dann Eigentum, wenn B ihm den erworbenen Gegenstand aufgrund des Auftrages herausgibt.

Dr. Philipp Klausberger ist Universitätsassistent (post doc) am Institut für Römisches Recht und Rechtsgeschichte der Universität Innsbruck. Er hält dort Lehrveranstaltungen zum Römischen Recht und ist als Prüfer für die mündliche Fachprüfung aus Römischem Privatrecht bestellt.

1) Die hier behandelte Quellenstelle ist mit den Studierenden der Übung aus Römischem Privatrecht (Sachen- und Obligationenrecht) im WS 2016/17 durchgenommen worden.

2) Übersetzung von Hausmaninger/Gamauf, Casebook zum römischen Sachenrecht<sup>11</sup> (2012) Fall 35.

3) Hausmaninger/Gamauf, Sachenrecht Fall 35; weiterführend Kotz von Dobrz in Pauly/Wissowa/Kroll, Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Suppl III (1918) 225 ff; Liebs, Römische Provinzialjurisprudenz, in ANRW II/15 (1976) 288 (310 ff).

4) Vgl Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht<sup>9</sup> (2001) 39.

5) Der Text sagt dies zwar nicht explizit, doch geht aus der Entscheidung deutlich hervor, dass es sich bei B um einen von Ego beauftragten Freien handelt. Wäre B nämlich ein Gewaltunterworfener des Ego, so würde Ego bereits in dem Zeitpunkt erwerben, in dem die Sache an B gelangt; s dazu auch in der Erörterung am Ende. Aus den Umständen ergibt sich ferner, dass B nicht als *procurator* des Ego auftritt, weil er sonst als direkter Stellvertreter für Ego erwerben würde; s dazu auch unten bei FN 19.

## V. Erörterung

 Meine Notizen:

Ego und B schließen einen Auftragsvertrag (*mandatum*) ab; Ego ist Auftraggeber (Mandant), B ist Auftragnehmer (Mandatar). Der Auftrag zählt zu den Konsensualverträgen, für sein Zustandekommen bedarf es eines Konsenses über die wesentlichen Vertragspunkte (*essentialia negotii*).<sup>6)</sup> Gegenstand des Auftrages ist es, unentgeltlich im fremden Interesse tätig zu werden; die Tätigkeit kann rechtlicher wie bloß faktischer Natur sein.<sup>7)</sup> Im vorliegenden Fall ist dies insofern erfüllt, als B im Interesse des Ego eine Sache erwerben und an Ego als Auftraggeber herausgeben soll.

Nach dem Sachverhalt kauft B auftragsgemäß die Sache bei einem Dritten (D), B und D schließen also einen Kaufvertrag ab. Der Kaufvertrag gehört wie der Auftrag zur Gruppe der Konsensualverträge und wird mit Einigung über die *essentialia negotii* Ware und Preis abgeschlossen.<sup>8)</sup> Dies hat im Ausgangsfall sichtlich stattgefunden.

Übergibt D aufgrund des Kaufvertrages die Sache an B, ist der Eigentumserwerb durch *traditio* zu prüfen. Dazu muss der Veräußerer dinglich berechtigt oder wenigstens verfügungsbefugt sein, es muss ein Rechtsgrund vorliegen, welcher den Übergang des Eigentums rechtfertigt (*iusta causa traditionis*), und der Gegenstand muss in den Besitz des Erwerbers übergehen (*traditio* im wörtlichen Sinne).<sup>9)</sup> Alle drei Voraussetzungen liegen hier vor: D ist wohl Eigentümer der Sache, mit dem Kaufvertrag liegt eine *iusta causa traditionis* vor und B erwirbt Besitz an der Sache, da sie ihm übergeben wird: B fasst dabei einen Besitzwillen (*animus possidendi*) und übt das körperliche Naheverhältnis (*corpus*) aus. B erwirbt somit Besitz und Eigentum an der Sache.

Auf den ersten Blick fällt auf, dass B hier zunächst Eigenbesitz (*possessio*) erwirbt, obwohl er die Sache aufgrund des Mandats an Ego herausgeben muss. Auch wenn B die Sache dem Ego auftragsgemäß abzuliefern hat, will B die Sache bis zur Herausgabe an Ego offenbar als die seinige haben; B ist damit – wenn auch vorübergehend – Eigenbesitzer (*possessor*) und nicht bloß Detentor für Ego. Dies folgt schon daraus, dass im klassischen römischen Recht eine direkte Stellvertretung durch Freie beim Erwerb grundsätzlich nicht vorgesehen war.<sup>10)</sup> Ein Erwerb von Fremdbesitz durch B ist demnach rechtlich unmöglich, weil Ego dann ja durch die Handlungen des Vertreters B unmittelbar Besitz und Eigentum erlangen würde. Insofern weist Callistratus in diesem Text auch darauf hin, dass die „Stellvertretung“ beim Mandat eine – in unserer modernen Terminologie – indirekte Stellvertretung bedeutet.

Aus dem Auftragsvertrag entspringt die *actio mandati*, die zu den *bonae fidei iudicia* zählt. Der Auftraggeber hat gegen den Auftragnehmer die *actio mandati directa*, mit welcher er die Herausgabe des Erlangten bzw. Schadenersatz bei dolosem Verhalten des Auftragnehmers verlangen kann.<sup>11)</sup> Umgekehrt kann der Auftragnehmer vom Auftraggeber mit der *actio mandati contraria* den Ersatz der mandatskonformen Aufwendungen bzw. (gegebenenfalls) Ersatz der mandatspezifischen Schäden fordern.<sup>12)</sup> Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass Ego von B die erworbene Sache mit der *actio mandati directa* fordern könnte. B könnte seinerseits von Ego mit der *actio mandati contraria* den Kaufpreis verlangen, welchen er an D geleistet hat.

Übergibt B dem Ego die Sache, erwirbt Ego derivativ von B Eigentum: B war seinerseits Eigentümer und ist daher dinglich berechtigt, die Erfüllung des Mandats ist in dieser Konstellation wohl eine *iusta causa* für den Eigentumserwerb und Ego erwirbt mit dem Aushändigen der Sache Besitz: Er hat nun *animus possidendi* und erfüllt auch *corpus*.

Das Mandat bewirkt hier, dass der Auftragnehmer B in gewisser Weise als Stellvertreter des Auftraggebers Ego fungiert. Bei dieser Stellvertretung handelt es sich freilich wie bereits erwähnt um eine so genannte indirekte bzw. mittelbare Stellver-

6) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung in das römische Recht<sup>6</sup> (2016) 183; Benke/Meissel, Übungsbuch römisches Schuldrecht<sup>6</sup> (2014) 209; Halbwachs in Olechowski/Gamauf, Studienwörterbuch Rechtsge-schichte und Römisches Recht<sup>3</sup> (2014) 30f (Auftrag).

7) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 180f; Benke/Meissel, Schuldrecht 210f; Hausmaninger/Selb, Privat-recht 256f.

8) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 153; Benke/Meissel, Schuldrecht 79f; Hausmaninger/Selb, Privat-recht 228ff.

9) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 118ff; Benke/Meissel, Übungsbuch römisches Sachenrecht<sup>10</sup> (2012) 85f; Filip-Fröschl in Olechowski/Gamauf, Studienwörterbuch 500 (Übergabe); Hausmaninger/Selb, Privat-recht 151ff.

10) Siehe dazu weiter unten im Text bei FN 16ff.

11) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 180f; Benke/Meissel, Schuldrecht 210, 212f; Hausmaninger/Selb, Privat-recht 257.

12) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 181; Benke/Meissel, Schuldrecht 210, 213f; Hausmaninger/Selb, Privat-recht 257.

✎ Meine Notizen:

tretung: Der Vertreter erwirbt zunächst selbst den Gegenstand, um ihn dann in einem zweiten Schritt an den Auftraggeber als mittelbar Vertretenen herauszugeben.<sup>13)</sup> Auch der Kaufvertrag bindet die Personen, die ihn abgeschlossen haben: B wird hier durch das Mandat zwar im Interesse des Ego tätig, dennoch ist B in eigener Person dem D als Käufer verpflichtet; umgekehrt ist B hinsichtlich der Sache Gläubiger des D.<sup>14)</sup> Die Obligation aus dem Kaufvertrag erzeugt eine rechtliche Verbindung (*vinculum iuris*) ausschließlich zwischen den Personen, die den Vertrag abgeschlossen haben.<sup>15)</sup> Ego ist diesbezüglich ein außenstehender Dritter, der aus dem Vertrag, den B in seinem Interesse abgeschlossen hat, weder berechtigt noch verpflichtet wird.

Eine direkte Stellvertretung läge demgegenüber vor, wenn das Handeln des Vertreters unmittelbar Rechtswirkungen beim Vertretenen entfaltet,<sup>16)</sup> also der Vertretene schon dann Eigentümer wird, wenn die Sache dem Vertreter übergeben wird. Auch die Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag entstünden bei dieser Konstruktion nicht in der Person des Vertreters B, sondern unmittelbar in der Person des Vertretenen, also Ego. Solch eine direkte Stellvertretung durch freie Personen beim Erwerb war im klassischen römischen Recht grundsätzlich nicht vorgesehen.<sup>17)</sup> Ausnahmsweise erwirbt der vom Prätor bestellte *curator* in direkter Stellvertretung für den unter seiner Obhut stehenden Geisteskranken (*furiosus*), weiters der Vormund (*tutor*) für das Mündel sowie der Vermögensverwalter (*procurator*) für seinen Geschäftsherrn.<sup>18)</sup> Im vorliegenden Fall ist der Auftragnehmer nicht als *procurator* des Ego anzusehen, da dies aus dem Text nicht explizit hervorgeht und die indirekte Stellvertretung im Ergebnis gerade für das Gegenteil spricht.<sup>19)</sup> Erst Justinian lässt die direkte Stellvertretung durch Freie beim Erwerb generell zu.<sup>20)</sup>

Der direkten Stellvertretung im modernen Sinn kommt es im klassischen römischen Recht nahe, wenn Gewaltunterworfenen (Hauskinder oder Sklaven) als Organe zum Erwerb eingesetzt werden:<sup>21)</sup> Hat zB ein *dominus* seinem Sklaven den Befehl (*iussum*) erteilt, eine bestimmte Sache zu erwerben, so wird sie im Regelfall bereits dann Eigentum des *dominus*, wenn sie der Sklave erwirbt: Das *iussum* drückt den *animus possidendi* des *dominus* aus, *corpus* ist insofern erfüllt, als der *dominus* selbst Besitz am Sklaven hat und der Sklave die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt.<sup>22)</sup> War der Veräußerer Eigentümer und gibt es eine *iusta causa*, erwirbt der *dominus* mit dem Aushändigen an seinen Sklaven Eigentum am erworbenen Gegenstand.

Schließt der Sklave mit dem Veräußerer ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft (etwa einen Kaufvertrag) ab, erlangt der *dominus* unmittelbar die Stellung eines Gläubigers.<sup>23)</sup> Für die Verbindlichkeiten, welche der Sklave damit eingeht, haftet der *dominus* nach Maßgabe der adjektivischen Klagen: Die vom Sklaven begründete Obligation ist bloß eine Naturalobligation, die zwar wirksam erfüllt, gerichtlich freilich nicht durchgesetzt werden kann. Die adjektivischen Klagen verfolgen das Ziel, diese Naturalobligation unter gewissen Voraussetzungen gegen den *dominus* durchsetzbar zu machen.<sup>24)</sup> Hat der *dominus* ein *iussum* erteilt, so ist ein Dritter, der mit dem Sklaven im Vertrauen auf die im *iussum* ausgedrückte Ermächtigung kontrahiert, durch die *actio quod iussu* geschützt. Mit dieser Erweiterung kann der Dritte die

13) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 182f; Benke/Meissel, Schuldrecht 211f; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 258f.

14) Hausmaninger/Selb, Privatrecht 258f.

15) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 211; Benke/Meissel, Schuldrecht 1ff; Halbwachs in Olechowski/Gamauf, Studienwörterbuch 353 (obligatio); Hausmaninger/Selb, Privatrecht 193f.

16) Hausmaninger/Selb, Privatrecht 319f.

17) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 183; Benke/Meissel, Sachenrecht 49f; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 320.

18) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 116; Benke/Meissel, Sachenrecht 49f; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 133.

19) So zutreffend Claus, Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht (1973) 183; aA Klinck, Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht (2004) 213.

20) Benke/Meissel, Sachenrecht 50; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 133; weiterführend Claus, Stellvertretung 115ff, 168ff, 337f; Klinck, Erwerb 194ff.

21) Der folgende Exkurs soll die (indirekte) Stellvertretung durch Freie mit dem Erwerb durch Gewaltunterworfenen vergleichen und das Verständnis der Zusammenhänge vertiefen. In einer Prüfungssituation würden derart umfangreiche Ausführungen freilich nicht erwartet. Weiterführend zum Thema auch Kaser, Zum Wesen der Römischen Stellvertretung, Romanitas 9 (1979) 333 (343ff) = ders., Ausgewählte Schriften II (1976) 245 (257ff).

22) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 116; Benke/Meissel, Sachenrecht 46ff; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 131ff.

23) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 49.

24) Weiterführend Bürge, Römische Privatrecht: Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung (1999) 171ff.

Klage, welche er gegen den Sklaven hätte, wenn dieser frei wäre, gegen den *dominus* erheben und damit die volle Befriedigung seines Anspruches begehren.<sup>25)</sup>

✎ Meine Notizen:

Liegt keine nach außen abgegebene Kontrahierungsermächtigung im Sinne eines *iussum* seitens des *dominus* vor, kann der Dritte dennoch unter gewissen Umständen mit der *actio de peculio vel de in rem verso* gegen den *dominus* vorgehen. Dies setzt freilich voraus, dass der *dominus* dem Sklaven ein *peculium* zur selbständigen Bewirtschaftung überlassen bzw dass der *dominus* aus dem Geschäft des Sklaven im Sinne eines *versum* selbst einen Nutzen gezogen hat. Lässt zB ein *dominus* eine Sache für sich durch seinen Sklaven besorgen, so haftet er nur dann aus der *actio quod iussu*, wenn das *iussum* dem Geschäftspartner des Sklaven bekannt war.<sup>26)</sup> Ist dies nicht der Fall, so erwirbt der *dominus* auf Basis des (insofern bloß internen) *iussum* Besitz und Eigentum am erworbenen Gegenstand: Solch ein internes *iussum* ist nicht etwa bedeutungslos, sondern drückt den Besitzwillen des *dominus* aus.<sup>27)</sup> Wenn so der erworbene Gegenstand in das Stammvermögen des *dominus* integriert wird, begründet dies ein *versum* und damit die Haftung des *dominus* aus der *actio de in rem verso*.

Bei der *actio de peculio vel de in rem verso* ist die Haftung des *dominus* zudem im Gegensatz zur *actio quod iussu* beschränkt: Bei der *actio de peculio* begrenzt der Wert des *peculium* im Verurteilungszeitpunkt die Haftung des *dominus*,<sup>28)</sup> bei der *actio de in rem verso* haftet der *dominus* nicht über den Wert des ihm zugekommenen Vorteils hinaus.<sup>29)</sup> Gaius differenziert im Hinblick auf das Ausmaß des *versum*: Ist die Sache weniger wert, als der Kaufpreis ausmacht, so manifestiert sich das *versum* im Sachwert; ist die Sache dagegen mehr wert, als der Kaufpreis ausmacht, so schuldet der *dominus* bloß den Kaufpreis.<sup>30)</sup> Mit anderen Worten: Schuldet der *dominus* an sich den vom Sklaven versprochenen Kaufpreis, ist die erworbene Sache aber weniger wert, begrenzt das im Sachwert liegende *versum* die Haftung des *dominus* nach oben hin.<sup>31)</sup>

25) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 192; Benke/Meissel, Schuldrecht 255 ff; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 323 f; Klausberger in Olechowski/Gamauf, Studienwörterbuch 11 (actio quod iussu).

26) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 192; Benke/Meissel, Schuldrecht 255; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 323.

27) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 49; Benke/Meissel, Sachenrecht 47; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 132.

28) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 192; Benke/Meissel, Schuldrecht 250 ff; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 322; Klausberger in Olechowski/Gamauf, Studienwörterbuch 6 f (actio de peculio).

29) Apathy/Klingenberg/Pennitz, Einführung 193; Benke/Meissel, Schuldrecht 254; Hausmaninger/Selb, Privatrecht 323; Klausberger in Olechowski/Gamauf, Studienwörterbuch 6 (actio de in rem verso).

30) Gaius D 15.3.12 = Hausmaninger/Gamauf, Casebook zum römischen Vertragsrecht<sup>7</sup> (2012) Fall 244.

31) Vgl weiterführend Chiusi, Die actio de in rem verso im römischen Recht (2001) 119 ff (insb 131 f); Klausberger, Versum autem sic accipimus, ut duret versum? Bemerkungen zur actio de in rem verso zwischen Geschäftsführung und Bereicherung, RIDA 56 (2009) 75 ff.