

**HANS JULIUS WOLFF**

**ZUM PROBLEM DER DOGMATISCHEN  
ERFASSUNG  
DES ALTGRIECHISCHEN RECHTS**

HANS JULIUS WOLFF

ZUM PROBLEM DER DOGMATISCHEN  
ERFASSUNG  
DES ALTGRIECHISCHEN RECHTS

In seinem Eröffnungsvortrag zu unserem zweiten Symposium in Gargano<sup>1</sup> vor fünf Jahren wandte sich Arnaldo Biscardi unter anderem gegen die Theorie der kontraktlichen Obligation im griechischen Recht, wie sie formuliert worden sei, wie er sich ausdrückte, «dal Wolff e portata alle estreme conseguenze dalla sua scuola». Was Biscardi dann kurz beschrieb, war freilich nicht eigentlich meine Lehre - über diese bot er eine ausgezeichnete Kurzübersicht in der 1974 erschienenen zweiten Auflage des von ihm zusammen mit Frau Cantarella verfaßten *Profilo di diritto greco antico*, S. 155-157-, sondern die von der meinigen trotz grundsätzlicher Anhängerschaft zumindest in der Formulierung in Einigem abweichende Diederich Behrends<sup>2</sup>. Doch richteten sich seine Einwände ausdrücklich, und was das Prinzip anbelangt, in der Tat im Einklang mit seiner allgemeinen Linie, ebenso gegen meine Ausführungen.

Biscardis Gedankengang war in hohem Maße beachtlich, denn er beschränkte sich keineswegs auf Referat und Kritik, sondern legte eine eigene Theorie vor, die trotz der nur skizzenhaften Kürze, in der er sie bisher publiziert hat<sup>3</sup>, doch schon hinreichend Profil besitzt, um eine Diskussionsgrundlage abzugeben. Wenn ich recht sehe, schießt sie allerdings ihrerseits über das Ziel. Da sie Fragen berührt, die von fundamentaler Bedeutung für die historische Erforschung des griechischen Rechts der Antike und darüber hinaus vielleicht für die geschichtliche Rechtsvergleichung überhaupt sind, möchte ich mir einige Bemerkungen zu ihr gestatten.

1. Was hält Biscardi Behrend und mir vor? Das Kernstück seiner Kritik an

---

1. «Diritto greco e scienza del diritto» in Symposium 1974 (Athen 1978, Köln-Wien 1979) 1ff., 13-16.

2. *Attische Pachturkunden*, Ein Beitrag zur Beschreibung der *μισθωσις* nach den griechischen Inschriften (München 1970) 24ff.

3. Vorher schon in SDHI. 37 (1971) 352ff. (Rezension von Behrends Buch), *Profilo* zit. 157ff.

unserer Deutung des Wesens der kontraktlichen Haftung nach altgriechischer Auffassung bildete der Vorwurf, unsere Definition der als Folge der Haftungsübernahme entstehenden Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner als einer Art *Herrschaftsverhältnis* mache aus dieser Beziehung ein «dingliches» Recht. Als solches hätte sie sich aber *erga omnes* richten müssen. Da sie dies klärlich nicht tat, könne - so will Biscardi offenbar verstanden werden - unsere Konstruktion des Verhältnisses nicht stimmen. Folglich sieht er in ihr eine Haarspalterei, die Frucht eines wissenschaftlich nutzlosen Bemühens, das Phänomen der vertraglichen Haftung des griechischen Rechts in ein dogmatisches Schema zu pressen, von dem die Griechen selber nichts gewußt hätten<sup>4</sup>. In Wirklichkeit hätten auch sie von altersher die Denkform der Obligation als persönlicher Bindung zwischen Gläubiger und Schuldner gekannt. Dementsprechend sei auch in ihren Augen die *Haftung Folge einer bestehenden Schuld*<sup>5</sup> und nicht umgekehrt die *Schuld*, wie Behrend sich ausdrückt (S.26), *bloßer Reflex* einer «sachenrechtlich» eingeräumten und so zur Vollstreckung berechtigenden *Herrschaft* gewesen.

Ich fürchte nun, daß Biscardi mit diesen Ausführungen gerade seinerseits in eine anachronistische Anschauungsweise geraten ist. Er führt gegen die Konzeption eines Person und Habe des Schuldners ergreifenden Herrschaftsrechts des Gläubigers die — an sich gewiß unbestreitbare — Tatsache ins Feld, daß in der griechischen Literatur seit frühen Zeiten, in der Tat schon im Epos, die Vorstellung des ὀφείλειν, des Schuldens im Sinne einer Leistungspflicht nur gegenüber dem Gläubiger, nachweisbar ist. Daraus scheint er zu schließen, daß bereits den Griechen der Gegensatz zwischen der nur relativ wirkenden obligatorischen und der von jedermann zu achtenden dinglichen Beziehung geläufig gewesen sein muß. Sie sollen also schon eine begriffliche Unterscheidung getroffen haben, die doch in Wahrheit erst aus dem römischen, in gleicher Schärfe von den Griechen nicht entwickelten, Dualismus von *actiones in personam* und *actiones in rem* abgeleitet werden konnte. Damit aber unterstellt Biscardi den Griechen, bei denen es bekanntlich weder in klassischer noch in hellenistischer Zeit echte Zuri-  
sten gab und deren juristisches Denken daher immer naiv blieb, eine Sichtweise, die sie in eine der historischen Wirklichkeit nicht entsprechende Nähe zu heutigen Anschauungen bringen würde.

Für Biscardi ist also das Problem ein solches der *materiellrechtlichen Klassifizierung*. In diese m. E. nicht glückliche Richtung hatte freilich auch schon Behrend, dessen Analyse ja den unmittelbaren Anlaß für Biscardis Ausführungen bildete, die

---

4. S. Sympos. 1974, S. 16: «Troppo irresistibile ... è in tutti noi ... la tentazione di spezzare il capello in quattro per desiderio di approfondimento dogmatico! E il più delle volte non ci accorgiamo di render così quasi evanescente quella realtà storica, di cui vorremmo appropriarci».

5. a.a.O.S.16.

Diskussion gelenkt - vielleicht, wie mir fast scheinen möchte, ohne es wirklich zu wollen. Aber darauf lief es hinaus, wenn er, und sei es auch nur im Sinne einer Analogie, den «dinglichen» Charakter des postulierten Herrschaftsrechts mittels Verweises auf die moderne Kategorie des *subjektiven Rechts* (S.18) dogmatisch einzuordnen suchte. Das Gleiche ergab in noch höherem Maße seine Heranziehung (S.25) der Gegenseitigkeit der beiderseitigen Leistungen, nach ihm einer für das griechische Rechtsbewußtsein wesensmäßig erfordernten Voraussetzung der vom Recht anerkannten Schuldbeziehung. Nicht unähnlich Seidls bekannter Herleitung der «sachenrechtlichen» Natur der nach heutigen Begriffen obligatorischen Rechtsbeziehung aus dem «Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit»<sup>6</sup>, schloß er nämlich aus diesem Austauschverhältnis einerseits auf die Bedingtheit der *Gültigkeit* des schuldnerischen Versprechens durch die Vorleistung des Gläubigers, andererseits, in Anlehnung an Pringsheims Surrogationstheorie, auf die gleichfalls als Folge der Vorleistung eintretende Zugehörigkeit des Zugesagten zum Vermögen des Gläubigers schon vor der tatsächlichen Erfüllung des Versprechens. Daraus mußte dann auch von dieser Seite her folgen, daß der vollstreckende Zugriff (πράξις) des unbefriedigten Gläubigers Ausübung eines ihm bedingt eingeräumten Herrschaftsrechts war.

Ich glaube, daß weder Biscardis noch Behrends Weg zu einer das dogmatische Bedürfnis des heutigen Juristen befriedigenden Deutung des quellenmäßig bezeugten Befundes führen kann. Bleibt auf der einen Seite, wie ich anzudeuten versucht habe, Biscardi unserer eigenen Dogmatik zu sehr verhaftet, so ist auf der anderen sein Vorwurf allzu großer Ausgeklügeltheit gegenüber der Konstruktion Behrends (nicht meiner, wie ich zu zeigen hoffe) nicht unberechtigt.

Gewiß sollte nicht bezweifelt werden, daß spätestens seit klassischer Zeit den rechtlichen Gestaltungen der Griechen, seien es Gesetze, Verträge oder Entscheidungen, bestimmte dogmatische Vorstellungen immanent waren, wiewohl man noch nicht dazu gelangt war, sie zu formulieren. Solches ist ja eine universale Erfahrung, die für jede Zivilisation gelten, muß sobald sie über bloße Einsetzung der überlegenen physischen Kraft (falls es das, wenigstens innerhalb einer irgendwie organisierten Gesellschaft, je wirklich als Normalzustand gegeben haben sollte) und über irrationale Formen der Rechtspflege, wie Ordal oder divinatorische Rechtsfindung<sup>7</sup>, hinaus zu bewußten Methoden der Regelung zwischenmenschlicher Beziehungen gelangt ist. Daß die zu erwartenden Rechtsvorstellungen allerdings unserem

---

6. Von Seidl oft betont. Hier genügt ein Hinweis auf seine Ptolemäische Rechtsgeschichte<sup>2</sup> (Glückstadt - Hamburg - New York 1962) 114. Kritisch zu Seidls Theorie Behrend, a.a.O. 25<sup>80</sup>.

7. S. hierzu meinen Artikel: «Vorgeschichte und Entstehung des Rechtsbegriffs im frühen Griechenland» in dem vom Freiburger Institut für historische Anthropologie e.V. vorbereiteten Sammelband «Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen» (Freiburg 1980) 557ff.

von der europäischen Rechtswissenschaft aus den römischen Quellen abgezogenen Begriffssystem nicht - jedenfalls nicht vollkommen - einzupassen sind, dürfte heute eine Binsenwahrheit sein. Nur muß man mit dieser Erkenntnis auch Ernst machen, und dazu gehört die Notwendigkeit — auch sie im Prinzip wohl längst von allen juristischen Gräzisten anerkannt —, griechische Rechtserscheinungen als *prozessuale* Probleme anzugehen, d.h. als Voraussetzungen und Methoden der *Reaktion* auf Verweigerung der Vornahme gerechtfertigter Handlungen oder auf erlittenes Unrecht. Selbstverständlich bedurften diese einer materiellrechtlichen Grundlage. Indessen bedeutet das nicht, daß die materiellrechtlichen Phänomene als solche zu einem praktisch verwendbaren System logisch geordneter abstrakter Begriffe zusammengefaßt waren; gelegentliche Vorstöße in dieser Richtung, wie die gleich zu betrachtenden Versuche des Hippodamos von Milet oder des Aristoteles, die δίκαι bzw. συναλλάγματα systematisch zusammenzustellen, waren Reflexionen von Theoretikern, hatten aber keinen gestaltenden Einfluß auf den tatsächlichen Rechtszustand. Erst recht überschreiten auch wir die uns gesetzten Grenzen, wenn wir konkrete Erscheinungen nach *uns* geläufigen Systemgesichtspunkten zu klassifizieren suchen.

2. Nach diesen Vorbemerkungen soll nun der Versuch gemacht werden, die griechischen Vorstellungen vom juristischen Wesen einerseits des Gläubiger-Schuldner-Verhältnisses, andererseits der Herrschaft über Personen und Sachen zu präzisieren; beide sind mit unseren Begriffen von «obligatorisch» und «dinglich» nicht voll faßbar. Hierbei werde ich allerdings größtenteils nur früher schon Gesagtes wiederholen können. Doch glaube ich, mit dieser nochmaligen Darlegung zur Aufhellung des, wie mir scheint, noch keineswegs restlos geklärten Fragenkomplexes beitragen zu können.

Zunächst sei es mir gestattet, in aller Kürze noch einmal vorzutragen, was die von mir angebotene und von mehreren Kollegen gebilligte Deutung des griechischen Vertragsrechts besagen will<sup>8</sup>. Ich beschränke mich auf die Sachfragen und lasse es dahingestellt, ob der Ausdruck «Lehre von der Zweckverfügung»<sup>9</sup>, unter dem die Theorie bekannt geworden ist, sie zutreffend charakterisiert oder andere Benennungen, wie etwa Behrend und Kränzlein sie vorgeschlagen haben<sup>10</sup>, vorzuziehen wären.

---

8. S. «Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts» in SZ. 74 (1957) 26ff. (auch bei E. Berneker, Zur griechischen Rechtsgeschichte [Darmstadt 1968] 483ff.), «La structure de l' obligation contractuelle en droit grec» in Rev. Histor. de Droit Franç. et Étr. 1966, S. 569ff.

9. S.SZ. zit. 63f. (Berneker, S. 524f.).

10. Behrend, a.a.O. 25<sup>80</sup>, A. Kränzlein in Festschr. Wilburg (Graz 1975) 191, Festschr. Seidl (Köln 1975) 99.

Ich gehe aus von der eben schon in Erinnerung gebrachten Dreiheit der rechtlichen Anspruchsgründe, d.i. ὕβρις, βλάβη und θάνατος, in welcher nach dem Bericht des Aristoteles (Polit. 2.5.2. p. 1267b) der Städtebauer und Staatsphilosoph Hippodamos von Milet im 5. Jh. v. Chr. das Gerüst der Rechtsordnung gesehen hat. Sie steht in einem gewissen Gegensatz zu der berühmten, gleichfalls bereits berührten, aristotelischen Gegenüberstellung der συναλλάγματα ἐκούσια und ἀκούσια (Eth. Nic. 5.5.13 p. 1131a). Diese führt allerdings kaum weiter. Sie kann, gleichviel ob sie vielleicht als entfernte Anregung zu der späteren römischen *summa divisio* der Obligationen in solche *ex contractu* und *ex delicto* (Gai. Inst. 3. 88) gewirkt hat oder nicht, jedenfalls nicht als wirklicher Vorläufer dieses Dogmas angesehen werden. Sie ist überhaupt ohne *juristischen* Wert<sup>11</sup> und gewinnt einen solchen auch nicht mit der von C. Despotopoulos<sup>12</sup> gegebenen Interpretation des Terminus συνάλλαγμα als *acte interhumain*.

Dagegen entspricht die Lehre des Hippodamos, so doktrinär-schematisch sie ist und als solche schon von Aristoteles gebrandmarkt wurde, im Grundgedanken offenbar doch den Rechtsvorstellungen der Griechen seiner Epoche. Bemerkenswert ist an ihr die ausschließlich deliktische Herleitung aller Möglichkeiten des Vorgehens. Das zur δίκη legitimierende Delikt kann sich gegen das Leben, gegen die Stellung der Person innerhalb der politischen und rechtlichen Ordnung des Gemeinwesens (das ist m.E. der juristische Gehalt von ὕβρις) oder gegen das Vermögen eines Bürgers richten; im letzten Fall ist es βλάβη. Bemerkenswerterweise fehlt in dieser Reihe der Anspruchsgrundlagen die aus freiem Willen eingegangene Bindung, also Aristoteles' συνάλλαγμα ἐκούσιον. Der Grund dafür war sicherlich in erster Linie die sonderbare Versessenheit des Hippodamos auf die Dreizahl, die Aristoteles hervorhebt. Es ist indessen kaum zweifelhaft, daß die Auslassung *auch* im Einklang mit herrschenden Ideen stand, nach welchen Treulosigkeit gegenüber einem auf eine gegebene Zusage vertrauenden Gläubiger, *sofern* sie sich in einem konkreten Vermögensschaden für diesen auswirkte, eine bloße Erscheinungsform der allgemeinen rechtswidrigen Schadenszufügung, eben der βλάβη, war. Auf dieses Auskunftsmittel sah man sich angewiesen, weil auf Erfüllung oder das Interesse daran gerichtete Klagen dem positiven Recht bekanntlich fremd waren, so daß die dem Gläubiger gebührende Genugung nur auf dem indirekten Wege der Deliktshaftung zu erlangen war.

Worin bestand nun die Schädigung, für die der faule Schuldner aufzukommen hatte? Diese Frage ist von entscheidender Bedeutung für das uns beschäftigende Problem.

---

11. Vgl. Wolff, Festschr. F.v. Hippel (Tübingen 1967) 697f. (auch in *Opuscula Dispersa* [Amsterdam 1974] 51f.)

12. *Archives de Philosophie du Droit* 13 (1968) 116ff., auch 122 ff.

Auf Grund der Austauschtheorie ließe sich denken, daß man die βλάβη unmittelbar, wenn auch für die juristische Konstruktion auf einem Umweg, in der Tatsache der Nichterfüllung fand: galt das Geschuldete, wie Behrend meint, sofort vom Empfang des vorgeleisteten Entgelts an als im Gläubigervermögen befindlich, so konnte man in seiner Nichterbringung die *Vorenthaltung* eines Bestandteils jenes Guts erblicken, mithin dieses als konkret geschädigt ansehen. Die mittels δίκη βλάβης beizutreibende Buße wäre dann nach dem Wert des dem Gläubiger durch die Vorenthaltung entzogenen Vermögensbestandteils, m.a.W. der ausgebliebenen Leistung, zu bemessen gewesen.

Tatsächlich tat man dies jedoch keineswegs. Dafür liefert eindeutigen Beweis das System der *Arrha*, unter welchem bekanntlich der enttäuschte Geber lediglich, wenn auch gewöhnlich mit einem Strafzuschlag, die Rückerstattung der Anzahlung verlangen konnte, ohne daß der Wert der vom Empfänger der Arrha eigentlich übernommenen Verpflichtung eine Rolle spielte. Auf diese Weise bot das Arrhalgeschäft, wie man längst erkannt hat<sup>13</sup>, eine Art Ersatz für den nicht existierenden schuldrechtlichen Anspruch auf Erfüllung oder Erfüllungsinteresse. Es war aber auch - und das ist für mich der springende Punkt - unvereinbar mit dem Gedanken einer aus dem Entgeltsprinzip folgenden sofortigen sachenrechtlichen Zurechnung des - in der Regel im Wege einer Verkaufsabrede - versprochenen Gegenstands zum Vermögen des Arrhagebers. Nichts Anderes als eine einfache Anwendung desselben Grundsatzes war es, um nur noch ein Beispiel zu nennen, wenn, wie wir aus den Papyri wissen<sup>14</sup>, derjenige, der zugesagte Dienste nicht erbrachte, das empfangene Geld, auch hier häufig mit Strafzuschlag, zurückgeben mußte, wobei es wiederum auf den - möglicherweise ja sogar geringeren - Wert der ausgebliebenen Leistung in keiner Weise ankam.

Wir dürfen noch einen Schritt weitergehen. Denn über die getroffene negative Feststellung hinaus können wir dem Arrhalgeschäft entnehmen, worin die vom Schuldner zu vertretende βλάβη tatsächlich zu sehen ist. Im Fall des Arrhalgeschäfts war es der Verlust der ergebnislos hingegebenen Arrha. Verallgemeinert heißt das dann aber: Die βλάβη bestand in der *Vermögenseinbuße*, die der Gläubiger dadurch erlitt, daß eine von ihm zwecks Erlangung einer Zusage getroffene Verfügung sich infolge der Nichteinhaltung der Zusage als vergeblich erwies. Die *Frustrierung dieser «Zweckverfügung»*, wie ich sie seinerzeit genannt habe, durch Bruch des als solches nicht klagebewehrten Versprechens erfüllte daher den

---

13. J. Partsch, Gött. Gel. Anz. 1911, 715ff. (Aus nachgelassenen und verstreuten kleineren Schriften [Berlin 1931] 265ff.). Allgemein s. die umfassende Darstellung von F. Pringsheim in *The Greek Law of Sale* (Weimar 1950) 333ff.

14. Vgl. Wolff, Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten (Weimar 1961) 149f.

Tatbestand eines Delikts, das den Schuldner einer δίκη des geschädigten Gläubigers aussetzte. Entsprechend wurde der Berechnung der möglicherweise ein Mehrfaches des Schadens ausmachenden Bußsumme der Betrag der *als Folge der Verfügung konkret erlittenen Einbusse* zu Grunde gelegt; auch dies konnten wir am Beispiel der Arrha beobachten.

Ausdrücklich bemerken möchte ich, daß auch die Behandlung des Darlehens mit dem vorstehend entwickelten Prinzip im Einklang zu stehen scheint. Die δίκη βλάβης auf das Duplum, die im attischen Recht dem Gläubiger gegen den säumigen Schuldner zustand, könnte die primitive Sichtweise spiegeln, der das dargeliehene Geld in vager Weise als dem Ausleiher gehörig galt; man mag Nichtrückzahlung einfach als Vorenthaltung von dessen Eigentum angesehen haben<sup>15</sup>. Wahrscheinlicher ist mir jedoch, daß der leitende Gedanke auch hier der der «Zweckverfügung» war, als welche man die unter Auferlegung der Pflicht zur Rückzahlung und gegebenenfalls der Verzinsung - daß auch diese, im Gegensatz zum römischen Recht, zugleich mit der Darlehensgewährung formlos vereinbart werden konnte, ist m.E. ein wichtiges Indiz für die vorgeschlagene Beurteilung der juristischen Natur des Vorgangs -vorgenommene Darlehens *hingabe* betrachten konnte. Fraglich ist allerdings, ob man sich über solche Konstruktionsfragen überhaupt Gedanken gemacht hat.

An dieser Stelle bedarf es freilich eines Wortes der Vorsicht. Wir würden das historische Bild verfälschen, wollten wir übersehen, daß wir es bei der geschilderten einfachen Zurückführung der Verantwortlichkeit für Nichteinhaltung von Zusagen auf das Prinzip der deliktischen Haftung für βλάβη, begangen durch Frustrierung einer zur Erlangung (nicht notwendig als Gegenleistung!) der Zusage gemachten Aufwendung des Gläubigers, in erster Linie mit einem *Denkprozeß* zu tun haben. Sie wird allerdings auch der dem primitiven juristischen Vorstellungsvermögen der früheren Zeit allein greifbare dogmatische - man entschuldige das in diesem Zusammenhang etwas anachronistisch anmutende Wort! - Halt gewesen sein, an den es jene Verantwortlichkeit praktisch anknüpfen konnte. Daher mag ihm in der älteren Polis auch die Wirklichkeit entsprochen und Gläubigern in der Tat nur eine δίκη βλάβης unter den für diese in den Nomoi festgelegten Voraussetzungen zur Verfügung gestanden haben; ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das der Fall war, bedarf allerdings noch der Erforschung. Spätestens seit dem 4. Jh. v. Chr. kam es aber in Athen - ich spreche lediglich von diesem, weil wir nur über die dortigen Zustände hinreichend unterrichtet sind - zu regulären Abmachungen, in welchen die Parteien die Bedingungen des Vorgehens gegen den säumigen Schuldner und, wo erforderlich, die Höhe der von ihm zur Abwendung der Vollstreckung zu erlegenden Lösesumme selbständig festsetzten; Rechtsgrundlage dieser Praxis war die durch das

---

15. So wohl Seidl, a.a.O. 132.

### Homologiegesetz gewährleistete Privatautonomie.

Wie aus diesen Anfängen ein vielgestaltiges und den sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnissen offenbar im Großen und Ganzen genügendes Vertragssystem hervorwuchs, ist bekannt. Hervorzuheben, ja vom Standpunkt der Geschichte des juristischen Denkens von entscheidender Bedeutung, ist aber die Tatsache, daß in der griechisch-hellenistischen Technik der Vertragsgestaltung, solange sie im Gebrauch blieb (und das heißt bis in späte römische Zeit), deren Ursprung im altgriechischen Blabegedanken spürbar blieb. Er zeigte sich negativ darin, daß man niemals zur Anerkennung des reinen Konsenses als obligationserzeugenden Vorgangs und dementsprechend niemals zur Entwicklung eines echten gegenseitigen Vertrages durchdrang<sup>16</sup>, positiv in der fortlebenden Methode, den Bindungseffekt der Abmachung an einen vollzogenen oder wenigstens, und sei es nur fiktiv, vom Schuldner durch Homologie als vollzogen bestätigten Realakt zu knüpfen und der Berechnung der Haftungssumme nicht, wie es die Römer taten, das Erfüllungsinteresse, sondern den Wert des vom Gläubiger Aufgewendeten zu Grunde zu legen. Das Nähere ist von anderen und mir selbst seit längerem erarbeitet worden, und ich brauche es jetzt nicht weiter auszuführen<sup>17</sup>.

Nach alledem muß es also dabei bleiben, daß die romanistische Denkfigur des als automatisch eintretendes Korrelat der freiwillig eingegangenen Verpflichtung den Promittenten an den Gläubiger kettenden *vinculum iuris* den Griechen selbst im vorgeschrittensten Stadium ihrer Rechtsentwicklung fremd geblieben ist. Gewiß war ihnen die Idee des «Schuldens» von jeher vertraut; das hat Biscardi mit vollem Recht betont. Aber das ὀφείλειν war für sich allein nicht mehr als ein *außerrechtliches Müssen*. In epischer Zeit und wahrscheinlich noch für geraume Zeit danach, war das Interesse des Forderungsberechtigten an der Ausführung des Versprechens nur geschützt, wenn es *zusätzlich* durch Pfand oder Bürgschaft (die wohl auch Selbstbürgschaft sein konnte) gesichert war. Hatte er infolge der Nichtausführung einen konkreten Schaden erlitten, mochte er auch eigenmächtig Rache nehmen, und auf

---

16. Wenn Labeos Definition (bei Ulpian, Dig. 50.16.19): *contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductio- nem, societatem* im Sinne des gegenseitigen Vertrags gemeint sein sollte (bezweifelt von H.-P. Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts [Hamburg 1965] 10ff., 118), hat dieser römische Jurist den griechischen Rechtsgedanken mißverstanden. Richtig erfaßt hat ihn dagegen Aristo bei Ulp. Dig. 2.14.7.2: *ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem* (Benöhrs Bedenken, a.a.O. 14f., scheinen unbegründet). Irrtümliche Interpretationen griechischer Rechtsbegriffe auf Grund von deren äußerlicher Ähnlichkeit mit römischen Instituten ließen sich römische Juristen ab und zu zuschulden kommen; s.z.B. des Gaius, Inst. 3. 134, und des vermutlich hinter Ps.-Asconius zu Cic. Verr. 2.1.91 stehenden Juristen Parallelisierung der Syngraphe mit dem römischen Literalvertrag; vgl mein Recht der griechischen Papyri Ägyptens II (München 1978) 144.

17. S. zu allem meine ob. Anm. 8. zit. Arbeiten.

einer Stufe, die schon eine genormte Rechtsverfolgung kannte, wird man ihm dies als Recht zugebilligt haben; so wird man sich den Ursprung der δίκη βλάβης vorstellen dürfen.

Wie immer aber die Dinge gelaufen sein mögen, wichtig ist, daß es sich immer nur um einen *indirekten* Schutz, niemals um ein eigentliches Festhalten des Schuldners an seiner Verpflichtung handelte; nichts von allem entsprach dem, was für uns, wie auch schon für die Römer, die «*obligatio*» ist, d.h. - wie § 241 des deutschen BGB es ausdrückt - das *gerichtlich durchsetzbare* Recht des Gläubigers, «von dem Schuldner eine Leistung zu fordern». Daß die Griechen ungeachtet aller technischen Perfektionierung ihres Vertragswesens über diese archaische Lösung des Durchsetzungsproblems *gedanklich* nie wirklich hinausgekommen sind, daß Nichterfüllung übernommener Pflichten ihren einstigen Charakter als βλάβη nie völlig abgestreift und darum genau genommen allezeit lediglich indirekte Sanktionen hervorgerufen hat, haben wir gesehen. Eine Bestätigung des Ergebnisses liefert von der sprachlichen Seite her die hier ja nicht zum ersten Mal ins Licht gestellte Tatsache, daß die griechische Rechtsterminologie, solange sie eigenständiges griechisches Denken spiegelte, nicht einmal einen Ausdruck für «Haftung» enthielt; ἐνοχή tritt erst in später Zeit auf<sup>18</sup> und verrät römischen Einfluß. Vor dem Hintergrund eines Rechtsdenkens, das ein erlaubtes Vorgehen, für welches die Befugnis nicht durch Gesetz oder vertragliche Einräumung (Praxisklausel) speziell statuiert war, letzten Endes nur als Reaktion auf erlittene Unbill verstehen konnte, ist es begreiflich, daß es lediglich das die Aktion bezeichnende Wort πρᾶξις gab, aber keines für den passiven Zustand des dieser Aktion Ausgesetztseins.

Eine fernere Auswirkung der letztlich deliktischen Natur der Vertragshaftung war es, daß das Recht zur πρᾶξις nicht einfach die Befugnis zur Zwangsbeitreibung der geschuldeten Leistung und damit nur ein Reflex des ὀφείλειν war. Vielmehr stand es als eine *eigenständige Macht* neben der dem ὀφείλειν entsprechenden, aber als solche eben nicht einklagbaren, Forderung. Demgemäß war das einer Vertragsklage stattgebende gerichtliche Urteil nicht ein vollstreckbarer Leistungsbeehl, sondern ein Ausspruch über die Zulässigkeit des vom Kläger beabsichtigten Eingriffs in die Sphäre des Beklagten<sup>19</sup>. Noch deutlicher trat die Selbständigkeit des Rechts zum vollstreckenden Zugriff in Erscheinung in den in Papyri der römischen Zeit belegten Möglichkeiten der Anspruchszession durch Abtretung (παραχώρησις) der πρᾶξις und gar der Errichtung eines Vertrags zu Gunsten Dritter durch das einfache Mittel der Benennung einer anderen Person als des Kreditgebers in der

---

18. In Papyri des 6/7. Jahrhunderts; s. die Wörterbücher von Liddell - Scott - Jones und Preisigke-Kießling *ad verbum*.

19. S. meine Beiträge 33ff.

### Praxisklausel des Schuldurkunde<sup>20</sup>.

Das Recht zur  $\pi\rho\tilde{\alpha}\xi\iota\varsigma$  als eine Art Herrschaftsmacht und folglich seine vertragliche Einräumung als eine «Verfügung» zu bezeichnen, halte ich demnach nicht für abwegig. Überspitzt ist es allerdings m.E., die Parallelität dieser Verfügung mit der Übertragung einer Sachherrschaft so weit zu treiben, daß das «sachenrechtliche» Element des Haftungsbegründungsgeschäfts als dessen eigentliches Wesen erscheint und die Schuld, von deren Nichterfüllung die Durchführbarkeit der  $\pi\rho\tilde{\alpha}\xi\iota\varsigma$  abhängt, sich zu einem bloßen «Reflex» des «dinglichen» Machtverhältnisses verflüchtigt.

Die auf Begründung eines haftungsgesicherten Schuldverhältnisses zielende Transaktion griechischer Prägung ist also im Koordinatensystem unserer romanistisch zivilistischen Begriffswelt nicht befriedigend unterzubringen. Die «Herrschaft» des griechischen Gläubigers, die sich in dem (bedingten) Recht äußerte, sich der Habe und unter Umständen sogar der Person des Hafters zu bemächtigen, beruhte auf einer anderen gedanklichen Grundlage als die *mutatis mutandis* entsprechenden Möglichkeiten des römischen Gläubigers. Aber wie diese betraf sie lediglich das Verhältnis zwischen den beteiligten Personen und hatte nichts gemein mit der alle ausschließenden Herrschaft des Sacheigentümers. Insofern glaube ich, daß Biscardis an dieser Idee orientierte Kritik ins Leere stößt.

Darüber hinaus habe ich aber auch prinzipielle Bedenken gegen die Verwendung überhaupt der dogmatischen Kategorie des durch seine Wirkung *erga omnes* gekennzeichneten «dinglichen» Rechts in der gräzistischen Diskussion. Ich darf mich mit einem kurzen Überblick über meine Gründe hierfür begnügen. Die Struktur der anzuführenden Institutionen bedarf heute nicht mehr der eingehenden Erläuterung.

Meiner Überzeugung nach haben wir es wie im Falle des Begriffs der «*obligatio*» so auch bei dem des «dinglichen» Rechts mit einer Denkfigur zu tun, auf die ein am positiven Recht griechischer Staaten geschulter Jurist, wenn es ihn gegeben hätte, nicht hätte verfallen können. Es fehlten die institutionellen Voraussetzungen dafür. Die Konzeption eines *absoluten* Rechts kann sich nur da bilden, wo es einen auf dem Prinzip der *rei vindicatio* beruhenden Rechtsbehelf gibt, d.h. einen prozessualen Schutz jener Rechtsposition *als solcher*. Derartiges, sei es in der Gestalt einer Herausgabe - oder auch nur einer Feststellungsklage, war aber nach allem, was wir wissen, in keiner altgriechischen oder hellenistischen Gesetzgebung vorgesehen. Die tatsächlich begangenen Wege der Verteidigung schutzbedürftiger Rechtspositionen gingen an der Frage von deren abstrakter Natur durchweg vorbei und verfolgten andere prozessuale Ziele als deren Aufrechterhaltung an sich. Selbst in der Diadikasia - sofern, wie mir wahrscheinlich, aber bekanntlich nicht unangefochten ist,

---

20. Beiträge 123f., 125ff.

individuelle Sachgüter ihr Objekt bilden konnten - ging es ja lediglich um die *relativ* bessere Legitimation zur Inanspruchnahme des umstrittenen Gegenstands, gleichviel worauf sie beruhte und wie sie sich gegenüber anderen Prätendenten als dem aktuellen Prozeßgegner bewähren würde. Die im attischen Recht - und anderswo wird es ebenso gewesen sein - gegen den Dieb bzw., im Falle liegenden Guts, den gewaltsamen Eindringling liegenden δίκαι κλοπῆς und θιαίων zielten als deliktische Rechtshilfe auf die Bestrafung des Täters; ob der Kläger selbst ein Recht zum Besitz hatte, war für sie belanglos, was zähle, war nur die mangelnde Berechtigung des Täters. Ähnlich stand bei den dem Schutz berechtigter Eigenmacht dienenden δίκαι ἔξουλης<sup>21</sup> und ἀφαιρέσεως<sup>22</sup> nur die *formale* Legitimation des Klägers zur Besitzergreifung bzw., bei der δίκη ἀφαιρέσεως, der persönliche Status des von ihm als frei in Anspruch genommenen Menschen zur Debatte; wurde die Klage abgewiesen, weil jene Legitimation oder die Freiheit des aus der Gewalt des Beklagten Gerissenen nicht dargetan werden konnte, so war damit die Machtstellung des Beklagten für dieses Mal *faktisch* bestätigt, ob er nun seinerseits wirklich Eigentümer der Liegenschaft bzw. legitimer Herr des Sklaven war oder nicht.

In allen Fällen spielte ausschließlich die relative Beziehung der Beteiligten zum Objekt und ihr persönliches Verhältnis zueinander eine Rolle. Der Gedanke an eine grundsätzlich von der Allgemeinheit zu respektierende private Rechtsmacht tauchte überhaupt nicht auf<sup>23</sup>. Auf das allgemeine Verständnis vom Recht wirkte sich diese Haltung nicht zuletzt darin aus, daß man ein System hierarchisch gestaffelter dinglicher Rechte weder kannte noch brauchte, sich vielmehr allezeit mit der einfacheren Konzeption einer abgestuften, aber qualitativ nicht unterschiedenen, Intensität der jeweiligen κράτησις und κυριεία, d.h. der vom Vormann übernommenen oder - z.B. bei der Pfandbestellung - von ihm festgelegten Legitimation zu Herrschaft und Verfügung über das Objekt, begnügte.

Wir gelangen zu dem Resultat, daß für griechische Rechtskundige der grundlegende Unterschied zwischen dinglichem, d.h. absolutem, und obligatorischem, d.h. relativem, Recht nicht existierte. Er sollte daher auch unseren Bemühungen um eine Rekonstruktion des griechischen juristischen Denkens fernbleiben.

3. Zum Schluß gestatte man mir noch eine allgemeine Bemerkung. Ich möchte meinen, daß das vorgelegte Ergebnis, wenn es zutrifft, nicht nur vom rechtsgeschichtlichen Standpunkt, sondern auch aus dem Blickwinkel der Rechtstheorie Beachtung erwarten darf. Es stellt uns wieder einmal den bloß relativen Wert unserer auf dem Boden der Techniken und Entscheidungen der römischen Juristen entwickel-

---

21. Ihr Wesen hat bekanntlich Rabel aufgeklärt, SZ. 36 (1915) 340ff.; 38 (1917) 296ff. (Gesamm. Aufsätze IV [Tübingen 1971] 294ff., 336ff).

22. S. zu ihr A.R.W. Harrison, *The Law of Athens I* (Oxford 1968) 178f.

23. S. schon Partsch, *Arch. f. Pap.* 6(1920)50.

ten Dogmatik vor Augen<sup>24</sup>. Namentlich haben wir gesehen, wenn auch in einem begrenzten Ausschnitt, wie von den römischen abweichende prozessuale Problemlösungen sich im Bereich des materiellen Rechts in eigenen dogmatischen Gestaltungen auswirken können. Gewiß ist es unleugbar, daß sich in vielen Phänomenen der griechischen Rechtsgeschichte im Vergleich zum römischen Recht und der auf seiner Grundlage gewachsenen europäischen Rechtswissenschaft bloß die größere Primitivität eines juristischen Denkens manifestiert, das der Anleitung von Seiten einer auf die Fortbildung des Rechts bedachten Juristenschaft entbehren mußte. Aber selbst mit diesem Vorbehalt möchte ich dem altgriechischen Recht, das im Verein mit anderen nichtrömischen Rechten den Blick auf eine Vielfalt vom römischen Recht übergangener oder fallengelassener dogmatischer Möglichkeiten lenkt, eine wichtige Funktion in der Erforschung des grundsätzlichen Wesens des Rechts zubilligen. In der Ausbeutung des griechischen Rechts als Fundgrube unbekannter oder einst auch im römischen Recht lebendiger<sup>25</sup>, aber im Verlauf von dessen Geschichte verschütteter dogmatischer Gedanken sehe ich einen der Beiträge, die gerade die juristische Gräzistik der Rechtswissenschaft als Ganzem in hervorragender Weise zu leisten berufen ist.

---

24. S. schon Festchr. Hoppel zit 702ff. (Opusc. Disp. 56ff.).

25. So scheint sich in der römischen *actio auctoritatis* das Fossil einer ursprünglich der griechischen Haftung für  $\theta\lambda\acute{\alpha}\theta\eta$  entsprechenden, im ausgebildeten Recht aber nicht mehr als deliktisch empfundenen und darum als solche verkümmerten Verantwortlichkeit erhalten zu haben; vgl. Wolff in Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht (Festgabe f. Joh. Sontis; München 1977) 8.