

ÉVA JAKAB (SZEGED)

ANTWORT AUF EDWARD COHEN

Edward Cohen gliedert seine Untersuchung der umstrittenen Problematik der Konsensualverträge im attischen Recht in drei Abschnitte: Zunächst behandelt er die einschlägigen Quellen und kommt zum Schluß, daß diese gegen Pringsheim sprechen. Anschließend erläutert er Pringsheims These in ihrem historisch-geistesgeschichtlichen Kontext und verweist auf gewisse Schwächen in der Argumentation. Schließlich überlegt er die Gründe, warum Pringsheims Auffassung so lange maßgeblich geblieben ist.

I. Zu den begrifflichen Grundlagen.

Im folgenden möchte ich den Pflichten des Koreferenten nachkommen und mich vor allem mit den wichtigsten Aussagen des ersten Abschnittes auseinandersetzen. Es scheint notwendig, zunächst die begrifflichen Prämissen zu klären.

Pringsheims Bewertung der antiken Quellen baut auf der Terminologie der europäischen Privatrechtsdogmatik seiner Zeit auf, die stark im antiken römischen Recht wurzelt: In das Substantiv *contractus* wird bereits ab dem 1. vorchristlichen Jahrhundert das Element der vertraglichen Einigung hineingelegt; so kommt man zum technischen Begriff des Schuldvertrags, aus dem mit einer *actio* des *ius civile* geklagt werden kann. Es ist zwischen Willenserklärung, Konsens (als übereinstimmender Willenserklärung zweier oder mehrerer Personen), und dem Konsensualvertrag zu unterscheiden. Der letzte läßt sich aus Gaius' Gliederung der Verträge ableiten¹.

Die vertragliche Einigung wird nicht nur als äußeres Zusammenwirken, sondern als die auf den Vertragszweck gerichtete Willenseinigung aufgefaßt² (Ulp. D. 2, 14, 1, 3): „Der Begriff *conventio*, Übereinkommen, Einigung, Vertrag ist ... derart allgemein, daß Pedius treffend sagt, es gebe keinen Vertrag, kein Schuldverhältnis, das nicht ein Übereinkommen in sich trage ..., denn auch die Stipulation, die durch Worte zustandekommt, ist, wenn sie keinen Konsens enthält, nichtig.“

Die Kontraktsobligationen teilt Gaius (im 2. Jh. n.Chr.) – wie bekannt – in solche, die durch Sachhingabe (*re*), durch Worte (*verbis*), durch Schrift (*litteris*) und

¹ Dazu s. H.L.W. Nelson/U. Manthe, *Studia Gaiana* VIII. Gai Institutiones III 88-181, Die Kontraktsobligationen, Berlin 1999, 68ff.; vgl. auch F. De Zulueta, *The Institutes of Gaius* II, Oxford 1953, 140ff.

² Vgl. dazu auch Th. Mayer-Maly, Der Konsens als Grundlage des Vertrages, in: Ftschr. Seidl, hg. von H. Hübner/E. Klingmüller/A. Wacke, Köln 1975, 118-129.

durch Konsens (*consensu*) begründet werden. Nur bei den letzten, bei den Konsensualverträgen, genügt der formfrei erklärte *consensus*, die Willenseinigung, um ohne Sachleistung und ohne Formalakt eine klagbare Verpflichtung zu erzeugen (Gai. 3, 135)³. Pringsheim denkt in diesen Kategorien, wenn er betont, daß der Kauf in Athen kein Konsensualkontrakt gewesen sei: Aus der formfreien, bloßen Willenseinigung seien keine Klagen auf die Erfüllung der primären Leistungspflichten, auf die Übergabe der Sache oder die Zahlung des Kaufpreises, entstanden⁴. E. Cohen behauptet hingegen das Gegenteil und will die Existenz des Konsensualkaufs in den attischen Quellen des 4. Jhs. v.Chr. nachweisen.

II. Die Belege.

Werfen wir einen Blick auf die von E. Cohen vorgelegten Quellen. Die Belege lassen sich in zwei markante Gruppen einteilen: Einerseits Zitate aus den Gerichtsreden über die Homologie; andererseits Hypereides' Rede gegen Athenogenes.

a) *Zunächst zur Homologie.* Das Verbum *homologeîn* bedeutet wörtlich „gleichsprechen, gemeinsam sprechen, dasselbe sprechen“⁵. Das technische Wort erwähnt Demosthenes fünf Mal; es kommt bei Isokrates zwei Mal, bei Deinarchos und bei Platon jeweils einmal vor⁶. E. Cohen stellt darauf ab, daß in diesen Fällen die bloße konsensuale Vereinbarung der Parteien (*homologia*) juristisch bindend (*kyria*) gewesen sei.

Die Redner verweisen in der Tat ausdrücklich auf einen *nomos*, „der anordnet, daß gegenseitige Homologien (Das-Gleiche-Sprechen) maßgeblich seien, die vor Zeugen geleistet werden“⁷. Handelt es sich dabei aber wirklich um eine materielle Norm?

Demosthenes erwähnt das Gesetz im Zusammenhang mit den Handlungen der Parteien, die dem Prozeßbeginn vorangehen. So läßt etwa Phainippos (der künftige Beklagte) seinem Gegner ausrichten, daß er mit ihm an einem bestimmten Tag Verhandlungen über einen Vergleich führen möchte; er erscheint aber nicht zu dem

³ S. dazu M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Recht*, 17. Aufl. München 2003, 239; M. Kaser, *RPR I*², München 1971, 474ff.

⁴ Anders formuliert jedoch E. Cohen zu Beginn seines Vortrags: „that a sale attains juridical significance (that is, gives rise to a legal action for claims relating to the transaction) only through simultaneous payment of the purchase price and delivery of the good being purchased.“ Dagegen betont bereits A. Kränzlein, *Bemerkungen zu den hellenistischen Vertragsurkunden auf Papyrus*, Ftschr. Wilburg, Graz 1975, 190 Anm. 14, daß „ein Haftungsgeschäft ‚Kauf‘ ... es bei den Griechen nie gegeben“ habe. „Der Kauf war ein Austauschgeschäft, aus einer Kaufabrede entsprangen keine Klagen. Erst in der Zukunft erbringende Leistungen wurden als Kreditgeschäfte konstruiert.“

⁵ Vgl. Kränzlein, *Bemerkungen* (o. Anm. 4) 197; näheres s. u. Anm. 10.

⁶ Dem. 47.77; 42.12; Dem. 56.2, 48.11, 48.54; Dein. 3.4; Isokr. 18.24 und 25; Plat. Symp. 196c; Cohen bezieht sich weiterhin auf SEG 34, 167 (Millett Nr. 12A).

⁷ Dem. 42.12.

genannten Termin. Die Homologie betraf allein die gegenseitig ausgehandelte Frist und diesen prozessualen Zusammenhang.

Lange war es herrschende Lehre, daß das prozessuale Anerkenntnis den Ursprung der attischen Homologie bedeute⁸; dem vor Gericht abgegebenen sei durch Gesetz das außergerichtliche, rein vertragliche Anerkenntnis gleichgestellt worden⁹.

Bereits H.J. Wolff mahnt aber zur Vorsicht und schränkt die technische Bedeutung des Wortes erheblich ein: „Bei streng juristisch-technischer Verwendung, bei der der wahre Sinn des Wortes herauskommt, liegt dieser mehr auf der Linie des Anerkennens, Nicht-Bestreitens, Einvernehmlich-Feststellens. Objekt des *homologeîn* ist eine Tatsache; insbesondere drückt *homologeîn* das Zugestehen eines Sachverhalts oder einer gegnerischen Behauptung, auch einer Rechtsbehauptung, im Prozeß aus“¹⁰.

Gerhard Thür hat bereits 1977 nachgewiesen, daß die Homologien in den von Cohen zitierten Gerichtsreden allein auf die vorbereitenden Schritte zur Klärung der Prozeßstandpunkte zu beziehen seien. Thür unterscheidet zwischen zwei Arten der Homologie: der im gerichtlichen Vorverfahren abgegebenen und der außerprozessualen. Beide ergeben in derselben Form, durch bloßes Zustimmung zu einer von der anderen Partei einseitig formulierten Erklärung¹¹ und beide haben dieselbe Wirkung: der Zustimmende darf den Inhalt der Erklärung vor dem Dikasterion nicht mehr abstreiten.

Die rhetorische und philosophische Literatur des 4. Jhs. v.Chr. versucht zwar die Homologie-Gesetze umzudeuten und aus ihnen „mit einem gewissen moralischen Pathos“ die allgemeine Pflicht zum Worthalten abzuleiten¹². Dies hat aber mit dem positiven Recht nichts zu tun: „Das positive Recht ist jedoch bescheidener: Es verbietet lediglich, daß jemand sein Wort im Prozeß abstreitet“¹³.

⁸ J. Partsch, Arch. Pap. 7 (1924) 273.

⁹ J. Partsch, Nachgelassene Schriften, Berlin 1931, 262ff.; s. bereits auch A.B. Schwarz, JJP 13 (1961) 196.

¹⁰ H.J. Wolff, Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts, SZ 74 (1957) 54; auch in dem von E. Berner herausgegebenen Band, Zur Griechischen Rechtsgeschichte, Darmstadt 1968, 514. Zustimmend bereits Kränzlein, Bemerkungen (o. Anm. 4) 192. E. Cohen bezieht sich mehrmals auf die Arbeiten von J. Vélissaropoulos-Karakostas; sie stellt jedoch darauf ab, daß mit dem Homologie-Gesetz „die einseitigen Rechtsgeschäfte geregelt“ worden seien, betont aber, daß die Verletzung der Verpflichtung eine deliktische Haftung nach sich gezogen habe, vgl. J. Vélissaropoulos-Karakostas, Altgriechische *pistis* und Vertrauenshaftung, Symposium 1993, hg. von G. Thür, Köln/Weimar/Wien 1994, 187.

¹¹ G. Thür, Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens. Die Proklesis zur Basanos, Wien 1977, 157f.

¹² P. Kußmaul, Synthekai. Beiträge zur Geschichte des attischen Obligationenrechts, Diss. Basel, 1969, 30ff.

¹³ Thür, Beweisführung (o. Anm. 11) 158.

b) *Hypereides' Rede gegen Athenogenes*¹⁴. Athenogenes besaß in Athen mehrere Parfümläden; in einem davon arbeitete sein Sklave Midas mit seinen Söhnen. Epikrates verliebte sich in einen der Knaben und wollte ihn freikaufen. Athenogenes ließ ihn überzeugen (verlocken), alle drei Sklaven samt Laden für 40 Minen zu erwerben. Der von Sehnsucht brennende Epikrates gab nach und die Parteien setzten einen schriftlichen Kaufvertrag auf, mit der Klausel, daß Epikrates auch die Haftung für die Schulden des Midas übernehme. Die Urkunde zählte gewisse Gläubiger mit den ausständigen Beträgen genau auf; schließlich wurde hinzugefügt „und was Midas wem immer noch schuldet“. Bald stellte sich heraus, daß die Schulden den Wert von 5 Talenten (300 Minen) erreichten. Epikrates wirft in der Rede Athenogenes vor, er habe gewußt, daß Midas schwer verschuldet sei und habe es ihm arglistig verheimlicht. Wir haben hier zweifelsohne einen Kaufvertrag und einen Prozeß – es stellt sich jedoch die Frage, ob aus dem Kaufvertrag gehaftet bzw. geklagt wird.

Epikrates wird angehalten, die Schulden zu zahlen, weil er die Haftung dafür – ohne den schriftlichen Text genau zu studieren – vertraglich übernommen hat. Seine Erklärung (Einstehen für fremde Schuld) wäre auch ohne den begleitenden Kaufvertrag wirksam; mit den Rechtswirkungen aus einem unterstellten Konsenskauf hat dies nichts zu tun.

Epikrates gründet seine Klage gegen Athenogenes ebenfalls nicht auf die Haftungsregeln aus dem Kaufvertrag (das Recht Athens kennt dafür keine gerichtlich durchsetzbare Auslegungsprinzipien)¹⁵. Vielmehr versucht er die Richter mit weit hergeholten Analogien zu beeindrucken: Die Argumentation läuft nicht auf der juristischen, eher auf einer moralischen Ebene, etwa: Es sei ungerecht und in gewissen Situationen sogar gesetzlich verboten, den Partner zu betrügen, zu hintergehen, die Mängel der Kaufsache vor ihm zu verheimlichen. Das Recht schütze allgemein nur rechtmäßige Handlungen, die rechtswidrigen seien hingegen unwirksam. Als weitere Analogie bezieht er sich sogar auf die Verkaufsvorschriften auf der Agora, die Betrug und Lügen allgemein verbieten und die redliche Bekanntgabe der Mängel des veräußerten Sklaven anordnen¹⁶. Das vorher besprochene Homologie-Gesetz wird ebenfalls bewußt aus dem Zusammenhang gerissen, weil Hypereides den Mangel an einschlägigen Normen vor dem Dikasterion verschleiern will.

¹⁴ Hyp. 5.15.

¹⁵ Das Fehlen einer direkten Klage, sogar wegen Betrugs, betont bereits H. Meyer-Laurin, *Gesetz und Billigkeit im attischen Prozeß*, Weimar 1965, 35ff. Er beschäftigt sich später noch einmal mit der Quelle: H. Meyer-Laurin, *Die Haftung für den noxa non solutus beim Sklavenkauf nach griechischem Recht*, Symposium 1974, hg. von A. Biscardi, Köln/Wien 1979, 263-279. In diesem Aufsatz argumentiert er – gegen die herrschende Lehre – für die Geltung des Prinzips *noxa caput sequitur* auch im attischen Recht. Davon ausgehend leitet er die Haftung des Verkäufers in unserem Fall aus einer Art Eviktionshaftung ab; Cohen scheint die letztgenannte Arbeit nicht berücksichtigt zu haben.

¹⁶ Nachzutragen wären hier meine Überlegungen, É. Jakab, *Praedicere und cavere beim Markkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1977, 86-88.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die von E. Cohen als entscheidend vorgeführten Quellen bei näherer Untersuchung keineswegs die von ihm unterstellten Aussagen vermitteln.

III. Die Entwicklung der Vertragslehre nach Pringsheim.

Schließlich fühle ich mich verpflichtet, einen kurzen Überblick über den Stand der Forschung in den letzten Jahrzehnten zu skizzieren, weil E. Cohen deren Ergebnisse in seinen Ausführungen offensichtlich nicht berücksichtigt hat.

Bereits Pringsheim sieht den Anachronismus der Frage, ob die Griechen Konsensual-, Real- oder Formalverträge gekannt hätten¹⁷. Diese drei Typen passen nämlich nur auf den Schuldvertrag im römisch-pandektistischen Sinne, an dem sie entwickelt worden sind¹⁸. H.J. Wolff beginnt seine Vorlesung zum griechischen „Schuldrecht“ mit der Feststellung, daß das griechische Recht keinen Obligationbegriff, kein „Leistensollen“ im Sinne eines *iuris vinculum* gekannt habe¹⁹. Die griechische Obligation sei vielmehr „ein dem sachenrechtlichen nahestehendes Rechtsverhältnis“ gewesen²⁰.

Auch Seidl hat versucht, den griechischen Vertrag neu zu definieren. Er baut auf dem von Pringsheim betonten Surrogationsprinzip auf, hebt aber dazu das Element der „notwendigen Entgeltlichkeit“ als entscheidend hervor: „Ein Recht wird nur dann richtig erworben, wenn eine Gegenleistung dafür gegeben wird ... In den griechischen [Urkunden] gilt ein materielles Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit ...“²¹.

H.J. Wolff ist bereits 1957 mit einer radikal neuen These²² aufgetreten, die er „Zweckverfügung“ nennt. Damit legt er die Grundsteine einer alternativen Vertragslehre: „Nicht die Willenseinigung zwischen den Vertragspartnern (*consensus*) habe das Forderungsrecht des ‚Gläubigers‘ bzw. die Leistungspflicht des ‚Schuldners‘ erzeugt, sondern indirekt das Delikt der Schädigung des Gläubigervermögens durch das abredewidrige Verhalten des Schuldners. Als Grundlage für diese Vorstellung habe es einer Verfügung – normalerweise des Gläubigers – zu einem bestimmten

¹⁷ F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Weimar 1950, 14f.

¹⁸ H.J. Wolff, *Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik*, in: F Schr. von Hippel, hg. von J. Esser/H. Thieme, Tübingen 1967, 708ff.; D. Behrend, *Attische Pachturkunden*, München 1970, 26.

¹⁹ H.J. Wolff, *Vorlesungen über Juristische Papyrskunde*, Berlin 1998, 111.

²⁰ A.a.O.

²¹ E. Seidl, *Ptolemäische Rechtsgeschichte*, Glückstadt/Hamburg/NewYork 1962, 334. Hauptsächlich ihm scheint Vélissaropoulos-Karakostas, *Altgriechische pistis* (o. Anm. 10) 190 zu folgen: „Der reale Charakter der altgriechischen Verträge und das Prinzip der gleichzeitigen Erfüllung von Leistung und Gegenleistung (Surrogationsprinzip) bedeuten, daß die Klagbarkeit auf dem Vorliegen der Gegenleistung beruht (notwendige Entgeltlichkeit) ...“

²² Gegen Seidl vgl. H.J. Wolff, *Zum Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*, in: F Schr. Seidl, hg. von H. Hübner/E. Klingmüller/A. Wacke, Köln 1975, 231-241.

Zweck bedurft. Dessen Vereitelung durch den Schuldner sei die Schädigung gewesen²³. In der jüngeren Forschung gilt dieses dogmatische Leitprinzip für das griechische Vertragsrecht als allgemein anerkannt.

H.-A. Rupprecht²⁴ vertieft die Definition als Ergebnis seiner Studien über das Darlehen in den graeco-ägyptischen Papyri. Er betont, daß das technische Wort *daneizein* einen einseitigen Akt bezeichne, wovon „die Willenseinigung zweier Personen aufgrund zweier einander entsprechender Willenserklärungen“ nicht umfaßt gewesen sei. Entscheidend sei die Verfügung des Darlehensgebers, dem „begleitenden Willensmoment“ komme nur eine „determinierende Bedeutung“ zu²⁵.

Anschließend möchte ich nur auf einige Namen hinweisen, die Wolffs These etwas weiter entwickelt haben. A. Kränzlein findet den terminus technicus „Zweckverfügung“ nicht ganz geglückt und schlägt die Wendung „Übernahme zu anerkanntem Zweck“ vor. Den Unterschied sieht er darin, daß „der Entscheidende der Eingang in den Nutzungsbereich des Empfängers und nicht der Ausgang aus dem Herrschaftsbereich des Verfügenden“ sei²⁶.

D. Behrend betont noch stärker den dinglichen Charakter, indem er „die Vorstellung der Griechen über die Natur privatrechtlich-vertraglicher Beziehungen“ von zwei Aspekten her definieren will: „der Auffassung des subjektiven Rechts und der Entwicklung des gerichtlichen Rechtsstreits“²⁷. Das „subjektive Recht“ wird im Rahmen von Gewaltverhältnissen, als Herrschaftsrecht erfasst²⁸. Die Rechtsgeschäfte hätten unmittelbar „die Verschiebung dieser Befugnisse“ bzw. „ihre Neubegründung“ zum Inhalt gehabt. „Soweit diese Geschäfte gegenseitige in dem Sinne sind, daß die Übertragung der Befugnis im Hinblick auf eine Gegenleistung erfolgt, wird die Erbringung der Gegenleistung zur Bedingung des Übertragungserfolges“. Beim Kauf etwa: „mit der Erbringung der verabredeten Preiszahlung hat der Käufer den Kaufgegenstand erworben, unabhängig von irgendeiner Übergabe“²⁹.

²³ So zusammengefaßt von G. Thür, Der Neue Pauly 12/2 (Stuttgart 2002) 850. Im Original ist sie nachzulesen bei Wolff, Vorlesungen (o. Anm. 19) 120; Ders., LAW (Stuttgart 1965) 2526; Ders., Grundlagen (o. Anm. 10) 26-72; weiterhin H.J. Wolff, Zum Problem der dogmatischen Erfassung des altgriechischen Rechts, Symposium 1979, hg. von P. Dimakis, Köln/Wien 1983, 9-20, wo er die Kritik von A. Biscardi, Diritto greco e scienza del diritto, Symposium 1974, Köln/Wien 1979, 1ff. bekämpft. S. dazu auch noch A. Biscardi, Sulla cosiddetta consensualità del contratto dotale in diritto attico, Symposium 1988, hg. von G. Nenci/G. Thür, Köln/Wien 1990, 3-13.

²⁴ Untersuchungen zum Darlehen im Recht der graeco-ägyptischen Papyri, München 1967, 57f.

²⁵ Ihm folgt H. Kühnert, Zum Kreditgeschäft in den hellenistischen Papyri Ägyptens bis Diokletian, Diss. Freiburg 1965, 18f.

²⁶ Kränzlein, Bemerkungen (o. Anm. 4) 190.

²⁷ D. Behrend, Attische Pachturkunden. Ein Beitrag zur Beschreibung der *misthosis* nach den griechischen Inschriften, München 1970, 16.

²⁸ Behrend, Pachturkunden (o. Anm. 27) 18.

²⁹ Behrend, Pachturkunden (o. Anm. 27) 19.

J. Herrmann vertieft die dogmatische Struktur für gewisse Geschäftstypen (*misthosis*, *daneion*, *parakatatheke*, *systasis* und *prasis*), wo der Terminus „Zweckverfügung“ nicht ausreicht. Das vertragliche Rechtsgeschäft definiert er als „Akzeptierung der unter Auflagen getroffenen Verfügungsermächtigung“³⁰. Für den Werkvertrag wird die Definition von G. Thür präzisiert³¹: Es war allgemein üblich, daß „der Besteller den Werklohn oder zumindest einen Teil davon vorleistet ... Der Unternehmer unterwirft sich mit dem Empfang dieser Zahlung einer Haftung, wie sie in der vorher aufgestellten Syngraphe oder Homologie durch Strafklauseln ausgestaltet ist“.

Die oben kurz zitierten Autoren und die von ihnen vertretene reiche Literatur zum griechischen Vertragsrecht im Laufe der mehr als fünfzig Jahre nach dem Erscheinen von Pringsheims Werk zeigen, daß E. Cohen die Quellen zum altgriechischen Vertragsrecht gründlich mißverstehet.

Zusammenfassend möchte ich noch einmal betonen, daß der Konsensualvertrag in der römisch-pandektistischen Terminologie den Schuldvertrag bezeichnet, womit der bloße Konsens (übereinstimmende Willenserklärung) gegenseitige Verpflichtungen erzeugt: Die Pflichten der Parteien auf die Erfüllung der vereinbarten primären Leistungen bzw. die Klagen, diese gerichtlich zu fordern. Die von Edward Cohen behandelten Quellen haben keinerlei Belege für solche Schuldverhältnisse oder Klagemöglichkeiten bestätigt.

Der Respondent muß weiterhin feststellen, daß Edward Cohen sich mit der oben kurz skizzierten Forschung der letzten fünfzig Jahre nicht auseinandersetzt; er geht auf deren Ergebnisse nicht einmal mittelbar ein. Er kehrt vielmehr für das attische Recht zum römisch-pandektistischen Vertragsbegriff zurück und behauptet, daß die Konsensualverträge im Recht Athens des 4. Jhs. bekannt gewesen seien und rechtlich anerkannt worden wären.

Es würde den Rahmen dieser Ausführung sprengen, auf die Ausführungen zu Pringsheims Motivation und zu seiner Bewertung im Spiegel der neuesten Vertragslehren einzugehen. Zustimmung kann ich nur der Bemühung, daß die Rolle des Vertrages im Verkehrsrecht und dessen Verhältnis zum dispositiven Recht neu überlegt werden sollte. Ich würde jedoch das Problem umgekehrt anpacken und die Dominanz der Konsensualverträge sogar in der römischen Vertragspraxis in Frage stellen.

³⁰ J. Herrmann, Verfügungsermächtigungen als Gestaltungselemente verschiedener griechischen Geschäftstypen, in: Symposion 1971, hg. von H.J. Wolff, Köln/Wien 1975, 321-332, insbes. 331.

³¹ G. Thür, Bemerkungen zum altgriechischen Werkvertrag, Ftschr. Biscardi, Bd. 5, Milano 1984, 471-514, insbes. 507f.

