

GERHARD THÜR (WIEN)

## ZU DEN SICHERUNGSRECHTEN IN DEN POPYRI. ANTWORT AUF JOSÉ LUIS ALONSO

Kaum ein Gegenstand des griechischen Rechts hat unter Generationen von Juristen und Historikern so heftige Diskussionen hervorgerufen wie die Sicherung von Forderungsrechten, vornehmlich das Pfandrecht an Grundstücken. Der Beitrag von Alonso eröffnet für die Papyrologie eine neue Dimension. Seine in diesem Band abgedruckte Fassung weicht — unter Wahrung der Grundthese — vom mündlich gehaltenen Vortrag in vielen Details ab. Das ist die Frucht einer intensiv weitergeführten Diskussion, und dem gemäß setzt auch die Antwort andere Akzente. ‚Vortrag‘ und ‚Antwort‘ sind stets Momentaufnahmen und sollten, so wie hier geschehen, im Interesse der Sache erst kurz vor der Publikation der Akten in ihre endgültige Form gebracht werden. Der erste Teil der ‚Antwort‘ fasst die diffizile Argumentation und die Ergebnisse des Autors in deutscher Sprache kurz zusammen; im zweiten Teil folgt eine kritische Würdigung und der Versuch, eine Brücke zur inschriftlichen Überlieferung von griechischen Sicherungsgeschäften außerhalb Ägyptens zu schlagen.

In vollendeter Dramaturgie führt Alonso auf sein revolutionäres Ergebnis hin: Die *one en pistei* („Kauf auf Treue“ oder „Sicherungsübereignung“ analog der *mancipatio fiducia causa*) ist ein juristisches Phantom. Sie zählt zwar seit 1904 in der juristischen Papyrologie neben *enechyron*, *hypothek* und *hypallagma* zum Kanon der Sicherungsgeschäfte (siehe Alonso bei Anm. 165) — doch es hat sie nie gegeben! Die griechische Urkundentradition Ägyptens habe nur die drei letzten Formen gekannt; die allein in MChr 233 (Pathyris, 111 v.Chr.) mit

diesem Zusatz überlieferte *one* beziehe sich auf die nur im demotischen Bereich überlieferten Formen des „Garantieverkaufs“ (ähnlich der *prasis epi lysei*, Verkauf auf Lösung, in den Inschriften).

Ohne dieses Ergebnis vorweg zu nehmen klärt Alonso zunächst seine dogmatischen Grundlagen (I. Real security as sale): Verpfändung könne als ‚aufgeschobener Kauf‘ konstruiert werden; der Darlehensgläubiger könne sich allenfalls in rein ökonomischer Sicht nach dem ‚Surrogationsprinzip‘ bereits mit Zuzählung der Valuta sofort als Eigentümer des verpfändeten Grundstücks betrachten. Von ‚funktional geteiltem‘ oder ‚relativem‘ Eigentum zu sprechen verböten in Ägypten die klaren Vorschriften über Steuer und Registrierung. Eigentümer und Pfandgläubiger waren in diesen Bereichen stets klar geschieden. Der Terminus ‚Sicherungsübereignung‘, der sofortigen Eigentumsübergang an der ‚verpfändeten‘ Sache impliziert, sei streng vom ‚aufgeschobenen Kauf‘ zu trennen.

Nach dem im Titel gebrauchten Terminus *one en pistei* ist der Leser etwas überrascht, in den folgenden Abschnitten ausführlich über Sicherungsgeschäfte in demotischen Urkunden belehrt zu werden. Doch auch der nicht Sprachkundige kann erkennen, dass dort die *sedes materiae* für die am Verkauf orientierten Sicherungsgeschäfte liegt. Die aus dem frühen 3. Jh. v.Chr. aus der Thebais überlieferten „demotischen Kaufpfandverträge“ (Abschnitt II) enthalten Darlehen und Sicherungskauf gemeinsam in einer Urkunde. Sie sind aus dem niedrigeren Steuersatz (2% statt der Kaufsteuer von 5%) und den Daten der Abstandsurkunden als *suspensiv* (durch nicht fristgerechte Rückzahlung des Darlehens) bedingte Kaufgeschäfte zu erklären. Im Fayum, ebenfalls noch im 3. Jh., werden zwei von einander formal unabhängige Urkunden errichtet, wobei der Verkauf nicht durch Rückzahlung *resolutiv* (zu vermuten eventuell aus der Klausel, die berechtigenden Urkunden zurückzustellen), sondern ebenfalls *suspensiv* bedingt ist; das belegt auch hier der Steuersatz. Die Steuerquittungen gebrauchen für diese Kaufgeschäfte den griechischen Terminus *hypotheke*.

Aus dem 1. Jh. n.Chr. ist eine weitere Variante dieses Geschäftstyps überliefert: „Bilingual Fayum sale-loan contracts“ (III). Die Urkundenschreiber in Tebtynis formulierten in der ersten Kolumne des Papyrus einen formal selbständigen demotischen Kaufvertrag (*prasis* in der griechischen *scriptio*, doch *hypotheke* in gelegentlichen amtlichen Vermerken auf dem *verso*) und daneben einen Darlehensvertrag auf Griechisch. Der Gläubiger hatte somit die Wahl, vor den römischen Gerichten das Darlehen einzuklagen oder sich an das ‚verpfändete‘ Grundstück zu halten. Die in den Archiven der ägyptischen Familien verwahrten Dokumente zum Nachweis des Eigentums waren demotisch abgefasst. Die auffällige Tatsache, dass manche Kaufurkunden nur die Subskription des Schuldners tragen aber (noch) nicht den Vertragstext, ist damit zu erklären, dass das *grapheion* die Urkunden zunächst treuhänderisch verwahrte und dem Gläubiger erst nach Verzug des Schuldners voll ausgefertigt übergab; so fiel die Steuer erst mit Verfall des Pfandes an. „Unterbrochene Käufe“ ebenfalls mit Steuer sparendem Effekt — der Betrag wird nur für einen

eventuell eintretenden Pfandverfall in einer Bank hinterlegt — treten im 2.–1. Jh. v.Chr. in Pathyris in der Thebais auf (IV). Sie sind zwar griechisch abgefasst, entstammen jedoch dem ägyptischen Milieu. Diese Praxis knüpft an die dort schon früh verwendeten demotischen „Kaufpfandverträge“ an.

Gegenüber dem Vortrag wesentlich vertieft ist der Abschnitt über die „*menein-Kontrakte*“ (V). Die in (griechischen) Darlehensverträgen vom 1.–3. Jh. belegte Klausel, *kratesis* und *kyrieia* über die Pfandsache „bleiben“ bei Verfall des Pfandes beim Gläubiger, scheint auf den ersten Blick für Sicherungsübereignung zu sprechen. Durch Parallelstellen entkräftet Alonso überzeugend den simpler Logik entspringenden Einwand „Wie kann etwas bleiben, was nicht schon vorhanden ist?“ — Gemeint ist: das volle Herrschaftsrecht „verbleibt“ ab Verfall des Pfandes unantastbar. Die Urkunden vermeiden das *hypothek*-Formular (diese Bezeichnung findet sich allenfalls auf dem *verso*) und gewähren dem Gläubiger manchmal Rechte „wie nach einem Kauf“ — und zwar einem aufgeschobenen. In den Abschnitten VI und VII mustert Alonso in Einzelexgesen griechische Verträge, die bisher — zu Unrecht — als Belege für Sicherungsübereignung in Betracht gezogen wurden; allein eine *antiparachoresis* („Rückübereignung“) in MChr 234 (9 v.Chr.) aus römischem Milieu könnte einer *fiducia cum creditori contracta* entsprechen.

Nach all den Vorarbeiten im Bereich der alternativen und indirekten Überlieferung holt Alonso im letzten Abschnitt „*one en pistei*“ (VIII) zum Schlag gegen den einzigen direkten Beleg für diese Wendung aus, MChr 233 (Pathyris, 111 v.Chr.), von Gradenwitz 1904 als fiduziarische Übereignung gedeutet. Die Lösung ist verblüffend einfach: Das Wort *pistis* ist nicht auf den Kauf zu beziehen, sondern es geht um „die Kaufurkunde in Treuhand des Archivs von Pathyris“. Mit Pathyris in der Thebais schließt sich auch der Kreis der demotischen „aufschiebend bedingten Sicherungsverkäufe“. Sowohl die in der Urkunde genannten Parteien als auch die das Archiv verwaltenden Agoranomen gehören dem ägyptischen Milieu an. Der Schuldner bewirkte die *lysis* (Entkräftung) der Kaufurkunde (*επελύσατο ... ὠνήν*, Z. 2/3) durch Zahlung an die beiden Gläubiger, denen er (zu ergänzen: durch *prasis*) das Grundstück ‚verpfändet‘ hatte (*ὑπέθετο*, Z. 4/5). Hinter der vorliegenden, von den Gläubigern ausgestellten Quittungs- und Abstandsurkunde steht also keine Sicherungsübereignung, sondern ein oben (IV) beschriebener ‚unterbrochener Kaufvertrag‘ (Garantieverkauf) ägyptischer Tradition. [Die Abschnitte IX–XI sind zur Absicherung des Ergebnisses — auch gegen die dem Autor vorweg mitgeteilte ‚Antwort‘ — neu eingefügt. Sie lagen bei Abfassung der ‚Antwort‘ noch nicht vor und werden auch nicht kommentiert.]

Alonso hat sein negatives Ergebnis durch unvoreingenommenen Blick auf den griechischen Text der einzigen Belegstelle und minutiöse Interpretation der angeblichen Parallelstellen gewonnen. Verdienstvoll hat er die Brücke von MChr 233 zu den demotischen Urkunden geschlagen und die Garantieverkäufe in eine klare dogmatische Linie gebracht. Dem allen ist zuzustimmen. Dass die Wendung *one en*

*pistei* in den seit Gradenwitz neu gefundenen Papyri auch nirgends mehr aufgetreten ist, bestätigt Alonsos These. Der Gedanke einer ‚Sicherungsübereignung‘ entsprang der pandektistischen Zivilrechtswissenschaft der Jahre um 1900. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch übernahm (für bewegliche Sachen) aus der germanistischen Tradition das ‚Faustpfandprinzip‘. Hat der Darlehensgläubiger die verpfändete Sache in der Hand, ist er vor weiteren Verfügungen des Schuldners sicher. Um aber Produktionsmittel des Schuldners (Maschinen, Warenlager) zur Sicherung von Darlehen heranzuziehen, die Sachen aber, damit dieser die Rückzahlung erwirtschaftete, in seiner Hand zu belassen, erfand die Praxis die Figur der Sicherungsübereignung: Da das BGB für den Erwerb des Eigentums keine Einigung über eine *causa* verlangt, sondern nur Übergabe und „Einigung über den Übergang des Eigentums“ (§ 929), konnte man das Faustpfandprinzip leicht aushöhlen. Der Gläubiger hat als Eigentümer formal mehr Rechte, als ihm zustehen, ist aber treuhänderisch gebunden. Gedankliches Vorbild war die ebenfalls ‚abstrakt‘ (unabhängig von einem Erwerbsgrund, einer *causa*) konzipierte römische *mancipatio*, die als *mancipatio fiduciae causa* zur Sicherung einer Forderung eingesetzt werden konnte. Dadurch wurde der Gläubiger Eigentümer des Sicherungsobjekts und musste dieses in der Regel nach Erlöschen der Schuld durch *remancipatio* wieder zurück übertragen. Diese *fiducia cum creditori* im griechischen Recht in Gestalt einer *one en pistei* zu sehen, war aber doppelt falsch: zum einen war besitzloses Pfandrecht an allen Sachen möglich und man bedurfte keiner Umgehungsgeschäfte, zum anderen gab es keine Formalakte zur Übertragung des Eigentums (‚Eigentum‘ und Sicherungsrecht wurden durch Hingabe der Geldsumme erworben; das Sicherungsrecht erlosch, sobald der Gläubiger sein Geld zurück erhielt). Alonso hat den gedanklichen ‚Teufelskreis‘ der *fiducia* kühn durchbrochen.

Obwohl in dem Beitrag die Dogmatik des Kaufs im Vordergrund steht, nimmt Alonso nebenbei auch zur Konzeption des Eigentums Stellung. Er lehnt ‚funktional‘ zwischen Sicherungsgeber und -nehmer geteiltes Eigentum im Recht der Papyri ab: Die unterschiedlichen Steuersätze für Verpfändung und Eigentumsübertragung sowie die Vorschriften, beides jeweils unterschiedlich zu registrieren, würden zeigen, dass man genau zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer unterscheiden konnte (vor Anm. 18). Das sei unbestritten. Endgültig und nur sicherungshalber übertragene Rechte werden vom Ergebnis her in jeder Rechtsordnung unterschieden. Doch deutet bereits der Umstand, dass für die Verpfändung überhaupt schon eine in Prozenten berechnete Steuer — und nicht bloß eine Registrierungsgebühr — eingehoben wurde, darauf hin, dass man das Sicherungsrecht parallel zum vollen Herrschaftsrecht betrachtete. Ein weiteres Kriterium wäre die ‚Sachverfolgung‘: wie waren beide Rechte jeweils gegen unberechtigte Dritte durchzusetzen? Schließlich müsste man den Inhalt der Befugnisse prüfen: wer hat welche Verfügungsmacht über die verpfändete Sache? Alonso hat die Befugnis des Schuldners zur Veräußerung des Pfandobjekts sicherlich zu recht bejaht (Anm. 17), verneint aber die Möglichkeit der mehrfachen Verpfändung (Anm. 153). Für das Gegenteil scheint eher die Tatsache zu sprechen, dass die *hypothek*-Urkunden (schon seit dem frühesten Beleg aus Athen,

Dem. 35, 10–13) dies in stereotypen Klauseln verbieten — warum sollte man etwas rechtlich gar nicht Mögliches auch noch verbieten? Wie man sich die Rechtslage zwischen den drei beteiligten Personen (im System des ‚Verfallspfands‘) vorstellen kann, habe ich in Symposium 2007, 184–86 (s. Bibliographie Alonso) skizziert. Abgesehen davon unterliegt die Aufteilung der Befugnisse der privaten Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und -schuldner (z.B. über ein von der verpfändeten Sklavin geborenes Kind, Anm. 99 und 25). All das war nicht unmittelbar Gegenstand des Beitrags. Es würde sich lohnen, die Dogmatik der Sicherungsrechte in einer Rechtsordnung neu zu durchdenken, welche die Figur des ‚beschränkten dinglichen Rechts an fremder Sache‘ nicht kannte.

Verdienstvoll hat Alonso über den Bereich der griechischen Papyrologie hinausgeblickt und programmatisch die „Fortsetzung ägyptischer Praktiken in einer neuen Sprache“ (so bei Anm. 29) untersucht. Dabei hat er vielleicht die Einheit des griechischen Rechts etwas aus den Augen verloren. Wer die Diskussion der Sicherungsrechte in den klassischen und hellenistischen Inschriften vor Augen hat, sieht in den demotischen Texten viel Bekanntes. Fragt man (als Nicht-Papyrologe) naiv nach den von Alonso apostrophierten ägyptischen Praktiken, findet man keinerlei ägyptische Vorläufer der demotischen ‚Garantieverkäufe‘. Sie setzen erst ein bis zwei Generationen nach Etablierung der ptolemäischen Herrschaft ein. Sie scheinen von der Idee her ein rein griechisches Konzept zu verwirklichen, nämlich die *prasis epi lysei*, allerdings im Gewand ägyptischer Urkundenformen. Diese Vermutung ist allerdings aufgrund der Quellenlage kaum zu verifizieren. Aus den griechischen Poleis ist nämlich keine einzige Urkunde eines ‚Verkaufs auf Lösung‘ überliefert, sondern nur Auszüge davon auf den Pfand-*horoi*, diese allerdings in großer Zahl. Wir wissen also nicht, ob nicht bereits in den Poleis Sicherungsgeschäfte durch aufschiebend bedingte Garantieverkäufe abgeschlossen wurden. Abgesehen von dem einzigen vollen Zitat eines Seedarlehens in Dem. 35, 10–13 liegt auch das Formular der *hypothek* völlig im Dunkeln. Eine nicht mehr ganz neue Überlegung hilft vielleicht weiter. *Hypothek* und *prasis epi lysei* sind keine unterschiedlichen Sicherungsrechte, sondern zwei Formulare für ein einheitliches Geschäft. Das beweist die Terminologie, die beides mit Formen von *hypotithenai* wiedergibt — was, wie oben gezeigt wurde, auch für die griechischen Bezeichnungen der ‚Garantieverkäufe‘ zutrifft. Nach dem Befund der *horoi* nennt die *prasis epi lysei* in der Regel einen Garanten (*bebaiotes*) für den Fall der Eviktion und wird für die Verpfändung von Grundstücken verwendet. Das einzige Beispiel einer *hypothek* betrifft bewegliche Sachen und steht ohne Garanten, doch wäre es zu gewagt, dies zu verallgemeinern. Überträgt man den Befund, dass die beiden Formulare rechtlich zu demselben Ergebnis geführt haben, auf das ptolemäische Ägypten, könnte man die demotischen Garantieverkäufe als gautypische, regionale oder personale Ausprägungen des griechischen Geschäftstypus *prasis epi lysei* ansehen, während der griechische Teil der Bevölkerung sich des *hypothek*-Formulars bediente. Ausgestattet mit der *bebaiosis*-Klausel leistete dieses jedenfalls dasselbe wie der Garantieverkauf.

Aus welchen Gründen das *prasis*-Formular keine allgemeine Verbreitung erfuhr, wäre zu überlegen. Vielleicht klammerte sich die Besteuerung allmählich (endgültig dann in römischer Zeit) an das Wort „Verkauf“, weshalb die *menein*-Urkunden dann auf die Wendung „wie nach einem Kauf“ auswichen (Anm. 113). Im Rahmen einer ‚Antwort‘ auf einen durch und durch soliden, originellen Beitrag können die soeben skizzierten Gedanken verständlicherweise nicht in ebenbürtiger Form ausgearbeitet werden.

Abschließend ist zu betonen, dass Alonso nicht nur mit dem vorliegenden Beitrag den Typus der Sicherungsübereignung, die *one en pistei*, aus dem Kanon der Sicherungsrechte ausgeschieden hat; er hat bereits früher das *hypallagma* entzaubert (JJP 38, 2008, 19–51). Dieses ist kein Sicherungsrecht mit Übergabe des Grundstücks, sondern ein Geschäft, welches durch Übergabe der Eigentumsurkunden an den Gläubiger („Austausch“ gegen die Darlehensvaluta) den Schuldner zwar nicht rechtlich, jedoch rein faktisch wirksam daran hindert, die verpfändete Sache einem Dritten zu veräußern. Zieht man ein Resümee aus Alonsos Forschungen, verbleibt nach dem Befund der Papyrusurkunden neben dem Faustpfand (*enechyron*) ein einziger Typus von besitzlosen Sicherungsrechten übrig, die *hypotheke*, die auch in der Form des Garantieverkaufs abgeschlossen werden konnte. Das entspricht genau dem Standard der übrigen griechischen Überlieferung. Man sollte sich vielleicht hüten, vom „Recht der Papyri“ zu sprechen. Wir haben in den auf Papyrus dokumentierten privatrechtlichen Beziehungen griechische Rechtseinrichtungen vor uns, die ihren Ausdruck in unterschiedlichen Geschäftsformularen fanden.