



GERHARD THÜR

OPERA OMNIA

<http://epub.oeaw.ac.at/gerhard-thuer>

Nr. 281 (Aufsatz / *Essay*, 2009)

Marginalien zum fiktiven Darlehen

Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, hg. v. Holger Altmeppen, Ingo Reichard u. Martin Schermaier, 2009, 1269–1280

© C.F. Müller Verlag (Heidelberg) mit freundlicher Genehmigung
(www.cfmueeller.de/)

Schlagwörter: Nikareta-Inschrift, Papyri, TPSulp 78 — *syngraphe* — *homologia* — Kauf
— Zinsen

Key Words: *Nicareta inscription*, *papyri*, TPSulp 78 — *syngraphe* — *homologia* — *sale*
— *interest*

gerhard.thuer@oeaw.ac.at

<http://www.oeaw.ac.at/antike/index.php?id=292>

Dieses Dokument darf ausschließlich für wissenschaftliche Zwecke genutzt werden (Lizenz CC BY-NC-ND),
gewerbliche Nutzung wird urheberrechtlich verfolgt.

This document is for scientific use only (license CC BY-NC-ND), commercial use of copyrighted material will be prosecuted.

Marginalien zum fiktiven Darlehen

Bereits *Ludwig Mitteis* machte sich Gedanken darüber, wie in den griechischen Rechtsordnungen eine Forderung abstrakt begründet (oder verändert) werden konnte¹. Die Begründung oder Änderung einer Forderung nach Art der römischen *stipulatio* durch einen mündlichen Formalakt von Frage und Antwort war den Griechen nämlich unbekannt. *Mitteis* fand die Lösung im schriftlichen Formalakt der *syngraphe*: Der Schuldner unterwirft sich dem Zugriff seitens des Gläubigers für den Fall, dass er eine – nie erhaltene – Darlehensvaluta nicht zurückzahle. Es wird also ein „fiktives Darlehen“ beurkundet. Neuere Autoren betrachten nicht die Schriftform als konstitutiv, sondern sehen in der Urkunde lediglich den vor Gericht nicht zu widerlegenden Beweis, die – nicht zugezählte – Darlehensvaluta erhalten zu haben; haftbar gemacht habe das fingierte Haben (ἔχειν) fremden Geldes².

In diesem Beitrag möchte ich der Frage nachgehen, wie die Figur des fiktiven Darlehens, eines Darlehens, das überhaupt nicht oder nicht in der beurkundeten Höhe oder Art zugezählt wurde, den Bedürfnissen der Praxis gedient hat. Aus prozessualen Gründen sehe ich Probleme, dass eine bloße neue Darlehensurkunde die Beweiskraft einer älteren Schuldurkunde außer Kraft gesetzt haben könnte. Meiner Meinung nach bedurfte es einer zeitlich dazwischen liegenden, meist beurkundeten Vereinbarung über das prozessuale Verhältnis der späteren zur früheren Schuldurkunde. Ich stütze mich dabei hauptsächlich auf neue Überlegungen zu einer seit *Mitteis* oft behandelten Inschrift aus Bötien und zwei aus der reichen Materialfülle in Kühnert und Rupprecht ausgewählte Papyri. Ein Blick auf weitere Darlehens- und Kaufurkunden sowie auf ein Seefrachtdokument wird das Bild abrunden. Spuren von fiktiven Darlehen anstelle der näher gelegenen *stipulatio* werden sich auch in den Schriften der klassischen römischen Juristen finden lassen.

I.

Im Jahre 223 v.Chr. einigten sich die Gläubigerin, Nikareta aus Thespiai, und die Polis Orchomenos in Bötien als Schuldnerin auf die Zahlung von 18.833 Drachmen binnen eines Monats. Das Geschäft war in die Form einer Darlehens-*syngraphe* gekleidet: Vier Vertreter der Polis hafteten persönlich für die Rückzahlung eines zinslos gewährten Darlehens. Insgesamt ist in einer gut erhaltenen Inschrift von 178

1 *L. Mitteis*, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, Leipzig 1891, 468-485; *ders.*, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde I, Leipzig 1912, 117.

2 *H.J. Wolff*, Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts, in: SZ 74 (1957) 26-72 (49); *H.-A. Rupprecht*, Untersuchungen zum Darlehen im Recht der graeco-ägyptischen Papyri der Ptolemäerzeit, München 1967, 138f.; anders *H. Kühnert*, Zum Kreditgeschäft in den hellenistischen Papyri Ägyptens bis auf Diokletian, Diss. Freiburg/Br. 1965, 38.

Zeilen ein Dossier von acht Dokumenten überliefert³, aus dem eindeutig hervorgeht, dass jene 18.833 Drachmen bei Errichtung der *syngraphe* nicht zugezählt wurden. Das Darlehen war fiktiv. Aus dem Zusammenhang aller acht Dokumente lässt sich die rechtliche Bedeutung der Darlehensurkunde gut rekonstruieren: Kam ihr gegenüber den älteren Schulden novierende Wirkung zu?

Ein knappes Regest der acht in chronologische Ordnung gebrachten Texte soll die Übersicht erleichtern⁴:

(nicht auf dem Stein) *syngraphe* (?) über ein Darlehen (Z. 45) in unbekannter Höhe, das Nikareta oder ihr Vater Thion, beide aus Thespiai, der Polis Orchomenos gewähren. Bürge (*engyos*) Thion, Sohn des Synnomos, aus Orchomenos (?); Zeuge der Auszahlung (?) (*Fistor*, Z. 64; vgl. Z. 165) Aristonikos, Sohn des Praxiteles, aus Thespiai (?), beide Z. 62-64.

1) **IV** Z. 61-75: *hyperameriai* (Z. 32, s. a. 14/15 etc.), *empraxis* (= att. *eispraxeis*, pl.; Z. 55/56). 5 Anträge der Nikareta auf Vollstreckung gegen die Polis Orchomenos bzw. den Bürgen Thion (s. o.), eingereicht bei den *thesmophylakes* (Z. 77) in Thespiai: a) unter Xenokritos, 12. Monat, 10.085 Drachmen, 2 Obolen b) unter Lioukiskos, 5. Mo., 2.500 Dr. c) 6. Mo., 4.000 Dr. d) 6. Mo., 1.000 Dr. e) 7. Mo., [1.247 Dr., 4 Ob.]. (Summe 18.833 Dr.) Die unmittelbare Abfolge der Jahre ist unsicher, in Z. 23, 136/137, 151 werden die Anträge „(alle) unter Xenokritos“ bezeichnet. Wenn die Ergänzung des 5. Antrags zutrifft, hatte sich Nikareta bereits vor den Vollstreckungsanträgen auf den Betrag geeinigt, d.h. auf die Strafsumme verzichtet (Z. 15/16, 135, 174/175); eher scheint aber der letzte Klagebetrag wegen der nachträglichen Einigung absichtlich nicht genannt zu sein.

2) **VII** Z. 123-169: *homologa* unter dem Boiotarchen Onasimos, 9. Mo. (223 v.Chr.), Abschlussort vermutlich Thespiai. Vereinbarung zwischen Nikareta und der Polis Orchomenos (durch die 3 *polemarchoi* dieses Jahres) über die Bezahlung der *hyperameriai* „unter Xenokritos“ von 18.833 Dr. spätestens bis zum 12. (wohl 13.?) Mo. unter Onasimos; eine *syngraphos* darüber ist zu errichten, die bei dem Thespier Fiphiades zu hinterlegen ist. Zahlungsmodalitäten, Sanktionen. 7 Zeugen aus Thespiai, darunter auch der Urkundenverwahrer Thiopheistos.

3) **VI** Z. 78-122: *syngraphe* in attischer Koine, Ort und Datum vermutlich wie 2/**VII**. Darlehensvertrag. Nikareta gewährt den 3 *polemarchoi* und dem *tamias* (Z. 18-21, 173/174; 10 Bürgen, Z. 84-94, 145) von Orchomenos ein unverzinsliches Darlehen von 18.833 Dr. bis zum 10. Mo. (zurückzuzahlen am Bundesfest, Z. 102/103), *praxis*- und *kyria*-Klausel. 7 Zeugen aus Thespiai, darunter auch (Z. 121/122 in böot. Dialekt) der Urkundenverwahrer (und Zwischenbürge, *mesengyos*, Z. 146/147) Fiphiades.

4) **III** Z. 40-60: Volksbeschluss der Orchomenier, unter Polykrates (wie Boiotarch Onasimos 223 v.Chr.), 11. Mo., 4. Tag, in Anwesenheit der Nikareta (Z. 44) über Rückzahlung der 18.833 Dr. im 11. Mo. nach einer *enphora* (= att. *eisphora*); die

3 IG VII 3172; s. dazu *Mitteis* (o. Anm. 1), 469-475; Text s. R. Bogaert, *Epigraphica* II, Leiden 1976, 75-83 (no. 43); L. Migeotte, *L'emprunt public*, Québec/Paris 1984, 43-69 (no. 13) mit Kommentar und Bibliographie; nachzutragen: Kühnert (o. Anm. 2), 30; Rupprecht (o. Anm. 2), 125f.

4 Die fett gedruckten römischen Ziffern zeigen die Reihenfolge der Dokumente auf dem Stein an. Bei den Termini ist der böotische Dialekt beibehalten. Die böotischen Monate sind durchnummeriert: 1 Boukatios, 2 Hermaios, 3 Prostaterios, 4 Agrionios, 5 Thiouios, 6 Homoloios, 7 Theilouthios, 8 Hippodromios, 9 Panamos, 10 Pamboiotios, 11 Damatrios, 12 Alalkomenios, (13 Alalkomenios II, Schaltmonat).

empraxis (1/IV) sind zu löschen, die Urkunde der *syngrapha* (3/VI) ist der Polis zu übergeben.

5) VIII Z. 169-178: *diagrapha* bei der Bank des Pistokles in Thespiai, unter Epiteles (in Thespiai, wie Boiotarch Onasimos 223 v.Chr.), 13. Mo., 11. Tag. Der *tamias* von Orchomenos läßt die 18.833 Dr., vereinbart aus den *hyperameriai*, der Nikareta gutschreiben, in Anwesenheit des orchomenischen *polemarchos*, der im letzten Jahresdrittel den Vorsitz führt, gemäß Volksbeschluss 4/III.

6) II Z. 8-40: Volksbeschluss der Orchomenier (unter Polykrates, wie Boiotarch Onasimos 223 v.Chr.), 13. (?) Mo., 26. Tag, über die restlose Abwicklung der Rückzahlung: Die *polemarchoi* haben die *syngraphos* (3/VI) behoben, die *hyperameriai* (1/IV) sind gelöscht, die Urkunden II bis VIII (so die angeordnete Reihenfolge) sind von den *polemarchoi* zu publizieren.

7) V Z. 75-77: Notiz der *polemarchoi* von Orchomenos (undatiert). Die *hyperameriai* in Thespiai (1/IV) sind gelöscht, Name des dort verantwortlichen Schreibers (gemäß Z. 33 des Volksbeschlusses 6/II).

8) I Z. 1-7: Überschrift über die von den *polemarchoi* gemäß dem Volksbeschluss der Orchomenier (6/II) durchgeführte Publikation der Urkunden II bis VIII noch im Jahr des Polykrates oder zu Beginn des nächsten Jahres (noch 223 v.Chr.).

Auch in der Gesamtinterpretation soll die chronologische Reihenfolge eingehalten werden. Dass die ursprüngliche Darlehensurkunde (Z. 45), aus welcher Nikareta gegen die Polis Orchomenos vorgegangen war, nicht mit aufgezeichnet wurde, folgt daraus, dass sie durch die Einigung über die Vollstreckungsanträge (1/IV) und die Bezahlung der Summe (5/VIII) restlos überholt war.

1. Der erste Schritt, der im Dossier dokumentiert ist, sind die fünf *hyperameriai* (Anträge wegen „Verzugs“). Nikareta beantragt in ihrer Heimatpolis Thespiai, gegen die Polis Orchomenos gerichtlich vorgehen zu dürfen. Das Verfahren hätte vermutlich auf Antrag von Thespiai in einer vom Bötischen Bund eingesetzten neutralen Polis stattfinden sollen, doch war es nicht dazu gekommen. Vielmehr hatten die Parteien sich auf die oft genannte Summe von 18.833 Drachmen verglichen: Nikareta wurde „überredet“, den Betrag zu akzeptieren (Z. 135, 15/16), und in Z.174/175 wird der Terminus *συνχωρέω* (sich einigen) gebraucht. Die Einigung wird sogar durch eine der Gläubigerin angedrohte Geldbuße gesichert, sollte sie sich weigern, jenen Betrag als Erfüllung anzunehmen (2/VII, Z. 160-164). Der fünfte Klagebetrag war also durch den Vergleich auf die Gesamtsumme von 18.833 Dr. überholt und aus diesem Grund in voller Absicht nicht in das Dokument der *hyperameriai* mit aufgenommen⁵.

2. Mindestens 14 Monate nach dem letzten Klageantrag kommt der Vergleich zwischen Nikareta und der Polis Orchomenos zustande. Die Gläubigerin erklärt sich mit dem Betrag von 18.833 Dr., zu zahlen bis Jahresende, für abgefunden. Einblick in die prozessualen Mechanismen geben die Klauseln der beidseitigen Sicherung. Zugunsten der Gläubigerin soll eine Urkunde über ein Darlehen – das gegenständliche fiktive – in der Höhe jenes Betrags errichtet und bei einem neutralen Urkundenverwahrer hinterlegt werden. Mit Erfüllung haben Nikareta ihre Klagen zurückzuneh-

5 Darüber s. *Migeotte* (o. Anm. 3), 63.

men und der Verwahrer die Darlehensurkunde den Schuldner zu übergeben. Bei nicht rechtzeitiger Erfüllung haften die Schuldner sowohl aus der Darlehensurkunde als auch aus den Klageanträgen jeweils auf 18.833 Dr., also auf das *Duplum*. Vorgehen ist auch noch eine dritte Möglichkeit: Wenn Nikareta sich weigert, die Vergleichsumme als Erfüllung anzunehmen, hat der Verwahrer gleichwohl die Darlehensurkunde den Schuldner herauszugeben und Nikaretas Klagen sollen erloschen sein; außerdem hat sie den Orchomeniern die exorbitant hohe Buße von 50.000 Dr. zu zahlen. Man sieht hieraus, dass die Orchomenier das überwiegende Interesse an dem Vergleich hatten.

Die Vergleichsurkunde wird Homologie (*homologa*, Z. 124) genannt. Das Geschäft steht im Einklang mit der allgemeinen Beobachtung, dass die in einer Homologie erzielte Willenseinigung niemals eine Verpflichtung erzeugt. Vielmehr modifizieren die beidseitigen Erklärungen lediglich bereits bestehende oder im Entstehen begriffene Positionen für den Fall eines künftigen Rechtsstreits⁶: Die Schuldner setzen sich bei Nichtleistung einer doppelten Haftung aus, bei ordnungsgemäßer Leistung verlieren jedoch die gegen sie gerichteten Dokumente ihre Maßgeblichkeit vor Gericht und sind zu tilgen bzw. ihnen zu übergeben. Auf den ersten Blick überrascht es, wie eine Haftung von 50.000 Dr. für die bloße Nichtannahme von 18.833 Dr. begründet werden kann. Das (von *Hans Julius Wolff*⁷ zu Recht vorausgesetzte) materielle Substrat einer Haftungsbegründung, die Vermögensverschiebung, scheint mir in der Vermögensschädigung der Gläubiger zu liegen: Nimmt die Gläubigerin die im Vergleich ausgehandelte Summe nicht als Erfüllung an, besteht für die Schuldner – trotz entgegenstehender Klauseln – das Risiko weiter, auf den ursprünglichen Klagebetrag in Anspruch genommen zu werden.

3. Unmittelbar im Anschluss an die Homologie und in Übereinstimmung mit ihr wird die Darlehensurkunde errichtet. Auffällig ist nicht nur der auch im ptolemäischen Ägypten übliche Urkundentyp der Sechszeugen-Hüterurkunde, sondern auch die fast wörtliche Übereinstimmung des Formulars mit dem uns aus den Papyri bekannten. Nur dieses Aktenstück ist nicht im böotischen Dialekt, sondern im international gebräuchlichen Attisch abgefasst. Im objektiven Stil wird festgehalten, dass Nikareta die Summe dargeliehen habe (ἐνδάνεισεν) und die vier handelnden orchomenischen Magistrate oder die zehn Bürgen, jeder für sich, sie zurückzuzahlen hätten (ἀποδότωσαν). Als Frist ist nunmehr der nächste, der 10. Monat, gesetzt, *praxis*- und *kyria*-Klausel folgen, die Strafklausel ist schon in der Homologie (2/VII) enthalten.

Aus den drei bisher diskutierten Dokumenten geht eindeutig hervor, dass die Gläubigerin Nikareta die beurkundete Summe den Schuldner nicht zugezählt hat. Die Zuzählung war fiktiv. In einem Prozess wären die 14 Orchomenier allerdings aus der gültigen Darlehensurkunde haftbar gewesen, nicht aus einer Homologie, in welcher

⁶ Wolff (o. Anm. 2), 57; G. Thür, Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens, Wien 1977, 152-158.

⁷ Wolff (o. Anm. 2), 63-66.

sie wahrheitswidrig den Empfang des Geldes bestätigt hätten⁸. Der praktische Grund, die Darlehensurkunde zu errichten, lag darin, dass man damit die gegenwärtig in Orchomenos amtierenden Magistrate und neue Bürgen für die Zahlung persönlich haftbar machen wollte. Auch das *Duplum* für den Fall der Nichterfüllung konnte mit der *syngraphe* unkompliziert vereinbart und durchgesetzt werden.

4. Der in der Darlehensurkunde festgesetzte Zahlungstermin, das Bundesfest der Böötier im 10. Monat, war verstrichen. Erst einige Tage später, im 11. Monat, konnten die drei *polemarchoi*, welche die Vereinbarung (*homologa*, 2/VII) mit Nikareta getroffen hatten, die Volksversammlung in Orchomenos davon überzeugen, das Geld zur Zahlung an Nikareta durch eine allgemeine Umlage aufzubringen. In Anwesenheit Nikaretas wurde ein Volksbeschluss gefasst, welcher die Bestimmungen der Homologie billigte. Offenbar musste die Gläubigerin ihre Zugeständnisse öffentlich wiederholen.

5. Am 11. Tag des 13. Monats, des Schaltmonats, erfolgte endlich die Zahlung bei einer Bank in Thespiai (5/VIII). Ein weiterer Volksbeschluss (6/II) bestätigt zur Entlastung der *polemarchoi*, dass die *syngraphe* (3/VI) behoben und die Klagen (1/IV) gelöscht seien, und ordnet die Publikation des gesamten Dossiers auf Stein an. Mit publiziert wird auch der Name des Schreibers, der in Thespiai die Klagen Nikaretas gelöscht habe (7/V).

Die Inschrift zeigt exemplarisch die bürokratischen Schritte, die eine Polis unternahm, um sich durch Vergleich von einem privaten Gläubiger zu befreien. Da die prozessualen Spielregeln für die Vertreter der Polis in gleicher Weise wie für Private galten, kann man aus den wesentlichen Dokumenten allgemeine Schlüsse ziehen. Der fiktive Charakter der Darlehensschuld ist evident. Die Urkunde diente dazu, einen Anspruch ohne Rücksicht auf seinen Entstehungsgrund, also abstrakt, durchzusetzen. Erst durch die begleitenden Dokumente wird die *causa* sichtbar und rechtlich relevant.

Das hinter dem fiktiven Darlehen stehende Geschäft war ein Vergleich über offene Schulden aus einem echten Darlehen. Hat das fiktive Darlehen die frühere Darlehensschuld noviert? Zu beachten ist, dass die ursprüngliche Darlehensurkunde im Dossier nicht mit publiziert ist. Das Dossier geht nur bis zu den fünf von Nikareta eingereichten Klagen zurück (1/IV). Ich schließe daraus, dass die ursprüngliche Darlehensurkunde ihre Bedeutung für die Höhe der Schuld dadurch verloren hat, dass die Schuldner die Forderung bis zur Höhe von 18.833 Dr. anerkannt haben und die Gläubigerin dem zugestimmt hat. Nikareta konnte also mit der Homologie (2/VII) in Händen diesen Betrag einklagen, ohne dass die Beklagten dagegen Einwände hätten vorbringen können. Wenn man will, kann man hier von „Novation“ sprechen, zumal auch die für die Polis haftenden Personen wechseln. Doch wird nicht der Grund der Haftung geändert, sondern durch Erklärung vor allem deren Umfang modifiziert. Dogmatisch bleibt das Geschäft auf der Ebene des Beweisrechts stehen.

⁸ In anderem Zusammenhang wendet sich *Rupprecht* (o. Anm. 2), 134 zu Recht gegen die zu enge Auffassung *Wolffs* (o. Anm. 2), 37, nur das Zugeständnis einer die Haftung begründenden Tatsache in Homologieform schaffe von realen Verfügungen unabhängige Haftungsbeziehungen.

Das Originaldokument, soweit es neben der Homologie überhaupt noch nötig war, hatte nur noch für 18.833 Dr. Beweiskraft.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass auch der neu ausgestellten Darlehensurkunde über 18.833 Dr. keineswegs Novationswirkung zukam. Nikareta hatte damit vielmehr ein Instrument in Händen, das sie bei Nichterfüllung zusätzlich einsetzen konnte. Die modifizierten Klagen und das fiktive Darlehen sicherten gemeinsam die Durchsetzung des Duplum für den Fall, dass die Polis – vermutlich neuerlich – in Verzug geriet. Durch die Homologie und die neue Darlehensurkunde war die in der ursprünglichen Darlehensurkunde gewiss vorhandene Strafklausel außer Kraft gesetzt; auch das war ein Grund, diese nicht mit zu publizieren. Andererseits sicherten die Schuldner sich durch Einschaltung dritter Personen, des Verwahrers der neuen Darlehensurkunde und des Gerichtsschreibers in Thespiai, dagegen ab, dass Nikaeta die sie berechtigenden Urkunden missbräuchlich einsetzte.

Abschließend möchte ich darauf hinweisen, dass es für die weitere Untersuchung nicht ausreicht, festzustellen, ein Darlehen sei zwar beurkundet, aber nicht zugezählt worden. Vielmehr muss man die Einbettung des Geschäfts in die weiteren Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien mit berücksichtigen.

II.

Obwohl in den Papyri hunderte von Darlehen überliefert sind, ist kein der Nikareta-Inschrift vergleichbares Dossier erhalten, aus welchem eindeutig die näheren Umstände hervorgingen, unter welchen eine Darlehensvaluta nicht zugezählt worden sei. In den überlieferten Urkunden können also zahlreiche „fiktive“ Darlehen verborgen sein. Erkennbar sind sie in drei Fallgruppen: bei Kaufgeschäften, verborgenen Zinsabsprachen und – höchst selten – bei Vergleichen, vielleicht auch im Ehegüterrecht.

1. Beim Kauf ist hier den Forschungen *Fritz Pringsheims* kaum etwas hinzuzufügen⁹. Bekanntlich brachte der Konsens, die bloße Einigung über Ware und Preis, nach griechischer Auffassung keine beidseitigen Klagen auf Erfüllung hervor. Der Kauf war erst für die Übereignung der Ware relevant, das Eigentum ging erst mit vollständiger Bezahlung des Kaufpreises über. Anstatt den Kaufpreis bar zu bezahlen, konnte sich der Käufer auch einer Haftung unterwerfen, so als ob ihm der Verkäufer ein Darlehen zugezählt hätte. Der Käufer erhielt hierauf die Ware samt der ihn als Eigentümer legitimierenden Kaufurkunde, welche den Kauf, die Übergabe und auch die Preiszahlung bestätigte. Der Verkäufer hatte zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises keine Kaufurkunde in Händen – sie wäre hierzu auch gar nicht geeignet gewesen –, sondern eine Darlehensurkunde. Man könnte von einem „Kreditkauf“ im engsten Sinne des Wortes sprechen, ein Modell, das heute annäherungsweise im „drittfinanzierten“ Kauf noch fortlebt. Nur in seltenen Fällen, wenn der im Hintergrund stehende Kauf zufällig in der Darlehensurkunde genannt ist, erfahren wir, dass das „Darlehen“ dem Schuldner nie in

⁹ *F. Pringsheim, The Greek Law of Sale, Weimar 1950.*

Geld zugezählt worden war, sondern als „fiktives“ dem Verkäufer nach Vorleistung der Ware lediglich als Sicherheit für den kreditierten Kaufpreis diente¹⁰. Nicht der Zugriff auf die Ware, sondern die harten Vollstreckungs- und Strafklauseln der Darlehensurkunde boten dem Verkäufer die nötige Sicherheit.

Im Kauf konnte die Figur des Darlehens auch in entgegen gesetzter Richtung auftreten. Als Schuldner kommt nicht nur der Käufer, sondern auch der Verkäufer in Frage, und zwar beim Lieferungskauf: Der Verkäufer empfängt den Preis, noch bevor er die Ware liefert, als „Darlehen“. Dem Prinzip des „Barkaufs“ entsprechend (genauer dem der hieraus entwickelten „Zweckverfügung“; s.o. Anm. 7.) entstand eine Haftung erst mit Vorleistung eines Vermögenswertes durch den Gläubiger. Bei den zahlreichen Kaufgeschäften über künftige landwirtschaftliche Produkte wie Wein oder Getreide war deshalb die Vorauszahlung des Preises die Voraussetzung dafür, dass den Landwirt eine persönliche Haftung traf, von der er sich nach der Ernte nur durch Leistung der vereinbarten Produkte (oder der festgelegten Strafsumme) befreien konnte. Diese – haftungsbegründende – Vorauszahlung wird in der Urkunde manchmal „Darlehen“ genannt¹¹. Rechtlich gesehen handelt es sich dabei jedoch stets um einen Kaufpreis. Da er oft lange vor der Ernte real bezahlt wurde, schien dem Produzenten, rein wirtschaftlich betrachtet, allerdings „Kredit“ eingeräumt worden zu sein. Eine schlichte „Rückzahlung“ in Geld war jedoch ausgeschlossen. Auch wenn der Marktpreis zur Zeit der Ernte den vom Käufer vorausbezahlten Betrag überstieg, konnte sich der Verkäufer nicht durch Rückzahlung der „Darlehensvaluta“ befreien, sondern haftete auf Lieferung des Produkts¹².

Die Lieferungskäufe landwirtschaftlicher Produkte erfahren noch ein weiteres Missverständnis. Moderne Interpreten meinen, diese Geschäfte seien generell als verschleierte Darlehen zu deuten. Es handle sich in Wahrheit um Gelddarlehen, die den gesetzlichen Zinssatz überstiegen; deshalb trete der Darlehensnehmer als „Verkäufer“ auf und die Rückzahlung werde nicht in Geld, sondern in Wein oder Getreide ausgedrückt¹³. Wir hätten also fingierte Käufe und als Naturaldarlehen getarnte Gelddarlehen vor uns. Richtig daran ist nur, dass die Lieferungskäufe sich bei der Bestimmung der Leistung des Darlehensformulars bedienen. Doch das Wort ἀποδότης kann sowohl eine Rückzahlung, als auch eine Gegenleistung und schließlich jede schlichte Leistung bezeichnen. Man kann die künftige Leistung einer vertretbaren Sache kaum anders als mit der für das Darlehen entwickelten Terminologie ausdrücken. Der beim Lieferungskauf vom Käufer an den Verkäufer im Voraus bezahlte Preis hat rechtlich mit einem Darlehen nichts zu tun.

2. Verschleierte, über den gesetzlichen Satz hinaus vereinbarte Zinsen können auf andere Weise zu fiktiven Darlehen führen: Das Darlehen wird „zinslos“ für eine bestimmte Laufzeit gegeben und die anfallenden Zinsen werden vom Nennwert bereits abgezogen. Auf diese Praktiken stößt man erst, wenn die Schuldner sich

10 Pringsheim (o. Anm. 9), 253f., 265; Wolff (o. Anm. 2), 30.

11 Z.B. Oslo inv. 1440 (SB VI 9569; Herk. unbek., 91 n.Chr.), Z. 18: ἔχω ἐν δανίῳ τὴν τιμὴν ... S. dazu É. Jakab, Risikomanagement beim Weinkauf, München 2009, 152f.

12 S. dazu C. 4,2,10/4,49,12, Jakab (o. Anm. 11), 166-175.

13 R.S. Bagnall, Price in ‚Sales on Delivery‘, in: GRBS 18 (1977) 85-96; dagegen Jakab (o. Anm. 11), 151-155.

wegen Wuchers oder Betrugs bei den Verwaltungsbehörden beschweren und Abhilfe verlangen¹⁴. Kein Problem bereitet die Kapitalisierung von Zinsen, wenn sie sich im gesetzlichen Rahmen bewegen (24 % in ptolemäischer, 12 % in römischer Zeit¹⁵). In jedem Fall muss man davon ausgehen, dass eine formrichtig ausgestellte Darlehensurkunde den Gläubiger dazu berechtigt, gegen den Schuldner vor den Gerichten in Höhe der hierin angegebenen Valuta vorzugehen¹⁶. Bei Betrug oder Wucher suchte man in der Regel die Urkunde im außerordentlichen Rechtsweg entweder zurückzubekommen oder für ungültig erklären zu lassen¹⁷.

3. Die interessanteste Fallgruppe ist jene, in welcher, ähnlich wie in der Nikareta-Inschrift, ein früheres gültiges Dokument durch eine neue Darlehensurkunde ersetzt wurde. Da derartige Dossiers nicht überliefert sind, muss man nach Indizien in den Darlehensurkunden selbst suchen. Eines kann die manchmal gebrauchte Klausel sein „Das ist das Darlehen ...“ (Τοῦτο δ' ἐστὶν τὸ δάνειον ...). Doch darf man die Stellen nicht einfach mechanisch suchen. Die Klausel hat nämlich zwei Gesichter: Einmal hat sie kumulative Bedeutung, der Betrag gilt „unbeschadet“ anderer bestehender Schulden¹⁸, das andere Mal besagt sie privativ, dieser Betrag „ersetzt“ einen früheren. *Rupprecht* baut seinen Abschnitt über fiktive Darlehen auf die Texte im zweiten Sinn auf¹⁹. Richtig geht er davon aus, dass eine gültige Darlehensurkunde vor Gericht unwiderleglichen Beweis macht. Hat der Gläubiger zwei gültig errichtete Urkunden über denselben Gegenstand in Händen, schütze die *touto*-Klausel den Schuldner vor doppelter Verurteilung²⁰. Das ist schon angesichts der Doppeldeutigkeit der Klausel wenig wahrscheinlich. Ich meine, es bedurfte so wie im Nikareta-Fall einer weiteren, zeitlich zwischen den beiden Schuldurkunden liegenden Urkunde, die das prozessuale Verhältnis klärt. In der Tat wird in zwei der von ihm behandelten Dokumente, UPZ II 190 und CPJ 24, auf eine Homologie Bezug genommen²¹.

a) UPZ II 190 (Par 7; MChr 225; Thebais, 98 v.Chr.): Datum. Harsiesis, Sohn des Horos, gibt Asklepias, Tochter des Panas, ein Darlehen von 22½ Artaben Weizen zinslos für einen Monat. Strafklausel (das Anderthalbfache, *hemiolion*, des Marktpreises), *praxis*-Klausel, detaillierte *touto*-Klausel (Z. 16-20): „Das ist das Darlehen, das sie wiederum zugestanden hat (ἀνωμολογήσατο), von ihm erhalten zu haben anstatt der 14 Artaben Weizen, die ihr oben genannter Vater Panas dem Horos,

14 Kühnert (o. Anm. 2), 28-30.

15 H.-A. Rupprecht, Einführung in die Papyruskunde, Darmstadt 1994, 118.

16 O. Anm. 2.

17 Das bekannteste Beispiel ist Ent. 49 (Magdola, 221 v.Chr.), worin ein Vater wegen einer Darlehensurkunde einschreitet, die sein minderjähriger Sohn einer Dirne ausgestellt hat. Die beurkundeten 1000 Dr. waren diesem nie zugezählt worden. S. J. Hengstl, Griechische Papyri, München 1978, Nr. 40.

18 S. z.B. BGU IV 1055 (MChr 104), 1162, 1166.

19 Rupprecht (o. Anm. 2), 118-147 behandelt folgende Texte mit *touto*-Klausel: PSI IV 389, Tebt III/1 818 (CPJ I 24), Rein I 31 (nunmehr: Dion 26), Grenf II 27, UPZ II 190 (Par 7), UPZ I 125, Ryl IV 587.

20 Rupprecht (o. Anm. 2), 145.

21 S. dazu auch meinen Beitrag „Fictitious Loans“ in den Akten des 25. Internationalen Papyrologenkongresses 2007 (Ann Arbor, MI).

dem Vater des Harsiesis, geschuldet hat gemäß einem ägyptischen *symbolaion*.“ *Rupprecht* ist sich nicht schlüssig, ob sich die Homologie auf das vorliegende Darlehen oder auf eine zusätzliche Urkunde beziehe²². Zieht man die Nikareta-Inschrift mit heran, sieht man die parallele Situation. Durch einen Vergleich, der in einer zusätzlichen Homologie festgehalten ist, wird der Schuldnerin ein kurzer Aufschub gewährt. Die Homologie gab vermutlich auch Auskunft über die ungerade Zahl von 22½ Artaben; das zu erwartende *hemiolion* von 14 Artaben wären nur 21. Außerdem musste hierin das Verhältnis des ägyptischen (demotischen) *symbolaion* zur vorliegenden *syngraphe* geklärt gewesen sein.

Nur mit einer derartigen Homologie kann die Schuldnerin Asklepias sicher sein, dass ihr Gläubiger nicht mehr aus dem alten *symbolaion* klagen werde, mit vermutlich höheren Straf- und Nebenansprüchen. Die *touto*-Klausel hilft ihr nämlich wenig, da nicht sie, sondern ihr Gegner die neue *syngraphe* in Händen hat. Ihre Situation wird besser, sobald sie die 22½ Artaben geleistet hat. Dann muss ihr nämlich Harsiesis die *syngraphe* übergeben und sie kann sich mit der *touto*-Klausel schützen, wenn er sie auch noch aus dem alten *symbolaion* verklagt. Erst wenn sie auch dieses Dokument in Händen hat, ist die Homologie-Urkunde unnötig geworden²³.

b) CPJ 24 (Tebt 818; Trikomia im Fayum, 174 v.Chr.): Das fiktive Darlehen von 2 Talenten und 500 Drachmen läuft über sieben Monate, die *touto*-Klausel lautet (Z. 15-20): „Das ist das Darlehen, das Agathokles dem Ioudas von den fünf Talenten noch schuldet, die er von Ioudas als Einlage für ein gemeinschaftliches Einzelhandelsgeschäft empfangen hat, gemäß einer Homologie-*syngraphe*, deren Hüter Ananias ... ist.“ Agathokles erhielt von Ioudas das Kapital von fünf Talenten als Einlage in eine Gesellschaft. Höchst wahrscheinlich wurde eine Urkunde über die Gründung der Gesellschaft errichtet. Zu Unrecht betrachtet allerdings *Rupprecht*²⁴ die erwähnte Homologie-*syngraphe* als jenen Gesellschaftsvertrag. Vielmehr bezieht sie sich auf die gegenwärtigen Schulden des Agathokles von 2 Tal. 500 Dr. Diese sind der Saldo nach Abrechnung und Auflösung der Gesellschaft; möglicherweise liegt auch ein Vergleich über den Saldo vor. Die noch offene Forderung Ioudas' wurde in die Gestalt eines fiktiven Darlehens gekleidet. Wieder wurde das Geschäft in drei Stufen abgewickelt: Grundgeschäft (Gesellschaft) – Abrechnung oder Vergleich (Homologie) – fiktives Darlehen zur Sicherung der offenen Forderung.

Sowohl die Homologie- als auch die Darlehens-*syngraphe* wurden bei (verschiedenen) Urkundenhütern hinterlegt. Nikareta und die Orchomenier hatten sich mit der Hinterlegung der Darlehensurkunde begnügt, da über die Homologie zusätzlich ein Volksbeschluss ergangen war. Man sieht hier auch aus dem allein, ohne Dossier überlieferten Papyrus, dass sich die Parteien die prozessualen Konsequenzen ihrer Urkunden genau überlegten. Keinesfalls verließen sie sich nur auf die *touto*-Klausel.

²² *Rupprecht* (o. Anm. 2), 123.

²³ In Dion 26 (Rein I 31; Hermoupolis, 116 v.Chr.) ist eine derartige Regelung in die *touto*-Klausel selbst aufgenommen: „Das ist das Darlehen, das Dionysos dem Hermias noch schuldet (προσφειληκεν) aus einer Darlehens-*syngraphe*, die ihm getilgt ist, sobald diese *syngraphe* (sc. als bezahlt) vorgewiesen wird“.

²⁴ *Rupprecht* (o. Anm. 2), 121.

4. Nur erwähnen möchte ich die Urkunden, in denen ein Ehemann für den Fall der Scheidung seine Rückgabe- oder sonstigen Leistungspflichten in die Form von Darlehensschulden kleidet²⁵. Auch hier sieht man manchmal bereits aus einem einzigen überlieferten Dokument, dass eine Zuzählung der Valuta niemals stattgefunden hat.

III.

Bevor abschließend noch ein Ausblick in die spätere Vertragspraxis unternommen wird, sind die bisher erzielten Ergebnisse zusammenzufassen. Die griechische Kautelarpraxis kennt die Haftung aus Darlehensurkunden, deren beurkundete Valuta nie oder nicht in der angeführten Art oder Höhe zugezählt wurde. Allerdings begegnet auch kein einziger Fall, in dem die Haftung allein durch eine *syngraphe* über eine fiktive Zuzählung begründet wurde, wie das *Mitteis* annahm. Stets stand als haftungsbegründender Tatbestand eine Vermögensverschiebung zugunsten des Schuldners im Hintergrund: der Empfang eines früheren Darlehens, einer Einlage eines Mitgesellschafter, einer gekauften, aber noch nicht bezahlten Ware, vielleicht auch einer ehedem rechtlichen Zuwendung. Die als Darlehen stilisierte Urkunde als solche reichte zur Begründung der Haftung nicht aus, konnte aber eine bereits bestehende oder gleichzeitig entstehende Haftung modifizieren, indem sie nachträgliche Vereinbarungen sicherte oder die Darlehensvaluta höher angab als real empfangen. In all diesen Fällen musste der Schuldner die gültig errichtete Urkunde vor Gericht gegen sich gelten lassen. Einwendungen wegen Betrugs oder Wuchers wurden, soweit wir es sehen, im Verwaltungsweg ausgefochten. Änderungen des Umfangs oder der Modalitäten der Haftung erforderten besondere Vorkehrungen, damit der Schuldner nicht aus mehreren gültig errichteten Urkunden parallel in Anspruch genommen werden konnte; man konnte sich dazu der Homologie bedienen, die selbst keine neue Haftung begründete, sondern nur das Programm der Durchsetzung und Sicherung festlegte.

1. Auch zur Erklärung der umstrittenen Urkunde des Kapitäns Menelaos aus Kerasmos, TPSulp 78 (Puteoli, 38 n.Chr.), scheint mir das fiktive Darlehen hilfreich, ohne dass der Fall hier nochmals in aller Breite aufgerollt werden müsste²⁶. Richtigerweise wird das Dokument der griechischen Rechtspraxis zugeordnet, doch musste es seine Wirksamkeit auch vor römischen Gerichten entfaltet haben. Menelaos übernimmt von Primus tausend Denare, die er gemäß eines Seefrachtvertrags, einer ναυλωτική (συγγραφή), herauszugeben habe. Einander gegenüber stehen die Erklärungen des Geschäfts als Seefrachtvertrag²⁷, Seedarlehen²⁸, Vorläufer des Versi-

25 Tebt II 386, PSI I 64, s. dazu Kühnert (o. Anm. 2), 24f., 30; Bedenken Rupprecht (o. Anm. 2), 130f.

26 Alle bis zu seiner Zeit vorgebrachten Argumente sind vom Herausgeber, G. Camodeca, Tabulae Pompeianae Sulpiciorum I, Rom 1999, 180 verzeichnet.

27 Neuerdings wieder J.G. Wolf, Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: Die *naulotike* des Menelaos – Seedarlehen oder Seefrachtvertrag? in: Iuris Vincula I. Festschrift Talamanca, Napoli 2001, 421-463.

28 H. Ankum, Nochmals: Die *naulotike* des Menelaos in TP 13 (TPSulp 78), in: Festschrift Litewski, Krakau 2003, 15-23.

cherungsdarlehens²⁹, Aestimationsabrede in Form eines Darlehens³⁰ und als in Darlehensform vorausbezahlter Frachtlohn³¹. Auch in der neuen Version, die Urkunde begründe neben dem in Z. 9 und 11 zweifellos angesprochenen Seefrachtvertrag die Pflicht, die angeblich zu transportierenden 1000 Denare am Zielhafen herauszugeben, kann *Wolf* nicht überzeugen. Um die Fracht zu erlangen, reicht der Frachtvertrag aus. Speziell gegen das Seedarlehen spricht nach wie vor der Terminus *naulotike*, doch findet die Erklärung der Urkunde als Darlehen die breiteste Zustimmung, allerdings muss man von einem „fiktiven“ ausgehen.

Das „Versicherungsdarlehen“, ein reines Garantieverprechen, scheidet meiner Meinung nach an der fehlenden Vermögensverschiebung, die nach griechischer Auffassung die Voraussetzung für eine Haftung ist. Ich habe deshalb diese erwägenswerte Idee etwas anders zu begründen versucht: Menelaos übernimmt die Ladung gemäß dem Seefrachtvertrag in seinen Risikobereich und unterwirft sich für den Fall des Untergangs der in der Darlehensurkunde festgelegten Haftung in der Höhe von 1000 Denaren, des geschätzten Wertes des Frachtguts. Dasselbe Prinzip der Risikoverteilung steht auch hinter *vectura pro mutua*: Menelaos empfängt den Frachtlohn von 1000 Denaren, jedoch als Darlehen, das er nur unter der Bedingung zurückzahlen muss, dass das Schiff untergeht. Diese aus D 19,2,15,6 begründete Lösung hat den Vorzug, dass auch die römische *condictio* aus dem *mutuum* Platz greift; zwingend ist sie jedoch nicht. Das Geld wird hier zwar real zugezählt, wäre aber nach griechischer Auffassung ein im Voraus bezahlter Frachtlohn, dessen Rückzahlung bei Unmöglichkeit durch ein fiktives Darlehen gemäß einer weiteren Vereinbarung, der *naulotike*, gesichert ist. Zu welcher Lösung man auch kommen mag, aus der griechischen Urkunde kann jedenfalls vor römischen Gerichten geklagt werden.

2. Die römische Vertragspraxis hatte die Krücke des griechischen Darlehensformulars nicht nötig. Durch *stipulatio* konnten abstrakt klagbare Ansprüche geschaffen und beliebig geändert werden. Selbst im Kreditwesen war die *stipulatio* die normale Form, Darlehensgeschäfte abzuschließen. Die *condictio* aus dem *mutuum* war auf den engen Tatbestand der vorausgegangenen *datio* beschränkt und wurde vornehmlich eingesetzt, um wenigstens das Kapital zu retten, wenn die *stipulatio* auf Rückzahlung und Zinsen ungültig war³². Zur fingierten *datio* in echten Darlehensfällen griffen die römischen Juristen nur zögernd (Afr. 8 quaest. D. 17,1,34 pr. noch verneinend; Ulp. 31 ed. D. 12,1,15). Angesichts der Möglichkeiten, welche die *stipulatio* bot, waren fingierte Darlehensurkunden kein Thema.

Dennoch tritt in zwei Stellen die Wendung *pro mutuo* auf. Sind das Anklänge an fiktive Darlehen? Anlass dafür konnte schwerlich das römische *mutuum* gewesen sein, sondern allenfalls griechische fiktive Darlehensverträge, die als peregrine Urkunden Rechtswirksamkeit zeigten. Die erste Stelle wurde bereits erwähnt, Ulp. 32

29 *D. Gofas*, Encore une fois sur la Tabula Pompeiana 13, in: G. Thür (Hrsg.), Symposium 1993, Köln 1994, 251-266.

30 *G. Thür*, Die Aestimationsabrede im Seefrachtvertrag, in: Symposium 1993 (o. Anm. 29), 267-271.

31 *É. Jakab*, *Vectura pro mutua*, in: SZ 117 (2000) 244-273.

32 Das ist die Tendenz der Kasuistik in Ulp. 26 ed. D. 12,1,9,3-7; s. dazu *U. Babusiaux*, *Id quod actum est*, München 2006, 19f. (kritisch dazu *D. Mantovani*, Rez., in: SZ 126 [2009], 566f.).

ed. D. 19,2,15,6: *Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur ...* Der Kapitän hatte den Frachtlohn vorweg *pro mutua* empfangen, das Schiff war untergegangen, der Besteller verlangt das Geld zurück. Wörtlich ist hier die spanische Übersetzung „a crédito“, während die deutsche mit „als Gegenleistung“ und die englische „in advance“ das Problem nicht voll erfassen. *Jakab*³³ sieht hier das römische *mutuum* erfüllt und zur Verteilung des Risikos der Entgeltzahlung eingesetzt: Bei Unmöglichkeit der Leistung trägt der *conductor* diese Gefahr; der Besteller, der hier bereits vorgeleistet hat, sichert sich durch Vertragsgestaltung eine *condictio* zur Rückforderung. Warum ließ er sich aber die Rückzahlung des Frachtlohns nicht einfach durch *stipulatio* versprechen? Ich meine, die Parteien folgten einem im internationalen Seetransport althergebrachten Formular des griechischen fiktiven Darlehens.

Scaev. 16 dig D. 32,34,3: (aus einem *fideicommissum*) ...*et si quid evenerit aeris alieni, si quod in tempus pro mutuo acceperam et debuero, a te solvi volo, ...* Der Erblasser bittet seinen Sohn, die Schwester von *pro mutuo* anfallenden Erbschaftsschulden zu entlasten. Es ist zu vermuten, dass damit nicht nur die als *mutuum* aufgenommenen Gelddarlehen gemeint sind, sondern alle durch Darlehensurkunde eingegangenen Verpflichtungen, sei die Valuta real zugezählt worden oder nicht. In seiner Antwort bezieht der Jurist jedenfalls die Entlastung auf alle Arten von Schulden. Aus römischer Sicht ist die Einkleidung der Urkunde in das Darlehensformular unerheblich, solange nur die Urkunde selbst den formalen Anforderungen entspricht.

Die Untersuchung bricht genau dort ab, wo das eigentliche Interesse des Jubilars beginnt. Wir verdanken ihm grundlegende Forschungen zur *stipulatio*. Man könnte nun auf den Spuren von *Ludwig Mitteis*³⁴ weiter fragen: Wie steht es in der Praxis mit der Mündlichkeit der *stipulatio*? Hat sich die *stipulatio* vielleicht schon zur Zeit der klassischen Juristen zur Schriftform entwickelt? Wenn die Parteien nach Errichtung der Urkunde nur noch die beiden korrespondierenden Worte von Frage und Antwort austauschen mussten, sehe ich keinen wesentlichen technischen Unterschied zur griechischen *syngraphe* mit persönlicher *subscriptio* des Verpflichteten. In beiden Fällen mussten die Parteien beim Geschäft anwesend sein. Nach Gai. inst. 3,134 war die Klagbarkeit der peregrinen Form gegeben.

Mögen uns noch viele gemeinsame Jahre beschieden sein, um auch die dogmatische Seite des Problems zu diskutieren.

33 *Jakab* (o. Anm. 31), 259-270.

34 *L. Mitteis*, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I, Leipzig 1908, 283f.