

ATTISCHE RECHTSEINRICHTUNGEN IN SINNVOLLER EINHEIT\*

VON

ERNST SCHÖNBAUER

I.

Vor Jahren ersuchte mich der hervorragende Kultur-Historiker *Walter Otto* wiederholt, für das «Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft» in einem selbständigen Bande die Bearbeitung des griechischen Rechtes zu übernehmen. Ich mußte ihm antworten, daß für eine wissenschaftliche Bearbeitung des hellenischen und hellenistischen Rechtes noch eine Reihe von tiefer schürfenden *Einzel-Untersuchungen* nötig wären; denn in dieser Hinsicht läge es zum Unterschiede von der wissenschaftlichen Bearbeitung der römischen Rechtsquellen noch sehr im Argen. Außerdem brauche der Rechtshistoriker zur Beherrschung des Materials die Mitarbeit eines erstklassigen *Epigraphikers*. Wohl habe sich ein Meister dieser Wissenschaft, *Adolf Wilhelm*, bereit erklärt, mit mir das gesamte Inschriftenmaterial durchzugehen; doch sei es fraglich, *wann* diese umfangreiche Arbeit zustandekommen könne.—Seither sind mehr als 10 Jahre vergangen, beide große Gelehrte sind uns inzwischen durch den Tod entrissen worden. Aber auch heute sind noch jene zwei Voraussetzungen für eine wirkliche wissenschaftliche Durchdringung des Stoffes, die über eine bloße Aneinanderreihung von Belegstellen und Literatur hinausgeht, notwendig, beide müssen auch heute noch als unerfüllt bezeichnet werden. Dieser nicht erfreuliche Tatbestand, kam mir wieder voll zum Bewußtsein, als ich die Ausführungen eines gelehrten Kollegen, *Max Kaser*, über den altrömischen und altgriechischen Eigentums-Schutz genauer studierte. Er hatte 1943 in dem Werke «Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht», 1949 ergänzt in einem neuen Buche über «Altrömisches Jus», die Fragen für den römischen Rechtsbereich zu erforschen unternommen, 1944 auch für den altgriechischen. Dabei ging er von der Überzeugung aus, daß man die juristische Gestalt des Eigentums aus den Grundsätzen über seinen Erwerb und Rechtsschutz erkennen könne. Eine Betrachtung, die vom Eigentumsschutz ausgeht, schien ihm dabei die meisten Aussichten für

\* Ἀνεκοινώθη ὑπὸ τοῦ κ. Γεωργ. Μαριδάκη κατὰ τὴν Συνεδρίαν τῆς 16 Ὀκτωβρίου 1952.



einen Erfolg zu versprechen, da auch die Regeln über den Eigentumserwerb weit- hin von den Grenzen des Rechtsschutzes abhängig seien. Deshalb erschien ihm der Eigentumsschutz als der Angelpunkt jeder juristischen Eigentums-Theorie, ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Rechtsordnungen. «Der methodische Weg... hat sich beim altrömischen Recht, wie ich glaube, bewährt. Er soll uns nunmehr auch dazu verhelfen, die Erkenntnis des griechischen Eigentumsgedankens ein we- nig weiter zu führen». So leitete er die lange Abhandlung «Der altgriechische Ei- gentumsschutz»<sup>1)</sup> ein. In seinem letzten Aufsatz<sup>2)</sup> «Neue Studien zum altrömi- schen Eigentum» (1951) führt er diese Gedanken wieder aus. Bei der Kennzeich- nung des überlieferten rituellen Vindikations-Verfahrens der Römer sagt er: «Den Anstoß, um einen richterlichen Bescheid herbeizuführen, vermutet man für die An- fänge wieder in einem Delikt, der iniuria, die einer der Streitteile mit seiner Be- mächtigung dem Gegner gegenüber notwendig begangen haben muss»<sup>3)</sup>. Und zur Erklärung bemerkt er in der Anmerkung: «Zur anfänglichen Auffassung des iniu- ria vindicare als Iniuria-Delikt s. AI<sup>4)</sup> 23, 11 (anders noch EB 69 f...<sup>5)</sup> im An- schluß an Rabel, SZ 38, 314; Juncker Ged. Schr. Seckel 230 ff. Dafür sprechen die Parallele der δίκη εξούλης und vielleicht auch die ursprüngliche Einheit des iniuria-Begriffes». Zur Unterstützung seiner These über das altrömische Eigen- tumsrecht verweist er also auf die Darstellung der genannten δίκη aus 1944. Aber dort hebt er mit Recht hervor, daß die Erschliessung des griechischen Privatrechts aus den Quellen bekanntlich mit einer doppelten Unsicherheit belastet ist, einer zeitlichen und einer örtlichen. Die Redner unterrichten uns im allgemeinen nur über einzelne Fragen des attischen Rechtes aus wenigen Jahrzehnten. Die Inschrif- ten bieten eine zufällige karge Auswahl von Einzelheiten aus wechselnden Orten und Zeiten. Die Lexikographen aber entbehren nach Kasers Ansicht zumeist des juristischen Sachverstandes und der Einsicht in die Zusammenhänge, die oft Jahrhun- derte zurückliegen. Auch die Papyri bringen nach ihm nur eine geringe Hilfe in unserem Fragenbereiche. «Wir werden uns daher stärker als beim römischen Recht der Verwertung allgemein rechtsgeschichtlicher Erfahrungen bedienen müssen, be- sondern solcher, die wir gerade aus der Vertiefung in das altrömische Recht ge- wonnen haben»<sup>6)</sup>. Zwar setzt er selbst hinzu: «Aber wir wollen uns sorgsam vor übereilten Analogieschlüssen hüten, die die Gefahr des Irrtums in sich bergen,

<sup>1)</sup> Sav. - Zeitsch., rom. Abt., Bd. 64, 134 - 205.

<sup>2)</sup> Sav. - Z. Bd. 68, 121 ff.

<sup>3)</sup> I. c. 141 u. Anm. 28.

<sup>4)</sup> = Altrömisches Jus.

<sup>5)</sup> = Eigentum und Besitz, sein früheres Werk.

<sup>6)</sup> I. c. 135.



und überall das erste und entscheidende Wort den Quellen selbst überlassen». Doch scheint mir diese Vorsicht nicht überall strenge befolgt zu sein. Denn die Vindikations-Theorie wird durch eine These von dem Wesen der *δίκη ἐξούλης* gestützt, obwohl es sich um zwei Theorien handelt, für die die Quellen keine gemeinsame Unterlage bieten. Der vom Verfasser *gewünschte* Gleichklang, der nicht bewiesen ist, dient wieder zur Stütze dieser Theorien. Die Gefahr eines *circulus vitiosus* liegt dabei nahe.

Das ältere Eigentum erschöpft sich nach Kaser geradezu in dem Recht, die Sache zu haben und zu beherrschen, das Eigentum ist das «Recht zum Besitz». In dieser Auffassung stimmen altrömisches und griechisches Recht überein, hebt er hervor. Und hier wie dort werde die Frage, ob jemand zum Besitz berechtigt ist, nicht absolut beantwortet, sondern immer nur im Verhältnis zu einer bestimmten anderen Person. Es bleibt dabei die Frage offen, ob nicht ein Dritter einen noch stärkeren Rechtsgrund für sich beanspruchen könne. «So hat das Eigentum eine relative Gestalt und versieht damit die Funktion auch solcher Rechte zum Besitz, bei denen... ausgehend vom absoluten Eigentumsbegriff, beschränkte Sachenrechte von eigener Art oder überhaupt nur ein berechtigter Besitz» anerkannt würden. Kaser nimmt ja an, daß der alte Eigentumsbegriff viel weitergehend war als der spätere und faßt etwa die alte Dienstbarkeit und das Pfandrecht ebenfalls als «Eigentum» auf. Für das griechische Recht bejaht er ohne Bedenken die Frage, ob die durch Pfändung erlangte Sachgewalt als Eigentum anerkannt werden darf.

Alle diese Thesen scheinen mir einer ernsthaften Prüfung nicht gut standzuhalten<sup>1)</sup>. Doch hören wir zunächst weiter! Der entwicklungsgeschichtliche Verlauf des römischen Eigentums-Schutzes macht es nach Kaser so gut wie unmöglich, daß das altgriechische Recht bereits eine Vindikation im Sinne einer dinglichen Herausgabeklage gekannt habe. Die Vorstellung einer Herausgabepflicht trage in die Eigentums-Ordnung ein schuldrechtliches Element und sei verhältnismäßig jung. Sie bahnte sich nach ihm erstmals in der römischen *formula petitoria* aus der Wende vom 2. zum 1. Jahrhundert v. Ch. an. Für das altgriechische Recht habe man zwar versucht, die dunkle *δίκη οὐσίας* dafür in Anspruch zu nehmen. «Doch ist dem schon in älterer und neuerer Zeit widersprochen worden, ohne dass damit freilich eine befriedigende Deutung ihrer Funktion gefunden worden wäre<sup>2)</sup>. Mit Rücksicht auf diese Feststellung will K. nun das Wesen dieser *δίκη* klären. Die Quellen-Stellen von *Harpokration* und *Photios*<sup>3)</sup> weisen der *δίκη* die zweite

<sup>1)</sup> Vgl. darüber zum altröm. Recht *Schönbauer*, Anzeiger der öster. Akademie Wien, phil. hist. Kl. 1950, N. 17, 331 f.

<sup>2)</sup> I. c. 138.

<sup>3)</sup> *Harpokration*, οὐσίας δίκη = Lex. *Seguer.* V 285, 33 f. = *Photios* s. h. v. (1. Art.) = *Suidas* s. h. v. (2. Art.): οἱ δικαζόμενοι περὶ χωρίων ἢ οἰκιῶν πρὸς τοὺς ἔχοντας οὐσίας ἐδικά-



Stelle zu und lassen ihr bei einem Hause die δίκη ἐνοικίου, bei einem sonstigen Grundstück die δίκη καρποῦ vorangehen. «Eine noch von Lipsius verteidigte Lehre denkt sich darum eine seltsame Ordnung der Grundstücksvindikation, indem der Kläger zunächst nur die Nutzungen einklagt, dann erst die Substanz der Sache vindiziert und schliesslich die δίκη ἐξούλης als Vollstreckungsklage erhebt»<sup>1)</sup>. Aus entwicklungsgeschichtlichen Gründen weist K. diesen Gedanken zurück. Doch gebe die eigentümliche Dreistufigkeit einen Fingerzeig für die ursprüngliche Bestimmung der genannten Klage. Denn bei den beiden ersten handle es sich um *persönliche Klagen*. Es wäre denkbar, daß die beiden Klagen in erster Linie dem Vermieter und Verpächter auf Zinszahlung zustanden. Die allgemeine Ausdruckweise der Grammatiker läßt K. jedoch vermuten, dass sie darüber hinaus auch den *Eigentümer* gegen *Nichtberechtigte* gegeben wurden, und zwar auf eine Vergütung der Nutzungen des Hauses oder Grundstückes, die seinen Schaden decken sollte und die man nach Art eines Zinses berechnete. Die Frage, ob man diese Vergütungsklage eher als quasi-vertragliche oder als deliktische verstand, dürfe man dabei dem griechischen Recht nicht stellen. Hienach sei auch von der zweiten Klage, die ihrem Namen nach eine besondere Beziehung zum *Vermögen* haben müsse, zu vermuten, daß sie ebenfalls keine dingliche Klage war<sup>2)</sup>. Nach einer Anregung *E. Rabels* sollte sie die Befriedigung für das was im ersten Urteil zugesprochen war, nun aus dem ganzen Vermögen ermöglichen, wie bei der ersten Klage aus einem Kreise beschränkter Zugriffsobjekte. Der Name der δίκη ἐνοικίου habe vom Klageziel seinen Ursprung und lasse den Gedanken auf gezogene Nutzungen nicht zu, weil diese beim Hause regelmäßig nur im Gebrauchsvorteil bestanden. Dagegen gehe der Name der δίκη καρποῦ auf das Zugriffsobjekt, das hienach auch den Namen der δίκη οὐσίας bestimmte. Hinter der δίκη ἐνοικίου sei aber die δίκη οὐσίας *überflüssig* gewesen, da sie wohl sicher die Vollstreckung in das Gesamtvermögen eröffnet habe. «Der naheliegende Irrtum der Lexikographen, auch hinter ihr die δίκη οὐσίας zu fordern, wurde vielleicht durch die Gleichstellung mit der δίκη καρποῦ in dem von ihnen selbst zitierten Lysias-Fragment veranlasst. Dieses enthält aber nach seinem klaren Wortlaut keine Anspielung

ζοντο τὴν δευτέραν δίκην. ἡ δὲ προτέρα ἦν τῶν μὲν οἰκιῶν ἐνοικί(ου), τῶν δὲ χωρίων καρποῦ. τρίτη δὲ ἐπὶ τούτοις ἐγένετο ἐξούλης· καὶ ἐξῆν τοῖς ἐλοῦσι κρατεῖν τῶν κτημάτων τούτων, εἴ ἡτηθεῖεν τὴν πρώτην δίκην τοῦ καρποῦ ἢ τὴν τοῦ ἐνοικίου· εἰ δὲ καὶ τὴν δευτέραν ἡτηθεῖεν, τὴν τῆς ἐξούλης, ἐξούλης λαχεῖν. εἰ δὲ καὶ τὴν ἐξούλης ἀλοῖεν, οὐκ ἔτι ἐξῆν ἐπικρατεῖν, ἀλλ' ἐξίστασθαι ἢ δὴ τῶν κτημάτων τοῖς δικασαμένοις. Photios=Suidas (I. Art.): οὐσίας εἰσάγουσι δίκην πρὸς τοὺς ἐαλωκότας ἐν προτέρα δίκη χρέους ἢ καρποῦ ὥς δέον ἀπολαμβάνειν ἐξ ὅλης τῆς οὐσίας ἃ κατεδίκασαν. Lex. Seg. IV 192, 1 f.: οὐσία· ὅταν μὴ σφῶσι τινες τοὺς καρποὺς ἀποδοῦναι, ἐκ πάσης αὐτοὺς τῆς οὐσίας ἀπαιτοῦνται.

<sup>1)</sup> Kaser 139.

<sup>2)</sup> I. c. 140.



auf eine zweite Klage, sondern handelt einfach davon, dass ein Mündel unberechtigt Grundstücke oder Häuser des Vormundes, hat' (ἔχει); dass sich der mit den beiden Klagen verfolgte Anspruch zunächst nur auf die Nutzungen bezieht, schließe nicht aus, daß der weitere Verlauf des Verfahrens zur Wiedergewinnung der Grundstücke selbst führt». «Diese Stelle könnte die Grammatiker dazu verleitet haben, die δίκη ἐνοικίου auch im Artikel über die δίκη οὐσίας mit der δίκη καρποῦ völlig gleichzuordnen» <sup>1)</sup>. Der Verpächter eines Grundstückes könne also die δίκη καρποῦ und eventuell hierauf die δίκη οὐσίας anstellen. «War der Besitzer auch in dieser zweiten Klage unterlegen, dann konnte auf Grund dieses Urteiles der Kläger allerdings wohl nicht nur zur Befriedigung seines Zinsanspruches zur Pfändung schreiten, sondern vom halsstarrigen Besitzer auch die Rückgabe des Grundstücks selbst verlangen; er bediente sich dann zur Durchsetzung seines Zugriffs auf das Grundstück nach Harpokration der δίκη ἐξούλης».

Es ist natürlich ein bedenkliches Mittel der Interpretation, annehmen zu müssen, daß sich die *Quelle* irre. Schon aus diesem Umstande ergibt sich eine geringe Durchschlagskraft der Beweisführung. Die genannten persönlichen Klagen des Verpächters nimmt K. auch für den Eigentümer in Anspruch, dessen Grundstück ein Nichtberechtigter besaß und nutzte. Vom Besitzer eines Hauses habe er eine zinsmäßige Vergütung für den angemessenen Gebrauch mittels der δίκη ἐνοικίου fordern und sodann ohne zweite Klage sich den Zugriff auf das Haus mit der δίκη ἐξούλης sichern können. «Da in den Prozessen... über die Eigentumsfrage am Grundstück als *Vorfrage* bereits entschieden war, bedurfte es für die δίκη ἐξούλης nicht mehr eines besonderen Urteils, etwa der Eigentumsfeststellung in einer Diadikasia» <sup>2)</sup>. Den eigentlichen Sinn der merkwürdigen Aufeinanderfolge der drei Rechtsmittel glaubt K. entdeckt zu haben: «Die vor der δίκη ἐξούλης erhobenen Klagen verschafften dem Kläger... den Entscheid über die Eigentumsfrage mit *geringen Gerichtsgebühren* und zwar durch Klagen, die als persönliche unter Ladungs- und Einlassungszwang standen. Daß dieser Advokatenkniff erst einer vorgeschrittenen Entwicklungsstufe angehört, liegt auf der Hand. Die Darstellung der Grammatiker lässt trotz mancher Unklarheiten und Missverständnisse diese Praxis deutlich erkennen». Es ist erstaunlich, wie leicht Gelehrte für die Vergangenheit Zustände annehmen, die sie unter *gleichen sachlichen* Voraussetzungen in der Gegenwart sicher für unmöglich erklären würden. Der Bürgerstaat der Athener hatte ein kunstvolles System des Finanzrechtes entwickelt. Böckh, Büchschütz, Wilhelm u. a. haben dies mit vielen Einzelheiten erwiesen. Es müsste nach K. einen Eigentumsprozeß mit erheblichen Gerichtsgebühren gegeben

<sup>1)</sup> I. c. 142.

<sup>2)</sup> I. c. 143.



haben. Die Advokaten mit ihren Kniffen hätten aber bald herausgebracht, daß man diese hohen Gebühren durch andere Klagen *umgehen* könne, indem man eine Vergütung für gezogene Früchte oder für den Gebrauch eines Hauses verlangte; dabei sei dann als *Vorfrage* die Entscheidung über das Eigentum notwendig geworden, weil ja sonst diese Vergütung nicht zu Recht gefordert worden wäre. Auf diesem Umwege wären also aus *einer* Klage *drei* geworden. Und diese sollen alle angeblich mit billigen Gerichtsgebühren möglich gewesen sein. Man würde doch wohl das «Volk der Denker und Künstler» des Altertums etwas zu tief einschätzen, wenn man annehmen wollte, daß die Polis dann nicht im Nu eine solche Praxis durch eine gesetzliche Bestimmung abgeschafft hätte. Aber die kennzeichnende Eigenschaft der Hellenen, nämlich die φιλοτιμία, die wir mit A. Wilhelm als «Ehrliebe» und nicht als «Ehrgeiz» wiedergeben müssen, hätte die Athener sicher gehindert, einen solchen Kniff auch nur zu versuchen, ganz abgesehen davon, daß er aussichtslos erschienen wäre. Schon aus dieser kurzen Überlegung ergibt sich wohl, daß die Erklärung der schwierigen Quellenstellen durch K. auf einem Irrtum beruhen müsse. Die Unwahrscheinlichkeit wird noch erhöht durch die Annahme, daß die δίκη καρποῦ auch *nach* einem Rechtsstreite um das Eigentum erhoben werden könnte; als solchen nimmt er eine Diadikasia oder δίκη ἐξούλης an. Dann wäre ja die letztere gar nicht die der dritten Verfahrens Stufe; und die Gleichordnung von ihr mit einer Diadikasia führt ebenfalls zu schweren Bedenken.

Über die δίκη ἐξούλης selbst und die δ. ἐξαιρέσεως will K. <sup>1)</sup> nach der eingehenden Darstellung *Rabels* <sup>2)</sup> und ihrer Fortführung durch *Paoli* <sup>3)</sup> nur kurz handeln. Die δίκη ἐξούλης ist ihm eine «Deliktssklage zum Schutze berechtigter Selbsthilfe», aber von vorn herein auf bestimmte Tatbestände beschränkt, nämlich auf folgende: 1. Berechtigt zu ihr ist der Inhaber eines Rechtes an einem Grundstück, das urteilsmäßig festgestellt ist, ferner der pfändungsberechtigte Gläubiger. 2. Berechtigt zu ihr ist weiters der Pfandgläubiger. 3. Ferner der suus heres (γνήσιος), schließlich 4. der Pächter und Käufer vom Staat. Wie schon der Name der Klage besage, bestand das Delikt in einem Verstossen, Vertreiben, Hinausführen aus einem Grundstück, auf dem der Berechtigte vollstrecken wollte, sei es, daß er das Grundstück selbst besetzen oder sich den Besitz dort liegender beweglicher Sachen verschaffen wollte. Ob die Klage außerdem auch dem Zustand, der gewaltsam aus dem Grundstücksbesitz vertrieben worden war, wurde noch von *Lipsius* bejaht, von *Rabel* aber verneint. Aber nicht völlig auszuschließen sei deren Anwendung als «Besitzentzie-

<sup>1)</sup> l. c. 191.

<sup>2)</sup> Sav. - Z. 36, 340 ff. 38, 296 ff.

<sup>3)</sup> Studi Albertoni 2,313 ff.



hungsklage», die nach *Beseler*<sup>1)</sup> sogar den Ausgangsfall der Klage gebildet hat; dafür spreche ihre Anwendung noch in der Rednerzeit durch den Nichtbesitzer gegen den Besitzer. Doch scheine sie auch hier an die erwähnten 4 Privilegierungsfälle gebunden zu sein<sup>2)</sup>. Auch die δίκη ἐξούλης setzt nach K. beim Berechtigten ein Recht zum Besitz, also in seinem Sinne, Eigentum voraus. Ein solches habe der suus heres kraft der Sukzession in die Hausgewalt ohne weiteres. «Aber auch der Gläubiger hat kraft seiner Forderung bereits ein Recht am Vermögen des Schuldners, das freilich erst des Pfändungsaktes bedarf, um sich auf bestimmte Sachen zu konkretisieren und dem Gläubiger das Recht zu ihrem sofortigen Haben zu verschaffen»<sup>3)</sup>. Mit diesem Satze verzichtet K. anscheinend für das griechische Recht auf den Unterschied zwischen der Forderung gegen einen Schuldner und dem Recht an seinem Vermögen. Auch hierin zeigt sich die geringe Überzeugungskraft der Beweisführung. Das Recht zum Besitz, das durch die Pfändung erlangt werde, sei das gleiche wie bei einer rechtsgeschäftlichen Verpfändung, sobald der Gläubiger das Pfand in Besitz nehmen könne.

Damit verwischt K. den Unterschied zwischen dem *Pfandrechte* und dem *Eigentume*; oder er muss in seiner Diktion zwischen Eigentum im engeren und im weiteren Sinne unterscheiden. Schon an anderer Stelle<sup>4)</sup> bemerkte ich hiezu, daß er damit nur den gebräuchlichen Fachausdruck «Herrschaftsrecht» durch das Wort «Eigentum» ersetzt und genötigt wäre, den weiten Begriff seines Eigentumsrechtes in mehrere *Unterarten* aufzugliedern. Wir kämen auf diese Weise nur zu *ungebräuchlichen Bezeichnungen*, aber zu keiner besseren Erkenntnis über den Entwicklungsgang.

Den vierten Fall des «Privilegiums», Verkauf und Verpachtung durch den Staat, erklärt er damit, daß sie den sofortigen Zugriff gegen den Besitzer gestatten und dass sie damit dem gerichtlichen Urteile gleichgestellt seien. Diese Begründung ist nicht leicht zu verstehen. Denn die Urkunde über den Verkauf oder die Verpachtung vom Staate bietet zweifellos ein vollgültiges Rechtsdokument als Legitimationspapier<sup>5)</sup>. Aber deswegen konnte doch ein Streit darüber entstehen, ob der das Grundstück Fordernde identisch sei mit dem privilegierten Käufer oder Pächter und ebenso, ob es sich wirklich um die in der Urkunde genannte Liegenschaft, in derselben Größe und mit derselben Grenze, handle. Es scheint also nicht überzeugend, wenn K. die vier Fall-Gruppen darauf zurückführt, daß der

<sup>1)</sup> St. Bonfante 2,55.

<sup>2)</sup> I. c. 191 m. Anm. 189.

<sup>3)</sup> Für diese These zitiert K. auch meinen unvergesslichen Lehrer *Paul Jörs* (Sav. - Z. 40, 13, A. 1), aber irrtümlich. Jörs nimmt dort kein Eigentum an.

<sup>4)</sup> Anzeiger Akad. Wien I. c.

<sup>5)</sup> Vgl. Schönbauer, Liegenschaftsrecht p. 27 f.



Berechtigte eine besondere Legitimation zur Eigenmacht besitze, offenbar durch die Kundbarkeit seines Rechtes zum Haben. Ohne solche Privilegierung mußte man nach ihm anders vorgehen. Im Falle des Verlustes einer Fahrnis—ohne seinen Willen—habe man ihre Exhibition mit der Vorlegungs-Klage erreicht; wenn der Besitzer sie nicht preisgab, habe man durch Diadikasia mit ihm oder im Falle des Gewähren - Zuges (ἀνάγειν ἐπὶ τὸν πρατῆρα) mit seinem Gewähren ein Urteil angestrebt<sup>1)</sup>. Ebenso mußte man bei einem Grundstück mit dem Besitzer oder seinem Gewähren den Eigentumsstreit durchfechten, wenn der Besitzer der Handanlegung (ἐφάπτεσθαι) widersprochen habe. *Statt dessen* habe er aber auch mittels der δίκη καρποῦ und δίκη οὐσίας bzw. ἐνοικίου ein Urteil erreichen können. Erst ein Urteil aus der Diadikasia oder aus einer der genannten 3 Klagen habe ihm den Zugang zur δίκη ἐξούλης verschafft. Diese habe er aber nur dann gebraucht, wenn ihm nicht schon die Regelung des Zwischenbesitzes die Sache wieder verschafft habe.

Da nach K. die *Kundbarkeit* des Rechtes zum Haben den eigentlichen Grund der unangreifbaren Stellung darstellt, fragt er zweifelnd: «Gehört wegen der Publizität auch der gewöhnliche Grundstückskauf von Privaten hierher?», wobei er auf Paoli und Rabel hinweist. Offenbar habe der absolute Publizitätsschutz nur für Grundstütskäufe und nur nach bestimmten Rechtsordnungen gegolten<sup>2)</sup>. Daß er in Athen zur Rednerzeit in Geltung stand, sei ihm trotz Partsch<sup>3)</sup> zweifelhaft. Die dort angezogenen Stellen bezieht K. eher auf die Gewährenhilfe. Er muß also einen absoluten und relativen Publizitätsschutz unterscheiden, weil ja sonst jeder kundbare Kauf sowohl vom Staate wie auch von einem Privaten nach seiner Lehre privilegiert gewesen wäre<sup>4)</sup>. Und das Privilegium bedeutete ja nach ihm anscheinend vor allem, daß die δίκη ἐξούλης geltend gemacht werden konnte, daß also berechnigte *Selbsthilfe anerkannt* war. War diese in Athen bei allen Käufen gegeben, dann waren die Fälle der Selbsthilfe zur Zeit der Redner überwiegend. Wer will dies annehmen? In einer glänzenden Polis, die lange Zeit die politische Führung innehatte und dauernd der Mittelpunkt eines ausgedehnten Seehandels war, sollten die Rechtseinrichtungen so primitiv bleiben, daß man ein siegreiches

<sup>1)</sup> Kaser I. c. 163 f.

<sup>2)</sup> I. c. 173, A. 130.

<sup>3)</sup> Festschrift Lenel, 101 f. Vgl. auch Simonetos, Koschaker - Festsch. 3, 177 f.

<sup>4)</sup> Es wäre also in Athen *jeder private Liegenschafts Kauf* privilegiert gewesen, da nach Theophrast die Publizitäts - Form des öffentlichen Aushanges durch 60 Tage zur Kundbarkeit der Umsatz - Steuer (τέλος) obligatorisch war, dagegen ein Kauf eines anderen Objektes vom Staate z. B. eines Sklaven oder einer Abbau-Berechtigung im Bergbezirke Laurion (Vgl. Schönbauer, Beitr. z. Gesch. des Bergbaurechtes (1928), 1 ff. und Sav. - Z. 55 (1935), 190 f.) nicht mit «absolutem Publizitätsschutz» ausgestattet gewesen.



Urteil über ein Grundstück im Wege der Selbsthilfe durchsetzen mußte und daß das «Hinausführen» (ἐξάγειν) des siegreichen Eigentums-Prätendenten nur wieder zu einer neuen Klage aus einem *Delikt* geführt hätte? Und kam dann Selbsthilfe verdoppelt zur Geltung? Wie unglaublich klingt es ferner schon ohne längere Prüfung, daß das Urteil aus der Diadikasia *gleichgeordnet* war einer der 3 von Harpokration genannten δίκαι und daß andererseits unter Umständen schon die Regelung des Zwischenbesitzes das umständliche Verfahren überflüssig machte.

Die δίκη ἐξούλης führte nach K. zur Verurteilung, wenn der Beklagte ein ἐξεύλειν oder mit einem jüngeren Ausdruck ein ἐξάγειν vorgenommen hatte<sup>1)</sup>. Darunter habe man ursprünglich eine *gewaltsame Hinderung* der berechtigten Selbsthilfe gesehen, daneben aber in klassischer Zeit auch einen Formalakt, der den Gegner zwang, die Selbsthilfe einzustellen. Denn jede weitere Selbsthilfe-Handlung wäre unrechtmäßig gewesen und hätte ihn der Haftung aus der δίκη βιαιῶν ausgesetzt. Mit der ἐξαγωγή habe der Besitzer behauptet, ein relativ stärkeres Recht zum Besitz zu haben. Nun habe der Gegner die δίκη ἐξούλης erhoben, um nach siegreichem Urteil die Selbsthilfe fortsetzen zu können. Dabei sei über die Eigentumsfrage als Vorfrage zu entscheiden gewesen. So habe auch diese Klage dazu gedient, dem Eigentümer die Sache vom Besitzer zu verschaffen. Folgerichtig hätten auch hier beide Parteien ihre Rechtstitel beweisen müssen und das Gericht habe zu Gunsten des besseren Titels entschieden. Gegenüber der Theorie<sup>2)</sup>, daß in dieser δίκη der Urtypus der Sachverfolgung, nämlich der deliktsrechtliche Schutz des eigenmächtigen Sachzugriffs zu erkennen sei, betont K., daß der schwache Punkt dieses Systems offenkundig in der Vernachlässigung der Diadikasia liege, die mit ihrer vollkommenen Zweiseitigkeit der Eigentumsbehauptungen wie mit ihrem ganzen Verlaufe eine augenfällige Parallele zur rei vindicatio biete. Daher müsse man sie bereits der Frühzeit zuweisen. «In der Tat hat sie neben der δίκη ἐξούλης von vorn herein ihre selbständige Aufgabe. Gewiß wird der Verfolger nur allzugern gewillt gewesen sein, sein behauptetes Eigentum sogleich durch Eigenmacht zu verwirklichen. Aber wenn sein Recht nicht unbestreitbar feststand, mußte er damit rechnen, vom Gegner wegen Gewaltvergehens zur Rechenschaft gezogen zu werden»<sup>3)</sup>. Er mußte deshalb auf Feststellung seines Eigentums klagen, sofern ihm nicht ohne Urteil ein unbestreitbarer Titel zukam, wie kundbarer Kauf, kundbare Verpfändung, die immer kundbare Stellung des Hausersben usw.<sup>4)</sup> Wenn die δίκη ἐξούλης zunächst nicht an die Privilegierungs-Fälle gebunden war, so habe sich

<sup>1)</sup> I. c. 193.

<sup>2)</sup> Rabel, S. - Z. 36, 385 f.; 38, 313 f.

<sup>3)</sup> I. c. 197.

<sup>4)</sup> Rabel 376, Kaser 197.



doch diese *Beschränkung sehr frühzeitig* eingebürgert, weil im Eigentums-Feststellungsstreit ebenso wie im Prozeß aus der Forderung seit alters ein Verfahren zur Verfügung stand, um das Recht zum Besitz unbestreitbar zu machen. Nichts lasse erkennen, daß die deliktische *δίκη ἑξούλης* jemals das *einzig* Mittel war, mit dem sich der Verfolger zugleich die Feststellung seines Eigentums und den ungehinderten selbsthilfeweisen Zugriff verschafft habe. Nichts kennzeichne den Eigentums-Feststellungsprozeß etwa erst als eine jüngere Abspaltung aus dem alten Deliktsverfahren <sup>1)</sup>. Diese Verhältnisse seien allerdings nur für Athen beweisbar. Eine Verallgemeinerung auf den übrigen griechischen Bereich sei eine Frage für sich.

Der Verfasser nimmt also eine eigentümliche Wahlmöglichkeit zwischen einer schon von alters her bestehenden Feststellungs-Klage, die er in der Diadikasia sieht, und einer Deliktsklage zum Schutze berechtigter Selbsthilfe an. Wo will K. eine rechtsgeschichtliche Parallele hiezu nachweisen, um diese unwahrscheinliche These glaubhafter zu machen? Man kann vielleicht für die Urzeit einen normalen Eigentumsstreit begrifflich ablehnen und kann sich vorstellen, daß es damals zu einem Rechtsstreite nur bei dem Vorwurfe eines Deliktes kam. Aber man kann nicht annehmen, daß schon seit alters her ein Eigentumsprozeß ohne deliktische Beimischung mit streng gleichartiger Rechtsbehauptung zweier Prätendenten vor sich ging, daß *daneben* aber eine Deliktsklage in privilegierten Fällen durchgeführt wurde, wobei das Eigentum Gegenstand einer *Vorfrage* wurde, ferner daß diese Deliktsklage dabei nur nach mehreren anderen möglich war, die notwendig vorausgehen mußten, und daß diese zweite *umständliche* Möglichkeit nur dem Zwecke diene, mit *geringeren Gerichtsgebühren* prozessieren zu können. Das ist eine Hypothese, die man ablehnen wird, selbst bei wohlwollender Betrachtung. Das ganze Rechtssystem der Athener erschiene zur Zeit eines Perikles, eines Plato, eines Demosthenes so widersinnig und zerrissen, daß nur unwiderlegliche und klare Belegstellen in den Quellen zu dieser Auffassung nötigen könnten. Davon kann aber keine Rede sein. Im Gegenteile: Keine einzige dieser Stellen führt zu jener Auffassung von einem Nebeneinander ganz verschiedener Rechtsmittel. Es führen zwar nach einem Sprichworte alle Wege nach Rom; aber daß man zu einer Entscheidung über das Eigentum an Liegenschaften neben einer Feststellungs-Klage nur auf dem Umwege einer Vergütungsklage, einer Klage auf das Vermögen und einer Deliktsklage gekommen sei, vermag man nicht zu glauben.

Ein Bedenken behandelt K. selbst <sup>2)</sup> und zwar das, welches ihm aus dem Freiheits-Verfahren zu folgen scheint. Wer behauptet habe, ein in Freiheit lebender Mensch sei Rechtens sein Sklave, der habe diesen ohne weiteres außergericht-

<sup>1)</sup> So zutreffend 198.

<sup>2)</sup> I. c. 202 f.



lich in die Knechtschaft abführen können. Doch konnte ein Schützer dem entgentreten. Und seine ἐξαίρεσις sei wenigstens in klassischer Zeit ein Formalakt, der ähnlich der ἐξαγωγή die Fortsetzung der Eigenmacht verboten und den Gegner auf die Anstellung einer Bußklage gedrängt habe. Hier werde also der Widerstand gegen die Eigentums-Vollstreckung durch Selbsthilfe ohne Beschränkung auf privilegierte Fälle und unter Verzicht auf jegliche Kundbarkeit anerkannt. Es liege darum der Analogie-Schluß nahe, daß auch bei der δίκη ἐξούλης einmal das unberechtigte Hinausführen aus dem Grundstück die *Deliktshaftung ohne Kundbarkeits-Voraussetzung* begründete.

Allein es frage sich, wie weit die Entsprechung der beiden Klagen reiche. Bei dem Abführen in die Knechtschaft handle es sich um einen Zugriff auf den Menschen, der mit förmlicher Handanlegung vollzogen werde und diesen in die Gewalt des Verfolgers bringe, wenn ihn nicht ein Schützer defendiere. Zum Unterschied von dem ἐξάγειν bei der δ. ἐξούλης sei hier das Wegführen in die Knechtschaft keine bloße Contra-vindicatio, auch keine Hinderung der Selbsthilfe, sondern vielmehr eine selbständige Angriffshandlung, die vermutlich ebenfalls mit förmlicher Handanlegung geschah. Der Besitzer konnte sie nach K. mit Defension beantworten, worauf es zu einem Feststellungs-Prozeß kam. Dieser entsprach dem Streit um das Eigentum; trotz des Versagens der Quellen dürfen wir ihn auch für das attische Recht nicht völlig ausschließen, sagt der Autor. «Behauptet der Umstrittene... gegenüber der Eigentumsbehauptung des Gegners ein Eigenrecht an seiner eigenen Person?»<sup>1)</sup> Zu dieser Frage kommt K. mit Rücksicht auf die angebliche Gleichheit der beiden Parteibehauptungen in der Diadikasia, die er—wie in der römischen vindicatio—gegeben sieht. In anderem Zusammenhange, nämlich bei der Behandlung der *Paramone*<sup>2)</sup>, habe ich bereits darauf hingewiesen, daß die Konstruktion eines ganzen oder teilweisen Eigentums an seiner eigenen Person keine Quellenstütze finde, unnötig und auch zwecklos sei. Denn rechtlich sprechen wir von einem Freien, also einer persona, oder von einem Unfreien. Zwischen beiden steht ein Gemindert-Freier, z. B. ein Freigelassener, der unter Umständen in die Unfreiheit revoziert werden kann. In der Abwehr gegenüber einer vindicatio in servitutum behauptet der adsertor libertatis, wie schon seine Bezeichnung ausdrückt, die *Freiheit* dessen, für den er eintritt. Er behauptet also, daß sein Schützling *überhaupt kein Objekt* einer Eigentums-Behauptung sein könne, weil er eben ein *Freier* sei. Mithin stehen sich gar nicht zwei Eigentums-Behauptungen gegenüber, wie bei der vindicatio und der contra-vindicatio.

<sup>1)</sup> 204, Anm. 214 a. E.

<sup>2)</sup> Sav. - Z. 53 (1933), 422 f.; vgl. zu dieser Frage zuletzt Bradford Welles (mit Lit.) «Manumission and adoption» RIDA 1949, 512.



Den weiteren Verlauf des Verfahrens stellt sich K. folgendermaßen vor: Der Ergriffene war von dem ihn Wegführenden in Freiheit gesetzt worden. Der bisherige Besitzer konnte ihn aber darauf sogleich wieder in die Knechtschaft vindizieren und abführen... «Um das dann drohende fortgesetzte Hin und Her mit seinen Gefahren für die öffentliche Ordnung abzuschneiden und eine Gerichtsentscheidung zu erzwingen, griff hier der Gesetzgeber ein: Er verbot... dem bisherigen Besitzer... die erneute Selbsthilfe, so daß dieser auf den Prozeßweg verwiesen war»<sup>1)</sup>. Er habe dann vielleicht den Menschen durch Urteil als einen Sklaven feststellen lassen, jedenfalls aber den Wegführenden wegen unberechtigter ἐξαίρεσις deliktisch haftbar machen können, was ihm neben der Feststellung der Unfreiheit auch die Deliktsbuße eingebracht habe. Nach Rabel hätte der siegreiche Kläger in diesem Falle zwischen Buße und Duktion die Wahl gehabt. Doch sei auch Häufung denkbar<sup>2)</sup>. Im Laufe der Zeit sei auch hier aus einem wirklichen Wegführen ein bloßer förmlicher Protestakt geworden. Er habe aber nach wie vor den Besitzer zur Aufgabe der Gewalt an dem Menschen gezwungen. Das habe dieses Verfahren mit dem ἐξάγειν bei der δίκη ἐξούλης gemeinsam.

Wie erwähnt, fehlt für die Thesen betreffs des Freiheits-Verfahrens eine Quellen-Grundlage. Es ist aber nicht anzunehmen, daß die griechischen Bürgerstaaten ihre in Freiheit lebenden Angehörigen in diesem Zustande so schlecht schützten, daß jeder, der einen als Sklaven in Anspruch nahm, diesen ohne jedes weitere Verfahren außergerichtlich in die Knechtschaft abführen konnte. Dann mußte ja der adsertor in den meisten Fällen zu spät kommen. Die Folge hätte eine Umkehrung der Beweislast im Prozesse sein müssen, da ja dann nur eine vindictio in libertatem in Betracht kommen konnte. Aber dazu mußte der assertor zuerst wissen, in wessen Gewalt sich der Freie befand, für den er eintreten wollte. Kurzum, eine Unsicherheit im Rechtsleben der Polis wäre die notwendige Folge gewesen, von der unsere Quellen kein Wort erkennen lassen. Auf die Rechtshilfe-Verträge kann man nicht als Beweis für die These hinweisen<sup>3)</sup>. Denn hier handelte es sich ja immer um einen Vertrag zwischen zwei selbständigen Bürgerstaaten, die auf diese Weise die Freiheit ihrer Angehörigen so gut als möglich auch für den Fall schützen wollen, wenn der Freie geraubt und in dem anderen Staate dann als Sklave verkauft worden war. Hier handelte es sich also, wie ich an anderer Stelle ausführte, um eine *zwischenstaatliche* Lösung eines Interessen-Konfliktes von Bürgern oder Angehörigen zweier selbständiger Staaten. In der eige-

<sup>1)</sup> l. c. 204.

<sup>2)</sup> 205, A. 216.

<sup>3)</sup> Zu diesen ausführlich Schönbauer, S. - Z. 62 (1942), 289 f.; Kaser l. c. 174 f.; Schönbauer, Aegyptus, XXX/2, (1950/51), 205 f.



nen Polis aber hat jede griechische Gemeinschaft die Freiheit ihrer Bürger und Angehörigen besonders geschützt. Es mußte also der Angreifer, der einen angeblichen Sklaven für sich in Anspruch nahm, den vollen Nachweis seines Herrenrechtes erbringen. In diesem formellen Verfahren hatte der Schützer mit seiner ἐξαίρεσις—abgesehen von dem Prozeß-Risiko—eine günstigere Verteidigungs-Stellung, wie wohl auch der Autor annimmt. Die Unwahrscheinlichkeit des von ihm angenommenen Ablaufes geht aber dann schon daraus hervor, daß bei ihm ein *fortgesetztes* Wegführen des Freien in die Sklaverei und ein fortgesetztes Entreißen ad infinitum theoretisch möglich war. Wir müßten also ein ganz unzweckmäßiges Verfahren annehmen, das eine große Unsicherheit in die Rechtsbeziehungen der Gemeinschaft gebracht hätte. Keine einzige Quellenstelle nötigt hiezu.

## II.

Die Durchführung des Eigentumsstreites geschah im griechischen Rechte nach Kaser in jenem Verfahren, das geradezu dafür geschaffen erschien, nämlich in der *Diadikasia*, da sie eine Entscheidung zwischen zwei Sachprätendenten herbeiführe. Sie komme zur Anwendung, ob es sich um einen Eigentumsstreit mit dem Besitzer selbst oder mit seinem Gewähren handle. K. betrachtet ja auch den Eigentumsstreit um Fahrnis neben dem Streite um liegendes Gut. Während er für die letztere Kategorie die 3 oben genannten δίκαι neben der Diadikasia zur Wahl stellen läßt, nimmt er bei der Fahrnis-Verfolgung—abgesehen vom Diebstahl—nur die Diadikasia als Rechtsmittel an. Zur Vorbereitung derselben findet er im Rechte der Rednerzeit noch die Klage auf Vorlegung, δίκη εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν. Als Grund ihrer Einführung kam nach K. ebenso das allgemeine Bedürfnis nach Einschränkung der privaten Selbsthilfe, vielleicht nachdem sich verschiedene Mißstände in der Praxis gehäuft hätten, in Betracht, wie die Erfahrung, daß die Haussuchung häufig ihr Ziel verfehlte, weil der Besitzer die Sache außerhalb des Hauses verborgen hatte. Der enge Zusammenhang mit der Diebstahlsverfolgung trete aus den Quellen zu Tage. Hauptzweck der Klage sei die Verwirklichung der Sachherrschaft gewesen, die dem Eigentum und dem Erbrecht entsprach. Diesem typischen Anwendungsbereiche unserer Klage seien weiterhin noch die Fälle zuzuordnen, in denen beim Seedarlehen nach Beendigung der Fahrt die 'Vorweisung' des verpfändeten Schiffes zwecks Besitznahme bis zur Rückzahlung des Darlehens vertraglich vereinbart wurde<sup>1)</sup>. Denn hier sei den Gläubigern ein Recht zum Besitz zugestan-

<sup>1)</sup> 150: [Dem.] 35, 11 u. 56, 38.



den, das in dem weit gespannten Eigentumsbegriff des alten Rechts ohne weiteres seinen Platz fand.

Wir hatten bereits oben bemerkt, daß es sich hier um eine ungewöhnliche Ausdehnung des Fachausdruckes «Eigentumsrecht» handle. Denn nach griechischem Rechte war der Kapitän auf Grund des Vertrages verpflichtet, das Schiff im Hafen anlaufen zu lassen, so daß die Möglichkeit der Pfändung der Ladung gegeben war. Damit ist aber natürlich keineswegs ein *Eigentum an dem Schiffe* oder an der *Ladung* dargetan. Sonst müßten wir ja in den vielen Fällen, wo ein Darlehensgläubiger zur Durchsetzung seiner Forderung eine Pfändung durchführen lassen kann, schon immer in ihm den Eigentümer an dem Pfandgute sehen, was natürlich unsere juristische Terminologie über den Haufen werfen würde.

Der Zweck der Klage war nach K., eine Exhibition vor den Gerichten - oder allenfalls die gerichtliche Wiederholung einer außergerichtlichen Vorlage - zu erreichen, unsichtbare Gegenstände sichtbar und greifbar zu machen. In den erwähnten Seedarlehens-Verträgen finde sich der Zusatz, die Gläubiger sollten das ergriffene Pfand ἀνέπαφον besitzen, d. h. frei von berechtigten Zugriffen Dritter. Sichtbar seien dabei die Sachen, deren rechtliche Zugehörigkeit unbestritten sei. Es handle sich aber auch hier ausschließlich um das Verhältnis zwischen den Parteien, um die Frage, wer von den beiden das *bessere* Recht zum Besitz im Sinne der relativen Eigentumslehre habe. Dagegen blieben nach K. Zugriffsrechte Dritter, auf die sich die ἐπαφή stützte, hier außer Betracht<sup>1,2)</sup>.

Auch diese Deutung der Fälle ist nicht glücklich zu nennen. Denn wenn sich der Gläubiger beim Seedarlehen vertraglich zusichern läßt, daß der Kapitän das Schiff mit der Ladung für einen allfälligen Pfändungs - Zugriff bereit stelle und zwar ἀνέπαφον, so sichert er sich damit gegen *Rechtsmängel*. Denn es wäre ihm ja gar nicht damit gedient, wenn er zwar vom Schiffsherrn ein Recht zum Besitze versprochen erhielte, ein Dritter aber z. B. auf Grund einer formellen ὑποθήκη früher ein Anwartschaftsrecht erworben hätte, das nun in Folge des Ablaufes der προθεσμία zum vollen Eigentum werden konnte. Die Frage des relativen Eigentums spielt in diesen Fällen überhaupt keine Rolle.

Durch die Vorlegungs-Klage erreichte der Verfolger einer Sache nach K. nur einen indirekten Zwang gegenüber dem Belangten, die Sache zu seinem Zugriff bereit zu halten. Bei Grundstücken hätte es eines besonderen Verfahrens zur Ermittlung des Besitzes nicht bedurft. Gewaltsam durfte zwar auch hier der Verfolger nicht in fremden Besitz eindringen, aber er konnte den Inhaber des Grundstückes durch πρόσκλησις vor Gericht laden. Dem Autor ist es aber zweifelhaft, ob eine

<sup>1)</sup> l. c. 157.

<sup>2)</sup> 158.



solche Ladung auch zur Einsetzung eines dinglichen Rechtsstreites zulässig war. Denn sie werde nur für die Diadikasia und für Sachen in einem Sonderfalle des Erbstreites berichtet und beruhe dort auf Gesetz. Aber vielleicht sei der Kläger im Grundstückstreit ebenso wie bei der Fahrnisverfolgung mit einem *Delikts-Vorwurf* gegen den Besitzer aufgetreten, indem er ihn gewaltsamer Bemächtigung seines Grundstückes bezichtigte. Er habe dann die *δίκη βιαίων* gegen ihn erheben und zugleich die Sachverfolgung aufnehmen können <sup>1)</sup>. Belegen lasse sich diese Handhabung freilich nicht, da die Quellen nur das offensichtlich jüngere Verfahren mit den drei oben genannten Klagen der Harpokration-Stelle kennen. Da sie alle in personam gingen, sei bei ihnen die Ladung mit den indirekten Zwangsmitteln ohne weiters zulässig gewesen. Auch die Anwendung der *δίκη βιαίων* sei bei Dejektion aus Grundstücken nicht belegt, entspreche aber wohl einem zulässigen *argumentum a minori ad maius*. Denn wenn sie bei gewaltsamer Wegnahme beweglicher Sachen von fremden Grundstücken überliefert sei, müsse sie bei Dejektion umso mehr zu erwarten sein. Die Gegenmeinung verschiedener Autoren mit Rücksicht auf das *argumentum e silentio* erscheine ihm darum als nicht gerechtfertigt <sup>2)</sup>. Auch diese Thesen entbehren einer genügenden Quellengrundlage. Es ist von vornherein nicht wahrscheinlich, daß die Einleitung eines Eigentumsstreites in so verschiedenen Formen stattfand oder stattfinden mußte, und daß bei jedem Eigentumsstreite dem Gegner gewaltsame Bemächtigung des Grundstückes vorgeworfen wurde. Denn heute wie damals würde ein solcher Vorwurf ja nur in wenigen Fällen zum Erfolg führen. Die Formulierung des Autors zeigt bereits selbst das Fehlen von Quellen-Belegen.

Der Eigentumsprätendent nehme das *ἐφάπτεσθαι*, den förmlichen Zugriff auf die Sache mit Eigentumsbehauptung vor; er bringe sie in seine Gewalt, wenn sie der Besitzer nicht gehörig verteidige. Bei Unterlassung der Verteidigung nehme der Verfolger die Sache mit sich. Verteidigt aber der Besitzer die Sache, dann stünden ihm zwei Wege offen, das Ziehen auf einen Gewähren oder der selbständige (*αὐτομαχεῖν*) Nachweis eines Rechtsgrundes, der sein Recht zum Besitz relativ besser erscheinen lasse als das des Verfolgers. Das Ziehen auf den Gewähren heiße *ἀναγωγή*. Aus den Lexikographen erfahren wir darüber nicht mehr, als daß der Besitzer zu seinem Verkäufer hingeht und ihn irgendwie zur Prozeßführung gegen die Streitenden zwingt. «Dieser Formalakt kann nur in einem untechnischen, weiteren Sinn als *δίκη* bezeichnet werden» <sup>3)</sup>.

Diese Feststellung des Autors zeigt ein Mißverständnis. Denn dieser Teil des

<sup>1)</sup> I. c. 158.

<sup>2)</sup> Anm. 75, S. 158/9.

<sup>3)</sup> I. c. 164.



Abwehrverfahrens wird weder als δίκη bezeichnet noch als solche aufgefaßt. Auch die Erklärung des ἀνάγειν ist nicht glücklich. Es soll ein wörtliches Hinaufführen oder Zurückführen bedeuten, z. B. beim Sklavenkaufe ein körperliches Zurückführen des Sklaven zum Verkäufer. Bei der Auslegung des Vertrages zwischen Milet und Gortyn will er dagegen <sup>1)</sup> das Wort ἀνάγειν im Sinne des *erfolgreichen* Gewährzuges verstehen: der Besitzer erhalte den Menschen, wenn er auf den Gewähren ziehe und dieser bei der Defension obsiege. Wenn er dagegen überhaupt nicht oder nicht mit Erfolg auf den Gewähren ziehe, solle er den Menschen so gleich preisgeben. Wie nennt sich dann aber das erfolglose Ziehen, wenn ἀνάγειν doch das Hinführen des Streitobjektes im wörtlichen Sinne bedeuten soll? K. müßte 2 Arten des ἀνάγειν unterscheiden; dafür fehlen aber Belege. Die Quellen verstehen doch wohl das Wort in diesem Zusammenhange nur im übertragenen Sinne: τὴν δίκην ἀνάγειν, den Streit hinaufführen zu dem Gewähren (auctor).

Mit oder ohne Gewährnuzug würde aber nach K. eine Eigentums-Diadikasia Platz greifen. Die bekannte Dissertation *G. A. Leists* <sup>2)</sup> habe über diese Ergebnisse gewonnen, die auch heute noch im wesentlichen zu Recht bestünden <sup>3)</sup>. Es sei deshalb weder möglich noch erforderlich, alle mit der Diadikasia zusammenhängenden Fragen erneut zu behandeln. K. will nur die Anwendungs-Fälle betreffs der Eigentums-Verfolgung und die Merkmale des Verfahrens genauer betrachten. Leists Übersicht über die überlieferten Fälle führte zur Feststellung, daß uns diese Verfahrensart nicht für den Streit um das Eigentum überliefert sei, obschon sie sich für einen Prätendenten-Streit um dasselbe hervorragend geeignet hätte. Überliefert seien nach Leist nur Fälle, bei denen es sich um Präjudizien über die Person des Berechtigten, um den Streit betreffs Denunzianten-Prämien, um das Namensrecht, um sakrale Berechtigungen und um Erbschaften handelte. Da die Diadikasia demnach für die Zwecke, für die sie der Autor in Anspruch nimmt, nicht überliefert ist, will er sich begreiflicherweise nicht mit dieser negativen Ausbeute begnügen. «Indessen finden sich vielleicht bei näherem Zusehen doch Fälle, die auf einen Eigentumsstreit bezogen werden können <sup>4)</sup>».

Bei 4 Fällen glaubt K. dieses Merkmal eines Eigentumsstreites feststellen zu können. 1. Im Volksbeschluß aus Zeleia <sup>5)</sup> aus dem Jahre 334/333 v. Ch., der uns inschriftlich erhalten ist, schließt er, daß es sich hiebei um privates Grundeigen-

<sup>1)</sup> 174.

<sup>2)</sup> Der attische Eigentumsstreit im System der Diadikasia (1886).

<sup>3)</sup> 179; dort weitere Lit.: Beauchet 3, 375 ff.; Lipsius 463 ff.; Paoli, Diadicasia im Nuovo Dig. Ital.

<sup>4)</sup> 180.

<sup>5)</sup> Ditt. Syll.<sup>3</sup> 279,19 f.: ἡ δὲ τις ἀμφισβᾶτῃ φᾶς πρίασθαι ἢ λαβεῖν κυρίως παρὰ τῆς πόλεως, διαδικασίην αὐτῶν εἶναι, καὶ εἰὰν φανῇ μὴ ὀρθῶς ἐκτεμένους, τὴν τιμὴν αὐτὸν ἐκτίνειν ἡμιολίην.



tum oder mindestens um ein eigentumsähnliches Recht zum Besitz am öffentlichen Boden handle. Wie der Hinweis auf Kauf und andere rechtsgültige Erwerbsgründe zeige, gehe der Streit zwischen der Stadt und den Okkupanten der öffentlichen Ländereien um die Frage des Rechtes zum Besitz. Leist rechne diese Stelle zu Unrecht nur zu den Präjudizien über berechtigende und verpflichtende Tatsachen. In Wahrheit bestehe hier aber zwischen dem privaten und dem öffentlichen Eigentum als Recht zum Besitz kein begrifflicher Unterschied.

K. müßte uns aber zuerst durch Quellen-Stellen nachweisen, daß eine Polis in einem privaten Eigentumsstreite überhaupt als gleichgestellte Partei aufgetreten sei. In Wirklichkeit handelt es sich um den Fall, daß jemand seinen rechtmäßigen Erwerb auf einen Kauf oder eine Schenkung von Seite der Polis zurückführt. Dann soll dies in einer Diadikasia untersucht werden; und kann er nicht diesen rechtmäßigen Erwerbstitel vom Staate nachweisen, dann hat er das Andert-halb-fache des Preises oder Wertes zu bezahlen. Es handelt sich also nur um einen Fall der *κτῆσις* vom Staate. Das Erwerbsdokument ist dann die Diagraphē, die z. B. im ptolemäischen Ägypten der Katagraphē gleich- oder vorangestellt wird. Die Diadikasia entscheidet also nur darüber, ob die behauptete *κτῆσις* von der πόλις ordnungsgemäß erfolgte. - Der zweite Fall betrifft die Konfiskation eines Vermögens. Wenn dabei von einem anderen ein Recht an Gegenständen dieses Vermögens geltend gemacht wird, sei es auf Grund einer Mitgiftbestellung oder auf Grund eines Pfandrechtes, so finde ein Zwischen- oder Neben-Verfahren mit der technischen Bezeichnung *ἐνεπίσκηψις* statt. Über die Frage, ob die betroffenen Gegenstände dem Staate oder dem Sonderberechtigten zustehen, werde bald durch *ἀπογραφή*, bald durch Diadikasia entschieden, wie das Lex. Seguer. zeige <sup>1)</sup>.

Es handelt sich aber hier offenbar nicht um einen Eigentumsstreit, sondern um die Prüfung eines Aussonderungs-Rechtes,—modern gesprochen. Diese Prüfung findet sich als Teil eines Verfahrens, das wir heute nach den Verwaltungsgesetzen und nicht nach Art eines Eigentumsstreites beurteilen müßten. Ebenso wenig werde dabei durch *ἀπογραφή* entschieden; K. <sup>2)</sup> meint, dies geschah offenbar dann, wenn Gegenrechte geltend gemacht würden, solange die Einziehung auf Grund des *ἀπογραφή*-Verfahrens noch nicht angeordnet war. In Wirklichkeit mußte bei der Einziehung eines ganzen Vermögens mit Prüfung eines Aussonderungs-Antrages untersucht werden, ob der Betreffende die Objekte als sein freies Eigen-

<sup>1)</sup> V 236, 16 ff.: διαδικασία: οὐχ ἀπλῶς πᾶσα δίκη διαδικασία καλεῖται, ἀλλ' ἐν αἷς περί τινος ἀμφισβήτησις ἐστίν, ὅτῳ προσήκει μᾶλλον. σημειωτέον δέ, ὅτι διαδικασία λέγεται καὶ ὅταν δημευθείσης οὐσίας δικάζεται τις πρὸς τὸ δημόσιον, ὡς ὀφειλομένων αὐτῷ χρημάτων ἐν τῇ δημευθείᾳ οὐσίᾳ.

<sup>2)</sup> l. c. 180.



tum einbekannt und dabei ein ἀποτίμημα oder eine ὑποθήκη angegeben habe. Unzutreffend sagt K. von diesem Rechte auf Grund der Mitgiftbestellung, auch hier handle es sich also um «Rechte zum Besitz», die man als relatives Eigentum verstehen konnte in dem Sinne, daß sie dem Recht des Staates als ebenbürtig gegenüber traten <sup>1)</sup>. Leist ordne dagegen auch diesen Fall nur in die Präjudizien über berechtigende Tatsachen ein.

Selbstverständlich kann m. E. keine Rede davon sein, daß das Anwartschaftsrecht auf Grund des ἀποτίμημα, das der Sicherung der eingebrachten Mitgift der Ehefrau dient, dem Rechte der Polis *ebenbürtig* gegenüber trete. Der Bürgerstaat hat vielmehr die Konfiskation auf das eigentliche *Vermögen* des Mannes beschränkt. Da er bei Lösung der Ehe das geschätzte Grundstück an Stelle der empfangenen Mitgift herausgeben muß, falls er diese nicht zurück zahlen kann oder will, so war dieser Teil des Vermögens nur in seiner Nutz-Verwaltung, bei der Konfiskation aus Gerechtigkeits-Gründen aber ausgenommen. Das hat mit relativem Eigentum nichts zu tun, noch weniger mit einer rei vindicatio zwischen Polis und Privatem.

Ebensowenig wirkt das dritte Beispiel überzeugend. Es handelt sich um die Verpflichtung des Trierarchen, nach Ablauf seiner Funktionsdauer das Schiff nebst Ausrüstung dem Staate zurückzustellen, dem es gehörte. Behauptete dieser nun, ohne eigenes Verschulden zur Rückgabe nicht imstande zu sein, weil es in einem Sturme untergegangen sei <sup>2)</sup>, so wurde nach einer Prüfung, genannt σκῆψις, in Form einer Diadikasia entschieden, ob das Schiff wirklich durch höhere Gewalt seeuntüchtig geworden sei. Im bejahenden Falle durfte der Trierarch das Schiffs-Wrack behalten und hatte regelmäßig nur den Schiffsschnabel abzuliefern. Andernfalls hatte der Trierarch ein Ersatzschiff in brauchbarem Zustande beizustellen. Das Ersatzschiff trug den alten Namen. So verstehen wir auch die Ablieferung des Schiffsschnabels. Es handelte sich um die Fiktion des «unsterblichen» Kriegsschiffes. Der Autor meint nun, auch hier ging der Streit um das Eigentum an der Triere, da sie selbst als Gegenstand der Diadikasia inschriftlich genannt sei <sup>3)</sup>. Naber <sup>4)</sup> zweifle hier mit Unrecht an der Zweiseitigkeit derselben. Mit Rücksicht auf die Art des Streites werde ein bloßer Feststellungsprozeß geführt und nicht so gleich eine Leistungsklage.

<sup>1)</sup> 181.

<sup>2)</sup> Κατὰ χειμῶνα ἀπολωλέναι (διαφθαρῆναι). Vgl. Böckh Seeurkunden 214 f.; Lipsius 456 f.; Kaser 181/2.

<sup>3)</sup> IG. II<sup>2</sup> 1613, 202: [αἱ δὲ δύο τριῆραις αἰδ]ε ἐ[πί] Διοτίμου [δι]εδικάσθησαν κ[αὶ] ἔδοξαν κατὰ χειμῶνα διαφθαρῆναι; 224 f.: [ἀριθμ]ο[ς] τριήρων καὶ σκευῶν τῶν διαδεδικασ[μένων].

<sup>4)</sup> Mnem. 41, 119.



Der Autor übersieht auch in diesem Falle, daß es sich wiederum um keinen Zivilprozeß handelt, den es zwischen dem Träger der Staatshoheit und dem Privaten überhaupt nicht gab, sondern um ein Verwaltungs-Verfahren aus dem Gebiete des «Kriegsleistungs-Gesetzes», modern gesprochen. Eine Sachverständigen-Prüfung brachte innerhalb dieses Verfahrens die Entscheidung über unverschuldeten oder verschuldeten Verlust des Schiffes. Mit einem Eigentums-Prozesse hat der Fall nicht das geringste zu tun. Denn die alte Triere wurde ja dem erfolgreichen Trierarchen nicht deshalb gelassen, weil sie sein Eigentum war, - denn sie gehörte ja nach wie vor dem Bürgerstaate, sondern weil sie auf Grund der Prüfung als wertlos für weiteren Seedienst betrachtet wurde. Ein Eigentumsstreit hätte ja eine Rechts-Behauptung des Trierarchen bestätigen müssen, daß ihm das Schiff einschließlich des Schiffsschnabels schon bisher gehörte; davon konnte natürlich keine Rede sein.

Und ebensowenig vermag das vierte Beispiel als wirksames Argument für die Behauptung zu dienen. Es handelt sich um eine Stelle in der Pseudo-Demosthenes-Rede gegen Hegesippos <sup>1)</sup>. Im Streite zwischen dem Staate der Athener und dem König Philipp von Makedonien um die Insel Halones sollte ein Schiedsgericht περὶ τῶν νήσων διαδικάζεσθαι πότερ' ὑμέτεροι ἢ ἐκείνου εἶσιν, ob sie euch oder jenem gehören. Es gehe dabei zwar nicht um das private Eigentum, aber um das öffentliche Hoheitsrecht, das diesem entspreche.

Weder im Rechte irgendeiner Polis noch eines Staates der Gegenwart wird aber das Objekt der Staatshoheit als Eigentums Objekt aufgefaßt. Nur in den orientalischen Despotien oder in Ägypten begegnete die Auffassung, daß Land und Leute dem Herrscher gehörten. Bei den Inseln, um die es hier ging, handelte es sich um ein öffentlich-rechtliches Schiedsgericht. Von einem Eigentums-Streite nach Art der rei vindicatio von Privaten kann bei einem Schiedsspruche über den räumlichen Bereich des Hoheitsrechtes keine Rede sein. Es handelt sich nach heutiger Auffassung um einen Schieds-Spruch nach den Grundsätzen des Völkerrechtes.

Die genannten Beispiele haben also keineswegs zur Folgerung des Autors geführt: «Die Diadikasia in der unmittelbaren Anwendung als Eigentumsfeststellungs-Streit kann hienach als gesichert gelten» <sup>2)</sup>. Damit ist aber noch nicht das wahre Wesen derselben erkannt. K. vermeint, die Eignung der Diadikasia für den Eigentumsstreit ergebe sich aus dem kennzeichnenden Merkmal dieser Verfahrensart. Das Gericht habe festzustellen, welche der beiden Parteien, die beide die *gleiche* Behauptung aufstellen, recht habe; jede nehme dieselbe Rechtsstellung für sich in Anspruch. Die beiden Behauptungen könnten bejahenden Inhalt haben

<sup>1)</sup> l. c. 183.

<sup>2)</sup> ebda.



betreffs eines Rechtes z. B. des Eigentums, eines Erbrechtes, eines Namensrechtes, einer Forderung, oder einen verneinenden betreffs einer Last. Dieses, Ich oder Du' hinsichtlich des gleichen Rechts oder der gleichen Pflicht gebe der Diadikasia ihre eigentümliche Prägung. Damit trete sie als Eigentumsverfahren der legis actio sacramento in rem an die Seite, die ebenfalls auf die Feststellung gerichtet sei, wer von den beiden Streitteilen Eigentümer ist. Gemeinsam wäre auch beiden, daß sie immer nur in eine Feststellung einmünden. Das bestreite Lipsius gegen Leist, aber zu Unrecht<sup>1)</sup>, meint Kaser. Hier wie dort träten auch beide Parteien als Eigentumsprätendenten auf. Da aber der Richter notwendig einen von ihnen als Eigentümer erkennen müsse, kennzeichne sich das Recht, um das der Streit geht, als ein *relatives* Eigentum. Nur so erkläre es sich auch, daß neben dem Käufer auch der Pfandgläubiger als gleichartiger Prätendent auf die tatsächliche Sachgewalt auftrete, sofern die Voraussetzungen für seine Besitzergreifung erfüllt seien.

Gegenüber diesen Ausführungen müssen wir den Autor fragen, ob das Urteil in einem heutigen Prozesse um Eigentum anders ausfällt, als dass dem einen das Eigentum zugesprochen wird. Ergibt sich daraus, daß unser heutiges Recht dabei den Begriff des relativen Eigentums zu Grunde legt? Und wie konnte der Pfandgläubiger als *gleichartiger* Prätendent gegenüber einer Eigentums-Behauptung auftreten? Entweder handelte es sich um ein Faustpfand (ἐνέχυρον), dann hatte er Besitz, aber nicht Eigentum erlangt. Handelte es sich aber um eine ὑποθήκη, so war damit seine Anwartschaft auf das Eigentum, aber noch nicht dieses selbst aktuell gegeben. In einem ὑπάλλαγμα aber, das wir aus den gräko-ägyptischen Urkunden genauer kennen, folgte nur eine Sperre der freien Verfügungsgewalt des Eigentümers<sup>2)</sup>. In keinem dieser Fälle kann es sich um eine *gleichartige* Rechts-Behauptung gegenüber dem Eigentum handeln. Wenn K. hervorhebt, daß die Sachgewalt eben nach dem Rechtsgrunde zu beurteilen war, so bedeutet dies natürlich nicht eine gleiche Wertung und eine gleichartige Rechtsfolge der causa. Nach dem Autor geht es immer um die Titel für ihren Besitz, die vom Gericht nach freiem Ermessen gegeneinander abgewogen würden. Der Besitztitel sei nicht immer gleich dem Erwerbstitel, weil der Besitzer ja auch erst *nach* dem Besitzerwerb, z. B. durch Fristablauf, einen Titel hinzu erworben haben könne. Wessen Titel für den Besitz dem konkreten Gegner gegenüber besser berechtigt sei, der würde im Urteil als *Eigentümer* befunden<sup>3)</sup>.

Nehmen wir den Fall an, daß die eine Partei auf Grund eines Faustpfand-Vertrages den Besitz am ἐνέχυρον rechtmäßig habe! Der andere Teil behaupte Ei-

<sup>1)</sup> 184, Anm. 165.

<sup>2)</sup> Genauer darüber Schönbauer, Liegenschaftsrecht 105 f. Petropoulos, P. Ath. 136.

<sup>3)</sup> l. c. 185.



gentum, könne aber hiefür keinen hinreichenden κτήσις-Tatbestand (δικαία αἰτία) z. B. infolge Fehlens des Publizitäts-Aktes nachweisen. Nach dem Autor müßte dann der Besitzer des Pfandes vom Gerichte als *Eigentümer* erklärt werden gegenüber dem, der zwar die Sache z. B. gekauft hat, aber bei dem der vorgeschriebene Publizitätsakt noch nicht vorgenommen wäre. Zu solch unannehmbaren Konsequenzen würde die These führen.

Leist und Lipsius hätten wegen der vollkommenen Zweiseitigkeit der Diadikasia behauptet, daß es bei ihr, wenigstens regelmäßig, keine Kläger und keine Beklagten gebe. «Aber diese zugespitzte Formel darf nicht mißdeutet werden»<sup>1)</sup>. Sie sei richtig für die Beweislast betreffs des Titels, aber sie gelte nicht für die förmliche Ladung (πρόκλησις), die auch hier vorkomme, wenn auch nicht ausnahmslos. So finde sie kraft gesetzlicher Anordnung beim Erbstreit statt, aber nur dann, wenn dieser nach amtlicher Zuteilung der Erbschaft durch Epidikasia anhängig gemacht werde. Vorher sei sie entbehrlich, weil dem Antragsteller nichts anderes übrig bleibe, als sich auf den Streit einzulassen; anderenfalls erhalte er nicht die Epidikasia. Für die Eigentums-Diadikasia sei die Ladung nicht belegt, sei auch unwahrscheinlich, weil der Verfolger einer Fahrnis die Vorlegungsklage habe, bei Grundstücken aber den Besitzer durch die Verbindung mit den oben besprochenen *persönlichen* Klagen vor Gericht ziehen könne.—

Aus den angeführten Beispielen der Diadikasia ging schon hervor, daß nicht beide Parteien *gleichermassen* ihre Titel beweisen mußten. Hatte etwa die Polis ihren Titel betreffs der Trieren zu beweisen oder betreffs des eingezogenen Vermögens? Die Blickrichtung ist m. E. irrtümlich und deshalb auch die Schlußfolgerung. Es ist nicht einzusehen, warum eine Ladung in diesen Fällen unwahrscheinlich sein soll aus dem Grunde, weil die Partei auch durch andere Klagen den Gegner vor Gericht führen könne. Ebensowenig kann dem Autor zugestimmt werden bei der Behauptung, daß hinsichtlich des Beweises der Grundsatz *völliger Gleichordnung* gelte und daß dieses griechische Verfahren mit der legis actio sacramento in rem auch hierin übereinstimme; es gebe danach auch keine günstigere Rolle des Beklagten. Im Gegenteile, es frage sich, ob nicht auf einer früheren Stufe der Rechtsentwicklung die primäre Beweislast einmal sogar den *Besitzer* betroffen haben könnte. Auch nach griechischem Rechte könnte der Besitzer näher zum Beweise erscheinen, weil hier — wie bei der vindicatio — auf dem *Besitzer* zunächst der *Diebstahls*-Verdacht lastete, von dem er sich durch Nachweis rechtmäßigen Besitzes reinigen mußte. Doch seien uns keine verlässlichen Zeugnisse darüber erhalten geblieben. Immerhin gestatte die Regelung des Gewährzuges

<sup>1)</sup> Kaser, 186.



einen Analogieschluß, daß auch in der Diadikasia besonderes Gewicht auf die *Rechtfertigung* des *Beklagten* gelegt wurde. Dabei konnte sich ja der Beklagte der Hilfe seines Vormannes durch dessen Zeugnis bedienen<sup>1)</sup>).

Es geht wohl viel zu weit, wenn K. für die frühere Stufe des Eigentumsstreites annimmt, daß in Athen oder in Rom der Besitzer immer unter Diebstahlsverdacht stand. Eine solche Auffassung ist leider nicht selten. Sie beweist aber m. E. ein starkes Verkennen der alten Rechtsgemeinschaft, in welcher der Familien — und Geschlechter-Verband und der geringe Umfang des Rechtskreises eine weitaus höhere Kundbarkeit des Rechtsverkehres mit sich brachte als in späterer Zeit. Der Hermias-Prozeß<sup>2)</sup> zeigt uns z. B. im Gegenteil die günstigere Stellung des belangten Besitzers. —

Nach dem Urteile im Eigentumsstreit bedurfte es nach K. keines besonderen Vollstreckungs-Verfahrens, weil meist die Herausgabe an den Sieger schon durch Gestellungs-Bürgschaft sichergestellt zu werden pflegte. Es mache insoweit keinen Unterschied, ob der Zwischenbesitz einer der Parteien oder einem Dritten zugewiesen wurde. Unseres Erachtens zeigen gerade die Stellen über die δίκη ἐξούλης<sup>3)</sup>, daß die Durchführung des Urteiles vielfach ein Vollstreckungs-Verfahren erforderte, was wir vor allem für Ägypten durch die Papyrus-Urkunden bestätigt finden. Die angeführten Belegstellen bezeugen keineswegs den Gang des Verfahrens, wie ihn sich K. vorstellt. —

Wir mußten also feststellen, daß jene Thesen selbst bei objektiver und wohlwollender Prüfung keine Überzeugungskraft besitzen. Damit stehen wir aber wieder vor dem Zwiespalte in der Literatur, so wie er sich vor Jahrzehnten in der leidenschaftlichen Diskussion zwischen *Rabel* und *Lipsius* über die δίκη ἐξούλης

<sup>1)</sup> 188/9.

<sup>2)</sup> Vgl. Schönbauer, Liegenschaftsrecht, 33 f., zustimmend Meister Wilcken, Urk. d. Ptolemäer — Zeit II, 264 f.

<sup>3)</sup> Harpokration, Suidas 1816 (ed. A. Adler): ἐξούλης ὄνομα δίκης ἦν ἐπάγουσιν οἱ φάσκοντες ἐξείργεσθαι τῶν ιδίων κατὰ τῶν ἐξειργόντων· εἴρηται μὲν οὖν τοῦνομα ἀπὸ τοῦ ἐξίλλειν, ὃ ἐστὶν ἐξωθεῖν καὶ ἐκβάλλειν· δικάζονται δὲ ἐξούλης καὶ τοῖς ἐπιτιμίαις οἱ μὴ ἀπολαμβάνοντες ἐν τῇ προσηκούσῃ προθεσμίᾳ ὑπερημέρων γιγνομένων τῶν καταδικασθέντων· οἱ δὲ ἀλόντες ἐξούλης καὶ τῷ ἐλόντι ἐδίδοσαν ἃ ἀφηροῦντο αὐτὸν καὶ τῷ δημοσίῳ κατετίθεσαν τὰ τιμηθέντα· ἐδικάζετο δὲ ἐξούλης καὶ ὁ χρήστης κατέχειν ἐπιχειρῶν χρῆμα τοῦ χρεωστοῦντος καὶ κωλυόμενος ὑπὸ τινος καὶ ἐπεργασίας δὲ τις εἰ εἴργοιτο, δίδωσιν ὁ νόμος δικάζεσθαι πρὸς τὸν εἴργοντα ἐξούλης· καὶ περὶ ἀνδραπόδου δὲ καὶ παντὸς οὗ φησί τις αὐτῷ μετεῖναι· ταῦτα δὲ σαφῶς Ἰσαῖος διδάσκει καὶ Λυσίας ἐν τῷ κατὰ Στρατοκλέους ἐξούλης· Δείναρχος μέντοι ἐν τῇ Κροκωνιδῶν διαδικασίᾳ ιδίως κέχρηται τῷ τῆς ἐξούλης ὀνόματι ἐπὶ τῆς ἱερείας τῆς μὴ βουλομένης τὰ ἴδια δρᾶν· ὅτι δὲ ἐπὶ παντὸς τοῦ ἐκ τῶν ιδίων ἐκβαλλομένου τάττεται τ' οὐνομα καὶ οὐχ ὥς οἶεται Καϊκίλιος μόνων τῶν ἐκ καταδίκης ὀφειλόντων· καὶ Φρύνιχος ἐν Ποαστρίαις δῆλον ποιεῖ. Suidas 1815: ἐξούλης . . . ἐπειδὴν τις καταδικασθεὶς μὴ ἐκτίνῃ τὴν καταδίκην, εἰσεπράττετο ὑπὸ τοῦ δήμου τοσοῦτον λελογισμένως πάνυ.



deutlich zeigte. Zweimal nahm der Rechtshistoriker<sup>1)</sup> wie der Philolog<sup>2)</sup> das Wort zu längeren Ausführungen. Doch vermochte kein Teil den anderen zu überzeugen. Dennoch glaube ich sagen zu können: Die Erörterung blieb nicht ohne Ertrag. Denn jeder der beiden Gelehrten bemühte sich, die Quellen so genau als möglich zu analysieren und zur Stützung des eigenen Standpunktes alle erreichbaren zusammenzutragen. Besonders in der zweiten Abhandlung Rabels sind m. E. wertvolle Erkenntnisse niedergelegt, dabei die Forschungen von *Wentzel*<sup>3)</sup> verwertet. Kaser hielt sich leider an die erste Abhandlung. In der zweiten kommt Rabel nach einer sorgfältigen Analyse der onomastischen Vorlagen mit *Albert Rehm* zu dem Schlusse, daß in ihnen einfach fünf Fälle der δίκη koordiniert hintereinander angedeutet seien, nämlich zunächst das dingliche Urteil und vielleicht noch einiges andere, das sich auf das Eigentum an Grundstücken beziehe. Zur berichtigenden Ergänzung seien aber aus Redner-Stellen 4 weitere Fälle herangezogen, wo entweder nicht das Eigentum oder nicht eine unbewegliche Sache in Frage stand; sie betreffen den Pfändungs-Pfandgläubiger nach einem Urteil, den Pfandgläubiger, das Bebauungsrecht und das Eigentum oder ein anderes Recht an Fahrnis, nach Rehm vielleicht speziell das Miteigentum. Diesen Ausführungen fügte Rabel die bescheidene Bemerkung hinzu, es komme weniger darauf an, ob seine Auslegungsversuche das Richtige trafen als darauf, daß man das Auslegungsbedürfnis zugebe und die Schwierigkeiten erkenne. Noch weniger solle zur Sache das letzte Wort gesprochen sein. Dem Dunkel des attischen Eigentumsstreites sei erst schrittweise beizukommen; und ein wenig näher könne man gerade von der δίκη ἐξούλης und den sie behandelnden Stellen kommen.

Hievon bin auch ich überzeugt. Es kommt also alles darauf an, die richtige Blicklenkung zu finden, die uns einerseits das Wesen der Diadikasia wie andererseits das der δίκη ἐξούλης ermöglicht. Rabel hatte in dem ersten Aufsatz die These verteidigt, die δίκη sei Deliktsklage zum Schutze berechtigter Selbsthilfe schlechthin, nicht mehr und nicht weniger. Diese These betrachtete Lipsius durch den Nachweis des weiten Geltungsbereiches der Klage für rettungslos zusammengebrochen. Nach ihm sei sie schon durch die Straffolge für den Verurteilten als Deliktsklage gekennzeichnet. Das erschöpfe aber nicht ihr Wesen. Denn sie sei auch Exekutionsklage und sei auch Besitzstörungsklage; dies alles bringe nur die verschiedenen Seiten ihrer Anwendung zum Ausdruck.—Die Behauptung, sie sei neben den anderen Funktionen auch die allgemeine Besitzstörungsklage, bezeichnete Rabel als den stärksten Ausdruck des Gegensatzes der Meinungen und Methoden.

<sup>1)</sup> Sav. Z. 36 (1915), 340 ff.; 38 (1917), 296 ff.

<sup>2)</sup> S. - Z. 37 (1916), 1 f.; 39 (1918), 78 ff.

<sup>3)</sup> S. - B. Ak. Berlin 1895, 477 f.; Gött. G. A. 159, 616 ff.



## III.

Das rätselhafte Dunkel um die *δίκη ἐξούλης* vermögen wir nach meiner Überzeugung nur dann zu lüften, wenn wir die *hohe Bedeutung von Grund und Boden* in der Rechtsgemeinschaft Attikas wie wohl bei allen griechischen Stämmen vor Augen halten. Daß diese Auffassung noch zur Zeit des großen Aristoteles<sup>1)</sup> bestand, zeigen seine Ausführungen in der «Politik». In seiner idealen Demokratie gilt Grund und Boden als der beste Besitz überhaupt. Die Bürgerschaft, die als Staatsvolk nur die Minderheit unter der Einwohnerschaft darstellt, soll womöglich vom Ackerbau oder von der Viehzucht leben. Der beste Staat verlange, dass der Bürger so viel Grundbesitz habe, um ohne eigene Handarbeit von dem Ertrage leben zu können. Der gesamte Grund und Boden gehöre für die politische Gemeinschaft, die am Bürgerrechte teilhabe. Nur das Land, das für den Gottesdienst und die gemeinschaftlichen Mahlzeiten nötig sei, bleibe Eigentum des Staates, alles übrige werde unter die Bürger aufgeteilt. Kennzeichnend ist dabei aber die Zuteilung mit *zwei* Landlosen, wovon sich das eine *in der Nähe der Stadt*, das andere im *Grenzgebiete* befinde. Dadurch sei nicht nur eine annähernde Gleichheit des Grundbesitzes unter den Vollbürgern ermöglicht, sondern es bestünde dann auch das *gleiche Interesse an der Verteidigung des Vaterlandes* gegen äußere Feinde. Die Armut sei für die staatlichen Zustände gefährlich. Deshalb müsse der Staat die Überschüsse aus den Einkünften sammeln und sie so verteilen, daß den Ärmern dadurch der Erwerb von Grundbesitz oder Ackerbau und Handel möglich werde.

Der Ausdruck *ἐξούλης* ist unter den Bezeichnungen der attischen *δίκαι* ganz einzigartig. Der Grammatiker Moiris<sup>2)</sup> belehrt uns, daß *ἐξίλλω* der attische Ausdruck für *ἐξείργω* und für jonisch *ἐξέργω* sei. Es handelt sich demnach um einen attischen Ausdruck, der als *altehrwürdig* heibehalten wurde. Demnach führt uns der Ursprung der Bezeichnung in *frühe Jahrhunderte*. Es ist die Zeit, in der die heimische Scholle noch als geheiligt, keineswegs als Objekt des Güterumsatzes aufgefaßt wurde.— Über die Entstehung des Eigenbesitzes oder Eigentums an Grund und Boden gehen die Auffassungen der Gelehrten weit auseinander. Wir brauchen dabei nur etwa an Wilamowitz und Swoboda zu erinnern. Nach unserer Auffassung müssen wir in dieser Frage unterscheiden: Die Zuteilung von Grund und Boden an die einzelnen *Hausgemeinschaften* (*οἶκοι*) ist schon früh anzunehmen. Ein Agrar—Kommunismus ist unbezeugt, soweit die historischen Quellen reichen. Aber damit ist die Scholle keineswegs zum Objekt des allgemeinen Güterumsatzes

<sup>1)</sup> Vgl. Verdross-Drossberg, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie<sup>2</sup> (1948).

<sup>2)</sup> 2. oder Anfang 3. Jahrh. n. Ch.



oder des privaten Handels geworden. Die Zustände müssen wir uns ganz ähnlich vorstellen wie im germanischen Rechte. Das altnorwegische zeigt uns vielleicht am deutlichsten die Sonderordnung für Grund und Boden im Rechtsleben der Familie und des Geschlechtes. Es handelt sich also in beiden Rechtskreisen um ein System der *gebundenen Bodenordnung*, nicht einer freien. Es gibt in ihnen demnach nur eine strenge Zuordnung des heimischen Grund und Bodens zu einer *Hausgemeinschaft* und in einem weiteren Kreise zu einem bestimmten *Geschlechte*. Innerhalb dieses Rechtskreises treten auch genau umgrenzte individuelle Rechtsstellungen entgegen. Verstehen wir unter 'Eigentum, dasjenige Herrschaftsrecht, das die stärkste Machtstellung verschafft, die eine Rechtsordnung in der Sach-Beherrschung für eine Privatperson überhaupt zuläßt, so können wir ohne Bedenken auch für das altgriechische Recht von Bodeneigentum sprechen. Diese rechtliche Macht könnte aber ebensogut als «rechtmäßiger Besitz» bezeichnet werden. Denn die Unterscheidung zwischen Eigentum an der Liegenschaft und dem rechtmäßigen, geschützten Besitz tritt uns in der Geschichte m. E. erst deutlich entgegen, sobald der *Güterumsatz* auch den heimischen Boden ergriffen hat. Bis dahin kann die Herren-Stellung auch durch den zweiten Ausdruck in Erscheinung treten. Einen *Verkauf* von Grund und Boden als Ausdruck von Privat-Interessen gab es also nach unserer Überzeugung überhaupt nicht in jener Epoche, aus der der Ausdruck ἐξούλης stammt. Aber auch innerhalb einer gebundenen Bodenordnung muss für Fälle vorgesehen sein, wo einer aus seiner Rechtsstellung betreffs des Grundstückes scheiden muß, um einem anderen Platz zu machen. Dann kann natürlich von keiner «Übertragung des Eigentumsrechtes», durch einen Privaten an den anderen die Rede sein», sondern nur von einem Herausgehen (ἐξίστασθαι egredi) oder «Weichen aus dem Grundstück» und dem «Hineinschreiten» (εἰσιέναι, ingredi) und «Bemächtigen», (κρατεῖν) durch den Rechtsnachfolger. Es handelt sich also um keinen derivativen Erwerb des Eigentumsrechtes. Der Rechtsnachfolger leitet seine Rechtsmacht vom *Gesetze* als dem ausgedrückten Willen der *Gemeinschaft* ab und nicht vom Willen des Vorgängers. War also in der gebundenen Bodenordnung jemand verpflichtet, das Grundstück zu verlassen, und tat er es nicht, so konnte ihm der rechtliche Vorwurf gemacht werden, daß er den anderen *unrechtmässig* aus einer Rechtsstellung *verdränge* (ἐξείργη), ihm diese Rechtsstellung *vorenthalte*, die jenem rechtmäßig gebühre. Das ist nach unserer Auffassung der Sinn des Ausdruckes. Damit wird auch sofort klar, warum es sich hier um eine δίκη handelt. Es liegt eine geschärfte Privatklage vor, eine *Bussklage*. Dabei handelt es sich um ein Gerichtsverfahren zur Durchsetzung von *Privat-Interessen* und nicht um verletzte Interessen der *Polis*. Nur in letzterem Falle käme es zu einer εἰσαγγελία, zu einem Strafprozess, nach unserer heutigen Ausdrucksweise.



Die streng gebundene Bodenordnung war zur Zeit der Redner schon gelockert. Aber die ganz eigentümliche Aufeinanderfolge der δίκη ἐνοικίου und καρποῦ, der δ. οὐσίας und der δ. ἐξούλης erst als dritter Klage ist, wie wir schon bemerkten, keineswegs aus einem Advokatenkniffe zu verstehen, sondern m. E. nur, wenn wir annehmen, daß ein Verdrängen von Grund und Boden auch damals noch nur als ultima ratio in Betracht kam. Zur Durchsetzung privater Interessen konnte man zunächst nur auf die laufenden Einkünfte des Hauses oder des Grundstückes klagen, auf seine Rente-ohne Verletzung der Substanz. Unter rund 20000 Bürgern des Staates der Athener gab es um 400 v. Chr. rund 15000 mit Grundbesitz, demnach durchschnittlich mit 17 ha, wenn man auch die nichtlandwirtschaftlich nutzbare Fläche einrechnet. Der Durchschnittsbürger besaß ein Haus und einige Grundstücks-Parzellen. Neben der Eigenntzung bot der Hausbesitz eine Quelle des fortlaufenden Einkommens durch Vermietung des ganzen Hauses oder einer Wohnung neben der eigenen. Wir brauchen in diesem Zusammenhange etwa nur an die Verwertung des Mündelgutes durch μίσθωσις οἴκου zu denken, welche die ὄροι bekunden<sup>1)</sup>. Ebenso häufig war die Verwertung des Mündelgutes durch Verpachtung, wenn sich nicht der Vormund zum Betriebe in eigener Regie mit strenger Rechnungspflicht entschloß<sup>2)</sup>. Auf die Haus-oder Grundstücks-Rente konnte also eine Klage gehen, ohne daß die Substanz des Bodens für Familie und Geschlecht bedroht erschien.—Die δίκη οὐσίας, die Kaser dunkel nennt, verstehen wir m. E. am leichtesten aus einer alten Terminologie, bei der das gebundene Bodeneigentum nicht unter das «Vermögen» des Einzelnen gerechnet wurde. Οὐσία bezeichnet also das Gesamtvermögen, das einem Einzelnen grundsätzlich zur freien Verfügung zustand, das demnach Gegenstand einer Privatklage sein konnte; auf dieses konnte auch in der Exekution gegriffen werden, wenn das ἐνοίκιον und die Früchte des Grundstückes nicht zur Deckung eines exekutionsreifen Anspruches ausreichten. Im altgermanischen Rechte waren es vor allem die Fälle der echten Not, die zu einem Abtreten des Grundstückes zwangen. Alfred Schultze<sup>3)</sup> nahm an, daß es vor allem die hohen Bußen waren, die im altnorwegischen Rechtsleben zum Verluste von Odals-

<sup>1)</sup> Als ich am 16. I. 1952 in der Wiener Akademie der Wissenschaften die vorstehenden Thesen vorgetragen hatte, die ich bereits 1945 schriftlich in einem Aufsatz für die Sav. - Z. niederlegte, machte mich Herr General-Sekretär Koll. Josef Keil auf ein neues Werk aufmerksam, das ausgezeichnet zu meiner Auffassung passe: John V. A. Fine, *Horoi*, Studies in mortgage, real security, and land tenure in ancient Athens (The American excavation in the Athenian agora; Hesperia: Suppl. IX), 1951. Ich werde das ausgezeichnete Werk an anderer Stelle besprechen. Mein Aufsatz war in Weimar März 1945 bereits gedruckt, ging aber dann schon unter dem neuen konzessionierten Herausgeber - verloren.

<sup>2)</sup> Vgl. O Schulthess, Die Vormundschaft nach att. Recht I (1886); Fine l. c. 96 f.

<sup>3)</sup> Jav. - Z., germ. Abt., 56, 278 ff.



land für den bisherigen Herrn desselben führten.—Die Bußklage wegen Verdrängung war m. E. schon zur Zeit der streng gebundenen Bodenordnung möglich. Denn auch wenn es kein Privateigentum an den Grundstücken in dem Sinne gab, daß sein Inhaber sie veräußern oder sonst frei übertragen durfte, so konnte doch die Herrenstellung bestritten sein, insbesondere im Zusammenhange mit der Erb-Ordnung. Behauptete also ein Geschlechtsangehöriger, daß rechtmäßig *ihm* die Herrenstellung an dem Grundstücke gebühre, und bestritt dies der Inhaber, so konnte der Angreifer den Vorwurf erheben, daß ihm der andere unrechtmässig das Grundstück vorenthalte, ihn daraus verdränge, statt aus demselben zu weichen. Über diesen Vorwurf wurde in einer verschärften Privatklage entschieden, indem der verlierende Teil nicht nur sachfällig wurde, sondern auch Buße zu leisten hatte.

Die Quellen zeigen uns aber die δίκη ἐξούλης zur Zeit der attischen Gerichtsreden in einer mannigfaltigeren Anwendung. Diese Tatsache steht nicht im Gegensatze zu unserer These über den altherwürdigen Ursprung der Klage. Denn es ist klar, daß zur Zeit der Gerichtsreden nicht mehr die streng gebundene Bodenordnung bestand. Doch glauben wir noch deutlich ihre *Spuren* beobachten zu können. Schon die Tatsache, daß es ein besonderes Vorrecht der Erwerbung von Grund und Boden (γῆς ἔγκτησις) gab, wirft ein helles Licht auf die Bodenordnung. Wenn wir im 5. und 4. Jahrhundert neben der Verleihung der Proxenie, des Bürgerrechtes oder anderer Ehrungen dem Vorrecht des Grunderwerbes begegnen, so zeigt dies einerseits, daß die alte Geschlechter- und Familien-Ordnung betreffs des Grundbesitzes bereits gelockert war, daß aber andererseits keineswegs eine Nivellierung stattgefunden hatte und daß Grund und Boden keineswegs gleich irgend einem anderen übertragbaren Gute gewertet war. Seit der zweiten Hälfte des 4. Jahrhundert finden wir bei der Enktesis-Klausel den ausdrücklichen Vermerk «nach Maßgabe des Gesetzes». Dies ist ein deutliches Zeichen dafür, daß weiterhin Bindungen bestanden, wenn auch nicht in der alten Strenge. Wie Meister *Wilhelm* lehrte, gab es noch im 3. Jahrhunderte gesetzliche Bestimmungen über die Höchstgrenze des privaten Grunderwerbes; sie wurde in jener Zeit nach dem Geldwerte bestimmt. Gab es also auch zur Zeit der attischen Gerichtsreden schon einen Rechtsverkehr in Grundstücken mit Verkauf, Schenkung, freier Vererbung und Verpfändung, so gab es deswegen doch noch *kein liberales Bodenrecht*. Die oben genannten drei Phasen in der Rangordnung und zeitlichen Aufeinanderfolge der Klagen vor der δ. ἐξούλης bezeugen uns m. E. diesen *Mittelzustand zwischen einem streng gebundenen und einem liberalen Bodenrechte*. Die Fälle, die uns Harpokration und Suidas aus späterer Zeit als weitere Beispiele nennen, sind nach unserer Auffassung als *Erweiterung des ursprünglichen Bereiches* zu denken. Neben dem Stammfalle, in dem der Kläger behauptete, von der ihm gebührenden



Liegenschaft durch den Beklagten zu Unrecht ausgeschlossen zu werden, sei die δίκη εξούλης auch z. B. bei den Vertragsbußen angewendet worden. War diese nicht in der gehörigen Frist geleistet, so wurde offenbar der Vorwurf erhoben, daß sie zu Unrecht vorenthalten werde. Ähnlich müssen wir den Fall betrachten, in dem jemand im Pfändungsverfahren behauptete, zu Unrecht von dem anderen an der Durchsetzung seines Rechtes gehindert zu werden. Das gleiche galt wohl vom Bergbaurechte<sup>1)</sup>, das auf Grund eines «Kaufes» der Berechtigung von der Polis erfolgte. In einem Streite um das Abbaurecht in einem Bergreviere konnte natürlich der Vorwurf, daß der Beklagte den Kläger unrechtmäßig von dem ihm gebührenden Abbaue des Bergwerks los ausschließe, eine Rolle spielen. Nach dem Lexikographen wurde die Klage auch in dem Falle angewendet, daß der Kläger behauptete, es werde ihm an einem gemeinsamen Sklaven seine rechtmäßige Teilherrschaft vorenthalten. Um den Vorwurf eines unrechtmäßigen Verdrängens oder Ausschlüssens muß es sich auch im Bereiche des Sakralrechtes bei der Stelle des Deinarchos gehandelt haben.

Nach unserer Auffassung lag allen Fällen der genannten Klage der Vorwurf unrechtmäßiger Vorenthaltung oder unrechtmäßigen Ausschlüssens zu Grunde. Die Rechtslage mußte aber in jedem dieser Fälle bereits so weit geklärt sein, daß schon dieser Vorwurf erhoben werden konnte. Völlig im Irrtume waren m. E. die Gelehrten, welche die δίκη εξούλης auf einen bestimmten Zustand der Justizhoheit des Athener-Staates zurückführen wollten. Es sei damals die Justizhoheit noch nicht soweit vorgeschritten gewesen, um die aggressive Selbsthilfe ganz auszuschließen, wäre aber doch schon soweit gediehen, daß man diese Selbsthilfe auf bestimmte Fälle beschränken konnte. Wahrscheinlich sei beim gehörigen Widerspruche des Betroffenen der Zugriff bis zum gerichtlichen Austrage aufgeschoben worden. So seien die Sonderfälle der δίκη und ihre Anwendung zu erklären. Wir haben schon oben die Auffassung zurückgewiesen, die Polis der Athener sei zur Zeit der Gerichtsreden in ihrer Hoheit gegenüber den Privaten so schwach entwickelt gewesen, daß man die aggressive Selbsthilfe mindestens für eine Anzahl von Fällen noch nicht hätte entbehren können. Wie könnte man annehmen, daß ein Bürgerstaat, der z. B. bei einem Sakralfrevel mit der Konfiskation des ganzen Vermögens voringing, wie bei Alkibiades und seinen Genossen, in anderen Fällen so primitiv oder so zimperlich die Justizhoheit der Polis gegenüber dem privaten Bürger zur Geltung gebracht hätte, daß er nicht auf aggressive Selbsthilfe bei der Rechts-Durchsetzung verzichten konnte? Nach unserer Überzeugung zeigt sich uns eine *durchaus ökonomische Gestaltung des attischen Gerichtsverfahrens*. In allen Fällen,

<sup>1)</sup> Vgl. Schönbauer, Beiträge z. Gesch. des Bergbaurechtes (1928) u. Sav. - Z., rom. Abt., 55 (1935), 190 f.



in denen die Rechtslage bereits so weit geklärt war, daß einem Beklagten der Vorwurf eines unrechtmäßigen Vorenthaltens, eines unrechtmäßigen Ausschließens des Klägers, gemacht werden konnte, wurde diesem nochmals die Möglichkeit der Verteidigung geboten. Aber er konnte nun nicht mehr *ohne Prozessrisiko* streiten, doch auch der Kläger nicht ohne ein solches einen ἐξούλης Vorwurf erheben. Handelte es sich also um ein Grundstück, so behauptete der Kläger, der Beklagte hatte die Pflicht zum Verlassen des Grundstückes. Wenn dieser aber den Kläger weiterhin formell durch ἐξάγειν ausschloß, so kam es zu einem Rechtsstreite, bei dem aber nicht mehr z. B. um den Bestand der Geldschuld, die ursprünglich das Verfahren hervorgerufen hatte, gestritten wurde, sondern nur mehr um die *Räumungspflicht* betreffs des Grundstückes. War schon eine Entscheidung durch Urteil ergangen, so konnte es sich wieder nur mehr um Einwendungen gegen die Verpflichtung zum ἐξίστασθαι handeln. Zum Vergleiche sei auf die Einwendungen der modernen Exekutions-Ordnung hingewiesen.

Ähnlich lag der Fall der Verpfändung eines Grundstückes, wenn der Fälligkeitstermin verstrichen war, ohne daß das Pfand ausgelöst oder eine Erneuerung (ἀνα νέωσις<sup>1)</sup>) erfolgt und der Fälligkeitstermin damit erstreckt worden war. In diesen Fällen war also die Rechtslage bereits soweit klar, daß der Kläger vermeinte, eine ἐμβάτευσις mit Recht vornehmen zu können. Ähnlich lag auch der Fall, wenn auf Grund eines gültigen Exekutions-Titels, um mich eines modernen Ausdruckes zu bedienen, bereits der Zugriff auf das Grundstück vom betreibenden Gläubiger vorgenommen werden konnte. Für alle diese Fälle des attischen Rechtes bringen uns m. E. die Papyri der Ptolemäer-Zeit die erwünschte Parallele. Die nahe Berührung der Rechtsordnung von Athen und Alexandrien ist seit langem beobachtet worden<sup>2)</sup>. Durch eine neue Urkunde wurde sie jüngst wieder besonders schön bestätigt. Das Rechtsdurchsetzungs-Verfahren betreffs der Grundstücke geht aber m. E. im. ptolemäischen Ägypten durchwegs auf Grundsätze des Rechtes der Polis der Alexandriner zurück. Der ἀρχιδικαστής und sein καταλογεῖον, die Chrematisten und ihr Verfahren sind ganz kennzeichnend für diese Ordnung. Nach den Forschungen meines unvergeßlichen Lehrers *Paul Jörs*<sup>3)</sup> und meinen eigenen haben wir betreffs des Grundstückes 2 Arten der Rechtsdurchsetzung strenge zu unterscheiden, je nachdem es sich um Fälle einer ὑποθήκη handelte oder um ein Verfahren

<sup>1)</sup> Wir kennen diese Einrichtung aus den Papyri wie aus den Dura-Urkunden. Über sie Schönbauer, Liegenschaftsrecht 92 f. und Wilckens Arch. X (1932) 195 f. u. XIII (1937) 196 f. m. Lit.

<sup>2)</sup> Die Herausgeber der Halensis (Wilcken u. a.), dann besonders J. Partsch und der Freiburger Kreis haben diese betont.

<sup>3)</sup> Sav. - Z. 39, 54 f., 99. ff.; Schönbauer, Liegenschaftsr. 92 f.



aus einem ὑπάλλαγμα oder aus allgemeiner Schuld. Nur im ersteren Falle war schon durch den Pfandvertrag ein Anwartschafts-Recht—nach moderner Terminologie—entstanden. War die προθεσμία ohne Auslösung des Pfandes durch Bezahlung der gesicherten Schuld und ohne Erneuerung des Termines verstrichen, so ging das Verfahren auf unmittelbare Realisierung der Hypothek, also Umwandlung des Anwartschafts Rechtes in das volle Eigentumsrecht. Von Selbsthilfe ist in den erwähnten Fällen ebensowenig die Rede wie in dem ohne Hypothek. Da kein Publizitätsakt unter Mitwirkung eines öffentlichen Organes vorlag, wurde das Verfahren aus einer Schuld mit einem Mahnverfahren (διαστολικὸν) eingeleitet und führte zur Pfändung (ἐνεχυρασία); in diesem Verfahren war der Zugriff auf das Grundstück selbst naturgemäß nicht so einfach wie in dem Verfahren aus der Hypothek. In allen diesen Fällen konnte aber das Recht auf ἐμβαδεία bestritten werden; dann war eine Gerichts-Entscheidung darüber notwendig, ob der Widerspruch berechtigt war oder nicht. Ganz ähnlich wurde wohl im attischen Rechte die Frage entschieden, ob eine ἐμβάτευσις rechtsgültig sei.

#### IV.

Bis jetzt sprachen wir aber noch nicht von der διαδικασία, die von Kaser neben den oben drei genannten Klagen mit Wahlmöglichkeit—zu demselben Zwecke—, nämlich dem Eigentumsstreite, angenommen worden war. Nach unserer Auffassung handelte es sich in der Diadikasia nur um ein allgemeines gerichtsförmliches Spruchverfahren zur Entscheidung über zwiespältige rechtliche Angelegenheiten. Dieses Arbiträr-Verfahren, das durch Spruch über den Bestand der einen oder anderen rechtlichen Möglichkeit entschied, war überhaupt *kein Prozess* in unserem Sinne, weder ein solcher des Zivilprozess-nach des Strafprozess-Rechtes. Es beruht demnach auf einem Irrtume, dieses Verfahren mit der legis actio sacramento in rem zu vergleichen. Denn abgesehen davon, daß es sich bei dieser um ein altrömisches Prozeßverfahren handelt, ist die Verwendung des sacramentum kennzeichnend, also eines Einsatzes, der gleichzeitig das Prozeß-Risiko darstellte. Das Arbiträr-Verfahren der Diadikasia schließt ein solches von vorn herein aus und könnte überhaupt nur mit der legisactio per arbitri postulationem verglichen werden. Aber auch dann hätten wir keine echte Entsprechung, weil es sich, wie erwähnt, bei dem attischen Rechtsmittel überhaupt um keine Privatklage und keinen Zivilprozeß im heutigen Sinne handelte. Der Anwendungsbereich war deshalb weitaus umfangreicher, wie schon die von K. angeführten Beispiele selbst zeigen. In dem Falle von Zeleia ist die πῆσις-Legitimation von der Polis zweifelhaft; bei dem konfiszierten Vermögen die Zugehörigkeit zu den χορήματα der betroffenen



Person; bei der Triere, ob die Haftung des Trierarchen mit Ersatzpflicht gegeben sei oder höhere Gewalt zum Untergange des Schiffes geführt habe; bei der Insel Halones um einen Schieds-Spruch nach Völkerrecht zur Bereinigung eines Grenzstreites. Meier-Schömann-Lipsius lehrten, daß es sich bei einer Diadikasia öfters um eine einzelne Sache handle, an der zwei oder mehrere gegeneinander ein Eigentumsrecht behaupteten; als Beleg führten sie an, unter den privatrechtlichen Reden des Deinarchos befinde sich nach dem Berichte des Dionysius von Halikarnaß eine Diadikasia betreffs der Früchte eines Grundstückes (περὶ καρπῶν χωρίου); ferner werde unter den öffentlichen Reden, die mit Unrecht dem Deinarch beigelegt werden, eine solche über den Myrthen- und Taxus-Baum genannt. Sie fügen bei, daß Aischines und Deinarch auch das Wort ironisch, aber doch noch in dieser Bedeutung verwenden; Platon dagegen in seinem *συμπόσιον* nur in bildlichem Sinne.

Alle diese Belegstellen zeigen aber nur, wie weit der Umfang eines solchen allgemeinen Spruchverfahrens war. Darum konnte es neben den genannten Fällen auch um die Berechtigung einer bestimmten Person für eine Delatoren-Prämie, um das Namensrecht, um sakrale Berechtigungen ebenso wie um Erbschaften gehen. An dem letzteren Falle können wir vielleicht am besten das Wesen einer solchen Diadikasia erkennen.

Unter den Titeln des rechtmäßigen Erwerbes (*κτησίς*) mußte natürlich neben dem Kaufe die Erbenstellung eine hervorragende Rolle spielen. Auch eine Schenkung und eine Mitgift-Bestellung ergaben — ebenso wie im römischen Rechte — einen rechtmäßigen Erwerbsgrund (*δικαία αἰτία*, *iusta causa*). Aus dem parallelen hellenistischen Rechte ist für diese Frage des Erbrechts-Titels der Hermias-Prozeß besonders aufschlußreich. Vor jedem Gerichte, heißt es dort, müßte Hermias beweisen: 1) seine Abstammung von den genannten Eltern und deren Verwandtschaft mit dem Erblasser, 2) die Zugehörigkeit des strittigen Hauses zum Erblasser-Vermögen. Vor den Chrematisten, also dem zuständigen Gerichte für die Ἕλληνες wäre aber noch der Nachweis erforderlich, daß die ἀπογραφὴ erfolgte und die Abgabe gezahlt worden sei. Danach können wir uns sofort das Wesen einer διαδικασία κλήρων καὶ ἐπικλήρων vorstellen. Sie griff Platz, wenn mehrere Prätendenten eine Erbschaft oder eine Erbtochter für sich in Anspruch nahmen. Zum Vergleiche sei etwa auf das Nachlaßverfahren gemäß dem österreichischen Rechte<sup>1)</sup> hingewiesen. Die Erbprätendenten geben dem Gerichte eine Erbserklärung ab und haben dabei nur glaubhaft zu machen, daß sie zur Erbschaft berufen seien, sei es durch

<sup>1)</sup> Patent v. 9. VIII 1854 über das Verfahren ausser Streitsachen, Fassung, vom 21. XII. 1923. Vgl. Bartsch, Erbrecht, 135 f. bei E. Swoboda, Das öst. allg. bürgerl. Gesetzbuch.



eine letztwillige Anordnung, sei es auf Grund des Gesetzes. Ein Erbrechts-Ausweis hat keinerlei Rechtskraft-Wirkung gegen einen anderen Erbanwärter, sondern bildet nur die notwendige Voraussetzung für die Einantwortung des Nachlasses. Ist aber das Erbrecht zwischen mehreren Prätendenten streitig, so wird keinem vor Klarstellung der Rechtslage der Nachlaß eingewortet. Das Abhandlungsgericht hört die widerstreitenden Erbserklärungen an, prüft sie und weist dann den Erbanwärter mit dem *schwächeren Titel* an, den eventuellen Rechtsstreit gegen den Anwärter mit dem stärkeren Titel zu führen. Stehen sich mehr als zwei widersprechende Erbserklärungen gegenüber, dann wird der Streit geteilt, so daß sich immer nur je zwei gegenüberstehen. Er geht nicht um die Herausgabe der Erbschaft, sondern nur um die *Feststellung des Erbrechtes* des Klägers. Dieser muß zunächst seinen Erbrechts-Titel beweisen, ferner, daß der Beklagte nicht berufen sei, mindestens nicht ausschließlich oder im gleichen Range. Andere Prätendenten können später noch immer den Prozeß um die *Erbschaft* anstellen mit der Behauptung, sie seien die wahren Erben. Wer aber bei der Erbrechts-Feststellung nicht durchdrang, ist natürlich davon ausgeschlossen. In der Rechtspraxis kommen Erbschaftsklagen kaum vor, weil alle Streitigkeiten schon im Streite um das *Erbrecht* und nicht um das Nachlaßvermögen ausgetragen werden. Bei der genannten attischen Diadikasia περὶ κλήρων handelt es sich um ein Verfahren zur Entscheidung über das *Erbrecht*; und der Spruch entschied immer nur inter partes.

Weil dieses Spruchverfahren aber keinen Zivilprozeß darstellt, konnte es in viel weiterem Umfange Platz greifen. So wurde in diesem Verfahren auch entschieden, wem eine bestimmte Priesterstelle gebühre, wem von zwei Kandidaten ein Amt zufallen solle, ob jemand eine Choregie, Gymnasiarchie, Trierarchie u.s.w. als Leistung in der πόλις, im Vergleich zu einem Wohlhabenderen ablehnen und sie diesem zuschieben könne. Wir suchen also im attischen Rechte vergeblich eine Diadikasia im Sinne der rei vindicatio. Im Bereiche des Erbrechtes entspricht der oben genannten Erbserklärung im attischen Rechte der Epidikasia-Antrag. Dieser wurde durch Heroldsruf kundgemacht. Es handelt sich m. E. um einen Antrag auf behördliche Zuteilung der Erbschaft. Erhob sich auf Grund des Heroldsrufes ein Widerspruch gegen die begehrte Zuteilung, machte also jemand ein *widerstreitendes Erbrecht* auf Grund der Abstammung oder auf Grund eines Testamentes geltend, so kam es zu keiner Zuteilung, sondern zum Streite zwischen den Prätendenten. Wahrscheinlich wurde dabei ähnlich wie im österr. Rechte die Parteienrolle und damit die Beweislast auf Grund einer Prüfung des Sachverhaltes bestimmt. Lipsius nahm an, daß sich die Parteien auf Ladung des Archon zur ἀνάκρισις einfinden mußten. Darin lag anscheinend die vorläufige amtliche Prüfung des Tatbestandes.



Nun erkennen wir schon den bedeutsamen Unterschied zwischen der δίκη ἐξούλης und einer Diadikasia. Im ersteren Fälle handelt es sich um eine Bußklage, die einen Prozeß um verletzte private Interessen aus bestimmten Tatbeständen einleitet und immer mit einem Prozeßrisiko verbunden ist. Das Diadikasia-Spruchverfahren, das eine Entscheidung über zwei rechtliche Möglichkeiten bringen soll, geht viel weiter und entspricht nicht einem formellen Zivilprozesse mit Kläger und Beklagten, sondern vielfach einem heutigen Verwaltungs-Verfahren. Immer muß andererseits bei der δίκη ἐξούλης der rechtliche Tatbestand schon so weit geklärt sein, daß der Kläger behaupten kann, der Beklagte schließe ihn unrechtmäßig von der ihm gebührenden Rechtsstellung aus, indem er daraus nicht weiche. War schon ein Urteil ergangen, so bildet dieses die Grundlage der Rechtsbehauptung des Klägers. Die Einwände des Beklagten können dann immer nur den Titel zur Räumung betreffen, nicht aber die Rechtsgültigkeit der zu Grunde liegenden Schuld o. des Eigentumstitels. Auch die Klage des Pfandgläubigers mit der δ. ἐξούλης verstehen wir, ohne dabei ein «Pfandeigentum» annehmen zu müssen. Im griechischen Recht wurde bekanntlich zwischen dem Faustpfande und der Hypothek unterschieden, wenn wir von dem Verkaufe gegen Rücklösung (πρᾶσις ἐπὶ λύσει) und dem ἀποτίμημα vorläufig absehen<sup>1)</sup>. Das Pfandrecht ist immer offenkundig, aber in einem ungleichen Sinn. Beim Faustpfande schafft die Übergabe des Objektes den schon äußerlich kundbaren Tatbestand. Bei der ὑποθήκη bringt ihn die gesetzliche Publizitätsform. Theophrast nennt in seinem instruktiven Berichte neben den Publizitäts-Vorschriften für den Liegenschafts Kauf solche bei der Hypothekierung. Er hebt dabei die Form von Kyzikos, einer jonischen Kolonie hervor. Am besten durchgeformt finden wir nach ihm die Publizität in den πόλεις mit einer öffentlichen Aufzeichnung der Besitztümer und der Urkunden (ἀναγραφὴ τῶν κτημάτων καὶ τῶν συμβολαίων). In Kyzikos erfolgte ein mündliches Aufgebot an 5 Tagen hintereinander, um entgegenstehende Rechte dritter oder rechtliche Gegenansprüche hervor zu rufen. Offenbar war die Mitwirkung einer Behörde πρὸ τοῦ κατακυρωθῆναι zur Rechtswirkung der Publizität notwendig. Zum Vergleiche sei an die addictio des römischen Rechtes als Beispruch<sup>2)</sup> der Obrigkeit erinnert. Weitere Aufklärungen über die Publizitäts-Form der Hypotheken-Bestellung bieten uns die Papyri. 1924 glückte es mir, die wichtigsten Urkunden dieses Rechtsbereiches zu deuten, nämlich Hib. 29 aus dem Jahre 265 vor Chr. über Sklavenhypothekierung, ferner Magd. 31 aus 218 v. Chr. Ich ergänzte damals<sup>3)</sup> in dieser

<sup>1)</sup> Vgl. über diese Fragen jetzt Fine a.a.O., 61 f., 116 f., 142 f. mit ausführlicher Polemik gegen die Thesen Paolis.

<sup>2)</sup> Ausdruck nach Wlassak, Sav. - Z. 26, 329.

<sup>3)</sup> Liegenschaftsr. 91: [ἵνα μὴ στερηθῶ κλήρου πολλῷ πλείονος ἀξίου ὄντος, ἀλλ'... τύχω.



lückenhaften Urkunde den Text im Gegensatz zu den hervorragenden Freiburger Gelehrten<sup>1)</sup>. 1931 brachten die schönen Enteuxeis-Urkunden Nr. 14 und 15, herausgegeben von O. Gueraud, die überraschende wörtliche Bestätigung meiner Ergänzung. Durch den Publizitätsakt entstand nach unserer heutigen Terminologie ein Anwartschafts-Recht. Es brachte zwar noch nicht das aktuelle Eigentumsrecht; aber das Pfandobjekt war bereits zugunsten des Pfandgläubigers fest gebunden; und die Rechtsstellung aus der Hypothezierung war vererblich und übertragbar. Für die Hypotheken-Durchsetzung war aber im Ptolemäer-Rechte keineswegs ein Selbsthilfe-Akt vorgesehen, sondern vielmehr ein amtlicher Akt in Form der ἐπι-καταβολή. 1924 definierte ich<sup>2)</sup> ihr Wesen so: Die Epikatabole war also der «Teil des gesetzlichen Verfahrens zur Realisierung der Hypothek, ...der die amtliche Fertigung brachte, daß der bei der formgerechten Hypothezierung vereinbarte Termin ohne Lösung der Sachhaftung verstrichen sei und daher die Sache in das Eigentum des Gläubigers übergehe». In den attischen Quellen wird der Pfandgeber θέρης genannt. Das Aktivum des Verbuns wird vom Schuldner gesagt und bedeutet, das Pfand bestellen, das Medium beim Gläubiger, zum Pfand annehmen. Das Objekt der attischen Hypothek<sup>3)</sup> war meist liegendes Gut, also Grundstücke, Häuser und Bergwerke, daneben bewegliches Gut, soweit es rechtlich den *Liegenschaften gleichgestellt* war. Eine solche Gleichstellung finden wir bekanntlich im Ptolemäer-rechte bei den Sklaven, wie ich schon 1924 betonte. In Attika waren es Schiffe mit ihrem Zugehör und ihrer Ladung, die dabei gleich den Liegenschaften behandelt wurden. Bei Grundstücken und Häusern finden wir die bekannten Horoi, die Pfandsteine. Man sprach von einem ἀφορίζειν τὸ χωρίον. Bei ihnen war öfters ausdrücklich vermerkt, daß der Pfandgläubiger Besitz und Nutzung haben solle nach Maßgabe der Verträge, die bei einer bestimmten Person erlügen. War der Auslösetermin vorüber, ohne daß eine Auslösung, ein Übereinkommen über Fristerstreckung oder sonstige Befriedigung erfolgte, so war der Pfandgläubiger zur ἐμβάτευσις berechtigt. Wurde er daran von dem Pfandschuldner, der das Grundstück nicht räumte, oder von einer dritten Person rechtlich gehindert, so stellte er die δίκη ἐξούλης wegen unrechtmäßiger Vorenthaltung an.

Als dritten Tatbestand nannte K. den des γνήσιος, also eines natürlichen und notwendigen Erben. Bekanntlich wurde ja zwischen diesen und anderen Erben strenge unterschieden. Gleich dem römischen suus nahm der γνήσιος nach dem Tode des Erblassers den κληρος durch ἐμβάτευσις in Besitz. Betreffs der väterlichen Erbschaft bedurften sie keiner Ἐπιδικασίης, sie rückten vielmehr automa-

<sup>1)</sup> Arch. f. Pap. VI, 354.

<sup>2)</sup> Liegensch. 93 f.

<sup>3)</sup> Lit. bei Fine u. Paoli, s. oben S. 33 Anm. 1.



tisch in die Rechtstellung des Verstorbenen nach. Die Erbschaft wird ἀνεπίδικος genannt. Wurde der γνήσιος an der ἐμβάτευσις gehindert, so konnte er die δίκη ἐξούλης anstrengen. Handelte es sich beim Erben um eine Person unter dem besonderen Schutze der Gesetze, nämlich um einen Minderjährigen oder eine Frau, so konnte außerdem ein Eisangelie (καχώσεως) ein Strafverfahren einleiten. Trat ein anderer Prätendent auf mit einer *widersprechenden* Erbserklärung, so wurde eine διαμαρτυρία bedeutsam, ein Entscheidungszeugnis, so möchte ich den Ausdruck wiedergeben. Dabei scheint ein Schwur, dass die Erbschaft nicht ἐπίδικος sei, daß es sich also um die Nachfolge eines suus und nicht um die Erbschaft eines anderen Verwandten handle, die Hauptrolle zu spielen. Natürlich konnte das Entscheidungszeugnis angefochten werden; aber nur mit einer Bussklage wegen falschen Zeugnisses (ψευδομαρτυρίου). P. Hal. 1 zeigt Bestimmungen über das Verfahren in einem solchen Prozesse. Von den Demosthenes-Reden gehören fünf hierher, von Isaios die Rede gegen Nikodemos betreffs der Erbschaft des Pyrrhos, die betreffs der Erbschaft des Philoktemon gegen das Entscheidungszeugnis des Androkles, ferner die über die Erbschaft des Menekles, wobei er dessen διαμαρτυρία verteidigt. Eine solche Verteidigung wird von Deinarch ἀπολογία διαμαρτυρίας genannt. Nach dem Berichte des Aristoteles verdankten die Griechen diese Bussklage dem Charondas. Platon nahm in seinen Gesetzen darüber die Bestimmung<sup>1)</sup> auf, daß sie vor Entscheidung der Hauptfrage eingebracht werden müsse. Der unterliegende Teil mußte eine Buße zahlen. Dabei fand eine Schätzung durch den Kläger, eine Gegenschätzung des Beklagten und die endgültige Festsetzung nach richterlichem Ermessen statt. Wer bei den Athenern dreimal wegen falschen Zeugnisses verurteilt worden war, wurde kraft Gesetzes als ehrlos erklärt. Stets brachte das Entscheidungszeugnis die Pflicht zur παρακαταβολή: es mußte der 10. Teil des Wertes der strittigen Erbschaft hinterlegt werden. Der Betrag war verloren, wenn das Entscheidungszeugnis im Prozesse als falsch erklärt wurde.

Mit Ausnahme der γνήσιοι durfte kein Erbe den Nachlaß eigenmächtig durch ἐμβάτευσις in Besitz nehmen<sup>2)</sup>. Er hatte vielmehr bei dem Archon einen Antrag auf Zuteilung der Erbschaft einzubringen. Jede Erbschaft ohne sui des Erblassers galt als ἐπίδικος. Wer nur durch das Testament adoptiert war, galt nicht als γνήσιος und war demnach auch nicht zur ἐμβάτευσις berechtigt. Der Antrag bei der Behörde wurde nicht nur durch Aushang öffentlich kundgemacht, sondern auch in der nächsten ordentlichen Volksversammlung (κυρία) verlesen<sup>3)</sup>. Das Aktivum

<sup>1)</sup> XI, 14, 437 b.

<sup>2)</sup> Suidas: ἐπίδικα. Isaios (Dion. v. Halik. de Isaeo) fr. 6; vgl. [Dem.] g. Steph. II 22, 1136; Isaios, Astyphil. 3, 231; Pyrrh. 59 f.

<sup>3)</sup> Poll. VIII, 95; Lex. Cant. 672, 12; Λέξεις.



wird stets vom Archon oder den Richtern gebraucht, bedeutet also das Zusprechen der Erbschaft<sup>1)</sup>. Erhob sich innerhalb der Aufgebotsfrist kein Einspruch oder kein ausschließender Gegenanspruch, so wurde der Nachlaß vom Archon in Anwesenheit des Gerichtshofes den Antragstellern zugesprochen<sup>2)</sup>. Hatten sich widersprechende Erbserklärungen ergeben, so war, wie erwähnt, ein Spruchverfahren um den κληροῦς notwendig<sup>3)</sup>. Die ἀνάκρισις brachte anscheinend ein summarisches behördliches Verfahren zur Prüfung des Tatbestandes, wobei beide Parteien vereidet wurden<sup>4)</sup>. Dabei erstatteten sie Gegenschriften (ἀντιγραφαί<sup>5)</sup>). Nur insoweit kann man sagen<sup>6)</sup>, daß in diesem Verfahren vollkommene Zweiseitigkeit herrschte. Betreffs der Parakatabole sei erwähnt, daß Kaser<sup>7)</sup> die technische Unterscheidung dieses Begriffs von der ἀμφισβήτησις nicht mehr für ermittelbar hält, da beide einen Streit um Feststellung eines Rechtes darstellen und nur eine Stelle bei Demosthenes (43,5) für eine Unterscheidung spreche. Bei den Rednern gehen die Bezeichnungen stark durcheinander, meint er; wann ein Erbstreit technisch nur ἀμφισβήτησις heiße, sei nicht mehr festzustellen. Harpokration berichtet uns ausdrücklich zwei Fälle mit Parakatabole: 1) wenn es sich im Streite um irgendwelche Vermögensstücke handelte, die von der Polis eingezogen worden waren. 2) wenn eine Gegenklage betreffs Erbschaften oder Erbtöchter gegen Privatparteien erhoben wurden. Böckh<sup>8)</sup> verstand die letztere von dem Falle, daß eine Erbschaft bereits zugesprochen war und nun von einem anderen beansprucht wurde. Diese Deutung bestritt Lipsius<sup>9)</sup> der den Unterschied darin sah, daß der Ausdruck ἀμφισβητεῖν auch die Einrede z. B. gegen einen Erbsanspruch umschloß. K. wendete<sup>10)</sup> dagegen mit Recht ein, daß eine bloße Einrede dabei nicht angenommen werden könne, weil sonst die Frage offenbliebe, wem die Erbschaft zustehe. Nach unserer Auffassung haben wir anzunehmen, daß es bestimmte Fälle gab, wo *nicht ohne Prozessrisiko* ein Verfahren durchgeführt wurde. Damit sollte ein mutwilliger oder leichtsinnig erhobener Streit von vornherein verhindert werden. Für das österreichische Recht bemerkten wir, daß normalerweise der Streit immer um die Erbenstellung geht, nicht um den

<sup>1)</sup> [Dem.] g. Dionysios 26, 1174, 17; Isaios, Arist. 26, 284, 5 Vgl. Meier-Schömann 606 f.

<sup>2)</sup> ἐπεδικασεν ὁ ἄρχων τὸν κληρὸν τινί; vgl. Isaios, Pyrrh. 43, 44, 1.

<sup>3)</sup> διαδικασία τοῦ κληροῦ: Poll. VIII, 23. [Dem.] g. Leoch. 7, 1082, 16.

<sup>4)</sup> Vgl. Xen. Symp. 5, 2; [Dem.] g. Olympiod. 23, 1173, 19. Suidas u. ἄρχων; Poll. VIII, 29; 55; Lex. Seguer. 200, 16; 449, 25.

<sup>5)</sup> Harpokration u. ἀντιγραφή; Lex. Seguer. 200, 9; 410, 8; Suidas, Poll. VIII, 33. Hypereid. f. Euxen. 40, 25; 20, 12.

<sup>6)</sup> Leist l. c. 31 f. Lipsius 463 f.; Kaser 186.

<sup>7)</sup> l. c. 186, Anm. 171.

<sup>8)</sup> Staatshaushalt der Athener I 478.

<sup>9)</sup> Meier-Schömann-Lipsius 816, Anm. 154. Lipsius, Att. Recht 580.

<sup>10)</sup> 186, Anm. 171.



Nachlass. Ebenso war es m. E. in Attika. Unterschieden wurde aber vor allem, ob es sich um γνήσιοι und Erbtöchter oder um andere Verwandten, die vom Gesetze zur Erbfolge berufen wurden, handle<sup>1)</sup>. Unter den letzteren wurden die Nahestehenden (ἀγγιστεῖς) von den weiteren oder συγγενεῖς unterschieden. Isaïos<sup>2)</sup> gibt den Inhalt des attischen Erbgesetzes wieder. Die Grammatiker erklären uns seine Ausdrücke und deren<sup>3)</sup> Bedeutung. Unter den Nahverwandten waren kraft positiver Satzung außer den bevorrechteten γνήσιοι und den Erbtöchtern nur die Seitenverwandten bis zu den Kindern der Geschwisterkinder beider Elternseiten berufen. Es war derselbe Kreis, dem auch die religiöse und rechtliche Verpflichtung zur Blutklage oblag<sup>4)</sup>. Nur für die sui und die Erbtöchter galt der Grundsatz: «Der Tote erbt den Lebenden». Außerhalb dieses Kreises wurde die Erbschaft grundsätzlich immer als zweifelhaft (ἐπίδικος) angesehen<sup>5)</sup>. Wer also unter den nicht notwendigen Erben den Anspruch erhob, mußte ihn im Falle eines Widersachers immer in einem Verfahren mit παρακαταβολή austragen. Der Sinn der Bestimmung war offenbar der, daß man das Überhandnehmen von Erbschafts-Streitigkeiten verhindern wollte.

Leicht verständlich ist auch der zweite Fall, daß die Polis *nur mit Prozessrisiko* den Fall eines Aussonderungs-Anspruches behandeln ließ, wenn der Staat ein Vermögen eingezogen hatte. Ganz allgemein können wir wohl annehmen, daß eine Parakatabole immer vor dem Rechtsstreite abschrecken sollte. Ihre Höhe war nicht gleich. Sie betrug bei der Aussonderung (2. Fall) den 5. Teil des Streitwertes, bei dem Erbschaftsstreite ein Zehntel desselben<sup>6)</sup>.—

Der Widerspruch mit Gegenhandlung gegen die Rechtsbehauptung, mit der die Räumung des Grundstückes verlangt wird, heißt in den Quellen ἐξάγειν. In der Kontroverse zwischen Rabel und Lipsius hat dieser Punkt eine bedeutende Rolle gespielt. Nach unserer Auffassung war dabei wohl ursprünglich ein formelles «Hinausführen» des Gegners aus der Liegenschaft notwendig, wenn dessen Herrschaftsrecht über das Grundstück verneint wurde, so daß es zum Streite kommen musste. Denn erst jetzt konnte der Kläger behaupten, daß er unrechtmäßig von dem ihm zukommenden Grundstück durch den Beklagten ausgeschlossen worden sei, weshalb er die Bußklage anstellen müsse.

Zur Probe über die Zweckmäßigkeit unserer Hypothese wenden wir sie bei der 30. Rede des Demosthenes gegen Onetor an, da sie der Erklärung große Schwierig-

<sup>1)</sup> Poll. VIII, 32; Lex. Seguer. 197, 9, 104; Vgl. Meier - Schömann - Lipsius 818.

<sup>2)</sup> Erbsch. Hagn. § 3.

<sup>3)</sup> Lex. Cant. 664, 6. Lex. Seguer. 213, 5; 333, 6. Photios u. Suidas unter ἀγγιστεῖς.

<sup>4)</sup> Meier - Sch. - L., 581 f.

<sup>5)</sup> Vgl. Suidas u. ἐπίδικα.

<sup>6)</sup> Harpokration s. h. v. Poll. VIII, 39, 32. Vgl. Meier - Sch. - L. 821.



rigkeiten bereitete. Nach der Tatbestands-Angabe (ὑπόθεσις) wollte der Redner auf Grundstücke greifen. Onetor hinderte ihn daran mit der Rechtsbehauptung, die Grundstücke seien für seine Schwester als ἀποτίμημα gebunden. Daraufhin wird die δίκη ἐξούλης angestellt, offenbar mit der Rechtsbehauptung des Klägers, er werde zu Unrecht von den ihm zukommenden Grundstücken ausgeschlossen. Onetor beraube ihn dadurch dessen, was ihm rechtmäßig zukomme. Der Streit spitzte sich demgemäß auf die Rechtsgültigkeit des ἀποτίμημα<sup>1)</sup> zu. Der Redner bestreitet dieses entschieden und erklärt, bei Eingehung der Ehe sei überhaupt keine Mitgift bestellt worden; daher könne auch das Grundstück unmöglich für eine Mitgift gebunden sein. Das attische eheliche Güterrecht zeigt uns bekanntlich ein System der Gütertrennung. Der Mann hatte wohl während des Bestandes der Ehe den Fruchtgenuß am Frauenvermögen. Wurde die Ehe aber z. B. durch Scheidung gelöst, so mußte der Mann die Mitgift herausgeben und bis zur Rückstellung mit 18 % verzinsen. Das ἀποτίμημα sicherte dinglich die προῖξ. Der Fall erscheint also leicht verständlich.

## V.

Trifft unsere Auffassung zu, so ergibt sich auch keinerlei auffallende Disharmonie in der attischen Rechtsordnung. Es tritt uns vielmehr ein sinnvolles Nebeneinander der Rechtsmittel entgegen. Die Ausführungen Rabels, Lipsius' und Kasers boten die Anregung zu dieser Erkenntnis; deshalb ist ihnen die Wissenschaft zu Dank verpflichtet. Unsere Hypothese von der δίκη ἐξούλης als dritter Klage beruht auf der Annahme eines gebundenen Bodenrechtes in Attika, das erst allmählich gelockert wurde, aber niemals ganz aufhörte. Schon Wlassak hat seinerzeit<sup>2)</sup> mit Recht darauf hingewiesen, daß Theophrastos anscheinend überhaupt nur Publizitätsrechte bei den Liegenschaften im ganzen griechischen Bereiche kenne. Ein gebundenes Bodenrecht zeigt sich im Rechte der Ptolemäer, besonders deutlich bei den Grundstücken der Kleruchen und Katöken. Der Boden stand als Siedlungsboden unter besonderer Bindung. Sie umfaßte nicht nur die allgemeine Publizitätsvorschrift der Katagraphe und des ἐπίσταλμα des Grundbesitz-Archives in römischer Zeit, sondern es war das Katökenland auch noch in einer Art Lehenbuch mit Inhaber-Folien nach den Landlosen eingetragen<sup>3)</sup>. Beim Übergange der Parzellen war nicht nur die gewöhnliche Mitwirkung des Grundbesitzamtes notwendig, sondern noch ein besonderer Konsens der Katökenbehörde.

<sup>1)</sup> Vgl. darüber jetzt Fine l. c. VI, 116 - 142 mit. Lit.

<sup>2)</sup> Sav. - Z. 26, 367.

<sup>3)</sup> Näheres: Liegenschaftsrecht, 101 f.



Sie mußte erst den neuen Übernehmer genehmigen. Dabei wurde kennzeichnend nur von einem παραχωρεῖν gesprochen, nicht von einer Übertragung des Eigentums. Der bisherige Inhaber trat beiseite und ein neuer Inhaber mit Genehmigung der Behörde ein. Wir treffen wieder dieselbe Auffassung, die wir im gebundenen Bodenrechte Attikas feststellten, daß nämlich der einzelne Inhaber nicht nach Belieben sein «Eigentumsrecht» einem anderen Privaten übertragen könne, sondern daß er nur aus dem Landlose weichen und damit Platz machen könne für einen, der nach den Grundsätzen des gesetzlichen Bodenrechtes nun als neuer Herr eintritt.

Bei solcher Betrachtung bietet uns die δίκη ἐξούλης nicht einen Advokaten-Kniff, sondern ein schönes Beispiel des Erbes der Ahnen, würdig des «Volkes der Denker und Dichter des Altertums».

*Dieses Volk hat Adolf Wilhelm mit ganzer Seele geliebt. Seinem Andenken sei diese Studie geweiht!*



ΕΝ ΑΘΗΝΑΙΣ

ΕΡΑΣΜΟΥ ΔΗΜΟΚΡΙΤΕΥΜΑΤΩΝ ΑΚΑΔΗΜΙΑΣ ΑΘΗΝΩΝ

1954