

LMU

LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

Vigilanz  
Kulturen  
SFB 1369

[www.sfb1369.uni-muenchen.de](http://www.sfb1369.uni-muenchen.de)

02/2021

# Mitteilungen







1 / 3

### Being the Third after L

And makes five the	Years
By the Account of the	7247
By the Latin Church when	6938
By the Computations of W. W.	5748
By the Russian Chronology	5688
By the Jewish Rabbits	5560

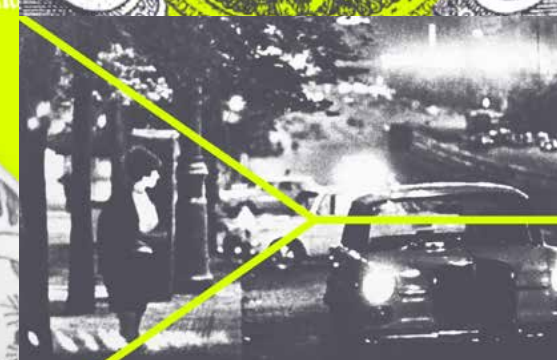
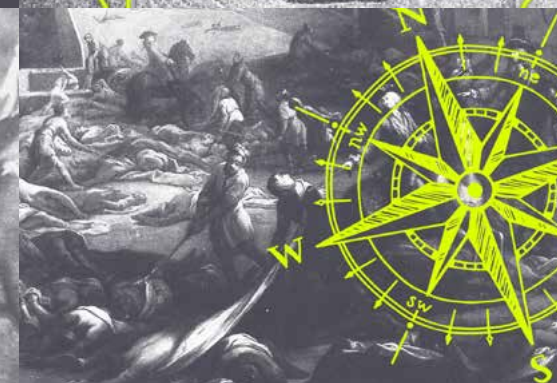
... is contained,

### The Lunatick, Follies, Judgement of

the Weather, Spring Tides, Planets Motions &



... current and former federal employ...  
 ... make confidential disclosures. OSC...  
 ... there is a substantial likelihoo...  
 ... head of the agency to investigate the ma...





## Liebe Leserinnen und Leser,

mittlerweile stellen sich glücklicherweise auch im Sonderforschungsbereich wieder Bedingungen ein, die den so wichtigen wissenschaftlichen Austausch in Präsenz ermöglichen. So kann unsere Jahrestagung »Sprachen der Wachsamkeit« klassisch durchgeführt werden, wenngleich mit einer eingeschränkten Anzahl Teilnehmender. Der Besuch von Molly Taylor-Poleskey als Gast des SFBs im Frühjahr war ein erstes Anzeichen einer Rückkehr zur Normalität. Ihr Beitrag zu diesem Heft basiert hauptsächlich auf Recherchen, die sie im Zuge ihres Aufenthalts unternehmen konnte. Der Text spürt einem spektakulären Fall von Vergiftung am preußischen Hof nach und fragt nach der höfischen Interaktionskultur wie den damit verbundenen Beobachtungspraktiken. Patrick Geiger wendet seinen Blick in eine andere Richtung. Er zeigt, wie sich im 18. Jahrhundert durch konsequente Selbstbeobachtung und -befragung, verbunden mit entsprechenden Aufschreibesystemen, eine autovigilante Praxis etabliert, die noch bis in die Selbstoptimierungsdiskurse des 20. Jahrhunderts hineinwirkt. Im dritten Artikel des Hefts folgt Felix Grollmann den Spuren eines Satzes des römischen Juristen Quintus Cervidius Scaevola, wonach das Recht für die wachsamten Bürger geschrieben sei.

Darüber hinaus berichtet Agnes Rugel über einen Workshop des Teilprojekts C01, der sich der Sündenmetaphorik und Gerichtskonstellationen in der geistlichen Literatur des Spätmittelalters widmete. Abgeschlossen wird diese Nummer mit einem Beitrag von Maddalena Fingerle über die Masterclass und den Vortrag von Ulrich Bröckling, der Verbindungen von Heroismus und Wachsamkeit aufzeigen konnte.



Eine anregende Lektüre wünscht Ihr

*Prof. Dr. Arndt Brendecke*

*Lehrstuhl für die Geschichte der Frühen Neuzeit*

*Ludwig-Maximilians-Universität München*

## Impressum

### Herausgeber

Sonderforschungsbereich 1369  
Vigilanzkulturen. Transformationen –  
Räume – Techniken  
Ludwig-Maximilian-Universität  
München  
Geschwister-Scholl-Platz 1  
80539 München  
www.sfb1369.lmu.de

### Vorstand

Prof. Dr. Arndt Brendecke (Sprecher)  
Prof. Dr. Eveline Dürr (stellvertretende  
Sprecherin)  
Prof. Dr. Beate Kellner  
Dr. des. Magdalena Butz (Vertreterin  
der wissenschaftlichen Mitarbeiter-  
Innen)  
Prof. Dr. Florian Mehlretter

### Konzept, Redaktion und Distribution

Martina Heger  
Tel. +49 (0) 89 / 2180-4659  
m.heger@lmu.de

### Redaktionsassistenz

Pia Sophie Fuschlberger, Eugena Koci

### Gestaltung

Sofarobotnik. Büro für Gestaltung

### Erscheinungsort

München

### Erscheinungsweise

halbjährlich

### Online-Version

[https://www.sfb1369.uni-muenchen.de/  
publikationen/mitteilungen/  
mitteilungen-01\\_21/index.html](https://www.sfb1369.uni-muenchen.de/publikationen/mitteilungen/mitteilungen-01_21/index.html)

### DOI

<https://doi.org/10.5282/ubm/epub.77602>

### Online-ISSN

2701-8318

Das veröffentlichte Material unterliegt dem Urheberrecht. Für die Weiterverwendung gelten die Bedingungen des Creative-Commons-Lizenzmodells Namensnennung – CC BY. Für die Inhalte von Webseiten, die verlinkt oder auf andere Weise erwähnt werden, wird keine Verantwortung übernommen.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projektnummer 394775490 – SFB 1369

### ISSN

2701-830X

### Bildnachweise

Cover: Rijksmuseum, URL:  
[http://hdl.handle.net/10934/RM0001.  
COLLECT.5216](http://hdl.handle.net/10934/RM0001.COLLECT.5216)

S. 23, Fig. 2: Bayerische Schlösserverwaltung, Maria Scherf/Andrea Gruber, München · S. 23, Fig. 3: Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg/Lindner, Daniel (2019) · S. 24, Fig. 4: Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg/Pfau-der, Wolfgang (2003) · S. 26, Fig. 5: Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg/Pfau-der, Wolfgang (2015) · S. 28, Fig. 6: München, Bayerische Staatsbibliothek, 4 M.med. 70 d, urn:nbn:de:bvb:12-bsb10226653-2 · S. 32, Abb. 1: München, Bayerische Staatsbibliothek, 2 Inc.c.a. 494 d, urn:nbn:de:bvb:12-bsb00041530-1 · S. 33, Abb. 2: Landesarchiv Baden-Württemberg, Abt. Hauptstaatsarchiv Stuttgart, <http://www.landesarchiv-bw.de/plink/?f=1-1260676-1> · S. 39, Abb. 5: Foto: Gerichtshof der Europäischen Union · S. 43, Abb. 1: München, Bayerische Staatsbibliothek, Cgm 4997, urn:nbn:de:bvb:12-bsb00105055-7 · S. 44, Abb. 2: München, Bayerische Staatsbibliothek, Res/2 P.lat. 934, urn:nbn:de:bvb:12-bsb00020108-2 · S. 47, Abb. 4: Foto: Wolfgang Moroder · S. 51, Abb. 3; S. 58: Rijksmuseum, URL:  
[http://hdl.handle.net/10934/RM0001.  
COLLECT.5216](http://hdl.handle.net/10934/RM0001.COLLECT.5216)

# Inhalt

- 3 Editorial**
  - 6 Sonderforschungsbereich 1369 ›Vigilanzkulturen‹  
Transformationen – Räume – Techniken**
  - 8 Der SFB auf einen Blick**
- 

**10**  
**Aufmerksamkeit und  
Optimierung**  
Das Selbstgespräch als  
autovigilante Praxis  
*Patrick Geiger*

**20**  
**Poison**  
The Ever-Present, Hidden Threat  
*Molly Taylor-Poleskey*

**30**  
***Ius civile vigilantibus scriptum est:*  
Rhetorik oder Rechtsgrundsatz?**  
Von der Historischen Rechtsschule  
bis zur Gegenwart  
*Felix Grollmann*

**42 Tagungsbericht**  
**Wachsamkeit in geistlicher  
Literatur des Spätmittelalters**  
Sündenmetaphorik und  
Gerichtskonstellationen  
*Agnes Rugel*

**48 Bericht**  
**Heroische und postheroische  
Figuren der Wachsamkeit**  
*Maddalena Fingerle*

- 
- 52 Veranstaltungen**
  - 54 Publikationen**
  - 54 Kurze Nachrichten**
  - 55 Working Papers**

# Sonderforschungsbereich 1369

## ›Vigilanzkulturen‹

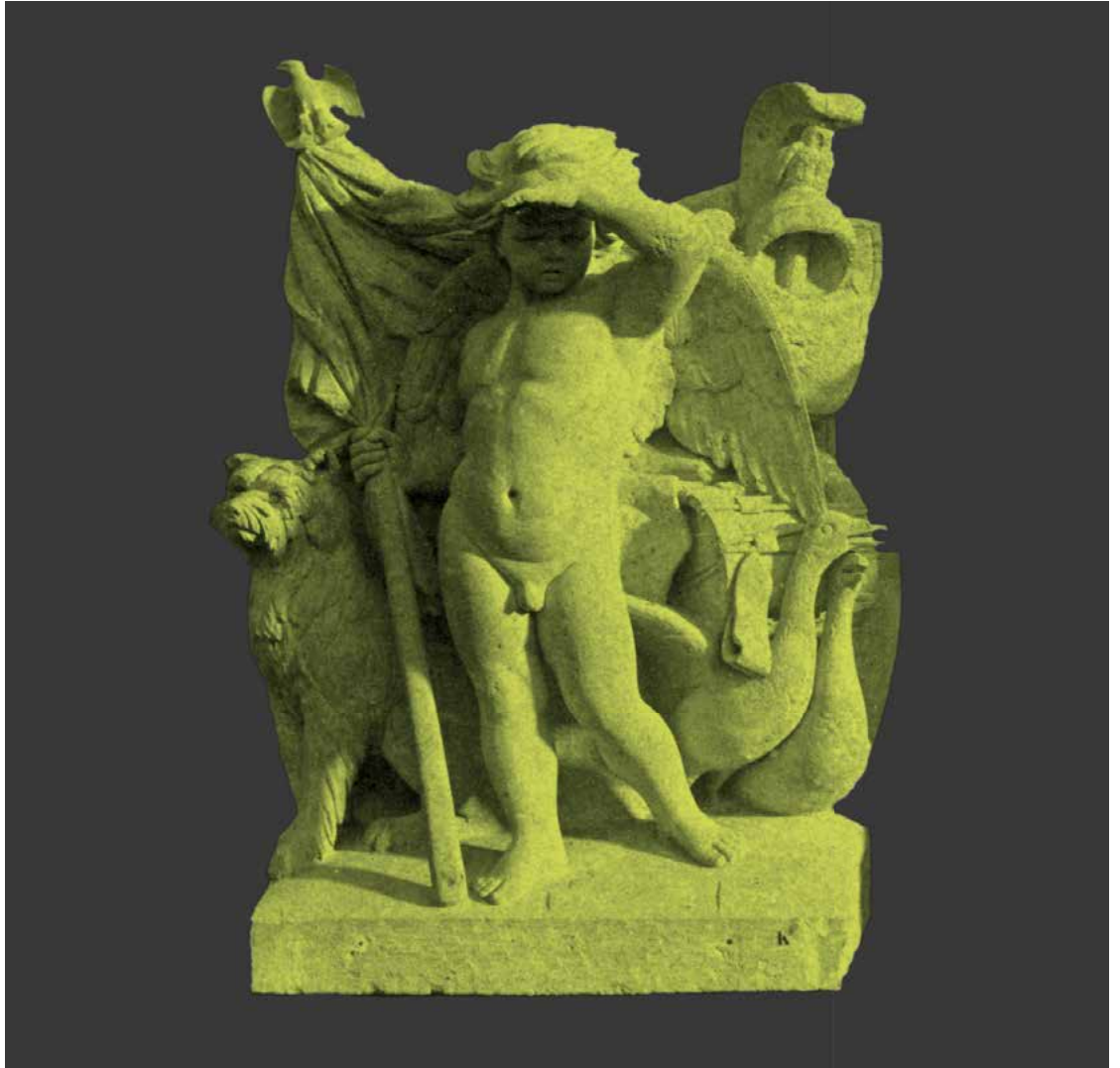
### Transformationen – Räume – Techniken

Der von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderte Sonderforschungsbereich 1369 ›Vigilanzkulturen‹ hat am 1. Juli 2019 an der LMU München seine Arbeit aufgenommen.

Der SFB untersucht die historischen und kulturellen Grundlagen von Wachsamkeit. ›Vigilanz‹ steht für die Verknüpfung persönlicher Aufmerksamkeit mit überindividuellen Zielen. Dies geschieht alltäglich im Bereich der Sicherheit, des Rechts, des Gesundheitswesens oder auch der Religionen: überall dort, wo wir auf etwas achten, gegebenenfalls auch etwas tun oder melden sollen. Der SFB 1369 untersucht die Geschichte, kulturellen Varianten und aktuellen Formen dieses Phänomens.

Der Leitbegriff der Vigilanz wurde aus zwei Gründen gewählt. Erstens bleibt dadurch die Bewertung der Phänomene unentschieden: Akte der Wachsamkeit lassen sich als notwendig, sinnvoll, gewinnbringend oder gar heilsnotwendig ausweisen. Sie versprechen dann Sicherheit, Berechenbarkeit, Sündenvermeidung usw. Sie können aber auch als bedrohlich wahrgenommen und markiert werden, als Indiskretion, Überwachung oder Disziplinierungsversuch. Zweitens steht der Begriff ›Vigilanz‹ in einem Spannungsverhältnis zum Begriff der Überwachung. Wachsamkeit lässt sich nie ganz an Institutionen delegieren oder durch Apparate erledigen. Sie basiert wesentlich auf der Mitwirkung von Einzelnen, welche ihre zugespitzte Aufmerksamkeit partiell und situativ in den Dienst einer höheren Aufgabe stellen. Die Indienstnahme persönlicher Aufmerksamkeit für gesellschaftlich definierte Ziele ist kein rezentes Phänomen. Es ist eine sehr alte, in Epochen mit schwach ausgeprägten Institutionen und unzureichenden Technologien entwickelte und seither vielfach transformierte Form des Rückgriffs auf kognitive und

**Abb. 1**  
 Aimé Millet:  
*La Vigilance* (Allegorie  
 der Wachsamkeit),  
 um 1855, Gipsmodell  
 der Skulptur an der  
 Nordfassade des Palais  
 du Louvre. Photogra-  
 phie von Edouard  
 Baldus



kommunikative Ressourcen des Einzelnen, die allerdings hochrelevant für die Gegenwart geblieben ist. Der SFB will klären, wie Individuen hierbei kulturell motiviert und angeleitet werden und wie sie dabei mit politisch-sozialen Anreizsystemen sowie technischen und institutionellen Möglichkeiten interagieren. Um die lange, bis in die Gegenwart reichende Geschichte und breite Variabilität von Vigilanz zu erschließen, setzt er auf eine interdisziplinäre Forschungsanstrengung, welche Perspektiven aus den Geschichts- und Rechtswissenschaften, den Ethnologien, der Medizingeschichte sowie den Literatur-, Kunst- und Theaterwissenschaften zusammenführt. Er vermeidet bewusst Vorentscheidungen über einen leitenden Sinn der Wachsamkeit (wie das Auge) oder ein dominantes Modell ihrer Organisation (wie das Panoptikum) und bezieht sowohl Formen der Wachsamkeit gegenüber sich selbst wie auch gegenüber anderen ein. Auf diese Weise wird ein disziplinär vielfältig anschlussfähiges und zugleich heuristisch neue Erkenntnisse erschließendes Konzept von hoher Gegenwartsrelevanz in Anschlag gebracht.

# Der SFB auf einen Blick

## Projektbereich A »Transformationen«

A02	<b>Diabolische Vigilanz: Internalisierte Wachsamkeit und soziale Kontrolle in spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Teufelserzählungen</b>	Carolin Struwe-Rohr Michael Waltenberger Alena Martin Hannah Michel
A03	<b>Selbstbeobachtung und Selbstermächtigung in der amerikanischen Aufklärung</b>	Klaus Benesch Patrick Geiger
A04	<b>Theatersteuerung: Theater, Politik und Öffentlichkeit nach 1918 in Deutschland</b>	Christopher Balme Nic Leonhardt Carolina Heberling Sabrina Kanthak
A05	<b>›The End of Privacy?‹ – Selbst- und Fremdbeobachtung in den USA des 20. und 21. Jahrhunderts</b>	Bärbel Harju Loredana Filip
A06	<b>Bewertungsambivalenz im Whistleblowingdiskurs</b>	Ralf Kölbel Elke Wienhausen-Knezevic

## Projektbereich B »Räume«

B01	<b>›If you hear any improper, unsuitable or unseemly word concerning the exercise of kingship‹: Public responses to the royal call for vigilance in the Assyrian Empire</b>	Karen Radner Poppy Tushingham
B02	<b>Denunziation und Rüge – Aufmerksamkeit als Ressource bei der Rechtsverwirklichung</b>	Susanne Lepsius Felix Grollmann
B03	<b>Der Einsatz der Sinne. Wachsamkeit in frühneuzeitlichen Städten</b>	Arndt Brendecke Brendan Röder
B04	<b>Die Abwehr der Pest an französischen Küsten (1680–1760)</b>	Mark Hengerer Sébastien Demichel
B05	<b>The Double Bond of Lovers: Social and spiritual regimes of dervishes in Istanbul during the long nineteenth century</b>	Christoph K. Neumann Eda Güçlü



<b>B06</b>	<b>Wachsamkeit vermeintlicher MigrantInnen im US-mexikanischen Grenzraum</b>	Eveline Dürr Jonathan Alderman
<b>B07</b>	<b>Der Ehegattennachzug aus visumpflichtigen Drittstaaten in die Europäische Union. Beobachtungsräume am Beispiel der russischen Heiratsmigration nach Deutschland</b>	Irene Götz Alena Zelenskaia

## Projektbereich C »Techniken«

<b>C01</b>	<b>Wachsamkeit und Achtsamkeit. Literarische Dynamiken von Selbstbeobachtung und Fremdbeobachtung in mittelalterlicher deutschsprachiger Lyrik</b>	Beate Kellner Susanne Reichlin Magdalena Butz Agnes Rugel
<b>C02</b>	<b>Vigilanz als Ideal, Strategie und Methode in der medizinischen Kultur der Vormoderne</b>	Mariacarla Gadebusch Bondio Benedetta Chizzolini
<b>C03</b>	<b>Im Schnittpunkt der Observanzen: Italienische Literatur um 1600 zwischen Gegenreformation und Regelpoetik</b>	Florian Mehlretter Maddalena Fingerle
<b>C04</b>	<b>Spiegelspiele: Theater und <i>Politique</i> im frühneuzeitlichen England</b>	Tobias Döring Valentina Sophia Finger
<b>C06</b>	<b>Vigilanz und Verzicht. Konflikte um das Fasten im Russland und Polen-Litauen der Vormoderne</b>	Julia Herzberg Kilian Harrer
<b>C07</b>	<b>Hüter der sozialistischen Moral: Prostitution und Vigilanzpraktiken in der Tschechoslowakei (1945/48–1989)</b>	Martin Schulze Wessel Christiane Brenner

<b>IG</b>	<b>Integriertes Graduiertenkolleg</b>	Susanne Reichlin Arndt Brendecke Alina Enzensberger
-----------	---------------------------------------	---

# *Ius civile vigilantibus scriptum est:*<sup>1</sup>

## Rhetorik oder Rechtsgrundsatz?

Von der Historischen Rechtsschule  
bis zur Gegenwart

Im zweiten Jahrhundert nach Christi Geburt schrieb Quintus Cervidius Scaevola, Jurist und *praefectus vigilum* unter Kaiser Mark Aurel (reg. 161–180), dass das Recht der Bürgerschaft für die Wachsamten geschrieben sei.<sup>2</sup> Die pointierte Formulierung war geeignet, ihre eigene Nachfrage zu schaffen. Daraus machte die Nachwelt – man möchte sagen: zwangsläufig – ein Sprichwort: »Die Rechte sind für die Wachsamten, nicht für die Schlafenden aufgeschrieben.«<sup>3</sup> Ob man in dieser Wertung nicht nur ein rhetorisches Stilmittel im Einzelfall, sondern auch einen Rechtsgrundsatz erblickt(e), ist damit noch nicht entschieden.<sup>4</sup>

Zur Zeit des oströmischen Kaisers Justinian (reg. 527–565) ging der Scaevola-Satz in das *Corpus Iuris Civilis*<sup>5</sup> ein

(D. 42.8.24), welches das Fundament der mittelalterlichen Rezeption des römischen Rechts im lateinischen Westen und schließlich sogar seiner globalen Verbreitung bildete.<sup>6</sup> Einen prinzipiellen Status wiesen ihm die amtlich beauftragten Redaktoren unter dem ›Justizminister‹ Tribonian nicht zu.<sup>7</sup> Die sentenzartige Formulierung von Scaevola begründete im Rahmen des Titels 42.8<sup>8</sup> lediglich, warum selbst kurz vor Eröffnung eines Konkursverfahrens (*missio in bona*) eingezogene Forderungen zugunsten eines einzelnen wachsamten Gläubigers beständig sein sollten.<sup>9</sup> Die übrigen Gläubiger mussten sich aus der verringerten Vermögensmasse befriedigen, denn

von römischen Rechtsgelehrten (Digesten).

<sup>6</sup> Auf den engen Sachzusammenhang mit D. 42.8.6.7 wird hier nur hingewiesen. Siehe dazu Klinck, *Insolvenzanfechtung*, S. 5–7.

<sup>7</sup> Wachsamkeit sei im *Corpus Iuris Civilis* im Rahmen kaiserlicher Konstitutionen ein sachliches Entscheidungskriterium in prozessualen Kontexten gewesen, worauf hier nicht näher eingegangen wird. Dazu Willems, *Ius civile vigilantibus scriptum est*, S. 366–368.

<sup>8</sup> Titel bilden in den Digesten sachliche Einheiten. 42.8 behandelt *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*: Es geht also um Rückgängigmachung der böswilligen Benachteiligung von Gläubigern.

<sup>9</sup> Nach Baldus, *Römische Privatautonomie*, S. 17, finde sich weder für Vertrags-, Sachen- oder Erbrecht eine sprachlich vergleichbare Formel.

<sup>1</sup> Das Recht der Bürgerschaft ist für die Wachsamten geschrieben.

<sup>2</sup> Zu Leben und Werk Gokel, *Sprachliche Indizien*, S. 68–125.

<sup>3</sup> Kudla, *Lexikon der lateinischen Zitate*, Nr. 2235, S. 340: »Vigilantibus iura, non dormientibus scripta sunt.«

<sup>4</sup> Diese Frage für das moderne Recht wirft auf Willems, *Ius civile vigilantibus scriptum est*, S. 342–344, der nach der Betrachtung gegenwärtiger Rechtstexte ohne abschließende Stellungnahme auf das römische Recht eingeht, wo die Qualität eines Rechtsgrundsatzes abgelehnt wird: ebd., S. 368.

<sup>5</sup> Dieser Textkorpus umfasste ein amtliches Lehrbuch (Institutionen), kaiserliche Konstitutionen (Codex und Novellen) sowie Auszüge aus Schriften





In nomine domini nostri ihesu christi. Ex hoc nota quod christiani sunt alias non possunt imperare. In imperio imperatorum exercere ut in aut imperatorum quod postea in principibus et ducibus ecclesie colitur ubi ubi quod quod admittitur ut in mare se ecclesie catholicae sic alii faciunt in nomine imperatorum. Et de off. p. pre. aff. l. in nomine domini in aut de armis in p. col. vi. ex hoc sequitur bonum in christo melius in christo et opus finis ut in aut. quod opor. in prim. col. i.



In nomine domini nostri ihesu christi Imperator cesar flavius iulianus alamanicus franc. gmaicus. acticus. guadalicus. affricus. pius felix inclitus. victor ac triumphator. leg. aug. stus. capite legum iuvetui. Incip. lib. pmul domini iulianus imperatoris institutionum seu elementorum.

**I**mperator cesar flavius alamanicus franc. gmaicus. acticus. guadalicus. affricus. pius felix inclitus. victor ac triumphator. leg. aug. stus. capite legum iuvetui. Incip. lib. pmul domini iulianus imperatoris institutionum seu elementorum. In nomine domini nostri ihesu christi. Ex hoc nota quod christiani sunt alias non possunt imperare. In imperio imperatorum exercere ut in aut imperatorum quod postea in principibus et ducibus ecclesie colitur ubi ubi quod quod admittitur ut in mare se ecclesie catholicae sic alii faciunt in nomine imperatorum. Et de off. p. pre. aff. l. in nomine domini in aut de armis in p. col. vi. ex hoc sequitur bonum in christo melius in christo et opus finis ut in aut. quod opor. in prim. col. i.

ut. C. de iur. deli. l. sancimus. ad quod rind. impatoriam. q. Decorata. qritur gre quod erat armoz attribuit legis bus. et ecortia. s. ut ondet alteru alterius auxilio spes gere. ut. C. de no. co. o. in pn. vel dic. ppe pmit. na arma sut a d. decore. leges sut ad arma diu. vñ d. militat. naq. r. ut. C. de aduo. diu. in. l. aduo. cas. uel idio sic pofuit ut emittetur malus fontul vboz. scz cath. epha. ton. i. turpis sonus. **O**pt. i. op. unu. e. s. Armata. l. ad bac vtilitate q sequitur. **E**t belloz. et sic quo ad vsuz armoz. **E**t pacis. sic quo ad vsuz legum. **C**ubnari. alteru cu legibz. s. tps pacis alteru armis. scz tpe **E**t prim. **C**belli. cept. scz impator. ac. **I**n hostilibz. q. s. ut hostes d. ff. d. cap. et postli. re. l. hostes. **P**er legibus. tras mtes. i. leges q. sunt via g. d. ed. sic tramit tes. e. d. f. Jo. b. d. dico calumantes pumri p leges. na i. crimibz. si ue ordi. siue ex ordiez ad sicut. d. m. sup. pli. en p. utur calumator. ur. C. de ac. l. fi. r. ff. ad turpill. l. i. et i. puatis et m. ex ordi. di. n. s. cris m. imbo. o. es. calu. m. o. si. **Q**uod q. l. tate admitti. plectur. **I**n i. ciuilibz. pum. mo. pecu maria. p. e. a. mo. sacro. calu. m. o. no. infame. ut. j. de pe. te. l. p. totu. et. j. de ac. **C**hi. q. s. ag. et. C. de plus. p. l. v. m. e. a. et. de. iud. p. r. ad. **C**hi. si. q. d. ubi. p. utur. o. tumax. m. expen. uel. die. q. v. j. g. na. penaru. vocat. limos. tramit. ut. ff. de. p. em. l. vi. in. fi. et. l. vi. et. vii. uel. die. q. magi. status. in. vo. cat. tramites. per. quos. iura. red. duntur. na. pas rum. valent. iura. in. ciuitate. nisi. essent. qui. execu. com. man. darent. ut. ff. de. or. g. iur. l. j. **C** post. o. r. g. imem. qui. eti. a. p. unu. t. in. criminalibus. p. unu. t. in. ciuilibz. r. expen. s. r. in. viatico. ut. ff. de. iud. cu. que. q. l. t. u. v. erio. e. ac. b. **C**aluma. tu. caluma. tor. e. qui. falsa. crimina. sc. t. er. int. e. dit. ut. ff. ad. turpill. l. i. in. p. n. e. et. fa. ad. ff. de. h. i. s. q. no. m. fa. athletas. **C**aluma. tor. q. d. aut. fit. puari. cor. r. tergi. uerfator. d. in. p. d. i. c. t. s. legibz. **C**heri. religio. s. u. p. leges. **C**Religio. s. s. i. m. u. s. no. que. na. ip. e. sunt. sacre. ut. C. de. leg. et. co. l. leges. **I**ter. no. h. q. tuor. p. p. or. co. n. a. l. i. s. f. arma. u. s. u. s. armoz. victoria. triu. p. bus. **I**ter. leges. v. s. u. s. legu. calu. m. e. pul. s. o. et. iura. religio. **C**esse. i. p. n. e. p. u. i. n. s. t. i. m. a. s. **C**uoz. ur. ra. q. si. i. s. t. a. deb. et. ne. qd. fecit. s. s. u. o. q. o. z. **S**ums. id. est. cu. sumo. labore. **C**tra. q. **S**igil. s. quo. ad. leges. na. ius. ciuile. vigil. anto. r. no. to. m. i. e. r. b. s. e. ut. ff. q. in. frau. cre. pupillu. s. i. h. et. ff. de. pec. l. m. sum. **C**scz. q. ad. arma. et. no. tres. h. o. i. s. status. **C**rouid. e. t. i. a. **M**em. o. r. i. a. p. t. e. r. i. t. o. r. u. m. s. a. e. n. i. a. p. n. t. i. u. p. u. i. s. t. e. n. a. f. u. t. u. r. o. r. u. m. **C**to. deo. g. i. a. s. r. e. f. e. r. r. c. u. i. ? triu. p. b. u. m. e. r. u. i. t. **A**nnu. e. t. e. **O**btinere. ut. C. de. off. p. pre. aff. l. i. j. p. n. **E**t. belloz. q. s. d. i. c. t. i. m. d. i. x. e. r. a. t. d. i. c. e. d. o. v. t. r. a. q. v. i. a. r. e. n. u. c. d. i. n. i. d. i. t. d. i. c. e. d. o. p. m. o. q. l. i. t. e. r. s. e. h. a. b. u. i. t. c. i. r. c. a. a. r. m. a. a. c. **C**harbarice. barbari. s. u. t. q. e. r. o. n. u. i. m. p. i. u. s. i. t. m. a. x. i. e. **D**educte. de. nouo. **A**ctur. hostes.

Abb. 1 Justinian: Corpus iuris civilis. Institutiones. Mit der Glossa ordinaria von Accursius. Mainz 1476, f. 1'



sie seien nachlässig gewesen. Aus diesem spezifischen Kontext lösten Rechtsgelehrte der Scholastik und des Humanismus zwischen Hochmittelalter und Früher Neuzeit den Satz selten heraus.<sup>10</sup> Schon im älteren Diskurs des Konkursrechts wurde D. 42.8.24 vermutlich intensiver verarbeitet.<sup>11</sup>

Im Folgenden werde ich zunächst Verwendungen der Scaevola-Stelle im 19. Jahrhundert in verschiedenen juristischen Kontexten im deutschen Sprachraum inner- und außerhalb des Konkursrechts erkunden (unter I.). Zum 1. Januar 1900 ereignete sich eine Zäsur, die eine Betrachtung des 20. Jahrhunderts obsolet erscheinen lassen könnte (unter II.). Damals trat im Deutschen Kaiserreich das *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB) in Kraft. Diese Kodifikation schloss alle anderen Rechtsquellen auf dem Gebiet des (allgemeinen) Zivilrechts aus, womit auch das ›heutige römische Recht‹<sup>12</sup> nicht länger einen beziehungsweise den maßgeblichen Bezugspunkt der Rechtspraxis und der akademischen Rechtsdogmatik bildete. Trotzdem war und ist römisches Recht auch nach 1900 in Deutschland nicht lediglich historisch-pädagogisch von Interesse. Das BGB hat, wie viele europäische Zivilgesetzbücher, romanistische Fundamente – in Deutschland vor allem in der Gestalt, welche die Gelehrten dem rezipierten römischen Recht im 19. Jahrhundert gegeben hatten. Aber auch in eher unbekannter Weise wirkt es praktisch bis in die Gegenwart fort: in der sogenannten wertenden Rechtsvergleichung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), die das oberste Gericht der Europäischen Union bei der Ermittlung von gemeinsamen Rechtsgrundsätzen der Mitgliedsstaaten durchführt.

## I.

Um die Vorgeschichte gegenwärtiger Rechtskultur einzugrenzen, bietet sich ein Einstieg in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts an. Damals formiert sich unter dem ›Oberhaupt‹ Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) die historische Rechtsschule. Auch wenn manches noch nicht abschließend geklärt ist,<sup>13</sup> steht außer Zweifel, dass sich die Rechtswissenschaft grundlegend erneuerte, was den Boden (nicht unbedingt absichtlich) für das BGB bereitete.<sup>14</sup> Methodisch wurden, anders als in der Ära des Vernunftrechts, nicht länger aus übergeordneten Prämissen neue Rechtssätze erzeugt, sondern auf Basis des positiven Rechtsstoffs mittels Induktion und Analogie

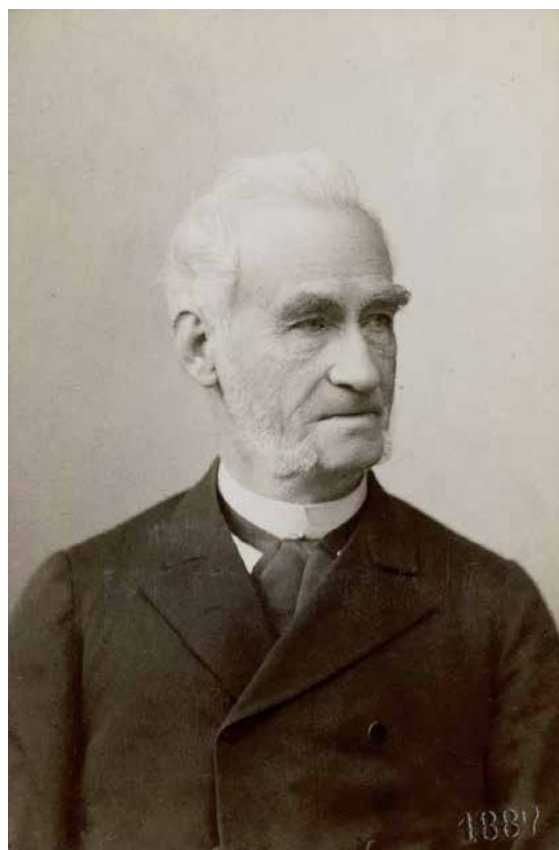


Abb. 2 Bernhard Windscheid, Fotografie (Georg Brokesch), Leipzig 1887

›wissenschaftliches Recht‹ gebildet.<sup>15</sup> Möglich erscheint vor diesem methodischen Hintergrund, dass die Vertreter der historischen Rechtsschule die Scaevola-Stelle zum Anlass nahmen, um daraus ein Prinzip der Wachsamkeit zu induzieren. Eine Durchsicht zentraler Autoren, wie Friedrich Carl von Savigny oder Georg Friedrich Puchta (1798–1846), liefert jedoch keine genügenden Hinweise, dass sie der Stelle fundamentalen Wert beimaßen.<sup>16</sup>

In der Mitte des 19. Jahrhundert ging, ohne dass eine scharfe Abgrenzung möglich ist, aus der Historischen Rechtsschule die Pandektenwissenschaft<sup>17</sup> hervor, womit vor allem der erreichte höhere Systematisierungsgrad angezeigt werden sollte.<sup>18</sup> Unter deren Vertretern sticht als Bindeglied zwischen Historischer Rechtsschule und dem 1900 kodifizierten Zivilrecht vor allem Bernhard Windscheid (1817–1892) hervor, der am Entwurf des BGB als Kommissionsmitglied mitwirkte. Einflussreich aus seinem Werk war das dreibändige *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Dieses verkörpere das Bild seiner Epoche.<sup>19</sup> Es

<sup>10</sup> Dazu Pencz, Leonore: Das Recht ist für die Wachsam geschrieben. Auf den Spuren eines Rechtssatzes von der Antike bis zum Humanismus. Blogbeitrag auf <https://vigilanz.hypothesen.org> [in Vorbereitung].

<sup>11</sup> Siehe etwa Klinck, *Insolvenzanfechtung*, u.a. S. 31 (Mittelalter), S. 81 (jüngere Dogmatik). Allgemein in die Entwicklung führt ein Becker, *Art. Konkurs*, passim.

<sup>12</sup> So hieß eine wichtige, mehrbändige Monographie: Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*.

<sup>13</sup> So wurden (vermeintliche) damalige Tendenzen zum realitätsfernen Umgang mit dem Recht lange Zeit unter dem Schlagwort der Begriffsjurisprudenz kritisiert, während die jüngere Forschung eher von Prinzipienjurisprudenz spricht. Siehe etwa Rückert, *Die Schlachtrufe im Methodenkampf*, S. 542–551. Andere Gewichtung bei Schröder, *Recht als Wissenschaft*, Bd. 1, S. 280f.

<sup>14</sup> Dazu die klassische Darstellung Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 348–430. Aus der jüngeren Forschung ist hervorzuheben Haferkamp, *Die historische Rechtsschule*.

<sup>15</sup> Zusammenfassend Schröder, *Recht als Wissenschaft*, Bd. 1, S. 279f.

<sup>16</sup> Herangezogen wurden Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*; *System des heutigen römischen Rechts*; Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*; *Cursus der Institutionen*; *Vorlesungen über das heutige römische Recht*.

<sup>17</sup> Pandekten = Digesten.

<sup>18</sup> In diese Richtung Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 430.

<sup>19</sup> Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, S. 24.



habe als ein »Regelvorrat wie ein Gesetz«<sup>20</sup> gedient. Unter Bezugnahme auf D. 42.8.24 ließ der Autor darin die Rückforderung einer Zahlung auf eine bestehende Schuld nur zu, wenn sie nach Eröffnung des Konkursverfahrens geleistet wurde – ohne Relevanz blieb bei Leistungen vor diesem Zeitpunkt, ob der Zahlende andere Gläubiger benachteiligen wollte, selbst wenn der Empfänger die Benachteiligungsabsicht kannte.<sup>21</sup> Damit befürwortete Windscheid der Sache nach eine rein objektive Abfolge von Prioritäts- und Gleichbehandlungsgrundsatz bezüglich des Verhältnisses mehrerer Gläubiger untereinander.<sup>22</sup> Die subjektive Seite, das heißt Kenntnisse und Absichten der Beteiligten, war für ihn irrelevant. Die Grenze bezog er (zumindest bei Leistungen auf bestehende Schulden) auf den präzise bestimmbareren Termin der Konkursöffnung. Dennoch wurde der argumentativ insofern verwertbare Satz über die Verbindung des Rechts mit den Wachsamkeit nicht zitiert.

Eine geistige Linie führt auch von Scaevola zum Preußischen Obertribunal, dem obersten Gerichtshof des Königreichs zwischen 1782 und 1879.<sup>23</sup> Zitiert wurde D. 42.8.24 auch hier nicht, dennoch besteht ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen preußischer und römischer Lösung. Zu entscheiden war nämlich, ob die Leistung an einen Gläubiger, der die finanzielle Unzulänglichkeit seines Schuldners gekannt und ihn deshalb zur Begleichung der Forderung aufgefordert hatte, anfechtbar war.<sup>24</sup> Als streitentscheidende Norm kam § 103 Nr. 1 der preußischen Konkursordnung in Betracht: Diese ließ die Anfechtung, das heißt die Rückgängigmachung, von Handlungen des Konkursschuldners vor Eröffnung des Konkursverfahrens zu, sofern dieser dadurch Gläubiger benachteiligt hatte.<sup>25</sup> Der Gerichtssenat erblickte im Verhalten des Gläubigers, der von der schlechten Vermögenslage erfahren und den Schuldner konfrontiert hatte, jedoch gerade kein bedenkliches, sondern sogar gebotenes Verhalten, da der Grundsatz *vigilantibus jura sunt scripta* einschlägig sei – wer sich seines Rechtes bediene, tue niemandem Unrecht.<sup>26</sup> Das Obertribunal hat die Wertung nicht direkt an D. 42.8.24 rückgebunden und offensichtlich das lateinische Zitat ebenfalls nicht aus den Digesten, sondern in einer Variante übernommen.<sup>27</sup> Es entschied aber ganz auf der Linie von Scaevola, indem es § 103 Nr. 1 der preußischen Konkursordnung im Lichte römischen Rechtsdenkens zugunsten des aktiv gewordenen Individuums, aber zulasten des passiv gebliebenen Kollektivs auslegte.<sup>28</sup>

Ist das Konkursrecht das Terrain, auf welchem der antike Jurist Scaevola im 19. Jahrhundert eine maßgebliche Autorität blieb? Vielleicht ist es bezeichnend, dass im wirkmächtigen *Lehrbuch des Konkursrechts* von Josef Kohler (1849–1919), der mit kaum vorstellbaren circa 2 500 Veröffentlichungen zu den fleißigsten Juristen seiner Zeit gehörte,<sup>29</sup> D. 42.8.24 nicht im Quellenregister unter den Stellen aus dem römischen Recht vorkommt.<sup>30</sup> Auch den Satz zum Konnex von Recht und Wachsamkeit hat Kohler weder in der Formulierung gemäß Scaevola noch in dessen Variante in den sachlich einschlägigen Abschnitt zur Anfechtung von Rechtshandlungen des Konkursschuldners implementiert.<sup>31</sup> Hauptgegenstand des Buchs ist die Konkursordnung des Deutschen Reichs vom 10. Februar 1877.<sup>32</sup> Anscheinend harmonisierte D. 42.8.24 nicht mit der damaligen Rechtslage im Wilhelminischen Kaiserreich und ebenso wenig mit der Dogmatik Kohlers, der an grundsätzlicher Stelle das Verhältnis von Priorität zu Gleichbehandlung wie folgt differenzierte: »Denn immerhin kann man die Wachsamkeit dieses einen Gläubigers betonen, welcher rechtzeitig zugreift; aber die Wachsamkeit verdient bei weitem nicht immer einen solchen Vorzug: oft ist es berechnete Schonung, daß ein Gläubiger nicht sofort zum Aeußersten drängt; oft ist es bloße Zufälligkeit, daß ein Gläubiger gewarnt wird.«<sup>33</sup> Kohler erkennt Wachsamkeit grundsätzlich als Argument an, um es anschließend zu relativieren.

Neben den konkursrechtlichen Engführungen der Scaevolastelle durch Windscheid und das Preußische Obertribunal lassen sich im 19. Jahrhundert auch Verwendungen identifizieren, welche die These vom Dasein des Rechts für die Wachsamkeit generell mobilisierten. Mehrfach hat Rudolf von Jhering (1818–1892) D. 42.8.24 in seinem Werk *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* herangezogen. Er ist am nachhaltigsten 1884 als Kritiker der von ihm zum Schlagwort erhobenen »Begriffsjurisprudenz« hervorgetreten – angegriffen waren damit Teile damaliger Rechtswissenschaft, die bis in die jüngste Zeit als realitätsfern, formalistisch, gerechtigkeitsvernachlässigend galten und gelten.<sup>34</sup> Gemeint waren mit dieser (inzwischen von der Forschung korrigierten)<sup>35</sup> Sichtweise vor allem die oben schon herangezogenen Autoritäten Savigny, Puchta und vor allem Windscheid. Gerade Letzteren hat Jhering freilich positiv gewürdigt und ihm in einem – allerdings frühen – Brief von 1865 sogar eine zu geringe Anschlagung des formal-juristischen Elements attestiert.<sup>36</sup>

Zumindest im Umgang mit D. 42.8.24 tut sich zwischen den beiden herausragenden Akteuren der Zivilistik aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts tatsächlich eine markante Differenz auf: Jhering löste den *vigilantibus*-Satz dreimal ganz aus dem konkursrechtlichen Zusammenhang heraus,

<sup>20</sup> Rückert, *Methode und Zivilrecht bei Bernhard Windscheid*, S. 129 (Zitat im Original fett gedruckt).

<sup>21</sup> Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 3, S. 326.

<sup>22</sup> Ersteres bedeutet, dass die Gläubiger vor Eröffnung des Konkursverfahrens in der Reihenfolge der Geltendmachung befriedigt werden, während Letzteres eine bloß anteilmäßige Befriedigung aus der noch vorhandenen Vermögensmasse nach Eröffnung des Konkursverfahrens meint.

<sup>23</sup> *Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals* 38 (1858), S. 423–427.

Sachverhalt und Entscheidung werden hier stark vereinfacht dargestellt.

<sup>24</sup> Ebd.

<sup>25</sup> Konkurs-Ordnung für die preußischen Staaten vom 8. Mai 1855.

<sup>26</sup> *Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals* 38 (1858), S. 426.

<sup>27</sup> Von nun an: Scaevola-Variante.

<sup>28</sup> Skeptisch zur Überzeugungskraft des Urteils Klinck, *Insolvenzanfechtung*, S. 21.

<sup>29</sup> Fernandes Fortunato, Art. Kohler, *Josef*, Sp. 1936.

<sup>30</sup> Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, S. 718.

<sup>31</sup> Ebd., S. 192–272.

<sup>32</sup> *Reichs-Gesetzblatt* 1877, S. 351.

<sup>33</sup> Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, S. 2.

<sup>34</sup> Seinecke, *Methode und Zivilrecht beim »Begriffsjuristen«* Jhering, S. 148f.

<sup>35</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 13.

<sup>36</sup> Rückert, *Methode und Zivilrecht bei Bernhard Windscheid*, S. 124.

während der von ihm hochgeschätzte Windscheid D. 42.8.24 darin beließ:

(1.) Die Unterschiede zwischen älterem römischem Recht und momentaner Rechtslage skizzierend beruft sich Jhering auf D. 42.8.24, um damit zu veranschaulichen, dass der starke, männliche Charakter im Zentrum antiker Rechtskultur stand: »Das ganze Recht war ein praktischer Hymnus auf den Werth und Beruf der Persönlichkeit [...]. Dem Römer ward durch sein Recht von früh auf die Lehre gepredigt, daß der Mann dazu da ist, sich selbst seine Welt zu gründen, selbst für sich einzustehen, selbst die Entscheidung zu treffen, daß jeder der Herr seiner Thaten und der Schmied seines Glücks ist.«<sup>37</sup> Bemerkenswert ist diese Kontrastierung römischer Rechtskultur zur geistigen Umwelt des Autors auch deshalb, weil zum Privatrechtsdenken des 19. Jahrhunderts zumeist angenommen, teilweise aber auch bezweifelt wird, es sei streng liberalistisch eingestellt gewesen und habe Autonomie als alleiniges Prinzip anerkannt.<sup>38</sup> (2.) Unter korrektem Nachweis von D. 42.8.24, aber in Gestalt der Variante wird der *vigilantibus*-Satz bei Überlegungen zum Unterschied von formlosem und formellem Recht von Jhering aufgerufen. Der Nachteil der Form zeige sich im Unterschied zwischen ehrlichem, aber geschäftsunkundigem Mann und dem »geriebenen« Betrüger. In der Form habe letzterer ein höchst brauchbares Mittel mehr, um jenen zu »betrücken« – vorzugsweise für ein formelles Recht gelte *jura vigilantibus scripta sunt*.<sup>39</sup> Jhering assoziiert die bei Scaevola positiv besetzte Wachsamkeit also mit einem hinterlistigen Betrüger, der sich Vorteile gegenüber einem arglosen Mann verschafft. (3.) Im Anschluss an die Wiedergabe des ursprünglichen *vigilantibus*-Satzes charakterisiert Jhering den altrömischen Prozess: »So war es im alten Proceß. Zum ungefährlichen Spiel, zum bequemen Sich gehen lassen war die Maschine nicht eingerichtet. [...] Das kleinste Versehen rächte sich durch den Verlust der ganzen Sache.«<sup>40</sup> Auch hier dient das Zitat einzig dem Zweck, das Übermaß von Förmlichkeit im Recht zu kritisieren. Man kann Jherings Verwendungen von D. 42.8.24 kaum vorhalten, dessen Sinngehalt entstellt zu haben. Das Beharren von Scaevola auf die starre Grenze der Konkurseröffnung bei Leistungen auf bestehende Schulden tendiert zu Förmlichkeit und auch zu ihrer geistigen »Schwester«: der Rechtssicherheit.<sup>41</sup> Jherings Perspektive, die dagegen eher Einzelfallgerechtigkeit favorisiert, konnte sich leicht an dieser Wertung reiben.<sup>42</sup>

Ein freier Umgang mit dem *vigilantibus*-Satz kommt nicht nur in der juristischen »Höhenkammliteratur« vor. Ein aufschlussreicher Verwendungskontext aus dem stärker pragmatischen Schrifttum sind die Entstehungsmaterialien zum sächsischen *BGB*. Dieses trat zum 1. März 1865 in Kraft und war die letzte Kodifikation auf dem Gebiet des Privatrechts vor dem wilhelminischen *BGB* von 1900, als dessen »Generalprobe«<sup>43</sup> es galt. Die Motive zum Entwurf von 1852 enthalten an drei Stellen – ohne D. 42.8.24 zu zitieren – den Grundsatz beziehungsweise Rechtssatz *jura vigilantibus scripta sunt*. Die jeweils betroffenen Normen gehören höchst unterschiedlichen Sachbereichen an:

(1.) Bei Veräußerung derselben Sache an mehrere Personen griff grundsätzlich das Prioritätsprinzip, §§ 347f. Entwurf (E). Davon ließ § 349 E eine Ausnahme zu, wenn der Betroffene wusste, dass ein anderer ein Recht auf die Sache aus einem früheren Titel hatte. Die Motive bezogen sich auf die Funktion von § 349 E, wonach niemand aus seiner Arglist Gewinn ziehen solle. Dies sei für den im Erwerbszeitpunkt Gutgläubigen, der erst später vom früheren Titel eines Dritten erfuhr, nicht einschlägig. Daran wird die Scaevola-Variante angefügt.<sup>44</sup> (2.) Die größte Nähe zu D. 42.8.24 zeigt die Verwendung im Kontext der §§ 593–598 E, wo mehrere Gläubiger eine sogenannte Berechtigung zu ungeteilter Hand besitzen.<sup>45</sup> Sobald einer von ihnen den Schuldner gerichtlich belangte, konnte dieser nur noch an den klagenden Gläubiger schuldbefreiend leisten. Durch die gerichtliche Anrufung ging das Prioritätsprinzip also vom Schuldner auf den Gläubiger über. Für die Privilegierung des aktiven Gläubigers verwiesen die Motive auf die für die Wachsamkeit aufgeschriebenen Rechte.<sup>46</sup> (3.) Mit der Frage, welche Folgen aus Irrtümern beim Vertragsschluss erwachsen, befassten sich die §§ 687–694 E. Anders als bei §§ 347–349 und §§ 93–598 E gab es keine Kollision zwischen mehreren Gleichberechtigten, die durch das Prioritätsprinzip aufgelöst werden mussten. Hier wurde das Sprichwort verneinend eingesetzt, nämlich zur Begründung herangezogen, warum ein eigenverschuldeter Irrtum, den die Gegenseite nicht wissentlich ausgenutzt hatte, unbeachtlich sei: Jedermann müsse die Folgen eigener Nachlässigkeit selbst tragen.<sup>47</sup> Damit hatten die Bearbeiter der Motive der Sache nach beide Seiten von D. 42.8.24 einfließen lassen: Belohnung der Wachsamkeit – Bestrafung der Nachlässigen. Interessanterweise sind weder die Motive zum Entwurf von 1860 noch die Landtagsakten zum endgültigen Gesetzestext auf den *vigilantibus*-Gedanken zurückgekommen.

<sup>37</sup> Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 2, Bd. 1, S. 316f. (direktes Zitat: S. 316).

<sup>38</sup> Dagegen aber die differenzierende Darstellung Hofer, *Freiheit ohne Grenzen?*, S. 276.

<sup>39</sup> Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 2, Bd. 2, S. 307.

<sup>40</sup> Ders., *Geist des römischen Rechts*, Teil 3, Bd. 1, S. 124.

<sup>41</sup> Von Jhering stammt die berühmte Formel von der Form als »geschworene Feindin der Willkür«: Ders., *Geist des römischen Rechts*, Teil 2, Bd. 2, S. 497. Er stand der Form also keinesfalls grundsätzlich skeptisch gegenüber.

<sup>42</sup> Zur Antinomie von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Zivilrecht: Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, S. 46–63.

<sup>43</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 464.

<sup>44</sup> Hattenhauer/Schäfer, *Spezielle Motiven*, S. 83f.

<sup>45</sup> Jeder Gläubiger kann die Leistung verlangen, aber der Schuldner muss sie nur einmal erbringen.

<sup>46</sup> Hattenhauer/Schäfer, *Spezielle Motiven*, S. 135.

<sup>47</sup> Ebd.



Bundesgesetzblatt <sup>2865</sup>		
Teil I		
Z 5702 A		
1994	Ausgegeben zu Bonn am 18. Oktober 1994	Nr. 70
Tag	Inhalt	Seite
5. 10. 94	Insolvenzordnung (InsO) ..... FNA: neu: 311-13 GESTA: C49	2866
5. 10. 94	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO) ..... FNA: neu: 311-14-1; neu: 311-14-2; 311-5; 311-1; 311-2; 311-3; 311-4; 311-6; 311-12; III-11; III-12; 4120-3; 190-1; 202-4; 213-1; 213-2; 2190-1; 2330-2; 2330-4; 2330-25; 27-6; 390-2; 390-4; 392-2; 393-1; 393-8; 393-12; 310-4; 310-11; 310-14; 311-11; 311-4; 315-1; 315-11; 320-1; 330-1; 340-1; 350-1; 360-1; 361-1; 369-1; 400-1; 400-2; 402-4; 403-1; 403-4; 403-6; 403-9; 403-10; 4100-1; 4101-6; 4103-5; 4120-1; 4120-2; 4120-4; 4120-8; 4121-1; 4123-1; 4125-1; 4126-1; 4130-1; 4133-1; 4134-1; 4135-1; 4135-2; 422-1; 424-5-1; 431; 441-1; 450-2; 610-1-3; 610-10; 612-1-7; 612-7; 621-4; 631-1; 633-1; 653-4; 702-1; 706-1-2; 7100-1; 7110-1; 7133-3; 7134-2; 7411-1; 750-15; 754-6; 7601-13; 7610-1; 7620-1; 7623-1; 7624-1; 7624-1-2; 7627-1; 7628-1; 7628-2; 7631-1; 7632-1; 7691-2; 800-15; 800-22; 8052-1; 810-1; 810-34; 860-1; 860-4-1; 871-1; 9231-7; 9241-1; 932-1; III-19 GESTA: C06	2911
10. 10. 94	Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Prozeßkostenhilfe (Prozeßkostenhilfeänderungsgesetz – PKHÄndG) ..... FNA: neu: 310-19-1; 310-4; 312-2; 317-1 GESTA: C196	2954
10. 10. 94	Bekanntmachung zu § 115 der Zivilprozeßordnung (Prozeßkostenhilfebekanntmachung – PKHB) ..... FNA: neu: 310-19-2	2956
Hinweis auf andere Verkündungsblätter		
	Bundesgesetzblatt Teil II Nr. 48 .....	2957
	Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften .....	2957

Abb. 3 Bundesgesetzblatt, Teil I, Nr. 70 vom 18. Oktober 1994

## II.

Nominell verabschiedete das ausgehende 20. Jahrhundert das Konkursrecht, als mit Wirkung vom 1. Januar 1999 die Insolvenzordnung (InsO) in Kraft trat.<sup>48</sup> Ohne das darin enthaltene Regelwerk zur Insolvenzanfechtung vertiefen zu wollen,<sup>49</sup> lässt sich erkennen, dass die Scaevola-Linie, wie sie Windscheid und das Preußische Obertribunal vertreten hatten, nicht prinzipiell eingegangen ist, sondern andere, keineswegs völlig neue Kriterien für die Anfechtbarkeit von Leistungen auf bestehende Schulden vor dem Insolvenzverfahren festgesetzt wurden. Insbesondere sind Rechtshandlungen zugunsten einzelner Insolvenzgläubiger, die drei Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind, im Regelfall anfechtbar, wenn der Schuldner bereits zahlungsunfähig<sup>50</sup> war und der Gläubiger dies wusste.<sup>51</sup> Wer auf diese Weise wachsam war, wird nicht belohnt, sondern muss das Erlangte erstatten.<sup>52</sup> Denn ab dem

Offenbarwerden der Krise sei das Vermögen des Schuldners der Allgemeinheit seiner persönlichen Schuldner verfangen.<sup>53</sup> Im gegenwärtigen Recht neigt sich damit das Pendel eher zur Einzelfallgerechtigkeit als zur Rechtssicherheit.

Auch in das BGB vom 1. Januar 1900, das nunmehr maßgebliche Normenwerk für das Zivilrecht, ist ein Rechtsprinzip, das explizit die Wachsamkeit zum Gegenstand hat, nicht aufgenommen worden. Womöglich ist der historische Gesetzgeber aber von einem solchen (implizit) ausgegangen. Schließt man an die obige Darstellung, wonach Privatrechtsdenken im 19. Jahrhundert wohl nicht rein liberalistisch ausgerichtet war, aber doch einen starken Zug zur Betonung der Privatautonomie zeigte, an, muss das BGB als Produkt dieser Rechtskultur betrachtet werden. Bezeichnenderweise wird das BGB in Bezug auf die Sicht des wilhelminischen Gesetzgebers von Jürgen Sacker als »technisch-instrumentales Recht« gedeutet, jeder sei damals seines Glückes Schmied gewesen, genauso wie das klassische römische Recht wäre das BGB für die Wachen aufgeschrieben worden: *ius est vigilantibus scriptum*.<sup>54</sup> Parallelen zu Jherings Perspektive auf die Antike sind unverkennbar.<sup>55</sup> Wachsamkeit wäre nach Sacker ein

<sup>48</sup> BGBl. I (1994), S. 2866. Prinzipiell diene das Insolvenzverfahren nicht allein der Gläubigerbefriedigung, sondern auch der Wiedereingliederung des Schuldners, womit fürsorgliche Elemente frühneuzeitlichen Rechts belebt würden: Dazu Becker, *Art. Insolvenzrecht*, Sp. 1259.

<sup>49</sup> §§ 130ff. InsO.

<sup>50</sup> Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 II Nr. 1 InsO).

<sup>51</sup> § 130 I Nr. 1 InsO.

<sup>52</sup> Die Rechtsfolgen ergeben sich aus § 143 I InsO.

<sup>53</sup> Ganter/Weinland, § 130. In: K. Schmidt, *Insolvenzordnung*, Rn. 6.

<sup>54</sup> Sacker, Einleitung. In: Ders., *Münchener Kommentar*, Bd. 1, Rn. 34.

<sup>55</sup> Siehe Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 2, Bd. 1, S. 316.

maßgebliches Prinzip des *BGB* (gewesen). Grundsätzlich ließe sich dabei bezweifeln, ob ein solches Rechtsgebiet deswegen als technisch-instrumentell angesehen werden kann, ist Wachsamkeit doch keineswegs eine rein biologisch-physiologische Eigenschaft, sondern mannigfaltig von (kulturellen) Normen angeleitet und überformt.<sup>56</sup>

Lässt man sich trotzdem auf Säckers Perspektivierung ein, stößt man ohnehin auf zahlreiche Vorschriften im *BGB*, die ihrem ursprünglichen und unveränderten Wortlaut nach durchaus ethischen Gehalt aufweisen: So sind Geschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig; Verträge müssen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ausgelegt werden; Rechtsausübungen, die allein einem anderen Schaden zufügen sollen, sind unzulässig; der Schuldner muss die Leistung gemäß Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bewirken; Leistungen, deren Zweck darin besteht, dass der Empfänger gegen die guten Sitten verstößt, sind grundsätzlich herauszugeben; zum Schadensersatz ist derjenige verpflichtet, der in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt.<sup>57</sup> Die Auffassung vom ursprünglich technisch-instrumentellen Charakter des *BGB* kann vor diesem Hintergrund einer durchgehenden Bezugnahme auf Sittlichkeit sowie auf Treu und Glauben bei Vertragsschluss, Rechtsausübung, Leistungserbringung und schadenszufügendem Verhalten nur aufrechterhalten werden, wenn man diesen Normen Relevanz abspricht. So heißt es bezüglich der meisten dieser Vorschriften: Es handele sich nicht um Richt-, sondern um bloße Grenznormen.<sup>58</sup> Es gibt aber auch andere Deutungen. So wurden die guten Sitten der §§ 138 I, 817, 826 *BGB* als die »in der Rechtsgemeinschaft anerkannten *sozialethischen Prinzipien*« übersetzt.<sup>59</sup> Technisch sei am *BGB* seine Sprache, die häufig sehr abstrakt, aber genau und präzise sei.<sup>60</sup>

Die Abweisung materieller Prägungen, also die Ablehnung (vertrags-)ethischer Einflüsse auf das Gesetz, entspricht der Ansicht, dass das *BGB* erst im Laufe des 20. Jahrhundert eine Materialisierung erlebt habe.<sup>61</sup> Bekannte Beispiele sind hierfür das Verbraucherschutzrecht oder die Rechtsprechung zum Schutz von Angehörigen vor Geschäften aus emotionaler Verbundenheit, etwa der Abschluss einer Bürgschaft durch einen Ehegatten.<sup>62</sup> Der Clou daran ist, dass viele Materialisierungen eben gerade auf Basis der zuvor angesprochenen Vorschriften richterrechtlich gestützt worden sind – mit dem Gesetz also gegen den Gesetzgeber? Im Zentrum der entsprechenden rechtswissenschaftlichen Debatte seit der Weimarer Republik

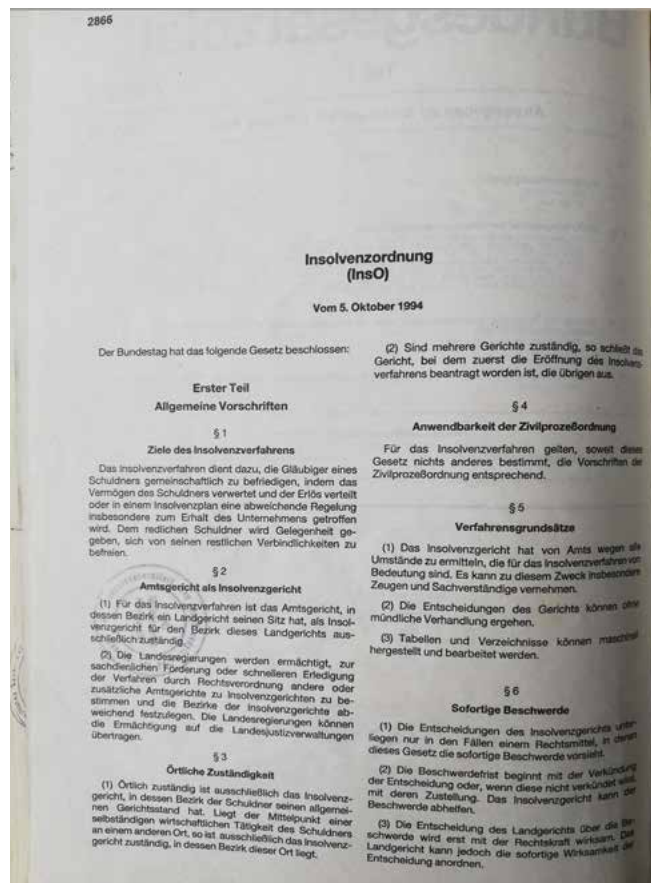


Abb. 4 Insolvenzverordnung. In: *Bundesgesetzblatt*, Teil I (1994), S. 2866

stehen hier die zuvor erwähnten Vorschriften zur Nichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte und zum Grundsatz von Treu und Glauben in (vertraglichen) Schuldverhältnissen.<sup>63</sup> An diesen Normen gelang eine der folgenreichsten juristischen »Entdeckungen« des 20. Jahrhunderts schlechthin: die Generalklausel.<sup>64</sup> Die Ideengeschichte dieses missbrauchsanfälligen Konzepts, das von der Orientierung in Fällen zweifelhafter Gesetzessubsumtion bis hin zur richterlichen Ermächtigung zur Gesetzeskorrektur (infolge geänderter zeitlicher Umstände) reicht, soll hier nicht nachverfolgt werden.<sup>65</sup> Jedenfalls ist es höchst folgenreich gewesen: In jüngerer Zeit wurde darüber von deutscher Seite der Dialog mit Vertretern anderer (europäischer) Zivilrechtsordnungen eröffnet.<sup>66</sup> Das Konzept wird anhand des Rechts der Europäischen Union überprüft<sup>67</sup> und sogar in der Zeit vor 1900 gesucht.<sup>68</sup> Außer Frage steht, dass es im Laufe des 20. Jahrhunderts nicht nur im Verbraucher-

56 Dazu kann generell auf Forschungsanliegen und erste Forschungsergebnisse des SFB Vigilanzkulturen verwiesen werden. Aktuelle Publikationsübersicht unter <https://www.sfb1369.uni-muenchen.de/publikationen/index.html> [letzter Zugriff: 30.04.2021].

57 §§ 138 I, 157, 226, 242, 817, 826 *BGB*.

58 Säcker, Einleitung. In: *Münchener Kommentar*, Bd. 1, Rn. 34.

59 Honsell, Einleitung zum *BGB*. In: Ders., *Staudingers Kommentar*, Rn. 71.

60 Ebd., Rn. 68.

61 Die Vorstellung eines Systemwandels zwischen dem 19. und 20. Jahrhundert lehnt ab Auer, *Der privatrechtliche Diskurs*, S. 4 mit weiteren Nachweisen.

62 Gerade diesen Fall hatte das römische Recht freilich gesetzlich beschränkt, wovon erst das ausgehende 19. Jahrhundert Abstand genommen hat. Vgl. Wagner, *Interzession*, S. 541.

63 §§ 138, 242 *BGB*.

64 Instruktiv Schröder, Art. *Generalklauseln*, passim.

65 Zu den methodischen Ursprüngen etwa Schröder, *Zivilrechtliche Generalklauseln*, passim.

66 Baldus/Müller-Graff, *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, passim.

67 M. Schmidt, *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*, passim.

68 H. Schmidt, *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit*, passim.

sondern etwa auch im Mieter- und Arbeitnehmerschutzrecht zu einer Materialisierung durch Besserstellung strukturell unterlegener Personen gekommen ist.<sup>69</sup>

Überspitzt schiene dagegen eine Kontrastierung eines formal-technischen BGB von 1900, welches für wachsame Personen geschrieben worden ist, mit einem materiell-ethischen BGB der Gegenwart. Das BGB hat von Anfang an Maßstäbe wie Sittenwidrigkeit sowie Treu und Glauben für wesentliche Vorgänge im Zivilrecht bereitgestellt. Angesichts dessen ist es schwer vorstellbar, dass dem Gesetzgeber von 1900 Wachsamkeit im Sinne von Scaevola tatsächlich als tragendes, gar singuläres Prinzip des BGB vor Augen gestanden haben könnte.<sup>70</sup> Dies schließt keineswegs aus, dass Wachsamkeit einen nennenswerten Rang in einzelnen Regelungsbereichen des Zivilrechts einnimmt. Aufschlussreich für diese Frage wäre etwa zeitliche Begrenzungen von Rechten, etwa durch Präklusions-, Verjährungs- oder Notfristen, Situationen der Konkurrenz um begrenzte Güter sowie das Verhältnis von Wachsamkeit zum Haftungsmaßstab der Fahrlässigkeit<sup>71</sup>.

In der juristischen Fachliteratur des ausgehenden 20. und zu Beginn des 21. Jahrhunderts wird der Scaevola-Satz (oder Varianten davon) auf sehr verschiedenen Rechtsgebieten zur Geltung gebracht, von denen ich einige exemplarisch vorstelle.<sup>72</sup> So wird abwertend gefragt, ob die Rechte für die »Pffiffigen« geschrieben seien.<sup>73</sup> Böhm kritisiert ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts, welches der effizienten Bekämpfung missbräuchlicher Praktiken durch Arbeitnehmer zuwiderlaufe.<sup>74</sup> Mit den »Pffiffigen« sind eben solche angesprochen. Der Satz wird in ähnlicher Weise wie von Jhering gelesen, der damit ein Rechtssystem assoziierte, das dazu tendiere, Betrüger zu begünstigen.<sup>75</sup> Wiederum ein Urteil – dieses Mal seitens des Bundesgerichtshofs – veranlasste einen Kommentator, den Satz *Ius civile scriptum est vigilantibus* unter korrektem Nachweis der Digesten zu verwenden.<sup>76</sup> Kappus analysiert damit keinen Missstand, sondern appelliert an Betroffene. Mieter sollten aufgrund des Urteils, welches im widerspruchslosen Bezahlen von Nebenkostenabrechnungen eine stillschweigende Vertragsänderung erblickt hatte, unzulässige »Klein(st)eträge« monieren, um dem Vermieter zu zeigen, dass er einen wachen Vertragspartner habe, damit sich der Mieter die Rückforderbarkeit unzulässiger Beträge sichere.<sup>77</sup> In einer dogmatischen Abhandlung auf dem Gebiet des Erbrechts wird die

(deutsche) Rechtsordnung als *ius vigilantibus scriptum* charakterisiert.<sup>78</sup> Kroppenberg zufolge bedeute dies, dass Erben sich Verfügungen von Todes wegen, die an unzumutbare Bedingungen geknüpft sind, nicht gefallen lassen müssten, sondern ausschlagen könnten.<sup>79</sup> Angesichts des Aufstiegs des Richterrechts im 20. Jahrhundert ist es nicht erstaunlich, dass sich die bisherigen Beiträge alle auf gerichtliche Entscheidungen bezogen, deren Leitsätze oder Entscheidungsgründe den *vigilantibus*-Satz provozierten. Auf den Gesetzgeber, der den vertragsrechtlichen Verbraucherschutz ausgebaut hatte, reagierte Köhler, der die Effektivität der Normgebung davon abhängig machte, ob Verbraucher ihre erweiterten Rechte wahrnehmen, denn auch heute gelte: *ius vigilantibus scriptum*.<sup>80</sup> Wiederum zu einem Urteil, das dieses Mal vom EuGH verkündet worden war, wurde *ius vigilantibus scriptum est* als lateinischer Grundsatz eingeführt, der keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne.<sup>81</sup>

Durchgehend kommt der variiert zitierte Scaevola-Satz im zuvor skizzierten Schrifttum ohne Bezug auf Konkurs- beziehungsweise Insolvenzrecht vor.<sup>82</sup> Nicht aktualisiert wird auch das von D. 42.8.24 berührte Thema des Interessenkonflikts zwischen aktiv gewordenem Individuum und passiv gebliebener Gemeinschaft. Mit der Ausnahme der negativen Verwendung durch Böhm appellieren die Autoren (implizit) an Betroffene. Wachsam ist derjenige, der sein Recht zur Monierung von Nebenkostenabrechnungen, zur Ausschlagung von Erbschaften, zur Inanspruchnahme von Verbraucherschutz oder zur Einholung anwaltlicher Beratung ausübt. Während Kappus und Köhler die Fokussierung von Aufmerksamkeit eher als Gebot der Vernunft ansehen, weisen ihr Kroppenberg, Schmal und Trapp den Wert eines (verfassungskonformen) Rechtsprinzips zu. Bei Ersterer dient der Satz jedoch als bloße Scheinbegründung. Maßgeblich für die Autorin ist, dass der Gesetzgeber die Option der Ausschlagung vorgesehen hat.<sup>83</sup>

Seitens gegenwärtiger Rechtsprechung wird dem Satz vom Dasein des Rechts für die Wachsamkeit noch weniger als im Schrifttum prinzipieller Wert beigemessen. Urteile, die sich hierauf beziehen, sind rar gesät. Das LG Nürnberg-Fürth führte 2015 in ungewöhnlicher Diktion in den Entscheidungsgründen eines Urteils aus, dass für jeden Anspruchsteller der das Zivilrecht prägende Grundsatz gelte: *ius civilis vigilantibus scriptum est*.<sup>84</sup> Damit begründete das erkennende Gericht, warum bei einem Verfahren, welches ruhte, weil der Ausgang in einem streitrelevanten Parallelverfahren abgewartet wird, der Kläger ein wachsames Auge auf letzteres haben müsse. Sobald dieses beendet sei, müsse er von sich aus im

69 Siehe die knappe Übersicht Honsell. In: Staudinger, *Einleitung zum BGB*, Rn. 106.

70 Das Register zu den Entstehungsmaterialien (Mugdan, *Die gesamten Materialien*, Bd. 6) enthält keine Hinweise auf Wachsamkeit oder den Scaevola-Satz. Die Entstehungsmaterialien sind für die Suche nach Rechtsprinzipien allerdings wenig ergiebig, da selbst der Grundsatz der Privatautonomie, wonach jeder seine privaten Lebensverhältnisse unter Beachtung zwingenden Gesetzesrechts frei regeln darf, nicht begründet, sondern nur in wenigen, eher nebensächlichen Kontexten vorausgesetzt wurde. Siehe Mugdan, *Die gesamten Materialien*, Bd. 1, S. 21, 493; Bd. 2, S. 67.

71 § 276 II BGB.

72 Solche Beiträge hat ohne nähere Untersuchung zusammengestellt Willem, *Ius civile scriptum est*, S. 343f.

73 Böhm, *Solum vigilantibus?*, S. 1093, Fn. 2.

74 Ebd., S. 1092f.

75 Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 2, Bd. 2, S. 307.

76 Kappus, *Schweigen ist Geld*, S. 412.

77 Ebd., S. 411f.

78 Kroppenberg, »Wer lebt, hat Rechts«, S. 105.

79 Im Hintergrund steht die Frage, ob Verfügungen von Todes wegen sittenwidrig gemäß § 138 I BGB sind, weil sie unverhältnismäßigen Einfluss auf Lebende und deren Lebensführung nehmen.

80 Köhler, *Neue Regelungen zum Verbraucherschutz*, S. 2572.

81 Schmal/Trapp, *Der Beginn der Verjährungsfrist*, S. 10.

82 Die Beispiele ließen sich schnell vermehren. Häufig meint das lateinische Zitat bloß, dass Betroffene ihre Rechte geltend machen müssen, wollen sie daraus Nutzen ziehen. Etwa Stuttmann, *Anm. BVerfG, Urt. v. 6.4.2017*, S. 1634.

83 §§ 1942ff. BGB.

84 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 30.09.2015 – Az. 6 O 488/07, Rn. 73 [abrufbar unter: <https://openjur.de/u/863393.html>; letzter Zugriff: 06.05.2021].





**Abb. 5** Gerichtshof der Europäischen Union.  
Die drei Türme

Ausgangsverfahren tätig werden, da andernfalls Verjährung drohe.<sup>85</sup> Der Scaevola-Satz zeigt trügerische Evidenz, wenn er, wie durch das LG Nürnberg-Fürth, fundamentaler gelesen wird, als er ursprünglich für die spezifische Situation mehrerer um das Vermögen eines Schuldners konkurrierender Gläubiger formuliert worden war. Tatsächlich ist die Argumentation mit der Wachsamkeit entgegen richterlichen Suggestionen eben nicht selbsterklärend. Die Verantwortung dafür wird einer Klagepartei vielmehr bewusst zugeschrieben. So muss der Beklagte nicht wachsam sein. Er profitiert rechtlich von der mangelnden Aufmerksamkeit des Klägers, obwohl er diese Angelegenheiten ebenso wenig aktiv vorangetrieben hat, vielleicht sogar ignorant war und eine Forderung zu Unrecht nicht erfüllt haben könnte. Würde man den *vigilantibus*-Satz ernst nehmen, müsste auch ein solches Verhalten irgendwelche Konsequenzen zeitigen. Mehr als eine nachgeschobene Scheinbegründung liefert die Koppelung von Recht und Wachsamkeit erneut nicht.<sup>86</sup>

Weitere Beispiele von Urteilen, die Scaevola begründend heranziehen, lassen sich vor allem bei unteren Instanzgerichten finden. Deutliche Kritik hat die Begründungstechnik des VG Köln auf sich gezogen, welche das Rechtsschutzbedürfnis als allgemeine Verfahrensvoraussetzung versagt hatte, weil ein Eilantrag auf Zulassung zur Prüfung im Fach Klinische Pharmakologie ohne Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes zu spät gestellt worden sei: »das Recht ist auf der Seite des Wachsamem! (*Lex vigilantibus, non dormientibus scripta est*. Vgl. Dig. 42, 8, 24 [...]).«<sup>87</sup> Dies zeige, »wie schnell das Rechtsschutzinteresse den Anknüpfungspunkt für eine willkürliche gerichtliche Begründung liefern kann.«<sup>88</sup> Gerade beim einstweiligen Rechtsschutz komme es dem Bürger darauf an, sein Recht »in letzter Minute« durchzusetzen, weshalb »dem Zeitpunkt nur mit größter Zurückhaltung Einfluss auf das Rechtsschutzinteresse eingeräumt werden« dürfe.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Die Ablaufhemmung der Verjährung regelt § 204 BGB.

<sup>86</sup> Zuschreibungsgrund ist, dass die drohende Verjährung zugunsten des Schuldners (hier: Beklagter) wirkt und der Gläubiger (hier: Kläger) demgegenüber von einer Ablaufhemmung infolge Klageerhebung profitiert.

Wegen dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses muss er sich darum kümmern, dass die Ablaufhemmung wegen zu langer Nichtbetreibung des Verfahrens nicht endet und die Verjährungsfrist wieder zu laufen beginnt.

<sup>87</sup> VG Köln, Beschluss vom 6.7.2020 – Az. 6 L 1197/20 [abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de/Home>; letzter Zugriff: 06.05.2021].

<sup>88</sup> Muckel, *Anm. BVerfG*, Beschluss v. 10.6.2020, S. 718.

<sup>89</sup> Ebd.

Die Obergerichte der Länder sowie die obersten Gerichtshöfe des Bundes setzen den Satz nur marginal ein. So zieht der Bayerische Verwaltungsgerichtshof ihn heran, um zu unterstreichen, dass die verfassungswidrige Rechtsanwendung nicht mehr geltend gemacht werden könne, falls »die Ausschöpfung individueller Rechtsschutzmöglichkeiten sehenden Auges« unterlassen worden sei.<sup>90</sup> Gut möglich ist, dass sich der *vigilantibus*-Satz an dieser Stelle ohnehin verlustlos durch einen Verweis auf das Gebot der Rechtssicherheit substituieren ließe. Das Verhältnis von Wachsamkeit und Rechtssicherheit müsste eine dogmatische Studie erhellen. Es kann festgehalten werden, dass deutsche Gerichte seit dem 1. Januar 1900 – ausgehend von Scaevola – Wachsamkeit nicht in nennenswertem Umfang als Rechtsprinzip behandelt oder ein solches gar systematisch entfaltet oder begründet haben. Mit Relevanz für Deutschland ließe sich eine Behauptung eines geltenden Rechtsprinzips auf Basis eines römisch-rechtlichen Satzes wohl noch am ehesten beim EuGH erwarten. Die tatsächlich nicht allein rhetorischen, sondern auch sachlichen Gründe für die Aufrufung lateinischer Rechtssätze sind durch die Forschung aufgearbeitet worden.<sup>91</sup> Zwar wurde der Satz aus D. 42.8.24 und Varianten davon durch eine Vielzahl von Generalanwälten<sup>92</sup> am EuGH zitiert, aber Eindruck auf das Gericht hat dies anscheinend nicht hinterlassen.<sup>93</sup> Als Grundsatz hat auch der EuGH das Dasein des Rechts für die Wachsamkeit nicht stark gemacht.<sup>94</sup>

### III.

Ursprünglich bezog sich *Ius civile vigilantibus scriptum est* lediglich auf ein bestimmtes konkursrechtliches Problem. In diesem Rahmen ist D. 42.8.24 auch durch Gelehrte des 19. Jahrhunderts, wie Windscheid oder Kohler, sowie vom Preußischen Obertribunal beachtet worden. Im gegenwärtigen Insolvenzrecht findet sich die starre Linie, wonach alle Leistungen auf bestehende Schulden vor Konkurseröffnung beständig sind, nicht mehr. Gläubiger, die im unmittelbaren Vorfeld einer Insolvenz wachsam sind, müssen damit rechnen, dass sich dies nicht bezahlt macht.

Gerade der als »Gegenspieler« der Pandektenwissenschaft in Erinnerung gebliebene Jhering operationalisierte den Scaevola-Satz wesentlich freier, wie sich etwa auch im Fall der Entstehung des sächsischen *BGB* beobachten ließ. Auf Basis einer solchen Verwendungsweise hätte der Gesetzgeber des *BGB* ein Prinzip der Wachsamkeit in die Kodifikation

implementieren können. Dieser entschied sich aber für ethische Maßstäbe wie Treu und Glauben sowie die guten Sitten, die einen kräftigen Bedeutungszuwachs infolge ihrer Ausdeutung als Generalklauseln erleben sollten. Im Schrifttum der jüngsten Zeit wird D. 42.8.24 meist appellativ-rhetorisch, kaum als sachliche Begründung eingesetzt. Auch in der Rechtsprechung, die im 20. Jahrhundert deutlich gegenüber dem Schrifttum an Gewicht gewonnen hat, ist er unterinstanzlich selten und, wie die Beispiele des VG Köln und des LG Nürnberg-Fürth zeigten, eher anfechtbar verwendet worden. Die Obergerichte der Länder, die Gerichtshöfe des Bundes und der EuGH haben den Satz nicht erkennbar als Rechtsprinzip entfaltet und aufgewertet. Weder im Gesetzesrecht noch richterrechtlich lebt Scaevola fort. Sein »Biotop« ist die Urteilsanmerkung, nicht das Urteil.

Ausgeschlossen wurde vorliegend die dogmatisch-systematische Frage, wie relevant Wachsamkeit jenseits von D. 42.8.24 auf einzelnen Feldern im Recht ist, was sich etwa anhand der zeitlichen Begrenzung von Rechten erörtern ließe. Dabei könnte man auch Wachsamkeitsformen fokussieren, die näher am Konzept der Vigilanzkulturen stehen. Denn die Aufmerksamkeit, wie sie Scaevola belohnt, ist eine solche, die streng eigennützig erbracht wird – das Kollektiv der restlichen Gläubiger hat dabei gerade das Nachsehen. Aktivierung der Wachsamkeit für überindividuelle Interessen kennt das Recht nicht bloß beim bekannten Beispiel der Anzeige von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Im Interesse Einzelner aber auch der Verkehrsgemeinschaft schreibt das Gesetz vor, dass die Teilnahme am Straßenverkehr ständige Vorsicht und gegenseitige Rücksicht verlangt.<sup>95</sup> Eine solche intensive Anspannung der Aufmerksamkeit ist deshalb zumutbar, weil die Teilnahme am Straßenverkehr genuin zeitlich und räumlich begrenzt ist. Andernfalls droht Überlastung – hier ließe sich juristische Dogmatik mit der Frage des SFB verbinden, wie kulturell auf die Erschöpfbarkeit der Vigilanz als Ressource reagiert werde.

---

**Felix Grollmann ist Mitarbeiter des Teilprojekts B02 »Denunziation und Rüge – Aufmerksamkeit als Ressource bei der Rechtsverwirklichung«, das am Beispiel der Städte Nürnberg, Regensburg, Lucca und Florenz untersucht, wie in frühneuzeitlichen Stadtgesellschaften Einwohner und Bürger an der Rechtsverwirklichung durch Denunziation und Rüge mitwirkten.**

<sup>90</sup> VGH München, Beschluss v. 29.11.2011 – Az. 19 BV 11.1983, Rn. 44 [abrufbar unter: <https://openjur.de/u/494550.html>; letzter Zugriff: 10.05.21].

<sup>91</sup> Siehe Knütel, *Ius commune und Römisches Recht*, passim; Barbero, *Ein offensichtliches Paradox*, passim; Santos, *Epistemological Value of Roman Legal Rules*, passim.

<sup>92</sup> Generalanwälte unterstützen den EuGH, indem sie öffentlich in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zur jeweiligen Rechtssache stellen, Art. 252 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

<sup>93</sup> Siehe die Nachweise bei Willems, *Ius civile vigilantibus scriptum est*, S. 342f.

<sup>94</sup> Eine Suche mit der offiziellen Datenbank erzielte ausschließlich Treffer in Schlussanträgen von Generalanwälten [<https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>; letzter Zugriff: 07.05.2021].

<sup>95</sup> Heß, § 1 StVO, in: Burmann u.a., *Straßenverkehrsrecht*, Rn. 4.



## Bibliographie

- Auer, Marietta: *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*. Tübingen 2005.
- Auer, Marietta: *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*. Tübingen 2014.
- Baldus, Christian: Römische Privatautonomie. In: *AcP* 210 (2010), S. 2–31.
- Baldus, Christian/Müller-Graff, Peter Christian (Hrsg.): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*. München 2006.
- Barbero, Reinoso: Ein offensichtliches Paradox: Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht. In: *ZRG RA* 127 (2010), S. 345–363.
- Becker, Christoph: Art. Insolvenzrecht. In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin <sup>2</sup>2008ff., Band 2, Sp. 1259f.
- Becker, Christoph: Art. Konkurs. In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin <sup>2</sup>2008ff., Band 3, Sp. 99–104.
- Böhm, Wolfgang: Solum vigilantibus? Entgeltfortzahlung bei nachträglicher Hinterlegung des Sozialversicherungsausweises. In: *NZA* (1995), S. 1092f.
- Burmann, Michael u.a. (Hrsg.): *Straßenverkehrsrecht*. München <sup>26</sup>2020.
- Falk, Ulrich: *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*. Frankfurt a.M. 1989.
- Fernandes Furtunato, Sérgio: Art. Kohler, Josef (1849–1919). In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin <sup>2</sup>2008ff., Band 2, Sp. 1936.
- Gokel, Julia Maria: *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*. Berlin 2014.
- Haferkamp, Hans-Peter: *Die Historische Rechtsschule*. Frankfurt a.M. 2018.
- Hattenhauer, Christian/Schäfer, Frank L. (Hrsg.): *Spezielle Motiven zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich*. Dresden 1852 [abrufbar unter: <http://www.saechsisches-bgb.de/jportal/?quelle=jlink&docid=CUST000020240&psml=sammlung.psml&max=true&bs=22>; letzter Zugriff: 10.05.21].
- Hofer, Sibylle: *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*. Tübingen 2001.
- Honsell, Heinrich u.a. (Hrsg.): *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1, Allgemeiner Teil. Einleitung zum BGB; § 1–14; VerschG (Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer)*. Berlin 2018.
- Jhering, Rudolf von: *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 4 Bde. Leipzig 1852–1865.
- Kappus, Andreas: Schweigen ist Geld – Betriebskostenüberbürdung im Stillen? In: *NZM* (2004), S. 411f.
- Klinck, Fabian: *Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung. Gläubiger- und Vertrauensschutz im Übergang vom Prioritäts- zum Gleichbehandlungsgrundsatz*. Berlin/Boston 2011.
- Knütel, Rolf: *Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*. In: *JuS* (1996), S. 768–778.
- Köhler, Helmut: Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen. In: *NJW* (2009), S. 2567–2572.
- Kohler, Josef: *Lehrbuch des Konkursrechts*. Stuttgart 1891.
- Kropfenberg (inzwischen: Hanewinkel), Inge: »Wer lebt, hat Recht« – Lebzeitiges Rechtsdenken als Fremdkörper in der Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen. In: *DNotZ* (2006), S. 86–105.
- Kudla, Hubertus (Hrsg.): *Lexikon der lateinischen Zitate. 3500 Originale mit deutschen Übersetzungen*. München <sup>3</sup>2007.
- Muckel, Stefan: Anm. BVerfG, Beschluss v. 10.6.2020 – Az. 2 BvR 297/20. In: *JA* (2020), S. 717f.
- Mugdan, Benno (Hrsg.): *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. 6 Bde. Berlin 1899.
- Puchta, Georg Friedrich: *Cursus der Institutionen*. 3 Bde. Leipzig 1841–1847.
- Puchta, Georg Friedrich: *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig 1838.
- Puchta, Georg Friedrich: *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. 2 Bde. Leipzig 1847–1848.
- Rückert, Joachim: Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779–1861). In: Ders./Seinecke, Ralf (Hrsg.): *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*. Baden-Baden <sup>3</sup>2017, S. 53–95.
- Rückert, Joachim: Die Schlachtrufe im Methodenkampf – Ein historischer Überblick. In: Ders./Seinecke, Ralf (Hrsg.): *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*. Baden-Baden <sup>3</sup>2017, S. 541–608.
- Santos, Francisco J. Andrés: Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law. In: *European Review of Private Law* 12 (2004), S. 347–357.
- Savigny, Friedrich Carl von: *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. 7 Bde. Heidelberg 1834–1851.
- Savigny, Friedrich Carl von: *System des heutigen römischen Rechts*. 8 Bde. Berlin 1840–1849.
- Schmal, Karl Philipp/Trapp, Dan Bastian: Der Beginn der Verjährungsfrist bei EuGH-induzierten Rechtsprechungsänderungen. Die neue Sicht des BGH auf Preisanpassungsklauseln in Energiesonderkundenverträgen. In: *NJW* (2015), S. 6–10.
- Schmidt, Helmut: *Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht*. Berlin 1973.
- Schmidt, Karsten (Hrsg.): *Insolvenzordnung*. München <sup>19</sup>2016.
- Schmidt, Martin: *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*. Berlin 2009.
- Schröder, Jan: Art. Generalklausel. In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin <sup>2</sup>2008ff., Band 3, Sp. 99–101.
- Schröder, Jan: *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)*. Band 1: 1500–1933. München <sup>3</sup>2020.
- Schröder, Jan: Zivilrechtliche Generalklauseln in der Methodendiskussion des frühen 20. Jahrhunderts. In: Saar, Stefan Christian u.a. (Hrsg.): *Recht als Erbe und Aufgabe. Heinz Holzhauser zum 21. April 2005*. Berlin 2005, S. 265–274.
- Säcker, Jürgen u.a. (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 14 Bde. München <sup>8</sup>2018–2021.
- Seinecke, Ralf: Methode und Zivilrecht beim »Begriffsjuristen« Jhering (1818–1892). In: Ders./Rückert, Joachim (Hrsg.): *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*. Baden-Baden <sup>3</sup>2017, S. 148–176.
- Stuttmann, Martin: Anm. BVerfG, Ur. v. 6.4.2017 – Az. 2 C 11/16. In: *NVwZ* (2017), S. 1633f.
- Wagner, Stephan: *Interzession naher Angehöriger. Eine Untersuchung in historischer und vergleichender Perspektive*. Tübingen 2018.
- Wieacker, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen <sup>2</sup>1967.
- Willems, Constantin: *Ius civile vigilantibus scriptum est. Ein römischrechtlicher »Grundsatz« als »Grundlage des modernen Rechts«?* In: *Revue internationale des droits de l'antiquité* 60 (2013), S. 341–368.