

de of. p. pre. aff. l. i. noie dñi
vi. ex hoc sequitur bonū in ciu

sūt ad decorē. leges sūt ad armādū. vñ dñi militā
rē. ut. C. de aduo. diu. in. l. aduocati. uel ido sic po
euitetur malus
vboz. scz cath
ton. i. turpis sc
Opt. i. op
s Armata. l.
vtilitatē q̄ sec
t Et belloz
quo ad vsuz a
u Et pacis.
ad vsū legu
g Gubnari
cū legibz. s. tp
alterū armis.
Et prim
ceps. scz impa
In hostilib
hostes dñ. ff. d
postli. re. l. ho
a Per legitī
mtes. i. leges
via ḡ diēdi sic
tel eudi. s. Jo. b
calūmiantes p
leges. nā i crim
ue ordi. huc ex
ad filitudinē
en pūtur calū
ut. C. d. ac. l. fi.
turpill. l. i. et i
et in exordiar
mimbo oēs ca



In noie dñi nri ihu xpi
Imperator cesar flauus
iustinianus. alamanicus
franc. gmaicus. acticus.
guadalicus. affricus. pi
us felix inditus. victor
ac trūphator sp augu
stus. cupide legū iuuē
tuti. Incip. lib p̄mus dñi
iustini. impatoris instiau
tionū seu elementorum.

Imperatoria maiestatem nō
solū armis decoratā. s; ec
legibz oportz esse arma
tā. ut utrūq; tps a belloz
et pacis recte possit gu
bnari. et p̄nceps rōnis
victor existat. Nō solū
in hostilibz pl̄hs. s; ec p
legitimos tramites calū
mantiū iniquitatē expel
lat. et fiat tā iuris religi
osissim⁹. q̄ victis hosti
bus trūphator magnifi
cus. Quoz utraq; viā
cū sūmis vigilis a sūma
pudētia anuēte deo p̄fe
cim⁹. Et bellicos q̄dē su
dores nros barbarice gē
tes sū iuga nra deducte

Opt. i. op
s Armata. l.
vtilitatē q̄ sec
t Et belloz
quo ad vsuz a
u Et pacis.
ad vsū legu
g Gubnari
cū legibz. s. tp
alterū armis.
Et prim
ceps. scz impa
In hostilib
hostes dñ. ff. d
postli. re. l. ho
a Per legitī
mtes. i. leges
via ḡ diēdi sic
tel eudi. s. Jo. b
calūmiantes p
leges. nā i crim
ue ordi. huc ex
ad filitudinē
en pūtur calū
ut. C. d. ac. l. fi.
turpill. l. i. et i
et in exordiar
mimbo oēs ca

o. l. i. Equētia noia sūt ab. e
nia se. uētu sibi imposta. ut
e alijs. ut i aut. de h. e. et falc.
it noia pūciarū quas deuicit
ut in aut. ut lib. ti. de ce. col. vi
e. alias. ē. C. facimus.
es. C. i. psper quia omia sibi
lix. ad nutū succedebāt.
nficis.
riam.
ū⁹ d; esse p̄positi q̄libz impa
iat. ut i diffmicōe m̄rimoni.
ū dimidat. ut. C. de repu. l. cō
ie. ut j. d. iust. et iur. i p̄n. s. io.
gram. z bue librū. Et it phē
te scribētū p̄mit. mū. in q̄

p q̄litate admissi plectūt. Itē in ciuilibz pūit m
maria p̄ea. mō sacro calūme. mō nō infamie. ut j.
te. li. p. totū. et j. de act. C. si q̄s agēs. et. C. de plus
mica. et de iud. p̄perādū. C. et si q̄dē. ubi pūitur o tu
expenh. uel dic q. vii. ḡna penarū vocat limos t
ut. ff. de penis. l. vi. in fi. et. l. vii. et. vii. uel dic q
stratus vocat tramtes per quos iura red duntur.
rum valent iura in ciuitate nisi essent qui execu cō
darent. ut. ff. de orig. iur. l. ij. C. post originem. c
puniūt in criminalibus puniūt in ciuilibz z exp
mviatico. ut. ff. de iud. eū quē. q̄ultiav erior ē. ac
b Calūmātiū. calūmator ē qui falsa crimia sciē
dit. ut. ff. ad turpil. l. i. in p̄nci. et fa. ad h. ff. de bñ
infa. athletas. C. calūmator. q̄d aut sit p̄uaricator
uersator dñ in p̄dictis legibz. C. fieri religio sus p
c Religiosissimus. nō quē. nā ip̄e sunt sacre

*Ius civile vigilantibus scriptum est:*¹

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.² 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.«³ Ob man in dieser Wertung nicht nur ein rhetorisches Stilmittel im Einzelfall, sondern auch einen Rechtsgrundsatz erblickt(e), ist damit noch nicht entschieden.⁴

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

(D. 42.8.24), welches das Fundament der mittelalterlichen Rezeption des römischen Rechts im lateinischen Westen und schließlich sogar seiner globalen Verbreitung bildete.⁶ Einen prinzipiellen Status wiesen ihm die amtlich beauftragten Redaktoren unter dem ›Justizminister‹ Tribonian nicht zu.⁷ Die sentenzartige Formulierung von Scaevola begründete im Rahmen des Titels 42.8⁸ lediglich, warum selbst kurz vor Eröffnung eines Konkursverfahrens (*missio in bona*) eingezogene Forderungen zugunsten eines einzelnen wachsamten Gläubigers beständig sein sollten.⁹ Die übrigen Gläubiger mussten sich aus der verringerten Vermögensmasse befriedigen, denn

von römischen Rechtsgelehrten (Digesten).

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

⁷ 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.

⁸ 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.

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

¹ Das Recht der Bürgerschaft ist für die Wachsamten geschrieben.

² Zu Leben und Werk Gokel, *Sprachliche Indizien*, S. 68–125.

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

⁴ 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.

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



In nomine dñi nri ihu xpi Imperator cesar flavus iulianus alamanicus franc-gmaicus acticus guadalicus affricus pius felix inclitus victor ac triumphator sp augustinus capite legu iuuertui. Incip lib pmul dñi iulianus imperatoris institucionu seu elementorum.

In nomine dñi nri ihu xpi. Ex hoc nota q xpianus fuit alias no possit impae. i. impij iudicor; exere. ut i aut. iustur. qd pstat in pn. ibi. et dicitur. ecci e. col. h. ubi dicit q dñs admittat or; iurare se eedicator; scē catholicē. sic rals fac. i. fili mō incip. ut. C. de of. p. pre. aff. l. i. noie dñi r m aut. de armis. i. pn. col. vi. ex hoc sequitur bonū mciū meli? me dñi. et op. tñ? fims ut in aut. quō opoz. in prim. col. i. b. **Imperator cesar. a cesare augusto qui regnabat tpe natiuitatis xpi. vñ ill. ex. nē edictū a cesare augusto et describētur ymuerfus orbis. i. ut quilibz extimar; boz na sua. et exinde quilibz impator dñs ē cesar. ud cesar qd fuit celus de ventre mris sue. c. **Flauus. qz talis erat coloris nā rubē. d. **Quintilianus. qz fuit fil; iustini. ut. j. de conac. c. ē raliud. de. j. quibz nō ē p. fa. te. q. pñ. h. in dē. di. xvi. c. habeo librū. b. qz fuit filius oñāz tim. h. forte ibi loqur de alio iustimano qz bue. uel dicit qz fuit fil; ostantini qz successit ei in regno. uel dicit iusticia quā sp coluit et lib dicit mūxit coz ledā. ut. C. de sū. tri. e. h. cad. l. i. **Equeria noia sūt abez e. **Alamanicus. h. noia r omia se. uētū sibi impoita. ut pua qz uicē affricos the te alijs. ut i aut. de hie. et falc. m. pn. col. i. **Manicus. h. sūt noia puicariū quas deicit f. **Ac ger. : pio antonio. ut in aut. ut libti de ce. col. vi. **Quis. az. **Ch quis aut. alias. ē. C. facimus. **Victor. in fuga do hostes. C. i. p. sper quia omia sibi i. **Ac felix. a vture ai. uel felix. **Ad nutū succedebāt. **Indicus. a gelhis magnificis. **Criupator. post victoriam. **Semp augustinus. qz uū d; esse p. p. hti qz lib; impa; tor ut augat. h. h. sp nō faciat. ut i dñm cō mrim onij. ut. j. de pa. po. in pn. h. in r dū diuidat. ut. C. de repu. l. cos. sensu. sic r diffim cōe iusticie. ut. j. d. iust. et iur. i. pn. h. io. **Cupide. scz mittit suā gram r bue librū. **Tit. p. b. n. **Seu deimtoz. more recte scribētū pmit. mū. in q reddidit lectorē atreū. uo alē. et bemuoli. atreū. cū dicit sū mis vigilijs. nā p h. qz ppe vigilauit reddidit nos atreō. ut vigilare deb eam? nā ius civile vigilātibz septu; ē. ut .ff. qz in frau. cre. l. pupillus. in fi. et ibi sūma puicētia. ut .ff. p. do. alē. cū dicit r cū sacra nissimas oñi. ārea cō. r. c. ut .ff. e. omis. uo alē. emi faē qui sūmā rei buiter cōphēdit. nā phoc qz ppe ab buianie potest amo to facit? eto ceteri. beni uolu. i. bonevolūtatē ad discēdū. ubi dicit. et qz i portibz etiā tpbz. et ibi sūma itaqz ope. ut. j. e. C. i. qz. qz. sūma************************************

ur. C. de iur. deli. l. sancimus. ad qd rñd. et impatoriam. q. **Decoratā. qritur qre qd erat armoz attribuit legis bus. et ecōra. sē. ut oñdēt alterū alterius auxilio sp es gere. ut. C. de no. co. o. in pn. uel die. ppe pmit. nā arma sūt a d. decore. leges sūt ad armā dū. vñ d; militatē nāqz r. ut. C. de aduo. dñi. in. l. aduo. casu. uel idō sic pofuit ut emittetur malus fontul vboz. scz cathepha ton. i. iurpis sonus. **Opt. i. op. unū ē. **Armatā. l. ad bāc vtilitatē q sequitur. **Et belloz. c. sic quo ad vsuz armoz. u. **Et pacis. sic quo ad vsuz legum. **Cubnari. alterū cū legibz. s. tps pacis alterū armis. scz tpe **Et prim. **belli. cept. scz impator. ac **In hostilibz. qz sūt hostes d; .ff. d. cap. et postli. re. l. hostes. **Per legitiōs. tras mtes. i. leges qz sūt via gñēdi sic tramis tes eūdi. f. Jo. bñ dico calimantes pumri p leges. nā i crimibz si ue ordi. siue ex ordiez ad silitudine suppli en pūtur calimatoz. ut. C. d. ac. l. fi. r. ff. ad turpill. l. i. et i puatis et m. ecō. diarijs cris mimbz oēs calimōsi p qritate admitti plectūf. Itē in ciuilibz puicē mō pecu maria pēa. mō sacro calūme. mō nō infamie. ut. j. de pe. te. l. p. totū. et. j. de act. C. h. qz agēs. et. C. de plus pe. l. v; mica. et. de iud. p. p. rā dū. C. et si qd ubi puūtur o tumax in expen. uel die qz. vij. gna penarū vocat limos tramitel ut. ff. de pems. l. vi. in fi. et. l. vij. et. vij. uel die qz magi stratus uo cat tramtes per quos iura red duntur. nā pas rum valent iura in ciuitate nisi essent qui execu cōm man darent. ut. ff. de oiz. iur. l. ij. C. post oiz. gmem. qui etiā puūtur in criminalibus puūtur in ciuilibz r expenlis r in uaticō. ut. ff. de iud. cū quē. qz l. uer. erioz. ē. ac b. **Calūmātiū. calūmator ē qui falsa crimina scietē intē dit. ut. ff. ad turpill. l. i. in pn. et. fa. ad h. ff. de hys qz no. m. fa. athletas. C. calūmator. qd aut sit puarator r tergi uerfator d; in p. dicitis legibz. **Cheri religio sūz p leges. c. **Religio sūmimus. nō quē. nā ipē sunt sacre. ut. C. de leg. et. cō. l. leges. Itz nō h. qz uoz. p. o. cō. nalia. f. arma. uisus armoz. victoria triūpbus. Itē leges. v. hys legu. calūme pulho. et iuris religio. **Esse i pncip. tu iustimas d. **Quoz. utraqz. si ista debēt. ne qd fecisti. sē. quoz. e. **Sūms. id est cū sūmo labore. **Ytraqz. f. **Sigilhs. quo ad leges. nā ius ciuile vigilātibz r nō to mī. etibz scp. nū ē. ut. ff. qz in frau. cre. pupillus. i. h. et. ff. de pec. l. m. sūma. **scz qz ad arma. et no. tres hōis status. g. **Prouidētia. **Memoria p. teritoz. **saētia p. nū. puicē tia futuroz. **Exo. deo gñas refert cui? triūp. h. meruit b. **Annūctē. obtinere. ut. C. de off. p. pre. affri. l. i. pn. i. **Et bellicos. qz dūctim dixerat. dicēdo. vtrāqz. viā rē. nūc dñi. dit. dicēdo. p. mo. qz l. iter. se. habuit. circa. arma. ac. k. **Barbarice. barbari sūt qz ex rōnū impū sūt. maxie i. **Deducto. de nouo. Accur. 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.¹⁰ Schon im älteren Diskurs des Konkursrechts wurde D. 42.8.24 vermutlich intensiver verarbeitet.¹¹

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‹¹² 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,¹³ steht außer Zweifel, dass sich die Rechtswissenschaft grundlegend erneuerte, was den Boden (nicht unbedingt absichtlich) für das BGB bereitete.¹⁴ 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

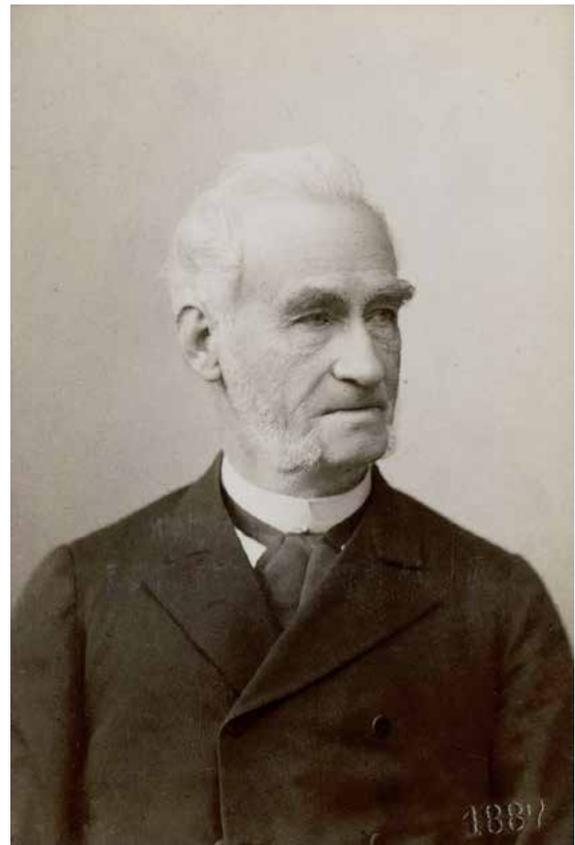


Abb. 2 Bernhard Windscheid, Fotografie (Georg Brokesch), Leipzig 1887

›wissenschaftliches Recht‹ gebildet.¹⁵ 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.¹⁶

In der Mitte des 19. Jahrhundert ging, ohne dass eine scharfe Abgrenzung möglich ist, aus der Historischen Rechtsschule die Pandektenwissenschaft¹⁷ hervor, womit vor allem der erreichte höhere Systematisierungsgrad angezeigt werden sollte.¹⁸ 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.¹⁹ Es

¹⁰ 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].

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

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

¹³ 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.

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

¹⁵ Zusammenfassend Schröder, *Recht als Wissenschaft*, Bd. 1, S. 279f.

¹⁶ 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*.

¹⁷ Pandekten = Digesten.

¹⁸ In diese Richtung Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 430.

¹⁹ Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, S. 24.

habe als ein »Regelvorrat wie ein Gesetz«²⁰ 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.²¹ Damit befürwortete Windscheid der Sache nach eine rein objektive Abfolge von Prioritäts- und Gleichbehandlungsgrundsatz bezüglich des Verhältnisses mehrerer Gläubiger untereinander.²² 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 1879.²³ 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.²⁴ 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.²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷ 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.²⁸

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,²⁹ D. 42.8.24 nicht im Quellenregister unter den Stellen aus dem römischen Recht vorkommt.³⁰ 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.³¹ Hauptgegenstand des Buchs ist die Konkursordnung des Deutschen Reichs vom 10. Februar 1877.³² 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.«³³ 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, gerechtigkeitvernachlässigend galten und gelten.³⁴ Gemeint waren mit dieser (inzwischen von der Forschung korrigierten)³⁵ 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.³⁶

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,

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

²¹ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 3, S. 326.

²² 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.

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

Sachverhalt und Entscheidung werden hier stark vereinfacht dargestellt.

²⁴ Ebd.

²⁵ Konkurs-Ordnung für die preußischen Staaten vom 8. Mai 1855.

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

²⁷ Von nun an: Scaevola-Variante.

²⁸ Skeptisch zur Überzeugungskraft des Urteils Klinck, *Insolvenzanfechtung*, S. 21.

²⁹ Fernandes Fortunato, Art. Kohler, *Josef*, Sp. 1936.

³⁰ Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, S. 718.

³¹ Ebd., S. 192–272.

³² *Reichs-Gesetzblatt* 1877, S. 351.

³³ Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, S. 2.

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

³⁵ Siehe die Nachweise in Fn. 13.

³⁶ 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.«³⁷ 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.³⁸ (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*.³⁹ 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.«⁴⁰ 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.⁴¹ Jherings Perspektive, die dagegen eher Einzelfallgerechtigkeit favorisiert, konnte sich leicht an dieser Wertung reiben.⁴²

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«⁴³ 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.⁴⁴ (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.⁴⁵ 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.⁴⁶ (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.⁴⁷ 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.

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

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

³⁹ Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 2, Bd. 2, S. 307.

⁴⁰ Ders., *Geist des römischen Rechts*, Teil 3, Bd. 1, S. 124.

⁴¹ 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.

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

⁴³ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 464.

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

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

⁴⁶ Hattenhauer/Schäfer, *Spezielle Motiven*, S. 135.

⁴⁷ Ebd.

Bundesgesetzblatt ²⁸⁶⁵		
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; 431-1; 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.⁴⁸ Ohne das darin enthaltene Regelwerk zur Insolvenzanfechtung vertiefen zu wollen,⁴⁹ 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 zahlungsunfähig⁵⁰ war und der Gläubiger dies wusste.⁵¹ Wer auf diese Weise wachsam war, wird nicht belohnt, sondern muss das Erlangte erstatten.⁵² Denn ab dem

Offenbarwerden der Krise sei das Vermögen des Schuldners der Allgemeinheit seiner persönlichen Schuldner verfangen.⁵³ 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*.⁵⁴ Parallelen zu Jherings Perspektive auf die Antike sind unverkennbar.⁵⁵ Wachsamkeit wäre nach Sacker ein

⁴⁸ 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.

⁴⁹ §§ 130ff. InsO.

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

⁵¹ § 130 I Nr. 1 InsO.

⁵² Die Rechtsfolgen ergeben sich aus § 143 I InsO.

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

⁵⁴ Sacker, Einleitung. In: Ders., *Münchener Kommentar*, Bd. 1, Rn. 34.

⁵⁵ 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.⁵⁶

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.⁵⁷ 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.⁵⁸ 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.⁵⁹ Technisch sei am BGB seine Sprache, die häufig sehr abstrakt, aber genau und präzise sei.⁶⁰

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.⁶¹ 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.⁶² 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

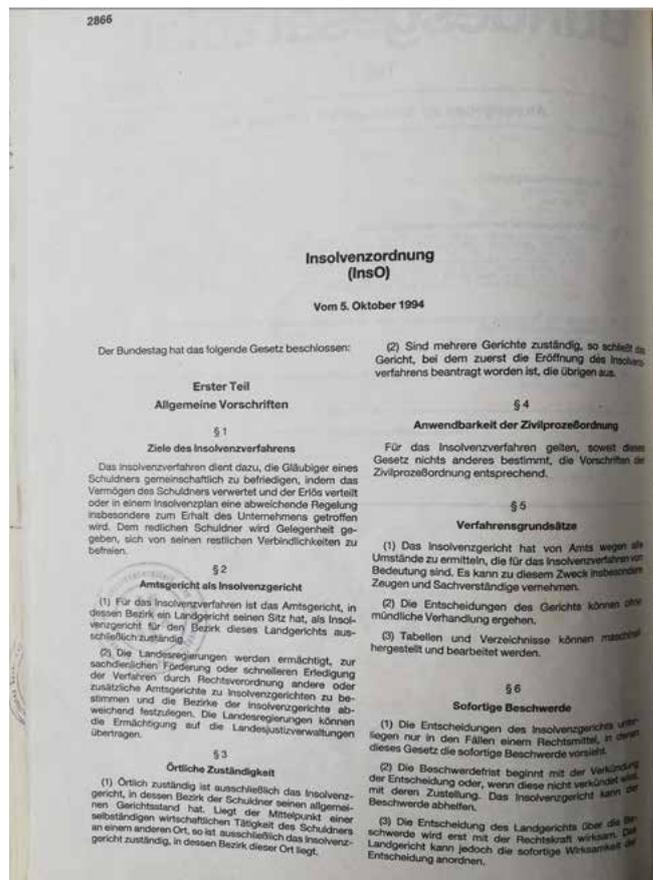


Abb. 4 Insolvenzverordnung. In: Bundesgesetzblatt, Teil I (1994), S. 2866

stehen hier die zuvor erwähnten Vorschriften zur Nichtigkeit sittenwidriger Rechtsgeschäfte und zum Grundsatz von Treu und Glauben in (vertraglichen) Schuldverhältnissen.⁶³ An diesen Normen gelang eine der folgenreichsten juristischen »Entdeckungen« des 20. Jahrhunderts schlechthin: die Generalklausel.⁶⁴ 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.⁶⁵ Jedenfalls ist es höchst folgenreich gewesen: In jüngerer Zeit wurde darüber von deutscher Seite der Dialog mit Vertretern anderer (europäischer) Zivilrechtsordnungen eröffnet.⁶⁶ Das Konzept wird anhand des Rechts der Europäischen Union überprüft⁶⁷ und sogar in der Zeit vor 1900 gesucht.⁶⁸ 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.⁶⁹

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.⁷⁰ 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 Fahrlässigkeit⁷¹.

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.⁷² So wird abwertend gefragt, ob die Rechte für die »Pffiffigen« geschrieben seien.⁷³ Böhm kritisiert ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts, welches der effizienten Bekämpfung missbräuchlicher Praktiken durch Arbeitnehmer zuwiderlaufe.⁷⁴ 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.⁷⁵ 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.⁷⁶ 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.⁷⁷ In einer dogmatischen Abhandlung auf dem Gebiet des Erbrechts wird die

(deutsche) Rechtsordnung als *ius vigilantibus scriptum* charakterisiert.⁷⁸ Kroppenberg zufolge bedeute dies, dass Erben sich Verfügungen von Todes wegen, die an unzumutbare Bedingungen geknüpft sind, nicht gefallen lassen müssten, sondern ausschlagen könnten.⁷⁹ 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*.⁸⁰ 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.⁸¹

Durchgehend kommt der variiert zitierte Scaevola-Satz im zuvor skizzierten Schrifttum ohne Bezug auf Konkurs- beziehungsweise Insolvenzrecht vor.⁸² 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.⁸³

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*.⁸⁴ 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.⁸⁵ 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.⁸⁶

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 [...]).«⁸⁷ Dies zeige, »wie schnell das Rechtsschutzinteresse den Anknüpfungspunkt für eine willkürliche gerichtliche Begründung liefern kann.«⁸⁸ 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.⁸⁹

⁸⁵ Die Ablaufhemmung der Verjährung regelt § 204 BGB.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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].

⁸⁸ Muckel, *Anm. BVerfG*, Beschluss v. 10.6.2020, S. 718.

⁸⁹ 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.⁹⁰ 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.⁹¹ Zwar wurde der Satz aus D. 42.8.24 und Varianten davon durch eine Vielzahl von Generalanwälten⁹² am EuGH zitiert, aber Eindruck auf das Gericht hat dies anscheinend nicht hinterlassen.⁹³ Als Grundsatz hat auch der EuGH das Dasein des Rechts für die Wachsamkeit nicht stark gemacht.⁹⁴

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.⁹⁵ 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.

⁹⁰ 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].

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

⁹² 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.

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

⁹⁴ 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].

⁹⁵ 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 ²2008ff., Band 2, Sp. 1259f.
- Becker, Christoph: Art. Konkurs. In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin ²2008ff., 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 ²⁶2020.
- 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 ²2008ff., 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 ³2007.
- 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 ³2017, 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 ³2017, 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 ¹⁹2016.
- Schmidt, Martin: *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*. Berlin 2009.
- Schröder, Jan: Art. Generalklausel. In: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin ²2008ff., Band 3, Sp. 99–101.
- Schröder, Jan: *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)*. Band 1: 1500–1933. München ³2020.
- 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 ³2018–2021.
- Seinecke, Ralf: Methode und Zivilrecht beim »Begriffsjuristen« Jhering (1818–1892). In: Ders./Rückert, Joachim (Hrsg.): *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*. Baden-Baden ³2017, 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 ²1967.
- 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.