

Ius civile vigilantibus scriptum est.
Ein römischrechtlicher „Grundsatz“ als
„Grundlage des modernen Rechts“?

Constantin WILLEMS

(Université de Trèves)

Juristen¹ berufen sich gerne auf Autoritäten. Besonders klangvoll ist es dabei, wenn man sich auf einen Grundsatz berufen kann, dem der Nimbus des Althergebrachten anhaftet. Gerne werden daher lateinische Maximen verwendet. Dies gilt für die Wissenschaft gleichermaßen wie für die juristische Praxis. Wie Knütel überzeugend herausarbeitete, wird etwa das Gemeinschaftsrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs teilweise durch den Rückgriff auf Rechtsprinzipien gewonnen, die Wurzeln im römischen Recht haben und die der gemeineuropäischen Tradition des *ius commune* ihre Verselbständigung verdanken.²

Bei einer generellen Befragung der Richter und Generalanwälte am Europäischen Gerichtshof hinsichtlich der Verwendung lateinischer Maximen erfuhren Masson und Duparc-Portier, dass das wichtigste Argument für deren Gebrauch die Tatsache sei, dass diese überall in Europa geläufig seien und allgemein verstanden werden (7 von 34 Antworten)³. Die anderen von den Richtern und Generalanwälten

¹ Ergänztes und überarbeitete Fassung eines Vortrags anlässlich der 67. Sitzung der SIHDA in Salzburg 2013.

² R.KNÜTEL, *Ius commune und Römisches Recht vor den Gerichten der Europäischen Union*, Juristische Schulung 1996, S.768. Vgl. auch aus jüngerer Zeit F.J.ANDRÉS SANTOS, *Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law*, European Review of Private Law 3 (2004), S.347ff., oder F.REINOSO BABERO, *Ein offensichtliches Paradox: Die europäische Rechtsprechung und das römische Recht*, SZ 127 (2010), S.345.

³ A.MASSON – P.DUPARC-PORTIER, *Usages et réflexivité du latin à la Cour de justice des Communautés européennes*, Revue trimestrielle de droit européen 43 (2007), S.616.

genannten Punkte umfassen die Präzision und Klarheit der Maximen (6 Antworten) ebenso wie die Autorität, die die Maximen mit sich bringen (2 Antworten). Zwei Befragte gaben ebenfalls an, diese „par facétie“, also bloß aus Spaß, zu gebrauchen. Soweit aus dem Aufsatz ersichtlich ist, gab dagegen keiner der Befragten an, lateinische Maximen deshalb zu verwenden, weil sie inhaltlich zur Konstellation der betroffenen Rechtssache passen⁴.

1. *Ius civile vigilantibus scriptum est* als „Grundsatz“ im modernen Recht?

Diese Feststellung lädt dazu ein, einen Blick auf die inhaltliche Tragweite von Rechtsgrundsätzen zu werfen. An dieser Stelle soll die Maxime *ius civile vigilantibus scriptum est* näher betrachtet werden⁵. Insbesondere dieser Satz, dass nämlich das Recht für die Wachsamten geschrieben sei, hat es zu einer weltweit unter Juristen bekannten Maxime gebracht. So erwähnen etwa diverse Generalanwälte am Europäischen Gerichtshof diesen Grundsatz in ihren Schlussanträgen⁶. Generalanwalt Trabucchi sprach schon 1973 von einem „alten, immer noch gültigen Grundsatz“⁷, und Generalanwalt Jääskinen noch im

⁴ Ähnlich auch MASSON – DUPARC-PORTIER (Fn.3), S.616: „On peut donc penser que les raisons du recours au latin ne tiennent non pas tant à ses qualités substantielles qu’à ses qualités formelles“.

⁵ Den Satz *ius civile vigilantibus scriptum est* und seine Varianten erwähnen – trotz seiner gehäuften und kontinuierlichen Verwendung (siehe sogleich, Fn. 6) durch die Generalanwälte am Gerichtshof – weder KNÜTEL (Fn.2), S.768ff., noch ANDRÉS SANTOS (Fn.2), S.347ff., noch MASSON – DUPARC-PORTIER (Fn.3), S.609ff., noch REINOSO BABERO (Fn.2), S.348ff.

⁶ Zuletzt Schlussanträge GA JÄÄSKINEN vom 26.05.2011 (verb. Rs. Bosschaert und Q-Beef, C-96/10 und C-89/10 – *iura vigilantibus, non dormientibus prosunt*), zuvor bereits Schlussanträge GA MISCHO vom 02.07.2002 (Rs. National Farmers’ Union, C-241/01 – *vigilantibus non dormientibus subveniunt iura*), Schlussanträge GA MISCHO vom 12.03.1998 (Rs. Gut Springenheide und Tusky, C-210/96 – *vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*), Schlussanträge GA JACOBS vom 15.09.1993 (Rs. TWD, C-188/92 – *vigilantibus non dormientibus subveniunt iura*), Schlussanträge GA TESAURO vom 24.10.1991 (Rs. X, C-373/90 – *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*), Schlussanträge GA MANCINI vom 20.02.1986 (Rs. Kommission/Deutschland, C-303/84 – *vigilantibus, non dormientibus, iura succurrunt [sic!]*), Schlussanträge GA CAPOTORTI vom 05.10.1982 (Rs. De Dapper/Etat luxembourgeois, C-1/82 – *vigilantibus iura succurrunt*) und erstmals Schlussanträge GA TRABUCCHI vom 13.12.1973 (Rs. Kortner/Rat, C-15/73 – *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*).

⁷ Schlussanträge GA TRABUCCHI vom 13.12.1973 (Rs. Kortner/Rat, C-15/73), Slg. 1973, 198.

Jahre 2011 von einem „in allen Rechtssystemen bekannten Rechtslehrsatz“⁸. Auch im außereuropäischen, anglo-amerikanischen Rechtskreis⁹ wird sich heute noch auf diesen Satz berufen, etwa vor kanadischen¹⁰ und US-amerikanischen¹¹ Gerichten oder dem Labour Court of Lesotho¹².

Zurückführen lässt sich die Maxime auf das römische Recht, namentlich auf ein Fragment des *Quintus Cervidius Scaevola* aus dem *liber singularis quaestionum publice tractatarum*, seiner Monographie über öffentlich erörterte Rechtsfragen, D.42.8.24. Dieses Fragment behandelt einen Fall aus dem Bereich des Gläubigerschutzrechtes. Dort heißt es *ius civile vigilantibus scriptum est*, das Recht¹³ ist für die Wachsamten geschrieben.

Während diese Konstellation, in der wir die Aussage vom für die Wachsamten geschriebenen Recht erstmals finden, heute nur noch in Fachkreisen bekannt ist, hat sich die entsprechende Maxime teils mit leichten Abwandlungen (etwa *ius vigilantibus scriptum* oder *iura sunt vigilantibus*) bis heute erhalten und ist weit verbreitet. Zitiert wird sie auch in der aktuellen juristischen Literatur in mannigfaltigen Zusammenhängen, etwa bezogen auf die Entgeltfortzahlung bei nachträglicher Hinterlegung des Sozialversicherungsausweises¹⁴, die Betriebskostenüberbürdung im Mietrecht¹⁵, den Verbraucherschutz bei Tele-

⁸ Schlussanträge GA JÄÄSKINEN vom 26.05.2011 (verb. Rs. Bosschaert und Q-Beef, C-96/10 und C-89/10), Rn.4.

⁹ Siehe zur Geschichte der Maxime in England C.WILLEMS, *Actio Pauliana und fraudulent conveyances. Zur Rezeption kontinentalen Gläubigeranfechtungsrechts in England*, Berlin 2012, S.162ff.

¹⁰ Etwa COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA vom 06.09.2006 (Dalton v. Dalton), 2006 BCCA 390, oder ONTARIO COURT OF JUSTICE vom 22.06.2007 (R. v. Mehta), 2007 ONCJ 305.

¹¹ Etwa UNITED STATES COURT OF APPEALS, FOURTH CIRCUIT vom 16.03.2001 (Lyons Partnership, L.P. v. Morris Costumes, Inc.), 243 F.3d 789.

¹² LABOUR COURT OF LESOTHO vom 01.06.2006 (Rangoanana v. Lesotho Standard Bank Ltd.), 2006 LSLC 7.

¹³ M.KASER, „*Ius honorarium*“ und „*ius civile*“, SZ 101 (1984), S.75f. mit Fn.350 geht davon aus, die Wendung *ius civile* werde in D. 42.8.24 „untechnisch in einem weiten Sinn gebraucht, der das Honorarrecht einschließt“.

¹⁴ W.BÖHM, *Solum vigilantibus? Entgeltfortzahlung bei nachträglicher Hinterlegung des Sozialversicherungsausweises*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1995, S.1093.

¹⁵ A.KAPPUS, *Schweigen ist Geld - Betriebskostenüberbürdung im Stillen?*, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht 2004, S.412.

fonwerbung und Fernabsatzverträgen¹⁶ oder die Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen¹⁷. Die Maxime wird zumeist im Schlussabschnitt der Beiträge genannt, um durch Bezugnahme auf diese Parömie die Argumentation des Verfassers abzurunden¹⁸.

Vor dem Hintergrund der noch heute gehäuften Verwendung der Maxime „*ius civile vigilantibus scriptum est*“ und ihrer Varianten fragt sich, ob es ein derartiges generelles Prinzip gibt, dass das Recht für die Wachsamten geschrieben ist oder sein soll. An dieser Stelle soll vor allem der Frage nachgegangen werden, ob ein solches bereits im römischen Recht existierte oder ob es sich um eine nicht verallgemeinerbare Einzelfallentscheidung des *Cervidius Scaevola* handelt, der zu Unrecht eine derart prominente Fortwirkung zugekommen ist.

2. *Ius civile vigilantibus scriptum est* als „Grundsatz“ im römischen Recht?

Klinck stellt die These auf, dass der Ausspruch des *Scaevola*, das Recht sei für die Wachsamten geschrieben, „offenkundig schon für die klassischen Juristen ein feststehender Argumentationstopos war“¹⁹. Diese These und die weite Verbreitung der Maxime bis zum heutigen Tage laden zur Rückbesinnung auf die römischen Quellen ein. Zu diesem Zweck soll D.42.8.24, der Text, auf den die Maxime letztlich zurückgeführt wird, analysiert werden. Ebenfalls zu betrachten sind die anderen Texte im *Corpus Iuris Civilis*, in denen die Bedeutung der

¹⁶ H.KÖHLER, *Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen*, Neue Juristische Wochenschrift 2009, S.2572.

¹⁷ I.KROPPENBERG, „*Wer lebt, hat Recht*“ – *Lebzeitiges Rechtsdenken als Fremdkörper in der Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen*, Deutsche Notar-Zeitschrift 2006, S.105.

¹⁸ Vgl. MASSON – DUPARC-PORTIER (Fn.3), S.616: „le latin sert avant tout à renforcer la légitimité de son utilisateur, en inscrivant son raisonnement dans une continuité historique“. Eine ähnliche Feststellung trifft auch CH.BALDUS, *Römische Privatautonomie*, Archiv für die civilistische Praxis 210 (2010), S.3: „Dabei wird in aller Regel unterstellt, dass die alten Römer gerade jene Privatautonomie entwickelt hätten, die der Argumentierende im Sinn hat“.

¹⁹ F.KLINCK, *Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung. Gläubiger- und Vertrauensschutz im Übergang vom Prioritäts- zum Gleichbehandlungsgrundsatz*, Berlin 2011, 5. Nur der Kuriosität halber sei hingewiesen auf den von TH.MAYER-MALY 1965 in Leyden gehaltenen Scherzvortrag *Ius civile dormientibus scriptum est*, in dem dieser mit amüsanten Argumenten die Interpolation von *vigilantibus* an die Stelle eines ursprünglichen *dormientibus* postuliert, vgl. F.HARRER – H.HONSELL – P.MADER (Hg.), *Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly*, Wien u.a. 2011, S.619f. (redaktionelle Bearbeitung von A.WACKE).

Wachsamkeit betont wird²⁰, namentlich D.42.8.6.7 und D.15.1.21*pr* sowie C.7.63.3 und C.7.40.2*pr*. Abschließend soll die Konstitution C.7.62.39*pr*-1 besprochen werden, der aufgrund ihres einschränkenden Charakters eine Sonderrolle unter den Quellen zukommt, die auf die Wachsamkeit der Teilnehmer am Rechtsverkehr abstellen. Ziel der Analyse ist es, festzustellen, ob es bereits einen „Grundsatz“²¹ des für den Wachsamkeit geschriebenen Rechts im römischen Recht gab, der „Grundlage des modernen Rechts“²² werden konnte.

a) D.42.8.24

Ausgangspunkt der Analyse muss das *Scaevola*-Fragment D.42.8.24 sein.

D.42.8.24: *Scaevola libro singulari quaestionum publice tractatarum:*

*Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abstinuit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris condicionis sit quam ceteri creditores? An distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturo: sin vero iuste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant. Quid ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venissent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? An distinguendum est, si optulerit mihi an ego illi extorserim invito et, ut si extorserim invito, revocetur; si non extorserim, non revocetur? **Sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi.***

²⁰ Bei den zu besprechenden Texten handelt es sich um alle Texte des *Corpus Iuris Civilis*, in denen die *vigilantia* zumindest auf den ersten Blick entscheidungserheblich gewesen sein könnte. Andere Stellen, an denen Formen von *vigilare* in anderem Kontext verwandt werden, berühren nicht das Thema dieses Beitrags und werden daher nicht behandelt, etwa D.21.1.18*pr* (Wachsamkeit als zugesicherte Eigenschaft eines Sklaven), D.27.9.5.10 (Wachsamkeit im Rahmen der Sorgfaltspflicht des Prätors), D.50.4.1.3 (Wachsamkeit als Voraussetzung für die Ausübung eines *munus*) oder C.1.40.3 (Betonung der Wachsamkeit der Richter in deren Anrede, Titulierung als *iustissimi et vigilantissimi iudices*).

²¹ Zu Rechtsgrundsätzen im römischen Recht im Allgemeinen vgl. P. STEIN, *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, insbes. 79ff.

²² Das Oberthema der 67. Sitzung der SIHDA in Salzburg 2013 lautete „Das Römische Recht als Grundlage des modernen Rechts“.

D.42.8.24: Scaevola in seiner Einzelschrift der öffentlich behandelten Rechtsfragen:

Ein unmündiges Kind wurde Erbe seines Vaters und befriedigte einen der Gläubiger. Bald darauf lehnte es die väterliche Erbschaft ab: das Vermögen des Vaters wurde verkauft: ist etwa das, was der Gläubiger erhielt, zurückzurufen, damit er nicht in einer besseren Lage sei als die anderen Gläubiger? Oder müssen wir unterscheiden, ob er aus Gefälligkeit erhielt oder nicht, sodass er, wenn durch die Gefälligkeit der Vormünder, zurückgerufen wird auf dieselbe Quote, die den anderen Gläubigern gegeben wird: wenn er aber gerechtfertigt eingefordert hat, die anderen Gläubiger sich nicht um die Eintreibung gekümmert haben, inzwischen die Sache schlechter geworden ist, entweder durch Tod oder Entziehung von beweglichen Sachen oder Verderben von Grundstücken, kann das, was der Gläubiger erhalten hat, schlechterdings nicht zurückgerufen werden, weil die anderen Gläubiger dies ihrer Nachlässigkeit anrechnen müssen. Was also, wenn, falls es so wäre, dass das Vermögen meines Schuldners verkauft werden sollte, er mir Geld gegeben hat, kann dies mit der Klage von mir zurückgefordert werden? Oder muss man unterscheiden, ob dieser mir darbot oder ich es ihm gegen seinen Willen entriß und, wenn ich es ihm gegen seinen Willen entriß, wird es zurückgerufen, wenn nicht, dann nicht? **Aber ich war wachsam, machte meine Lage besser, und das Zivilrecht ist für die Wachsamten geschrieben:** daher kann das, was ich erlangt habe, nicht zurückgerufen werden.

Scaevola präsentiert uns zwei Sachverhaltskonstellationen.

Nach der ersten²³ wurde ein unmündiges Kind (*pupillus*) Erbe seines Vaters. Sein *tutor* beziehungsweise seine *tutores*, wie der Jurist später klarstellt (*per gratificationem tutorum*)²⁴, befriedigte(n) einen

²³ Diese verläuft gleichsam parallel zum *responsum* des *Scaevola* in D.12.6.61. Vgl. dazu nur I.FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit. Studi in tema di indebitum condicere*, Milano 2001, S.160ff., insbes. S.168ff., und DIES., *Cervidio Scevola ed il problema di una „repetitio quasi indebiti soluti“*, Atti del Convegno „Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico“, in memoria di Arnaldo Biscardi, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano 2011, S.104ff.

²⁴ Dass nicht das Mündel selbst, sondern „selbstverständlich“, wie F.WUBBE, *Ius vigilantibus scriptum*, in: P.PICHONNAZ (Hg.), *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften von Felix B. J. Wubbe*, Fribourg 2003, S.476, es ausdrückt, der Vormund bezahlt hat, ergibt sich nicht nur aus den Grundregeln des römischen Personenrechts, sondern auch im Fragment selbst aus der Tatsache, dass später darauf abgestellt wird, ob der *tutor* aus Gefälligkeit gehandelt hat. S.SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, 2. Aufl., Napoli 1934, S.266, geht davon aus, dass das Mündel mit *auctoritas* des Vormundes agiert.

der Gläubiger²⁵. Bald darauf schlug das Kind die Erbschaft nach seinem Vater – wohl wegen Überschuldung – aus²⁶. Es machte also von dem *beneficium abstinendi* Gebrauch, das ihm als Unmündigem auch nach vorheriger Einmischung in Belange der Erbschaft noch zustand²⁷.

Rechtsfrage ist, ob nach dem Verkauf des väterlichen Vermögens (*bonorum venditio*) besagter Gläubiger das Erhaltene anteilig zurückgeben muss, damit er nicht in einer besseren Lage verbleibt als die anderen Gläubiger. Erwogen wird als Differenzierungskriterium, ob er aus Gefälligkeit (*gratificatio*)²⁸ erhielt oder nicht, mit der Folge, dass er, wenn er durch die Gefälligkeit des Vormunds bezahlt wurde, auf dieselbe Quote zurückgerufen wird (*revocetur ad eandem portionem*), die auch die anderen Gläubiger erhalten. Wenn aber der Vormund nicht aus *gratificatio* gegeben hat, sondern der Gläubiger rechtmäßig die ihm zustehende Summe eingetrieben hat (*iuste exegerit*), wenn die anderen Gläubiger sich also nur noch nicht um die Eintreibung gekümmert haben und nun weniger vollstreckbare Masse vorhanden ist, weil etwa Sklaven oder Tiere²⁹ verstorben sind, Fahrnis

²⁵ Dass es sich bei diesem Gläubiger – wie BALDUS (Fn.18), S.15 kürzlich vorgeschlagen hat – um einen Vormund handelt, blickt dagegen nicht aus dem Text.

²⁶ Zur nach Erwerb der Erbschaft grundsätzlich unbeschränkten Erbenhaftung M.KASER, *Das Römische Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971, S.733f. Einem *pupillus* war es ausnahmsweise erlaubt, von einer Erbschaft zurückzutreten, nachdem er sich in deren Belange eingemischt hatte, vgl. D.JOHNSTON, *On a singular book of Cervidius Scaevola*, Berlin 1987, S.50 mit Fn.133 und Verweis auf D. 29.2.57pr.

²⁷ Vgl. dazu P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, Bd. 1, 2. Aufl., Milano 1967, S.580ff.: „[i]l *beneficium abstinendi* si ha in favore del *suus* che sia ancora imubere: questi può astenersi anche se abbia compiuto atti di *immixtio*. L'*abstentio* non può non presupporre, qui, una dichiarazione apposita: dichiarazione che, a procedimento esecutivo iniziato, non può non essere resa dinanzi al pretore. È ammissibile, anche questa volta, la richiesta di un *tempus ad deliberandum*“.

²⁸ F.KLINCK, *Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht bei fraudatorischen Sklavenfreilassungen – Im Zweifel gegen die Freiheit!*, in: TH.FINKENAUER (Hg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht. Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, Berlin, Heidelberg 2006, S.84 spricht von „Begünstigung“; H.G.HEUMANN – E.SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl., Graz 1971, S.231 s.v. „*gratificari*“ übersetzten diesen Terminus ebenfalls mit „Begünstigung“. WUBBE (Fn.24), S.476, spricht von „Gefälligkeit“ bzw. „Vorzugsbehandlung“.

²⁹ So G.C.TREITSCHKE, D.42.8.24, in: C.E.OTTO – B.SCHILLING – C.F.F.SINTENIS, *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Bd. 4, Leipzig 1832, S.410, Fn.251: „z.B. eine Viehheerde, ein Hausgesinde von Sklaven, ein Marstall“.

entwendet wurde oder Immobilien (in ihrem Wert)³⁰ vernichtet wurden³¹, so müssten diese sich entgegen halten lassen, dass dies ihrer Nachlässigkeit (*neglegentia*) zuzuschreiben sei.

In der zweiten, vielfach für interpoliert erachteten³² Fallkonstellation stellt sich die Frage, ob eine Zahlung auf eine Darlehensschuld³³ zurückgefordert werden könne, „wenn es mit dem Vermögen meines Schuldners so stand, dass es verkauft werden musste“³⁴, und dieser trotzdem an mich gezahlt hat. Auch in diesem Fall wird eine Differenzierung erwogen, nämlich ob die Zahlung freiwillig oder gegen den Willen des Schuldners erfolgte, sodass nur in letzterem Fall die ausgezahlte Summe ins Vermögen des Schuldners zurückgerufen wird. Abschließend kulminiert das Fragment in der Aussage „Aber ich war [doch nur] wachsam, machte meine Lage besser, und das Zivilrecht ist [doch] für die Wachsamten geschrieben: daher kann das, was ich erlangt habe, nicht zurückgerufen werden“. Selbsthilfe ge-

³⁰ So wohl zu Recht WUBBE (Fn.24), S.477, in Fn.4: „Liegenschaften wertlos geworden“.

³¹ JOHNSTON (Fn.26), S.56 hält dieses „rambling asyndeton“ für überflüssig und daher für eine später in den Text gelangte Glosse.

³² Siehe dazu FARGNOLI, *Alius solvit* (Fn.23), S.170f. mit Nachweisen in Fn.66. JOHNSTON (Fn.26), S.58ff. hält das komplette Ende des Fragments für interpoliert, wenngleich er nur mit Bedauern von dem Satz *ius vigilantibus scriptum* Abstand nimmt: „It is sad to have to abandon this fine phrase“ (S.59, Fn.157). Den Interpolationsverdacht begründet er damit, dass sich aus D.42.8.6.7 und D.42.8.10.16 die generelle Regel herleiten lasse, dass eine Zahlung auf eine fällige Schuld vor *missio in bona* wirksam, danach unzulässig sei – „the first of these demonstrates vigilance, the second fraud“ (S.58). Dem widerspreche es, dass in D.42.8.24 nur auf die Wachsamkeit, nicht aber auf die zeitliche Komponente abgestellt werde. Die alternative Deutung, zwar werde nur die Wachsamkeit genannt, die zeitliche Komponente (Stattfinden vor der *missio in bona*) sei im Fragment impliziert, erwägt JOHNSTON zwar (S.59), verwirft sie aber – vorschnell – zugunsten des von ihm favorisierten Interpolationsverdachts (S.60). In diesem Sinne auch die Rezension von T.GIARO, *Was hat Cervidius Scaevola nicht geschrieben? oder: „Elimination seems to be the best treatment“*, *Rezension zu David Johnston, On a singular book of Cervidius Scaevola*, *Rechtshistorisches Journal* 8 (1989), S.57: „scheint der Text – entgegen dem Verfasser [JOHNSTON] – doch auf den Zeitpunkt der Zahlung hinzudeuten (*cum in eo esset, ut bona ... venirent* bedeutet wohl, dass die *missio* noch nicht stattgefunden hat)“ und 60: „Nach der Depuration des zweiten Teils von D.42.8.24 stellt der Verfasser fest: ‚Regrettably this does not leave us with a comprehensible residue.‘ Eben!“.

³³ So zu Recht A.BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, SZ 99 (1982), S.152f.

³⁴ Übersetzung nach WUBBE (Fn.24), S.477, der in Fn.5 anmerkt: „Offensichtlich miserables Latein, aber man versteht, was gemeint ist“.

genüber einem Zahlungsunfähigen wird also von *Scaevola* nicht bloß toleriert, sondern „geradezu gefordert“³⁵.

Wie der zweite Fall andeutet (*actione revocari ea possit*), ist das Rechtsmittel, mit dem die Zahlung ins Schuldnervermögen „zurückgerufen“ werden kann, eine *actio*, und zwar die, die Gegenstand des Digestentitels D.42.8 ist – *Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*. In justinianischer Zeit war das Rechtsmittel zur Rückgängigmachung Gläubigern gegenüber betrügerischer Verfügungen in der Tat eine *actio*, die in Anlehnung an D.22.1.38.4³⁶ als *actio Pauliana* bezeichnet wird³⁷. In klassischer Zeit standen an der Stelle dieses Rechtsmittels wohl eine *restitutio in integrum* sowie ein *interdictum fraudatorium*³⁸. In beiden diskutierten Sachverhaltsvarianten lief freilich bei Begleichung der Forderung durch den Schuldner noch kein Konkursverfahren, war es noch nicht zur *missio in bona* gekommen³⁹.

Interessant ist der Perspektivwechsel zwischen dem ersten und dem zweiten Fall. Im ersten Fall stehen die übrigen Gläubiger des Schuldners im Fokus; gefragt wird neutral und passivisch (*an revocandum sit, revocetur* und *revocari potest*). Im zweiten Fall dagegen hat sich der Leser in die Perspektive des eintreibenden Gläubigers zu versetzen: *revocari possit a me?*

In beiden Fällen werden drei Lösungsansätze diskutiert. Gefragt wird zunächst, ob ein Rückforderungsanspruch bestehe. Zweitens wird eine Differenzierung erwogen, nach der nur in den Fällen zurückgezahlt werden müsse, in denen der Gläubiger aus *gratificatio* des Schuldners erhielt oder in denen dieser die Zahlung freiwillig anbot

³⁵ So pointiert A.BÜRGE, *Vertrag und personale Abhängigkeiten im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit*, SZ 97 (1980), S.149.

³⁶ D. 22.1.38.4: „*actione [...] Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*“.

³⁷ Vgl. nur WILLEMS (Fn.9) zu den Voraussetzungen der justinianischen Klage (S.30ff.) und zu deren Titulierung als *Pauliana* (S.26ff.), jeweils m.w.N.

³⁸ WILLEMS (Fn.9), S.24ff. m.w.N. zu den klassischen Rechtsbehelfen.

³⁹ Ebenso SOLAZZI (Fn.24), S.266, G.WESENER, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, in: *Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag*, Graz, Köln 1958, S.146, GIARO (Fn.32), S.57, WUBBE (Fn.24), S.479f., und G.GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht*, Göttingen 2003, S.92. Anders JOHNSTON (Fn.26), S.58: „it is not even clear whether *missio in bona* has taken place“ und im Anschluss an diesen A.BURDESE, *Rezension zu David Johnston, On a singular book of Cervidius Scaevola*, SDHI 54 (1988), S.418.

(*optulerit*)⁴⁰. Letztlich wird jedoch in beiden Fällen gefolgert, dass kein Rückforderungsanspruch bestehe. Für diese Option werden in beiden Fällen andere Begründungen genannt. Im ersten Fall, in dem ja auf die Sicht der anderen Gläubiger abgestellt wird, wird der Rückforderungsanspruch verneint, weil die untätigen Gläubiger dies ihrer Nachlässigkeit (*neglegentia*) zuzuschreiben hätten. Im zweiten Fall, der aus der Perspektive des „wachsamen“ Gläubigers berichtet wird, wird auf eben diese Wachsamkeit (*vigilantia*) und die dadurch erreichte Verbesserung seiner Lage abgestellt (*vigilavi, meliorem meam condicionem feci*): schließlich sei das Recht für den Wachsameren geschrieben – *ius civile vigilantibus scriptum est*. Wachsamkeit als Verhaltensregel in der Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner ist nach D.42.8.24 gleichsam eine „Tugend, die vom Zivilrecht geradezu gefordert wird“⁴¹.

Allerdings fragt sich im Kontext der *actio Pauliana* und ihrer Vorgänger, welche Bedeutung das *vigilantia/neglegentia*-Kriterium hat.

Voraussetzung dieser Rechtsmittel ist in subjektiver Hinsicht ein betrügerisches Verhalten des Schuldners und Kenntnis davon auf Seiten des Veräußerungsempfängers, also beiderseitig böser Glaube⁴². Beides wird jedoch nicht dadurch beeinflusst, ob der eintreibende Gläubiger wachsam war bzw. ob die übrigen Gläubiger bei der Eintreibung ihrer Forderungen nachlässig waren⁴³. Diese Feststellung

⁴⁰ Vgl. HEUMANN – SECKEL (Fn.28), S.387 s.v. „*offerre*“.

⁴¹ BÜRGE (Fn.35), S.149 mit Fn.202. Vgl. auch A.WACKE, *Zur Einrede des Notbedarfs (ne egeat) bei Schenkungsversprechen und im Dotalrecht*, in: C.RUSSO RUGGERI (Hg.), *Studi in onore di Antonino Metro*, Bd. 6, Milano 2010, S.449: „Wer zielstrebig die Eintreibung seiner Forderungen durchsetzt, darf gegenüber anderen, weniger sorgfältigen Gläubigern nicht zurückgesetzt werden“. Siehe auch bereits A.WACKE, *Zum Schulden-Abzug bei der Verurteilung in das Erschwingliche (in id quod facere potest) und vom Vorteil des Eherkommenden im Zivilprozess (melior est condicio occupantis)*, in: H.ALTMEPPEN – I.REICHARD – M.J.SCHERMAIER (Hg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, S.1352.

⁴² JOHNSTON (Fn.26), S.48: „Both remedies depended therefore on fraudulent conduct by the debtor, and knowledge on the part of the acquirer: bad faith, in other words, on both sides“. KLINCK (Fn.28), S.88: „Verfügte ein Schuldner *in fraudem creditorum* und war dem Begünstigten dies bekannt, so hatte dieser das Erlangte zurückzugewähren“. Siehe auch zum subjektiven Tatbestand der römischen Gläubigeranfechtung WILLEMS (Fn.9), S.34f.

⁴³ So SOLAZZI (Fn.24), S.269: „la teoria della *gratificatio* non toccava l'istituto della revoca“. Ebenso J.A.ANKUM, *De geschiedenis der „actio Pauliana“*, Zwolle 1962, S.93: „Het hele begrip *gratificatio* speelt [...] bij de beantwoording van de vraag of in

erfordert allerdings nicht zwingend, diese „Begründungen“ – wie etwa Johnston⁴⁴ – als bloße Glosse anzusehen, die gestrichen werden sollte. Festhalten lässt sich aber jedenfalls, dass von Gläubigerbetrug in diesem Fragment nicht die Rede ist⁴⁵. Dieser ist höchstens indirekt angesprochen, wenn man die Einordnung des Fragments D.42.8.24 in den Titel D.42.8 damit begründet, das Fragment besage, dass *gratificatio* oder *offerre*, das willkürliche Angebot an einen von mehreren Gläubigern⁴⁶, gegebenenfalls sogar vor Fälligkeit der Forderung oder vor Eintritt einer die Forderung hemmenden Bedingung⁴⁷, einen Unterfall der *fraus* darstellt. Bürge⁴⁸ sieht als einzige Grenze der Eigenmacht bei der Eintreibung von Schulden die *vis*. D.42.8.24 könnte darüber hinaus nahelegen, dass als weitere Grenze die *fraus* gezogen wurde, wenn der Schuldner sich nämlich willkürlich gegenüber einem von mehreren Gläubigern gefällig zeigte. Ein Fall, in dem ein Gläubiger *iuste exegerit*, also eine fällige Forderung eintrieb, konstituiert dagegen grundsätzlich keinen Gläubigerbetrug⁴⁹.

Ansonsten kann man die Einordnung des Fragments im Titel D.42.8 nur mit dem darin zum Ausdruck kommenden zeitlichen Anwendungsbereich der Rechtsmittel rechtfertigen, wonach vor Kon-

het algemeen een door een insolvente debiteur gedane betaling kan worden aangetast geen enkele rol.“ Ähnlich JOHNSTON (Fn.26), S.56: „*neglegentia* as a reason for refusing revocation is entirely inappropriate, for it is not for that reason but because payment of a due debt was made in good faith that the revocation of a payment can be denied“ und S.58: „the Scaevolan distinction is surprising. For it suggests that there should be revocation of the payment in the case of extortion but not if payment is voluntary. But the remedies for fraud require that the payer should be in bad faith and have fraudulent intentions. If however the payment was extorted from him, this cannot be said to be the case, and so revocation on ground of fraud ought not to be possible“.

⁴⁴ JOHNSTON (Fn.26), S.56.

⁴⁵ So auch WUBBE (Fn.24), S.478.

⁴⁶ So KLINCK (Fn.28), S.99.

⁴⁷ So TREITSCHKE, D.42.8.24, in: OTTO – SCHILLING – SINTENIS (Fn.29), S.410, Fn.249 mit Verweis auf S.399, Fn.203, zu D.42.8.2, der davon ausgeht, *gratificatio* meine einen Fall, in dem ein Gläubiger befriedigt wird, dessen Forderung etwa noch nicht fällig oder bedingt sei.

⁴⁸ BÜRGE (Fn.35), S.149.

⁴⁹ Siehe auch SOLAZZI (Fn.24), S.272. Ebenso W.ERNST, *Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart*, Schweizerische Juristen-Zeitung 106 (2010), S.391.

kurseröffnung eingezogene Forderungen grundsätzlich nicht rückrufbar sind⁵⁰.

b) D.42.8.6.7

Eng verbunden mit D.42.8.24 ist ein Fragment aus *Ulpian's* Ediktskommentar, D.42.8.6.7, in dem auch auf die *vigilantia* eines Gläubigers abgestellt wird.

D.42.8.6.7: Ulpianus 66 ad ed.

*Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: **sibi enim vigilavit**. qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.*

D.42.8.6.7: Ulpian im 66. Buch zum Edikt

Man muss wissen, dass Julian schreibt und auch wir noch dasselbe Recht benutzen, dass, wer geschuldetes Geld erhielt, bevor das Vermögen des Schuldners [von den Gläubigern] in Besitz genommen wurde, auch wenn er wissend und mit Vorbedacht erfahren hatte, dass er nicht solvent sei, das Edikt nicht fürchten müsse: **denn er war zu seinen Gunsten wachsam**. Wer aber nach Inbesitznahme des Vermögens seine Schuld erhält, der ist auf einen Anteil [zurück-]zurufen und den übrigen Gläubigern gleichzustellen: denn er darf die anderen nach Inbesitznahme des Vermögens nicht berauben, weil schon die gleiche Stellung aller Gläubiger hergestellt wurde.

Ein Gläubiger, der eine Zahlung auf eine fällige Schuld erhält, nachdem über das Schuldnervermögen die *missio in bona*⁵¹ angeordnet wurde, darf nur den ihm zustehenden prozentualen Anteil behalten, da die durch die *missio in bona* hergestellte gleiche Stellung aller

⁵⁰ GREVESMÜHL (Fn.39), S.92: „Der einziehende Gläubiger braucht sich vor *missio in bona* nicht um die Belange seiner Mitgläubiger zu kümmern“. Ebenso schon SOLAZZI (Fn.24), S.277: „*ante bona possessa* la giurisprudenza classica fu d'avviso che la condizione dei creditori non fosse *par*, in altre parole che essi non avessero diritto ad un trattamento uguale“. Siehe auch D.42.8.6.7 und dazu mehr sogleich im Text.

⁵¹ Vgl. zur *missio in bona* etwa Á.SOZA, *Procedimiento concursal. La posición jurídica del bonorum emptor*, Madrid 2008, S.37ff. m.w.N.

auf einer Stufe stehenden Gläubiger, die *par condicio creditorum*⁵², nicht beeinträchtigt werden soll.⁵³

Wer dagegen vor *missio in bona* befriedigt wird, haftet den anderen Gläubigern des Schuldners auch dann nicht, wenn er um die bevorstehende Insolvenz des Schuldners wusste (*sciens prudensque solvendo non esse*). Als Begründung für diese Entscheidung führt *Ulpian* an, dass der Gläubiger zu seinen eigenen Gunsten⁵⁴ wachsam war, *sibi enim vigilavit*. Daher darf er den erlangten Vorteil behalten⁵⁵.

Das Fragment beinhaltet also die allgemeine Regel, dass Zahlungen vor *missio in bona* grundsätzlich nicht revoziert werden können⁵⁶. Diesen Grundsatz stützt auch das eben besprochene Fragment D.42.8.24, dem zudem gegebenenfalls die Ausnahme vom Grundsatz entnommen werden kann, dass im Falle von *gratificatio*⁵⁷ doch von Gläubigerbetrug auszugehen ist, auch wenn diese vor *missio in bona* erfolgte.

c) D.15.1.21pr

Die Wachsamkeit des Gläubigers kommt als Topos freilich nicht nur im Gläubigeranfechtungsrecht vor. D.15.1.21pr überliefert uns einen Fall, in dem die Wachsamkeit eines Gläubigers, der eine Forderung aus einem Sondervermögen (*peculium*) eintreibt, als Beispiel dafür genannt wird, wann dem Herren des Sondervermögensinhabers keine arglistige Verringerung der Masse des *peculium* vorzuwerfen ist.

⁵² Siehe dazu etwa M.DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio. Estudios sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Madrid 2000, S.139, I.KROPFENBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens*, Köln u.a. 2001, S.313, W.FORSTER, *Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts*, Köln u.a. 2009, S.115ff., WILLEMS (Fn.9), S.22.

⁵³ Siehe zum Zusammenspiel von Prioritätsprinzip und Gläubigeranfechtung A. WACKE, *Wer zuerst kommt, mahlt zuerst – Prior tempore potior iure*, Juristische Arbeitsblätter 1981, S. 97.

⁵⁴ Vgl. TREITSCHKE, D.42.8.6.7, in: OTTO – SCHILLING – SINTENIS (Fn.29), S.400: „für sein eigenes Bestes“.

⁵⁵ Vgl. dazu auch KLINCK (Fn.19), S.5.

⁵⁶ SOLAZZI (Fn.24), S.271. Ebenso ANKUM (Fn.43), S.91 und KLINCK (Fn.19), S.7.

⁵⁷ Im Sinne von Zahlung vor Fälligkeit oder Durchsetzbarkeit, vgl. oben, Fn.47.

D.15.1.21pr: Ulpianus 29 ad ed.

Summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputavit, quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset. sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium: sed et si eum intricare peculium in necem creditorum passus est, Mela scribit dolo malo eius factum. sed et si quis, cum suspicaretur alium secum acturum, alio peculium avertat, dolo non caret. sed si alii solvit, non dubito de hoc, quin non teneatur, quoniam creditori solvitur et licet creditori vigilare ad suum consequendum.

D.15.1.21pr: Ulpian im 29. Buch zum Edikt

Mit vollem Recht hat der Prätor auch das dem Sondervermögen zugeordnet, was aufgrund von Arglist des Herren getan wurde, wodurch es nicht mehr im Sondervermögen ist. Arglist müssen wir aber annehmen, wenn dieser das Sondervermögen weggenommen hat: aber auch, wenn er geduldet hat, dass dieser das Sondervermögen zum Schaden der Gläubiger in Unordnung gebracht hat, schreibt Mela, dass dies durch seine Arglist geschehen sei. Aber auch wenn jemand, weil er argwöhnt, dass ein anderer mit ihm einen Prozess anfangen werde, das Sondervermögen anderswohin wegschafft, entbehrt dies nicht der Arglist. Aber wenn er einem anderen gegenüber erfüllt, zweifele ich nicht daran, dass er nicht haftet, **weil** er einem Gläubiger gegenüber erfüllt und **es einem Gläubiger erlaubt ist, wachsam zu sein, um das Seine zu erlangen.**

Bei arglistiger Schmälerung des Sondervermögens soll das durch *dolus malus* Entzogene für die Zwecke der *actio de peculio*⁵⁸ weiterhin dem *peculium* zuzurechnen sein. Dies ist bedeutsam, da die *actio de peculio* in der Höhe auf den Wert des Sondervermögens und eben jener Gegenstände beschränkt ist, die der Gewalthaber *dolo malo* dem *peculium* entnommen hat⁵⁹. Nach der Nennung dreier Beispielsfälle, in denen das Entzogene weiterhin zum Sondervermögen zu zählen ist, gibt *Ulpian* abschließend ein Beispiel, wann das *peculium* zwar geschmälert wurde, dies aber nicht arglistig geschah. Namentlich, wenn der Herr des Gewaltunterworfenen einem Dritten eine bestehende Schuld erfüllt, also *alii*, genauer gesagt *creditori*, *solvit*, haftet er nicht *de peculio*. Begründet wird dies mit dem aus dem Gläubigerschutzrecht geläufigen Topos, dass es einem Gläubiger ja schließlich erlaubt

⁵⁸ Das Fragment stammt aus dem Titel *de peculio* (D.15.1).

⁵⁹ Vgl. H.-P.BENÖHR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluss schuldrechtlicher Geschäfte*, SZ 87 (1970), S.171.

sei, wachsam zu sein, um das ihm Zustehende zu erlangen: *licet creditori vigilare ad suum consequendum*.

Dieser Begründungsansatz überrascht. Die Fragestellung, die negativ beantwortet werden muss, damit die *actio de peculio* nicht greift, lautet nach dem Anfang des Fragmentes, ob der *dominus* des Inhabers des Sondervermögens dieses arglistig geschmälert hat. Die Tatsache, dass der Dritte ein Recht auf die Zuwendung hatte und das ihm Zustehende auch aktiv und gleichsam „wachsam“ eintreiben durfte, steht mit dieser Frage freilich nicht in einem Kausalzusammenhang. Allerdings sind auch in den zuvor behandelten Fragmenten, D.42.8.24 und D.42.8.6.7, die Rechtsmittel gegen den Gläubigern gegenüber betrügerische Veräußerungen verneint worden mit Bezugnahme auf die *vigilantia* und das Forderungsrecht des Dritten, obwohl tatbestandliche Voraussetzung der Rechtsmittel vielmehr ist, dass der Dritte von der *fraus* des Veräußerers wusste⁶⁰. Unklar ist in diesen Fällen also, ob eine Verfügung an einen wachsamem Gläubiger wirksam ist, weil der Veräußerer nicht betrügerisch handelte, wenn er eine bestehende Schuld erfüllte, oder weil der Gläubiger wachsam war, also fordern durfte, weshalb es keine Rolle zu spielen hatte, ob dem Verfügenden *fraus* vorzuwerfen war. Die gleiche Problematik ergibt sich nun auch bei D.15.1.21*pr*. Hinsichtlich des *dolus malus* ist freilich nur die Option sinnvoll, dass der *dominus* nicht arglistig agierte, weil er eine bestehende Schuld tilgte. Dass Arglist deshalb zu verneinen sei, weil der Gläubiger „wachsam“ seine Forderung rechtzeitig eintrieb, ist dagegen unwahrscheinlich, da anders als bei der *fraus* für den *dolus* kein subjektives Kriterium auf Seiten des Dritten bestimmt ist.

Diese Zusammenschau spricht dafür, auch beim Parallellfall der Gläubigeranfechtung darauf abzustellen, dass nicht die *vigilantia* des Dritten, sondern vielmehr die dem Verfügenden gegenüber bestehende Schuld und damit dessen Forderungsrecht ausschlaggebend für die Wirksamkeit der Verfügung ist.

Die *vigilantia* des Dritten, vordergründig die Motivation für die Entscheidung, wird damit auch für die beiden zuvor besprochenen Texte zu einem bloßen Begründungstopos, der nicht wesentlich für

⁶⁰ Vgl. D.42.8.1*pr* (*fraudem non ignoraverit*) bzw. D.42.8.10*pr* (*fraudandi causa sciente te*).

den Inhalt der Entscheidung wird⁶¹. Ratio der Entscheidung ist vielmehr der allgemeine Grundsatz, dass ein Schuldner nicht gehalten war, seine Gläubiger gleich zu behandeln⁶², solange es noch nicht zur *missio in bona* gekommen ist⁶³. Er konnte also grundsätzlich verfügen, an wen er wollte. Ob der Verfügungsempfänger besonders wachsam, *vigilans*, war, wie D.15.1.21*pr*, D.42.8.6.7 und D.42.8.24 andeuten mögen, spielt dagegen keine Rolle. *Ius civile vigilantibus scriptum est* bzw. *licet creditori vigilare ad suum consequendum* zeigt sich in diesen Quellen somit zwar als imposante *Maxime*, die allerdings keine Relevanz für das jeweils normierte subjektive Entscheidungskriterium hat. Eine rechtspolitisch willkommene Zugabe ist es, dass derjenige, der sich rechtzeitig um die Eintreibung seiner Schulden kümmert, das Erhaltene behalten darf, auch wenn dies nicht der Grund, sondern vielmehr die Folge der Entscheidung ist. Die Wachsamkeit als Kriterium bei der Eintreibung von Schulden, die in den *Digesten* an den drei besprochenen Stellen explizit zu finden ist, ist mithin ein gefälliges, aber juristisch bedeutungsloses Scheinargument.

d) C.7.63.3

Der Topos des wachsamem Teilnehmers am Rechtsverkehr ist freilich nicht auf das Eintreiben von Forderungen und damit auf die „rechtshistorischen Keimzellen“⁶⁴ des Gläubigeranfechtungsrechts

⁶¹ Anders ERNST (Fn.49), S.391: „*ius civile vigilantibus scriptum est* [...] begründet die Lösung, dass derjenige, der eine bestehende Forderung beim späteren Gemeinschuldner einzieht, nicht mit der *actio Pauliana* auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden kann“.

⁶² Im Kontext der Gleichbehandlung der Gläubiger im Falle eines *peculium* ist die im Titel D.14.4 behandelte *actio tributoria* zu erwähnen. Im Falle der Überschuldung eines vom Gewaltunterworfenen mit Wissen des Gewalthabers betriebenen Geschäfts waren die im Vermögen befindlichen Handelswaren (*merces*) proportional zu den jeweiligen Forderungen unter sämtlichen Gläubigern aufzuteilen, wobei der *dominus* – anders als bei der *actio de peculio* – kein Recht auf vorzugsweise Befriedigung hatte, sodass es zu einer *par condicio creditorum* kommt. Vgl. T.J.CHIUSI, s.v. *Actio tributoria*, in: H.HEINEN u.a., *Handwörterbuch der antiken Sklaverei*, Bd. 1, Stuttgart 2006 und DIES., *Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr. Scientia, voluntas und peculium in D.14.1.1.19-20*, SZ 124 (2007), S.99f. einerseits und KASER (Fn.26), S.609 und E.VALIÑO, *La 'actio tributoria'*, SDHI 33 (1967), S.103ff. andererseits zu den verschiedenen Ansichten über die genaue Reichweite dieser *actio*.

⁶³ Diesen Grundsatz betont KLINCK (Fn.19), S.7.

⁶⁴ KLINCK (Fn.19), S.4.

beschränkt. In einer Konstitution aus dem Jahre 518 n.Chr. stellt Kaiser Justinus auf den Sorgfaltsmaßstab der *diligentia vigilans* ab:

C.7.63.3: *Imp. Iustinus A. Apioni PP.*

Nemo arbitretur in posterum licentiam futuram consultationibus ultra statuti temporis vivendi spatia neque per oblationem precum neque per sacrum rescriptum super reparatione temporum indulgendum neque sub praetextu quodam altero: sed omnibus incumbendum esse vigilantibus diligentia, quo provocationes eorum intra statutum tempus introducantur, ita ut etiam gesta in iudicio, contra quod provocatum est, non prope finem temporis tradantur scrinio sacrarum epistularum, ne praepediatur per astutias fatalis rei terminus, sed aut statim, postquam appellatum sit, aut non minus quam ante dimidiam partem temporis praebeantur scrinio, ne, quod per angustias contingit temporum, tardus appellationis fautor suo dispendio refutetur. D. k. Dec. Constantinopoli Magno cons.

C.7.63.3: Kaiser Justinus an den Prätorianerpräfekten Apio

Niemand soll an eine spätere, zukünftige Erlaubnis für Konsultationsberichte über die festgesetzten dauernden Fristen hinaus glauben, weder durch Anbieten eines Bittschreibens noch durch ein kaiserliches Reskript über die Wiedereinsetzung in die zu verzeihenden Fristen noch unter irgendeinem anderen Vorwand: sondern **alle müssen sich wachsame Sorgfalt angelegen sein lassen**, dass sie ihre Appellationen innerhalb der vorgeschriebenen Zeit einführen, sodass auch die Akten zum Urteil, gegen das appelliert wird, nicht erst am Ende der Zeit übergeben werden an die kaiserliche Kanzlei für schriftliche Eingaben, damit nicht die bestimmte Frist in der Sache durch listiges Verhalten verhindert wird, sondern dass sie entweder sofort, nachdem appelliert wurde, oder nicht weniger als vor der Hälfte der Zeit an die Kanzlei gereicht werden, damit nicht, wie es sich durch die Enge der Fristen ereignet, ein später Appellationsführer zu seinem Nachteil abgewiesen wird. Gegeben an den Kalenden des Dezember zu Konstantinopel im Konsulat des Magnus (518).

Die Konstitution befasst sich mit der Frage, wie die Rechtsmittelfrist bei dem heute⁶⁵ *appellatio more consultationum* genannten Sonderfall der *appellatio* gewahrt werden kann⁶⁶. Bei dieser Appellation

⁶⁵ Zur Geschichte des Begriffes *appellatio more consultationum* siehe W.LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, RIDA 15 (1968), S.255f.

⁶⁶ Zunächst spricht der Text von *consultationes*, also von der richterlichen Vorlage des Verfahrens an eine höhere Instanz, später allerdings von *appellationes*, also von Berufungen einer Partei gegen das Urteil an den Kaiser bzw. an diejenigen, auf die

an den Kaiser selbst oder einen seiner Delegierten erfolgte die Appellation durch Zuleitung eines Berichts (*consultatio*) des erstinstanzlich entscheidenden Richters (*iudex a quo*), zu dem die Parteien vorher Stellung nehmen konnten, zusammen mit den Verfahrensakten (*gesta in iudicio*) an die kaiserliche Kanzlei⁶⁷. Insgesamt galt für dieses Rechtsmittel eine Frist von zunächst zwei Jahren, später von einem Jahr⁶⁸, die mit Einlegung der Appellation zu laufen begann⁶⁹.

Kaiser Justinus bestimmt, dass diese Frist absolut gilt und weder infolge eines Bittschreibens (*per oblationem precum*) noch durch kaiserliches Reskript (*per sacrum rescriptum*) ausgedehnt werden soll. Vielmehr soll jeder in seinen Angelegenheiten „wachsamer Sorgfalt“, *diligentia vigilans*, einhalten: der Appellant⁷⁰ muss bei der ap-

dieser die Appellation delegiert hat. Konsultation und Appellation werden in Justinians Codex im gleichen Titel C.7.62 – *de appellationibus et consultationibus* – abgehandelt und es gelten teilweise die gleichen Vorschriften. Als Sonderfall der Berufung existierte die *appellatio more consultationum*, die Appellation an den Kaiser. Auf dieses Rechtsmittel bezieht sich C.7.63.3, vgl. bereits J.CUJAS, *Opera*, Bd. 7, Augustae Taurinorum, Parisiis 1874, Sp.1323f. (in lib. VII Codicis ad tit. LXIII ad l. ult.), ebenso später C.F.F.SINTENIS, C.7.63.3, in: C.E.OTTO – B.SCHILLING – C.F.F.SINTENIS, *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Bd. 6, Leipzig 1832, S.133, Fn.47, F. BLUHME, *Annotated Justinian Code*, 2. Aufl., Note zu C.7.63.3, LITEWSKI (Fn.65), S.277, Fn.544 und G.BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518 - 1 agosto 527)*, SDHI 37 (1971), S.137, Fn.24. BASSANELLI (S.171) begründet dies damit, dass in den Basiliken anstelle von *consultationes* von κατὰ συνέλευσιν ἐκκλητος die Rede sei. Dies wird auch in der lateinischen Übersetzung bei G.E.HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, Bd. 1, Lipsiae 1833, 440 (Bas.9.1.127) und 441 (Bas.9.1.131) mit *appellatio more consultationum* wiedergegeben. Zudem spricht nach BASSANELLI (S.174) die Verwendung des Wortes *consultatio* im Kontext der *appellatio* sowie die Adressierung der Akten an die kaiserliche Kanzlei, was sonst nur bei *consultationes* geschieht, dafür, dass ein Fall der *appellatio more consultationum* gemeint ist.

⁶⁷ Siehe nur M.KASER/K.HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München 1996, S.621f. und LITEWSKI (Fn.65), S.254ff. und insbesondere S.264ff.

⁶⁸ S. KASER – HACKL (Fn.67), S.622 mit Fn.55, LITEWSKI (Fn.65), S.277, und TH.KIPP, s.v. *Appellatio*, RE, Bd. II.1, Stuttgart 1895, Sp.207, jeweils mit Verweis auf C.7.62.37.3 und C.7.63.5.2 (529).

⁶⁹ Dies vermutet LITEWSKI (Fn.65), S.278 mit Fn.548, in Analogie zu der ordentlichen Appellation sowie aufgrund der Formulierung in C.7.63.3, wo Justinus zunächst gebietet, dass die Sache *statim, postquam appellatum sit* einzuführen ist.

⁷⁰ Anders dagegen F.PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000, S.220f., der davon ausgeht, die Konstitution habe sich unter Berufung auf ihre Sorgfaltspflicht an die erstinstanzlichen Richter gewandt und beabsichtigt, die Behinderung und Verschleppung des Prozessfortganges zu unterdrücken („La costituzione è chiaramente rivolta ai giudici, dei quali intende reprimere [...] la tendenza ad osta-

pellatio more consultationum nicht nur rechtzeitig Berufung einlegen, sondern auch dafür Sorge tragen, dass die Akten rechtzeitig der kaiserlichen Kanzlei – im Fall von Appellationen im Wege der *consultatio* dem in der Konstitution genannten kaiserlichen *scrinium epistularum*⁷¹ – vorgelegt werden (können)⁷². Nach der Konstitution zeigt ein Appellant dann *diligentia vigilans*, wenn er sein Rechtsmittel möglichst umgehend, spätestens aber zur Halbzeit der ordentlichen Appellationsfrist einlegt⁷³, und somit quasi die „verwaltungsinternen Lauf-fristen“ mit berücksichtigt⁷⁴. Die *diligentia vigilans* beschränkt also die Appellationsfrist faktisch auf die Hälfte: wer wachsam ist, legt sein Rechtsmittel zeitig ein und wendet damit die Bedrohung ab, als *tardus appellationis fautor* abgewiesen zu werden.

Vigilare, wachsam sein, musste man also nicht nur bei der Eintreibung seiner Schulden, sondern ebenfalls im Prozessrecht. Kaser und Hackl schreiben in diesem Zusammenhang treffend: „die Prozessordnung ist ein *ius vigilantibus scriptum*, das von den Parteien Aufmerk-

colare e ritardare lo svolgimento del processo. [...] Per impedire tal malcostume, la costituzione richiama i giudici al loro dovere di diligenza“).

⁷¹ Mit *scrinium epistularum* bezeichnete man den Teil der kaiserlichen Kanzlei, der für schriftliche Eingaben (*consultationes*) zuständig war, vgl. O.SEECK, s.v. *Scrinium*, RE, Bd. II.A.1, Stuttgart 1921, Sp.898. Siehe auch KASER/HACKL (Fn.67), S.542, die vom *scrinium epistolarum* sprechen.

⁷² BASSANELLI (Fn.66), S.174: „l’iniziativa spettasse esclusivamente alla parte, che non solo doveva interporre appello, ma doveva anche curarsi che gli atti giungessero alla cancelleria imperiale entro un termine determinato“. Siehe auch LITEWSKI (Fn.65), S.278, Fn.546: „Um den Verlust des Rechtsmittels infolge Ablaufs der Frist zur Einführung zu verhüten, gebot Kaiser Justin, dass die Akten dem Appellationsgericht nicht in den Endtagen, sondern spätestens vor dem Ablauf der Hälfte der Frist geliefert werden sollen (C.7.63.3)“.

⁷³ Strikter BASSANELLI (Fn.66), S.174, die davon ausgeht, Justinus hätte die Appellationsfrist für Berufungen an den Kaiser selbst halbiert: „Su questo punto interviene Giustino, stabilendo che in caso di appello all’Imperatore i termini siano dimezzati“.

⁷⁴ Noch heute wird die Frage diskutiert, ob ein bei der „falschen“ Behörde eingereicherter Schriftsatz von dieser an die „richtige“ Stelle weitergeleitet werden muss (dies wird generell bejaht) und ob der Eingang an der „falschen“ Stelle fristwährend ist (dies wird überwiegend abgelehnt; insbesondere sei die „falsche“ Stelle lediglich zur Weiterleitung im Rahmen des normalen Geschäftsgangs und nicht zur Eilvorlage an die „richtige“ Stelle verpflichtet). Vgl. dazu neulich BUNDESGERICHTSHOF, Beschluss vom 19.12.2012 – XII ZB 61/12, Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report 2013, S.701f.

samkeit verlangt, wollen sie nicht durch mancherlei Härten des ‚strengen‘ Rechts zu Schaden kommen“⁷⁵.

e) C.7.40.2pr

Den Unterschied zwischen Wachsamem und Unachtsamen betont auch Kaiser Justinian in einer Konstitution von 531 n.Chr.⁷⁶

C.7.40.2pr: *Imp. Iustinianus A. Iohanni PP.*

Ut perfectius omnibus consulamus et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantis differentia, sancimus: si quando afuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere et non ei licentia sit, absente suo adversario qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, licentia ei detur adire praesidem vel libellum ei porrigere et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere: et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. D. xv k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.

C.7.40.2pr: Kaiser Justinian an den Prätorianerpräfekten Johannes

Damit Wir für alle recht vollständig sorgen und niemandem die Abwesenheit oder Gewalt oder Kindheit seines Gegners gänzlich schadet, **sondern irgendein Unterschied besteht zwischen Unachtsamen und Wachsamem**, setzen Wir fest: wenn und wann der abwesend war, der fremde Sachen oder dem Gläubiger verpfändete innehat, und der Eigentümer der Sache oder der Gläubiger begehrt, seinen Anspruch geltend zu machen, und er keine Möglichkeit dazu hat, weil sein Gegner, der die Sache innehat, abwesend ist, oder an Kindheit oder Wahnsinn leidet und

⁷⁵ KASER/HACKL (Fn.67), Einleitung, S.7. Ebenso im Anschluss an die 1. Aufl. H.BLANK, *Was steckt dahinter? Feuilleton zu Savigny*, SZ 101 (1984), S.329.

⁷⁶ In dieser Angabe einer Begründung liegt das Mehr von C.7.40.2pr gegenüber der ansonsten im Wortlaut gleichen Wiedergabe der Konstitution (*lex gemina*) in C.1.4.31pr: *Imp. Iust. A. Iohanni pp.: Sancimus, si quando afuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere et non ei licentia sit absente suo adversario qui rem detinet vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente vel in summa [C.7.40.2pr: magna] potestate constituto, licentia ei detur adire praesidem vel libellum ei porrigere et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere. D. xv k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* Auf die Parallelstelle weist etwa G.L.FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di leges e iura*, SDHI 59 (1993), S.172 hin.

niemanden als Tutor oder Kurator hat, oder in *magna potestas* steht, ihm die Möglichkeit gegeben werden soll, sich an den Provinzstatthalter zu wenden oder ihm eine Schrift einzureichen und dies während der bestimmten Fristen in Beschwerde zu führen und [dadurch] eine Unterbrechung der Frist zu machen: und dies soll genügen zur vollständigsten Unterbrechung. Gegeben am fünfzehnten Tag vor den Kalenden des November zu Konstantinopel nach dem Konsulat der hochangesehenen Lampadius und Orestes (531).

Eine *differentia inter desides et vigilantes*, ein Unterschied zwischen Unachtsamen und Wachsamem, soll bestehen, um denjenigen zu schützen, der rechtzeitig einen Anspruch⁷⁷ gegen einen Abwesenden geltend machen will oder gegen einen beschränkt oder einen gar nicht Geschäftsfähigen, der keinen *tutor* oder *curator* hat. Ebenfalls schutzbedürftig soll derjenige sein, der einen Anspruch gegen einen *in magna potestate* Stehenden durchsetzen möchte, wobei umstritten ist, ob hiermit gemeint ist, dass der Schuldner ein hohes Amt innehat⁷⁸ oder einem anderen gegenüber gewaltunterworfen⁷⁹ ist⁸⁰. Wer nämlich wachsam (*vigilans*) ist, den Anspruch also rechtzeitig geltend machen

⁷⁷ Vgl. HEUMANN/SECKEL (Fn.28), S.277 s.v. „*intentio*“ 3).

⁷⁸ So SINTENIS, C.7.40.2pr, in: OTTO/SCHILLING/SINTENIS (Fn.66), S.86: „große Macht besitzt“ bzw. B.SCHILLING, C.1.4.31pr, in: C.E.OTTO/B.SCHILLING/C.F.F.SINTENIS, *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Bd. 5, Leipzig 1832, S.128 „ein hohes Amt bekleidet“ (in der *lex gemina* C.1.4.31pr heißt es freilich nicht *in magna potestate*, sondern *in summa potestate*), P.-A.TISSOT, *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien*, Bd. 1, Metz 1807, S.96, zu C.1.4.31pr „exerceant une haute magistrature“, S.P.SCOTT, *The Civil Law*, Bd. 12, Cincinnati 1932, zu C.1.4.22(=31)pr. „or occupies some high office“ und E.SLOB in: J.E.SPRUIT/J.M.J.CHORUS/L.DE LIGT, *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling*, Bd. 7, Amsterdam (2005), S.181, zu C.1.4.31pr „in een zeer hoog ambt geplaatst“ sowie ähnlich BLUHME (Fn.66), zu C.7.40.2pr und zu C.1.4.31pr „is very influential“.

⁷⁹ So A.TRIGGIANO, *Note sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione nel codice giustiniano*, Teoria e Storia del Diritto Privato 2010, S.108: „la condizione di sottoposto, genericamente, a una *potestas*“. Ebenso inkonsequenterweise TISSOT (Fn.78), Bd. 3, S.241 „sous la puissance paternelle“ und SCOTT (Fn.78), zu C.7.40.2pr „is subject to superior power“.

⁸⁰ In der Motivation der kaiserlichen Entscheidung heißt es, dem Klagewilligen sollen *absentia*, *potentia* und *infantia* seines Gegners nicht schaden. Die Abwesenheit und die Kindheit (zusammen mit *furor*) werden später wörtlich wieder aufgegriffen. Die *potentia* wird dahingehend präzisiert, dass es nicht schaden solle, wenn sich jemand *in magna potestate* befindet. Dass *absentia* und *infantia* in der Person des Klagegegners selbst liegende Umstände darstellen, streitet dafür, auch in der *potestas* nicht die Gewalt zu sehen, die ein anderer über den Kläger ausübt, also dessen Gewaltunterworfenheit, sondern diejenige Gewalt, die dieser selbst innehat, also ein hohes Amt.

will, der soll nicht in seiner Rechtsdurchsetzung dadurch beeinträchtigt werden, dass er gegen seinen Schuldner entweder aufgrund dessen Abwesenheit aus faktischen oder aufgrund fehlender Geschäftsfähigkeit aus rechtlichen Gründen keine Klagemöglichkeit hat. Nach der Konstitution soll der Klagewillige nunmehr die Möglichkeit haben, innerhalb der gesetzlichen Klagfrist (*intra constituta tempora*) beim Provinzstatthalter persönlich oder vermittelt einer Schrift (*libellus*) über diese Situation Beschwerde zu führen (*hoc in querimoniam deducere*). Dies hatte eine *interruptio*⁸¹, also eine Unterbrechung des Laufs der Klagfrist zur Folge. Die Konstitution will damit den Wachsameren schützen, der fristgerecht klagen will, dies aber aufgrund von in der Person seines Schuldners liegenden Umständen nicht tun kann. Sinn der Verjährungsvorschriften ist es, denjenigen, der bei seiner Rechtsdurchsetzung nachlässig ist, für seine *desidia* zu bestrafen⁸², und nicht demjenigen die Rechtsdurchsetzung zu versagen, der klagen will, dies aber unverschuldet nicht kann. Derjenige, der wachsam ist und sich rechtzeitig um die Durchsetzung seiner Rechte kümmert, soll daher besser stehen als der, der die Frist aus Unachtsamkeit verstreichen lässt.

f) C.7.62.39pr

Abschließend ist auf eine für die Frage, ob es einen „Grundsatz“ des für die Wachsameren geschriebenen Rechts schon in römischer Zeit gab, höchst interessante Konstitution Kaiser Justinians aus dem Jahre 530 n.Chr. einzugehen:

C.7.62.39pr-1: *Imp. Justinianus A. Iuliano PP.*

Ampliores providentiam subiectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes non inveniunt, antiquam observationem emendamus, cum in appellationum auditoriis is solus post sententiam iudicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi, qualiscumque fuisset, compellenda. 1.

⁸¹ Siehe dazu TRIGGLIANO (Fn.79), S.29ff. und S.35f. und A.PIEKENBROCK, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung – Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, Tübingen 2006, S.55f.

⁸² So K.J.GUYET, *Ueber die Wirkung der Klagenverjährung auf das der Klage zu Grunde liegende Recht*, Archiv für die civilistische Praxis 11 (1828), S.67f. mit Verweisen auf CTh.4.14.1.5 („otioso nimis, ac desidi querimonia“), C.7.39.2pr („sit aliqua inter desides et vigilantes differentia“) und C.7.39.3.3 („contra desides homines et sui iuris contemptores“).

Sancimus itaque, si appellator semel in iudicium venerit et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium eius, si quid iudicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere et iudiciale mereri praesidium: sin autem absens fuerit, nihilo minus iudicem per suum vigorem eius partes adimplere. D. vi k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.

C.7.62.39pr-1: Kaiser Justinian an den Prätorianerpräfekten Julian

Überaus umfassende **Fürsorge** Unseren Untertanen zuwendend, **die diese vielleicht selbst, wenn sie wachsam sind, nicht finden werden**, verbessern Wir die alte Vorschrift, wonach bei Appellationsverfahren nur der nach der Entscheidung des Richters eine Verbesserung verdient, der zur Hilfe der Appellation geeilt ist, während die andere Seite, die dies nicht getan hat, gezwungen wird, der Entscheidung zu folgen, wie auch immer sie gewesen ist. 1. Wir setzen daher fest, dass, wenn der Appellant einmal vor Gericht gekommen ist und die Gründe seiner Appellation vorgebracht hat, auch sein Gegner die Möglichkeit haben soll, wenn er dem Ausgeurteilten etwas entgegensetzen wollte, wenn er gegenwärtig war, dies zu tun, und auch er richterlichen Schutz verdiene: wenn er aber abwesend war, soll der Richter dennoch durch seine Amtsgewalt dessen Rolle ausfüllen. Gegeben am sechsten Tag vor den Kalenden des April zu Konstantinopel im Konsulat der hochangesehenen Lampadius und Orestes (530).

Die Konstitution berichtet im *principium*, dass nach einer *antiqua observatio* im Appellationsverfahren nur die Lage desjenigen verbessert werden konnte, der eine Appellation eingelegt hatte. Wer dagegen nicht gegen die ursprüngliche Entscheidung appelliert hatte, hatte die Appellationsentscheidung zu akzeptieren⁸³. Diese Regelung modifiziert Justinian in seiner Konstitution. Begründet wird diese Änderung mit der Fürsorge, die der Kaiser seinen Untertanen zuwenden möchte, weil diese eventuell selbst dann, wenn sie wachsam sind (*ipsi vigilan-*

⁸³ So zieht auch LITEWSKI (Fn.65), S.287, Fn.13 aus der Konstitution den Schluss, dass in vorjustinianischer Zeit der Appellationsgegner „nicht das Recht hatte, gegen ein Urteil anzukämpfen, das er nicht selbst im Wege der Appellation angefochten hatte“. Siehe auch H.VON BAYER, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß*, 8. Aufl., München 1858, §325, S.1063f. und B.J.SARTORIUS, *Beiträge zur Geschichte und Theorie der reformatio in peius*, Archiv für die civilistische Praxis 31 (1848), S.98f.

tes), nicht die nötige Voraussicht zeigen mögen (*providentiam... fortisan... non inveniunt*)⁸⁴.

Um zu verstehen, worauf sich im *principium* der Schutz der Unterthanen über ihre Wachsamkeit hinaus bezieht, ist dieses im Zusammenhang mit §1 der Konstitution zu lesen. Der Appellationsgegner sollte aufgrund der Neuerung in §1 nunmehr die Möglichkeit haben, wenn er bei der Verhandlung über die Appellation anwesend war, selbst Einwendungen zu erheben. Die Konstitution führte damit das Rechtsinstitut der „Anschlussberufung“⁸⁵ ein, sodass der Appellationsgegner auch dann, wenn er nicht selbst Appellation eingelegt hatte, sondern die Appellationsfrist hatte verstreichen lassen, nicht nur den – gegebenenfalls neuen – Argumenten des Appellanten entgegenzutreten konnte, sondern auch gegen das Urteil selbst Einwendungen geltend machen konnte⁸⁶, also *quid iudicatis opponere*. Darüber hinaus hatte der Appellationsrichter, selbst wenn der Appellationsgegner der Verhandlung über die Appellation nicht beiwohnte, trotzdem im Rahmen seiner Amtspflichten (*per suum vigorem*) die Position des Appellationsgegners zu berücksichtigen (*eius partes adimplere*)⁸⁷.

⁸⁴ Das *quam* ist wohl – trotz der Komparativform *ampliozem* – aufgrund der Verneinung in dem von ihm eingeleiteten Nebensatz als Relativpronomen zu *providentia* zu verstehen und nicht als ein das *secundum comparationis* zur größeren *providentia* des Kaisers anzeigendes Adverb. Anders aber wohl SINTENIS, C.7.62.39pr, in: OTTO/SCHILLING/SINTENIS (Fn.66), S.129: „Mit grösserer Fürsorge für Unsere Unterthanen wachend, als sie vielleicht selbst es zu thun im Stande sein möchten“, TISSOT (Fn.78), Bd. 3, S.286: „Plus soigneux peut-être qu’eux-mêmes de pourvoir aux intérêts de nos sujets“ und BLUHME (Fn.66), zu C.7.62.39pr: „Looking after the interests of our subjects better, perhaps, than they, if vigilant, could do themselves“.

⁸⁵ SARTORIUS (Fn.83), 99, spricht von „accessorischer Adhäsion“, PERGAMI (Fn.70), S.228, von „appello incidentale“ und bezeichnet diesen als „la maggiore novità della legislazione giustiniana“. Auch KASER/HACKL (Fn.67), S.620f. mit Fn.31 vertreten, dass seit Justinian der Appellationsgegner ebenfalls die Möglichkeit hatte, Einwendungen gegen das Urteil zu erheben. Siehe auch A.RENAUD, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilproceßgesetzgebungen*, 2. Aufl., Leipzig u.a. 1873, §180, S.559. Die Anschlussberufung ist heute etwa in §524 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt; die Vorschrift geht zurück auf §482 CPO von 1877.

⁸⁶ PERGAMI (Fn.70), S.282, betont, ein solcher Fall der Anschlussberufung könne nur eintreten, wenn in erster Instanz nicht vollständig dem Antrag des Appellationsgegners gefolgt wurde, da dieser ansonsten mangels Beschwer kein Interesse an der Anfechtung der Entscheidung haben könne.

⁸⁷ So schon die Glosse, vgl. F.ACCURSIUS, *Accursii Glossa in Codicem, Venetiis* 1488, Nachdruck Augustae Taurinorum 1968, S.236: „Adimplere: supplendo de iure:

Auf diesen letzten Punkt nun muss sich die eingangs der Konstitution genannte Begründung beziehen, eine althergebrachte Regel müsse modifiziert werden, da die Untertanen selbst, auch wenn sie wachsam sind, nicht die notwendige *providentia* zeigen mögen. Auch die Position des abwesenden Appellationsgegners muss der Richter berücksichtigen, da dessen mangelnde Sorgfalt trotz demonstrierter *vigilantia* nicht zu seinem Nachteil gereichen dürfe.

Ausnahmsweise und explizit schützt C.7.62.39pr-1 also denjenigen, der bei aller Wachsamkeit nicht die nötige Voraussicht hatte, nämlich denjenigen, der der Verhandlung über die von seinem Prozessgegner eingelegte Appellation fernbleibt und sich daher dessen – gegebenenfalls neuen⁸⁸ – Einwendungen nicht widersetzen kann. Justinian will den Appellationsgegner in diesem Fall geschützt wissen, da er auch dann, wenn er *vigilans* war, ihm also keine *desidia* vorgeworfen werden kann, womöglich nicht die erforderliche *providentia* an den Tag gelegt haben mochte. Dies begründet er mit seiner eigenen kaiserlichen *providentia*, die über die hinausgehe, die wohl auch ein aufmerksamer Untertan seinen eigenen Angelegenheiten zu Teil werden lasse.

Die Konstitution bestätigt also zum einen den Topos, dass das Recht grundsätzlich für den Wachsamten geschrieben ist, dass man also vor allem in Anbetracht von Fristen aufmerksam sein muss, statuiert aber zugleich eine Einschränkung. Der Appellationsgegner mag trotz demonstrierter Wachsamkeit doch nicht vorausschauend genug

ut inducendo legem pro absente: vel respondendo legi contra eum inducte“. Siehe auch SINTENIS, C.7.62.39pr, in: OTTO/SCHILLING/SINTENIS (Fn.66), S.129: „Ist er aber abwesend gewesen, so soll der Richter nichts desto weniger aus Amtspflicht [das Erforderliche] für ihn erfüllen“. Ähnlich VON BAYER (Fn.83), §325, S.1064: „in Abwesenheit des Appellaten [soll] der Oberrichter von Amts wegen sein Interesse berücksichtigen“. G.W.WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl., Leipzig 1878, §56, S.746f. begründet diese Vertretung mit „dem allgemeinen Grundsatz, daß der Richter *in eremodicio*, bei einseitiger Fortsetzung des Verfahrens, die Interessen des Contumar zu wahren hat, und je nach dem Resultat der geführten Untersuchung nicht nothwendig gegen ihn, sondern möglicher Weise auch für ihn erkennt“ und verweist dabei (§49, S.623, Fn.79) unter anderem auf D.40.12.27.2 (Entscheidung im Freiheitsprozess für den Abwesenden *secundum libertatem*) und C.3.1.13.2 (Entscheidung für den Abwesenden, wenn dieser die *causa melior* hat).

⁸⁸ Vgl. zur Zulässigkeit neuer Einwendungen und Beweismittel im Appellationsverfahren C.7.62.6.1: „*Si quid autem in agendo negotio minus se adlegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum, apud eum qui de appellatione cognoscit persequatur*“.

sein, um seine Situation richtig zu würdigen. Die kaiserliche *providentia* geht ersichtlich als Sorgfaltsmaßstab über die *vigilantia* eines einfachen Untertanen hinaus. Maßgeblich für die kaiserliche Entscheidung in C.7.62.39pr-1 ist also in erster Linie die *sacra providentia*, nicht die *vigilantia* des Betroffenen. Trotzdem spricht das Abstellen auf beide Begriffe dafür, dass der Kaiser seinen Untertanen aus dem Grund seine umfassende *providentia* zuwendet, weil zu befürchten steht, dass sie auch bei Wahrung des ihnen zumutbaren Sorgfaltsmaßstabs, nämlich der *vigilantia*, nicht die in der konkreten Situation erforderliche Sorgfalt zeigen werden. Somit wird die Einhaltung der *vigilantia* in zweiter Linie entscheidungserheblich.

Die Konstitution bestätigt somit zum einen die Geltung des Wachsamkeitskriteriums im justinianischen Zivilprozessrecht, zeigt aber gleichzeitig auch dessen Grenzen auf. Anders als in den zuvor besprochenen Konstitutionen, in denen es um die Abgrenzung „nach unten“, also zum nicht Wachsamem, zum Nachlässigen (*deses*), geht, deutet C.7.62.39pr-1 auf die Obergrenze der zumutbaren Sorgfalt, die unter *vigilantia* zu fassen ist.

3. *Synthese und Schlussbetrachtung*

Es lässt sich festhalten, dass die Analyse der Quellen zu Vorgängern eines *ius vigilantibus scriptum*-Grundsatzes ein zweigespaltenes Bild ausweist.

Der Topos der *vigilantia* findet sich sowohl in den Digesten als auch im Codex. In den Digesten betreffen die einschlägigen Fragmente D.42.8.24, D.42.8.6.7 und D.15.1.21pr jeweils Fälle, in denen jemand eine ihm zustehende Schuld eintreibt. Im Codex wird das Bild der Wachsamkeit in prozessualen Kontext benutzt, namentlich im Zusammenhang mit der Wahrung der Appellationsfrist (C.7.63.3) und der Klagefrist (C.7.40.2pr) sowie mit der Geltendmachung von Einwendungen im Appellationsverfahren (C.7.62.39pr-1).

In den Digestentexten wird die Wachsamkeit jedoch als bloßes Scheinargument verwendet. Zwar stellen die Fragmente darauf ab, der eintreibende Gläubiger sei wachsam gewesen (D.42.8.24 und D.42.8.6.7), das Zivilrecht für den Wachsamem geschrieben (D.42.8.24) und es sei einem Gläubiger doch erlaubt, wachsam zu sein, um das ihm Zustehende zu erhalten (D.15.1.21pr). Der wirkliche Grund für die Sachentscheidung in diesen Fällen ist freilich, dass der

Schuldner ohne *fraus* (D.42.8.24 und D.42.8.6.7) und *dolus malus* (D.15.1.21*pr*) agierte, als er an den (wachsamen) Gläubiger zahlte. Der Wachsamkeitstopos ist in diesen älteren Texten lediglich schmückendes Beiwerk, aber nicht entscheidungserheblich.

Ein anderes Bild ergibt sich dagegen aus den einschlägigen Konstitutionen im Codex. In diesen wird die Bedeutung der Wachsamkeit, insbesondere bei der Einhaltung von Fristen, betont. Man muss wachsame Sorgfalt wahren, dass die *appellatio more consultationum* fristgerecht weitergeleitet wird (C.7.63.3). Zudem ist der wachsame Gläubiger gegenüber dem Nachlässigen zu privilegieren, wenn er eine Schuld fristgerecht einklagen will, dies aber nicht kann, weil *Numerius Negidius* abwesend oder nicht geschäftsfähig ist und kein gesetzmäßiger Vertreter bestellt ist (C.7.40.2*pr*). Ausnahmsweise wird Schutz für denjenigen gewährt, der, auch wenn er wachsam sein mag, vielleicht dennoch nicht die nötige Voraussicht zeigen würde und der daher der Verhandlung über die von seinem Prozessgegner eingelegte Appellation fernbleibt: seine Interessen hat der Appellationsrichter von Amts wegen zu beachten, wobei aber explizit darauf hingewiesen wird, dass die kaiserliche *providentia* in diesem Fall die Untertanen deshalb schützt, da diese möglicherweise, auch wenn sie wachsam sein mögen, nicht die notwendige Weitsicht zeigen, wie dies nur der Kaiser in weiser Voraussicht kann (C.7.62.39*pr*-1).

C.7.63.3 legt demjenigen, der die *appellatio more consultationum* einlegen möchte, die Sorgfaltspflicht auf, wachsam zu sein und spätestens zur Hälfte der eigentlichen Appellationsfrist sein Rechtsmittel geltend zu machen. Wer diese *diligentia vigilans* nicht zeigt, dem bleibt der Rechtsweg verwehrt. Insofern ist die Wachsamkeit in der Konstitution das entscheidungserhebliche Kriterium. In C.7.40.2*pr* ist die Wachsamkeit, das rechtzeitige Klagenwollen, aber nicht Klagenkönnen, der Grund für die kaiserliche Entscheidung, den *vigilans* gegenüber dem *deses* zu privilegieren. Und C.7.62.39*pr*-1 zeigt, dass grundsätzlich die Einwendungen desjenigen, der der Appellationsverhandlung fernbleibt, nicht zu berücksichtigen wären, wenn der Kaiser dies nicht ausnahmsweise anders geregelt wissen wollte. Da das Ergebnis der *antiqua observatio* auch bei Einhaltung der den Untertanen zumutbaren Wachsamkeit (*ipsi vigilantes*) Bestand hatte, schützt der Kaiser die Betroffenen in seiner *providentia*. Auch in dieser Konstitution wird das Kriterium der Wachsamkeit also jedenfalls in zweiter

Linie für die Entscheidung tragend. In den Stellen, an denen im Codex auf die *vigilantia* als Argumentationstopos abgestellt wird, ist diese also – anders als in den Digestenstellen, in denen diese als bloßes Scheinargument Erwähnung findet – entscheidungserheblich.

Es lässt sich also festhalten, dass der Topos des für den Wachsam geschriebenen Rechts bereits zu römischer Zeit eine Entwicklung vom bloßen schmückenden Beiwerk bei materiellen Entscheidungen bis hin zu einer wirklichen Begründung prozessualer Entscheidungen durchlief. Die immerhin sechs Belegstellen, die an dieser Stelle betrachtet werden konnten, belegen, dass *ius vigilantibus scriptum* einen schon im römischen Recht beliebten Argumentationstopos darstellt, der in der heutigen Fachliteratur zu Unrecht auf den *Scaevola*-Text D.42.8.24 reduziert wird.

Die von Klinck aufgestellte These, dass der Ausspruch des *Scaevola* „offenkundig schon für die klassischen Juristen ein feststehender Argumentationstopos war“⁸⁹, kann also nach Besprechung der drei einschlägigen Texte aus den Digesten bestätigt werden. Hierfür spricht die Verwendung des Konzepts durch den Hochklassiker *Scaevola* und den Spätklassiker *Ulpian* in drei inhaltlich ähnlichen Situationen. Die Entscheidung tragend und damit mehr als ein bloßer Argumentationstopos wurde das *vigilantia*-Kriterium dagegen erst in den besprochenen Kaiserkonstitutionen aus der Spätantike, die überdies nur das Problem der prozessualen Fristwahrung betreffen.

Einen allgemeinen Grundsatz vom *ius vigilantibus scriptum* dürften die römischen Juristen folglich nicht gekannt haben. Hiergegen spricht, dass sich die Belegstellen derart klar zwei Lagern zuordnen lassen, der Eintreibung fälliger Schuld (Digesten) und der Fristwahrung (Codex).

Inflationär wie heute wurde die *Maxime*, sofern uns das *Corpus Iuris Civilis* einen Einblick erlaubt, von den römischen Juristen nicht gebraucht. Lateinische Spruchregeln sollten daher nicht unreflektiert verwendet werden, um der eigenen Argumentation scheinbar historisch fundierte Strahlkraft zu verleihen. Ein Blick zurück auf die Quellen und auf die eigentlichen Anwendungsfälle gibt Aufschluss, wann dies angebracht ist und wann man sich zu weit vom eigentlichen Inhalt der *Maxime* entfernt. Auch insoweit gilt also *ius vigilantibus scriptum*.

⁸⁹ KLINCK (Fn.19), S.5.