

Titel:	Von der Restitutionslehre der spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?
Untertitel:	-
Verfasser:	
Dokumenttyp:	Artikel in Zeitschrift
Medientyp:	Text
Erscheinungsdatum:	2012
Quelle:	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Jg. 76, 4, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 921–946.
Sprache:	Deutsch
Format:	PDF-Dokument
DOI:	10.1628/003372512802735084

Von der Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastik zu einem europäischen Recht nichtvertraglicher Schuldverhältnisse?

Von NILS JANSEN, Münster*

Inhaltsübersicht

I. Fragestellung	926
II. Grundzüge der Restitutionslehre	928

* Abgekürzt werden zitiert: *Thomas von Aquin*, *Summa theologiae*, *Opera Omnia* I–VI, hrsg. von *Stanislaus Eduard Fretté*/ *Paul Maré* (Paris 1871–73) *secunda secundae partis*, zitiert nach *quaestio*, *articulus*; *Martín de Azpilcueta* (Doctor Navarrus), *Enchiridion*, sive *Manuale confessoriorum et poenitentium* (Venedigo. J. [1597]) (zitiert nach *caput*, Rz.); *Domingo Báñez*, *Decisiones de Iure et Iustitia* IV (Duaci 1615) (zitiert nach *quaestio*, *articulus*, *dubitatio*); *Thomas Cajetan*, *Secunda Secundae Summae Theologiae S. Thomae Aquinatis Cum Commentariis* [...] D. D. Thomae de Vio, Caietani (Venedig 1588); *Benedict Carpzov*, *Practica nova rerum criminalium* [...] (Leipzig 1739) (zitiert: *Practica nova*, *pars*, *quaestio*, Rz.); *Diego de Covarruvias y Leyva*, *Regulae Peccatum. De regulis iuris libro sexto*, Relectio, *Opera Omnia* I (Frankfurt a. M. 1608) 463–518; *Robert Feenstra*, *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation*, in: *Unjust Enrichment, The Comparative Legal History of the Law of Restitution*², hrsg. von *Eltjo J. H. Schrage* (1999) 197–236 (zitiert: *Enrichment*); *ders.*, *Grotius' doctrine of liability for negligence*, in: *Negligence*, hrsg. von *Schrage* (2001) 129–171 (zitiert: *Negligence*); *James Gordley*, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1989) (zitiert: *Origins*); *Hugo Grotius*, *The Jurisprudence of Holland I: Text Translation and Notes*, übers. von *Robert Warden Lee* (1926) (zitiert: *Inleiding*, *boeck*, *deel*, §); *ders.*, *De iure belli ac pacis libri tres, cum notis Jo. Fr. Gronovii et Joannis Barbeyracii* (Leipzig 1758) (zitiert: *djbp*, *liber*, *caput*, §, Rz.); *Jan Hallebeek*, *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism* (1996); *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hrsg. von *Mathias Schmoeckel*/ *Joachim Rückert*/ *Reinhard Zimmermann* II: *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 1. Teilband: §§ 241–304 (2007) (zitiert: *HKK* [Bearb.]); *Nils Jansen*, *Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution?*, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny*: *SavZ/Rom.* 120 (2003) 106–162 (zitiert: *Korrektur*); *Leonardo Lessius*, *De iustitia et iure* (Lyon 1653)

(zitiert nach *liber, caput, dubitatio*, Rz.); *Luis de Molina*, De iustitia et iure (Mainz 1659) (zitiert nach *tractatus, disputatio*, Rz.); *Günther Nufer*, Über die Restitutionslehre der Spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit (Diss. Freiburg 1969); *Domenico de Soto*, De iustitia et iure (1556; Faksimiledruck 1968) (zitiert nach *liber, quaestio, articulus*); *James Stair*, The Institutions of the Law of Scotland (1981) (zitiert nach *book, title*, Rz.); *Samuel Stryke*, Specimen Usus Moderni Pandectarum⁴ (Halle 1713–1723) (zitiert nach *liber, titulus, §*); *Johannes Unterreitmeier*, Der öffentlich-rechtliche Schmerzensgeldanspruch als Ausprägung eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Wiedergutmachungsanspruchs (2007); *Francisco de Vitoria*, Commentaria in secundam secundae (Commentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás, hrsg. von *V. Beltrán de Heredia* (1932–1952) (zitiert: Commentaria, *quaestio, articulus*, Rz.); *Johannes Voet*, Commentarius ad Pandectas (Paris 1829) (zitiert nach *liber, titulus, §*); *Reinhard Zimmermann*, The Law of Obligations (paperback ed. 1996) (zitiert: Obligations).

RabelsZ Bd. 76 (2012) S. 921–946

© 2012 Mohr Siebeck – ISSN 0033-7250

III. <i>Restitutionslehre und römisch-gemeines Recht</i>	934
IV. <i>Hugo Grotius</i>	944
V. <i>James Dalrymple of Stair</i>	954
VI. <i>Abschied von der Restitutionslehre?</i>	958
VII. <i>Ergebnis und Ausblick</i>	968
<i>Summary: From the Doctrine of Restitution in Late Scholasticism towards a European Law of Non-contractual Obligations?</i>	971

War das spätscholastische Naturrecht »jahrhundertlang nahezu totgeschwiegen«,¹ so hat es seit einigen Jahrzehnten geradezu Hochkonjunktur. Wer sich mit der Geschichte der politischen Ideen, der (katholischen) Theologie, der Philosophie oder auch der Wirtschaftstheorie und des Völkerrechts beschäftigt, kommt an dieser Denktradition des 16. Jahrhunderts offenbar nicht mehr vorbei. Wichtige Schriften werden *peu à peu* neu erschlossen und übersetzt;² die monographische und Aufsatzliteratur ist nur noch schwer überschaubar; und es geht kaum noch ein Jahr ins Land, in dem nicht mindestens ein Sammelband zur Spanischen Spätscholastik erscheint.³

¹ Hans Thieme, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*: SavZ/Germ. 70 (1953) 230– 266 (263).

² Zuletzt *Francisco de Vitoria*, Delege, *Über das Gesetz*, hrsg. und übers. von Joachim Stüben (2010).

³ Vgl. aus jüngerer Zeit *La ley natural como fundamento moral y jurídico en Domingo de Soto*, hrsg. von Juan Cruz Cruz (2007); *Politische Metaphysik, Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der Spanischen Spätscholastik*, hrsg. von Matthias Kaufmann/Robert Schnepf (2007); *Lex und Ius, Beiträge zur Begründung des Rechts im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit*, hrsg. von Alexander Fidora/Matthias Lutz-Bachmann/Andreas Wagner (2010); *Die Normativität des Rechts bei Francisco de Vitoria*, hrsg. von Kirstin Bunge/Andreas Wagner/ Anselm Spindler (2011).

Das praktische Anliegen dieser Autoren, die durch gleiche wissenschaftliche Ziele und Methoden sowie durch gleiche Autoritäten, insbesondere das Werk Thomas von Aquins,⁴ verbunden waren, bestand darin, eine praktisch handhabbare naturrechtliche Normordnung zu formulieren, die ihre Grundlage zwar in den geoffenbarten christlichen Glaubenswahrheiten fand, gleichwohl aber auch die spezifisch juristischen Erkenntnisse der römisch-gemeinrechtlichen Tradition fruchtbar machen sollte.

Nur so konnte man hinreichend konkrete, auch in der Beichtpraxis technisch anwendbare Maßstäbe für ein tugendhaftes Leben und Wirtschaften formulieren.⁵ Es ging also um ein natürliches Zivilrecht. Umso verwunderlicher ist deshalb das nach wie vor geringe Interesse der Privatrechtsgeschichte an der Spätscholastik.

⁴ Bekanntlich waren die Spätscholastiker maßgeblich an der katholischen Thomas Renaissance im 16. Jahrhundert beteiligt. Vitoria legte seinen Vorlesungen deshalb nicht mehr die *Sententiae Lombardi*, sondern Schriften T. von Aquins zugrunde; wesentliche Werke dieser Tradition, insbesondere die großen Abhandlungen *De iustitia et iure*, erschienen als Kommentare zur *Summa theologia* T. von Aquins.

⁵ Ausführlich *Wim Decock*, From Law to Paradise: Confessional Catholicism and Legal Scholarship: Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte (Rg) 18 (2011) 12–34 (14 ff.); siehe auch *Thomas Duve*, Katholisches Kirchenrecht und Moralthologie im 16. Jahrhundert, Eine globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit, in: *Recht ohne Staat?*, hrsg. von *Stefan Kadelbach/Klaus Günther* (2011) 147–174 (158ff.).

Zwar hatte Josef Kohler bereits 1916 auf die Bedeutung dieser Autoren auch für das Privatrecht hingewiesen,⁶ und Thieme hatte 1953 noch einmal mit Nachdruck betont, dass die Vernachlässigung der spanischen Diskussionen zu einem »vollständig falsche[n], revisionsbedürftige[n] Geschichtsbild auch hinsichtlich [...] des natürlichen Privatrechts« geführt habe.⁷ Insbesondere für Grotius ist diese These durch Arbeiten von Diesselhorst,⁸ Feenstra⁹ und eine Reihe weiterer jüngerer Rechtshistoriker bestätigt worden.

Aber was bedeutet das eigentlich für das europäische Privatrecht? Hier scheint nach wie vor die Einschätzung vorzuherrschen, dass das spanische Naturrecht für die Entwicklung des modernen Privatrechts letztlich irrelevant geblieben ist.

⁶ Josef Kohler, Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 10 (1916/17) 235–263 (237, 248 ff.).

⁷ Thieme (oben N. 1) 263.

⁸ Malte Diesselhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen (1959).

⁹ Siehe beispielhaft Feenstra, Enrichment; ders., Negligence.

Zwar hatte Gordley die These aufgestellt, dass die wesentlichen Kategorien des modernen Vermögensrechts nicht von den Römern, sondern von den spanischen Naturrechtslehrern geprägt worden seien,¹⁰ und Zimmermann hatte in seinem »Law of Obligations« neben Thomas von Aquin und den späteren säkularen Naturrechtslehrern auch Covarruvias und Molina unter den »Principal Works Cited« aufgeführt.¹¹ Aber im »Historisch-Kritischen Kommentar« (HKK) führen die Spätscholastiker wieder eine Randexistenz;¹² und auch Ranieri hält diesen Aspekt der europäischen Rechtsgeschichte in seinem historisch-vergleichenden Handbuch zum Europäischen Obligationenrecht kaum für erwähnenswert.¹³

Schon Gordley schildert ja eine Verfallsgeschichte: Seit dem Ende des 17. Jahrhunderts seien die aristotelisch-thomistischen Grundlagen der spätscholastischen Theorie nicht mehr verstanden worden;¹⁴ dies erkläre die Schwierigkeiten seither, die aus dieser Tradition ererbten Lehren adäquat umzusetzen und fortzuentwickeln.

¹⁰ Gordley, *Origins* 5f. und passim; *ders.*, *Foundations of Private Law* (2006) 7 ff. und passim (zitiert: *Foundations*).

¹¹ Es ist deshalb geradezu absurd, Reinhard Zimmermann dafür zu kritisieren, dass er die europäische Rechtsgeschichte auf die gelehrte, legistische Tradition verkürze; so aber *Martin Schermaier*, *Non-Roman Foundations of European Legal Culture*, in: *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, hrsg. von *Roberto Fiori* III (2009) 313–332.

¹² Durchgesehen wurden die ersten beiden Bände. Nur ganz wenige Autoren (neben dem Verfasser), insbesondere Martin Schermaier und Mathias Schmoeckel, gehen näher auf die Spanische Spätscholastik ein; in den allermeisten Beiträgen wird sie gar nicht berücksichtigt.

¹³ *Filippo Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*³ (2009).

¹⁴ Gordley, *Origins* 112 ff., 121 ff.

I. Fragestellung

Angesichts solcher Befunde liegt es in einem Festheft für Reinhard Zimmermann gewiss nahe, nach der spezifischen Relevanz des spätscholastischen Naturrechts für das europäische Privatrecht zu fragen. Konkret soll das hier für die Restitutionslehre geschehen, die wesentliche Teile des Haftungs-, Schadens- und Bereicherungsrechts in einem einheitlichen Rechtsinstitut integrierte. Diese Lehre verdient schon deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil sie aufgrund ihrer Bedeutung für das Beichtsakrament ein Kernstück der spätscholastischen Theoriegebäude bildete und nicht zuletzt aufgrund dieser theologischen Fundierung paradigmatisch für die spätscholastische Theoriebildung war; zugleich stand sie an vielen Punkten quer zum römisch-gemeinen Recht. Macht man sich dabei bewusst, dass das moderne Recht an vielen Punkten eher der Restitutionslehre als dem römischen Recht entspricht, so scheint die außerordentliche Bedeutung des spätscholastischen Naturrechts auf der Hand zu liegen.¹⁵

¹⁵ In diesem Sinne etwa *Nufer* passim; *Udo Wolter*, Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB (1985) besonders 62 ff., 65 ff. (zur Naturalrestitution); *Unterreitmeier*, besonders 43 ff., 101 ff. (Schmerzensgeld).

Im Folgenden gilt es deshalb zunächst die Grundelemente der Restitutionslehre darzustellen (II.) und mit dem römisch-gemeinen Recht zu vergleichen (III.), bevor dann in einem zweiten Schritt gefragt werden kann, wie spätere Naturrechtslehrer – insbesondere Grotius, Stair und die gelehrten Juristen des *usus modernus* – mit dieser Lehre umgegangen sind (IV.– VI.). Nur ein detailliertes Verständnis der Prozesse des Abweisens und Annehmens erlaubt eine Antwort auf die Frage nach der Bedeutung dieser Doktrin für das heutige europäische Privatrecht (VII.).

II. Grundzüge der Restitutionslehre

Für einen modernen Juristen muss die Restitutionslehre freilich schon deshalb befremdlich wirken, weil hier das Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse auf der mittelalterlichen Vergebungs- und Beichtlehre aufruhte und damit theologisch, nicht rechtlich fundiert war. Freilich wurde die Lehre dabei als ein juristisch bis ins Einzelne ausdifferenziertes Theoriegebäude präsentiert; in ihrer entwickelten Form verband sie ihre theologischen Grundlagen mit Theorieelementen der griechischen Philosophie und des römisch-gemeinen Rechts und führte damit Wissenschaftsdiskurse zusammen, die zu Beginn des 16. Jahrhunderts eigentlich längst ausdifferenziert waren. Entsprechend lässt sich die Lehre im Rückgriff auf je einen theologischen, philosophischen und juristischen Grundgedanken rekonstruieren.¹⁶

(1) Zunächst steht hier die Augustinische Lehre, wonach eine Sünde nicht vergeben werden könne, solange der Sünder nicht das Weggenommene restituiert hatte (*non remittetur peccatum nisi restitatur ablatum*).¹⁷

¹⁶Näher *Nils Jansen*, Zur Diskussion um die Restitutionslehre bei Francisco de Vitoria und seinen Nachfolgern, [demnächst] in: *Recht zwischen Philosophie, Theologie und Jurisprudenz*, hrsg. von *Kristin Bunge u.a.* (2012) (zitiert: Restitutionslehre).

¹⁷*Augustinus*, Epistola CLIII (ad Macedonium) Rz. 20, in: *Patrologia Latina* 33, hrsg. von *Jacques Paul Migne* (Paris 1861) Sp. 653, 662; vgl. *Gerhard Otte*, Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria (1964) 64.

Nach dieser Doktrin, die bereits früh Eingang in die mittelalterliche Theologie¹⁸ und ins kanonische Recht¹⁹ gefunden hatte, hing die Beziehung eines Christen zu Gott davon ab, dass er seinen Pflichten gegenüber seinen Mitmenschen nachkam. Dabei war die Restitution zwar ursprünglich nur auf das biblische Diebstahlsverbot (2. Mos. 20,15) bezogen; sie wurde aber stets in einem viel umfassenderen Sinn verstanden und sollte insbesondere auch den Ausgleich von Schädigungen mit umfassen.²⁰ Gleichwohl hatte diese Lehre aber zunächst keine spezifisch juristische Bedeutung; insbesondere war damit kein subjektives Recht des Geschädigten verbunden. Aus theologischer Sicht galt es sogar als unangemessen, Restitution zu verlangen;²¹ jedenfalls ging es allein um das Seelenheil des Sünders.²² Der Zweck der Restitution erschöpfte sich in der Beziehung des Menschen zu Gott. Im Mittelalter war das allerdings außerordentlich wichtig, auch im Recht.²³

¹⁸ *Petrus Lombardus*, *Sententiae in IV libris distinctae* (Specilegium Bonaventurianum, IV und V, 1971/1981) *liber III, distinctio XV, caput VII*, Rz. 9.

¹⁹ *Decretum Gratiani*, XIV, VI, I; *Liber Sextus*, V, XII *De reg. iur.*, IV. Schon Ivo von Chartres hatte diese Lehre als einen Grundsatz des kanonischen Rechts behandelt: *Hallebeek* 21 f.

²⁰ *Lombardus* (oben N. 18) III, XXXVII, V; *Karl Weinzierl*, *Die Restitutionslehre der Frühscholastik* (1936) 11 ff.

²¹ *Biblia sacra cum glossa ordinaria* (Strassburg 1480/81, Neudruck 1992) Gl. *Iam quidem* zu 1. Kor. 6,7.

²² Näher *Jansen*, *Restitutionslehre* (oben N. 16) I.1.

²³ Beispielsweise machte der Hinweis auf das Seelenheil des verstorbenen Erblassers es möglich, die an sich unmissverständliche römische Regel von der passiven Unvererblichkeit von Deliktsobligationen (Inst. 4,12,1; dazu *Zimmermann*, *Obligations* 915 f.) zu überwinden. Siehe für die neue Regel den *Liber extra* (Decretales Gregorii IX 5,17,5); später *Bartolus*, *Commentaria* (Lyon 1552) zu D. 47,1 (*De privatis delictis*), 1,1, *Civilis*, n. 6 (Naturrechtsgrundsatz); näher *Nils Jansen*, *Die Struktur des Haftungsrechts* (2003) 283 m.w.N. (zitiert: *Haftungsrecht*).

(2) Ein ganz anderes Bild bietet sich freilich bereits bei Thomas von Aquin, der die Restitutionslehre im Rückgriff auf die Aristotelische Kategorie der ausgleichenden Gerechtigkeit reformuliert hatte (*restitutio est actus commutativae justitiae*).²⁴ Zwar wurde die Restitutionspflicht damit nicht von der Augustinischen Vergebungsdoktrin entkoppelt, doch sollte sie jetzt primär zugunsten des Geschädigten bestehen und dabei zugleich am Gleichheitsgedanken ausgerichtet sein. Grundsätzlich hatte der Geschädigte deshalb einen Anspruch auf einen vollen Schadensausgleich, allerdings sollte er auch nicht mehr erhalten, als er verloren hatte. Das bedeutete, dass die Restitution niemals primär auf eine Abschöpfung der Bereicherung beim Restitutionsschuldner zielte – eine Bereicherung, die nicht zum Nachteil eines anderen erfolgte, wurde nicht als Problem wahrgenommen. Am Ausgangspunkt der Argumentation stand vielmehr stets der Verlust des Geschädigten.²⁵ Systematisch und funktional bildete die Bereicherung also ein Äquivalent zum Verschuldenserfordernis: Sie bildete einen (schwachen) Grund für die Restitutionspflicht des Schuldners.

²⁴ von Aquin LXII, I, *resp.* Zuvor bereits *Albertus Magnus*, *Commentarii* in IV libros *Sententiarum* (*Opera Omnia*), hrsg. von *Steph. Caes. Aug. Borgnet*, XXV–XXX (Paris 1893–94) *liber* IV, *distinctio* XV, *articulus* XLII.

²⁵ von Aquin LXII, VI: »Ad primum ergo dicendum, quod restitutio non ordinatur principaliter ad hoc quod ille qui plus habet quam debet, habere desinat; sed ad hoc quod illi qui minus habet, suppleatur«; vgl. auch *ad tertium*: »[...] quia restitutio principaliter ordinatur ad removendum damnum ejus a quo est aliquid injuste ablatum«.

(3) Zu einem in der täglichen Beichtpraxis operationablen Institut wurde die Lehre allerdings erst in der Spätscholastik. Entscheidend war dabei der Satz, dass die Restitution ihre Grundlage in einer Konzeption geschützter Rechte (*dominium*) finde: »omnis restitutio fundatur in dominio«, so hatte das Vitoria, der Gründervater der Spanischen Spätscholastik, autoritativ formuliert.²⁶ Dies war ein genuin juristischer Gedanke, der die zuvor eher intuitive Vorstellung einer Wiederherstellung gestörter Gleichheit konkretisierte. Denn der Begriff des *dominium* bestimmte, was überhaupt als Gleichheitsstörung zu gelten hatte. Nicht jede Beeinträchtigung eines anderen sollte eine Restitutionspflicht auslösen; vielmehr kam es stets auf eine Verletzung der geschützten Rechtssphäre des Geschädigten an. Damit wurde eine zunehmend komplex beschriebene Konzeption individueller Rechte zur Grundlage jeder außervertraglichen Ausgleichspflicht: Die Restitution schützte die physische Integrität von Menschen, ihre Persönlichkeits- und Geltungsinteressen (*honor* und *fama*) sowie ihr Eigentum und weitere vergleichbar geschützte Rechte, zu denen die Spätscholastiker durchaus auch das Recht zählen, nicht mittels unlauterer Methoden wirtschaftlich geschädigt zu werden.

²⁶ Vitoria, Commentaria LXII, I, 6.

Mit diesen drei Bausteinen ließ sich ein einfach strukturiertes Theoriegebäude errichten, das insgesamt das Haftungs- und Schadensrecht sowie die Vindikation, die Eingriffskondiktion und das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis in einer Theorie zusammenfügte. Freilich waren das keine naturrechtlichen Kategorien. Im Anschluss an Thomas von Aquin²⁷ unterschieden die Spätscholastiker vielmehr zwei Restitutionsformen, mit denen sie seitens des Schuldners zwei selbständige Haftungsgründe identifizierten.²⁸ Die *restitutio ratione rei* sollte allein auf dem unberechtigten Innehaben fremden Guts beruhen; sie fand ihren Grund also im Eigentum eines anderen bzw. in einer Bereicherung aus fremdem Vermögen. Demgegenüber formulierte die *restitutio ratione acceptionis* eine Restitutionspflicht aufgrund der Art und Weise der Entgegennahme einer Sache, wobei die schuldhaft-rechtswidrige Schädigung eines anderen im Mittelpunkt stand; hier ging es um Haftungsansprüche auf Schadensersatz.²⁹

²⁷ von Aquin LXII, I und VI. Angelegt ward die Unterscheidung bereits bei A. Magnus (oben N. 24) IV, XV, XLII.

²⁸ Statt aller Cajetan zu LXII, VI; Soto IV, VII, II; Lessius II, VII, IV, 15; *dub.* V, 19.

²⁹ Daneben standen ursprünglich noch vertragliche Rückgabe- und Rückzahlungsansprüche (vgl. von Aquin LXII, I, VI und öfter), die aber zunehmend aus spezifisch vertragsrechtlicher Perspektive beurteilt und aus dem System der Restitution ausgegliedert wurden; siehe etwa Molina II, 714, 1 und 717, 1; Lessius II, VII, IV, 15 ff.; vgl. auch Hallebeek 50 ff.

Freilich handelte es sich bei diesen Restitutionsformen nicht um gesonderte Institute, sondern lediglich um getrennte Kategorien innerhalb eines einheitlichen Instituts, das zum einen durch den Bezug der *restitutio* auf das *dominium* des Gläubigers, zum anderen durch den Gedanken der Restitution als Voraussetzung der Sündenvergebung zusammengehalten wurde; dieser Bezug auf die Sündenvergebung bot damit eine übergreifende spirituelle Begründung für die nichtvertragliche Verantwortlichkeit von Christenmenschen.

III. Restitutionslehre und römisch-gemeines Recht

Offenkundig stand dieses Theoriegebäude in seiner Grundstruktur quer zu den gemeinrechtlichen Kategorien. Insbesondere umfasste die *restitutio ratione rei* gleichermaßen und undifferenziert dingliche und schuldrechtliche Herausgabeansprüche.³⁰ Aus theologischer Perspektive bestand nämlich kein Grund für eine solche Differenzierung; und auch im römischen Recht stand diese Differenzierung nicht für substantielle Wertungen,³¹ sondern war primär von aktionenrechtlicher Bedeutung.³²

³⁰ Vgl. *Feenstra*, Enrichment 209; *Hallebeek* 47 f., 50. Autoren wie Lessius, die dingliche und schuldrechtliche Ansprüche klar unterschieden, haben deshalb offengelassen, wo die *restitutio* hingehöre: *Lessius* II, II, II, 11 f.

³¹ Vgl. *Zimmermann*, Obligations 24 ff.; HKK (*Michaels*) Vor § 241, Systemfragen des Schuldrechts, Rz. 18 f. Die Unterscheidung steht erst im BGB für spezifische Wertungen wie das Abstraktionsprinzip.

³² *Hallebeek* 58 f., 81 ff. Ein schuldrechtlicher Ausgleich kam erst in Frage, wenn der Eigentümer sein Eigentum und damit im Regelfall auch die *rei vindicatio* verloren hatte.

Die Wertungen, die diese Differenzierung im modernen Recht tragen, insbesondere der sachenrechtliche Verkehrsschutz³³ sowie die richtige Rückabwicklung in komplexen Vertragsbeziehungen,³⁴ waren im römisch-gemeinen Recht des 16. Jahrhunderts und zunächst auch für die spätscholastische Theoriebildung ohne Bedeutung.

Zum anderen stand das geschlossene Ausgleichssystem der spätscholastischen Restitutionslehre in deutlichem Gegensatz zu dem in mancher Hinsicht komplexen, aber auch lückenhaften römischen Recht und auch zu den zeitgenössischen Volksrechten. Die Restitutionslehre zielte nämlich auf einen vollständigen Ausgleich von Beeinträchtigungen der Rechtssphäre des Gläubigers und war damit materiellrechtlich konstruiert.

³³ *Fritz Baur/Jürgen F. Baur/Rolf Stürner*, Sachenrecht¹⁸ (2009) 57 ff. (§ 5, Rz. 44, 48 f.), 707 ff. (§ 53, Rz. 23 ff.).

³⁴ *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2¹³ (1994) 199 ff. (§ 70).

Folgerichtig war für die Spätscholastiker selbstverständlich, dass es im Rahmen der *restitutio ratione acceptionis* den Schaden soweit als möglich wiedergutzumachen galt,³⁵ und dass auch ein gutgläubiger Schuldner im Rahmen der *restitutio ratione rei* seine Bereicherung aus fremdem Recht vollständig – freilich auch nur in Höhe der verbliebenen Bereicherung – herauszugeben hatte.³⁶ Beide Sätze galten nach römischem und gemeinem Recht gerade nicht: Hier musste die Argumentation stets auf eine konkrete *actio* bezogen sein; das Schadensrecht wurde als kaum zu durchdringendes Wirrwarr spitzfindiger Distinktionen dargestellt;³⁷ und das Bereicherungsverbot war als bloße *regula iuris*³⁸ nicht unmittelbar anwendbar und verfügte daher über keine klaren dogmatischen

³⁵ *Molina* II, 715, 1: »restitutio est reductio defraudati ac laesi ad id omnino, in quo ante defraudationem ac laesionem erat, quod fit reddendo illi idem numero, in quo fuit defraudatus ac laesus«; siehe auch *disp.* 715 und 726; ferner etwa *Azpilcueta* XVII, 27; *Lessius* II, VII, Vff.

³⁶ Grundlegend *Cajetan* zu LXII, I und VI: Eine Bereicherung *effectus rei* könne auch in ersparten Aufwendungen bestehen. Wer etwa bei einem Festmahl gutgläubig ein gestohlenen Kalb verzehrt habe, müsse die dadurch erlangte Bereicherung herausgeben, doch komme es dafür nicht auf den Wert des opulenten Mahls an, sondern auf die Ersparnis des Schuldners, also auf den Wert einer für ihn üblichen Mahlzeit. Weiterführend *Vitoria*, *Commentaria* LXII, VI, 2: »restitutio ratione rei [...] in alia specie et loco ejus«. Zu haften sei, weil und soweit die Sache *virtualiter* beim Restitutionsschuldner verbleibe, also soweit ihr Wert (so *Vitoria*, *Commentaria* LXII, VI, 2; *Covarruvias pars* III, *initium*, Rz. 3; *Lessius* II, XIV, I, 5) als positive Vermögensdifferenz (*Molina* II, 720, 1) beim Schuldner vorhanden sei.

³⁷ HKK (*Jansen*) §§ 249–253, 255, Rz. 12 f. m.w.N.; näher *Hermann Lange*, Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie (1955) 16 ff.; *Hans Josef Wieling*, Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1970) 26 ff., 67 ff., jeweils m.w.N.

³⁸ *Pomponius* D. 50,17,206; *Liber Sextus*, V, XII *De reg. iur.*, XLVIII.

bzw. teleologischen Konturen.³⁹ Entsprechend war ein allgemeiner Tatbestand der Eingriffskondiktion ebenso wenig anerkannt⁴⁰ wie der Grundsatz vollständigen Schadensausgleichs,⁴¹ zumal die außervertraglichen Ausgleichsansprüche auch noch durch eine Vielzahl unterschiedlichster Einzelwertungen eingeschränkt waren – Beispiele waren etwa der Grundsatz, dass der Körper eines freien Menschen einer monetären Wertschätzung entzogen sei,⁴² oder die Regel, dass Verwendungen auf ein fremdes Grundstück nicht selbständig, sondern nur mittels eines Zurückbehaltungsrechts geltend gemacht werden konnten.⁴³ Umgekehrt fand sich im römischen Recht und auch in den Volksrechten aber eine Reihe von Privatstrafen,⁴⁴ für die in der Restitutionslehre kein Platz mehr sein konnte. Denn hier galt es als evidentes Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit, dass die *restitutio* durch den Verlust des Verletzten begrenzt, der Schädiger zu einer Bußzahlung also nicht verpflichtet war.⁴⁵

³⁹ Vgl. jetzt auch *Sebastian Lohsse*, *Aequitas Martiniana* (Typoskript 2011) §§ 4, 6 und öfter.

⁴⁰ Wesentlich spezieller zugeschnitten waren die Tatbestände der *condictio ex causa furtiva* und der daran angelehnten *condictiones ex iniusta causa* bzw. *possessio* sowie geschäftsführungsrechtlich begründete Eingriffshaftung nach *African D.* 3,5,48 (49); zum Ganzen *Susanne Häbchen*, *Die causa condictio* (2002) 79 ff., 111 ff.; *Jansen*, Korrektur 126 ff.

⁴¹ HKK (*Jansen*) §§ 249–253, 255, Rz. 12 ff. m.w.N.

⁴² »Corpus liberi non recipit aestimationem« *Gaius D.* 9,3,7; ähnlich *ders. D.* 9,1,3; *Ulpian D.* 9,3,1,5.

⁴³ Inst. 2,1,30; siehe auch *Papinian D.* 6,1,48 und 65 pr.; *Paulus D.* 10,3,14,1.

⁴⁴ HKK (*Jansen*) §§ 249–253, 255, Rz. 10, 15 m.w.N.

⁴⁵ *Aspilcueta XVII*, 13; *Soto IV*, VI, III, bei *Tertium argumentum*; *Molina II*, 715, besonders Rz. 6 f. Für ein konkretes Beispiel – die *poena* von 50 Goldstücken nach *D.* 9,3,1,5 – *Lessius II*, IX, XX, 132.

Nun sollte man diesen Wertungsgegensatz zwischen dem Recht des Spätmittelalters und der theologischen Restitutionslehre nicht überzeichnen: Die Juristen kannten früh das abstrakte Konzept eines Vermögensschadens;⁴⁶ wo römische Regeln ganz und gar nicht zur Lebenswirklichkeit des Mittelalters passten, konnte man sie durchaus überwinden;⁴⁷ und ebenso wie die theologischen Naturrechtslehrer sahen auch viele Legisten das Bedürfnis eines umfassenderen Bereicherungsausgleichs.⁴⁸ Gleichwohl blieben wichtige Differenzen im Einzelnen; zwei Beispiele können das illustrieren: (1) Das erste betrifft den Ausgleich im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis: Hinsichtlich Verwendungen hatte das römisch-gemeine Recht überhaupt nur gutgläubige Besitzer geschützt und diese dabei grundsätzlich auf ein Zurückbehaltungsrecht beschränkt.⁴⁹

⁴⁶ Glossa Ordinaria (Lyon 1624f.) Gl. *possibile est* zu C. 7,47,1: »interesse est damnum emergens, et lucrum cessans ex eo quod aliquid fieri cessatur«. Zur Diskussion *Lange* (oben N. 37) 13 ff. m.w.N.

⁴⁷ Das galt etwa für die Regel, dass bei der Tötung eines freien Menschen grundsätzlich kein Ausgleich geschuldet sei (oben N. 42). Anders bereits die Gl. *Habet actionem* zu D. 9,2,13 pr. (vorige Note); vgl. auch die Gl. *Gloriae causa* zu D. 9,2,7,4; ebenso *Azq.*, Summa in ius civile (Lyon 1564) zu C. 3,35 (De lege Aquilia), Rz. 15. Siehe auch *Robert Feenstra*, Die Glossatoren und die actio legis Aquiliae utilis bei Tötung eines freien Menschen, in: *Das Römische Recht im Mittelalter*, hrsg. von *Eltjo J. H. Schrage* (1987) 205–232 (221 ff.).

⁴⁸ Zur Lehre Martinus di Gosias jetzt insbesondere *Lohsse* (oben N. 39) §§ 7–12.

⁴⁹ Oben N. 43; nur ausnahmsweise wurde eine *actio negotiorum gestorum* gewährt; vgl. etwa *Papinian* D. 5,3,50,1.

Gab der Besitzer die Sache aus der Hand, so verlor er damit jeden Ausgleichsanspruch. Ganz anders wertete hier die Restitutionslehre: Für eine Einschränkung auf ein Zurückbehaltungsrecht gab es ohnehin keinen Anhalt; und soweit der Eigentümer tatsächlich bereichert war, sollte auch ein bösgläubiger Besitzer restitutionsberechtigt sein – auch ein Dieb (*fur*) konnte also werterhöhende Verwendungen auf die Sache geltend machen.⁵⁰ Umgekehrt war die Restitutionspflicht eines gutgläubigen Besitzers wegen gezogener Früchte – wieder entgegen römisch-gemeinem Recht⁵¹ – auch dann nicht ausgeschlossen, wenn er die Früchte verbraucht hatte; vielmehr kam es auch hier auf die wirtschaftliche Bereicherung an: Früchte, die den Nutzwert der Sache verkörperten,⁵² gehörten dem Eigentümer; die Restitutionspflicht bildete dann eine Konsequenz der Bereicherung aus dem fremden *dominium*.⁵³

⁵⁰ *Covarruvias pars* II, § 6, Rz. 3; ferner etwa *Azpilcueta* XVII, 25; *Molina* II, 725, 3 für Aufwendungen, die auch der Eigentümer getätigt hätte.

⁵¹ Inst. 2,1,35 und 4,17,2; C. 3,32,22 (Imp. Diocletian und Maximian); siehe noch *Arnold Vinnius*, In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius³ (Amsterdam 1659) *liber* II, *titulus* I, § 35, Rz. 5 ff.

⁵² *Lessius* II, XII, XVII, 110.

⁵³ *Soto* IV, VII, II (S. 272); *Molina* II, 718 *pr.*; *Lessius* II, XIV, II m.w.N.

(2) Das zweite Beispiel betrifft Rufschädigungen und Verletzungen der Ehre.⁵⁴ Hier ging es um Rechtsgüter, deren Bedeutung in der Welt des 16. Jahrhunderts kaum überschätzt werden kann. Schon deshalb musste das Interesse an einer Wiederherstellung im Vordergrund stehen. In der theologischen Literatur stand daher seit langem fest, dass solche Rechtsverletzungen in erster Linie tatsächlich, also im Wege der Naturalrestitution, wieder rückgängig zu machen seien;⁵⁵ vielerorts war das auch statutarisch oder gewohnheitsrechtlich etabliert.⁵⁶ Auch wenn die römische *actio iniuriarum* hier ausschließlich Privatstrafen vorsah,⁵⁷ war für die Spätscholastiker deshalb selbstverständlich, dass Rufschädigungen durch eine Richtigstellung bzw. einen Widerruf auszuräumen waren. Bei Beleidigungen sollte der Täter eine ausdrückliche oder symbolische Ehrerweisung (*exhibitio reverentiae*) bzw. eine Entschuldigung leisten.⁵⁸

⁵⁴ Aus der Sekundärliteratur insbesondere Nufer 38 ff.; Unterreitmeier 44 ff.; Gordley, Foundations (oben N. 10) 222 ff., jeweils m.w.N.

⁵⁵ Raimundus de Pennaforte, Summa de Paenitentia, hrsg. von Xavero Ochoa/Aloisio Diez (1976) liber II, titulus V, Rz. 42; T. von Aquin LXII, II, ad sec.; Johannes Duns Scotus, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum (cum Commentario R. P. F. Antonii Hiquaei IX [Lyon 1639]) liber IV, distinctio XV, quaestio IV.

⁵⁶ Covarruvias, Variarum [...] resolutionum libri, in: ders., Opera Omnia II (oben N. *) 1–342, liber I, caput XI, Rz. 2; näher zur Geschichte dieser *actio ad palinodiam* C. von Wallenrodt, Die Injurienklagen auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung in ihrer Entstehung, Fortbildung und ihrem Verfall: Z. f. RGesch. 3 (1864) 238–300 (243 ff., 255 ff.).

⁵⁷ Zimmermann, Obligations 1059.

⁵⁸ Cajetan zu LXII, II und q. LXXIII, passim; Vitoria, Commentaria LXII, II, 17; Azpilcueta XVIII, 45; Molina IV, 41 und 46; Báñez LXII, II, VIII, sec. und tert. concl.

Insbesondere für eine Richtigstellung musste der Restitutionsschuldner dabei alles ihm Mögliche tun, also unter Umständen auch durch ein Eingeständnis lügnerischer Nachrede den eigenen Ruf aufs Spiel setzen.⁵⁹ Denn eine Rufschädigung konnte man sich durchaus wie einen Diebstahl als Wegnahme vorstellen, solange es in der Hand des Schädigers lag, den guten Ruf (*fama*) wiederherzustellen.⁶⁰ Selbstverständlich hatte der Restitutionsschuldner zudem auch die wirtschaftlichen Schadensfolgen einer üblen Nachrede auszugleichen, etwa wenn der Geschädigte aufgrund der Leumundsschädigung ein angestrebtes Amt nicht erhielt oder wenn sich eine vorteilhafte Heiratsaussicht zerschlug.⁶¹

Fast noch interessanter war die Diskussion eines Ausgleichs, wenn eine tatsächliche Restitution ausschied. Solche Fälle waren häufig: Öffentliche Beleidigungen oder ein bekannt gewordener Ehebruch ließen sich kaum aus der Welt schaffen;⁶² und ein Mann niederen Standes durfte einem Edelmann oder kirchlichen Würdenträger weder eine Entschuldigung noch einen öffentlichen Widerruf abverlangen.⁶³

⁵⁹ Ausführlich *Molina* IV, 41, 2 ff.

⁶⁰ *Soto* IV, VI, III (S. 250); *Lessius* II, XI, XXII, 118: »Qui famam alterius laedit, potius est similis furi rem alienam auferenti, quàm damnum inferenti peremptione rei: nam ex natura rei fama illius manet in ejus potestate, quasi eam apud se retineat [...]«. Der Gedanke war offenbar alt; vgl. *Magnus* (oben N. 24) IV, XV, XLIII.

⁶¹ *Aspilcueta* XVII, 90; *Molina* IV, 41, 1, *disp.* 42, 1 f., *disp.* 45, 2 und 4; *Lessius* II, XI, XIX, 101 ff. Zu ersetzen war hier die verlorene Chance (*spes*), den Posten zu erhalten.

⁶² *Molina* IV, 46.

⁶³ *Lessius* II, XI, XXVI, 138, *dub.* XXVII, 144; *Bañez* LXII, II, I, *nona concl.*, jeweils mit ausführlicher Diskussion und w.N.

Die Frage lag deshalb nahe, ob anstelle der Naturalrestitution gegebenenfalls Geld als ein nicht pöner Ausgleich für den immateriellen Verlust zu zahlen sei. Thomas von Aquin hatte das offenbar so gesehen;⁶⁴ Autoren wie Vitoria und Molina hielten eine Geldzahlung ganz allgemein für ein adäquates Mittel zum Ausgleich einer Beleidigung;⁶⁵ und Soto hatte diese Auffassung mit dem Aristotelischen Argument gestützt, dass Geld sämtliche Güter kommensurabel mache.⁶⁶

Freilich war dieses Argument auf Widerstand gestoßen – Geld wurde nur als Wertmesser materieller Güter akzeptiert.⁶⁷ Insbesondere Lessius hatte deshalb einen Anspruch auf eine ausgleichende Geldzahlung gänzlich abgelehnt. Unter Personen höheren Standes sei es geradezu lächerlich, sich einen Verlust der Ehre in Geld abkaufen zu lassen.⁶⁸

⁶⁴ von Aquin LXII, II, *ad prim.* und *ad sec.*

⁶⁵ Molina IV, 46, 2ff., *disp.* 49, 5; Vitoria, *Commentaria* LXII, II, 19 (zur Frage, ob man im Rahmen eines Vergleichs auf eine Wiederherstellung der Ehre verzichten dürfe); vgl. auch Rz. 29 f.

⁶⁶ Soto IV, VI, III (S. 253): »[...] cum pecunia pretium sit omnium rerum, illa aestimatur & honor & fama«. Auch Soto hatte dieses Argument auf weltliche Güter (Vermögen, Ehre, Körpergüter) beschränkt, also spirituelle Güter (die Integrität der Seele) ausgenommen: Soto IV, VI, III, *tert. concl.* (S. 246).

⁶⁷ Detailliert Lessius II, XI, XVI, 93 f.; Báñez LXII, II, X, *vor prim. concl.* Dahinter stand letztlich eine von Cajetan (zu LXII, VI) formulierte Wertordnungstheorie, wonach geistige Güter (*bona spirituales*), Persönlichkeitsgüter wie Leben und Körper (*bona corporis*), Ehre und der gute Ruf (*bona famae, aut honoris*) sowie materielle Güter (*bona pecuniae*) im Rang jeweils abgestuften Ordnungen (*bonorum ordines*) zugehören sollten; vgl. Azpilcueta XVIII, 47, XVII, 89; Lessius II, XI, XV, 86 f.; Báñez LXII, II, V, *vor prim. concl., sec. concl.* und öfter. Zwar waren Einzelheiten strittig, insbesondere die Frage, wo *honor* und *fama* einzuordnen seien; vgl. etwa Lessius II, IV, XI, 59 f. m.w.N. In ihren Grundzügen war die Theorie aber allgemein akzeptiert. Missverständlich insoweit Wim Decock, Jesuit freedom of contract: T. RGesch. 77 (2009) 423–458 (435 f.).

⁶⁸ Lessius II, XI, XVI, 93 f.

Nun brauchen Einzelheiten dieser bis zuletzt streitigen Diskussion hier nicht zu interessieren. Jedenfalls bestanden viele Autoren auf einer Ausgleichspflicht (*compensatio*), obgleich sie davon ausgingen, dass Ehrverletzungen finanziell nicht zu beziffern waren. Sie sahen in der Zahlung keinen Preis für den verlorenen guten Ruf, sondern einen Ausgleich für den zugefügten Schaden.⁶⁹ Offenbar war eine finanzielle Wiedergutmachung unmöglich, doch galt ein Verzicht auf einen Ausgleich als moralisch inakzeptabel. Haftete dem Geldausgleich damit ein unangenehmer Armeleutegeruch an,⁷⁰ so hatte die Inkommensurabilitätsthese den elitären *haut goût* des lebensfremd Interessewidrigen. Wichtiger ist freilich, dass sowohl der Gedanke der tatsächlichen Wiedergutmachung als auch der des finanziellen Ausgleichs eine Konsequenz des ausgleichsorientierten, rechtsgutsbezogenen Verständnisses nichtvertraglicher Rechtsverhältnisse bildeten. Wer der Rezeption spätscholastischer Lehren nachgeht, muss deshalb fragen, wie weit dieses Verständnis Eingang in den naturrechtlichen bzw. gemeinrechtlichen Diskurs gefunden hat.

⁶⁹ *Aspilcueta* XVII, 90: »[...] quando fama restitui non potest aliqua pecunia est compensanda: tum quia id non fit, eo quod fama suapte natura aestimabilis sit, sed quia alia compensatio fieri nequit [...] id non datur pro pretio famae, quae nullum habet, sed pro compensatione damni quod ob eius iactura obvenit [...]«. Siehe auch XVIII, 43; *Molina* IV, 46, 2; selbst *Lessius* (II, XI, XVI, 95 und *dub.* XXVI, 138) plädierte unter bestimmten Umständen für einen Ausgleich; ähnlich, mit ausführlicher probabilistischer Begründung *Báñez* LXII, II, X.

⁷⁰ So *Nufer* 40.

IV. Hugo Grotius

Blickt man dafür in Grotius' »Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd« von 1621 (publiziert 1631), so lassen sich dort in der Tat wesentliche Elemente der Restitutionslehre wiederfinden.⁷¹ Denn hier hatte Grotius sich von den Kategorien des römisch-gemeinen Rechts weitgehend unabhängig gemacht. Für die Gliederung des Obligationenrechts hatte er stattdessen auf die beiden Entstehungsgründe Vertrag und Ungleichheit abgestellt⁷² und bei letzteren sodann Schuldverhältnisse, bei denen die Ungleichheit zu einer Bereicherung führte, von solchen unterschieden, bei denen die Ungleichheit vom Schuldner verursacht war.⁷³ Offenkundig waren das die Kategorien der *restitutio ratione rei* und der *restitutio ratione acceptionis*. Entsprechend definierte Grotius die anspruchsbegründende Ungleichheit als Verletzung individueller Rechte,⁷⁴ wobei die Verletzung eines solchen Rechts folgerichtig sowohl Haftungs-⁷⁵ als auch Bereicherungsansprüche auslösen sollte.⁷⁶

⁷¹ Vgl. insbesondere *Feenstra*, Enrichment 200 ff.; *ders.*, Negligence 132 ff.; *ders.*, Der Eigentumsbegriff bei Hugo Grotius im Licht einiger mittelalterlicher und spätscholastischer Quellen, in: FS Franz Wieacker (1978) 209–234 (219 ff., 226 ff.).

⁷² *Grotius*, Inleiding, III, I, 9 ff. Im römischen Recht stand hier die unglückliche Gliederung in Verträge, Quasiverträge, Delikte und Quasidelikte: Inst. 3,13,2.

⁷³ *Grotius*, Inleiding III, I, 14 ff.

⁷⁴ *Grotius*, Inleiding III, XXXIII, 1 ff.

⁷⁵ *Grotius*, Inleiding III, XXXIII–XXXVII. In djbp (I, II, I, 5; *lib.* II, XVII, If.) qualifiziert *Grotius* solche Rechtsverletzungen als haftungsbegründende *iniuria*.

⁷⁶ *Grotius*, Inleiding III, I, 14 ff.; III, XXX, 1 und *passim*.

War umgekehrt kein solches Recht verletzt, so fehlte es von vornherein an einem ersatzfähigen Schaden (*damnum*);⁷⁷ und wo eine Bereicherung nicht aus einer solchen Rechtsverletzung resultierte, war sie auch nicht auszugleichen.⁷⁸

Grotius übernahm nicht nur den gerechtigkeitstheoretischen Rahmen der spätscholastischen Theorie, sondern auch tragende Theoriestücke wie das Konzept einer *obligatio ex dominio*.⁷⁹ Während diese Kategorie in der »Inleiding« allerdings lediglich als übergreifendes Darstellungsmittel für eine bereicherungsrechtliche Rekonstruktion der römischen Kondiktionen diente,⁸⁰ führte Grotius in dem etwas späteren »De iure belli ac pacis« (1625) die schuldrechtlichen Bereicherungsansprüche und die *rei vindicatio* auch gedanklich eng zusammen. Die Ansprüche erscheinen dort nämlich gemeinsam als Anhang zum Sachenrecht⁸¹ unter der Überschrift »De obligatione quae ex dominio oritur«.

⁷⁷ Grotius, djbp II, XVII, II.

⁷⁸ Grotius, Inleiding III, I, 14 ff.; III, XXX, 1, 18 f.

⁷⁹ Grotius, Inleiding III, XXX, 1, 18 f.: »Verbintenisse [...] uit eens anders goed«; ausdrücklich *ders.*, djbp II, X: »De Obligatione quae ex dominio oritur«.

⁸⁰ Grotius, Inleiding III, XXX, 2 ff. Vgl. Feenstra, Enrichment 205 ff.; Jansen, Korrektur 138 f. Für die römischen quasivertraglichen Argumente war deshalb kein Platz mehr; vgl. Peter Birks/Grant McLeod, The Implied Contract Theory of Quasi-Contract: Oxford J. Leg. Stud. 6 (1986) 46–85 (63 f.).

⁸¹ Grotius, djbp II, X; die *cap.* III–IX behandeln den Eigentumserwerb.

Ebenso wie nach spätscholastischer Lehre⁸² handelt es sich also um Ansprüche, die unmittelbar das (verletzte) Eigentumsrecht verwirklichen.⁸³

Die Konsequenzen dieses restitutorischen Ansatzes lassen sich bis in einzelne Regeln nachverfolgen. So übernahm Grotius ohne weiteres die spätscholastischen Regeln für Rufschädigungen und Ehrverletzungen,⁸⁴ und gegen die ganz herrschende Lehre seiner Zeit⁸⁵ sprach er sich im Rückgriff auf spezielle spätscholastische Argumente auch für eine strikte Sachhaftung für *faits des choses* und übergreifendes Feuer aus.⁸⁶ Ähnlich innovativ stellte er die römischen Kondiktionen als Beispielsfälle des allgemeinen Bereicherungsverbots dar⁸⁷ und etablierte damit eine bereicherungsrechtliche Generalklausel,⁸⁸ obgleich sich dafür im römisch-gemeinen Recht keine Grundlage fand.⁸⁹

⁸² Oben bei N. 30.

⁸³ *Grotius*, djbp II, X. Siehe auch § I, 1: »Explicato, quantum instituto nostro sufficit, jure eo, quod in personas aut res nobis competit, videndum etiam, quae exinde nascitur obligatio adversum nos. Nascitur autem haec aut e rebus exstantibus (rerum nomine iam comprehendam etiam ius in personas, qua utile nobis esse potest) aut non exstantibus.« Während die *obligatio ex rei exstante* hier der römischen *rei vindicatio* entspricht (vgl. a.a.O., § I, 2 ff.), ist die *obligatio ex rei non exstante* ein allgemeiner Bereicherungsanspruch (a.a.O., §§ II ff.).

⁸⁴ *Grotius*, Inleiding III, XXXII, 17 und III, XXXVI; *ders.*, djbp II, XVII, 22; vgl. *Unterreitmeier* 82 (allerdings missverständlich zu den *bona utiles*; vgl. oben N. 67).

⁸⁵ *C. G. van der Merwe*, Erscheinungsformen verschuldensunabhängiger Haftung, in: *Das römisch-holländische Recht*, hrsg. von *Robert Feenstra/Reinhard Zimmermann* (1992) 455–484 (479).

⁸⁶ *Grotius*, Inleiding III, 38, 2; näher *Nils Jansen*, Duties and Rights in Negligence: Oxford J. Leg. Stud. 24 (2004) 443–469 (456 ff.) (zitiert: Duties).

⁸⁷ *Grotius*, Inleiding III, 30, 4 ff.

⁸⁸ *Grotius*, Inleiding III, 30, 18; genauer djbp II, X.

⁸⁹ Näher *Jansen*, Korrektur 145 ff. m.w.N.

Damit war der Weg offen für Bereicherungsansprüche auch jenseits der in den römischen Quellen anerkannten Fälle. Ein Beispiel dafür, das Grotius wiederum aus der spätscholastischen Diskussion übernahm,⁹⁰ war der Anspruch eines bestohlenen Kalbeigentümers gegen Festgäste, die das Fleisch gutgläubig verzehrt hatten,⁹¹ ein anderes die Verpflichtung des gutgläubigen Grundstücksbesitzers, auch für verbrauchte Sachfrüchte einen Bereicherungsausgleich zu leisten.⁹²

Mit alldem integrierte Grotius zwar zentrale Theorieelemente der spätscholastischen Restitutionslehre in seine Naturrechtstheorie; und diese Elemente prägten auch heute die Privatrechte Europas. Ebenso wirkungsmächtig war freilich, dass Grotius damit zugleich den Grundgedanken der Restitutionslehre zurückwies, den Ausgleich außervertraglicher Ungleichgewichtslagen mittels eines übergreifenden Gedankens zu erklären.

⁹⁰ Das Beispiel findet sich zuerst bei *Cajetan* (oben N. 36) und wurde dann von den meisten spätscholastischen Autoren angeführt: *Vitoria*, *Commentaria* LXII, VI, 2-5; *Covarruvias pars* III, *initium*, Rz. 3; *Soto* IV, VII, II; *Aspilueta* XVII, 7-9; *Molina* II, 718, 2, *disp.* 720; *Lessius* II, XIV, If., insbesondere Rz. 3 m.w.N. Vgl. auch *Hallebeek* 63f.

⁹¹ *Grotius*, *Inleiding* III, I, 15; siehe auch *Feenstra*, *Enrichment* 202 ff.

⁹² *Grotius*, *djbp* II, X, V.

Die ursprüngliche aristotelische Konzeption der Restitutionslehre ist deshalb in »De iure belli ac pacis« nicht mehr erkennbar. Hier trennte Grotius die Kapitel zum Bereicherungs- (*liber* II, *caput* X) und Deliktsrecht (*caput* XVII) durch sechs vertragsrechtliche Kapitel und machte das Delikts- und das Bereicherungsrecht damit zu gedanklich getrennten Institutionen ohne eine gemeinsame Grundlage.⁹³ Nur die Bereicherungshaftung erschien hier als *obligatio ex dominio* und damit als ein Ausgleich gestörter Gleichheit.⁹⁴ Die deliktsrechtlichen Ansprüche sollten demgegenüber eine Konsequenz verletzter Verhaltenspflichten bilden: »ex tali culpa«, so die berühmte Generalklausel des Haftungsrechts bei Grotius, »obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur«.⁹⁵ Die Gedanken der Rechtsverletzung, des anspruchsbegründenden Schadens oder der Gleichheitsstörung konnten in diesem Modell keinen rechten Platz mehr finden.

Grotius hat diesen Schritt, für den sich Ansätze bereits in der spätscholastischen Diskussion finden,⁹⁶ nicht näher begründet. Entscheidend waren wahrscheinlich nicht nur juristische, sondern nicht zuletzt auch theologische Motive.

⁹³ Vgl. auch Grotius, djb II, I, II, 1: »Quod reparandum venit, aut spectat id, quod nostrum est vel fuit, unde vindicationes & conditiones quaedam: aut id, quod nobis debetur sive ex pactione, sive ex maleficio, sive ex lege.«

⁹⁴ Grotius, djb II, X, II, 1.

⁹⁵ Grotius, djb II, XVII, I.

⁹⁶ Cajetan zu LXII, VI: »Duae ergo sunt radices, ad quarum alteram restitutionem omnem oportet reduci. Prima est acceptio: secunda est res accepta«; vgl. auch Lessius II, VII, IV, 15: restitutio »nihil est aliud, quàm rei acceptae redditio, vel damni illati compensatio«; siehe auch a.a.O., *dub.* V, 19: »Respondeo, (restitutionem, N.J.) ex duplici capite nasci, nempe ex *injusta acceptance*, vel *ex re accepta*« (Hervorhebung im Original).

Einem nicht katholischen, reformerischen Theologen, der Grotius ja auch war,⁹⁷ mussten die theologischen Grundlagen der Restitutionslehre hochproblematisch erscheinen, waren das gerichtsförmige katholische Bußsakrament einerseits und die protestantische Rechtfertigungslehre andererseits doch spätestens seit dem Konzil von Trient (1545–1563) geradezu zu Symbolen der konfessionellen Spaltung Europas geworden.⁹⁸

Während die katholische Kirche nämlich den judiziellen Charakter der Beichte bekräftigte, ging es nach protestantischer Überzeugung auch in der Beichte niemals um Werke, sondern allein um die Rechtfertigung aus Glauben und Gnade.

⁹⁷ Vgl. *Christian Mühlegger*, Hugo Grotius: Ein christlicher Humanist in politischer Verantwortung (2007); wie häufig in dieser Zeit, war die genaue Konfession von Grotius allerdings unklar.

⁹⁸ Siehe nur *Adolf von Harnack*, Lehrbuch der Dogmengeschichte⁴ III (1910) 852 ff.; für einen Überblick *Ernst Bezzel*, [Artikel] Beichte III. Reformationszeit, in: Theologische Realenzyklopädie (TRE) V (1980) 421–425; *Gustav Adolf Benrath*, [Artikel] Buße V. Historisch, in: TRE VII (1981) 452–473 (465 ff.), jeweils m.w.N. In den Lutherischen Kirchen umfasste die Buße nur noch die *confessio* und die *absolutio* – für eine *satisfactio operis* war kein Platz. Zudem war die Beichte zwanglos ausgestaltet; sie konnte theoretisch vor jedem Gläubigen abgelegt werden und hatte damit keine judizielle Funktion, sondern war primär katechetisch ausgerichtet.

Für eine theologische Restitutionspflicht war hier offenkundig kein Platz.⁹⁹ Zwar blieb die Restitution auch für Protestanten eine Gewissenspflicht,¹⁰⁰ doch wurde die Restitutionslehre gleichwohl zu einer spezifisch katholischen Doktrin. In einer vernunftrechtlich angelegten Naturrechtslehre, die unabhängig von theologischen Wahrheiten Geltung beanspruchte,¹⁰¹ ließen sich zivilrechtliche Ausgleichsansprüche ohnehin nicht mehr mit dem Verhältnis des Menschen zu Gott begründen.

⁹⁹ Vgl. J. Andreas Quenstedt, *Theologia dicatice-polemica sive Systema theologicum* (Wittenberg 1691) *pars* III, *caput* IX. Die Behauptung des protestantischen Juristen Werner Theodor Martini, die modernen Theologen hätten gegen die Lehre von der Restitution als Voraussetzung der Sündenvergebung nichts zu erinnern, blieb entsprechend ohne Beleg: *Martini/Henricus Beinrad*, *Disputatio inauguralis de Restitutione alieni injuste ablati* (Wittenberg 1673) § 8, N. IV. Vielmehr stützt sich die *disputatio* – neben naturrechtlichen und juristischen Autoritäten – im Wesentlichen auf katholische Theologen. Der Versuch, die Restitutionsdoktrin im protestantischen Naturrecht zu etablieren, blieb dementsprechend erfolglos.

¹⁰⁰ *Grotius*, djbp III, X, III; *Martini/Beinrad* (vorige Note) § 8.

¹⁰¹ *Grotius*, djbp *Prolegomena*, 11 und I, I, X, 1: »Jus naturale est dictatum rectae rationis indicans actui alicui ex ejus convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inesse morale turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore [Deo] naturae talem actum aut vetari, aut praecipere.« Dazu insbesondere *Christian Thomasius*, *Historia Juris Naturalis* (Halle 1719) *Praefatio*, *sectio* I, Rz. 16; *Tanaka Tadashi*, *Grotius' Method: With Special Reference to Prolegomena*, in: *A Normative Approach to War – Peace, War, and Justice in Hugo Grotius*, hrsg. von *Onuma Yasuaki* (1993) 11–31 (26 ff.); *Richard Tuck*, *Philosophy and Government 1572–1651* (1993) 194 ff.; *Frank Grunert*, *Normbegründung und politische Legitimität, Zur Rechts- und Staatsphilosophie der deutschen Frühaufklärung* (2000) 63 ff., 77 ff.; vgl. auch *Andreas H. Aure*, *Der säkularisierte und subjektivierte Naturrechtsbegriff bei Hugo Grotius: forum historiae iuris* 2008 <<http://www.forhistiur.de/zitat/0802aure.htm>> Rz. 26 ff. Die naturrechtliche Verpflichtung, an Gott zu glauben (djbp II, XX, 44 ff.), lässt den säkularen Begründungsansatz unberührt.

Aber auch sonst hatte Grotius durchaus Gründe, auf aristotelisch-thomistische Kategorien zu verzichten. Modernen, humanistisch beeinflussten Wissenschaftlern¹⁰² galt der herrschende Aristotelismus zunehmend als Symbol eines mittelalterlichen Katholizismus und vorhumanistischer Scholastik:¹⁰³ als überholt, konservativ und langweilig.

Auch wenn Grotius fest auf dem Boden aristotelisch-thomistischen Denkens stand¹⁰⁴ und nicht zuletzt auch bei den außervertraglichen Schuldverhältnissen in erheblichem Umfang aus der spätscholastischen Literatur geschöpft hat, musste sein Wissenschaftsprogramm deshalb dahin gehen, das Naturrecht zumindest partiell aus dieser Tradition zu lösen.¹⁰⁵

¹⁰² Zu humanistischem Einfluss auf Grotius etwa *Tuck* (vorige Note) 155 f., 158 ff., 171 ff. und *passim*.

¹⁰³ *Grotius*, djbp, *Prolegomena*, 41: »veritas [...] nulla jam re magis opprimatur quam Aristotelis nomine«. Siehe insbesondere auch *Thomasius* (oben N. 101) *Praefatio*, *sectio* I, Rz. 16; *caput* III, §§ V ff., *caput* VI, §§ II ff.: Zwar verdiene Grotius' Rekurs auf aristotelisch-scholastische Argumente Kritik, doch sei dies angesichts des herrschenden scholastischen Wissenschaftsestablishments seiner Zeit zu entschuldigen; damit prägte Thomasius bis heute die Wahrnehmung von Grotius als Gründervater einer modernen antiaristotelischen und säkularen Naturrechtsschule.

¹⁰⁴ Statt aller *Gordley*, *Origins* 121 ff. m.w.N.

¹⁰⁵ *Grotius*, djbp, *Prolegomena*, 39 ff.; vgl. *Tadasbi* 21 ff. Für eine gründliche Analyse *Grunert* 67 ff.; *Tuck* 155–201 (alle oben N. 101). Anscheinend diene der eklektische Rekurs auf aristotelisches Gedankengut nicht zuletzt dazu, dem humanistischen Skeptizismus eine neue Naturrechtslehre entgegenzustellen.

Hinzu kam schließlich, dass Grotius nicht primär für Juristen und akademische Philosophen schrieb, sondern für das gebildete Bürgertum seiner Zeit und damit für einen viel breiteren Adressatenkreis.¹⁰⁶ Er musste daher einfach verständliche Regeln für das Verhalten von Bürgern formulieren; an der komplexen Tiefenstruktur des Privatrechts war er nicht interessiert. Plausibilität und Klarheit wurden damit zu den Kriterien einer überzeugenden Theorie, wobei das Naturrecht seinem Anspruch nach ein rationales System bürgerlicher Pflichten bildete.

Die beiden Generalklauseln der Verschuldens- und der Bereicherungshaftung genügten diesem Anspruch in geradezu idealer Weise. Sie fassten die komplexen Regeln des *ius commune* elegant in zwei unmittelbar plausible Formeln. Für Grotius und seine Leser waren die Gedanken der Verschuldens und der Bereicherungshaftung evident; in einer bürgerlichen Gesellschaft hatten sie denselben konstitutiven Status wie die Verpflichtung, vertragliche Versprechen zu erfüllen.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Gordley, *Origins* 129 f.

¹⁰⁷ Grotius, *djbp*, *Prolegomena*, 8.

Warum sollte nicht haften, wer vorsätzlich oder fahrlässig seinen Mitbürger geschädigt hatte? Und warum sollte eine Bereicherung auf Kosten fremden Rechts nicht ausgleichspflichtig sein? Eine übergreifende Erklärung nichtvertraglicher Schuldverhältnisse konnte angesichts dessen überflüssig erscheinen, und die Mängel dieses Systems, insbesondere die begriffliche Entkopplung des Haftungsrechts vom Schutz individueller Rechte¹⁰⁸ und die Beschränkung auf eine Verschuldenshaftung,¹⁰⁹ waren wenig offenkundig.

¹⁰⁸ Funktional blieb das Deliktsrecht freilich auch in *De iure belli ac pacis* auf den Schutz individueller Rechte bezogen (vgl. auch *Feenstra*, Negligence 133 ff., 144). Ähnlich wie die moderne Theorie (vgl. etwa *Larenz/Canaris* [oben N. 34] S. 364 ff. [§ 75 II.3]; *Arthur Ripstein*, Tort Law in a Liberal State: *Journal of Tort Law* 1 [2007] Issue 2, Art. 3, <http://www.be_press.com/jtl/vol1/iss2/art3/>) ging *Grotius* offenbar davon aus, dass die haftungsbegründenden Verhaltenspflichten dem Schutz individueller Rechte dienten (vgl. *djbp* I, II, I, 5; *Jansen*, Haftungsrecht [oben N. 23] 330 ff.); ein ausgleichsfähiger Schaden (*damnum*) setzte entsprechend die Verletzung eines solchen Rechts voraus (*djbp* II, XVII, II f.).

¹⁰⁹ Entsprechend übergang *Grotius* in *De iure belli ac pacis* die Fälle strikter Haftung, die er in der *Inleiding* noch detailliert diskutiert hatte; und er lehnte sowohl die quasideliktische Tierhalter- und Leutehaftung und die Regeln der *lex Rhodia de iactu* über die Schadensteilung bei einer großen Haverei ab (*djbp* II, XVII, XXI). Nach seiner neuen Theorie handelte es sich hierbei um positivrechtliche Regeln ohne naturrechtliche Grundlage. Näher *Jansen*, Duties (oben N. 86) 457 f. Freilich ist nicht ganz klar, wie der Begriff der *culpa* hier genau zu verstehen war; vgl. *Feenstra*, Negligence 141 ff. m.w.N.

V. James Dalrymple of Stair

Ein ähnliches Bild bieten auch Stairs »Institutions of the Law of Scotland«, die das schottische Recht, nicht zuletzt auf dem Gebiet der nichtvertraglichen Schuldverhältnisse, bis heute prägen.¹¹⁰ Ebenso wie Grotius, den er hier wiederholt zitierte, machte Stair sich nämlich zentrale Teilstücke der scholastischen Restitutionslehre zu eigen.

¹¹⁰ Hierzu und zum Folgenden auch *Robin Evans-Jones*, Unjustified Enrichment, in: *A History of Private Law in Scotland*, hrsg. von *Kenneth C. G. Reid/Reinhard Zimmermann* II: Obligations (2000) 369–421 (370 ff.); *Dot Reid*, Thomas Aquinas and Viscount Stair, The Influence of Scholastic Moral Theology on Stair's Account of Restitution and Recompense: *J. Leg. Hist.* 29 (2008) 189–214. Der Hauptthese Dot Reids, wesentliche Aspekte von Stairs Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse ließen sich unmittelbar auf T. von Aquins Darstellung der Restitutionslehre zurückführen, wird man allerdings nur mit Vorbehalt zustimmen können: Gewiss lassen sich Parallelen zwischen den Theorien T. von Aquins und Stairs feststellen; viel wichtiger sind aber einerseits die Parallelen zur spätscholastischen Theorie (auf die Reid nicht näher eingeht), insbesondere die Subjektivierung der Restitution durch den Bezug auf das individuelle »dominion« bzw. »property«, und andererseits die Differenzen zur spätscholastischen Theorie sowie der direkte Einfluss von Hugo Grotius.

Hierher gehört insbesondere¹¹¹ der Gedanke eines allgemeinen restitutorischen Bereicherungsanspruchs als *obligatio ex dominio*,¹¹² wobei auch Stair die römischen Kondiktionen als Anwendungsfälle dieses Grundsatzes rekonstruierte.¹¹³

Die römische Beschränkung der Herausgabepflicht des gutgläubigen Besitzers auf vorhandene Früchte mochte er dabei zwar nicht ablehnen, doch stellte er sie als pragmatisch begründete positivrechtliche Einschränkung naturrechtlicher Grundsätze dar.¹¹⁴

¹¹¹ Auffällig ist hier die detaillierte Diskussion der Herausgabepflicht des gutgläubigen Käufers gegenüber dem Eigentümer. Mit der herrschenden spätscholastischen Lehre (*Cajetan* zu LXII, VI; *Soto* IV, VII, I und II [S. 263 f., 272]; *Molina* II, 722, 2 ff.) hielt *Stair* (I, VII, 4 f., 11) den Erwerber für verpflichtet, die Sache dem Eigentümer herauszugeben; den Kaufpreis durfte er nicht in Abzug bringen und die Sache auch nicht an den Verkäufer zurückgeben (so indes *Petrus de Aragón*, In Secundam Secundae D. Thomae Doct. Angelici Commentaria, De Iustitia et Iure [Venedig 1608], *quaestio* LXII, *articulus* VI, *dubitatio* II [S. 172] im Anschluss an ältere theologische Autoritäten wie Alexander Halensis und Silvester Mazzolini de Prierio). War die Sache indes weiterveräußert, so sollte nur der Veräußerungsgewinn geschuldet sein; auch das entsprach spätscholastischer Doktrin: *Cajetan* zu LXII, VI; *Soto* IV, VII, II (S. 272); *Molina* II, 721, 6.; *Lessius* II, XIV, I, 4.

¹¹² *Stair* I, VII, 2; vgl. *Kenneth C. G. Reid*, Unjustified Enrichment and Property Law: *Jur. Rev.* 1994, 167–199 (168 f.): »vindictory restitution«.

¹¹³ *Stair* I, VII, 7–9.

¹¹⁴ *Stair* I, VII, 12; II, XII, 23.

Auch im Haftungsrecht nahm Stair in erheblichem Umfang spätscholastisch-naturrechtliches Gedankengut auf, indem er seine Darstellung der einzelnen Klagen des schottischen Rechts mit einer rechtsgutsorientierten Erläuterung allgemeiner Haftungsgrundsätze einleitete und sich dabei für einen vollständigen – je nach Möglichkeit restitutorischen bzw. kompensatorischen – Ausgleich nicht zuletzt auch von Ehrverletzungen und immateriellen Affektionsinteressen aussprach.¹¹⁵

Gleichwohl kann man auch von Stair kaum sagen, dass er die Restitutionslehre rezipiert hätte. Von einer pekuniären Kompensation von Schmerzen oder Persönlichkeitsverletzungen ist nicht die Rede; und ebenso wie Grotius und wahrscheinlich aus denselben Gründen verzichtete auch Stair auf eine übergreifende restitutorische Erklärung des Ausgleichs außervertraglicher Ungleichgewichtslagen. Vielmehr rekonstruierte er das nichtvertragliche Schuldrecht auf der Grundlage dreier unabhängiger Institute (*restitution*, *recompense* bzw. *remuneration*¹¹⁶ und *reparation*) und trennte dabei die *restitution* und das Deliktsrecht durch das Institut der *recompense*.

¹¹⁵ Stair I, IX, 4. Ehrverletzungen konzipierte Stair dabei als pekuniär messbare Verluste.

¹¹⁶ Stair I, VIII. Hierher gehörten Ansprüche aufgrund einer *negotiorum gestio*, die Stair – gegen die scholastische Lehre und Grotius – für ein quasivertragliches Institut des Naturrechts hielt (I, VIII, 3), sowie so verschiedenartige Institute wie der Seewurf nach der *lex Rhodia*, die Versionsklage und der Gesamtschuldnerausgleich.

Damit mussten diese Institute, wieder wie bei Grotius, ihre gemeinsame Grundlage verlieren: Auch Stair begründete außervertragliche Ansprüche auf Schadensersatz als Sanktionen schuldhaften Fehlverhaltens: als »obligations which originally arise from delinquences as the first cause thereof.«¹¹⁷ Genau wie bei Grotius wurden damit die Gedanken der Rechtsverletzung, des anspruchsbegründenden Schadens oder der Gleichheitsstörung irrelevant. Zwar präsentierte Stair die außervertraglichen Schuldverhältnisse in einem theologischen Gewand als »obediential obligations«, die Gott seinen Geschöpfen ins Herz geschrieben habe.¹¹⁸ Aber diese Obligationen wurden damit nicht zu einem Offenbarungswissen, sondern blieben vernunftrechtlich erkennbar;¹¹⁹ und vor allem war im protestantischen Schottland, trotz der Dominanz der aristotelisch-thomistischen Tradition an den Universitäten,¹²⁰ kein Platz für eine auf die Sündenvergebung bezogene theologische Erklärung juristischer Ansprüche. Die thomistisch-spätscholastische Restitutionslehre war zu einem bloßen Steinbruch für die naturrechtliche Theoriebildung geworden.

¹¹⁷ *Stair* I, IX, 3.

¹¹⁸ *Stair* I, III, 3 f.

¹¹⁹ *Stair* I, I, insbesondere Rz. 4 ff., 7, 17.

¹²⁰ *Reid* (oben N. 110) 200 ff.

VI. Abschied von der Restitutionslehre?

Diese Beobachtungen machen deutlich, warum die Restitutionslehre als solche keinen Eingang in das säkulare Naturrecht finden konnte: Für eine spezifisch katholisch-theologische Doktrin war in einem Rechtssystem, das Anspruch auf eine säkulare, rationale Begründung erhob, von vornherein kein Platz; und im Übrigen bestand nur für solche Theorieelemente des scholastischen Erbes ein Bedürfnis, die für die Darstellung bzw. Fortbildung gemeinrechtlicher Lehren hilfreich waren. Bei der Restitutionslehre war das nur in einem eingeschränkten Maße der Fall. Lebendig blieb hier zum einen die Vorstellung eines weitgehend entpönlisierten, ausgleichsorientierten Rechts der Haftungsfolgen, das die Möglichkeit eines pekuniären Ausgleichs immaterieller Verluste eröffnete¹²¹ und bei Ehrverletzungen eine Wiederherstellung der beeinträchtigten Geltungsinteressen erforderte;¹²² allerdings wurden diese Institute gedanklich verselbständigt und verloren ihren teleologischen Bezug auf den Schutz individueller Rechte bzw. Rechtsgüter.¹²³

¹²¹ Die Diskussion blieb freilich strittig, ging aber über den in der Spätscholastik erreichten Stand nicht hinaus; vgl. *Unterreitmeier* 83 ff. m.w.N.

¹²² HKK (*Jansen*) §§ 249–253, 255, Rz. 23 f. m.w.N.

¹²³ Siehe freilich noch *Samuel Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo*.

Zum anderen gehört hierher die Vorstellung einer bereicherungsrechtlichen *obligatio ex dominio*;¹²⁴ freilich wurde hier bereits bei Pufendorf und Wolff deutlich, dass dieses Konzept bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge und damit bei der Rekonstruktion der meisten römischen *condictiones* gerade nicht weiterhalf.¹²⁵ Das bedeutet allerdings nicht, dass die spätscholastische Naturrechtslehre rasch in Vergessenheit geraten wäre. Das Gegenteil ist der Fall. Bis ins 18. Jahrhundert haben gemeinrechtliche Autoren wie Carpzov, Brunnemann, Mevius, Struve, Stryk und Lauterbach ganz unbefangenen spätscholastische Autoritäten allegiert; und auch Kreittmayr und Leyser waren mit diesen Texten offenbar noch wohlvertraut.¹²⁶ Freilich gilt die Beobachtung, dass naturrechtliche Autoren nur einzelfallbezogen und eklektisch auf die spätscholastische Theorie zurückgegriffen haben, erst recht für die gemeinrechtliche Literatur.

¹²⁴ Pufendorf (vorige Note) IV, XIII, 2ff.; Christian Wolff, *Ius Naturae* (Halle 1740 ff.) pars.

II, caput III, §§ 455 ff., 471, 523, 538 ff., 582 ff., 586 ff.

¹²⁵ Näher Jansen, Korrektur 143 ff. m.w.N.

¹²⁶ Vgl. Nufer 84 ff., 105 f.; Unterreitmeier 87 ff. und öfter.

Eine Rechtsfortbildung gegen die gemeinrechtliche Lehre hat man nur ausnahmsweise auf das spätscholastische Naturrecht gestützt; und von der theologisch problematischen Restitutionslehre mochte man ohnehin nur ganz zurückhaltend Gebrauch machen. Besonders deutlich wird das etwa in Brunnemanns Kommentierung der *lex Aquilia*, die zwar durchgehend die spätscholastische Literatur nutzt und die entsprechende deliktsrechtliche »disputatio de damno iniuste indebitivo dato« Molinas (II, 697) geradezu ausschlachtet.¹²⁷

Die ausführliche Argumentation Molinas zum Umfang der Restitution, insbesondere zum finanziellen Ausgleich immaterieller Schäden an Leben, Körper und Ehre,¹²⁸ findet aber weder Erwähnung noch sachliche Berücksichtigung.

¹²⁷ Diese *disputatio* allegiert *Johannes Brunnemann* bei praktisch jeder Einzelfrage: *Commentarius in Pandectas* (Frankfurt a.M. 1692) zu D. 9,2,3 (Rz. 2), 5 (Rz. 6), 7 (Rz. 5), 11 (Rz. 4, 11, 15), 13 (Rz. 4), 23 (Rz. 11, 18), 28, 29 (Rz. 8, 14), 31 (Rz. 1), 39 (Rz. 3), 44 (Rz. 1, 5), 45 (Rz. 9), 49 (Rz. 2). Weitere Molina-Allegationen in 9,2,37 (Rz. 5) und 45 (Rz. 2), Covarruvias-Allegationen bei D. 9,2,33 (Rz. 4) und 44 (Rz. 5, 8).

¹²⁸ *Molina* III, 84, 87 sowie *tract.* IV, 46 und 49.

Vielmehr übergang Brunnemann die Frage eines Schmerzensgeldes; und er allegierte spätscholastische Autoritäten nur für den verhältnismäßig unproblematischen Ersatz von Heilungskosten und Verdienstausschlag.¹²⁹ Man muss die gelegentliche Rede von einer *restitutio damni* deshalb in einem untechnischen Sinne verstehen; gewiss diene sie nicht der Assoziation theologischen Gedankenguts.¹³⁰

¹²⁹ Brunnemann (oben N. 127) zu D. 9,2,13 (nicht mehr bei D. 9,3,7). Für die Aussage, dass unverheirateten Mädchen ein Ausgleich für Entstellungen zustehe, stellt Brunnemann lediglich auf juristische Autoritäten (Rz. 5) ab und übergeht damit die spätscholastische Diskussion. Zwar findet sich an anderer Stelle (zu D. 9,2,5, Rz. 8) die nicht näher begründete Aussage, D. 9,2,5,3 statuiere einen Anspruch des Vaters auf einen nicht pönalen finanziellen Ausgleich (*solatium*) wegen der Tötung eines Sohnes, doch kann man daraus schon deshalb nicht auf spätscholastischen Einfluss schließen (so aber Unterreitmeier 90), weil im rechtsgutsorientierten Modell der Restitutionslehre kein rechter Platz für ein *solatium* war. Das Obertribunal Wismar, auf dessen Entscheidung Brunnemann sich zusätzlich berief, begründete diesen Anspruch viel plausibler mit Hinweisen auf das sächsische Wergeld und die Privatstrafen nach der *actio de deiectis vel effusis*: David Merius, Decisiones (Frankfurt a. M. 1726) pars I, decisio CCXI. Spezifisch spätscholastisches Gedankengut findet sich auch dort nicht; vielmehr hatte die *poena* von 50 *aurei* nach der *actio de deiectis vel effusis* in der spätscholastischen Diskussion ein Standardbeispiel für positivrechtliche Regeln gebildet, die in der naturrechtlichen Restitutionslehre keinen Platz hätten; siehe oben N. 45.

¹³⁰ So aber Unterreitmeier 87.

Ebenso bezogen sich auch Struve und Lauterbach bei der *culpa levissima*¹³¹ und bei der Haftung für Unterlassen¹³² auf die theoretisch innovative Darstellung der gemeinrechtlichen Regeln bei Molina;¹³³ und Stryk allegierte für die seit Bartolus etablierte Vererblichkeit der *actio legis Aquiliae* Covarruvias¹³⁴ und für die Reichweite der Notwehr neben Pufendorf auch Molina und Lessius, Letzteren allerdings mit verfehlttem Zitat.¹³⁵ Eine revolutionäre Rechtsfortbildung war mit all diesen Allegationen nicht verbunden. Umgekehrt scheint aber die Anerkennung von Angehörigenunterhalt und Schmerzensgeld bei Körperverletzungen eher auf dem ganz erheblichen Druck der forensischen Praxis beruht zu haben;¹³⁶ spätscholastische oder naturrechtliche Autoren wurden in diesem Zusammenhang jedenfalls, soweit ersichtlich,¹³⁷ nicht zitiert; und der Gedanke eines vollständigen Ausgleichs der erlittenen Rechtsgutsbeeinträchtigung taucht in der Diskussion nicht auf.

¹³¹ Georg Adam Struve, *Syntagma Jurisprudentiae Secundum ordinem Pandectarum, Cum Additionibus Petri Mülleri I* (Frankfurt, Leipzig 1738) D. 9,2, *exercitatio* XIV, § 20; Wolfgang Adam Lanterbach, *Collegii Theoretico-Practici* (Tübingen 1726) *liber* IX, *titulus* II, § 9.

¹³² Lanterbach (vorige Note) IX, II, 10.

¹³³ Molina II, 697 f.

¹³⁴ Stryk IX, II, 5.

¹³⁵ Stryk IX, II, 11.

¹³⁶ Ausdrücklich etwa Stryk IX, II, 8; IX, III, 4f.; Voet IX, II, 11. Weitere Nachweise bei Jansen, *Haftungsrecht* (oben N. 23) 296 ff. Freilich war die Praxis bereits von den moraltheologischen Wertungen geprägt, die in der Restitutionslehre ihren theoretischen Ausdruck fanden.

¹³⁷ Exemplarisch durchgesehen wurden insoweit die einschlägigen Kommentierungen (zu D. 9,2, D. 9,3 sowie D. 47,10) von Brunnemann, Stryk, Lauterbach und Voet.

Ähnliches gilt bei der *actio iniuriarum*: Hier zogen die Juristen des *usus modernus* spätscholastische Autoritäten nur für verhältnismäßig spezielle Fragen heran,¹³⁸ etwa ob die Berufung auf einen Gewährsmann, ein Wahrheitsbeweis oder die Versicherung, die Nachrede sei nicht ehrenrührig gemeint, von der Haftung entbinde,¹³⁹ oder ob trotz einer persönlich bzw. öffentlich, durch einen Pfarrer, erklärten Verzeihung geklagt werden könne.¹⁴⁰ Ansonsten wurden diese Autoren aber übergangen; insbesondere galten sie bei den Ansprüchen auf Widerruf bzw. Ehrenerklärung nach der sogenannten *actio ad palinodiam*¹⁴¹ als unerheblich, obgleich dieses Institut gegen die römischen Quellen etabliert war und seine Wurzeln zum Teil bis in die mittelalterliche Restitutionslehre zurückreichten.¹⁴²

¹³⁸ Besonders ausführlich wieder *Brunnemann* (oben N. 127) zu D. 47,10,15 (zum eingeschränkten Schutz von Prostituierten).

¹³⁹ *Brunnemann* (oben N. 127) zu D. 47,10,18 (Rz. 2) und 21 (Rz. 5): Covarruvias; *Stryk* XLVII, X, 14: Lessius; *Voet* XLVII, X, 9: Covarruvias.

¹⁴⁰ *Stryk* XLVII, X, 35, 37: Covarruvias, Molina, Fagundez; *Lauterbach* (oben N. 131), XLVII, X, 34: Molina.

¹⁴¹ Vgl. *Zimmermann*, Obligations 1072 ff. Die *actio ad palinodiam* bildet dabei keinen Quellenbegriff, sondern den gemeinrechtlichen Namen für diese Ansprüche.

¹⁴² Oben bei N. 54 ff. Eingehend zur Dogmengeschichte von *Wallenrodt* (oben N. 56) 255 ff., 267 ff.

Auch wenn deshalb wie selbstverständlich vom »Ehren-Dieb«¹⁴³ und von einer *restitutio famae per revocationem iniuriarum*¹⁴⁴ die Rede war, blieb das spätscholastische Naturrecht ohne nachweisbaren Einfluss.¹⁴⁵ Zwar waren Autoren wie Wesenbeck und Carpzov der älteren Qualifikation der *actio ad palinodiam* als Kriminalklage entgegengetreten,¹⁴⁶ doch hatte Carpzov den Widerruf dann als Privatstrafe qualifiziert.¹⁴⁷

¹⁴³ Carpzov, *Practica nova* II, XCIV, 1.

¹⁴⁴ David Mevius, *Commentarii in Jus Lubecense Libri Quinque*⁴ (Frankfurt, Leipzig 1700) *pars* IV, *titulus* IV, *articulus* XVI, Rz. 7 f. (auch Mevius zitiert hier keine scholastischen bzw. theologischen Autoritäten); siehe auch Carpzov, *Practica nova* II, XCIV, 13: »*restitutio existimationis, ac famae laesae, seu revocatio iniuriarum*«.

¹⁴⁵ Wenn hier bisweilen behauptet wird, ein Autor wie Carpzov habe sich hier auf spätscholastische Autoritäten gestützt (Unterreitmeier 87), so führt das in die Irre. Denn bei der fraglichen Covarruvias Stelle (*Variarum resolutionum* [oben N. 56] XI, I, 4) geht es gerade nicht um die Restitutionslehre, sondern um die *actio iniuriarum*, und die Allegation soll lediglich nachweisen, dass die *actio in Palinodiam* auch in Spanien gewohnheitsrechtlich gelte: Benedict Carpzov, *Jurisprudencia forensis Romano-Saxonica* (Leipzig 1703) *pars* IV, *constitutio* XLII, *definitio* XVI, Rz. 19 (zitiert: *Jurisprudencia*); ebenso übrigens dens., *Practica nova* II, XCIV, 13.

¹⁴⁶ Matthaeus Wesenbeck, *Commentarii in Pandectas Juris Civilis et Codicem Justinianum Olim Dicti Paratitla (cum notis & observantibus Reinhardi Bachovii* (Amsterdam 1665) zu D. 47,10, Rz. 17; ausführlich Carpzov, *Practica nova* II, XCIV, 50 ff. m.w.N.

¹⁴⁷ Carpzov, *Jurisprudencia* (oben N. 145) IV, XLII, XIII, Rz. 3 und *def.* XVI. Siehe aber auch dens., *Practica nova* II, XCIV, 15: »*proprie poenalis non est*«.

Ganz offenkundig wurde die Verpflichtung zum Widerruf, der häufig in einer den Beklagten demütigenden Form zu erfolgen hatte,¹⁴⁸ mehr als Vergeltung denn als Wiederherstellung der verletzten Ehre empfunden.¹⁴⁹ Erst spätere Autoren haben die *actio ad palinodiam* dann unter die sachverfolgenden Klagen eingeordnet,¹⁵⁰ sind also davon ausgegangen, dass der Widerruf dazu diene, die verletzte Ehre wiederherzustellen. Freilich bedeutete das zugleich, dass der Verletzte den Widerruf mit einer Privatstrafe nach der *actio aestimatoria* kumulieren konnte.¹⁵¹ Dass solche Privatstrafen sich nicht als restitutorischer Ausgleich von Verlusten konzipieren ließen, war offenbar selbstverständlich. Es verwundert deshalb nicht, dass die gemeinrechtlichen Diskussionen sich kaum mit denen der Naturrechtstheologen überschnitten, in denen es ausschließlich um die Wiederherstellung des verletzten Rechts bzw., soweit das nicht möglich war, um einen nicht pönalen Ausgleich für den Verlust ging; und nachdem die *actio ad palinodiam* längst Eingang in die Gerichtspraxis und auch in die Gesetzgebung gefunden hatte, lag eine gewohnheitsrechtliche Erklärung ohnehin nahe.¹⁵²

¹⁴⁸ Stryk XLVII, X, 29; Wolter (oben N. 15) 71, jeweils m.w.N.

¹⁴⁹ Carpzov, Practica nova II, XCIV, 15 ff.; vgl. auch noch die Darstellung bei Autoren, die Klage als sachverfolgend qualifiziert haben: Voet XLVII, X, 17; Stryk XLVII, X, 28 ff., 36.

¹⁵⁰ Lauterbach (oben N. 131), XLVII, X, 47 f.: die Klage sei »quasi Rei persecutoria, [. . .] quia non ad vindictam; sed ad famae [. . .] laesae quasi restitutionem agitur« (48 a.E.); Stryk XLVII, X, 28; Voet XLVII, X, 17.

¹⁵¹ Führend war in Deutschland offenbar das Reichskammergericht: Andreas Gail, Practicarum observationum, tam ad Processum Judicarium (Köln 1668) liber I, observatio LXV, Rz. 5 f.

¹⁵² Stryk XLVII, X, 28 ff.; Voet XLVII, X, 17; Brunnemann (oben N. 127) zu D. 47,10,21, Rz. 5.

Vergleichbare Beobachtungen bestätigt schließlich auch ein Blick ins Bereicherungsrecht. Zwar hatte Grotius' Konzeption einer allgemeinen Bereicherungsklage in den Niederlanden vorübergehend Anerkennung gefunden,¹⁵³ und in Schottland bot Stairs Modell eine Grundlage zur Entwicklung weitreichender Bereicherungsansprüche.¹⁵⁴

Auch in Deutschland sympathisierten manche Autoren mit einer mehr oder weniger weitreichenden *condictio sine causa*, ohne dabei freilich einen wirklich umfassenden Bereicherungsanspruch im Blick zu haben. Die herrschende Lehre hat die römischen *condictiones* indes weiterhin quasivertrags- bzw. quasideliktsrechtlich erklärt;¹⁵⁵ und die Fragen, ob Verwendungen auf fremdes Eigentum nur mittels eines Zurückbehaltungsrechts oder auch klagweise geltend gemacht werden könnten, und ob auch bösgläubigen Besitzern dabei ein Anspruch auf Ersatz nützlicher, also bereichernder, Verwendungen zustehe, blieben umstritten.¹⁵⁶

¹⁵³ Siehe etwa Ulrich Huber, *Praelectiones iuris civilis* (Leipzig 1735) *pars* II, *liber* XVII, *titulus* VII (*condictio sine causa*) sowie II, XV, III, 2 (Versionsklage); näher Zimmermann, *Obligations* 885 f.; zur Rechtsprechung J. E. Scholtens, *The General Enrichment Action That Was*: S. Afr. L.J. 83 (1966) 391–402 (395 ff.).

¹⁵⁴ Vgl. Evans-Jones (oben N. 110) 375 ff.

¹⁵⁵ Näher zum Ganzen Jansen, *Korrektur* 145 ff. m.N.

¹⁵⁶ Dagegen etwa Vinnius (oben N. 51) II, I, 30, 3 ff. m.w.N.

Autoren, die das bejahten,¹⁵⁷ stützten sich dafür zudem auf humanistische Autoritäten zur *negotiorum gestio*,¹⁵⁸ also auf eine geschäftsführungsrechtliche Lehre, die ursprünglich auf Martinus di Gosia zurückgeht. Die naturrechtliche Restitutionslehre bzw. der allgemeine Gedanke eines umfassenden restitutorischen Schutzes individueller Rechte spielten auch hier keine Rolle.

¹⁵⁷ Voet III, V, 23 a.E. (unklar aber III, V, 9); Simon Groenewegen, Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus (Leiden 1649) zu Inst. 2,1,30.

¹⁵⁸ Zusammenfassend Dirk A. Verse, Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (1999) 30 f.

VII. Ergebnis und Ausblick

Angesichts solcher Befunde scheint es nahezuliegen, die spätscholastische Restitutionslehre ein und für alle Mal für erledigt zu erklären: Spätestens seit Grotius war die Restitutionslehre als eine geschlossene Theorie im juristischen Diskurs nicht mehr präsent; eine genetische Verbindung zwischen der Restitutionslehre und dem modernen Recht der nichtvertraglichen Schuldverhältnisse lässt sich beim besten Willen nicht rekonstruieren. Selbst bei den Instituten, bei denen ein Fortwirken spätscholastischer Impulse naheliegt, etwa bei der Naturalrestitution, dem Schmerzensgeld und auch beim allgemeinen Bereicherungstatbestand, lässt sich eine bruchlose Traditionslinie kaum nachweisen: Zu Beginn des 19. Jahrhunderts war kein einziges dieser Institute allgemein anerkannt. Verbindungslinien lassen sich hier allenfalls dadurch aufdecken, dass man auf einzelne Diskussionsstränge in der naturrechtlichen Tradition schaut und fragt, wieweit naturrechtliche Begriffsbildungen bei der Fortbildung des gelehrten Rechts wirksam geworden sind. Freilich wäre dabei stets zu beachten, dass viele dieser Institute und Gedanken ganz unterschiedliche Wurzeln haben. Die Anerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs beruht beispielsweise in erster Linie auf lokalrechtlichen Rechtsüberzeugungen, die von der Tradition des Wergelds geprägt waren; und die Ausdifferenzierung von Strafe und Ersatz lag im 16. und 17. Jahrhundert ohnehin in der Luft.

Hinzu kommt, dass mit der Rekonstruktion solcher Verbindungslinien verhältnismäßig wenig für das Verständnis des heutigen Rechts gewonnen wäre.

Dafür ist viel wichtiger, dass alle diese Institute und Gedanken mit der Zurückweisung der theologischen Doktrin auch ihre juristische Basis im Schutz individueller Rechte verloren und seither isoliert diskutiert werden. Es ist nicht unplausibel, in dieser Entwicklung einen Grund für viele der Probleme bei der Anwendung dieser Institute im 20. Jahrhundert zu suchen. So hat sich der Schmerz als solcher in vielen Fällen als ungeeigneter Anknüpfungspunkt für einen Ausgleichsanspruch erwiesen;¹⁵⁹ der Bezug des Schadensersatzes auf die Naturalrestitution schafft im modernen Recht mehr Probleme als er löst;¹⁶⁰ und die Eingriffskondiktion wurde erst durch den Bezug auf den Zuweisungsgehalt individueller Rechte zu einem operationablen Institut.¹⁶¹

¹⁵⁹ Einerseits gilt dies für die Fälle Schwerstgeschädigter, die keinen Schmerz mehr zu empfinden vermögen; dazu *Egon Lorenz*, Immaterieller Schaden und »billige Entschädigung in Geld« (1981); *Gert Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage (1999) 192 ff.; siehe auch Art. 10:301 III Principles of European Tort Law. Andererseits stehen hier absurde Entscheidungen, die beim Tod des Familienvaters nicht nur der Ehefrau, sondern auch der Geliebten eine Entschädigung zusprechen: Cour de Cassation, chambre mixte, D 1970 Jur. 201. Zum Ganzen *Jansen*, Konturen eines europäischen Schadensrechts: JZ 2005, 160–173 (166 ff.) (zitiert: Konturen).

¹⁶⁰ HKK (*Jansen*) §§ 249–253, 255, Rz. 86–101, 130; *ders.*, Konturen (vorige Note) 172 f.

¹⁶¹ *Larenz/Canaris* (oben N. 34) 168 ff. (§ 69 I.1).

Freilich bildet dieser Rechtsfortwirkungsgedanke, wonach außervertragliche Ausgleichsansprüche ihre Grundlage im Schutz individueller Rechte finden, kein Spezifikum des Bereicherungsrechts: Er hat im 20. Jahrhundert die europaweite Konstitutionalisierung des Haftungsrechts getragen und sich dabei auch im Schadensrecht als weiterführend erwiesen;¹⁶² entsprechend weist die dogmatische Literatur neuerdings wieder auf diese gemeinsame Grundlage von Haftungs- und Bereicherungsansprüchen hin.¹⁶³ Solche Entwicklungen legen die Frage nahe, wieweit die Restitutionslehre sich aus ihrem theologischen Kontext lösen und für die moderne Dogmatik nichtvertraglicher Schuldverhältnisse fruchtbar machen lässt. Das heißt allerdings, so problematisch das ist, die Restitutionslehre nicht als eine historische Wurzel, sondern als ein auch heute noch innovatives Modell zu betrachten: als ein Beispiel für eine dogmatisch schlüssige Umstellung des nichtvertraglichen Schuldrechts auf den Schutz individueller Rechte.

¹⁶² Zur rechtsverfolgenden Funktion des Schadensersatzes *Robert Neuner*, Interesse und Vermögensschaden: AcP 133 (1931) 277–314 (283 f., 307 ff.); vgl. auch HKK (*Jansen*) §§ 249–253, 255, Rz. 114, 119 ff., 124, 135, 149 ff.

¹⁶³ *Larenz/Canaris* (oben N. 34) 170 (§ 69 I.1.c); *Reinhard Zimmermann*, Unjust Enrichment, *The Modern Civilian Approach*: Oxford J. Leg. Stud. 15 (1995) 403–429 (418 f.); *Jansen*, *Haftungsrecht* (oben N. 23) 477 ff.

Summary

From the Doctrine of Restitution in Late Scholasticism towards a European Law of Non-contractual Obligations?

The article traces the influence on modern law of the late scholastic theory of restitution (*restitutio*), which integrated the laws of unjust enrichment, delict, and damages into one, single overarching theory. Although late scholastic authors were widely read and frequently cited during the 17th and 18th centuries, the impact of their theory of restitution was rather slight. In secular natural law discussions and in the learned *ius commune*, this theory could not become an attractive model of non-contractual obligations because it was perceived as a symbol of an old-fashioned Thomism and of Catholic, rather than Christian, faith. It is shown that apparent parallels between the theory of restitution and modern private law institutions, particularly in the law of damages, are mostly due to developments that were independent of late scholastic arguments. Nevertheless, the theory may appear intellectually attractive, even from a modern perspective, as it offers a legally innovative rights-based reconstruction of the law of non-contractual obligations.