

| | |
|---------------------------|---|
| Titel: | Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in der spätscholastischen Lehre von der Restitution |
| Untertitel: | Außervertragliche Ausgleichsansprüche im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs |
| Verfasser: | Jansen, Nils |
| Dokumenttyp: | Monographie |
| Medientyp: | Text |
| Erscheinungsdatum: | 2013 |
| Quelle: | Tübingen: Mohr Siebeck, Bd. 19, S. 24 – 142. |
| Sprache: | Deutsch |
| Format: | PDF-Dokument |
| ISBN: | 978-3-7728-2606-1; 978-3-7728-3031-0 |

Nils Jansen

Theologie, Philosophie und Jurisprudenz in
der spätscholastischen Lehre
von der Restitution

Außervertragliche Ausgleichsansprüche im
frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs

Mohr Siebeck

Nils Jansen, geboren 1967; Studium der Rechtswissenschaften, Philosophie und Politik in Passau und Kiel; 1997 Promotion; 2002 Habilitation; Professur an der Universität Augsburg; 2003 Universität Düsseldorf; seit 2006 Inhaber des Lehrstuhls für Römisches Recht und Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Europäisches Privatrecht an der Universität Münster. Vorstandsmitglied im Exzellenzcluster Religion und Politik.

ISBN 978-3-16-152425-7

ISSN 1614-8169 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhalt

| | |
|---|------|
| Vorwort..... | VII |
| Abkürzungen..... | XIII |
| Einleitung: Die Restitutionslehre und das Naturrechtslaboratorium der spanischen Spätscholastik..... 1 | |
| I. Religion und Recht; Philosophie und Politik | 4 |
| II. Das frühneuzeitliche Naturrechtslaboratorium von Salamanca | 10 |
| III. Fragestellung und Gang der Darstellung | 16 |
| § 1. Die Grundlagen der Restitution | 24 |
| I. „non remittetur peccatum nisi restituatur ablatum“ | 25 |
| II. „restitutio est actus commutativae iustitiae“ | 28 |
| III. „Omnis restitutio fundatur in dominio“ | 33 |
| 1. Rechtsgüterschutz im Privatrecht | 36 |
| 2. Menschenrechte und Privatrecht | 39 |
| IV. Von der theologischen Beichtlehre zur juristischen Naturrechtsdogmatik | 42 |
| V. Ergebnisse | 47 |
| § 2. Das spätscholastische System der Restitution | 49 |
| I. Systemfragen | 50 |
| 1. Restitution und Vindikation..... | 51 |
| 2. Restitution und Vertragsrecht..... | 53 |
| 3. <i>Restitutio</i> und <i>satisfactio</i> | 56 |
| 4. Einige Ergebnisse | 58 |
| II. Die <i>restitutio ratione rei acceptae</i> | 59 |
| 1. Bereicherungshaftung und Vindikation | 60 |
| 2. Bereicherung als Haftungsgrund..... | 67 |
| 3. Eingriffserwerb | 73 |
| 4. Einige Ergebnisse | 78 |

| | |
|---|-----|
| III. Die <i>restitutio ratione acceptionis</i> | 79 |
| 1. <i>Dominium</i> und <i>ius</i> : der Schutzbereich des Deliktsrechts | 79 |
| a) Ein Überblick | 79 |
| b) Haftung für primäre Vermögensschäden? | 83 |
| c) Deliktisch geschützte Rechte..... | 88 |
| 2. Haftungsfolgen..... | 94 |
| a) Sachbeschädigungen und wirtschaftliche Verluste..... | 97 |
| b) Weibliche Geschlechtsehre und verschlechterte Eheaussichten..... | 100 |
| c) Verletzungen des guten Rufs und der Ehre..... | 106 |
| d) Tötung und Körperverletzung | 112 |
| e) Einige Ergebnisse | 119 |
| 3. Zurechnungsfragen..... | 120 |
| a) <i>Versari in re illicita</i> ? | 123 |
| b) <i>Culpa levissima</i> ? | 127 |
| c) Moralische Verantwortung und theologische Schuld | 136 |
| IV. Ergebnisse | 138 |
| § 3. Von der Restitutionslehre zum europäischen Privatrecht? | 143 |
| I. Die Lehre von der <i>restitutio</i> im Rechtsvergleich..... | 146 |
| 1. Die Gedanken einer bereicherungsrechtlichen Generalklausel und einer bereicherungsrechtlichen Eingriffshaftung..... | 148 |
| a) Gemeines Recht..... | 149 |
| b) Ein europäisches Bereicherungsrecht?..... | 152 |
| c) Konzeptionelle Differenzen und gemeinsame Wertungen | 154 |
| 2. Grundwertungen im Schadensrecht | 154 |
| a) Konturen des europäischen Schadensrechts..... | 155 |
| b) Die römischen Quellen..... | 157 |
| c) ... und die gemeinrechtlichen Fortbildungen | 159 |
| d) Vergleich | 162 |
| 3. Generalklauseln einer deliktischen Verschuldenshaftung..... | 164 |
| a) Haftungsrechtlich geschützte Interessen | 166 |
| b) Verschulden als Axiom..... | 170 |
| c) Einige Ergebnisse | 175 |
| II. Rezeptionswege | 175 |
| 1. <i>Hugo Grotius</i> | 176 |
| a) Spätscholastische Theorie | 177 |
| b) Ein neues Modell..... | 180 |
| c) Abschied von der Restitutionslehre I..... | 184 |

| | |
|--|-----|
| 2. <i>James Dalrymple of Stair</i> | 188 |
| 3. Theoriebildung im säkularen Vernunftrecht..... | 190 |
| a) Haftungsfolgen..... | 191 |
| b) Bereicherungsrecht..... | 193 |
| c) Deliktsrecht..... | 197 |
| d) Abschied von der Restitutionslehre II..... | 200 |
| 4. Spätscholastische Autoritäten im gemeinrechtlichen Diskurs..... | 203 |
| III. Ergebnisse..... | 207 |
| Epilog..... | 210 |
| Quellen..... | 215 |
| Literatur | 221 |
| Personenregister | 237 |
| Sachregister | 239 |

§ 1. Die Grundlagen der Restitution

Aus der Sicht eines Juristen liegt es *prima vista* durchaus nahe, die begrifflichen Wurzeln der Restitutionslehre in der praktisch gleichnamigen *in integrum restitutio* des römischen Rechts zu suchen¹. Gleichwohl wäre eine solche Suche vergebens: Mit der scholastischen Lehre von der Restitution hatte das antike Institut kaum mehr als seinen Namen gemein. Im römischen Recht ging es nämlich allein um die Rückabwicklung gestörter bzw. gescheiterter Rechtsverhältnisse; eine *in integrum restitutio* wurde angeordnet, wo ein Vertragspartner getäuscht oder erpresst worden war oder eine sonstige – vom Prätor gewährte – honorarrechtliche Einrede gegen einen nach altrömischem *ius civile* wirksamen Vertrag geltend machte. Zudem ging es um Fälle, in denen ein Bürger aus guten Gründen – insbesondere als Soldat – abwesend gewesen war und deshalb seine Rechte nicht rechtzeitig geltend machen können². Mit der scholastischen Restitution im Sinne eines umfassenden Ausgleichs einer gestörten Güterzuordnung hatte all das nichts zu tun. Spätere Autoren wie *Leonardus Lessius* haben deshalb die *in integrum restitutio* deutlich von der *restitutio* im Sinne der Restitutionslehre unterschieden³.

Aber auch sonst bietet das römische Recht für eine Restitutionslehre kaum einen Anhalt: Das Deliktsrecht und das Recht der Haftungsfolgen – das wird noch näher zu zeigen sein – standen nämlich in mancher Hinsicht quer zu den Wertungen und zum System der Restitutionslehre⁴; und ein eigentliches Bereicherungsrecht haben die Römer nicht gekannt⁵. Auch wenn römisch-rechtliche Wertungen und begriffliche Kategorisierungen die Restitutionslehre später immer wieder beeinflusst haben⁶, so sind deren „ursprüngliche“ gedankliche Grundlagen deshalb anderswo zu suchen.

¹ Vgl. *Weinzierl*, Frühscholastik, 1, 31 ff.; *Nufer*, Restitutionslehre, 12 m.w.N.

² *Ulpian* 12 *ad ed.* D. 4,6,1; zum Ganzen *Zimmermann*, Obligations, 656 f., 664, 680 f.; *Benöhr*, Die Tatbestände der *in integrum restitutio*, jeweils m.w.N. Aus der früheren Literatur *Kupisch*, *In integrum restitutio*; *Kaser*, *Zur in integrum restitutio*, m.w.N.

³ Siehe nur *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. VII, dub. IV, n. 15: „Apud Theologos tamen hoc nomen accipitur generalius“; zur *restitutio in integrum* im Vertragsrecht siehe *ibid.*, lib. II, cap. XVII, dub. IX; näher unten 54.

⁴ Unten 157 ff., 164 f.

⁵ Unten 67 f., 148 f.

⁶ Siehe etwa *Weinzierl*, Frühscholastik, 97 ff., 99, 189, insbesondere zu Bernhard von Pavia; siehe auch *Nufer*, Restitutionslehre, 66 ff.

Offenbar finden sie sich erst in der Moralthologie des frühen und hohen Mittelalters einerseits und in der aristotelisch-thomistischen Gerechtigkeitslehre andererseits⁷; einen Schlussstein bildete später die normative Begründung der Restitution in einem als absolutes subjektives Recht geschützten individuellen Rechtsgut (*dominium*). In diesem Kapitel soll es um die historische Entwicklung dieser drei Grundgedanken und um ihr Zusammenspiel in der spätscholastischen Restitutionslehre gehen; Einzelheiten der Systembildung und konkrete Wertungsfragen sind dann im folgenden § 2 das Thema.

I. „non remittetur peccatum nisi restituatur ablatum“

Wer sich nun daran macht, im „nie erloteten Brunnenschlund der Geschichte“ einen „bedingten Anfang“ zu setzen⁸, stößt unweigerlich auf den fundamentalen Lehrsatz des Kirchenvaters *Augustinus* zur Rechtfertigung und Sündenvergebung. Danach sollte eine Sünde nur dann vergeben werden können, wenn das weggenommene Gut zuvor zurückerstattet worden war⁹. Die scholastische Restitutionslehre findet hier ihre begriffliche und auch ihre ursprüngliche normative Grundlage¹⁰.

Dabei bildete das Restitutionsgebot eine an sich wenig selbstverständliche Verknüpfung von weltlicher und göttlicher Gerechtigkeit: zwei Sphären, die es nach christlicher Lehre doch grundsätzlich zu trennen galt¹¹. Nach dem Augustinuswort waren die Beziehung des Menschen zu Gott und sein Seelenheil nun aber von der Erfüllung der Pflichten gegenüber seinen Mitmenschen abhängig. In dieser allgemeinen Form war das Restitutionsgebot nicht nur zu einem festen Bestand der scholastischen Lehre vom Beichtsakrament¹², sondern von Anfang an auch des kanonischen Rechts geworden. Es findet sich nicht nur in zentralen moralthologischen Referenztexten, etwa in den Sentenzen des *Petrus Lombardus*¹³, und in den Beichtsummen¹⁴, sondern auch in den wichtigen kirchenrechtlichen

⁷ Hierzu und zum Folgenden *Weinzler*, Frühscholastik; *id.*, Hochscholastik; *Hallebeek*, Concept of Unjust Enrichment, 7 ff., 21 ff., jeweils m.w.N.

⁸ Zur Frage nach dem Ausgangspunkt rechtshistorischer Schilderungen *Jansen*, Tief ist der Brunnen, 202 ff., 228. Zu recht polemisiert Oestmann allerdings „gegen endlose Vorgeschichten“: *Oestmann*, Geistliche und weltliche Gerichte, 717 f.

⁹ *Augustinus*, Epistola CLIII (*ad Macedonium*), n. 20.

¹⁰ Vgl. auch *Offe*, Vitoria, 64.

¹¹ Siehe nur *Prodi*, Geschichte der Gerechtigkeit, 21 ff. Prodi berücksichtigt die zentrale Restitutionslehre dabei freilich nicht näher; siehe etwa S. 37 f., 45 f.

¹² Zu den theologischen Fragen *Finkenzeller*, Sakramente; *Angenendt*, Religiosität im Mittelalter, 630 ff., 644 ff.

¹³ *Petrus Lombardus*, Sententiae, lib. IV, dist. XV, cap. VII, n. 9.

¹⁴ Zu diesen etwa *Weinzler*, Frühscholastik, 100 ff.; *id.*, Hochscholastik, 89 ff.; *Bergfeld*, Katholische Moralthologie und Naturrechtslehre, 1000 f.

Sammlungen, etwa im *Decretum* des Ivo von Chartres¹⁵, im *Decretum Gratiani*¹⁶ und dann insbesondere auch in den *regulae iuris* des Liber Sextus¹⁷. Dabei hatte Augustinus diesen Satz auf das Diebstahlsverbot des siebten biblischen Gebots gestützt¹⁸, das in der theologischen Literatur der Scholastik von Anfang an außerordentlich weit interpretiert worden war: Es wurde auf jede ungerechtfertigte Wegnahme, Vorenthaltung, Vermögensschädigung und überhaupt auf jeden unrechtmäßigen Vermögenserwerb bezogen und sollte insbesondere auch Verstöße gegen das Zinsverbot erfassen¹⁹. Die theologische und auch die kanonistische Literatur haben dementsprechend den Begriff der Restitution von Anfang an ebenfalls in diesem weiten Sinne verwendet²⁰.

Allerdings würde der theologische Kern des Restitutionsgebots missverstanden, wenn man die Restitution aus späterer juristischer Perspektive als einen subjektiven Anspruch des Geschädigten auf den fraglichen Gegenstand oder Vorteil bzw. auf einen Ausgleich seines Schadens darstellt. Ein solches Verständnis würde die gedanklich auf das Bußsakrament bezogene theologische Restitutionslehre gleich unter mehreren Aspekten verfehlen. Zunächst bildet es nämlich eine Konsequenz der theologischen Perspektive, dass es bei der Restitutionslehre primär um die Restitutionspflicht des Sünders ging. Ein korrespondierender Anspruch des Geschädigten brauchte mit dieser Pflicht nicht verbunden zu sein; angesichts des christlichen Armutsgebots und der Maxime, sich um vergängliche Güter nicht übermäßig zu sorgen, erschien ein solcher Anspruch sogar ausgesprochen problematisch. Die Sentenzenliteratur des frühen 12. Jahrhunderts mochte einen Restitutionsanspruch überhaupt nur dann akzeptieren, wenn dafür besondere Gründe, wie die Besserung des Sünders oder die Versorgung kranker Mitbrüder, sprachen²¹; und nach der *Glossa ordinaria* zur Heiligen Schrift galt die Geltendmachung eines Restitutionsanspruchs zumindest als unziemlich²². Auch für Gratian konnte ein Anspruch des Geschädigten deshalb keinesfalls selbstverständlich sein²³. Wenn das *Decretum* dann gleichwohl einen solchen Anspruch vorsah²⁴, so macht das zwar deutlich, dass die kanonistischen Juristen mit der Restitutionslehre auch die Interessen des Geschädigten schützen wollten. Ungeachtet dessen hatten sie aber stets auch Vergehen gegen Gott und die Kirche im Blick, bei denen ein individueller

¹⁵ Hallebeek, Concept of Unjust Enrichment, 22 m.N.

¹⁶ Decr. Grat., C. XIV, qu. VI, c. I.

¹⁷ Lib. Sext., lib. V, tit. XII De reg. iur., reg. IV.

¹⁸ Ex. 20,15.

¹⁹ Petrus Lombardus, Sententiae, lib. III, dist. XXXVII, cap. V; näher, auch zur älteren Lehre, Weinzierl, Frühscholastik, 11 ff.

²⁰ Dondorp, Crime and Punishment, 103 ff.

²¹ Weinzierl, Frühscholastik, 113 f. m.N.

²² Biblia sacra cum glossa ordinaria, Gl. *Iam quidem* zu 1. Kor. 6,7.

²³ Decr. Grat., C. XIV, qu. I.

²⁴ Decr. Grat., C. XIV, qu. I, c. II.

Restitutionsgläubiger nicht recht erkennbar war, ein Anspruch also von vornherein nicht in Betracht kam.

Vor allem aber ging es im theologischen Kontext der Buße jedenfalls nicht in erster Linie um die Interessen der Opfer. Im Vordergrund stand vielmehr das Seelenheil des Sünders²⁵. Wo beim Täter nichts zu holen war, konnte eine Restitution deshalb durchaus als entbehrlich gelten²⁶. Eine Teilrestitution oder der gute Wille, später zu restituieren, wenn der Sünder wieder über die dafür erforderlichen Mittel verfügte, mussten genügen²⁷. Im Übrigen sollte die Restitution in erster Linie sicherstellen, dass der Sünder nicht weiterhin von seinem Unrecht profitierte; ihm einen eventuellen Vorteil abzunehmen und eine entsprechende Wiedergutmachung aufzuerlegen, blieb wichtiger als der Ausgleich eines Verlusts²⁸. Hatte ein Dieb die gestohlene Sache einem Priester zum Zwecke der Restitution anvertraut, dieser die Sache jedoch nicht weitergegeben, sondern unterschlagen, so hatte der Dieb seiner Restitutionspflicht gegenüber Gott jedenfalls Genüge getan²⁹. Entsprechend brauchte die Restitution nach kanonischem Recht und nach den Beichtsummen auch nicht zwingend an den konkreten individuellen Geschädigten geleistet zu werden³⁰: Bei einer Simonie³¹ oder sonst einer rechtswidrigen Vorteilsnahme galt es das vielmehr gerade zu vermeiden – offenkundig ging es nicht an, den Amtskäufer zu begünstigen. Der simonistische „Kaufpreis“ sollte deshalb der Kirche oder wohltätigen Zwecken zugutekommen³². Vergleichbares galt etwa für den sittenwidrigen Erwerb von

²⁵ Anschaulich *Abaelard*, *Ethica seu Liber dictus scito te ipsum*, *cap.* XVIII.

²⁶ *Augustinus*, *Epistola CLIII (ad Macedonium)*, *n.* 20; *Petrus Lombardus*, *Sententiae*, *lib.* IV, *dist.* XV, *cap.* VII, *n.* 9.

²⁷ Siehe nur *Raimundus de Pennaforte*, *Summa de Paenitentia*, *lib.* II, *tit.* V, *n.* 44. Näher zu einzelnen Beichtbzw. Dekretsummen *Weinzierl*, *Frühscholastik*, 71 f., 77 ff., 101, 105, 113, 143, 148, 172 m.w.N.; zur späteren theologischen Literatur *id.*, *Hochscholastik*, 136 ff.

²⁸ *Augustinus*, *Epistola CLIII (ad Macedonium)*, *n.* 20; *Petrus Lombardus*, *Sententiae*, *lib.* IV, *dist.* XV, *cap.* VII, *n.* 9: „Cave qualiter intellegas illud: ‚ut emendare valeat quod peccavit‘ etc. Non enim emendatio hic intelligenda est rei demptae recompensatio, sed delicti exprobatio et abominatio, cum satisfactionis desiderio. Demit enim iniuste quis alicui quod restituere non valet, ut oculum vel vitam et huiusmodi; et tamen si poenituerit peccati, cum amore condignae satisfactionis, veniam habet“; ebenso *Albertus Magnus*, *Commentarii in IV libros Sententiarum*, *lib.* IV, *dist.* LV, *art.* XLIV. Die Beichtsummen sahen daher häufig eine Restitution an die Armen vor; näher *Weinzierl*, *Frühscholastik*, 101 f., 104 f.

²⁹ *Simon von Tournai*, *Disputationes*, *disp.* XXI, *qu.* III.

³⁰ *Raimundus de Pennaforte*, *Summa de Paenitentia*, *lib.* II, *tit.* V, *n.* 44.

³¹ Im *Decr. Grat.* (C. I, *qu.* III, c. II) ist zwar auch bei der Simonie von einer Restitution die Rede, doch soll es dabei ausschließlich darum gehen, dass der Verkäufer das unrechtmäßig erworbene Gut nicht behalten dürfe: „... et quidquid turpis lucris gratia receperat non tenere“. Die Lehre (Huguccio) hat das alsbald dahin interpretiert, dass die Restitution an die Kirche, nicht an den Erwerber, zu leisten sei; näher *Weinzierl*, *Frühscholastik*, 84, 102 m.w.N. auch zu den Beichtsummen. Die Dekretalen Gregors IX haben dies übernommen (*Decr. Greg. IX.*, *lib.* V, *tit.* III, *cap.* XI), alternativ aber auch die Möglichkeit der Restitution an den sittenwidrig Leistenden vorgesehen (*Decr. Greg. IX.*, *lib.* V, *tit.* III, *cap.* XIX).

³² *Decr. Grat.*, C. XIV, *qu.* IV, c. XV (= *Augustinus*, *Epistola [ad Macedonium]*, *n.* 23); *Thomas von Aquin*, *Scriptum super Sententiis*, *dist.* XV, *qu.* I, *art.* V, *resp. ad qu.* IV, *sol.* IV.

Astrologen, Spielern und Prostituierten sowie von Advokaten, die unrechten oder verfehlten Rat erteilt bzw. überzogene Honorarforderungen gestellt hatten³³. Nur in den Fällen, in denen es zum einen einen konkreten Geschädigten gab, der nicht am restitutionsauslösenden Vergehen beteiligt war, und in denen zum anderen der Sünder zur Restitution imstande war, galt die Rückgabe an den richtigen Gläubiger als unverzichtbare Voraussetzung der Sündenvergebung.

Auch dann stand freilich nicht fest, dass die Restitution exakt nach dem Verlust des Geschädigten zu bemessen war: Wo das römische und das kanonische Recht bzw. die Heilige Schrift³⁴ beispielsweise ein Vielfaches des verursachten Schadens als Strafzahlungen vorsahen, konnten diese Sanktionen durchaus als eine Restitutionspflicht verstanden werden, soweit dies für eine angemessene Buße erforderlich zu sein schien³⁵. Wieder wird deutlich, dass die Restitution ihre Grundlage ursprünglich im Bußsakrament und damit gerade nicht im Gebot eines fairen Ausgleichs zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten fand. „Restitution“ bezeichnete hier nicht mehr als die religiöse Verpflichtung des Sünders, ein Unrecht bzw. einen Schaden wiedergutzumachen. Wenn die Restitution dabei als eine Voraussetzung wirklicher, nicht geheuchelter Buße galt, so hat die Restitutionslehre zwar von Anfang an die göttliche mit der weltlichen Gerechtigkeit verbunden. Gleichwohl war die Restitutionslehre aber zunächst nicht an den Vermögensinteressen individueller Geschädigter ausgerichtet. In der vom christlichen Armutsgebot geprägten Moraltheologie des Mittelalters ging es primär um die Beseitigung von Unrechtsfolgen auf der Seite des Täters, nicht um einen Schadensausgleich zugunsten des Opfers.

II. „restitutio est actus commutativae iustitiae“

Ein ganz anderes Bild bietet demgegenüber die Darstellung der Restitutionslehre in der *Summa theologiae* Thomas von Aquins, die geistesgeschichtlich geradezu auf einen Paradigmenwechsel hinausläuft. Zwar war die Restitution auch bei Thomas selbstverständlich nicht von dem Augustinuswort getrennt³⁶, doch hatte sie ihren systematischen Platz nicht mehr im Rahmen des Bußsakraments,

³³ Zum Glückspiel *Raimundus de Pennaforte*, *Summa de Paenitentia*, lib. II, tit. VIII, n. 12; w.N. bei *Weinzierl*, *Frühscholastik*, 87 f., 128, 139 f., 148; *Hallebeek*, *Concept of Unjust Enrichment*, 24.

³⁴ Ex. 21,37 und Ex. 22 *passim*; vgl. auch Luk. 19,8.

³⁵ In diesem Sinne zur *poena quadruplex* beim Raub noch *Raimundus de Pennaforte*, *Summa de Paenitentia*, lib. II, tit. V, n. 21; w.N. bei *Weinzierl*, *Frühscholastik*, 94, 129; *id.*, *Hochschulastik*, 129 ff.

³⁶ STh II–II, qu. LXII, art. II.

sondern in der Gerechtigkeitslehre³⁷. Denn seit dem 13. Jahrhundert hatte sich innerhalb der scholastischen Diskussion zunehmend die Überzeugung durchgesetzt, dass die Restitution nicht einen Teil der vom Priester auferlegten *satisfactio* bilde, sondern unabhängig von der Beichte erfolgen könne: Die Restitution war daher nicht mehr ein Bestandteil des Bußsakraments, sondern galt als dessen Voraussetzung³⁸. In der Sache erschien die Restitutionspflicht damit als ein gegenüber dem Bußsakrament vorgängiges Gebot der Gerechtigkeit.

Eine für die weitere Entwicklung entscheidende Weichenstellung hatte *Thomas* dabei durch eine enge konzeptionelle Verbindung der Restitutionslehre mit der Gerechtigkeitstheorie des *Aristoteles* geleistet³⁹. Durch diesen Schritt, der bereits durch *Albertus Magnus* vorbereitet war⁴⁰, erhielt die Restitutionslehre eine neue begrifflich-kategoriale Struktur und gewann zugleich deutlich an inhaltlichen Konturen. Grundlegend waren dabei einerseits die kategoriale Unterscheidung der ausgleichenden von der zuteilenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa* und *distributiva*)⁴¹ sowie andererseits die Zuweisung der Restitution zur ausgleichenden Gerechtigkeit⁴². Mit dieser Weichenstellung war zunächst geklärt, dass es bei der Restitution allein um den Ausgleich einer gestörten Privatrechtsbeziehung zwischen Menschen und um deren Vermögen im weitesten Sinne gehen sollte⁴³. Folgerichtig standen jetzt nicht mehr die Person des Schädigers und dessen Seelenheil im Vordergrund, wie das aus der moraltheologischen Perspektive der Patristik und Frühscholastik

³⁷ STh II–II, *qu.* LVIII ff.: *De iustitia*; *qu.* LXII ff.: *De restitutione* etc. In dieselbe Richtung bereits *Thomas von Aquin*, *Scriptum super Sententiis*, *dist.* XV, *qu.* I, *art.* V, *resp. ad qu.* I. Zwar ist die Restitution dort noch im Kontext der Buße erörtert; sie wird allerdings bereits in den Kategorien der ausgleichenden Gerechtigkeit diskutiert. Für eine detaillierte Gegenüberstellung der unterschiedlichen Darstellungen im Sentenzenkommentar, einem Frühwerk Thomas', und in der *Summa theologiae* näher *Weinzierl*, *Hochscholastik*, 164 ff.

³⁸ Besonders klar *Albertus Magnus*, *Commentarii in IV libros Sententiarum*, *lib.* IV, *dist.* XV, *art.* XLV; *Thomas von Aquin*, *Scriptum super Sententiis*, *dist.* XV, *qu.* I, *art.* V, *resp. ad qu.* I et II; zuvor insbesondere *William von Auxerre*, *Summa Aurea*, *lib.* IV, *tract.* XI, *cap.* VI, *qu.* I (S. 288): „Exigitur enim ad veram penitentiam restitutio, sed non ut pars, sed ut fundamentum ...“. Zur älteren, handschriftlichen Literatur *Weinzierl*, *Frühscholastik*, 126 (zu Radulphus Ardens), 158 (zu Stephan Langton); zur späteren Literatur (nach William von Auxerre), *id.*, *Hochscholastik*, 127 ff.

³⁹ Dazu etwa *Wolter*, *Naturalrestitution*, 26 ff.; *Hallebeek*, *Concept of Unjust Enrichment*, 8 f.; ausführlich *Weinzierl*, *Hochscholastik*, 16 ff., 164 ff.

⁴⁰ *Albertus Magnus*, *Commentarii in IV libros Sententiarum*, *lib.* IV, *dist.* XV, *art.* XLII: Zwar hatte *Albertus Magnus* die Restitutionslehre in seinem Kommentar zu den Sentenzen des Petrus Lombardus, dem *locus classicus* der patristischen und frühscholastischen Restitutionslehre, erläutert; er hatte in diesem Rahmen aber bereits auf *Aristoteles'* Lehre von der ausgleichenden Gerechtigkeit abgestellt, um den Tatbestand der Restitution zu konkretisieren.

⁴¹ *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1130 b 30 ff.; STh II–II, *qu.* LXI.

⁴² „... restitutio est actus commutativae iustitiae“: STh II–II, *qu.* LXII, *art.* I, *resp.*; ausführlicher *Weinzierl*, *Hochscholastik*, 18 ff. m.w.N.

⁴³ STh II–II, *qu.* LVIII, *art.* II, X; *qu.* LXII, *art.* IV.

selbstverständlich gewesen war, sondern die Person des Geschädigten und dessen Interessen. Die Restitution sollte also nicht mehr abstrakt in der Abschöpfung unverdienter Vorteile bestehen, sondern diene spezifisch dem Ausgleich eines Verlusts: Wo jemandem etwas genommen worden war, ohne ihm zu schaden – etwa indem jemand am Licht der Lampe eines anderen geschnorrt hatte –, sollte die Restitution nach *Thomas* folgerichtig keinen Platz haben⁴⁴.

Zudem verfügten *Albertus Magnus* und *Thomas* mit dem aristotelischen Gedanken der Wiederherstellung einer gestörten Gleichheit zwischen den Parteien über ein klares Kriterium, nach dem derartige Gerechtigkeitsfragen zu entscheiden waren⁴⁵. Dabei bestand das gedankliche Paradigma der Restitution zwar in der Rückgabe einer (gestohlenen) fremden Sache, doch ließ sich auch eine Schadenszufügung als Wegnahme begreifen⁴⁶. Dieser Gedanke war zwar an sich nicht neu: Bereits im 12. Jahrhundert hatten Autoren wie *Petrus Cantor* auch den Schadensausgleich im Rahmen der Restitutionslehre erfasst, und zwar insbesondere auch bei Verletzungen von – in heutiger Terminologie – immateriellen Interessen wie der Ehre⁴⁷. Jetzt war dafür aber auch eine tragfähige konzeptionelle Grundlage formuliert: Der Begriff der *restitutio* war als Korrektur einer Störung der ausgleichenden Gerechtigkeit zu verstehen, so dass umgekehrt jede Verletzung der ausgleichenden Gerechtigkeit folgerichtig einen Restitutionsanspruch auslösen musste⁴⁸. Dass die Restitution auch den Ausgleich von Sachbeschädigungen sowie von Körperund Ehrverletzungen erfasste⁴⁹, war deshalb selbstverständlich.

⁴⁴ STh II–II, *qu.* LXII, *art.* 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“; siehe auch *ad tertium*: „... quia restitutio principaliter ordinatur ad removendum damnum ejus a quo est aliquid injuste ablatum“.

⁴⁵ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1131 a 10 ff.; STh II–II, *qu.* LVIII, *art.* X; *qu.* LXI, *art.* II; *qu.* LXII, *art.* V, *resp.* Das Bild findet sich bereits im *Scriptum super Sententiis*, *dist.* XV, *qu.* I, *art.* V, *resp.* *ad qu.* I: die Restitution gleiche eine *inaequalitas iustitiae* aus.

⁴⁶ STh II–II, *qu.* LXII, *art.* IV, *resp.*: „Respondeo dicendum, quod quicumque damnificat aliquem, videtur ei auferre id in quo ipsum damnificat. ... Et ideo homo tenetur ad restitutionem ejus in quo aliquem damnificavit“.

⁴⁷ *Weinzierl*, Früscholastik, 132 ff.; *Unterreitmeier*, Schmerzensgeldanspruch, 28 ff., jeweils m.N.

⁴⁸ STh II–II, *qu.* LXII, *art.* I, *ad sec.*: „Sed sicut ... nomen communicationis translaturum est ad actiones vel passiones quae pertinent ad reverentiam vel injuriam alicujus personae, seu nocumentum vel profectum; ita etiam nomen restitutionis derivatur ad haec, quae licet realiter non maneat, tamen manent in effectu vel corporali, puta cum ex percussione laeditur corpus, vel qui est in opinione hominum, sicut cum aliquis verbo opprobrioso remanet homo infamatus, vel etiam minoratus in suo honore“. Vgl. auch *Unterreitmeier*, Schmerzensgeldanspruch, 26.

⁴⁹ *Albertus Magnus*, *Commentarii in IV libros Sententiarum*, *lib.* IV, *dist.* XV, *art.* XLII f.; bei *Thomas von Aquin* bildet das regelmäßig eine selbstverständliche Voraussetzung der Argumentation: STh II–II, *qu.* LXII, *art.* IV, *resp.*; *qu.* LXII, *art.* II, *resp.*, *art.* VI, *resp.* Zwar hatten bereits Augustinus und die ältere Scholastik die Restitution auch auf Körperund Ehrverletzungen bezogen (siehe oben Fn. 28), doch hatten diese Fälle gerade dort als Beispiele dafür gegolten, dass ein Ausgleich gegenüber dem Geschädigten entbehrlich sein konnte.

Auch die Wiedergutmachung eines immateriellen⁵⁰ Schadens durch eine Bitte um Verzeihung oder eine Entschuldigung ließ sich nämlich als ausgleichende Wiederherstellung einer gestörten Beziehung zwischen Mitmenschen verstehen und war daher als Restitution geschuldet⁵¹. Die spätere Lehre hat die Restitution folgerichtig ganz allgemein von dem Schaden bzw. Verlust des Geschädigten (*laesio*) her verstanden⁵².

Dieser Neuansatz musste wichtige normative Konsequenzen nach sich ziehen. Zunächst war damit geklärt, dass die Restitution nicht mehr zur Disposition des Priesters stehen konnte. Denn nur von Pflichten gegenüber dem Herrn konnte der Priester als Stellvertreter Gottes entbinden, nicht von den Pflichten der ausgleichenden Gerechtigkeit gegenüber Mitmenschen⁵³. Sodann musste die Restitution jetzt grundsätzlich gegenüber dem Geschädigten erfolgen, dessen Interessen durch die Restitution ja geschützt wurden⁵⁴. War das rechtswidrig empfangene Geld ausnahmsweise einmal nicht an denjenigen zurückzugeben, der es geleistet hatte, wie das insbesondere bei der Simonie und bei einer Richterbestechung angezeigt war, so war es stattdessen an das mittelbar geschädigte Unrechtsopfer weiterzuleiten. Hier kam ein eigentlicher Schadensausgleich zwar nicht in Betracht, doch stand in der theologischen Literatur und in der Beichtjurisprudenz fest, dass die Restitution zumindest das erlittene Unrecht ausgleichen sollte und deshalb bei einer Simonie der Kirche⁵⁵ bzw. bei einer Richterbestechung

⁵⁰ Freilich ist diese Terminologie, die sich erst im Laufe der Diskussion im späten 19. und 20. Jahrhundert herausgebildet hat, angesichts der vielschichtigen schadensrechtlichen Wertungsprobleme unterkomplex: näher *Jansen*, *Danno patrimoniale*; HKK/*Jansen*, §§ 249–253, 255, Rn. 3 f.

⁵¹ *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. I, bei *Pro* a.E.; Soto hat diese Fälle freilich spezifischer als *satisfactio* konzipieren wollen; näher unten 56 ff.

⁵² *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, pr. (470): „*Restitutio laesioni opponitur*“.

⁵³ *William von Auxerre*, *Summa Aurea*, lib. IV, tract. XI, cap. VI, qu. II, art. I (S. 290 f): Nicht einmal der Papst könne von der Restitutionspflicht entbinden. Nur soweit die Restitution durch eine Zahlung an die Armen erfolgen müsse, könne der Bischof als deren Vertreter von der sofortigen Leistungspflicht dispensieren: *ibid.*, *ad ult. objectum* (S. 292).

⁵⁴ STh II–II, qu. LXII, art. V. Zwar galt eine knappe Liste von Ausnahmen, doch waren diese jeweils spezifisch begründet; und die Argumentation war vom Bestreben geleitet, das Opfer zu begünstigen: Eine Restitution an den Geschädigten war nur ausgeschlossen, wenn dieser dadurch gefährdet wurde (etwa indem ein suizidgefährdeter Wahnsinniger ein Schwert in die Hände bekommen hätte). War der Geschädigte demgegenüber verstorben, so war an die Erben zu leisten; war er unbekannt, so konnte die Restitution immer noch durch Almosen für sein Seelenheil erfolgen. Die Beichtliteratur hatte hier noch Ausgaben zu frommen Zwecken, insbesondere Almosen für die Armen vorgesehen: *Raimundus de Pennafort*, *Summa de Paenitentia*, lib. II, tit. V, n. 44. Auch später hat die theologisch orientierte Literatur noch daran festgehalten, dass eine Restitution an den Geschädigten entbehrlich sein könne: *Medina*, *De restitutione*, qu. II, dub. 2.

⁵⁵ Das Unrecht der Simonie ist ja gegen die Kirche gerichtet; vgl. *Halensis*, *Summa theologica*, inq. III, tract. VIII, sect. I, qu. III, tit. II, cap. VII (Rn. 849) „... illi ecclesiae restitui debet in cuius iniuriam data fuerit“; ebenso *Raimundus de Pennafort*, *Summa de Paenitentia*, lib. I, tit. I, n. 10. Wenn *Thomas* hier bisweilen von Leistungen für fromme Zwecke („ad pios usus“) spricht (STh II–II, qu. LXII, art. V), so bildet das lediglich eine untechnische Formulierung für die im kanonischen Recht (oben Fn. 31) und in den Beichtsummen (vgl. *Pennafort*, *loc. cit.*, lib. I, tit. 1, n. 10) vorgesehene regelmäßige Restitution an die Kirche: STh II–II, qu. C, art. V, *ad quart.*

dem Prozessgegner⁵⁶ gebührte. Dass der Geschädigte dabei zumindest grundsätzlich einen durchsetzbaren Anspruch auf die Restitution haben sollte, galt ebenfalls als ausgemacht⁵⁷. Praktisch bedeutsam war das insbesondere in Fällen, in denen nach theologischem Naturrecht Restitutionsansprüche gewährt wurden, für die sich im römischen Recht keine Grundlage fand⁵⁸.

Vor allem ließen sich jetzt der Vermögensausgleich (bezogen auf die *inaequalitas ex parte rei*) einerseits und der vergeltende Ausgleich schuldhaften Unrechts andererseits (bezogen auf die *iniustitia culpae*) klar voneinander unterscheiden. Das war umso bemerkenswerter, als sich auch im kanonischen Recht kein Anhalt für eine solche Unterscheidung fand; vielmehr verstanden die Kanonisten deliktsrechtliche Sanktionen, insbesondere bei Körperverletzungen, verbreitet als eine *poena*: als Strafe für unrechtes Tun⁵⁹. Wichtig war nun, dass für den Vermögensausgleich nach der neuen aristotelischen Lehre grundsätzlich nicht mehr als die Rückgabe des entzogenen bzw. der einfache Ersatz des beschädigten Vermögensguts erforderlich war⁶⁰. Anders als zuvor *Albertus Magnus*⁶¹ hatte *Thomas* zwar noch an den tradierten Sanktionen des römischen und biblischen Rechts festgehalten, die auf ein Vielfaches des Schadens gingen⁶². Freilich hatte auch *Thomas*, das war letztlich entscheidend, diese Sanktionen jetzt endgültig⁶³ als eine Strafe qualifiziert und damit kategorial eindeutig vom Schadensersatz unterschieden⁶⁴. Sie waren deshalb nicht mehr als eine Restitution geschuldet, sondern nur noch aufgrund eines entsprechenden richterlichen Strafurteils⁶⁵.

⁵⁶ *Raimundus de Pennaforte*, *Summa de Paenitentia*, lib. II, tit. V, nn. 36, 44 (im Einzelnen differenziert).

⁵⁷ STh II–II, qu. XLIII, art. VIII; zur späteren Literatur *Weinzierl*, *Hochscholastik*, 36 ff.

⁵⁸ *Hallebeek*, *Concept of Unjust Enrichment*, 27. Wichtig war das insbesondere bei Körperverletzungen, wo das römische Recht einen deliktischen Anspruch verneinte, und in Eingriffsfällen, in denen das römische Recht einen Bereicherungsausgleich versagt hatte. Näher unten 67 f., 148 f., 157 ff.

⁵⁹ Ausführlich *Dondorp*, *Crime and Punishment*, 104 ff. m.w.N.

⁶⁰ *Albertus Magnus*, *Commentarii in IV libros Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, art. XLII f.; STh II–II, qu. LXII, art. III, resp.; vgl. auch qu. LXI, art. IV.

⁶¹ *Albertus Magnus*, *Commentarii in IV libros Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, art. XLIII, *solutio ad qu.* 4: derartige Sanktionen seien nur gültig, wenn sie durch neues Recht festgesetzt seien.

⁶² Oben Fn. 34.

⁶³ Zu entsprechenden Ansätzen im freilich stets ambivalent gebliebenen römischen Recht *Jansen*, *Haftungsrecht*, 236 f. m.w.N.

⁶⁴ *Duwe*, *La teoría de la restitución*, 185; w.N. bei *Núñez*, *Restitutionslehre*, 51.

⁶⁵ STh II–II, qu. LXII, art. III, resp.

Der spätere Versuch von *Johannes Duns Scotus*, die biblischen Talionsstrafen als Restitution zu rekonstruieren⁶⁶, vermochte diesen Ansatz nicht mehr in Frage zu stellen und hat deshalb kein nennenswertes Echo gefunden. Die spätscholastischen Autoren des 16. Jahrhunderts, denen es darum ging, die thomistische Lehre im Einzelnen auszubuchstabieren, sind darauf jedenfalls nicht mehr näher eingegangen und haben klargestellt, dass derart anormale Privatstrafen allein aufgrund positiven Rechts gelten könnten⁶⁷. Auch wenn weltliches Recht nach spätscholastischer Doktrin grundsätzlich auch im *forum conscientiae* binden sollte⁶⁸, Menschen also ihrem Gott gegenüber verpflichtet waren, dem weltlichen Recht zu folgen, waren diese Strafsanktionen deshalb nicht als Restitution geschuldet. Umgekehrt musste jetzt aber in jedem Restitutionsfall ein voller, unbeschränkter Ersatz geleistet werden: Wer für den Schaden eines anderen verantwortlich war, sollte diesen vollständig wiedergutmachen, soweit das nicht erheblich größere eigene Opfer – etwa die Gefährdung des eigenen Lebens – erforderte⁶⁹.

III., „Omnis restitutio fundatur in dominio“

War damit der Umfang der Restitution klar bestimmt, so blieb doch offen, unter welchen Voraussetzungen eine Restitutionspflicht überhaupt ausgelöst wurde. *Thomas* hatte dazu – wieder im Anschluss an die Darstellung bei *Albertus Magnus*⁷⁰ – zwei Kategorien der Restitution formuliert⁷¹: Zum einen könne

⁶⁶ *Duns Scotus*, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum, lib. IV, dist. XV, qu. III, ad sec. Vgl. auch *Unterreitmeier*, Schmerzensgeldanspruch, 51 f. m.w.N.

⁶⁷ Naturrechtlich sei nur die Restitution geschuldet: *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 13; *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, bei *Tertium argumentum*; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 715, besonders nn. 6 f. Für ein konkretes Beispiel – die poena von 50 Goldstücken nach D. 9,3,1,5 – *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XX, n. 132. Ebenso bereits *Albertus Magnus* (eben Fn. 61); ausführlich später *Grotius*, Inleiding, boeck III, deel XXXII, §§ 7 ff.

⁶⁸ Statt aller *Vitoria*, De potestate civili, nn. 15 ff. m.w.N. zur spätmittelalterlichen Diskussion: „Principum leges et constitutiones ita obligant, ut transgressores in foro conscientiae culpa rei sint ... leges civiles obligant sub poena peccati et culpa aequae ac leges ecclesiasticae“.

⁶⁹ Näher unten 95 ff.

⁷⁰ *Albertus Magnus*, Commentarii in IV libros Sententiarum, lib. IV, dist. XV, art. XLII.

⁷¹ STh II–II, qu. LXII, art. I und VI: „Respondeo dicendum, quod circa illum qui rem alienam accepit, duo sunt consideranda: scilicet ipsa res accepta et ipsa acceptatio“. Eine parallele, aber anders konzeptionalisierte Unterscheidung findet sich demgegenüber in den frühen Schriften *Thomas von Aquin*; siehe etwa das Scriptum super Sententiis, dist. XV, qu. I, art. V, resp. ad qu. I: Eine *inaequalitas iustitiae* könne entweder „in rebus exterioribus“ bestehen, soweit jemand einem anderen dessen Sache vorenthalte, oder „in actionibus et passionibus“, soweit jemand einen anderen mit Gewalt verletze. Die Beseitigung dieser Ungleichheit erfolge im ersten Fall durch eine *restitutio*, im zweiten durch eine *reparatio* bzw. *satisfactio*. Eine klare Unterscheidung von Strafe und Ersatz erlaubt diese Kategorisierung nicht, denn die *satisfactio* sollte proportional zum erlittenen Unrecht sein; vgl. *Weinzierl*, Hochscholastik, 17 ff. m.w.N. auch zu *Albertus Magnus*.

man *ratione rei* zur Restitution verpflichtet sein, wenn man sich noch im Besitz des zu restituierenden Rechtsguts oder zumindest eines Äquivalents befinde. Zum anderen könne eine Restitutionspflicht *ratione acceptationis* entstehen, und zwar entweder durch die – auch vertragliche – Entgegennahme der Sache oder aufgrund eines deliktischen Eingriffs in den fremden Rechtskreis.

So weiterführend diese Differenzierung war, so wenig bot sie doch eine vollständige Erklärung eines Restitutionsanspruchs. Zunächst ließ sie nämlich offen, was überhaupt als ein Eingriff in den fremden Rechtskreis gelten sollte, unter welchen Voraussetzungen also die Beeinträchtigung fremder Interessen einen Ausgleich auslösen konnte. Zudem schien es nach diesem Modell bei der Restitution doch wieder primär um den Restitutionsschuldner zu gehen. Zwar entsprach das nicht der Vorstellung *Thomas von Aquins*, der mit der Zuordnung der Restitution zur *iustitia commutativa* die Restitutionspflicht klar als ein zweiseitiges Rechtsverhältnis konzeptualisiert und an den Interessen des Restitutionsgläubigers ausgerichtet hatte⁷². Gleichwohl hatte *Cajetan* aber in seinem maßgeblichen *Thomas*-Kommentar die normativen Grundlagen (*radices*) der Restitution in der *res* bzw. der *acceptio*, also in der Bereicherung bzw. in dem schädigenden Verhalten des Restitutionsschuldners, gesehen⁷³. Gegenüber der ausgleichsbezogenen Zielsetzung der Theorie von *Thomas*, wonach die Verpflichtung des Restitutionsschuldners wertungsmäßig und systematisch mit dem Verlust des Geschädigten verknüpft war, bedeutete das einen gedanklichen Rückschritt. Zudem drohte die ursprünglich doch geschlossene Restitutionslehre durch diese Interpretation in eine bereicherungs- und sachenrechtliche *restitutio ratione rei* einerseits und eine vertrags- bzw. deliktsrechtliche *restitutio ratione acceptationis* andererseits auseinanderzubrechen⁷⁴.

Eine Antwort auf all diese Probleme bot die Überlegung, dass die Restitution ein Institut zum Schutz der individuellen Rechtssphäre von Menschen bildete.

⁷² Oben Fn. 44.

⁷³ *Cajetan*, *Secunda Secundae* ... Cum Commentariis, *ad qu.* LXII, *art.* VI: „Duae ergo sunt radices, ad quarum alteram restitutionem omnem oportet reduci. Prima est acceptio: secunda est res accepta“; vgl. auch *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* VII, *dub.* IV, *n.* 15: *restitutio* „nihil est aliud, quàm rei acceptae redditio, vel damni illati compensatio“; ferner *ibid.*, *dub.* V, *n.* 19: „Respondeo, (restitutionem, N.J.) ex duplici capite nasci, nempe ex *injusta acceptatione*, vel *ex re accepta*“ (Hervorhebungen im Original). *Lessius* und *Molina* hatten dann auch vertragsrechtliche Verpflichtungen unter die Restitution gefasst, folgerichtig „tria capita omnis restitutionis“ unterschieden und dabei betont, dass diese drei Restitutionsformen teleologisch unterschiedlich begründet seien: *Lessius*, *loc. cit.*, *dub.* V, *nn.* 20 f.; *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 717.

⁷⁴ Auch *Thomas* hatte hier ja ursprünglich die *restitutio* von der *satisfactio* unterscheiden wollen (eben Fn. 71), davon aber später zugunsten einer einheitlichen Konzeption Abstand genommen.

Das war eine bemerkenswert „moderne“ Vorstellung, die in der Sache freilich bereits in der hochscholastischen Theologie angelegt war⁷⁵: „omnis restitutio fundatur in dominio“, so hatte *Francisco de Vitoria*, der Gründervater der Schule von Salamanca, diesen Gedanken autoritativ zum Ausdruck gebracht⁷⁶: Jede Restitution sollte ihre Grundlage in einem als subjektives Recht geschützten Interesse des Restitutionsgläubigers (*dominium*) finden⁷⁷. Das *dominium* wurde damit zum begrifflichen Rahmen und zur normativen Grundlage der Restitution. Dieser Neuansatz hatte sogar Konsequenzen für die Systembildung: Bereits *Vitoria* hatte das *dominium* in seinem Kommentar zur *Summa theologiae* wohl aus diesem Grund als Einleitung zum Abschnitt über die *restitutio* dargestellt⁷⁸ und war damit an dieser Stelle ausnahmsweise von der Gliederung der *Summa theologiae* abgewichen⁷⁹, obgleich er sich in dieser Kommentierung sonst durchgehend an die Gliederung seines autoritativen Referenztexts angelehnt hatte⁸⁰. In gleicher Weise haben dann wenig später auch Autoren wie *Domenico de Soto* und *Domingo Báñez* die *restitutio*⁸¹ im unmittelbaren Zusammenhang mit der Lehre vom *dominium* erläutert⁸²; und die speziellen Traktate zur Restitution haben normalerweise mit einem einleitenden Abschnitt zum *dominium* angesetzt⁸³. Erst die späteren jesuitischen Traktate von *Molina* und *Lessius* lösten das *dominium* wieder aus diesem spezifischen Kontext und behandeln es in einem Anfangsabschnitt als allgemeine Grundlage des Naturrechts insgesamt⁸⁴.

⁷⁵ Siehe sogleich bei Fn. 85 ff.

⁷⁶ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, *qu.* LXII, *art.* I, *n.* 6; ebenso dann etwa *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *prooemium*; *Aragón*, *Iustitia*, *qu.* LXII, Vorbemerkung *De restitutione* zu *art.* II: „... omnis obligatio restitutionis semper ex eo oritur, quod quis privatur dominio rei, quod prius habebat“; *Báñez*, *Decisiones*, *qu.* LXII, vor *art.* I, *Praeambulum de dominio*: „Antequam tractatum valde necessarium de restitutione aggrediamur, necesse est, ut de dominio prius dissereamus“.

⁷⁷ Zum Zusammenhang der Lehre vom *dominium* mit der Restitutionslehre siehe bereits *Grossi*, *La proprietà nel sistema privatistico*, 131.

⁷⁸ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, *qu.* LXII, *art.* I, *nn.* 4 ff.

⁷⁹ Dazu näher *Brett*, *Liberty, right and nature*, 126 ff.

⁸⁰ *Reppen*, *Summenkommentar*; *Otte*, *Vitoria*, 41; *Deckers*, *Gerechtigkeit und Recht*, 154 ff., 165, 206 ff.

⁸¹ *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VI f.

⁸² *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* I–V; siehe auch *id.*, *Relectio de dominio*, *prooemium*. Ähnlich etwa *Báñez*, *Decisiones*: Lehre vom *dominium* als Vorbemerkung „*Praeambulum de dominio*“ zur Lehre von der Restitution (*qu.* LXII, *art.* I); *Aragón*, *Iustitia*: „*Materia de dominio*“ als Vorbemerkung zu *qu.* LXII, *art.* I.

⁸³ Siehe etwa *Medina*, *De restitutione*.

⁸⁴ *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 1 ff.; *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* III, *dub.* I ff.

1. Rechtsgüterschutz im Privatrecht

Nun war der Bezug der Restitution auf den Schutz individueller Rechtsgüter bereits bei *Thomas von Aquin* angelegt, der die Restitution als Wiederherstellung früherer Besitzbzw. Eigentumsverhältnisse definiert hatte⁸⁵. Offenbar erschien dieser juristische Gedanke auch in der theologischen Diskussion als unmittelbar plausibel⁸⁶; in den hochscholastischen Kommentaren zu den *Sententiae Lombardi* war es dann ganz allgemein üblich geworden, die (theologischen) Lehren vom *dominium*, insbesondere die Rechtfertigung des Privateigentums, im unmittelbaren Zusammenhang mit der Restitution darzustellen⁸⁷.

Ein differenziertes und umfassendes Konzept des damit vorausgesetzten Eigentums bzw. eines geschützten subjektiven Rechts (*dominium*) war allerdings erst von *Bartolus* und, daran anknüpfend, in der spätmittelalterlichen rechtswissenschaftlichen Diskussion entwickelt worden; dies Konzept wurde dann insbesondere in der Schule von Salamanca ausformuliert⁸⁸. Dabei brachte das Konzept *dominium* zum Ausdruck, dass die jeweils dem einzelnen Menschen zugeordneten Vermögensgüter als Herrschaftsrechte geschützt wurden⁸⁹; der Begriff bezeichnete eine rechtlich garantierte Machtposition über ein individuelles Rechtsgut, das seinem *dominus* als dem alleinigen und absoluten Inhaber zugewiesen war⁹⁰. Das bedeutete, dass der *dominus* berechtigt war, über sein Rechtsgut in jeder Hinsicht zu verfügen; er musste es veräußern, vindizieren, besitzen, verbrauchen und sonst nutzen dürfen⁹¹. *Leonardus Lessius* hatte

⁸⁵ *Thomas von Aquin*, *Scriptum super Sententiis*, dist. XV, qu. I, art. V, resp. ad qu. IV: „respondeo ... ad quartam quaestionem dicendum quod restituere est iterate statuere aliquem in suae rei possessionem“; STh II-II, qu. LXII, art. I: „Respondeo dicendum, quod restituere nihil aliud esse videtur quam iterato aliquem statuere in possessionem vel dominium rei suae...“.

⁸⁶ Siehe insbesondere *Duns Scotus*, *Quaestiones in Lib. IV Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, qu. II; *Gabriel Biel*, *Collectorium circa quattuor libros Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, qu. II, vor art. I: „Utrum restitutio, qua alienum iniuste occupatum suo domino redditur, sit aliquid paenitentiae, per quam peccatum remittitur“. Das *fundamentum* der Restitution bestehe in einem *bonum proprium*, und darum gehe es in der Lehre vom *dominium*.

⁸⁷ *Duns Scotus*, *Quaestiones in Lib. IV Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, qu. II; *Gabriel Biel*, *Collectorium circa quattuor libros Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, qu. II, art. I. Zur Lehre *Duns Scotus'* vom *dominium* etwa *De Boni, Legislator*, *Duns Scotus*, 229 ff.

⁸⁸ Diese Entwicklung ist nach wie vor nicht voll verstanden und im Einzelnen umstritten; umfassend zu diesen Diskussionen insbesondere *Brett*, *Liberty, right and nature*; ferner etwa *Willoweit*, *Dominium und Proprietas*, 144 ff., 147 ff.; *Feenstra*, *Eigentumsbegriff bei Grotius*, 219 ff.; *Seelmann*, *Lehre vom Dominium*, 37 ff., 49 ff.; 61 ff., 82 ff.; *Deckers*, *Recht und Gerechtigkeit*, 148 ff.; vgl. auch *Tellkamp*, *Vitorias Weg*, 150 ff.; *Jansen*, *Haftungsrecht*, 316 ff. m.w.N.

⁸⁹ *Grossi*, *La proprietà nel sistema privatistico*, 130 f.

⁹⁰ *Grossi*, *La proprietà nel sistema privatistico*, 145 ff., 182 ff.; *Seelmann*, *Lehre vom Dominium*, 82 ff., 104 f., 154 f., 161 f. m.w.N.

⁹¹ Siehe etwa *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. I, art. I, bei *Discrimen inter dominium usum ac usum fructum*, ausführlich *id.*, *Relectio de dominio*, nn. 1 ff.

deshalb sogar ausdrücklich formuliert, dass das *dominium* als ein *ius in re absolutum* gedacht werden müsse⁹².

Gleichwohl haben die Spätscholastiker das Konzept des *dominium* niemals nur auf ein Eigentumsrecht im engen Sinne reduziert. Schon im gemeinrechtlichen Diskurs bezeichnet der Begriff ein umfassendes Herrschaftsrecht, das selbstverständlich auch die politischen Herrschaftsrechte (*dominium iurisdictionis*) mitumfassen sollte. Aus Sicht der spätscholastischen Theologen ließ sich der Begriff darüber hinaus auch auf die unverfügbaren Lebensgüter wie das Leben und den Körper (*dominium vitae*, *dominium corporis* bzw. *dominium membrorum*), sowie auf die Ehre und auch auf das Seelenheil⁹³ anwenden⁹⁴. Man kann diese theologische Begriffsverschiebung mit der philosophischen Überlegung erklären⁹⁵, dass im thomistischen Denken der Spätscholastiker⁹⁶ der Gedanke einer Herrschaft über das eigene Verhalten (*dominium suarum actionum*) die Grundlage (*causa et radix*)⁹⁷ der Herrschaft über Lebensgüter (*dominium*) bildete⁹⁸. Freilich war dies Begriffsverständnis niemals unproblematisch, war der Gedanke, der Mensch dürfe über sein von Gott geschenktes Leben beliebig disponieren, doch theologisch offenkundig anstößig⁹⁹. Vor allem aber wäre es

⁹² Lessius, *De iustitia*, lib. II, cap. III, dub. VIII, n. 32: „... et firmum non dependens ex alterius nutu, et arbitrio“; in der Sache ebenso Molina, *De iustitia*, tract. II, disp. 3. Dazu genauer Jansen, *Haftungsrecht*, 320 f.; siehe auch Decock, *Jesuit freedom of contract*, 435 ff. Mit der Rede vom *ius absolutum* hat Lessius offenbar bald Nachfolger wie Johannes Wiggers gefunden; vgl. Englard, *Corrective & Distributive Justice*, 43 m.N.

⁹³ Vitoria, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. I, nn. 50–53; Soto, *Relectio de dominio*, nn. 16, 19, 35; id., *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. III (S. 254); Suárez, *Quaestiones*, qu. XII (S. 33); Azpilcueta, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XVII, n. 6: „... quod suum est ... de bonis animi, corporis, honoris, vel pecuniae“.

⁹⁴ Zum Ganzen Seelmann, *Denkfigur des „subjektiven Rechts“*, 145 ff. Insbesondere zu Domenico de Soto auch Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico*, 133 ff., 137 ff.; zu Suárez Giers, *Gerechtigkeitslehre*, 125 ff.

⁹⁵ So Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico*, 137 ff.; eher skeptisch Seelmann, *Denkfigur des „subjektiven Rechts“*, 146 ff.

⁹⁶ Seelmann, *Lehre vom Dominium*, 78 f.; Deckers hat freilich zu Recht darauf hingewiesen, dass die Spätscholastiker hier ihren eigenen, neuen Begriff des *dominium* an die Texte Thomas von Aquins heran und in dessen Argumentation hineingetragen haben: *Gerechtigkeit und Recht*, 168 ff.

⁹⁷ So Vitoria, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. I, nn. 5 ff., 11; id., *Relectio de Indis*, p. I, sect. I, n. 12; vgl. auch id., *Relectio de eo, ad quod tenetur homo*, p. I, n. 6. Vom *dominium actionum suarum* bzw. *actuum suorum* sprechen auch noch Soto, *De iustitia*, lib. IV, qu. I, art. I und II; Molina, *De iustitia*, tract. II, disp. 18; die Autoren verweisen dabei zumeist auf STh I–II, qu. I, art. I und II.

⁹⁸ Zur Diskussion näher Seelmann, *Lehre vom Dominium*, 76 ff.; id., *Selbstherrschaft*; Brett, *Liberty, rights and nature*, 126 ff.; Spindler, *Vernunft, Gesetz und Recht*, 60 ff., jeweils m.w.N. Zu den konkreten haftungsrechtlichen Konsequenzen noch unten 88 ff.

⁹⁹ Vgl. etwa Báñez, *Decisiones, Praeambulum de dominio* (vor qu. LXII, art. I), qu. II, tert. und quart. concl.; Aragón, *Iustitia*, qu. LXII, vor art. I, *Materia de dominio*, dub. *De dominio famae* und dub. *De dominio bonorum corporis* (S. 91 ff.) m.w.N.: Nur die geistigen, nicht aber die körperlichen Lebensgüter stünden im *dominium* des Menschen; hinsichtlich des Körpers sei der Mensch lediglich *tutor & custos* (nach Aragón sollte der Mensch immerhin *dominus* sein, soweit er über einzelne Aspekte dieser Güter – etwa über die Schönheit – verfügen könne, weil diese nicht lebensnotwendig seien).

verfehlt anzunehmen, dass es den Theologen in dieser Diskussion allein um ihr philosophisch-theologisches Menschenbild zu tun gewesen wäre. Zugleich ging es ihnen praktisch-juristisch um einen umfassenden Rechtsgüterschutz¹⁰⁰, der nicht zuletzt in der engen systematischen und gedanklichen Verbindung der Lehre vom *dominium* und der Restitutionslehre zum Ausdruck kommt¹⁰¹.

Diese Ausrichtung am Ziel eines umfassenden Rechtsgüterschutzes wird insbesondere bei den vielen Autoren deutlich, die den Begriff des *dominium* vollständig mit dem Gedanken individueller Freiheit (*libertas* bzw. *libera facultas*) identifiziert haben¹⁰². Dass diese Autoren den Begriff des *dominium* deshalb tendenziell einerseits auf bloße Nutzungsrechte an Sachen ausgedehnt¹⁰³, andererseits aber das Leben und häufig auch die spirituellen und die Persönlichkeitsgüter aus dem Begriff des *dominium* ausgegrenzt haben¹⁰⁴, war nur folgerichtig. Denn eine Verfügungsbefugnis des Menschen über sein Leben konnte aus theologischen Gründen offenkundig nicht in Betracht kommen. Dass Leben, Leib und Gesundheit aber gleichwohl denselben umfassenden Restitutionsschutz genießen sollten wie das Eigentum und Nutzungsrechte an fremdem Eigentum, blieb dabei jedoch selbstverständlich¹⁰⁵. Die

¹⁰⁰ *Seelmann*, Lehre vom Dominium, 153 ff.; *id.*, Denkfigur des „subjektiven Rechts“, 145 ff., 150; *id.*, Selbstherrschaft, 50 ff.; *Decock*, Jesuit freedom of contract, 436 f.

¹⁰¹ Zur deliktischen *restitutio ratione acceptionis* näher unten 79 ff.

¹⁰² *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, *qu.* LXII, *art.* II, *nn.* 5 ff.; *Soto*, Relectio de dominio, *nn.* 2 ff. Aus der Sekundärliteratur siehe insbesondere die ideengeschichtliche Darstellung bei *Brett*, Liberty, rights and nature, 127 ff., 148 ff.; aus juristischer Perspektive *Grossi*, La proprietà nel sistema privatistico, 124 ff., 135 ff.; *Seelmann*, Lehre vom Dominium, 73 ff., 76 ff.; *Jansen*, Haftungsrecht, 319 ff., jeweils m.w.N.

¹⁰³ *Soto*, Relectio de dominio, *nn.* 3 ff.

¹⁰⁴ Detailliert für das Leben bereits *Soto*, Relectio de dominio, *n.* 35; *id.*, De iustitia, *lib.* IV, *qu.* II, *art.* III, bei *prim.* und *tert. concl.*; am *dominium* des Menschen an seinen Gliedern hatte Soto dabei offenbar keine Zweifel. Später etwa *Molina*, De iustitia, *tract.* III, *disp.* 1; *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* IV, *dub.* X, die das Argument noch über das Leben hinaus auf *membra corporis* erstreckt haben: Allein Gott könne über menschliches Leben verfügen; der Mensch sei daher nur Verwalter (*custos* und *gubernator*) seiner Persönlichkeitsgüter. Vgl. demgegenüber umgekehrt noch *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, *qu.* LXVI, *art.* I, *n.* 52: Zwar sei der Mensch *dominus* seiner Glieder, doch dürfe er von seinem *dominium* – selbstverständlich – nur in legitimer Weise Gebrauch machen. Auch Soto hat bisweilen von einem *dominium membrorum* bzw. *corporis* gesprochen; siehe eben Fn. 93.

¹⁰⁵ *Molina*, De iustitia, *tract.* II, *disp.* 714, *n.* 1; ausführlich *tract.* III, *disp.* 1, insbesondere *n.* 4: Zwar sei der Mensch nicht *dominus* seines Körpers, doch dürfe er diesen grundsätzlich nach eigenem Belieben nutzen und auch – innerhalb gewisser Grenzen – in Verletzungen und Gefährdungen dieser Rechtsgüter einwilligen. Eine Schädigung bedeute deshalb ein (restitutionsfähiges) Unrecht (*iniuria*) nicht nur gegenüber Gott als dem Rechtsgutsinhaber, sondern auch gegenüber dem Menschen. Ähnlich ausführlich *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* IV: Báñez hat diese Güter grundsätzlich für restitutionsfähig gehalten und lediglich ge zweifelt, ob bei einer öffentlichen Bestrafung zusätzlich ein Ausgleich für die Verletzung als solche (*satisfactio*) geschuldet sei (Folgekosten seien ohnehin auszugleichen: *ibid.*, *dub.* V). Siehe ferner *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* VII, *dub.* V, *n.* 19; *ibid.*, *cap.* IX, *dub.* XIX–XXVI (De restitutione ad quam tenetur homicida); *ibid.*, *cap.* X, *dub.* II f. zum Deflorationsanspruch; *ibid.*, *cap.* XI, *dub.* XV–XXVII zur Restitution bei Ehrverletzungen; *Báñez*, *loc. cit.*, *dub.* VII f. und X f. zur Restitution beim Verlust der Jungfräulichkeit und bei Ehrverletzungen; *Soto*, De iustitia, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* III, bei *Tertium argumentum* zum Angehörigenschutz bei einer Tötung, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* III, bei *Ex his fit consequens* zum Schmerzensgeld.

begriffliche Verschiebung des Konzepts *dominium* änderte also nichts daran, dass diese Rechtsgüter juristisch als subjektive Rechte (*iura*) verstanden und geschützt wurden¹⁰⁶.

2. Menschenrechte und Privatrecht

Mit alldem war der Gedanke einer eindeutigen und vollständigen Zuweisung von Rechtsgütern an den einzelnen Menschen klar zum Ausdruck gebracht. Auch heute bildet dieser Gedanke, zumindest in Deutschland, eine übergreifende teleologische Grundlage des Bereicherungs- und Deliktsrechts¹⁰⁷; er hat sich gleichermaßen auch für das Verständnis der außervertraglichen Gewinnhaftung¹⁰⁸ und des Schadensrechts¹⁰⁹ als besonders hilfreich erwiesen.

Freilich würde es eine Verkürzung bedeuten, das Konzept des *dominium* im modernen Sinne als eine Privatrechtsposition zu deuten, die durch ihren Zuweisungsgehalt und ihre Ausschlussfunktion gekennzeichnet ist. Diese Bedeutung war mit dem Konzept des *dominium* zwar auch verbunden, doch bezeichnete *dominium* gerade nicht nur eine bloße Privatrechtsposition. Vielmehr hatte das Konzept mit seinen theologischen Obertönen eine umfassende, auch ordnungsphilosophische bzw. – in späterer Terminologie – „staatstheoretische“ Dimension, und zwar nicht nur als Herrschaftsrecht, sondern auch als zentrales Grund-Recht. Denn das *dominium* des einzelnen Menschen war gleichermaßen gegen seine Mitbürger wie gegen den *princeps* gerichtet: gegen den lokalen Adel ebenso wie gegen die Krone von Spanien¹¹⁰.

¹⁰⁶ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 1, n. 2; siehe auch *Suárez*, De iustitia Dei, sect. II, n. 3: „... explicamus per dominium, vel ius, quod huic dominio aequivalet“.

¹⁰⁷ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 169 ff. (§ 69 I); *Jansen*, Haftungsrecht, 476 ff.; zum Haftungsrecht auch *id.*, Duties and Rights in Negligence, 461 ff., jeweils m.w.N.

¹⁰⁸ *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, 396; *HKK/Jansen*, § 687 II, Rn. 35 ff., 58 m.w.N.

¹⁰⁹ *Neuner*, Interesse und Vermögensschaden, 282 ff., 289, 292 ff., 302, 307 ff.; *HKK/Jansen*, §§ 249–253, 255, Rn. 114, 119, 135, 140; *id.*, Konturen, 163 ff., jeweils m.w.N.

¹¹⁰ *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXVI, art. I, n. 2: „Hoc dico propter reges, qui non possunt sine causa rationabili sibi appropriare aliquod thesaurum“; ähnlich qu. LXIV, art. I, nn. 5 ff. zur praktisch viel wichtigeren Frage, ob lokale Herrscher ein ausschließliches Jagdrecht beanspruchen dürften. Dazu später ausführlich *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. V, dub. VII, nn. 33 ff. m.w.N. zum Diskussionsstand; siehe dort auch dub. VIII, n. 40 zur Haftung für Jagdschäden. Zu den praktischen Implikationen der Eigentumstheorie *Vitorias Deckers*, Gerechtigkeit und Recht, 208 ff., 226 ff. Siehe auch ausführlich – zu Fernando Vázquez de Menchaca – *Seelmann*, Lehre vom Dominium, 105, 137 ff., 146 ff.; *id.*, Selbstherrschaft, 50 ff.; *Brett*, Liberty, rights and nature, 182 ff., jeweils m.w.N. Vázquez de Menchaca hat daraus sogar – gegen die herrschende Lehre – den Schluss gezogen, dass ein Gesetz wegen eines Eingriffs in das *dominium* unwirksam sein könne.

Nicht nur der stark politisch engagierte *Bartolomé de Las Casas*¹¹¹, sondern auch die akademischen Theologen wie *Vitoria, de Soto*¹¹² oder *Franciscus Suárez*¹¹³, haben das *dominium* folgerichtig als ein Freiheitsrecht verstanden, das grundsätzlich allen Menschen gleichermaßen zukam; zugleich haben sie dies Recht durch das Erfordernis, dass Eingriffe plausibel begründet (*probabilis*) sein müssten, auf der Ebene der Normanwendung methodisch verstärkt¹¹⁴.

Damit implizierte dies Konzept eine menschenrechtliche Dimension *avant la lettre*, deren politische Brisanz für jedermann offenkundig war¹¹⁵. Insbesondere konnten damit auch den südamerikanischen Indios Menschenrechte zustehen¹¹⁶. „Natürliche Sklaven“, von denen Aristoteles gesprochen hatte, waren sie jedenfalls nicht¹¹⁷. Ihr Land war deshalb nicht herrenlos gewesen, als es die Spanier in Besitz nahmen¹¹⁸; und der König von Spanien war weder Herrscher (*non habet iurisdictionem*) noch gar Eigentümer (*dominus*) der

¹¹¹ *Las Casas*, Quaestio de imperatoria vel regia potestate, § 1, insbesondere n. 3. Zur Argumentation und den Thesen von Las Casas etwa *Delgado*, Rechte der Völker; *Sosoe*, Wege zur Menschheit, jeweils m.w.N.

¹¹² *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. I, art. II. Zum Begriff des *dominium* bei *Vitoria* und *Soto* ausführlich *Brett*, Liberty, rights and nature, 127 ff., 148 ff.; *Telkamp*, Vitorias Weg, 154 ff., 160 ff. m.w.N.

¹¹³ *Suárez*, De Legibus, lib. III, cap. I, n. 1: „homo natura sua liber est, & nulli subiectus, nisi creatori tantum“.

¹¹⁴ Näher *Schüßler*, Wurzeln des Liberalismus, 267 ff. m.w.N.; zum Probabilismus als Hintergrundtheorie der Normanwendung oben 14 f.

¹¹⁵ Es ist kaum verwunderlich, dass die Spanische Krone versucht hatte, die Manuskripte und Mitschriften von *Vitorias* einschlägigen Vorlesungen zu konfiszieren. Auch wenn das nicht gelang und die Argumente im Diskurs von Salamanca deshalb präsent blieben, war eine Publikation zu Lebzeiten *Vitorias* nicht möglich; näher *Deckers*, Gerechtigkeit und Recht, 18.

m.w.N. Allgemein zu den politischen Implikationen *Grawert*, *Vitoria*, 116 ff.; *Böckenförde*, Geschichte der Rechtsund Staatsphilosophie, 329 ff., 334 ff.; siehe auch *Deckers*, loc. cit., 208 ff., 226 ff. und *passim*.

¹¹⁶ Theoretisch grundlegend *Soto*, Relectio de dominio, nn. 10 ff.: über ein *dominium* könnten nur Menschen, nicht auch Tiere, verfügen; allerdings komme dies Recht allen Menschen gleichermaßen zu, berechtige also auch Heiden (vgl. loc. cit., nn. 21 ff.) und Sünder (n. 14).

¹¹⁷ Freilich hat *de Soto* an den Kategorien der natürlichen und der rechtlichen Sklaverei (*servitus naturalis* und *legalis*) festgehalten, diese allerdings restriktiv uminterpretiert: Relectio de dominio, nn. 24 ff. Stumpfsinnige Menschen seien unter Umständen natürliche Sklaven, wenn das die Vervollkommnung der Menschheit befördere (vgl. auch *id.*, De iustitia, lib. IV, qu. I, art. II); zudem sei Sklaverei legitim, wenn sie auf einem Selbstverkauf des Sklaven bzw. einer Gefangennahme im Krieg beruhe (Relectio de dominio, n. 25).

¹¹⁸ Siehe nur *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXVI, art. VIII; *Vitoria*, Relectio de Indis, p. I, sect. I, insbesondere nn. 4 ff. („Infidelitas non est impedimentum, quominus aliquis sit verus dominus“), 16: „barbari erant et publice et privatum ita veri domini sicut Christiani nec hoc titulo potuerunt spoliari aut principes aut privati rebus suis, quod non essent veri domini“; *Las Casas*, Quaestio de imperatoria vel regia potestate, §§ 2 f., insbesondere § 3, n. 7: „Immo quilibet possessor praesumitur proprietarius“. Zur Diskussion etwa *Tosi*, Theological roots.

ganzen Welt¹¹⁹. Die spanische Kolonialisierung war deshalb zumindest rechtfertigungsbedürftig und allenfalls vorübergehend akzeptabel¹²⁰; jede Form der Ausbeutung erschien prinzipiell illegitim¹²¹. Nun mochten die spanischen Theologen das kritische Potential dieser Konzeption – jedenfalls nach heutigen Maßstäben – nicht annähernd konsequent ausschöpfen: Von *Domenico de Soto* bis *Luis Molina* und *Leonardus Lessius* hielten sie verhältnismäßig unbefangen an der Institution der Sklaverei fest¹²²; und *Vitoria* und die spätere spätscholastische Lehre haben die Annexion Südamerikas, trotz der damit verbundenen Verletzung der Rechte der Indianer, durchaus für gerechtfertigt gehalten¹²³. An dieser Stelle ist freilich wichtiger, dass sich die mit dieser Konzeption des *dominium* verbundene Ausrichtung der Restitution am umfassenden Schutz der individuellen Rechtssphäre gleichwohl sofort in der spätscholastischen Diskussion durchgesetzt hat¹²⁴.

Aus der Sicht von *Vitoria* bildete dieser Ansatz letztlich nur eine Konsequenz der für seine Theorie fundamentalen Subjektivierung des Rechtsbegriffs¹²⁵: *Ius* war für *Vitoria* und seine Nachfolger mehr als eine objektive Ordnung zur Verwirklichung

¹¹⁹ *Soto*, *Relectio de dominio*, nn. 27 ff.

¹²⁰ Ausführlich *Vitoria*, *Relectio de Indis*, p. I, sect. II und III: zwar habe die westliche Welt keinerlei Herrschaftsrechte über die südamerikanischen Indianer; deshalb biete auch naturrechtswidriges Verhalten grundsätzlich keinen Interventionsgrund. Allerdings hätten die Spanier ein Recht, mit den Indianern Handel zu treiben, ohne den Indianern dadurch zu schaden (*ibid.*, p. I, sect. III, nn. 1 ff.), und die Christen seien zur Mission berechtigt (*ibid.*, 8 ff.). Zudem dürften die Spanier Unschuldigen, die als Menschenopfer bzw. kannibalistisch getötet würden, Hilfe leisten (*ibid.*, p. I, sect. III, n. 14, p. II, nn. 8 ff.). Würden die Spanier daran gehindert, so dürften sie dagegen jeweils mit kriegerischen Mitteln vorgehen.

¹²¹ *Vitoria*, *Relectio de Indis*, p. II, nn. 14 ff.: wenn es unzulässig sei, Gold aus Spanien nach Italien zu bringen, müsse grundsätzlich dasselbe für das Gold der Indianer gelten. Ausführlich *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. V, dub. XII, nn. 51 ff. m.w.N.: zwar seien Gold und Silber adern herrenlos, doch stehe die Befugnis, diese Bodenschätze abzubauen, sofern positivrechtlich nichts anderes geregelt sei, allein dem Eigentümer zu; das gelte auch für die Indianer Südamerikas.

¹²² *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. I, art. II; *Bañez*, *Decisiones*, qu. LXII, vor art. I, *Praeambulum de dominio*, qu. II, sec. concl.; *Aragón*, *Iustitia*, qu. LXII, vor art. I, *Materia de dominio* (S. 89 ff.). Siehe auch *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. V, dub. IV f., nn. 12–27; *Molina*, *De iustitia*, disp. 32 ff. Dazu näher *Brieskorn*, *Sklaverei*; *Kaufmann*, *Molina*, 218 ff.; vgl. auch *Tellkamp*, *Freiheit und Sklaverei*, 162 ff., 166 ff. Eine historische Rekonstruktion der Argumentationen bietet *Eisenberg*, *Jesuit Missions*.

¹²³ Man kann das aus heutiger Perspektive gewiss für inkonsistent halten, doch divergieren die Beurteilungen erheblich; vgl. *Deckers*, *Gerechtigkeit und Recht*, 238 ff., einerseits, *Brieskorn*, *Kriegsethik und Kriegerrecht*, 186 ff., andererseits, jeweils m.w.N.

¹²⁴ Siehe – abgesehen von den Nachweisen in Fn. 110 ff. – etwa *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, p. II, § 10, n. 2; *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. II, art. II; *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 30, n. 3.

¹²⁵ Näher *Brett*, *Liberty, rights and nature*, 123 ff.; *Spindler*, *Vernunft, Gesetz und Recht*, 41 ff., 58 ff., jeweils m.w.N. zur im Einzelnen strittigen Diskussion.

der Gerechtigkeit, wie das für *Thomas von Aquin* selbstverständlich gewesen war¹²⁶. Darüber hinaus stand *ius* mittlerweile auch für eine subjektive naturrechtliche Rechtsposition¹²⁷, die als solche positivem Recht vorging. Es war deshalb nur folgerichtig, auch das *dominium* in diesem umfassenden Sinne als ein subjektives Freiheitsrecht zu verstehen, wie das *Vitoria* von Anfang an getan hat¹²⁸. Die juristische Substanz der Restitutionslehre – das ist hier bemerkenswert – ruhte damit letztlich auf einem Gedanken mit einem irreduzibel menschenrechtlichen Gehalt. Konkret relevant war das nicht nur für den Eigentumsschutz, sondern vor allem auch für die Haftungsfolgen bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten.

IV. Von der theologischen Beichtlehre zur juristischen Naturrechtsdogmatik

Stellt man der autoritativen Darstellung der Restitutionslehre bei *Thomas von Aquin* die späteren Kommentierungen jesuitischer Autoren, etwa *Leonardus Lessius*' und *Luis de Molinas*, gegenüber, so bietet sich schon auf den ersten Blick ein gänzlich neues Bild. Denn *Thomas* hatte in seiner Darstellung der Restitutionslehre rechtliche Aspekte noch auf die wesentlichen Grundzüge und Wertungsfragen beschränken können. Sein Fokus lag auf der Erörterung moralphilosophisch und theologisch schwieriger oder drängender Probleme. Dazu gehören die Fragen, ob das Tötungsverbot auch für Pflanzen und Tiere gelte¹²⁹ und ob es auch die Selbsttötung erfasse¹³⁰; ob Väter ihre Kinder im Rahmen der Erziehung schlagen dürften¹³¹; ob privates Eigentum von Natur aus bestehe und ob es überhaupt erlaubt sei¹³²; und worin der Unterschied zwischen der biblischen Ohrenbläselei und normaler Ehrabschneidung bestehe¹³³.

¹²⁶ In diesem Zusammenhang ist die Frage nach der „ursprünglichen“ Bedeutung von *ius* unerheblich. Ob der Begriff ursprünglich das Recht im subjektiven oder im objektiven Sinn bezeichnet hat, ist eine wenig quellenangemessene und schwer zu beantwortende Frage. Entscheidend ist hier allein, dass *ius* bei *Thomas von Aquin* für eine objektive Rechtsordnung insgesamt steht, bei *Vitoria* aber daneben auch das subjektive zu schützende Recht bezeichnet.

¹²⁷ Besonders klar später *Molina*, *De iustitia, tract. II, disp. 1, n. 1*: *ius „(e)st facultas aliquid faciendi, sive obtinendi, aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui si, sine legitima causa, contraveniatur, iniuria sit eam habenti“*.

¹²⁸ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. I, n. 8*: „... dominium est facultas utendi re secundum iura vel leges rationabiliter institutas. Et isto modo ... idem erit jus et dominium“. Nachweise zur Diskussion oben Fn. 88; ferner etwa *Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, 326 ff. (zu *Vitoria*), 358 ff. (zu *Suárez*) m.w.N.

¹²⁹ *STh II–II, qu. LXIV, art. I*.

¹³⁰ *STh II–II, qu. LXIV, art. V*.

¹³¹ *STh II–II, qu. LXV, art. II*.

¹³² *STh II–II, qu. LXVI, art. I f.*

¹³³ *STh II–II, qu. LXXIV, art. I*.

Ausführlich erläuterte *Thomas* das aus christlicher Perspektive zentrale Zinsverbot¹³⁴, und beim Kauf ging es ihm nicht um technische Fragen der Gewährleistung, sondern um die Grundfragen, wie weit überhaupt der Verkaufspreis den Einkaufspreis übersteigen dürfe¹³⁵, ob man über Wert verkaufen dürfe¹³⁶, und ob Käufer und Verkäufer einander gleichermaßen zur Restitution verpflichtet seien, wenn sich später herausstelle, dass die Sache einen Mangel bzw. eine besondere, dem Verkäufer unbekannte Qualität aufweise¹³⁷. Seine Quellen waren auch hier zum einen Aristoteles, zum anderen die Bibel, die Kirchenväter und klassische Autoritäten wie Cicero. Juristische Autoritäten fehlen. Insgesamt erscheint die Restitutionslehre bei *Thomas von Aquin* als eine theologisch fundierte moralphilosophische Theorie.

Demgegenüber tritt dem Leser in den späteren spätscholastischen Werken eine bis ins einzelne rechtstechnisch entfaltete Theorie entgegen, die offensichtlich als ein Regelwerk zur praktischen, auch rechtlichen Anwendung formuliert war. Detailliert werden Fragen des Haftungs- und Schadensrechts, der vertraglichen Risikozuweisung und der Bereicherungshaftung diskutiert. *Molina* etwa entfaltete eine komplexe dogmatische Diskussion, wie weit der Restitutionsschuldner zur Herausgabe eines Eingriffsgewinns verpflichtet sei¹³⁸; und er unterschied dabei im Einklang mit der gemeinrechtlichen Tradition ganz selbstverständlich den gutgläubigen vom bösgläubigen Besitzer¹³⁹. Regelmäßig differenzierten die Autoren des 16. Jahrhunderts, ob es sich um eine Aussage zum *forum conscientiae* oder zum *forum externum* handele¹⁴⁰. Und die nachgewiesene Literatur umfasst die gelehrte Literatur zum römischen und kanonischen Recht ebenso wie die theologischen und philosophischen Autoritäten der Patristik und Scholastik¹⁴¹. Offenbar war mit der schulinternen Dogmatisierung der thomistischen Gerechtigkeitslehre also eine Juridifizierung des Stoffs einhergegangen.

Nun kann man diese Juridifizierung der Restitutionslehre einfach mit der Juridifizierung der Beichtpraxis erklären, zu der es nach dem IV. Laterankonzil (1215)

¹³⁴ STh II–II, *qu.* LXXVIII.

¹³⁵ STh II–II, *qu.* LXXVII, *art.* IV.

¹³⁶ STh II–II, *qu.* LXXVII, *art.* I.

¹³⁷ STh II–II, *qu.* LXXVII, *art.* II, *resp.* a.E.: Kauf einer goldenen Sache als Messing.

¹³⁸ *Molina*, De iustitia, *tract.* II, *disp.* 718 ff.; zentral ist dabei die Unterscheidung von *fructus industriae* und *fructus rei*; *ibid.*, *disp.* 719 f. Näher zur im Einzelnen kontroversen Diskussion unten 73–77.

¹³⁹ *Molina*, De iustitia, *tract.* II, *disp.* 719 ff. (*bonae fidei possessor*), 723 (*malae fidei possessor*).

¹⁴⁰ Vgl. etwa *Molina*, De iustitia, *tract.* II, *disp.* 698 zur Restitutionspflicht bei einem nur mit *culpa levissima* verursachten Schaden im *forum conscientiae*; *ibid.*, *disp.* 713 ganz allgemein zur Haftung im *forum conscientiae* bei Fehlen einer theologischen Schuld.

¹⁴¹ Oben 12.

gekommen war¹⁴². Nach dem Konzil von Trient (1545–63) wurde diese Verrechtlichung, die sich nicht zuletzt in der Institution des *forum poenitentiae* bzw. *conscientiae* (*forum internum*) manifestiert¹⁴³, sogar noch einmal verstärkt¹⁴⁴. Man kann in dieser Juridifizierung durchaus einen Aspekt der allgemeinen Tendenz scholastischer Thomas-Kommentare sehen, Einzelfragen der thomistischen Rechtsphilosophie im Rückgriff auf anerkannte und in diesem Sinne dogmatisch verfestigte juristisch-technische Kategorien zu beantworten¹⁴⁵. Bemerkenswert ist freilich, dass diese Juridifizierung der Restitutionslehre erst in den Diskussionen der spanischen Autoren konsequent durchgeführt wurde¹⁴⁶, und dass sie hier in einem besonderen Zusammenhang mit dem Bezug der Restitution auf den Schutz absoluter individueller Menschenrechte steht. Damit wurden nämlich ein genuin juristisches Konzept und genuin juristisch-rechtspolitische Wertungen zur Grundlage der Gerechtigkeitslehre; strukturell bedeutete das eine „Konstitutionalisierung“ des theologischen Privatrechts, zu der es erst im 16. Jahrhundert, also nicht gleich in der Folge des IV. Laterankonzils, gekommen ist. Dabei blieb dieser Bezug der Restitution auf das *dominium* niemals eine bloß abstrakte Theorie, sondern zeigt sich durchgehend in den Einzelheiten der Lehre.

So war der Eingriffserwerb – Sachfrüchte ebenso wie ein Veräußerungserlös – grundsätzlich dem Eigentümer zugewiesen; dies folgte aus der umfassenden Rechtsgutszuweisung an den einzelnen Menschen. Freilich beruht praktisch kein Eingriffserwerb ausschließlich auf einer Verwertung oder Nutzung von Rechtsgütern des Restitutionsgläubigers, sondern immer auch auf einer produktiven Tätigkeit des Eingreifers. Es war deshalb zu klären, wie weit der Eingriffserwerb wertungsmäßig aus der Sache erlangt war, denn nur insoweit war er mit dem *dominium* dem Restitutionsgläubiger zugewiesen. Dazu haben die Spätscholastiker nun folgerichtig gefragt, wie weit der Eingriffserwerb bei wirtschaftlicher Betrachtung als Sachfrucht (*fructus rei*) bzw. Resultat eigenen Bemühens (*fructus industriae*)¹⁴⁷ zu beurteilen war, wobei der gutgläubige Eingreifer nur die *fructus rei* herausgeben sollte. Weitere

¹⁴² Anschaulich *Trusen*, *Forum internum*, 90 ff.; *Goering*, *Internal Forum*; ferner etwa *Wolter*, *Naturalrestitution*, 53 ff.; *Unterreitmeier*, *Schmerzensgeldanspruch*, 40 ff. m.w.N.

¹⁴³ Dazu etwa *Trusen*, *Forum internum*, 86 ff.; *Goering*, *Internal Forum*, 379 ff.; *Bergfeld*, *Katholische Moraltheologie und Naturrechtslehre*, 999 ff.; vgl. auch *Angenendt*, *Religiosität im Mittelalter*, 650 f.

¹⁴⁴ *Decock*, *From Law to Paradise*, 14 ff.; *Duwe*, *Katholisches Kirchenrecht*, 158 f., 161 ff., 165 f.; vgl. auch *Alonso-Lasberas*, *Molina*, 90 f.

¹⁴⁵ Statt aller *Bergfeld*, *Katholische Moraltheologie und Naturrechtslehre*, 1016 ff.

¹⁴⁶ *Unterreitmeier*, *Schmerzensgeldanspruch*, 42.

¹⁴⁷ *Cajetan*, *Secunda Secundae* ... *Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. II*; *Soto*, *De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II* (S. 272); besonders ausführlich *Molina*, *De iustitia, tract. II, disp. 718 ff.*; *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVII, n. 110 und cap. XIV, dub. II, n. 8.*

Einzelheiten brauchen hier nicht zu interessieren¹⁴⁸. Wichtig ist vor allem, dass all das nicht mehr als eine Konsequenz aus dem gedanklichen Bezug der Restitution auf das *dominium* bildete¹⁴⁹. Das wird durch einen Vergleich dieser Kategorisierung mit der weitgehend parallelen, aber naturalistisch konzipierten Unterscheidung von *fructus naturales* und *fructus industriales* im römisch-gemeinen Recht¹⁵⁰ besonders deutlich: Der gemeinrechtlichen Kategorisierung fehlt der Bezug auf das *dominium*; gerade auch deshalb wurde sie von den naturrechtlichen Autoren zu Recht als teleologisch und praktisch unbefriedigend empfunden¹⁵¹.

Ein weiteres Beispiel bildet die Lehre, dass die Restitution bei einer extremen Notlage des Restitutionsschuldners ausgeschlossen sein sollte¹⁵². In der Sache war das nicht mehr als eine einfache dogmatische Konsequenz der religiösen Überzeugung von der „Sozialpflichtigkeit“ des Eigentums¹⁵³. Denn das Privateigentum galt aus der Perspektive christlicher Theologie als problematisch und war jedenfalls rechtfertigungsbedürftig¹⁵⁴. Eine Begründung des Privateigentums mit einem hypothetischen Vertrag bzw. mit dem *bonum commune* kann aber nicht gelingen, wo sie den Armen verhungern lässt¹⁵⁵. Von jeher galt daher ein milderndes Recht zum Mundraub („in extrema necessitate ... omnia sunt ... communia“¹⁵⁶). Aus Sicht der

¹⁴⁸ Näher noch unten 73–77.

¹⁴⁹ Eine besonders ausführliche Darstellung findet sich bei *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 719 und 720. In den einzelnen Ergebnissen war die Diskussion freilich sehr kontrovers; näher HKK/Jansen, § 687 II, Rn. 17 f. m.w.N.

¹⁵⁰ Vgl. *Vinnius*, In Libros Institutionum Commentarius, lib. II, tit. I I, § 35, nn. 5 ff.; *Donellus*, Commentarii, lib. IV, cap. XXV, §§ 2, 7; später *Brunnemann*, Commentarius in Pandectas, ad D. 6,1,62, n. 3; *Höpflner*, Theoretisch-practischer Commentar, 290 (§ 331).

¹⁵¹ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 719, n. 2. Manche spätere Autoren, die stärker im legistischen Diskussionszusammenhang standen, haben hier zwar wieder die römisch-gemeinrechtliche Terminologie zugrundegelegt; an den entscheidenden Punkten haben sie freilich im Rückgriff auf die spätscholastischen Wertungen und Konzepte argumentiert; vgl. etwa *Fagundes*, De iustitia, & contractibus, lib. V, cap. XXVI, nn. 34 ff., 40.

¹⁵² „In extrema necessitate ... omnia sunt ... communia“: STh II–II, qu. LXVI, art. VII. Näher zur entsprechenden Lehre bei *Vitoria Deckers*, Gerechtigkeit und Recht, 212 f. Ebenso *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, nn. 61 f.; *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 1, n. 3; *Soto*, De iustitia, lib. V, qu. III, art. IV; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 20, n. 14; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XII, nn. 67 ff.; cap. XVI, dub. I, n. 2; später insbesondere *Grotius*, De iure belli ac pacis, lib. II, cap. II, §§ VI ff.

¹⁵³ *Nufer*, Restitutionslehre, 55; *Deckers*, Gerechtigkeit und Recht, 212.

¹⁵⁴ Beispielhaft *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. I, nn. 9 ff., 16 ff., 20 ff.; *Medina*, De restitutione, qu. I: „De rerum divisione, an fuerit iuste introducta“; *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. II, art. I; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, vor art. I, *Praeambulum de dominio*, qu. III; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 20. Individuelles Eigentum galt in der naturrechtlichen Tradition bis zuletzt als rechtfertigungsbedürftig; vgl. *Grotius*, De iure belli ac pacis, lib. II, cap. II, § II; *Wolff*, Grundsätze des Natur und Völkerrechts, §§ 183 ff., 194.

¹⁵⁵ Vgl. *Rawls*, Theory of Justice, 153 ff.

¹⁵⁶ Eben Fn. 152.

herrschenden spätscholastischen Lehre konnte das freilich nicht das letzte Wort sein¹⁵⁷: Sobald die Notlage entfiel, war im Nachhinein ein Ausgleich zu leisten¹⁵⁸. Mehr als ein mit der hypothetischen Ausgleichspflicht belastetes Eingriffsrecht war nicht erforderlich, um einem in Notlage Geratenen zu helfen. Nach heutiger Grundrechtsdogmatik müsste ein weitergehendes Notrecht in ähnlicher Weise als ein unverhältnismäßiger Eingriff in das *dominium* gelten.

Diese Befunde bestätigen sich schließlich auch im Haftungsrecht. Hier macht bereits ein erster Blick auf die Darstellungen der *restitutio ratione acceptionis* deutlich, dass die spätscholastischen Autoren Haftungsansprüche durchgehend auf das *dominium* bzw. auf die subjektiven Rechte des Geschädigten bezogen haben. Von Anfang an haben sie konkrete Fragen zur Art und Weise und zum Umfang des Ausgleichs nämlich für die einzelnen Rechtsgüter, wie das Eigentum, den guten Ruf und die Ehre, die Lebensgüter Leben und körperliche Unversehrtheit, sowie für die spirituellen Güter, je gesondert diskutiert¹⁵⁹. Bei den späteren Autoren, insbesondere bei *Lessius*¹⁶⁰, folgt schließlich sogar die äußere Gliederung des Haftungsrechts insgesamt den einzelnen Rechtsgütern.

Wichtiger ist freilich, dass die *restitutio ratione acceptionis* auch inhaltlich ganz entscheidend durch diesen rechtsgutsorientierten Ansatz geprägt war. Durchgehend waren die haftungsrechtlichen Diskussionen auf die Grundfrage bezogen,

¹⁵⁷ So freilich *Medina*, De restitutione, *qu.* III, *causa* I (S. 20 f); *id.*, Codex, *qu.* VI: „An extremè indigenti sit elemosyna faciendo donando; An verò sufficiat eam facere mutuando“; *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* V, *dub.* X.

¹⁵⁸ *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, *cap.* XVII, *nn.* 61 f.; *Covarruvias*, Regulae Peccatum, *p.* II, § 1, *n.* 4: Anders als Medina das annehme (eben Fn. 157) dürfe man von Rechts wegen nicht davon ausgehen, dass der Eigentümer dem Mittellosen die fraglichen Güter ohne weiteres überlasse; vielmehr sei er lediglich dazu verpflichtet, seine Sachen gleichsam als Darlehen herzugeben. Ausführlich *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* XVI, *dub.* I, *nn.* 3 ff., 9: „Tenetur ratione cuiusdam tacitae obligationis Jure gentium introductae ...“; siehe auch *Grotius*, De iure belli ac pacis, *lib.* II, *cap.* II, § IX: die Rechtmäßigkeit des Eingriffs könne nicht von der Haftung entbinden.

¹⁵⁹ Vgl. etwa *Soto*, De iustitia, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* III; *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* I, *sec. concl.* Ausgangspunkt war normalerweise die Frage, ob in jedem Fall, in dem jemand einen anderen verletzt bzw. geschädigt hatte (der lat. Terminus war *accipere* bzw. *abstulere*), eine Restitution geschuldet sei. *Thomas von Aquin* hatte das bejaht: STh II–II, *qu.* LXII, *art.* I und VI.

¹⁶⁰ *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* VII: De Injuria & Restitutione in genere; *cap.* VIII: De injuriis & damnis in rebus spiritualibus & necessaria restitutione; *cap.* IX: De injuriis in corpus proximi per homicidium vel mutilationem & de necessaria restitutione; *cap.* X: De injuriis in corpus proximi per stuprum & adulterium, deque congrua restitutione; *cap.* XI: De injuriis famae & honoris, per detractionem & contumeliam, deque necessaria restitutione; *cap.* XII: De injuriis fortunarum, per furtum, rapinam damnūve illatis: & de necessaria restitutione ob hanc causam. Danach folgt vor der *restitutio ratione rei* nur die Frage der Beteiligung mehrerer. Eine ähnliche Gliederung war auch bei *Molina* angelegt, der die Restitution im Rahmen der Erörterungen des Deliktsrechts, und zwar zunächst abstrakt bei den Vermögensdelikten (De iustitia, *tract.* II, *disp.* 714 ff.) und dann jeweils noch einmal speziell bei den einzelnen, rechtsgutsbezogen gegliederten Delikten erörtert hatte (*tract.* III und IV).

ob der Schädiger ein individuelles Recht des Geschädigten verletzt habe. So sollte die Tötung eines Unschuldigen ausnahmslos verboten sein, weil keinem Menschen das *dominium* über das Leben eines anderen zustehen konnte¹⁶¹. Bei der Frage, ob eine Prostituierte ein Entgelt fordern bzw. behalten durfte, ging es darum, ob eine Frau als *domina* ihres Körpers galt oder lediglich als *domina usus membrorum* zu dessen legitimen Gebrauch berechtigt war¹⁶². Der ausgesprochen weitreichende Schutz der Ehre und des guten Rufs – unter Umständen auch gegen wahre Anschuldigungen – erklärte sich mit dem hohen Rang dieser Rechte¹⁶³; und für die Frage, ob man Rufschädigungen und Ehrverletzungen verzeihen (bzw. sich die Restitution abkaufen lassen) durfte, kam es nach einhelliger Ansicht entscheidend darauf an, ob der Mensch *dominus* der entsprechenden Rechtsgüter (*fama* und *honor*) und über diese allein Verfügungsberechtigt war¹⁶⁴.

V. Ergebnisse

Weitere Einzelheiten brauchen an dieser Stelle nicht zu interessieren: Wichtig ist allein, dass der konzeptionelle Bezug der Restitution auf das *dominium* mit alledem nicht nur die teleologische Grundlage, sondern auch den dogmatisch-intellektuellen Rahmen der Restitutionslehre gebildet hat. Mit dieser menschenrechtlichen „Konstitutionalisierung“ der zuvor theologisch-moralphilosophischen Lehre wurden auch schwierige Gerechtigkeitsprobleme zu Rechtsfragen. Natürlich hat das nicht in allen Einzelfragen zu Einigkeit geführt – dazu waren die Probleme offenkundig zu komplex. Immerhin ließen die Sachfragen sich jetzt aber ohne weiteres rational und intersubjektiv nachvollziehbar diskutieren und beantworten. Das intuitiv evidente theologische Beichtdogma des *Augustinus* war damit in eine weit ausdifferenzierte, juristisch freilich verhältnismäßig einfach operationable Naturrechtstheorie transformiert worden.

¹⁶¹ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. VII, n. 36: „cùm nullus hominum habeat dominium vitae alterius“; *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 1, nn. 1–4, disp. 10.

¹⁶² *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 2, nn. 1 f. m.w.N. zur Diskussion.

¹⁶³ Näher *Gordley*, Foundations of Private Law, 219 ff. m.w.N.

¹⁶⁴ Siehe *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, nn. 18 ff.; *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad quart. arg.; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. XI; *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVIII, n. 43, jeweils m.w.N. zur streitigen Diskussion. *Cajetan* hatte das im Zusammenhang mit der Frage, ob man den eigenen guten Ruf durch falsche Selbstbezeichnungen verletzen dürfe, bestritten: Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXXIII, art. II. Bejahend demgegenüber etwa *Vitoria*, loc. cit., *Soto*, loc. cit., *Azpilcueta*, loc. cit., *Báñez*, loc. cit., insbesondere tert. und quart. concl.; *Molina*, De iustitia, tract. IV, disp. 48; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XXIV. Ausnahmen sollten etwa für öffentliche Personen und Prälaten gelten, von deren gutem Ruf die Gesetze des Gemeinwesens bzw. der Ruf der Kirche abhingen. Derartige Drittinteressen beschränkten die Verfügungsbefugnis über den guten Ruf und die Ehre.

Das System der Restitutionslehre beruht damit insgesamt auf drei Grundgedanken, die jeweils zugleich für eine ursprünglich selbständige Wissenschaftstradition standen, die in der spätscholastischen Naturrechtslehre verschmolzen sind. Die Verknüpfung der Restitutionspflicht mit der Sündenvergebung war eine Lehre der christlichen Theologie und der katholischen Kanonistik; die *iustitia commutativa* stand für die aristotelisch-thomistische Philosophie; und das *dominium* repräsentierte die römisch-gemeinrechtliche Rechtswissenschaft¹⁶⁵ und die rechtspolitischen Debatten um die Kolonialisierung der Neuen Welt und die Rechte von Menschen.

Weite Passagen der spätscholastischen Traktate lesen sich aus der Perspektive eines modernen Lesers wie eine juristische Theorie. Das darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Spätscholastiker die Restitutionslehre niemals von ihren theologischen Wurzeln abgeschnitten haben; vielmehr handelte es sich bis zuletzt um eine im Kern theologische Theorie: Die Restitution galt weiterhin als Voraussetzung der Sündenvergebung¹⁶⁶; das wurde gerade auch gegen die Lutheraner betont¹⁶⁷. Sie blieb deshalb grundsätzlich auch dann unverzichtbar, wenn der Geschädigte unbekannt war¹⁶⁸ oder eine Restitution an den Geschädigten aus einem anderen Grund ausschied¹⁶⁹. War der Eigentümer einer gefundenen Sache nicht zu ermitteln, so sollte die Restitution deshalb nach herrschender Lehre durch Leistungen an die Armen oder durch fromme Gaben erfolgen¹⁷⁰. Ihre konkreten Konturen hat die Restitutionslehre im 16. Jahrhundert allerdings nicht mehr aus ihrer theologischen Grundlegung gewonnen, sondern als eine zunehmend juristisch formulierte, dogmatisch verfestigte Gerechtigkeitstheorie und durch den teleologisch-systematischen Bezug auf das *dominium*. Einzelheiten sind der Gegenstand des folgenden Paragraphen.

¹⁶⁵ Zur Restitutionslehre Domenico de Sotos in diesem Sinne anschaulich *Duue*, La teoría de la restitución, 181 ff.

¹⁶⁶ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 716, n. 2; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. X: die Restitution sei für das Seelenheil unverzichtbar (n. 47); und in der aufrichtigen Reue über die begangene Sünde sei der Vorsatz enthalten, die Restitution zu leisten (n. 48).

¹⁶⁷ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. II: „Lutherani nanque satisfactionem inficiantur ... Quòd autem restitutio non sit necessaria, non solum haeresis, verum phrenesis est“.

¹⁶⁸ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 685, n. 5.

¹⁶⁹ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. I.

¹⁷⁰ *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. III, § 1: De inventi restitutione; *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 746, n. 2; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. VII m.w.N. zur Diskussion.

§ 2. Das spätscholastische System der Restitution

Aus der Sicht der spätscholastischen Theologen und Juristen bildete die Restitution ein einheitliches naturrechtliches Institut, das den aus beichttheologischen Gründen erforderlichen Ausgleich von Rechtsverletzungen bzw. von Störungen der Güterzuordnung leisten sollte. Dabei beruhte die Restitution folgerichtig auf einer umfassenden Konzeption individuell zugewiesener Rechtsgüter bzw. rechtlicher Schutzpositionen (*dominium*)¹, die die von Rechts wegen richtige Güterzuordnung beschreiben und damit seitens des Restitutionsgläubigers einen einfachen, übergreifenden Bezugspunkt zur Feststellung von Störungen der ausgleichenden Gerechtigkeit bilden.

Unter diesem gedanklich übergreifenden Dach hatten die Spätscholastiker die Restitution, im Anschluss an *Thomas von Aquin*², allerdings kategorial klar in die – in heutiger Terminologie – sachen- und bereicherungsrechtliche *restitutio ratione rei* einerseits und in die deliktsrechtliche *restitutio ratione acceptionis* andererseits gegliedert³. Damit hatten sie in der Person des Schuldners zwei selbständige, unabhängige Haftungsgründe herausgearbeitet, die freilich im konkreten Fall zugleich einschlägig sein konnten, wenn beispielsweise eine gestohlene Sache noch beim Dieb vorhanden war: Die *restitutio ratione acceptionis* beschrieb die Restitutionspflicht aufgrund der Art und Weise der Entgegennahme einer Sache, wobei die schuldhaft-rechtswidrige Schädigung eines anderen im Mittelpunkt stehen sollte. Die *restitutio ratione acceptionis* bildete also einen haftungsrechtlichen Ausdruck der moralischen Verantwortlichkeit von Menschen. Demgegenüber beruhte die Restitutionspflicht *ratione rei* allein auf dem unberechtigten Innehaben fremden Vermögens; sie fand ihren Grund also im Eigentum eines anderen bzw. in einer Bereicherung aus fremdem Vermögen.

¹ Zu diesem Konzept bereits oben 35 ff.; zur genauen Reichweite und Funktion innerhalb des restitutorischen Haftungsrechts näher unten 79 ff.

² STh II–II, *qu.* LXII, *art.* I, VI. Die Unterscheidung geht ursprünglich auf die Darstellung der Restitutionslehre bei *Albertus Magnus* zurück: *Commentarii in IV libros Sententiarum*, *lib.* IV, *dist.* XV, *art.* XLII; näher zum Ganzen oben 33 ff. m.w.N.

³ Statt aller *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis*, *ad qu.* LXII, *art.* VI; *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VII, *art.* II; *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* VII, *dub.* IV, *n.* 15; *dub.* V, *n.* 19.

I. Systemfragen

Dies System der Restitution bot damit *prima vista* eine unmittelbar einleuchtende und abschließende Rekonstruktion des Rechts außervertraglicher Ausgleichsansprüche. Gleichwohl stellten sich bei einer genaueren Analyse eine ganze Reihe schwieriger Einzelfragen. So war aus gerechtigkeits-theoretischer Perspektive nicht einmal die Zuordnung der Restitution zur ausgleichenden Gerechtigkeit selbstverständlich⁴. Denn auch die distributive Gerechtigkeit konnte nach allgemeiner Meinung konkrete Rechtspflichten und Ansprüche begründen, deren Verletzung folgerichtig einen Restitutionsanspruch auslösen sollte⁵. Verstand man die Restitution allerdings spezifischer als Ausgleich der Schadensfolgen eines erlittenen Unrechts⁶, so ging es bei der Restitution freilich auch dann in spezifischer Weise um die ausgleichende Gerechtigkeit, wenn das verletzte Recht seine Grundlage ursprünglich in der distributiven Gerechtigkeit gefunden hatte und der Ausgleichsanspruch sich folglich ebenso als ein Gebot der distributiven Gerechtigkeit verstehen ließ⁷. Diese Auffassung, die bereits von *Thomas von Aquin* vorgezeichnet war⁸, ist unter den Spätscholastikern herrschende Meinung geblieben. Dahinter stand die abstrakte Vorstellung, dass die ausgleichende Gerechtigkeit den Schutz subjektiver Rechte verwirklichen sollte. Dabei galt das *dominium* als Paradigma solcher Rechte; und die Restitution diene in spezifischer Weise der Wiederherstellung der – aus welchen Gründen auch immer – richtigen Güterzuordnung⁹. Sie musste also einen genuinen Ausdruck der ausgleichenden Gerechtigkeit bilden¹⁰.

⁴ Vgl. *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. I: „Utrum restitutio sit actus commutativae iustitiae“; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 714.

⁵ In diesem Sinne etwa *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 96; siehe auch *Toletus*, In Summam Theologiae Enarratio, ad qu. LXII, art. I.

⁶ Vgl. sogleich 53 ff.

⁷ Besonders klar *Molina*, De iustitia, tract. I, disp. 12, n. 11: „... quod potestas publica contra iustitiam distributivam privavit civem portione bonorum communium, quae ipsi debebatur, damnum ei intulit, ac proinde contraxit debitum novum rependendi ex illa iustitia commutativa ...“; das gehöre freilich in den Kontext der Restitution. Weniger analytisch etwa *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. I, dub. IV, n. 23: „interdum Iustitia distributiva in sua functione includit commutativam, nempe quando fit distributio rerum quae stricto jure debentur ...“.

⁸ STh II–II, qu. LXII, art. I (ad tert.); vgl. *Englard*, Corrective & Distributive Justice, 20.

⁹ *Suárez*, De Iustitia Dei, sect. II, n. 3: „... iustitia commutativa definiri potest, quòd sit constans & perpetua voluntas unicuique tribuens ius suum proprium, id est, tale, ut vel sit proprium dominium rei, vel illi moraliter aequivaleat ...“; vgl. allgemein *Englard*, Corrective & Distributive Justice, 27 ff., 34 ff.

¹⁰ *Suárez*, De Iustitia Dei, sect. II, n. 3.

1. Restitution und Vindikation

Sowohl aus heutiger als auch aus historischer Sicht erscheint es als frappierend, dass die Binnengliederung der Restitution quer zu der elementaren römisch-gemeinrechtlichen Unterscheidung von dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen stand. Insbesondere fehlt *prima vista* jede Unterscheidung der Restitution von der Vindikation: Die *restitutio ratione rei* umfasste gleichermaßen und undifferenziert sachenrechtliche und schuldrechtliche Herausgabeansprüche¹¹. Freilich konnte diese Unterscheidung innerhalb des theologischen Naturrechtssystems der Spätscholastiker durchaus als wertungsmäßig bedeutungslos gelten. Aus theologischer Perspektive bestand ohnehin kein Grund für eine solche Differenzierung; und auch wenn diese Differenzierung im römischen Recht grundlegend war, so stand sie doch auch dort nicht für substantielle Wertungen, die im Rahmen der Restitutionslehre zu berücksichtigen gewesen wären¹². Wichtig war die Unterscheidung vielmehr ausschließlich aus aktionen-, also aus verfahrensrechtlichen Gründen. Ein schuldrechtlicher Ausgleich kam erst dann in Frage, wenn der Eigentümer sein Eigentum und damit im Regelfall auch die *rei vindicatio* verloren hatte¹³. Die Wertungen, die die Differenzierung im modernen Recht tragen, insbesondere der sachenrechtliche Verkehrsschutz (durch die Möglichkeit wirksamen, aber nicht kondiktionsfesten Eigentumserwerbs¹⁴)

¹¹ Vgl. *Feenstra*, Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment, 209; *Hallebeek*, Concept of Unjust Enrichment, 47 f., 50 (allerdings mit einer missverständlichen typisierenden Parallelisierung der *restitutio ratione rei* mit dinglichen Klagen). Autoren wie *Lessius*, die dingliche und schuldrechtliche Ansprüche deutlicher unterscheiden wollten, haben deshalb offen gelassen, wo die *restitutio* genau hingehöre: *De iustitia*, lib. II, cap. II, dub. II, nn. 11 f.

¹² Vgl. *Zimmermann*, Obligations, 24 ff.; *HKK/Michaels*, Vor § 241. Systemfragen des Schuldrechts, Rn. 18 f. Die Unterscheidung dinglicher und persönlicher Klagen war zwar bereits im altrömischen Recht angelegt, doch geht die gesetzliche Gliederung des Vermögensrechts in das Sachen- und Schuldrecht erst auf Savigny zurück und steht überhaupt erst im BGB für spezifische Wertungen wie das Abstraktionsprinzip. Dem römischen Recht sind derartige Wertungen demgegenüber fremd. Der Gedanke des Verkehrsschutzes war im Sachenrecht – aus heutiger Perspektive – unterentwickelt (*Kaser*, Römisches Privatrecht I, 375 f.) und wurde, soweit er im klassischen Recht angelegt war, im Justinianischen Recht eher zurückgedrängt (vgl. *Inst. Gaii* III, 79 a.E., einerseits, *Gaius 2 rerum cottidianarum* D. 41,1,7,7; *Inst.* 2,1,25 f., andererseits). Umgekehrt waren Kondiktionsansprüche nicht auf die Bereicherung des Schuldners beschränkt, also ebenso strikt wie die *rei vindicatio* bzw. sogar noch strikter. Denn bei der *condictio* wurde der Schuldner nur sehr eingeschränkt mit der Einrede gehört, dass der fragliche Gegenstand sich nicht mehr in seinem Vermögen befinde (vgl. etwa *Ulpian* 26 *ad ed.* D. 12,1,9,9 und 11,2; *Paulus* 17 *ad Plautium* D. 12,6,65,8). Soweit es um einen Anspruch auf Geld oder vertretbare Sachen ging, war die Klage sogar uneingeschränkt strikt: *Pomponius* 9 *ad Sabinum* D. 12,6,7; *Paulus* 28 *ad ed.* D. 12,1,2,1. Das römische Kondiktionsrecht ruht damit gerade nicht auf dem Gedanken einer Bereicherungshaftung. Näher zum Ganzen *Flume*, Wegfall der Bereicherung, 104 ff.; *Zimmermann*, *loc. cit.*, 897 ff.

¹³ Das betont mit Nachdruck *Hallebeek*, Concept of Unjust Enrichment, 58 f., 81 ff.

¹⁴ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 48 f. (§ 5, Rn. 44, 48 f.), 631 ff. (§ 53, Rn. 23 ff.).

sowie die richtige Rückabwicklung in komplexen Vertragsbeziehungen¹⁵, waren im römisch-gemeinen Recht des 16. Jahrhunderts und zunächst auch für die spätscholastische Theoriebildung ohne Bedeutung.

Gleichwohl sind die Frage nach dem Eigentumserwerb und der Unterschied zwischen einem sachenrechtlichen Herausgabeanspruch und der im modernen Sinne beschränkten Bereicherungsbzw. Restitutionshaftung später auch im Rahmen der Restitutionslehre relevant geworden. Unter Umständen war die Rechtsfrage des Eigentumserwerbs nämlich für die Frage vorgreiflich, ob und in welchem Umfang der Restitutionsgläubiger überhaupt einen Schaden erlitten hatte. So wollten *Molina* und *Lessius* einen bösgläubigen Besitzer, der Sachfrüchte gezogen und konsumiert hatte, die der Eigentümer selbst nicht hätte ziehen können, *ratione acceptionis* – also haftungsrechtlich und damit unabhängig von einer Bereicherung – zum Ersatz verpflichten. Denn die Früchte seien gleich in das Eigentum des *dominus* gefallen, also sei Ersatz geschuldet¹⁶. Die zuvor herrschende Meinung hatte das noch anders gesehen, weil sie nicht nach dem Eigentumserwerb gefragt hatte und deshalb keinen Schaden des *dominus* erkennen konnte¹⁷.

Ebenso konnte es auf den Eigentumserwerb aber vor allem auch im Rahmen der *restitutio ratione rei* ankommen¹⁸. Autoren wie *Lessius* und später *Fagundez* haben hier die Fragen des Eigentumserwerbs und der (schuldrechtlichen) Herausgabeverpflichtung zunehmend deutlich voneinander getrennt. Der Erwerb einer Sache vom Eigentümer, so etwa *Lessius*, könne restitutionsfest sein, und zwar auch dann, wenn der Erwerber in dem Sinne „bösgläubig“ sei, dass er wisse, dass der veräußernde Eigentümer einem Dritten schuldrechtlich zur Restitution verpflichtet sei¹⁹. Denn der vormalige Eigentümer verliere mit dem Eigentumserwerb aufgrund einer Vermischung der erworbenen Sache seine ursprüngliche *actio realis* und behalte lediglich eine *actio personalis*²⁰. Ähnlich sollte der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache zwar das Eigentum an etwa gezogenen Früchten erwerben, gleichwohl aber zur Restitution verpflichtet sein können. Spätere Autoren haben solche Differenzierungen mit der Unterscheidung eines *dominium revocabile* von einem restitutionsfesten *dominium irrevocabile* zum Ausdruck gebracht²¹.

¹⁵ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 199 ff. (§ 70).

¹⁶ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 725, n. 4; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVII, n. 120.

¹⁷ Vgl. etwa *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 6, n. 4.

¹⁸ Näher unten 60 ff.

¹⁹ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. III, n. 22; vgl. auch *loc. cit.*, cap. XX, dub. XVIII, nn. 156 ff.; ebenso bereits *Medina*, De restitutione, insbesondere qu. X, nach *concl.* V.

²⁰ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. III, n. 22.

²¹ *Fagundez*, De iustitia, & contractibus, lib. V, cap. XXVI, nn. 40, 42; freilich hat *Fagundez* das *dominium revocabile* auch beim Dritterwerber nicht für restitutionsfest gehalten.

2. Restitution und Vertragsrecht

Aus der juristischen Systemperspektive der Spätscholastiker war daneben aber vor allem zweifelhaft, wie weit vertragsrechtliche Rückgabe- und Rückzahlungsansprüche in das System der Restitution gehörten²². Sieht man den Haftungsgrund bei der *restitutio ratione rei* nämlich primär im unberechtigten Haben, so liegt es in der Tat nahe, den Güterschutz (in heutiger Terminologie: die Eingriffskondiktion) und den Ausgleich von Störungen bei der Güterbewegung (Leistungskonditionen und vertragliche Äquivalenzstörungen) teleologisch und konzeptionell zusammenzufassen; das bestätigt ein Blick auf das moderne²³, aber auch auf das römische Kondiktionsrecht²⁴. Aus der scholastisch-autoritätsorientierten Perspektive war freilich maßgeblicher, dass auch *Thomas von Aquin* in der kanonistischen Tradition²⁵ vertragliche Rückgabeansprüche mit unter den Begriff der Restitution gefasst hatte²⁶. *Thomas* hatte dabei betont, dass das auch für die *restitutio ratione acceptionis* gelte. Die Restitutionspflicht erlösche nämlich nicht, wenn die leihweise überlassene Sache verlorengehe oder beim Entleiher zerstört werde²⁷.

Für die Rückgabepflicht sollte es also nicht darauf ankommen, ob der Eigentümer die Sache im Rahmen eines Vertrags freiwillig aus seinen Händen gegeben hatte, oder ob sie ihm weggenommen worden war. Eine Reihe spätscholastischer Traktate über die Restitution behandelt deshalb auch vertragsrechtliche Ansprüche mit²⁸; dafür schien auch zu sprechen, dass man in der Nichterfüllung eines rechtlich bindenden

²² Vgl. auch *Hallebeek*, Concept of Unjust Enrichment, 50–52 m.w.N.

²³ Vgl. (kritisch) *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 129 ff. (§ 67 I.).

²⁴ Hier erscheinen vertragliche Rückzahlungspflichten aus dem Darlehensvertrag oder wegen einer zeitweiligen Sachüberlassung (D. 12,1) unmittelbar neben den Leistungskonditionen wegen der Enttäuschung von zwar legitimen, gleichwohl aber nicht einklagbaren Vertragserwartungen (C. 4,6; D. 12,4), wegen einer sittenwidrigen Leistung (C. 4,7; D. 12,5) und wegen einer irrtümlichen Zahlung (C. 4,5; D. 12,6); und im gleichen Kontext steht dann auch die güterschutzorientierte *condictio furtiva* wegen des Habens von Diebesgut (C. 4,8; D. 13,1). Ausführlich zum Ganzen *Liebs*, History of the Roman *Condictio*, 166 ff.; *Jansen*, Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen, 111 ff. m.w.N. *Friedrich Carl von Savigny* hat den Gedanken eines einheitlichen, restitutorisch angelegten Bereicherungsrechts später noch einmal detailliert entfaltet: System des heutigen römischen Rechts V, 108 ff., 507 ff.; dazu näher *Jansen, loc. cit.*, 149 ff. m.w.N.

²⁵ *Albertus Magnus*, Commentarii in IV libros Sententiarum, lib. IV, dist. XV, art. XLII.

²⁶ STh II–II, qu. LXII, art. I, VI und öfter.

²⁷ STh II–II, qu. LXII, art. VI. Im Übrigen hat *Thomas* sich zum Verhältnis des Vertragsrechts zur Restitution nicht ganz klar verhalten. Zwar behandelte *Thomas* die Frage des gerechten Zinses (*loc. cit.*, qu. LXXXVIII) und die Leistungsstörungen beim Kauf (qu. LXXVII) im Rahmen der ausgleichenden Gerechtigkeit. Doch fehlt dort ein ausdrücklicher Bezug auf die Restitution; und es lässt sich deshalb wohl nicht ohne weiteres annehmen, dass *Thomas* die entsprechenden Schadensersatzansprüche restitutorisch verstanden hat; so aber *Weinzierl*, Hochscholastik, 196–208.

²⁸ Siehe etwa *Medina*, De restitutione, insbesondere qu. XXXI ff.

Anspruchs eine Schädigung bzw. ein *furtum* sehen konnte²⁹. Freilich hätte die Restitution bei einem derart weiten Ansatz ihre spezifischen teleologischen Konturen verloren und wäre zur Klammer für das gesamte Vermögensrecht geworden³⁰. Für die spezifischen Wertungen der außervertraglichen Haftung hätte dann ein konzeptioneller Bezugspunkt gefehlt.

Die Antwort auf dies Problem erfolgte mit scholastisch-begrifflichen Mitteln; sie beruhte auf einer Unterscheidung der Restitution im spezifischen, engeren Sinne von einer Restitution in einem sehr weiten, unspezifischen Sinne: Vertragliche Erfüllungsansprüche sollten nur von der Restitution im weitesten Sinne, nicht jedoch von der eigentlichen Restitution im engeren Sinne mit umfasst sein³¹; zugleich wurden spezifisch vertragliche Schadensersatzansprüche aus dem Restitutionsrecht ausgegliedert³². Nur wenn der Vertrag nichtig war, wurde er im Wege der Restitution rückabgewickelt; spezifisch vertragsrechtliche Wertungen haben die Spätscholastiker in solchen Fällen, soweit ersichtlich, nicht diskutiert³³. Damit wurde das Vertragsrecht also zunehmend als eine spezielle Materie begriffen und deshalb in gesonderten Traktaten bzw. Abhandlungen verhandelt³⁴. Nur Ansprüche wegen Verzugs sowie die

²⁹ *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, *cap. XVII, nn. 6, 10*.

³⁰ Vgl. *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, *cap. XVII, n. 12*: „... omnis ... ad restitutionem tenetur, qui aliquam rem alienam tenet, vel aliquid lege iustitiae specialis verè debet“. Das sollte nicht nur das Schuld- und Sachenrecht, sondern z.B. auch erbrechtliche Ansprüche umfassen.

³¹ *Soto*, *De iustitia*, *lib. IV, qu. VI, art. II*; *Báñez*, *Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. I, prim. concl.*; *Molina*, *De iustitia*, *tract. II, disp. 714, n. 1; disp. 717, n. 1*; *Lessius*, *De iustitia*, *lib. II, cap. VII, dub. IV, nn. 15, 17*; konkret etwa *loc. cit.*, *lib. II, cap. XI, dub. XXII, n. 117*.

³² *Lessius*, *De iustitia*, *lib. II, cap. VII, dub. VI, n. 22* (unter gleichzeitigem Ausschluss öffentlich-rechtlicher Ansprüche): „... tripliciter fieri posse ut damnum alteri culpa mea obveniat. Primò, Si teneat ex officio impedire, & negligam. Secundò, Si ex contractu. Tertiò, Extra officium & contractus, de quo modo hic agimus“.

³³ Vgl. nur *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p. II, § 3, nn. 11 f.*; *Lessius*, *De iustitia*, *lib. II, cap. XVII*. Bisweilen, etwa im Kontext des Irrtumsrechts (*loc. cit.*, *dub. V, nn. 27, 30, 33*), scheint *Lessius* den Begriff hier, anders als *Covarruvias*, in einer unspezifischen Bedeutung zu verwenden; die *dubitationes IX* und *X* handeln von der *restitutio in integrum*. In einem spezifischen Sinn verwendet auch *Lessius* den Begriff *restitutio* freilich im Kontext der Vertragsauflösung wegen Drohung (*metus*) (*loc. cit.*, *dub. VI, nn. 42, 44 ff.*). Wahrscheinlich findet das seine Erklärung darin, dass dieser Tatbestand von den spätscholastischen Autoren deliktsrechtlich konzipiert worden war: Der Vertrag wurde nicht aufgehoben, weil es an einem vertraglichen Konsens fehlte; vielmehr bildete die Vertragsaufhebung eine Art naturalen Schadensersatz; näher *Jansen*, *Seriositätskontrollen*, 136 ff. m.w.N.

³⁴ *G. Vázquez (Bellemontanus)*, *Tractatus de restitutione*, *Vor cap. I: Divisio operis, n. 2*; vgl. auch *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p. II, init., n. 1*: „de acceptione licita hic minime agemus: ea etenim expedita est“. Ähnlich haben spätere Autoren die Verträge in einem gesonderten Abschnitt erläutert: *Soto*, *De iustitia*, *lib. IV* (Restitution), *lib. V* (einzelne Delikte), *lib. VI* (Vertragsrecht); *Lessius*, *De iustitia*, *lib. II, sect. II* (*cap. VII–XVI*): *De iniuriis et damnis in omnibus humanorum bonorum generibus, & necessaria restitutione*, *sect. III* (*cap. XVII–XXVIII*): *De contractibus*. Bei *Molina*, *De iustitia*, steht der *tractatus de contractibus* schließlich ganz getrennt von dem Delikts- und Restitutionsrecht: das Vertragsrecht in Bd. II, das Delikts- und Restitutionsrecht in Bd. III/2 (dazwischen steht noch das Lehnrecht in Bd. III/1).

vertraglichen Rückgabepflichten aus realvertraglichen Überlassungs- und Darlehensverträgen galten weiterhin als restitutorisch und wurden im Rahmen der Restitution diskutiert³⁵. Denn hier ging es jeweils darum, dass der Restitutionsschuldner dem *dominus* zurückgab, was diesem von Rechts wegen gebührte. Noch enger haben manche Autoren auch bei den realvertraglichen Rückgabeansprüchen nur im Falle von Verzug von einer Restitution sprechen wollen³⁶. Dafür sprach nicht zuletzt der theologische Bezug der Restitution auf die Buße und Sündenvergebung³⁷. Insbesondere bei der *restitutio ratione acceptionis* musste es deshalb eigentlich um eine Sünde, also um eine rechtswidrig-ungerechte Schädigung (*illicita acceptio*) bzw. Vertragsverletzung, gehen³⁸.

Mit alldem wurden der vertragliche und der nichtvertragliche Ausgleich von Störungen der ausgleichenden Gerechtigkeit teleologisch zunehmend klar voneinander unterschieden, wobei diese Unterscheidung nicht nur von genuin juristischen, sondern auch von theologischen Überlegungen getragen war. Fest stand jedenfalls, dass es bei der Restitution um den Ausgleich von Störungen der Güterverteilung bzw. um Rechtsverletzungen ging; nur deshalb konnte das *dominium* konzeptionell zum Rahmen der Restitutionslehre werden. Spezifische Probleme des vertraglichen Güterverkehrs ließen sich mit dem begrifflichen Instrumentarium der Restitution deshalb nicht adäquat erfassen. Beispielhaft zeigte sich das bei der Frage zur Gefahrtragung bei den Realverträgen wie Darlehen, Verwahrung, Hinterlegung, Leihe oder Miete³⁹. Hier war es nämlich weitgehend selbstverständlich, dass ein spezifisch vertraglicher Haftungsmaßstab gelten musste. Der nichtvertragliche Restitutionsanspruch wurde also – in moderner Terminologie – durch vertragsrechtliche Wertungen überlagert⁴⁰.

³⁵ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, *qu.* LXII, *art.* VI, *n.* 1; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p.* II, *init.*, *n.* 1; *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VII, *art.* II (siehe aber noch sogleich Fn. 36). Etwas ausführlicher *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* VII, *dub.* IV, *n.* 15.

³⁶ *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* II (an anderer Stelle hat *Soto* die vertraglichen Herausgabeansprüche freilich im Rahmen der Restitutionslehre mitbehandelt: *loc. cit.*, *lib.* IV, *qu.* VII, *art.* II); *Báñez*, *Decisiones*, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* I, *prim. concl.*; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p.* II, *init.*, *nn.* 1 ff.

³⁷ Darauf hat etwa *Soto* ganz zentral abgestellt: *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* II.

³⁸ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, *qu.* LXII, *art.* VI, *nn.* 1 ff.; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p.* II, *init.*, *nn.* 1 ff.; ausdrücklich *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* II: „Nomen igitur restitutionis strictè solùm in rebus ablatis locum habet, puta quae vel per iniuriam surreptae sunt; vel si iustè fuerint acceptae, iniustè tamen ultra constitutum tempus retinentur“; *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 714, *nn.* 1 ff.; *disp.* 715, *n.* 1.

³⁹ Anschaulich *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* VII, *dub.* IV, *n.* 15.

⁴⁰ *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* VII, *dub.* VIII.

3. Restitutio und satisfactio

Neben der Frage nach dem Verhältnis der Restitution zu vertraglichen Ansprüchen stand zweitens die Frage, ob – und wie weit – es wirklich sinnvoll war, die (aus heutiger Sicht) bereicherungs- und sachenrechtliche *restitutio ratione rei* und die primär deliktsrechtliche *restitutio ratione acceptionis* begrifflich und teleologisch zusammenzufassen. Problematisch war das insbesondere bei einer irreparablen deliktischen Schädigung, etwa bei einer Körper- oder Ehrverletzung. Zwar hatten *Thomas von Aquin*⁴¹ und auch die spätscholastischen Autoren der ersten Generation, wie *Vitoria*⁴² und *Azpilcueta*⁴³, diese Fälle noch ganz selbstverständlich unter ein einheitliches Konzept der Restitution gefasst, doch wurde später zunehmend betont, dass in solchen Fällen von einem Zurückgeben nicht recht die Rede sein konnte⁴⁴. Zudem war auch den theologischen Autoren durchaus bewusst⁴⁵, dass nach römisch-gemeinem Recht für Sachbeschädigungen und Personenverletzungen ganz unterschiedliche Klagen, nämlich die *actio legis Aquiliae* für Sachbeschädigungen und die *actio iniuriarum* für Persönlichkeitsverletzungen, einschlägig waren⁴⁶. Damit standen zum einen die Reichweite der *restitutio ratione acceptionis* und zum anderen das System des deliktischen Güterschutzes zur Diskussion.

Wieder erfolgte die Lösung vordergründig auf einer scholastisch-begrifflichen Ebene: Neben der *restitutio* in ihrem ursprünglichen und engsten Sinne als Rückgabe sollte die *satisfactio*, also die unrechtsausgleichende Genugtuung, stehen⁴⁷. Auch wenn eine genuine Restitution, also eine Rückgabe oder eine sonstige Form gegenständlicher Wiedergutmachung, nicht möglich war, blieb dabei eine ausgleichende, versöhnende *satisfactio*⁴⁸ zur Vergebung der Sünden unverzichtbar. Insoweit spiegelt die Differenzierung zwischen der *satisfactio* und der *restitutio* die moraltheologisch begründete Beschränkung des Begriffs des *dominium* und damit

⁴¹ STh II–II, qu. LXII, art. IV, resp.; qu. LXII, art. II, resp., art. IV, resp., art. VI, resp.; siehe oben 30 f.

⁴² *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. I, nn. 51, 53.

⁴³ *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XVII, nn. 6, 11, 24; ausführlich zum Totschlag *ibid.*, cap. XV, nn. 22 ff.

⁴⁴ *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. VII, dub. IV, n. 15: „... qui damnum intulit, *compensat*, non *restituit*“ (Hervorhebung im Original).

⁴⁵ *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. I, ad prim. arg.

⁴⁶ Körperverletzungen (von Freien) waren nach römischem Recht als solche ursprünglich nicht ausgleichsfähig. Näher unten 94, 158 f.

⁴⁷ *Medina*, *De restitutione*, vor qu. I; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. VII, dub. IV, n. 18; *Bañez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. I; detailliert *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. I; *Toletus*, *In Summam Theologiae Enarratio*, ad qu. LXII, art. I; *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 715, nn. 2 ff., jeweils mit einer Fülle von Differenzierungskriterien und unterschiedlichen Begriffsbestimmungen.

⁴⁸ Zur Bedeutung der *satisfactio* als Mittel der gütlichen Konfliktbeilegung im Hochmittelalter, die auch in der Diskussion der Spätscholastiker mitschwingt, *Althoff*, *Genugtuung*.

folgerichtig auch der Restitution auf *bona externa*⁴⁹. Freilich haben die spätscholastischen Autoren dabei mit Nachdruck betont, dass die *restitutio* in diesem engen Sinn und die *satisfactio* wertungsmäßig eng miteinander verknüpft seien⁵⁰, und dass es sich um eine Binnendifferenzierung innerhalb des spezifischen, weiteren Restitutionsbegriffs *Thomas von Aquins* handele⁵¹. Bei der konkreten Argumentation konnten diese Begriffe durchaus ineinander übergehen⁵². Entscheidend war, dass es jeweils um die ausgleichende Gerechtigkeit und die Wiedergutmachung mittels eines Äquivalents ging⁵³.

Wirklich wichtig war der Unterschied von *satisfactio* und Restitution ohnehin nur aus theologischer, nicht aus naturrechtlicher Perspektive. Theologisch ging es bei der *satisfactio* nämlich letztlich wieder um das Verhältnis des sündhaften Menschen zu seinem Herrn: Der versöhnende Unrechtsausgleich gegenüber dem Geschädigten (*satisfactio*) bedeutete zugleich den Ausgleich der Sünde gegenüber Gott⁵⁴. Eine eigentliche Restitution kam gegenüber Gott aber schon deshalb nicht in Betracht, weil Gott durch menschliches Handeln nicht verletzt werden konnte⁵⁵. Und während eine *restitutio* lediglich einen naturrechtswidrig sündhaften Zustand beenden sollte und damit eine bloße *Voraussetzung* für die Sündenvergebung bildete⁵⁶, galt die *satisfactio* als ein *Element* des Bußsakraments⁵⁷.

Juristisch-technisch waren alle diese Gesichtspunkte irrelevant. Hierfür war wichtiger, dass die Spätscholastiker auch bei der Verletzung immaterieller Persönlichkeitsgüter durchaus einen genuinen Ausgleich für möglich gehalten

⁴⁹ Oben 38 f. Autoren, die geistige und Persönlichkeitsgüter als *dominium* des Menschen begriffen haben, haben den Schadensersatz in solchen Fällen folgerichtig ohne weiteres als Restitution erfasst: *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, *qu.* LXII, *art.* I, *nn.* 51 ff.

⁵⁰ *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* I, *ad prim. arg.*: „At verò quae differe monstrantur, ostendi prius debent, quo pacto convenient. Nam ... res aequivocae viciniore sunt, & propinquiore ...“; *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 714, *nn.* 1 f.

⁵¹ *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 714, *nn.* 1 f.; *disp.* 715, *nn.* 3, 6.

⁵² Vgl. *Molina*, *De iustitia*, *tract.* IV, *disp.* 46, *n.* 2 zum restitutorischen Ausgleich bei Ehrverletzungen.

⁵³ *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 714, *n.* 2; *disp.* 715, *n.* 2: „compensatio ad aequalitatem damni“; *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* I, *ad prim. arg.*; *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* VII, *dub.* V, *n.* 19. Allerdings hat *Molina* eine *satisfactio* für ein Unrecht auch dann für möglich gehalten, wenn das Opfer an überhaupt keinem Rechtsgut geschädigt war: *loc. cit.*, *disp.* 715, *nn.* 9 f.; nur die Restitution setze einen Schaden voraus.

⁵⁴ *Soto*, *In quantum sententiarum commentarii*, *dist.* XIX, *qu.* I, *art.* I: „... satisfactio, quae fit proximo, fit Deo: quia omnis iniuria proximo illata, est offensa Dei ...“.

⁵⁵ *Bañez*, *Decisiones*, *qu.* LXII, *art.* I; *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 715, *nn.* 2 f.

⁵⁶ Das war seit dem 12. Jahrhundert herrschende theologische Lehre; siehe oben 28.

⁵⁷ *Soto*, *In quantum sententiarum commentarii*, *dist.* XIX, *qu.* I, *art.* I; *id.*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* I; *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 715, *nn.* 2 ff.; *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* XIV, *dub.* IV, *n.* 18. Neben der *satisfactio* waren ein Geständnis (*confessio*) und aufrichtige Reue (*contritio*) erforderlich; hinzu kam die konstitutive Absolution.

haben; das haben sie gerade auch bei der Abgrenzung der Restitution von der *satisfactio* betont⁵⁸. Die Restitutionspflicht im Falle einer Tötung ist deshalb bis zuletzt ein ganz selbstverständliches Thema der Traktate *De restitutione* geblieben⁵⁹. Zwar war das später zentrale Problem einer möglichen Inkommensurabilität von immateriellem Verlust und wirtschaftlichem Ausgleich im spätscholastischen Diskurs durchaus präsent; das zeigt die Diskussion, ob bei Tötungen und Körperverletzungen neben der öffentlichen Strafe bzw. Talion noch ein Ausgleich für den nichtwirtschaftlichen Schaden geschuldet sei⁶⁰. Es wäre aber verfehlt, anzunehmen, dass dieser Gedanke die theologische Differenzierung von *restitutio* und *satisfactio* getragen hätte oder gar im Mittelpunkt dieser Kategorienbildung stand.

4. Einige Ergebnisse

War damit die Binnendifferenzierung von *restitutio* (*ratione acceptionis*) und *satisfactio* innerhalb der deliktsrechtlichen Ansprüche naturrechtlich ohne Bedeutung, so ist umgekehrt bemerkenswert, dass die Spätscholastiker die deliktische *restitutio ratione acceptionis* und die bereicherungs- und sachenrechtliche *restitutio ratione rei* stets als teleologisch zusammengehörige Aspekte eines einheitlichen Instituts verstanden und gedanklich zusammengehalten haben. Die Unterscheidung der *restitutio* von der *satisfactio* kann nämlich keinesfalls mit der Unterscheidung der *restitutio ratione rei* von der *restitutio ratione acceptionis* gleichgesetzt werden. Bei Sachschäden galt der Schadensersatz unproblematisch als ein Akt der Restitution; und auch bei der Verletzung der spirituellen Integrität (etwa durch Anstiftung zu einer Sünde) und von Persönlichkeitsgütern wurde der Ausgleich im Rückgriff auf die Restitutionslehre konzipiert⁶¹. Es blieb deshalb immer üblich, das gesamte Delikts- und Haftungsfolgenrecht im Kontext der Restitution abzuhandeln.

⁵⁸ Soto, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. I, bei Pro a.E.: „Ut si quis mihi contumelioso verbo iniurius fuit, quem ego postea fuste caecidi, quaedam fieri potest commutationis compensatio. Et pari ratione qui iniuriam irrogavit, potest eam pecunia resarcire“; Molina, *De iustitia*, tract. II, disp. 714, n. 2; vgl. auch Vitoria, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. I, n. 51.

⁵⁹ Siehe nur G. Vázquez (Bellemontanus), *Tractatus de restitutione*, cap. II, insbesondere § III: *Quid teneatur homicida restituere, & quibus*.

⁶⁰ Vgl. ausführlich G. Vázquez (Bellemontanus), *Tractatus de restitutione*, cap. II, § III, dub. VI m.w.N. Hier wurde durchaus argumentiert, dass das Leben eines freien Menschen mit Geld nicht aufgewogen werden könne, und dass deshalb ein pekuniärer Ausgleich für Körperverletzungen und Tötungen nicht in Betracht komme. Herrschende Meinung wurde diese Ansicht freilich nicht; vgl. lakonisch Azpilcueta, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XVII, n.24. Näher unten 112ff.

⁶¹ Ausdrücklich Molina, *De iustitia*, tract. II, disp. 714 pr.: „Iacimus ... fundamenta ad omnem universim restitutionem, etiam circa bona corporis, honoris, famae, ac spiritualia ...“; Soto, *De iustitia*, lib. IV, qu. VII, art. II (S. 271).

Restitutio bezeichnete in diesem Zusammenhang den aus Gründen der ausgleichenden Gerechtigkeit geschuldeten Ausgleich der Schadensfolgen eines Unrechts⁶². Das entsprach wohl nicht dem ursprünglichen alltagssprachlichen Sinn dieses Begriffs, und es stand auch nicht ganz mit der spezifisch moraltheologischen Bedeutung von *restitutio* im Einklang; vielmehr handelte es sich um eine spezifisch juristisch-technische Begriffsbildung. Ganz offenkundig diente dieser naturrechtliche Begriff der *restitutio* dazu, den Bereicherungsausgleich und den deliktischen Schadensersatz nicht nur teleologisch, sondern auch systematisch zusammenzuhalten⁶³.

Gleichzeitig wurden diese Restitutionsansprüche zunehmend deutlich vom eigentlichen Vertragsrecht getrennt. Nur realvertragliche Rückgabepflichten wurden weiterhin als restitutorisch begründete Ansprüche verstanden. Trotz scholastischer Zweifel behielt die Restitutionslehre damit insgesamt eine konzeptionell einfache und teleologisch einleuchtende Struktur als eine übergreifende Theorie des Rechts der ausgleichenden Gerechtigkeit außerhalb vertraglich begründeter Austausch- und Leistungsbeziehungen.

II. Die *restitutio ratione rei acceptae*⁶⁴

Die Herausgabepflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer einer Sache bildete das ursprüngliche Paradigma der *restitutio ratione rei*⁶⁵. Wo jemand etwas besaß, das einem anderen gebührte, war die restitutionsauslösende Gleichheitsstörung evident und wurde durch die geschuldete Rückgabe offensichtlich aus der Welt geschaffen. Dabei hatten *Thomas von Aquin* und seine spätscholastischen Kommentatoren

⁶² *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 714, n. 1: „... exhibitio eius, quod idcirco aliquis ex iustitia reddere tenetur, quod alius iniuste, formaliter, aut materialiter, fuerit in aliquo defraudatus aut laesus. Nomine defraudationis ac laesionis in re proposita intellego, carere illum aliquo quod habere debeat, sive illud sit membrum, sive honor, fama, bonum spirituale aut externum, ...“; vgl. auch *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. IV f.

⁶³ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 714 ff.

⁶⁴ Aus der Sekundärliteratur zur *restitutio ratione rei* siehe insbesondere *Nufer*, Restitutionslehre, 41 ff., 50; detaillierter *Hallebeek*, Concept of Unjust Enrichment, 53 ff.; vgl. auch *Gordley*, Foundations of Private Law, 423 ff.; *Jansen*, Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen, 132 ff., jeweils m.w.N.

⁶⁵ STh II–II, qu. LXII, art. I; später etwa *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. VI: „Quòd tandiu tenetur quis ad restitutionem ratione alienae rei, quandiu eam habet. Et in promptu ratio in litera redditur: quia habens id quod alterius est, habet plusquam suum est, & damnificatus tantundem habet minus de suo“. Erst wesentlich weiter im Text heißt es dann: „Si recte igitur perspicimus formam commutativae iustitiae antedictam, apparebit, quod non solum res ipsa aliena obligat possessorem ad restitutionem, sed etiam quicquid loco rei successit, ut pretium, vel effectus: si ex his factus est possessor locupletior obligat eundem ad restitutionem“; ebenso *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. VI, n. 2; *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II; *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. III.

die Störung der ausgleichenden Gerechtigkeit bereits in der Tatsache gesehen, dass der Besitzer eine Sache besaß, die in fremdem Eigentum stand⁶⁶. Auf eine genuine Bereicherung im Sinne eines Vermögenszuwachses kam es deshalb grundsätzlich ebenso wenig an wie auf bösen Glauben beim Besitzerwerb. Die Herausgabepflicht entstand daher in dem Moment, in dem der Besitzer davon erfuhr, dass die Sache möglicherweise im Eigentum eines anderen stand⁶⁷. Eine Ersitzung war von diesem Zeitpunkt an ausgeschlossen. Denn dafür war nicht nur – wie nach römisch-gemeinem Recht – die Gutgläubigkeit im Zeitpunkt des Besitzererwerbs erforderlich; vielmehr wurde mit dem kanonischen Recht ein durchgehend guter Glaube des Erwerbers erfordert⁶⁸. Auch bei bloßen nachträglichen Zweifeln am Eigentum des Veräußerers wurde vom Besitzer deshalb verlangt, dass er sich um eine Klärung der Eigentumslage bemühte⁶⁹.

1. Bereicherungshaftung und Vindikation

Man könnte bei diesem Ausgangspunkt vermuten, dass es von vornherein als irrelevant gegolten hätte, auf welche Weise der Besitzer an die Sache gelangt war. So einfach lag es indes nicht; insbesondere war es nach verbreiteter Lehre nämlich nicht ganz irrelevant, ob der Besitzer die Sache entgeltlich oder unentgeltlich erworben hatte⁷⁰. Den Kaufpreis, den er zum Erwerb der Sache getätigt hatte, durfte er dem Eigentümer zwar auch dann nicht entgegenhalten, wenn er gutgläubig gewesen war⁷¹. Denn insoweit sollte der Besitzer seinen Eviktionsanspruch gegen den Veräußerer geltend machen, von dem er die Sache erworben

⁶⁶ Ausdrücklich *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. VI, n. 2; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, p. III, *init.*, n. 1; *Molina* hat deshalb für den Anspruch unmittelbar auf die gemeinrechtliche *rei vindicatio*, also nicht auf die naturrechtliche Restitution, abgestellt: *De iustitia*, tract. II, disp. 721, n. 1.

⁶⁷ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. VI, n. 2; *Medina*, *De restitutione*, qu. X, *concl.* II; *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VII, art. II (S. 271 f.); *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, p. III, *init.*, n. 3; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XIV, *dub.* I, nn. 1 f.

⁶⁸ Decr. Greg. IX., lib. II, tit. XXVI, cap. V und XX. Ausführlich dazu, auch zu den ökonomischen und kirchenpolitischen Hintergründen des kanonischen Verjährungsrechts, *Helmbold*, *Spirit of Classical Canon Law*, 174–199 m.w.N.

⁶⁹ Statt aller *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 721, nn. 4 f.

⁷⁰ Anders *Hallebeek*, der jedoch die Diskussion um die Rückgabe der Sache an den Veräußerer (sogleich im Text) in diesem Zusammenhang nicht erörtert: *Concept of Unjust Enrichment*, 54 ff.

⁷¹ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. VI, n. 2; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, p. III, *init.*, n. 3; *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 721, n. 1; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XIV, *dub.* I, n. 1, jeweils im Rückgriff auf römische Quellentexte zur *rei vindicatio* und zur Eviktionshaftung (insbesondere C. 3,32,3 [Imp. Alexander]; C. 3,32,23 [Imp. Diocletianus et Maximianus]).

hatte⁷². Allerdings sollte dem Besitzer ganz ausnahmsweise, wenn er die fremde Sache bewusst und zu einem sehr moderaten Preis von einem Dritten erworben hatte und wenn anders keine Möglichkeit bestanden hätte, die Sache dem Eigentümer zurückzverschaffen, ein – offenbar geschäftsführungsrechtlich begründeter und damit eigentlich systemfremder⁷³ – Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen zustehen⁷⁴.

Nun ist dieser Gedanke eines geschäftsführungsrechtlichen Anspruchs gegen den Eigentümer auch aus heutiger Perspektive ohne weiteres nachvollziehbar. Überraschend erscheint demgegenüber eine vieldiskutierte und einflussreiche Lehre, wonach ein gutgläubiger Besitzer sich dem Herausgabeverlangen des Eigentümers – unter gewissen Umständen⁷⁵ – durch eine Rückabwicklung des Kaufvertrags und Rückgabe der Sache an den Veräußerer entziehen durfte⁷⁶. Hinter dieser Rückabwicklung über Eck stand die Überlegung, dass es nicht angängig sei, einem Besitzer die Sache wegzunehmen, für die er doch *bona fide* den Kaufpreis hingegeben hatte. Denn auch im *forum conscientiae* sei niemand verpflichtet, eigene Rechtsgüter den Interessen eines anderen zu opfern; und durch die Rückgabe an den Dieb geschehe dem Eigentümer kein zusätzliches Unrecht⁷⁷. Herrschende Meinung wurde diese Auffassung gleichwohl nicht⁷⁸.

⁷² Molina, De iustitia, tract. II, disp. 721, nn. 1, 8 f.; Lessius, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. III, n. 16.

⁷³ Im System der Restitutionslehre war jedenfalls kein Platz für die *negotiorum gestio*; näher HKK/Jansen, §§ 677–687 I, Rn. 21. Nachdem das Institut bei Thomas von Aquin überhaupt nicht aufgetaucht war, hatte nur der besonders juristisch argumentierende Molina der *negotiorum gestio* überhaupt eine gesonderte Darstellung und damit einen Platz in seinem System eingeräumt, freilich nicht im Rahmen der Restitutionslehre, sondern bei den Quasiverträgen: De iustitia, tract. II, disp. 553 f.: „... radicesque, unde profiscuntur, quasi contractus nuncupatae sunt“ (disp. 553, n. 1). Die folgende Diskussion bleibt in gemeinrechtlichen Bahnen, wobei Molina sich praktisch ausschließlich auf das *Corpus iuris civilis* (insbesondere Inst. 3,27,1) sowie auf die gelehrte juristische Literatur stützt. Theologische oder naturrechtliche Autoritäten fehlen gänzlich. Andere Autoren, wie Cajetan, Covarruvias, Soto und später auch Lessius (Nachweise sogleich in Fn. 74), haben die *negotiorum gestio* gar nicht gesondert behandelt und allenfalls beim Aufwendungsersatzanspruch des Erwerbers für den Eigentümer kurz erwähnt.

⁷⁴ Báñez, Decisiones, qu. LXII, art. VI, dub. 1, prim. concl.; Covarruvias, Regulae Peccatum, p. III, init., n. 5; Molina, De iustitia, tract. II, disp. 721, n. 2; Lessius, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. III, n. 20. Um einen bereicherungsrechtlichen Vertrauensschutz geht es dabei freilich nicht, sondern genuin um einen Anspruch auf Aufwendungsersatz.

⁷⁵ Siehe etwa Aragón, Iustitia, qu. LXII, art. VI, dub. II (S. 172): die Rückgabe der Sache an den Dieb sei nur dann zulässig, wenn dieser Weg für den Käufer die einzige Möglichkeit bilde, sein Geld zurückzubekommen.

⁷⁶ Maßgeblich Aspilcueta, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 9; später Lessius, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. III, jeweils im Anschluss an Alexander Halensis (sogleich Fn. 83) und m.w.N.; siehe auch Vitoria, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. VI, n. 6. Zur Diskussion Hallebeek, Concept of Unjust Enrichment, 73 ff. m.w.N.

⁷⁷ So ausdrücklich etwa G. Vázquez (Bellemontanus), Tractatus de restitutione, cap. IX, § 2, dub. 2; siehe zu diesen Argumenten auch Soto, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II (S. 272); Molina, De iustitia, tract. II, disp. 722, n. 1.

⁷⁸ So jedoch Hallebeek, Concept of Unjust Enrichment, 73 ff., 75; vgl. für einen Überblick auch Fagundes, De iustitia, & contractibus, lib. V, cap. XXVI, nn. 21 ff. Indes haben nur sehr wenige Autoren es dem Besitzer in jedem Fall erlaubt, sich der Herausgabe durch eine Rückabwicklung des Kaufvertrags

Denn dass der Dieb die Sache zurückerhielt, konnte eigentlich nicht richtig sein⁷⁹. Zudem hatte bereits *Cajetan* plausibel erläutert, dass der wirtschaftliche Verlust, den der gutgläubige Besitzer mit der Herausgabe der Sache an den Eigentümer erlitt, nicht auf der theologischen Verpflichtung zur Restitution beruhte, sondern auf der selbst zu verantwortenden Zahlung des Kaufpreises an den unberechtigten Veräußerer⁸⁰.

Nun erinnert der Gedanke einer Rückabwicklung des Kaufvertrags zur Vermeidung einer Restitution zum einen an den volksrechtlichen Grundsatz, dass, wer seine Sachen aus der Hand gegeben habe, sich an seinen Vertrauensmann halten müsse⁸¹, zum anderen an bestimmte volksrechtliche Verfahren der Fahrnisverfolgung, nach denen der Besitzer einer Sache, um dem Diebstahlsvorwurf zu entgehen, die Sache beim Gerichtstermin seinem Vorbesitzer aushändigen durfte⁸². Es ist durchaus möglich, dass die mittelalterliche theologische Doktrin, die den Gegenstand der spätscholastischen Diskussion bildete⁸³, ursprünglich auf solchen Regeln beruhte. Freilich soll es hier nicht um die mittelalterliche Lehre, sondern um die spätscholastische Diskussion gehen. Dort finden sich jedenfalls keine Hinweise auf volksrechtliche Regeln, und es ist auch zweifelhaft, wie weit solche Regeln im 16. Jahrhundert auf der iberischen Halbinsel überhaupt gegolten haben⁸⁴. Vor allem aber bestanden erhebliche Unterschiede zwischen entsprechenden volksrechtlichen

zu entziehen (vgl. beispielhaft eben Fn. 75); zudem haben sich besonders gewichtige Stimmen stets gegen einen solchen Ausweg ausgesprochen; siehe insbesondere *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis*, *ad qu. LXII, art. VI*; ausführlich *Medina*, *De restitutione*, *qu. X, concl. I* und *II*; *Soto*, *De iustitia*, *lib. IV, qu. VII, art. I* (S. 263 f.) und *art. II* (S. 272); ferner *Báñez*, *Decisiones*, *qu. LXII, art. VI, dub. 1, init.* sowie *tert. und sext. concl.* Ebenso auch *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p. III, init., n. 3*; *Molina*, *De iustitia*, *tract. II, disp. 722, nn. 2 ff.*; vgl. auch *ibid.*, *disp. 714, nn. 1 f.*

⁷⁹ *Medina*, *De restitutione*, *qu. X, concl. I (ratio)*.

⁸⁰ *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis*, *ad qu. LXII, art. VI*, Abs. *Sed restat adhuc unum dubium* und *Sed hoc non est difficile*; *Medina*, *De restitutione*, *qu. X, concl. I (ratio)*.

⁸¹ Zur Geschichte dieser Grundsätze („Hand wahre Hand“; „wo einer seinen Glauben gelassen hat, dort soll er ihn suchen“) im Überblick HRG/*Ogris*, Art. Hand wahre Hand, m.w.N.; ferner etwa *Hinz*, Entwicklung des gutgläubigen Fahrniserwerbs, 21 ff.; *Minuth*, Besitzfunktion beim gutgläubigen Mobiliarerwerb, 223 ff.

⁸² Für einen Überblick HRG/*Werkmüller*, Art. Anefang m.w.N.

⁸³ *Halensis*, *Summa universae theologiae pars IV, qu. LXXXVI De restitutionibus*, *memb. III, art. V*; *Silvester Mazzolini*, *Summa Sylvestrina, De Restitutione III, qu. 7, § 5*, und *De Restitutione IV, qu. 1*.

⁸⁴ Die spanische Lehre ist für den Grundsatz Hand wahre Hand skeptisch, weil die *leges Visigothorum* insoweit römische Regeln übernommen hatten; siehe nur *Rodríguez-Rosado*, Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb, 64 ff. m.w.N. Auch in Deutschland war der Grundsatz keinesfalls überall anerkannt; siehe nur HRG/*Ogris*, Art. Hand wahre Hand, m.N.

Regeln und der theologischen Lehre. Denn einerseits war aus Sicht der Theologen unerheblich, ob der Eigentümer die Sache freiwillig aus der Hand gegeben hatte; in der Diskussion war hier regelmäßig vom Dieb (*fur*) die Rede⁸⁵. Andererseits war nach dem Grundsatz „Hand wahre Hand“ ein Herausgabeanspruch gegen den Besitzer normalerweise allein deshalb ausgeschlossen, weil der Eigentümer die Sache aus der Hand gegeben hatte, ohne dass es dann noch auf den aus spätscholastischer Perspektive entscheidenden Aspekt angekommen wäre, ob der Besitzer die Sache entgeltlich oder unentgeltlich erworben hatte. Mit volksrechtlichem Gedankengut lässt sich die spätscholastische Lehre von der indirekten Rückabwicklung also nicht erklären.

Ebenso fand diese Lehre aber offenkundig auch keine Grundlage im römischen oder gemeinen Recht⁸⁶. Römische Juristen hatten lediglich gefragt, ob ein Verwahrer, der gutgläubig Diebesgut entgegengenommen hatte, dies an seinen Vertragspartner oder an den Eigentümer herausgeben müsse⁸⁷ – diese Frage war juristisch alles andere als trivial, weil sich der Verwahrer, wenn er die Sache dem Eigentümer herausgab, möglicherweise gegenüber seinem Vertragspartner schadensersatzpflichtig machte. Die Frage nach einer entsprechenden Rückabwicklung des Kaufvertrags lag deshalb nur scheinbar parallel; und sie war auch erst von theologischen bzw. kanonistischen Autoren aufgeworfen worden⁸⁸. Besonders praxisrelevant kann dieser Lösungsweg freilich nicht gewesen sein. Zum einen war der Verkäufer nach dem gemeinrechtlichen Eviktionsgrundsatz nämlich eigentlich nicht zur Eigentumsverschaffung, sondern lediglich zur Gewährleistung ungestörten Besizes verpflichtet⁸⁹. Erst wenn der Besitzer und Käufer tatsächlich vom Eigentümer

⁸⁵ Ähnliche Regeln galten freilich, zumindest für Marktgeschäfte, auch nach manchen Stadtrechten; vgl. HRG/*Ogris*, Art. Hand wahre Hand.

⁸⁶ Missverständlich insoweit *Hallebeek*, Concept of Unjust Enrichment, 82 f., der darauf abstellt, dass die römische *rei vindicatio* den Besitz des Beklagten erforderte, und dass eine Besitzaufgabe an den Verkäufer offenbar nicht als Diebstahl (*furtum*) gewertet wurde. Indes behielt der Eigentümer nach römisch-gemeinem Recht bei einer bewussten, unberechtigten Besitzaufgabe des Besitzers seine *rei vindicatio* (*Paulus* 21 *ad ed.* D. 6,1,27,3) und durfte sein Interesse dann nach eigenem Ermessen schätzen und beedigen (*Ulpian* 51 *ad ed.* D. 6,1,68). Daneben stand zudem die *actio ad exhibendum* (D. 10,4), bei der der Besitzer auf den vom Kläger geschätzten Wert der Sache verurteilt wurde, wenn er die Sache nicht vorlegte (*Kaser*, Römisches Privatrecht I, 434). Auch diese Klage blieb von einer arglistigen Besitzaufgabe unberührt, wobei die Römer offenbar jede bewusste Beschädigung und auch jede Besitzaufgabe ohne weiteres als arglistig qualifiziert haben (näher *Ulpian* 24 *ad ed.* D. 10,4,9 mit einer detaillierten Diskussion; siehe auch *Ulpian* 15 *ad ed.* D. 5,3,20,6c: „... fecerint, quominus possiderent ...“). Auch in der späteren gemeinrechtlichen Diskussion findet sich kein Hinweis darauf, dass der unberechtigte Besitzer einer fremden Sache sich der *rei vindicatio* durch den Eigentümer dadurch entziehen konnte, dass er den Kaufvertrag rückgängig machte; vgl. die *Glossa ordinaria ad D.* 6,1,28(27) und *ad* 10,4,9; *Wesenbeck*, Paratitla, *ad D.* 6,1, insbesondere n. 4 und *ad* 10,4, insbesondere n. 4; *Brunnemann*, Commentarius in Pandectas, *ad D.* 6,1,27, n. 3, *ad D.* 10,4,9, n. 3.

⁸⁷ *Tryphonin* 9 *disp.* D. 16,3,31,1; *Ulpian* 30 *ad ed.* D. 16,3,1,39.

⁸⁸ Eben Fn. 83.

⁸⁹ *Zimmermann*, Obligations, 293 ff., 303 m.w.N.

in Anspruch genommen wurde, war deshalb ein Rückgriff gegen den Verkäufer möglich, doch war es dann für eine Rückabwicklung des Kaufvertrags zu spät.

Nun haben die Spätscholastiker die Rückabwicklung bereits zu einem früheren Zeitpunkt erlaubt: Es sollte genügen, dass der Käufer Kenntnis davon erlangte, dass der Verkäufer nicht Eigentümer der Sache gewesen war⁹⁰. Hinzu kommt aber, dass ein solcher Weg dem Käufer natürlich nur dann möglich war, wenn er sich tatsächlich noch an seinen Vertragspartner, den Verkäufer, halten konnte. Dann hätte der Käufer und Restitutionsschuldner sein Geld aber normalerweise wohl auch ohne Rückabwicklung des Kaufvertrags zurückerhalten können. Denn für die Geltendmachung eines Eviktionsanspruchs war es selbstverständlich nicht erforderlich, die Kaufsache an den Verkäufer herauszugeben. Wenn die Spätscholastiker dieser Frage trotz alledem einen ganz zentralen Platz innerhalb ihrer Ausführungen zur *restitutio ratione rei* eingeräumt haben, so macht das deshalb vor allem deutlich, dass hier aus ihrer Perspektive ein fundamentales Wertungsproblem lag. Dabei resultierte das Problem in der Sache offenbar nicht zuletzt daraus, dass der sachenrechtliche Verkehrsschutz des gemeinen Rechts unterentwickelt und nach kanonischem Recht und spätscholastischen Naturrechtsgrundsätzen noch weiter eingeschränkt war. Gutgläubiger Eigentumserwerb war nämlich allenfalls nach lokalem Recht anerkannt⁹¹; zugleich war die römische *usucapio* (kurzfristige Ersitzung) nach kanonischem Recht signifikant eingeschränkt worden⁹². Es lag deshalb durchaus nahe, bei der *restitutio ratione rei* die Beschränkung der Haftung auf die Bereicherung als ein Element des Verkehrsschutzes zu deuten.

Ein solches Verständnis lag möglicherweise umso näher, als der Gedanke einer Haftpflicht wegen einer Bereicherung aus fremdem Vermögen⁹³ von Anfang an im Vordergrund der spätscholastischen Diskussion und Systembildung stand. Bei späteren Autoren hat dieser Gedanke sogar die Vindikationslage als das Paradigma der Restitution *ratione rei* abgelöst. *Molina* leitete seine Ausführungen zur Haftung *ratione rei* deshalb gar nicht mehr mit der Rückgabepflicht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer ein, wie das zuvor selbstverständlich gewesen war⁹⁴, sondern mit dem Gedanken einer Bereicherungshaftung⁹⁵.

⁹⁰ Siehe nur *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. III, nn. 14 ff. m.w.N.

⁹¹ Freilich nicht als gutgläubiger Erwerb, sondern als Einschränkung der *rei vindictio*: *Coing*, Europäisches Privatrecht I, 296 ff., 306 f. m.w.N.

⁹² Eben Fn. 68.

⁹³ Näher sogleich 67 ff.

⁹⁴ Siehe die Nachweise oben Fn. 65.

⁹⁵ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 718 ff. behandelte die Bereicherungshaftung im Rahmen der *restitutio ratione rei* vor der Vindikation und stellte dabei den Grundsatz der Bereicherungsherausgabe als den gedanklichen Ausgangspunkt dar: „Qui solum restituere tenetur ex parte rei acceptae, h.e. quia bona fide possidet aut possedit, vel consumpsit, aut alienavit, rem ad alterum pertinentem, antequam eam ipse praescriberet, solum tenetur restituere, quod ex ea re permanet, & quantum ex illa est factus locupletior ...“: *ibid.*, tract. 718, n. 1.

Andere, wie *Aspilcueta* und *Lessius*, hatten zwar an der tradierten Ordnung des Stoffes festgehalten; sie sind dabei aber ohne viele Worte zur (eigentumsrechtlichen) Herausgabepflicht des Sachbesitzers gleich zum zentralen Thema der Bereicherungshaftung übergegangen⁹⁶ und haben diese vor allem ohne einen gedanklichen Bezug zur *rei vindicatio* erläutert.

Vor diesem Hintergrund konnte eine Haftung *ratione rei*, die zu einem wirtschaftlichen Verlust des Schuldners führte, in der Tat nicht mehr ohne weiteres in das Wertungssystem der Restitution passen. Denn sofern dem Restitutionsschuldner kein Verschulden vorzuwerfen war, sollte es aus theologischer Perspektive eigentlich allein um einen abschöpfenden Vorteilsausgleich gehen. Besonders deutlich wurde dies Problem, wenn man die Situation eines der Vindikation ausgesetzten besitzenden Restitutionsschuldners mit derjenigen eines früheren Besitzers verglich, der die Sache mittlerweile gutgläubig weiterveräußert hatte⁹⁷. *Ratione rei* konnte der ehemalige Besitzer nämlich nur noch wegen einer Bereicherung aus der Sache haftbar gemacht werden. Insoweit war aber weitgehend selbstverständlich, dass er den gezahlten Kaufpreis anspruchsmindernd geltend machen durfte – wer eine Sache gekauft und zum gleichen Preis weiterverkauft hatte, schien nicht mehr aus der Sache bereichert zu sein⁹⁸. Anders als nach römisch-gemeinem Recht⁹⁹ haftete der

⁹⁶ *Aspilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, nn. 7 ff.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. I, nn. 3 ff., dub. II ff.: Bereicherungshaftung bei Sachverbrauch bzw. bei einer Weggabe der Sache; die Vindikation beschränkt sich auf die ersten beiden Abschnitte der dub. I.

⁹⁷ Vgl. *Fagundes*, De Iustitia, & contractibus, lib. V, cap. XXVI, n. 23.

⁹⁸ *Cajetan*, Secunda Secundae Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. VI; *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. VI, n. 3; *Medina*, De restitutione, qu. X (S. 80 f., 83); *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II (S. 272 f.); *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. I, n. 4; vgl. auch *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 721, n. 6. Ein differenzierteres Meinungsbild hat *Hallebeek* beobachtet: Concept of Unjust Enrichment, 84 f. (allerdings ohne Nachweise); manche Autoren, etwa *Báñez* und *Aragón*, hätten den Kaufpreis ohne weiteres an die Stelle der Sache treten lassen. Aber dafür geben die Quellen nichts her. Zwar haben diese Autoren davon gesprochen, dass der Preis an die Stelle der Sache treten könne; sie sind dann aber auf ganzer Linie *Cajetan* gefolgt und haben den gutgläubigen Verkäufer nur auf die Differenz haften lassen: *Aragón*, Iustitia, qu. LXII, art. VI, vor dub. I; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. II, prim. concl. m.w.N.; auch die folgenden Erörterungen setzen dies als Ausgangspunkt voraus.

⁹⁹ *African* 2 qu. D. 12,1,23: Kondiktion; *id.* 8 qu. D. 3,5,48(49); C. 3,32,3,1 (Imp. Alexander): jeweils *negotiorum gestio*; *Ulpian* 16 ad ed. D. 6,1,17 pr.; C. 4,51,1 (Imp. Alexander): nicht näher qualifizierte Restitutionspflicht als Ausgleich für den Verlust der Vindikation. Später insbesondere *Donellus*, Commentarii, lib. XV, cap. XVII, § 5, im Rückgriff auf D. 3,5,48(49). Es bildet eine bemerkenswerte Parallele, dass diese an sich klare Rechtslage im 19. Jahrhundert von der herrschenden Lehre bezweifelt worden ist, als der Anspruch auf den Veräußerungserlös bereicherungsrechtlich konzipiert und nicht mehr als Verlängerung der Vindikation verstanden wurde: *Zimmermann*, *negotiorum gestio*, 46; *Dernburg*, Pandekten I/2, 139 (§ 225, Fn. 27): Windscheid verneine den Entreicherungsseinwand „sicher mit Unrecht“; w.N. bei *Windscheid*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 333 f. Die heutige Regel des § 816 Abs. 1 S. 1. BGB geht damit erst auf *Windscheid* und die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts Lübeck zurück, die sich auf die einschlägigen Fragmente zur *vindicatio* und zur *negotiorum gestio* sowie auf die Argumentation bei *Donellus* gestützt haben: *Windscheid*, loc. cit., 333 ff.; OAG Lübeck (v. 25.2.1854) SeuffA 7, 417, 424 f., Nr. 346; vgl. auch OAG Lübeck (v. 17.4.1860) SeuffA 14, 396 f., Nr. 238.

weiterveräußernde Besitzer also allenfalls auf den Veräußerungsgewinn¹⁰⁰. Warum die gutgläubige Veräußerung den Besitzer nun aber auf diese Weise von der sonst strikten „Haftung“ nach der *rei vindicatio* befreien sollte, war aus der Wertungsperspektive der Restitutionslehre nicht recht einzusehen. Der säkulare Eigentumsschutz nach der *rei vindicatio* ließ sich hier offenbar nicht mehr bruchlos in den theologischen Rahmen der Restitutionslehre einfügen, obwohl doch auch die Restitution mittlerweile auf das *dominium* bezogen worden war¹⁰¹. *Molina* war deshalb für den Herausgabeanspruch gegen den Besitzer unmittelbar auf die *rei vindicatio* und damit letztlich auf das positive gemeine Recht ausgewichen¹⁰².

Mit alldem wird verständlich, warum der – aus heutiger Perspektive doch selbstverständliche – Herausgabeanspruch gegen den gutgläubigen Besitzer, der die Sache entgeltlich erworben hatte, für die Spätscholastiker bis zuletzt so problematisch erscheinen musste¹⁰³. Fast alle Autoren haben die eigene Ansicht deshalb lediglich als wohlbegründet (*probabilis* oder *verisimilis*) relativiert bzw. die jeweilige Gegenansicht als vernünftig begründbar dargestellt¹⁰⁴. Auch im Übrigen kreiste ihre Diskussion immer wieder um die Frage, wie dem Besitzer geholfen werden könne. Auch Autoren wie *Domenico de Soto* und *Domingo Báñez*, die eine Rückgabe an den Dieb für naturrechtswidrig hielten, wollten den Besitzer zumindest entschuldigen, wenn er sich in einem solchen Falle seiner Herausgabepflicht durch eine Rückabwicklung des Kaufvertrags *bona fide* entzogen hatte¹⁰⁵. Die Frage sei teleologisch und juristisch so komplex, dass von einem Laien nicht erwartet werden dürfe, dass er seine Restitutionspflicht richtig einschätze.

⁹⁹ *African* 2 *qu.* D. 12,1,23: Kondiktion; *id.* 8 *qu.* D. 3,5,48(49); C. 3,32,3,1 (Imp. Alexander): jeweils *negotiorum gestio*; *Ulpian* 16 *ad ed.* D. 6,1,17 *pr.*; C. 4,51,1 (Imp. Alexander): nicht näher qualifizierte Restitutionspflicht als Ausgleich für den Verlust der Vindikation. Später insbesondere *Donellus*, *Commentarii*, *lib.* XV, *cap.* XVII, § 5, im Rückgriff auf D. 3,5,48(49). Es bildet eine bemerkenswerte Parallele, dass diese an sich klare Rechtslage im 19. Jahrhundert von der herrschenden Lehre bezweifelt worden ist, als der Anspruch auf den Veräußerungserlös bereicherungsrechtlich konzipiert und nicht mehr als Verlängerung der Vindikation verstanden wurde: *Zimmermann*, *negotiorum gestio*, 46; *Dernburg*, *Pandekten* I/2, 139 (§ 225, Fn. 27): Windscheid verneine den Entreichungseinwand „sicher mit Unrecht“; w.N. bei *Windscheid*, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 333 f. Die heutige Regel des § 816 Abs. 1 S. 1. BGB geht damit erst auf Windscheid und die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts Lübeck zurück, die sich auf die einschlägigen Fragmente zur *vindicatio* und zur *negotiorum gestio* sowie auf die Argumentation bei *Donellus* gestützt haben: *Windscheid*, *loc. cit.*, 333 ff.; OAG Lübeck (v. 25.2.1854) *SeuffA* 7, 417, 424 f., Nr. 346; vgl. auch OAG Lübeck (v. 17.4.1860) *SeuffA* 14, 396 f., Nr. 238.

¹⁰⁰ Zur Eingriffshaftung näher unten 68 f., 73 ff.

¹⁰¹ Oben 34 ff.

¹⁰² *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 721, n. 1.

¹⁰³ Vgl. noch *Fagundes*, *De iustitia, & contractibus*, *lib.* V, *cap.* XXVI, n. 23 mit einer ausführlichen Diskussion der Meinungslage, aber ohne rechte eigene Stellungnahme.

¹⁰⁴ Siehe etwa *Molina*, *De iustitia*, *tract.* II, *disp.* 722, nn. 1 f.; siehe auch *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, *qu.* LXII, *art.* VI, n. 6; *Báñez*, *Decisiones*, *qu.* LXII, *art.* VI, *dub.* 1, *tert.* und *quart. concl.*

¹⁰⁵ *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VII, *art.* II (S. 272): „Haud enim tenetur plebeius quisque has iuris subtilitates scire“; *Báñez*, *Decisiones*, *qu.* LXII, *art.* VI, *dub.* 1, *sec. concl.*

2. Bereicherung als Haftungsgrund

Bei alldem bildet das Bereicherungsverbot an sich keine originäre Schöpfung der spanischen Spätscholastiker¹⁰⁶. Der Gedanke, dass niemand sich zum Schaden eines anderen bereichern dürfe, war von den römischen Juristen als ein selbstverständliches Argument vorausgesetzt worden¹⁰⁷, das einen Anspruch freilich nicht nur begründen, sondern ebenso auch ausschließen konnte¹⁰⁸; und nach der Wiedergeburt des römischen Rechts bildete das Bereicherungsverbot sowohl im theologisch-kanonistischen¹⁰⁹ als auch im säkular-gemeinrechtlichen Diskurs¹¹⁰ einen allgemein anerkannten, zunehmend breit umgesetzten normativen Topos¹¹¹.

Als eine unmittelbar anwendbare Rechtsregel war dieser Gedanke im gemeinen Recht freilich nur ausnahmsweise verstanden worden. Nach ganz herrschender Lehre galt das Bereicherungsverbot vielmehr als eine *regula iuris*¹¹²:

¹⁰⁶ Aus der Literatur *Nufer*, Restitutionslehre, 43 f.; ausführlich *Hallebeek*, Concept of Unjust Enrichment, 62–72, 84 f.; aus der Perspektive der späteren Darstellung bei Grotius insbesondere auch *Feenstra*, Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment, 199 ff., 216 f.

¹⁰⁷ *Pomponius* 9 *ex variis lectionibus* D. 50,17,206; *id.* 21 *ad Sabinum* D. 12,6,14: „... aequum est neminem cum alterius detrimento (et iniuria [so in D. 50,17,206]) fieri locupletiores“.

¹⁰⁸ Vgl. *Wollschläger*, Bereicherungsverbot, 55 ff.; umfassend zu den antiken Quellen jetzt noch einmal *Lohsse*, Aequitas Martiniana, § 5 I. Das Bereicherungsverbot findet sich als Argument zwar auch bei der *restitutio in integrum*, bei den prätorischen Bereicherungsklagen und bei der bereicherungsrechtlichen *actio de in rem verso*, daneben aber auch in ganz anderen Rechtsgebieten, etwa bei den Diebstahlsdelikten, beim Seewurf (Argument für die Ausgleichspflicht der Begünstigten gegenüber demjenigen, dessen Güter aufgeopfert wurden), beim Verbot der Ehegattenschenkung, bei der Bestimmung des Schuldners verauslagter Beerdigungskosten und bei der Frage nach Minderungsrechten beim Kauf. Im Kondiktionsrecht dient es offenbar nicht der Begründung, sondern dem Ausschluss eines Anspruchs: *Wollschläger*, *loc. cit.*, 79 ff.; *Hähnchen*, Causa conditionis, 58 ff.; *Jansen*, Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen, 120 ff.

¹⁰⁹ Decr. Grat., C. XIV qu. III–V; *Liber Sextus*, lib. V, tit. XII *De reg. iur.*, reg. XLVIII: „Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria vel iactura“; vgl. auch *Hostiensis*, In Decretalium librum Commentaria, *ad lib.* II, tit. XXVIII, cap. L (LI), nn. 7 ff.; *Johannes Andreae*, In quinque decretalium libros novella commentaria, *ad lib.* II, tit. XXVIII, cap. L, n. 15. Im theologischen Kontext beruhte das Bereicherungsverbot ebenso wie die Restitution auf dem – weit verstandenen – Diebstahlsverbot. Grundsätzlich war deshalb jeder unberechtigte Erwerb auszugleichen. Es lag deshalb auf der Hand, dass auch Sachfrüchte grundsätzlich unbeschränkt herauszugeben waren; vgl. etwa *Raimundus de Pennafort*, Summa de Paenitentia, lib. II, tit. VII, n. 27: „quae ex radice corrupta procedunt, corrupta sunt“.

¹¹⁰ *Coing*, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung; *Zimmermann*, Obligations, 857 ff., 873 ff.; *Hallebeek*, Mediaeval Roman Law, 59 ff., 110 ff.; umfassend jetzt *Lohsse*, Aequitas Martiniana, §§ 7–9, jeweils m.w.N.

¹¹¹ Vgl. auch *Doležalek*, Doctrine of Restitution, 108 ff.; *Hallebeek*, Mediaeval Roman Law, 63–110 mit ausführlichen w.N.; siehe auch *Feenstra*, Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment, 198 f.

¹¹² *Paulus*, 16 *ad Plautium* D. 50,17,1: „Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat“.

als ein bloß abstrakter Grundsatz, der bei der Anwendung anderer Rechtsinstitute, wie der *negotiorum gestio*, der *actio de in rem verso* oder auch dem Seewurf, als Argument berücksichtigt wurde¹¹³. Dabei hatten offenbar weder die Legisten noch die Kanonisten eine Notwendigkeit gesehen, die spezifischen Voraussetzungen des Bereicherungsverbots – das Erfordernis einer „Entreicherung“ des Gläubigers bzw. einer Bereicherung auf seine „Kosten“ einerseits und die „Bereicherung“ auf der Seite des Schuldners andererseits – teleologisch oder dogmatisch klarer zu konturieren. Vielmehr wurde das Bereicherungsverbot recht unspezifisch verstanden und galt als allgemeiner Ausdruck der Billigkeit (*aequitas generalis*)¹¹⁴; das entsprach seiner topischen Funktion. Zu einer juristisch operationablen Rechtsregel war das Bereicherungsverbot jedenfalls nicht geworden; eine präzise juristische Bedeutung hatte es nicht. Insbesondere war mit diesem Grundsatz weder eine Aussage zu der Frage verbunden, ob der Schuldner das ursprünglich Erlangte oder lediglich seine aktuell verbliebene Bereicherung herauszugeben hatte, noch war mit diesem Grundsatz die Frage beantwortet, unter welchen Umständen ein Vorteil, den jemand erlangt hatte, überhaupt einem anderen (dem Gläubiger) gebührte und deshalb als eine unberechtigte Bereicherung herauszugeben war.

Demgegenüber bieten die spätscholastischen Traktate ein ganz anderes Bild. Dabei hatten die Spätscholastiker die tatbestandlich erforderliche Präzisierung auf der Seite des Gläubigers einfach dadurch leisten können, dass im Rahmen der Restitutionslehre ohnehin ein Eingriff in das *dominium* des Gläubigers erforderlich war. Die Bereicherungshaftung wurde damit – in der späteren Formulierung von *Hugo Grotius*¹¹⁵ – zu einer *obligatio ex dominio*. Mit dem Eingriff in das *dominium* setzte die Restitution also einen entsprechenden Verlust des Gläubigers voraus¹¹⁶. Dies bedeutete einen ganz wesentlichen konzeptionellen Fortschritt¹¹⁷, der am Ende des 16. Jahrhunderts innerhalb der theologischen Diskussion freilich so selbstverständlich war, dass er nicht näher diskutiert wurde. Problematisch erschien offenbar in erster Linie die Frage nach der Bereicherung des Restitutionsschuldners, und zwar insbesondere

¹¹³ *Dawson*, Unjust Enrichment, 64 ff.; *Coing*, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung; für einen Überblick HKK/*Jansen*, §§ 677–687 I, Rn. 15 f.

¹¹⁴ *Perusini*, Commentaria Omnia, ad C. 4,26,7, n. 11 und ad D. 12,1,32; ebenso etwa Hostiensis und Johannes Andreae (beide Fn. 109).

¹¹⁵ Die spezifische Formulierung einer *obligatio ex dominio* geht wohl erst auf Grotius zurück: *Feenstra*, Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment, 207 ff., 215 f. Allerdings findet sich der Terminus einer *obligatio restitutionis* – auch für die (vindikatorische) Herausgabepflicht des Besitzers – bereits in der spätscholastischen Literatur: *Soto*, De iustitia, z.B. lib. IV, qu. VII, art. II; *Báñez*, Decisiones, z.B. qu. LXII, art. I, art. II, dub. I („obligare ad restitutionem“); und dabei war es für die Spätscholastiker in der Sache immer selbstverständlich, dass die Restitution ihre Grundlage im *dominium* fand.

¹¹⁶ Näher *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 718, n. 2 „... si factus sit ditior plus, quam res ac fructus valeant non tenetur restituere totum, in quo inde factus est ditior, sed solum usque ad integrum valorem eius, unde factus est ditior“.

¹¹⁷ Oben 34 ff.

in den Fällen, in denen die Bereicherung nicht gegenständlich fassbar war, weil der Schuldner die Sache oder ihre Früchte etwa an einen Dritten weitergegeben oder konsumiert hatte.

Hierzu hatte *Thomas von Aquin* – ausdrücklich gegen die Aussagen des *Corpus iuris civilis*¹¹⁸ – dargelegt, dass eine restitutionsbedürftige Gleichheitsstörung nicht schon aufgrund der Tatsache entfalle, dass der Restitutionsschuldner das Erlangte gutgläubig verbrauche¹¹⁹. Entscheidend war demnach die wirtschaftliche Bereicherung, doch hatte *Thomas* nicht näher erläutert, wie sich eine solche Bereicherung präzise erfassen lasse. Aber auch im römischen Recht fand sich dazu nur sehr vereinzelt konzeptionell oder teleologisch Weiterführendes. Denn nach römischem Recht brauchte der gutgläubige Besitzer verbrauchte Früchte normalerweise ohnehin nicht herauszugeben¹²⁰; und wo römische Klageformeln auf die „Bereicherung“ des Schuldners abstellten (*in quantum locupletior factus est*)¹²¹, war es nicht um eine verbliebene positive Vermögensdifferenz, sondern um den ursprünglichen Vermögenszufluss gegangen¹²². Nur ausnahmsweise galt etwas anderes; insbesondere hatte ein gutgläubiger Scheinerbe über das gegenständlich Erlangte hinaus auch noch etwa ersparte Aufwendungen herauszugeben, wenn er beispielsweise Wein aus der Erbschaft getrunken und dadurch den eigenen Keller geschont hatte. Solche Fälle wurden in den römischen Quellentexten freilich nicht als Anwendungsbeispiele allgemeiner Gedanken, sondern als komplizierte Sonderfälle präsentiert¹²³. In der spätscholastischen Lehre mussten deshalb die Fragen im Mittelpunkt stehen, worin eine Bereicherung bestehen könne, wenn der ursprünglich

¹¹⁸ Inst. 2,1,35 und 4,17,2; C. 3,32,22 (Imp. Diocletian und Maximian); vgl. auch *Pomponius* 22 ad *Qu. Mucium* D. 22,1,45; *Paulus* 7 ad *Plautium* D. 41,1,48 pr. Aus der Literatur statt aller *Kaser*, Römisches Privatrecht I, 427 f., 435 f.; *id.*, Römisches Privatrecht II, 289. Der gutgläubige Besitzer brauchte für verbrauchte Früchte nicht einzustehen; auf ersparte Aufwendungen kam es nicht an. Siehe aber noch, für eine andere Wertung im Rahmen der Erbschaftsklage, sogleich Fn. 123.

¹¹⁹ *Thomas von Aquin*, Quaestiones quodlibetales, *quodlibetum* XII, qu. XVI, art. III [XXV] „Utrum ille qui rem alienam consumpsit teneatur ad restitutionem“.

¹²⁰ Eben Fn. 118.

¹²¹ Hierher gehören zum einen der auf die Bereicherung beschränkte Anspruch des unberechtigten Geschäftsführers auf Aufwendungsersatz (*Ulpian* 10 ad ed. D. 3,5,5,5) sowie Ansprüche gegen den Mündel, der ohne Zustimmung seines Tutors rechtsgeschäftlich gehandelt hatte (*Ulpian* 1 ad *Sabinum* D. 26,8,1 pr.; *id.* 40 ad *Sabinum* D. 26,8,5 pr.; dazu *Zimmermann*, Obligations, 881 f.); ferner die seit dem 20. Jahrhundert sogenannten „prätorischen Bereicherungsklagen“, bei denen es etwa um die Haftung von Erben für die vom Erblasser begangenen Delikte ging; dazu *Schulz*, Actiones; *Maier*, Prätorische Bereicherungsklagen. Ähnliche Regeln, die freilich nicht in der Terminologie der *locupletior*-Haftung beschrieben wurden, galten bei der *actio de in rem verso*: *Ulpian* 29 ad ed. D. 15,3,3,2–8; dazu *Niederländer*, Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht, 37 ff., 41; siehe weiter zum Ganzen *Jansen*, Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen, 123 f. m.w.N.

¹²² *Kaser*, Römisches Privatrecht I, 600; *Zimmermann*, Obligations, 875 f.

¹²³ *Ulpian* 15 ad ed. D. 5,3,25,16.

erlangte Gegenstand nicht mehr vorhanden war, und wie eine solche Bereicherung sich begrifflich präzise fassen lasse.

Den Grundstein für diese Diskussion hatte Kardinal *Cajetan* in seinem maßgeblichen Thomaskommentar gelegt. Er hatte dabei mit Nachdruck betont, dass es darum gehen müsse, jede verbliebene Bereicherung – gegebenenfalls sogar auch immaterielle Vorteile¹²⁴ – abzuschöpfen¹²⁵. Entscheidend war dabei die Beobachtung, dass eine solche Bereicherung auch in ersparten eigenen Aufwendungen bestehen konnte. *Cajetan* hatte eine solche Bereicherung noch eher unbeholfen als *effectus rei* beschrieben, zugleich aber mit konkreten Fallbeispielen klargestellt, worum es ihm ging. Wergutgläubig fremdes Gut verzehrt hatte etwa ein gestohlenes Kalb bei einem Festmahl – sollte verpflichtet sein, die dadurch erlangte Bereicherung herauszugeben. Allerdings kam es dafür nicht auf den Wert des opulenten Mahls an, sondern darauf, was der Restitutionsschuldner erspart hatte, also auf den Wert einer für ihn üblichen Mahlzeit¹²⁶. Gleiches gelte, wenn jemand gutgläubig ein kostbares fremdes Kleidungsstück trage und dieses dadurch verschlissen werde. Hier sollte es nicht auf den Wert der fremden Kleidung, sondern auf die Ersparnis beim Restitutionsschuldner ankommen¹²⁷. Offenkundig handelt es sich dabei um fiktive Schulfälle. *Cajetan* ging es weniger um praktische Probleme als um die tragende Wertung: die Verpflichtung zur Herausgabe der im Vermögen des Restitutionsschuldners noch vorhandenen Bereicherung. Dies war eine Wertung, die für die Theologen des 16. Jahrhunderts offenbar unmittelbar plausibel war. Jedenfalls ist die Lehre *Cajetans* in dieser Form sofort zur herrschenden Meinung geworden; und dabei sind insbesondere auch seine Beispielsfälle weiterhin der Bezugspunkt für die dogmatische Begriffsbildung geblieben¹²⁸.

¹²⁴ Siehe in der folgenden Fn. 125 (*amicitia*). Freilich ist das in der späteren Diskussion, soweit ersichtlich, ohne Resonanz geblieben.

¹²⁵ *Cajetan*, Secunda Secundae Cum Commentariis, *ad qu.* LXII, *art.* I und insbs. *ad art.* VI: „vel intelligendum est, quando vel res ipsa salva, vel aliquid loco eius extat, puta, pretium, vel effectus ipsius, puta, conservatio proprii vini, aut proprii frumenti, quod consumpsisset dum consumpsit alienum: vel alius effectus, puta, nutritio, & huiusmodi, quae ex consumptione relinquuntur: vel amicitia, quae ex donatione, si rem donando distraxit, consequitur: vel aliquid aliud huiusmodi ... Dicitur deinde, quòd quandocumque possessor bonae fidei factus est ex re aliena locupletior, tenetur ad restitutionem. Et ad hoc est textus iuris civilis ff. de petitio. haered. l. item veniunt § eos autem [D. 5,3,20,6c]. Ex his enim consurgit, quòd pretium quandoque computatur loco rei, puta, cum mihi donatam rem alienam vendidi: factus sum enim ex illa locupletior, & quandoque non, puta, cum emptam rem vendidi sine lucro ex parte rei: & rursus consumptio quandoque computatur loco rei, ut cum quotidianos sumptus ex re aliena percipio, quos ex proprio effecissem: factus sum enim ex his evitatis expensis locupletior. Et hoc expresse dicitur ibid. l. sed & si lege § quòd autem [D. 5,3,25,16]. Quandoque non, ut cum consumpsi, quia abundabam habendo talem rem, nec fecissem tales sumptos nisi talem rem habuissem“.

¹²⁶ *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, *ad qu.* LXII, *art.* VI.

¹²⁷ *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, *ad qu.* LXII, *art.* VI.

¹²⁸ Siehe nur *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, *qu.* LXII, *art.* VI, nn. 2–5; *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. III, *init.*, n. 3; *Soto*, De iustitia, z.B. *lib.* IV, *qu.* VII, *art.* II; *Aspilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, *cap.* XVII, nn. 7–9; *Molina*, De iustitia, *tract.* II, *disp.* 718, n. 2 und *disp.* 720; *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* XIV, *dub.* I f., insbesondere *dub.* I, n. 3 m.w.N. Vgl. auch *Hallebeek*, Concept of Unjust Enrichment, 63 f. m.w.N.

Auch konzeptionell weiterführend hat dann nur wenig später *Francisco de Vitoria* die Bereicherungsrestitution als *restitutio ratione rei ... in alia specie et loco ejus* konzipiert, also als eine Restitutionspflicht aufgrund eines Äquivalents einer Sache, die gegenständlich nicht mehr vorhanden war. *Cajetan* und andere Autoren hatten in diesem Sinne den *res extantes* (Sachen, die noch existieren) die *res consumptae* bzw. *res non extantes* (verbrauchte bzw. nicht mehr existierende Sachen) als Grundlage der *restitutio ratione rei* gegenübergestellt¹²⁹. Zugleich stellten *Vitoria* und die späteren Thomas-Kommentatoren noch klarer als *Cajetan* heraus, dass die abstrakte Bereicherung als ein Haftungsgrund zugleich auch die Haftung begrenze. Zu haften sei, weil und soweit die Sache *virtualiter* beim Restitutionsschuldner verbleibe, also soweit ihr in Geld zu bemessender wirtschaftlicher Wert¹³⁰ abstrakt als eine positive Vermögensdifferenz¹³¹ beim Schuldner vorhanden sei¹³².

Damit war der Gedanke einer Haftung wegen einer wirtschaftlichen Bereicherung aus einem fremden Recht klar und eindeutig bezeichnet¹³³, wenn auch noch etwas umständlich umschrieben. Die spätscholastischen Autoren

¹²⁹ *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. VI*; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, p. III, *init.*, n. 3; *Medina*, *De restitutione, qu. X*, insbesondere *concl. IV f.*; *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. II, nn. 8 f.* (bei Früchten).

¹³⁰ So ausdrücklich *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. VI, n. 2*: Ersparnis zweier Silberstücke; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, p. III, *init.*, n. 3: Geldersparnis; *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. I, n. 5*.

¹³¹ So ausdrücklich *Molina*, *De iustitia, tract. II, disp. 720, n. 1*: „quia ... habet plus in bonis, quam ... habuisset ..., id solum incrementum, quod tunc invenit in suis bonis, tenetur restituere & non plus“.

¹³² *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. VI, n. 2*: „quia virtualiter manet apud illum (beim Bereicherungsschuldner, N.J.) res aliena, licet non in propria forma“.

¹³³ Ein ganz anderes Bild zeichnet hier *Feenstra*, *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment*, 199 ff., 219: „... these concepts (*restitutio ratione rei*, N.J.) were much too wide as to allow for a specific concept of unjust enrichment that could function as a source of obligation on the same level as contract or delict“ (199). Aber das erkennt auf der einen Seite, dass die Tatsache einer Bereicherung allein auch nach heutiger Überzeugung niemals zu einer Haftung führen kann; auf der anderen Seite unterschätzt *Feenstra* die begriffliche Innovation und Präzision der spätscholastischen Lehre bei der Beschreibung der Bereicherung als einem Teilstück der Haftung *ratione rei*. Die maßgebliche Formulierung bei *Hugo Grotius* (*De iure belli ac pacis, lib. II, cap. X, § II, n. 1*: „De rebus non extantibus hoc humano generi placuit, ut si tu ex re mea factus es locupletior, me rem habente, in tantum tenearis, in quantum es factus locupletior“) geht über den spätscholastischen Diskussionsstand ebenso wenig hinaus wie die von Grotius im Einzelnen diskutierten Fälle, die vielmehr unmittelbar an die spätscholastischen Darstellungen anschließen; dazu auch *Feenstra, loc. cit.*, 216 ff. Ebenso bildet auch das bei Grotius grundlegende Konzept einer *obligatio ex dominio* (*Grotius, loc. cit., lib. II, cap. X*: „De obligatione quae ex dominio oritur“) – zumindest der Sache nach, wenn auch nicht in der Formulierung – einen tragenden Gedanken der spätscholastischen Lehre; siehe oben Fn. 115.

haben deshalb von Anfang an daneben auch auf die römische Terminologie einer *locupletior*-Haftung zurückgegriffen, um diesen Gedanken terminologisch einfacher auszudrücken¹³⁴. Auch wenn die Spätscholastiker in diesem Zusammenhang auf die römischen Quellen verwiesen haben¹³⁵, so war damit jetzt nicht mehr die ursprüngliche römische *locupletior*-Haftung auf das Erlangte gemeint¹³⁶. Vielmehr ging es ihnen um eine echte Bereicherungshaftung, wie sie für die Theologen in der Sache von Anfang an selbstverständlich gewesen war; ganz offenkundig haben sie dabei ihr Konzept einer echten Bereicherungshaftung an die römischen Quellentexte herangetragen und die Quellen aus ihrer Perspektive gelesen¹³⁷. In der Sache galt: Wer dadurch einen Vorteil erlangt hatte, dass er in ein fremdes Recht eingegriffen oder sonst fremdes Rechtsgut erlangt hatte, sollte die daraus resultierende Bereicherung herausgeben. Die ausgleichende Gerechtigkeit wurde jetzt abstrakt mit Blick auf das Gesamtvermögen der Restitutionsparteien konzeptualisiert.

Waren damit die grundlegenden Wertungsfragen und die begrifflichen Probleme geklärt, so haben die spätscholastischen Autoren diese Konzeption dann auch bei der Diskussion praxisrelevanter Einzelprobleme folgerichtig umgesetzt. Beispielsweise sollte auch ein bösgläubiger Besitzer einen Verwendungsersatzanspruch haben, soweit der Eigentümer infolge der Verwendung tatsächlich bereichert war. Auch ein Dieb sollte also nicht von vornherein gehindert sein, Verwendungen auf die fremde Sache geltend zu machen¹³⁸. Wieder handelte es sich um eine Entscheidung gegen das römische Recht, das bei Verwendungen überhaupt nur gutgläubige Besitzer geschützt¹³⁹ und den Schutz dabei grundsätzlich auf ein Zurückbehaltungsrecht beschränkt hatte¹⁴⁰. Umgekehrt war es in der spätscholastischen Diskussion

¹³⁴ *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. VI; *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. VI, n. 4; *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. III, init., n. 3; *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, nn. 7 f.; *Medina*, De restitutione, qu. X; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 718, n. 2 und disp. 720; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. I–III.

¹³⁵ Siehe etwa *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. VI (eben Fn. 125) mit Verweisen auf D. 5,3,20,6c sowie D. 5,3,25,16 (siehe dazu eben Fn. 123).

¹³⁶ Eben Fn. 121 f.

¹³⁷ Siehe etwa *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 718, n. 2 mit Verweisen auf D. 5,3,20,6c sowie D. 5,3,25,11.

¹³⁸ *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 6, n. 3; ebenso später handschriftlich auch Hugo Grotius: *Feenstra*, Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment, 204 m.N. Ferner etwa *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 25: Abzug notwendiger Aufwendungen; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 725, n. 3: Aufwendungen, die auch der Eigentümer getätigt hätte.

¹³⁹ Inst. 2,1,30; *Papinian* 2 *responsorum* D. 6,1,48 und 65 *pr.*; *Paulus* 3 *ad Plautium* D. 10,3,14,1; vgl. *Lohsse*, Aequitas Martiniana, § 9 II.

¹⁴⁰ Nur ausnahmsweise wurde dem gutgläubigen Besitzer ein Ersatzanspruch auf der Grundlage einer *negotiorum gestio* gewährt; vgl. etwa *Papinian* 6 *qu.* D. 5,3,50,1; zum Ganzen *Lohsse*, Aequitas Martiniana, § 9 I.

weitgehend selbstverständlich, dass die *restitutio ratione rei* bei einer nachträglichen Entreichung entfallen musste, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn die Entreichung an sich dem Restitutionsschuldner zurechenbar war, weil er das Restitutionsgut verschenkt¹⁴¹ oder fahrlässig zerstört hatte¹⁴². Und wenn jemand unredlichen Erwerb beichtete, so sollte er nicht alles herausgeben müssen, was er in unredlicher Weise erlangt hatte, sondern das abziehen dürfen, was er in derselben Zeit redlich hätte verdienen können¹⁴³.

3. Eingriffserwerb

Im Kontext der *restitutio ratione rei* diskutierten die Spätscholastiker schließlich auch die schwierige Frage, wem der Eingreifergewinn gebühren sollte, den jemand mit fremden Rechtsgütern erzielt hatte. Problematisch ist diese Frage insbesondere, wenn ein möglicherweise gutgläubiger Eingreifer durch die Nutzung einer fremden Sache oder infolge einer Verfügung darüber einen Gewinn erzielt, der über den abstrakten Wert der Sache bzw. über eine Entreichung des Gläubigers hinausgeht. Hier stand für die Spätscholastiker fest, dass nur das geschuldet sein konnte, was aus dem fremden Recht erlangt war. Dies bildete eine unmittelbare Konsequenz des Bezugs der Restitution auf das *dominium*. Der Schuldner sollte also nur auf die Bereicherung haften, die wertungsmäßig auf den Eingriff in das fremde Rechtsgut zurückzuführen war. Es kam daher entscheidend darauf an, diesen Gedanken eines Eingriffserwerbs aus fremdem Recht präzise zu erfassen. Umgekehrt haben die Spätscholastiker anhand der Eingriffshaftung zugleich ihr Verständnis der bereicherungsrechtlichen *restitutio ratione rei* präzisiert.

Grundlegend war bei alledem die abstrakt dogmatische und damit normative Unterscheidung von *fructus rei* (Sachfrüchte) und *fructus industriae* (Ertrag aufgrund menschlicher Arbeit). Diese Unterscheidung bedeutete etwas ganz anderes als die naturalistische Unterscheidung von *fructus naturales* und *fructus industriales* im römischen Recht¹⁴⁴, die von den Spätscholastikern zu Recht als teleologisch unfruchtbar

¹⁴¹ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 720, n. 1 a.E.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. I, n. 6: für einen Anspruch komme es darauf an, ob der Schuldner gegebenenfalls eine andere Sache verschenkt hätte. Aus der Bereicherungsperspektive folgerichtig wurde also wieder nach ersparten Aufwendungen gefragt.

¹⁴² Allerdings war die Haftung bei einer grob fahrlässigen bzw. vorsätzlichen Sachzerstörung streitig. Dagegen (mangels Bereicherung) *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. VI, n. 4; *Lessius*, De iustitia, n. 7; anders anscheinend *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 7; *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II: die Haftung entfalle nur, wenn die Sache ohne grobes Verschulden („citra magnam culpam“) zerstört bzw. verloren worden sei.

¹⁴³ *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. VI, n. 5.

¹⁴⁴ Siehe bereits oben 44 f.

empfundene wurde. Erst der normative Ansatz dieser Autoren machte es nämlich möglich, bei einem Kombinationserwerb, also bei der Verwendung fremder Sachen für die eigene Erwerbstätigkeit, den Ertrag teilweise dem Eigentümer zuzuweisen, teilweise aber auch beim (gutgläubigen) Eingreifer zu belassen¹⁴⁵. Einerseits sollten Sachfrüchte deshalb grundsätzlich uneingeschränkt dem Eigentümer gebühren. Ebenso wie ein Mietoder Pachtzins verkörperten sie den Nutzwert der Sache¹⁴⁶. Auch ein gutgläubiger Besitzer sollte deshalb im Rahmen der Restitution nicht nur die vorhandenen *fructus perceptos ex re* erstatten müssen. Hatte er die Früchte verbraucht, so war er zumindest im Rahmen seiner Bereicherung restitutionspflichtig¹⁴⁷. Zugleich war dabei freilich selbstverständlich, dass dem Restitutionsschuldner nicht nur ein Ersatzanspruch für etwaige Verwendungen auf die Sache zustand, sondern auch eine Vergütung für seine Tätigkeit¹⁴⁸. Denn die Restitution durfte auch umgekehrt keinesfalls zu einer Bereicherung des Gläubigers führen. Auch ein bösgläubiger Besitzer und Restitutionsschuldner durfte diese Posten deshalb in Abzug bringen¹⁴⁹. Gegenüber den schematischeren Regeln des römischen Rechts¹⁵⁰ bildete dieser durchgehende Bezug auf die Bereicherung einen deutlichen juristischen Fortschritt.

Andererseits galt der Eingriffsgewinn aber als *fructus industriae*, soweit die Sache in erster Linie als Arbeitsmittel eingesetzt wurde¹⁵¹. Hier war der Eingriffserlös offenkundig nicht aus, sondern lediglich mit der fremden Sache erlangt. Nach Ansicht vieler Autoren sollte dies nicht nur für bäuerliches Wirtschaften und für das Handwerk, sondern ebenso auch für den Handel gelten¹⁵².

¹⁴⁵ *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. II; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 718, n. 2 (Text oben Fn. 116). Vgl. später auch *Fagundez*, De iustitia, & contractibus, lib. V, cap. XXVI, nn. 34 ff.: Fagundez hat zwar, insoweit im legistischen Kontext, die römisch-gemeinrechtliche Terminologie zugrundegelegt, gleichwohl aber durchgehend eine Entschädigung für geleistete Arbeit (*valor industriae*) gewährt.

¹⁴⁶ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVII, n. 110.

¹⁴⁷ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II (S. 272); *Medina*, De restitutione, qu. X, concl. II, IV f.; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 718 pr.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. II m.v.N.

¹⁴⁸ *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. II: „Si autem emi prius, & postea vendidi sine lucro ex parte rei, quàmvis forte lucratur fuerim ex labore, vel industria adiuncta, non teneor de aliquo“; ferner etwa *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. I, cap. III, n. 3: „aestimatio laboris in fructibus colligendis, & in ipsius rei cura & administratione impensi“.

¹⁴⁹ Statt aller *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVII, n. 111.

¹⁵⁰ Oben Fn. 118.

¹⁵¹ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 719, n. 1: „fructus industriae mediante aliqua re, interventive illius“; näher *ibid.*, n. 3.

¹⁵² *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 719, n. 1: „Eiusmodi sunt fructus, qui comparantur negotiando pecunia, tritico, & quibuscunque aliis rebus, tam mobilibus, quam immobilibus, eas emendo & vendendo: lucrum quippe ... non est fructus proprius ipsarum rerum, sed industriae, ut eis rebus humana industria negotiando utitur“. Ebenso *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVI, nn. 105 ff. und dub. XVII, n. 110; für den Geldhandel *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II (S. 272).

Nur bei einem vorsätzlichen Eingriff, insbesondere bei einem bösgläubigen Verkauf fremder Sachen, wollten manche Autoren den gesamten Erlös dem Eigentümer zuweisen, den Eingreifer also auf den Gewinn haften lassen¹⁵³. Freilich war auch das keineswegs allgemeine Meinung, weil es keine rechte Grundlage im System der Restitutionslehre fand. *Leonardus Lessius* machte aus diesem Grunde geltend, dass die *restitutio ratione acceptionis* den Eingreifer lediglich zum Schadensersatz verpflichte und der Geschädigte einen Veräußerungsgewinn folglich nur dann verlangen könne, wenn er ihn selbst erzielt hätte. Bei der *restitutio ratione rei* sei demgegenüber jedoch zu beachten, dass *fructus industriae* dem Eingreifer gehörten; auch unter diesem Aspekt bestehe also kein Anspruch¹⁵⁴.

Auf dieser gedanklichen Grundlage konnten die mit der Wirtschaftspraxis gut vertrauten jesuitischen Autoren wie etwa *Molina* und *Lessius*, für die die Frage einer bereicherungsrechtlichen Eingriffshaftung offenkundig besonders wichtig war, auch das Problem von Handelsgewinnen ansprechen. Hier hatte zunächst *Molina* vorgetragen, dass Kaufleute, die Waren gewinnträchtig an einem anderen Ort veräußerten, bei einer gutgläubigen Veräußerung fremder Sachen nicht verpflichtet seien, den Wertzuwachs herauszugeben¹⁵⁵. Noch weitergehend sollte nach *Lessius* auch der Gewinn, der lediglich auf besonderen Marktkennntnissen bzw. auf Zeitablauf beruhe, dem Kaufmann gebühren¹⁵⁶. Demgegenüber war das Entgelt, das der gutgläubige Besitzer einer fremden Goldkette durch deren Vermietung erzielt hatte, nach *Molina* und *Lessius* dem Eigentümer zugewiesen¹⁵⁷. Denn der Mietpreis bilde kein Entgelt für geleistete Dienste, sondern werde für die Sachnutzung (*usus rei*) gezahlt und gelte damit als *fructus rei*¹⁵⁸.

¹⁵³ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 720, n. 1. Auch dann sollte jedoch der Abzug notwendiger Aufwendungen – dazu gehörte eigene Arbeit normalerweise freilich nicht – selbstverständlich zulässig sein: *ibid.*, disp. 725, n. 3.

¹⁵⁴ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVI, n. 107 und dub. XVII, n. 113.

¹⁵⁵ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 720, n. 2: „Ceterum, si rem transtulit in alium locum, in quo sciebat plus valere, eaque de causa illam vendidit maiori aliquo pretio, quam valebat ubi eam antea possidebat, non tenetur restituere id incrementum pretij, esto in illo se inveniatur locupletiore: quoniam incrementum illud pretij, quod accepit, est fructus suae industriae, acquisitus mediante ea re, & non est fructus rei in se, ac proinde ad se spectat“. Ebenso *ibid.*, disp. 721, n. 6.

¹⁵⁶ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVI, n. 106: „(incrementum) ... censetur fructus industriae, sicut enim industriae est rem efferre in locum ubi pluris valet, ita etiam eam scire vendere eo tempore, quo pluris valet. ... quod opportunè sit vendita, est ex industria furis“.

¹⁵⁷ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 719, n. 5; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVII, n. 114.

¹⁵⁸ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 719, n. 1; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVII, n. 110; in dieselbe Richtung bereits *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. II.

Nun wäre es unangemessen, bei einer teleologisch und auch wirtschaftstheoretisch derart schwierigen Fragestellung sofort Einigkeit in allen Einzelheiten zu erwarten. Auch im 20. Jahrhundert ist die Frage nach dem Umfang der bereicherungsrechtlichen Eingriffshaftung überaus umstritten geblieben¹⁵⁹. Im 16. Jahrhundert kam noch hinzu, dass die Restitutionslehre dogmatisch wohl noch nicht hinreichend verfestigt war, um sichere Antworten auf jede Einzelfrage gewährleisten zu können. Auch *Molina* hatte bei Erbschaftsgegenständen den Verkaufserlös im Einklang mit dem römischen Recht¹⁶⁰ auch dann dem wahren Erben zugewiesen, wenn über Wert veräußert worden war. Hier sollte der Erlös also ohne weiteres an die Stelle der Sache treten¹⁶¹. Vielleicht erschien ihm der Verkaufsgewinn hier mehr als Zufall. Jedenfalls ließ der Gewinn sich offenbar nicht als Ertrag professionellen kaufmännischen Wirtschaftens verstehen. Nur dann gebührte er aber als *fructus industriae* dem Eingreifer¹⁶²; andernfalls galt er als *nudum pretium* und damit weder als *fructus rei* noch als *fructus industriae*¹⁶³. Und hinsichtlich des Erlöses aus der Vermietung der Goldkette hatten etwa *Azpilcueta*¹⁶⁴ und *Domenico de Soto*¹⁶⁵ eine andere Ansicht als *Molina* und *Lessius* vertreten. Der gutgläubige Besitzer dürfe den Erlös als *fructus industriae* behalten. Umgekehrt finden sich bei Autoren wie *Diego de Covarruvias y Leyva* und später noch bei *Leonardus Lessius* Textstellen, die den Verkaufserlös bei gewinnträchtigen Geschäften scheinbar ganz allgemein dem Eigentümer zuweisen¹⁶⁶. Allerdings hängt das wahrscheinlich auch damit zusammen, dass es bei diesen Texten in erster Linie darum ging, den Gedanken einer genuine Bereicherungshaftung deutlich herauszuarbeiten. Insoweit kam nach spätscholastischer Lehre aber ohnehin nur eine Haftung auf den Mehrerlös in Betracht, weil der für die Sache gezahlte Kaufpreis entreichernd zu

¹⁵⁹ Hier hatten sich nach Fritz Schulz und Horst Heinrich Jakobs bekanntlich viele für eine bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung ausgesprochen, freilich kann diese Auffassung mittlerweile wohl als überwunden gelten; näher zur Diskussion HKK/*Jansen*, § 687 II, Rn. 45 ff. m.w.N.

¹⁶⁰ Hier fiel der Erlös unmittelbar in die Erbschaft (vgl. *Ulpian* 15 *ad ed.* D. 5,3,20 und *ibid.* 25 *pr.* ff.; *Paulus* 20 *ad ed.* D. 5,3,22 und *ibid.* 36,3), weil die Erbschaft für die Römer einen Vermögensbegriff bildete: *Ulpian loc. cit.* D. 5,3,20,3; siehe auch *Kaser*, Römisches Privatrecht I 735, 737 f. Die lukrativen Geschäfte mussten dem Erben deshalb ebenso zugutekommen, wie dieser einen möglichen Verlust zu tragen hatte.

¹⁶¹ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 718, n. 3: „... quia pretium succedit loco rei“; ebenso auch *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. II.

¹⁶² Vgl. *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVI, n. 106 f.

¹⁶³ Vgl. *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVII, n. 110.

¹⁶⁴ *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 25.

¹⁶⁵ Siehe kurz (nur für Zinsen, die aus fremdem Geld erwirtschaftet worden waren) *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II (§. 272).

¹⁶⁶ *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. III, init., n. 3; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XIV, dub. I, n. 4.

berücksichtigen war¹⁶⁷. Für Autoren wie *Lessius* stand jedenfalls fest, dass dem Kaufmann die Früchte seiner Tätigkeit gebührten¹⁶⁸.

Wichtiger als derartige Divergenzen im Einzelnen war freilich die Erkenntnis, dass der Erlös aus der Verwertung oder Nutzung fremden Eigentums dem Restitutionsgläubiger nicht ohne weiteres gebühren konnte, wenn er sich zugleich als ein Ergebnis menschlichen Wirtschaftens darstellte¹⁶⁹. Vielmehr bedarf es in solchen Fällen für die Zuweisung des Gewinns normativer Gründe, die die Autoren der spanischen Spätscholastik allerdings nicht offen diskutiert haben. Im konzeptionellen Rahmen ihrer Restitutionslehre konnten derartige Gründe freilich auch gar nicht zum Thema werden. Denn hier ging es von vornherein nur um den Ausgleich des Verlusts des Restitutionsgläubigers. Auch im Rahmen der *restitutio ratione rei* war die Haftung ja grundsätzlich durch den Verlust des Gläubigers begrenzt¹⁷⁰. Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Gewinne bildete also kein selbständiges Postulat naturrechtlicher Gerechtigkeit. Das ist umso bemerkenswerter, als es bei der Restitution aus theologischer Perspektive ursprünglich doch primär um die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile gegangen war¹⁷¹. Wenn dieser Aspekt in der Diskussion kaum noch anklang, so macht das deutlich, wie weit sich die naturrechtlich-technische Diskussion von Einzelfragen an dieser Stelle von den theologischen Wurzeln der Restitutionslehre entfernt hatte.

¹⁶⁷ Oben 65.

¹⁶⁸ Lessius scheint sich in diesem Zusammenhang mit der Argumentation Molinas nicht näher auseinandergesetzt zu haben, sondern folgte weitgehend der Darstellung bei Covarruvias. Eine Erklärung dafür ist schwierig, zeigte Lessius sich doch sonst an zentralen Stellen stark von Molina beeinflusst, dessen Werk er offenbar genau kannte; näher etwa *van Houdt*, Lack of Money, 12, 15 ff. m.w.N. An anderer, freilich etwas versteckter Stelle hat Lessius sich jedenfalls eindeutig geäußert. Möglicherweise wollte er einfach Wiederholungen vermeiden (freilich fehlt ein Verweis). Vielleicht beruht die hier auffallend knappe, zurückhaltende Erläuterung dieser Frage bei Lessius aber auch auf der ordensinternen Zensur, die die Jesuiten 1598, also nach Molinas, aber vor Lessius' Abhandlung eingerichtet hatten; dazu näher *van Houdt*, Ethische Überlegungen, 74 ff. m.w.N.

¹⁶⁹ Anschaulich *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, *ad qu.* LXII, *art.* II: „Pro generali ... habendum est, quod solummodo tenetur inquantum (sic!) aliquid lucris ... habuit ... ex re aliena, ad differentiam lucris ex propria industria: non enim tenetur de tali lucro ... Et ex his patet, quare quandoque pretium in proposito succedit loco rei, & quandoque non: quia quandoque habet rationem non sui respectu possessoris, quando scilicet reddit ipsum locupletiolem: & quandoque habet rationem sui ...“.

¹⁷⁰ Die Autoren haben das normalerweise nicht ausdrücklich betont (siehe aber *Molina*, De iustitia, *tract.* II, *disp.* 715, *n.* 1 und *disp.* 718, *n.* 2), sondern als selbstverständlich vorausgesetzt (vgl. die Argumentation bei Cajetan, eben Fn. 169).

¹⁷¹ Oben 26 ff.

4. Einige Ergebnisse

Mit alldem hat die spätscholastische Lehre den Gedanken der Haftung wegen einer Bereicherung aus fremdem Recht konzeptionell ausgesprochen klar herausgearbeitet. Es war bei diesem Ansatz nur folgerichtig, die Haftung doppelt zu begrenzen, nämlich durch die Bereicherung des Schuldners einerseits und durch den Verlust bzw. die Entreicherung des Restitutionsgläubigers andererseits¹⁷². Mehr als der Wert des aus fremdem Recht Erlangten konnte bei einer Haftung *ex dominio* nicht geschuldet sein. Eine Haftung auf den vollen Eingriffsgewinn hätte eine ganz andere Begründung vorausgesetzt.

Ernste Probleme stellten sich bei der spätscholastischen *restitutio ratione rei* nur dort, wo die Bereicherungshaftung und die Vindikation in Spannung zueinander gerieten. Aus der Perspektive der Restitutionslehre bildeten beide Ansprüche nämlich jeweils einen unselbständigen Aspekt der einheitlich konzipierten *restitutio ratione rei* und damit einen Ausdruck gleicher Wertungen. Eine Haftung *ratione rei*, die im Ergebnis auf einen wirtschaftlichen Verlust des Schuldners hinauslief, musste jetzt als unakzeptabel erscheinen¹⁷³. Dass die *rei vindicatio* möglicherweise andere Wertungen ausdrückt als die Bereicherungshaftung, und dass solche Wertungen der *rei vindicatio* möglicherweise den Bereicherungsanspruch determinieren können, sofern der Bereicherungsanspruch die Fortsetzung einer Vindikation bildet (vgl. § 816 Abs. 1 BGB), konnte freilich erst im Laufe der Diskussionen des 19. und 20. Jahrhunderts deutlich werden¹⁷⁴. Denn erst jetzt war mit dem Institut gutgläubigen Erwerbs ein sachenrechtlicher Verkehrsschutz gewährleistet. Erst damit bestand die Möglichkeit, den sachenrechtlichen Erwerbsschutz im Rechtsverkehr einerseits und den bereicherungsrechtlichen Schutz der Disposition über vermeintlich eigenes Vermögen andererseits dogmatisch klar auseinanderzuhalten¹⁷⁵. Erst diese Unterscheidung macht aber plausibel, warum der gutgläubige Erwerber eines gestohlenen Kalbs dem Eigentümer nicht entgegenhalten kann, er habe dafür Geld bezahlt, wohl aber, dass er das Kalb mit Freunden verzehrt und dabei nur in unwesentlichem Umfang sonstige Aufwendungen gespart habe¹⁷⁶.

¹⁷² *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 718, n. 2 und 720, n. 1: „id solum incrementum, quod tunc invenit in suis bonis, tenetur restituere & non plus“.

¹⁷³ Oben 64 ff.

¹⁷⁴ Siehe oben Fn. 99.

¹⁷⁵ Statt aller *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 296 ff., 302 ff. (§73 I.).

¹⁷⁶ Vgl. BGHZ 55, 176 ff. (Jungbullenfall).

III. Die *restitutio ratione acceptionis*

Die Schadensersatzpflicht für schuldhaft begangenes Unrecht bildet das zweite Standbein der Restitutionslehre. In den spätscholastischen Abhandlungen wurde sie zumeist noch vor der *restitutio ratione rei acceptae* erläutert. Dabei haben die Autoren hier nie nur die – nach heutigem Verständnis – deliktsrechtlichen Probleme einzelner Haftungstatbestände behandelt, bei denen es darum ging, ob der Schädiger überhaupt haften sollte (Haftungsbegründung), sondern stets auch die Art und Weise des Ausgleichs und den Umfang der Haftung, also in moderner Terminologie die Haftungsfolgen bzw. das Schadensrecht, mitthematisiert. Durchgehend sind die Darstellungen der einzelnen Delikte, wie Diebstahl, Wucher, Personenverletzungen etc., mit einer detaillierten Erläuterung spezifisch schadensrechtlicher Probleme verbunden. Ganz offenkundig waren die Haftungsbegründung und die Haftungsausfüllung im Rahmen der Restitutionslehre also systematisch und teleologisch eng miteinander verknüpft¹⁷⁷. Wenn diese beiden Aspekte der Haftung hier aus Gründen der Verständlichkeit getrennt voneinander abgehandelt werden, so bedeutet das freilich nicht, dass damit die Quellen aus einer modernen Perspektive in den Blick genommen werden sollen. Auch die spätscholastischen Autoren haben die Haftungsbegründung nämlich analytisch klar von den Haftungsfolgen unterschieden und dabei je verschiedene Sachprobleme diskutiert.

1. *Dominium und ius: der Schutzbereich des Deliktsrechts*

a) Ein Überblick

Bereits oben ist die zentrale Bedeutung des *dominium* für die *restitutio ratione acceptionis* deutlich geworden: Gerade bei der *restitutio ratione acceptionis* haben die spätscholastischen Autoren ihre Darstellungen in zunehmendem Maße nach den einzelnen geschützten Rechtsgütern gegliedert, und ihre konkreten Problem Diskussionen waren durchgehend auf die Grundfrage bezogen, ob der Schädiger ein individuelles Recht des Geschädigten verletzt hatte¹⁷⁸. Grundsätzlich galt nämlich, dass bei jedem zurechenbaren Eingriff in das *dominium* bzw. in ein subjektives Recht (*ius*) grundsätzlich ein restitutorischer Ausgleich geschuldet war, soweit ein solcher Ausgleich möglich war – insoweit stellten sich dann vor allem eine Reihe schadensrechtlicher Probleme¹⁷⁹. Umgekehrt war ein außervertraglicher Schadensersatzanspruch aber auch durch einen solchen Eingriff in subjektives Recht bedingt. Nicht anders als die *restitutio ratione rei* bildete also auch die

¹⁷⁷ Näher unten 94 ff.

¹⁷⁸ Oben 44 ff.

¹⁷⁹ Unten 101–120.

restitutio ratione acceptionis sozusagen eine *obligatio ex dominio*, freilich ist das auch an dieser Stelle kein in den Quellen belegter Begriff. In der Sache haben die spätscholastischen Autoren die Haftung jedenfalls durchgehend an den Eingriff in das *dominium* bzw. an die Verletzung einer subjektiven, gegen jedermann geschützten Rechtsposition (*ius*) angeknüpft¹⁸⁰, nicht auf die Verletzung einer abstrakten Rechtspflicht abgestellt; das stand im Einklang mit der Subjektivierung des Rechtsbegriffs durch *Vitoria*. Gedanklich und teleologisch war die Restitutionspflicht also nicht primär als zivile Sanktion eines bürgerlichen Fehlverhaltens konzipiert, sondern fand ihre Grundlage in der zurechenbaren Verletzung der geschützten Rechtssphäre des Geschädigten¹⁸¹. Dabei stand dieser Ansatz allerdings nicht nur quer zur römisch-gemeinrechtlichen Lehre, wonach die Haftung als vergeltende Sanktion eines erlittenen Unrechts (*iniuria*) konzipiert war¹⁸², sondern auch in einem offenkundigen Spannungsverhältnis zum beichttheologischen Theoriehintergrund. Beichtpflichtig waren ja von vornherein nur moralisch vorwerfbare Sünden (*peccata*)¹⁸³. Gleichwohl lässt sich die deliktische *restitutio ratione acceptionis* unabhängig von diesem Bezug auf ein subjektives Recht nicht verstehen; die führenden Autoren haben bei schwierigen Ausgleichsfragen stets den Eingriff in den fremden Rechtskreis (*ablatio; laesio in bonis propriis*) als teleologisch ausschlaggebendes Argument behandelt.

Ein erstes Beispiel dafür bieten die Regeln über den Schadensersatzanspruch Dritter für materielle Reflexschäden infolge der Tötung eines Menschen¹⁸⁴. Hier war zu fragen, ob auch Drittgeschädigten ein Restitutionsanspruch zustand, und wie weit gegebenenfalls der Kreis der Restitutionsberechtigten zu ziehen war. Insoweit stand nun nach der im 16. Jahrhundert aus gemeinrechtlicher Perspektive übrigens hoch innovativen¹⁸⁵ Lehre fest, dass Angehörigen durchaus ein Anspruch auf Ersatz des Unterhaltsausfalls zustehen konnte¹⁸⁶. Zugleich war der Anspruch nach herrschender Meinung aber eng auf die nahen, unterhaltsberechtigten Angehörigen, also insbesondere auf die Kinder und die Ehefrau, begrenzt¹⁸⁷. Ohne Ausgleich blieben

¹⁸⁰ Viele Autoren haben diese beiden Begriffe in diesem Kontext austauschbar verwendet; vgl. etwa Suárez, *De Iustitia Dei*, sect. II, n. 3.

¹⁸¹ Oben 34 ff., 44 ff.

¹⁸² Jansen, *Haftungsrecht*, 271 ff.

¹⁸³ Näher unten 128 ff.

¹⁸⁴ Siehe heute von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Rn. 169 ff.; zur spätscholastischen Diskussion Nuffer, *Restitutionslehre*, 36; Otte, *Vitoria*, 73.

¹⁸⁵ Feenstra, *Deliktsrecht bei Grotius*, 442 ff., 449 ff.; Jansen, *Haftungsrecht*, 297 f.

¹⁸⁶ Soto, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert. arg.; Lessius, *De iustitia*, lib. II, cap. IX, dub. XXVI, nn. 152 ff.

¹⁸⁷ Siehe bereits *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. II, n. 16. Im Einzelnen war hier vieles unklar bzw. streitig. Für einen weiteren Kreis der Berechtigten etwa Molina, *De iustitia*, tract. III, disp. 83, n. 6. Freilich hat auch Molina darauf abgestellt, ob den Enkeln und den Eltern von Rechts wegen geschützte Unterhaltsansprüche zustanden.

deshalb nicht nur die mittelbar geschädigten Gläubiger des Getöteten¹⁸⁸, sondern auch weiter entfernte Verwandte und diejenigen Haushaltsmitglieder, die der Getötete freiwillig und freigebig ernährt hatte¹⁸⁹. Freilich können derartige Drittbetroffene durchaus wirtschaftlich vergleichbare Kompensationsinteressen haben; die ältere scholastische Lehre hatte ihnen deshalb ebenso wie den Angehörigen einen Restitutionsanspruch gewährt¹⁹⁰. Nach überwiegender spätscholastischer Lehre kam es indes nicht allein auf das Schutzbedürfnis der Betroffenen an; entscheidend war vielmehr, dass nur den nahen Angehörigen etwas Eigenes¹⁹¹: ein von Rechts wegen bestehender Unterhaltsanspruch und damit ein geschütztes subjektives Recht, genommen worden war¹⁹². Dass es dies Recht gegenüber jedermann zu schützen galt, konnte dabei besonders plausibel erscheinen, wenn man die *familia* als eine Person und Gütergemeinschaft begriff. Denn dann bedeutete die Verletzung des Getöteten zugleich eine unmittelbare (wirtschaftlich relevante) Verletzung der Angehörigen¹⁹³. Jedenfalls stand fest, dass der Restitutionsanspruch der Angehörigen seine Grundlage in der Verletzung eigener, von Naturrechts wegen gegenüber jedermann geschützter Rechte fand¹⁹⁴. Ein Autor wie *Molina*, der den Kreis der Berechtigten deutlich weiterziehen wollte als die herrschende Lehre, begründete dies deshalb nicht mit der Behauptung, dass die Verletzung eines eigenen Rechts irrelevant sei. Vielmehr machte *Molina* geltend, dass auch den Enkeln und Gläubigern des Getöteten eine restitutionsfähige Rechtsposition zustehe¹⁹⁵; er argumentierte damit

¹⁸⁸ *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* VI, insbesondere *ult. concl.*; *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* IX, *dub.* XXVI, *nn.* 151 f. Gegen die „communis doctorum sententia“ *Molina*, De iustitia, *tract.* III, *disp.* 83, *n.* 8: den Gläubigern stehe nicht anders als den Unterhaltsberechtigten ein Recht (*ius*) zu, das einen Restitutionsanspruch auslöse, wenn der Gläubiger infolge der Tötung des Schuldners seinen Anspruch nicht mehr durchsetzen könne; ebenso deutlich auch *Toletus*, In Summam Theologiae Enarratio, *ad qu.* LXII, *art.* II, *qu.* IV, *sext. concl.*

¹⁸⁹ Vgl. *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, *qu.* LXII, *art.* II, *n.* 16; *Soto*, De iustitia, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* III, *ad tert. arg.*; *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* VI, *prim.* und *sec. concl.*; *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* IX, *dub.* XXVI, *n.* 154.

¹⁹⁰ Siehe insbesondere *Duns Scotus*, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum, *lib.* IV, *dist.* XV, *qu.* III; später ebenso noch *Hadrian VI.*, De restitutione, *fol.* 43–188, 98, *col.* 2; noch später *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, *cap.* II, § III, *dub.* VII.

¹⁹¹ Vgl., allerdings undeutlich, bereits *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, *qu.* LXII, *art.* II, *n.* 16.

¹⁹² *Soto*, De iustitia, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* III, *ad tert. arg.*: „Sustulit ... viduae & orphanis alimoniam: reddit ergo. ...“; *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* VI, *prim. concl.*: „haeredes necessari laeduntur in bonis propriis“; *Molina*, De iustitia, *tract.* III, *disp.* 83, *n.* 6: „quae percepturi erant, connexionem non habent cum vita illius in ratione debiti“.

¹⁹³ *Soto*, De iustitia, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* III, *ad tert. arg.* a.E.; *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* VI, *sec. concl.*; *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* IX, *dub.* XXVI, *nn.* 154 ff.

¹⁹⁴ *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* VI, *ult. concl.*: „ius filiorum debet esse tutum“.

¹⁹⁵ Siehe eben Fn. 187, 188; ebenso *Toletus*, In Summam Theologiae Enarratio, *ad qu.* LXII, *art.* I, *qu.* IV, *sext. concl.*

auf der Grundlage des allgemeinen, am Schutz subjektiver Rechte orientierten Verständnisses seiner Zeitgenossen.

Deutlich wird dieser rechtsgutsorientierte Ansatz aber insbesondere auch bei Verletzung spiritueller im scholastischen System also höchstrangiger¹⁹⁶ Güter. Hier war umstritten, ob die Anstiftung zu einem *peccatum* als eine Verletzung der spirituellen Integrität des Angestifteten eine Restitutionspflicht auslöste. In der älteren scholastischen Lehre hatte das insbesondere *Duns Scotus* so vorgetragen¹⁹⁷. Demgegenüber haben die Spätscholastiker jedoch eine deutlich restriktivere Haltung eingenommen: Eine solche Anstiftung sollte den Anstifter jedenfalls dann nicht restitutionspflichtig machen, wenn dem Angestifteten die Sündhaftigkeit seines Tuns bewusst war und der Anstifter ihn nicht unfair gedrängt hatte. Autoren wie *de Soto* haben hier deutlich gemacht, dass dem Angestifteten kein Unrecht (*iniuria*) geschehe, wenn er um sein Unrecht wusste und in diesem Sinne freiwillig handelte¹⁹⁸. Nicht die zweifellos sündhafte Anstiftungshandlung, sondern nur die Verletzung der spirituellen Integrität, also einer individuellen, naturrechtlich geschützten Rechtsposition, konnte den Anspruch begründen¹⁹⁹. Ähnlich lag es, wenn ein Novize dazu verleitet worden war, aus seinem Kloster auszutreten. Wieder entgegen älterer scholastischer Lehre²⁰⁰ sollte das grundsätzlich keinen Restitutionsanspruch auslösen, weil das Kloster nicht über ein Herrschaftsrecht über den Novizen verfügte, wie es etwa einem Herrn über einen Hörigen zustand²⁰¹. War jedoch gewaltsam oder in betrügerischer Weise auf den Novizen eingewirkt worden, so sollte dem Kloster ein Haftungsanspruch zustehen, weil ihm eine Chance auf lebzeitige oder letztwillige Zuwendungen entgangen war²⁰².

¹⁹⁶ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, vor ad prim. arg.; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. I und etwa dub. II, tert. concl.

¹⁹⁷ *Duns Scotus*, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum, lib. IV, dist. XV, qu. III; ebenso auch noch *Hadrian VI*, De restitutione, fol. 92, col. 4 ff.

¹⁹⁸ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad prim. arg.; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. II, prim. concl. Nach *Báñez* (loc. cit., sec. concl.) war ein Anspruch allerdings auch bei einer rechtswidrigen Einwirkung ausgeschlossen. Spirituelle Güter seien nicht verletzbar, weil der Getäuschte, der sein Unrecht nicht einzusehen vermöge, nicht sündige.

¹⁹⁹ In diesem Sinne ist das Argument *de Sotos* (De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad prim. arg.) zu verstehen, dem Sünder würde nichts genommen: „iste inducens propriè loquendo nihil ab alterum sustulit: nam auferit nemo quidpiam nisi ab invito“.

²⁰⁰ *Duns Scotus*, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum, lib. IV, dist. XV, qu. III; ebenso auch noch *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, n. 36.

²⁰¹ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad sec. arg.: „nullam facit religioni iniuriam: quippe quae nullum dum ius adquisierat“; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VIII, dub. III.

²⁰² So *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VIII, dub. III; vgl. auch *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad sec. arg.: Ausgleichsanspruch wegen des *damnum datum* nach dem Urteil der recht und billig Denkenden (*prudentes*). Ähnlich *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. III, sec. concl., falls der Betroffene fest entschlossen gewesen sei, in das Kloster einzutreten: „monasterium habet ius pendens ex voluntate illius, qui iam est in promptu ut ingrediatur religionem“.

Wieder sollte dieser Anspruch nicht etwa darauf beruhen, dass der Schädiger sich rechtsoder sittenwidrig verhalten hatte, sondern darauf, dass dem Kloster ein eigenes subjektives Recht (*iūs*) zustand, nicht durch eine solche Täuschung geschädigt zu werden²⁰³. Wieder beruhte die Restitutionspflicht also nicht auf dem Verstoß gegen eine objektive Rechtspflicht, sondern auf der Verletzung eines subjektiven Rechts²⁰⁴.

b) Haftung für primäre Vermögensschäden?

Freilich zeigt das letzte Beispiel zugleich, dass es ein Irrtum wäre, den Bezug der Restitution auf die Verletzung individueller Rechte und Rechtsgüter aus einer modernen haftungsrechtlichen Perspektive als eine überenge Beschränkung des haftungsrechtlichen Schutzes zu verstehen. Tatsächlich trifft eher das Gegenteil zu: Die Spätscholastiker haben unter bestimmten Umständen auch dann einen Anspruch gewährt, wenn der Geschädigte – in heutiger Terminologie – in bloßen Vermögensinteressen betroffen war und deshalb in manch einer europäischen Rechtsordnung ohne deliktischen Schutz bliebe. Besonders intensiv diskutiert wurde dabei die Frage, unter welchen Umständen Ersatz zu gewähren habe, wer in einer Konkurrenzsituation daraufhingewirkt hatte, dass dem Geschädigten ein kirchliches oder staatliches Amt (*beneficium*), ein Lehrstuhl oder auch ein Almosen oder eine Erbschaft versagt wurde. Dies war schon nach positivem kanonischem Recht ein hochkomplexer bzw. umstrittener Fragenkreis; uneinheitlich beantwortet wurde insbesondere die Frage, ab welchem Zeitpunkt einem gewählten Bewerber ein Anspruch auf das Amt zustand²⁰⁵.

Aus der theoretischen Perspektive der Spätscholastiker ging es hier zum einen um das Verhältnis der ausgleichenden zur distributiven Gerechtigkeit bzw. um die Frage, ob auch ein Verstoß gegen die distributive Gerechtigkeit einen Restitutionsanspruch begründen konnte²⁰⁶. Hier war bereits die Vorfrage unklar, wie weit Verteilungsentscheidungen überhaupt dem Maßstab der distributiven Gerechtigkeit unterlagen, wenn beispielsweise eine *capella* von einem Privatmann gestiftet und mit Klerikern besetzt wurde. Denn hier gewährte das kanonische Recht seit dem Beginn des 13. Jahrhunderts Laienpatronen, die einen Kleriker einsetzen wollten, ein *iūs variandi*, das Klerikerpatronen jedoch nicht zustehen sollte²⁰⁷. Zum anderen war zu

²⁰³ Lessius, *De iustitia, lib. II, cap. VIII, dub. III, n. 15*: „Religio ius habet, ne vi aut fraude eum, qui statuit ingredi, avertas“.

²⁰⁴ Allerdings war nie ganz klar, ob nicht auch – in moderner Terminologie – relative Rechte gegen Dritte geschützt waren und deshalb restitutorischen Schutz genießen sollten; dazu noch unten 87 f., 90 ff.

²⁰⁵ Einzelheiten zum Amtseinsetzungsverfahren der katholischen Kirche etwa bei Dondorp, *Ius ad rem*, 287 ff. m.w.N.

²⁰⁶ Zu diesen Diskussionen Englard, *Corrective & Distributive Justice*, 27 ff.

²⁰⁷ Näher Dondorp, *Ius ad rem*, 309 ff.; Landau, *Zum Ursprung des ‚ius ad rem‘ in der Kanonistik*, 88 ff.; Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, 109, jeweils m.w.N.

klären, wer in solchen Fällen überhaupt als Geschädigter gelten durfte, ob etwaige Restitutionsansprüche also dem benachteiligten Bewerber oder der Anstellungskörperschaft zustanden²⁰⁸.

Nun war das eine primär akademische Debatte, in der es in erster Linie um normative Ideale und naturrechtliche Prinzipien ging: „doctores multa dicunt, et episcopi contrarium faciunt“²⁰⁹. Dabei hatte *Thomas von Aquin* einen Restitutionsanspruch des hintangestellten Bewerbers ganz allgemein bejaht, sofern der Eingreifer nur in böser Absicht, also nicht mit Blick auf das Wohl der Kirche bzw. der *res publica*, gehandelt hatte²¹⁰. *Thomas* hatte also anscheinend davon abgesehen, unterschiedliche Schutzinteressen differenziert zu behandeln. Das war eine klare, autoritative Aussage, die die spätscholastische Lehre nachhaltig prägen musste. Nur wenige Autoren hatten sich hier zu einer Gegenposition durchringen mögen; allerdings hatten sich insbesondere Papst *Hadrian VI.* († 1523)²¹¹ und Kardinal *Cajetan*²¹² mit Nachdruck gegen die Ersatzfähigkeit bloßer Erwerbschancen ausgesprochen. Dabei hatten sich der Papst und sein Kardinal mit ihrer restriktiven Haltung allerdings nicht durchsetzen können. Im Ergebnis ist die herrschende Lehre eher der autoritativen Ansicht *Thomas von Aquins* gefolgt.

Nun hat *Jim Gordley* daraus geschlossen, dass die Spätscholastiker grundsätzlich bei jeder Vermögensschädigung einen Ausgleich gewähren wollten und sich damit letztlich gegen eine Differenzierung zwischen deliktisch nicht geschützten bloßen Vermögensinteressen und geschützten Rechten und Rechtsgütern ausgesprochen hätten²¹³. *Prima vista* ist das nicht unplausibel.

²⁰⁸ Siehe etwa die Diskussionen bei *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, *qu.* LXIII, *art.* I und II; *Soto*, *De iustitia*, *lib.* IV, *qu.* VI, *art.* III, *ad sext. arg.*; *Bañez*, *Decisiones*, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* XII; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p.* II, § 7; *Lessius*, *De iustitia*, *lib.* II, *cap.* XII, *dub.* XVIII, jeweils m.w.N.

²⁰⁹ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, *qu.* LXII, *art.* II, *n.* 32.

²¹⁰ *STh* II–II, *qu.* LXII, *art.* II, *ad quart.*

²¹¹ *Hadrian VI.*, *De restitutione*, *fol.* 62 f.: wer keine Almosen gebe, obgleich er wohlhabend sei, gelte als *fur*, doch brauche er nicht zu restituieren, weil die Armen nicht Eigentümer der Sachen seien und der Reiche frei entscheiden dürfe, wem er gebe. Siehe auch *loc. cit.*, *fol.* LXV, *col.* ii f.: „... praelatus conferens beneficium minus digno, nihil aufert alieni ut manifestum est“; *fol.* LXVII, *col.* iv, *fol.* LXIII, *col.* iii f.

²¹² *Cajetan*, *Secunda Secundae* ... *Cum Commentariis*, *ad qu.* LXII, *art.* II, *ad quart.* Allerdings hatte Cajetan in den fraglichen Fällen, in denen es um die Zuweisung eines kirchlichen Amtes ging, den falsch entscheidenden Vertreter der Kirche wegen einer Verletzung der *iustitia distributiva* haften lassen wollen. Nur wenn die distributive Entscheidung dabei eindeutig zugunsten eines Bewerbers ausfiel und diesem mitgeteilt worden war, sollte das eine geschützte Rechtsposition begründen, deren Verletzung auch durch einen Dritten einen Restitutionsanspruch auslösen konnte. Bemerkenswerterweise thematisiert Cajetan dabei mit keinem Wort die Frage, ob nach kanonischem Recht unter solchen Umständen ein *ius ad rem* entstanden sei. Ihm kam es offenbar allein darauf an, dem Entscheidungsträger die Option offenzuhalten, die Entscheidung für einen Bewerber zugunsten eines anderen, besser geeigneten zu revidieren.

²¹³ *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 263 ff., 266 ff. Gordley erweckt dabei den so nicht ganz zutreffenden Eindruck, als hätten die Spätscholastiker Erwerbschancen undifferenziert behandelt, also etwa auf dem Halm zerstörtes Korn in gleicher Weise ersetzt wie die Chance, ein Almosen oder eine Erbschaft zu erhalten.

Denn die Spätscholastiker, das ist bereits oben deutlich geworden²¹⁴, gewährten bisweilen auch bei einer Verletzung von distributiv begründeten Rechtspositionen einen Restitutionsanspruch. Zudem qualifizierten sie den Betrug als *furtum fraudulentum*; folglich konnte unter Umständen auch eine arglistige Vertragstäuschung einen Restitutionsanspruch auslösen²¹⁵. Entsprechendes galt für Ansprüche wegen Drohung²¹⁶ und nach vielen Autoren ganz allgemein für die Rückabwicklung nichtiger Verträge²¹⁷. Auch Schadensersatzansprüche aufgrund falschen Rats wurden problemlos im Kontext der Restitution erörtert²¹⁸.

Gleichwohl ist der Eindruck verfehlt, die Spätscholastiker hätten ohne weitere Differenzierung grundsätzlich jeden wirtschaftlichen Schaden für restitutionsfähig gehalten. Denn die Autoren von Salamanca hatten die Lehre *Thomas von Aquins* im Einzelnen qualifiziert²¹⁹ und vor allem seinen Ansatz grundlegend rekonzeptualisiert. Angesichts des Bezugs der Restitution auf ein individuelles *dominium* bzw. ein subjektives Recht (*ius*) war für sie nämlich auch hier selbstverständlich, dass jeder Restitutionsanspruch die Verletzung eines eigenen Rechts voraussetze; umgekehrt galt die subjektive Motivation des Eingreifers jetzt als unerheblich. Die böse Absicht bedeute, so die praktisch einhellige Lehre, lediglich einen Verstoß gegen die *caritas*, nicht gegen das Naturrecht (*iustitia*)²²⁰. *Domenico de Soto* wollte deshalb die kirchlichen Entscheidungsträger – mit *Cajetan* – nur gegenüber der Kirche haften lassen. Entgegen der Darstellung bei *Thomas von Aquin* sei die subjektive Absicht, mit der gehandelt worden sei, irrelevant; für die Restitution komme es allein auf die Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens und die Verletzung erworbener Rechte an²²¹.

Beim Konkurrentenstreit um eine Amtseinsetzung sollte deshalb ganz genau gefragt werden, ob der Geschädigte bereits ein eigenes Recht erworben hatte, das durch die Zuweisung des Amtes an seinen Konkurrenten verletzt worden war²²².

²¹⁴ Näher oben 50.

²¹⁵ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. II (IV), nn. 9 f.; vgl. auch *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 4, n. 4: Betrug beim Spiel; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. II., sec. concl. zur Verleitung zum Wuchervertrag.

²¹⁶ *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 3, n. 7.

²¹⁷ So *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 3, nn. 11 f.; vgl. auch *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XVII, dub. V und VI., jeweils m.w.N.

²¹⁸ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 730.

²¹⁹ Vgl. nur *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXIII, art. II, nn. 32 ff.

²²⁰ Allerdings wollte *Molina* hier – in engen Grenzen – die römische *actio doli* heranziehen: De iustitia, tract. II, disp. 727, nn. 4, 7.

²²¹ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad sext. arg.; ebenso *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 70.

²²² Mit Nachdruck bereits *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXIII, art. III, nn. 37 f.: „... sanctus Thomas non fundat restitutionem impediens in iure alterius, id est in hoc quod haberet ius vel non, sed illam fundat in hoc, an esset habiturus beneficium vel non“. Siehe weiter etwa *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad sext. arg.; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. XII; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVIII; *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 7.

„*Restitutio praesupponit debitum legale*“, hatte etwa *Azpilcueta* als selbstverständliche, allgemeine Ansicht formuliert, um fortzufahren: „*cui nihil iuris est, nihil iuris aufertur: quia privatio praesupponit habitum*“²²³. Damit stand von Anfang an fest, dass ein Anspruch überhaupt nur dann in Betracht kam, wenn ein wirkliches Recht des Bewerbers auf das Amt verletzt war. Zwar konnte ein solches Recht seine Grundlage durchaus in den Grundsätzen der distributiven Gerechtigkeit finden. Waren diese aber nicht einschlägig, weil ein privater Stifter beispielsweise frei war, das fragliche Amt nach seinem Gutdünken zu verteilen²²⁴, so kam ein Anspruch von vornherein nicht in Betracht. *Vitoria* hatte deshalb von Anfang an klargestellt, dass die Beeinträchtigung einer bloß faktischen Chance, das Amt zu erhalten, für einen Restitutionsanspruch nicht genügen könne²²⁵; dieser Ausgangspunkt wurde sofort zur allgemeinen Meinung.

Vergleichbare Überlegungen standen folgerichtig auch in anderen Zusammenhängen im Mittelpunkt der Diskussion. Schon oben ist deutlich geworden, dass solche Argumente bei den Reflexschäden infolge einer Tötung die differenzierende Behandlung der unterhaltsberechtigten Angehörigen einerseits und der nicht unterhaltsberechtigten Angehörigen andererseits möglich machten²²⁶. Ebenso hatte die Frage nach geschützten Rechten erklärt, warum der Kirche kein Restitutionsanspruch zustand, wenn ihr ein Novize abspenstig gemacht worden war²²⁷. Von einer allgemeinen Haftung für primäre Vermögensschäden kann in der spätscholastischen Restitutionslehre angesichts dessen nicht die Rede sein. *Lessius* hatte beispielsweise ausdrücklich klargestellt, dass ein Straftäter sein Vermögen ohne weiteres einer drohenden Konfiskation entziehen dürfe, und zwar auch mittels einer Täuschung. Denn die Konfiskation sei eine Strafe, die dem Staat erst aufgrund eines entsprechenden Urteils, also nicht von Naturrechts wegen, zustehe²²⁸. Ähnliches sollte nach *Lessius* für eine leugnende Ehebrecherin gelten, die im Falle einer Scheidung ihrer Mitgift (*dos*) verlustig zu gehen drohte²²⁹. Nun blieben solche Fragen im Ergebnis häufig auch unter den Spätscholastikern strittig²³⁰. Einigkeit bestand aber immer über

²²³ *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 69*: „jede Restitution setzt etwas von Rechts wegen Geschuldetes voraus ... wer nicht Inhaber eines Rechts ist, dem kann kein Recht genommen werden, weil eine Beraubung voraussetzt, dass man etwas hat“.

²²⁴ Siehe eben 83 m.N.

²²⁵ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXIII, art. II, nn. 2 f.*

²²⁶ Eben 80 f.; siehe dort insbesondere die Argumentation bei *Lessius* und *Báñez*.

²²⁷ Eben 82 f.

²²⁸ *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVIII, n. 134*.

²²⁹ *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVIII, n. 135*.

²³⁰ Für die Ehebrecherin anders etwa *Molina*, *De iustitia, tract. III, disp. 95*. Und bei der Frage, ob Straftäter ihr Vermögen einer Konfiskation entziehen dürften, vertrat z.B. *Soto*, *De iustitia, lib. I, qu. VI, art. VI, quart. concl. a.E.*, die Gegenansicht. Wie *Lessius* etwa *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale, cap. XVIII, n. 49*; *Báñez*, *Decisiones, qu. LXII, art. III, dub. II, vor prim. concl.*

den gedanklichen Ausgangspunkt. Bei der Frage, ob Straftäter ihr Vermögen einer Konfiskation entziehen dürften, kam es deshalb nach allgemeiner Ansicht darauf an, ob der Vermögensverfall *ipso iure* eintrat bzw. ob der Täter bis zu einem entsprechenden *iudicium* verfügungsberechtigter *dominus* seiner Güter blieb.

Freilich war der Kreis deliktisch geschützter Rechtspositionen bei alldem niemals besonders klar definiert²³¹ und insgesamt offenkundig weit gezogen; das galt insbesondere auch bei der Bewerbung um ein Amt. So hatten etwa *de Soto* und später auch *Molina* argumentiert, dass jedermann ein besonderes Recht zustehe, ein Amt anzustreben (*ius petendi*) bzw. ein anderes Recht, ein Almosen oder eine Erbschaft zu erlangen. Dies Recht könne verletzt werden, wenn jemand in rechtswidriger Weise, mit Gewalt oder durch eine Täuschung, auf den Entscheidungsträger einwirke²³²; diese Ansicht wurde durchaus auch herrschend²³³. Ohnehin war nämlich niemals ganz klar, ob relative Rechte denselben restitutorischen Schutz genießen sollten wie absolute Rechtspositionen²³⁴. Bejahte man eine solche Gleichsetzung, was manche ausdrücklich getan haben²³⁵, so war es nicht nur folgerichtig, bei einer Tötung auch den Gläubigern des Opfers für ihren Forderungsausfall einen Ersatz zuzusprechen²³⁶. Ebenso war es dann durchaus plausibel, dem bestgeeigneten Bewerber ein Recht auf den Posten zuzuerkennen, dessen Verletzung auch dann einen Restitutionsanspruch auslösen konnte, wenn keine unlauteren Mittel eingesetzt worden waren²³⁷. Ein ähnlicher Gedanke lag auch der Lehre zugrunde, dass, wenn die Entscheidungsträger sich

²³¹ Gordley, Foundations of Private Law, 161.

²³² *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad sext. arg.: „Quicumque ... ius habet pro se petendi illa quorum dignus est“; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 727, n. 1: „dicitur aliquis habere ius ad aliquid, quòd facultatem habet ad aliquid, cui si contraveniatur, fit ei iniuria“.

²³³ *Bañez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. III, sec. concl.: „laeditur ius pauperis per mendacium illius, qui impedit eleemosynam, quam alter paratus erat dare“; etwas allgemeiner auch *loc. cit.*, dub. XII; *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, nn. 69 f., 73 f.; *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 7, n. 8; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 727, n. 2; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XVIII, n. 123: „etsi enim non habeat ius ad illud bonum, quod prosequitur, habet tamen ius ad illud prosequendum, rogando, sollicitando ... ergo damnum, quod inde sequitur, censetur per injuriam datum“.

²³⁴ Siehe noch unten 89 ff.

²³⁵ Siehe etwa *Suárez*, De iustitia Dei, sect. II, n. 3: „si unus promisit alteri animo & voluntate donandi illi tale ius, & alter acceptavit, tenetur ex eadem iustitia (commutativa, N.J.) illud solvere, quia post promissionem iam intervenit ibi ius aequivalens dominio“.

²³⁶ *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 83, n. 8; siehe bereits eben 81 f.

²³⁷ *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 7, n. 8, tert. concl.; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 727, n. 6.

bereits eine endgültige (positive) Meinung über den Bewerber gebildet hätten, jede negative Einwirkung auf die Entscheidungsträger haftbar mache, und zwar auch dann, wenn keine verbotenen Mittel eingesetzt würden²³⁸.

c) Deliktisch geschützte Rechte

All das lässt sich nur verstehen, wenn man sich deutlich macht, dass die spätscholastischen Autoren zwar einerseits den deliktischen Schadensersatz an die Verletzung subjektiver Rechte gebunden haben: Der bloß faktische Vermögensschaden als solcher vermochte keine Restitutionsverpflichtung zu begründen. Andererseits haben die Spätscholastiker dabei aber die Funktion des Deliktsrechts nicht auf den haftungsrechtlichen Schutz anderweitig begründeter Rechte, insbesondere des Eigentums, der Personenrechte am eigenen Körper sowie der Ehre und des guten Rufs, beschnitten. Vielmehr haben sie das Deliktsrecht stets auch dazu genutzt, individuelle Schutzpositionen zu begründen²³⁹. Ganz selbstverständlich konnten sie deshalb nicht nur gegenständliche Rechtsgüter, sondern auch andere Rechtspositionen wie etwa das Recht, nicht bedroht oder getäuscht zu werden²⁴⁰, in den Schutzbereich der *restitutio ratione acceptionis* mit einbeziehen.

Ein solcher Ansatz lag für die Spätscholastiker doppelt nahe. Zum einen war er im gemeinen Recht vorgezeichnet, das mit Klagen wie der *actio doli* und der *actio quod metus causa* arglistig und aggressiv schädigende Verhaltensweisen ganz selbstverständlich im Rahmen des Deliktsrechts erfasste²⁴¹. Zum anderen bildete dieser Ansatz aber auch eine Konsequenz der umfassenden Subjektivierung des Rechtsbegriffs durch *Vitoria*. Auch das *dominium* bezeichnete nicht einfach einen Herrschaftsbereich über äußere Rechtsgüter (Eigentum). Vielmehr fand es seine theologische Grundlage im *dominium suarum actionum*²⁴²: Es diente der Gewährleistung einer persönlichen Freiheitssphäre und wurde folgerichtig als ein umfassendes Freiheitsrecht verstanden²⁴³. Bereits *Vitoria* hatte das *dominium* deshalb mit dem Gedanken legitimer Handlungsmöglichkeit (*facultas*) erklärt²⁴⁴; später hatten Autoren

²³⁸ *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, *cap.* XVII, *nn.* 69, 97; offenbar zustimmend *Báñez*, Decisiones, *qu.* LXII, *art.* II, *dub.* XII, vor *prim. concl.* und *sept. concl.*

²³⁹ Vgl. für einen solchen Ansatz heute *Cane*, Fault and Strict Liability, 173: „The definition of ... property rights is to be found partly in property law and partly in tort law“.

²⁴⁰ Siehe etwa *Molina*, De iustitia, *tract.* II, *disp.* 700, *n.* 4 zum *crimen falsi*.

²⁴¹ Vgl. D. 4,2 und D. 4,3. Zwar waren mit beiden Klagen in moderner Terminologie vertragsrechtliche Rechtsfolgen verbunden, insbesondere die *restitutio in integrum*, doch waren die Klagen nicht auf Vertragsverhältnisse bzw. rechtsgeschäftliche Beziehungen beschränkt und begründeten außervertragliche Ansprüche auf Schadensersatz; vgl. etwa *Paulus* 11 *ad ed.* D. 4,2,8: Erpressung; *Gai.* 8 *ad ed. prov.* D. 4,3,8: Gläubigertäuschung. Einzelheiten bei *Zimmermann*, Obligations, 651 ff., 662 ff. m.w.N.

²⁴² *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, *qu.* LXII, *art.* I, *nn.* 5 ff., 11; *Soto*, De iustitia, *lib.* IV, *qu.* I, *art.* I und II.

²⁴³ Näher zum Ganzen oben 36 ff. m.w.N.

²⁴⁴ *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, *qu.* LXII, *art.* I, *n.* 8 (mit Verweis auf *Conradus*):

wie *Domenico de Soto*²⁴⁵, *Franciscus Suárez*²⁴⁶, *Luis de Molina*²⁴⁷ oder *Fernando Vázquez de Menchaca*²⁴⁸ in diesem Sinne das *dominium* mit einer solchen *facultas* gleichgesetzt bzw. die *liberrima facultas* zum Schlüsselkonzept für das Verständnis des *dominium* gemacht²⁴⁹. Zugleich wurde die menschliche Freiheit in der scholastischen Diskussion seit langem aus heutiger Perspektive merkwürdig gegenständlich verstanden; es war durchaus möglich und galt als sinnvoll, von einem *dominium libertatis* zu sprechen²⁵⁰. Wer einen anderen in seiner rechtlich geschützten Freiheit beschränkte, nahm ihm bei einem solchen Verständnis etwas weg.

Vor diesem Hintergrund war es jedenfalls im Kontext der Restitution nur folgerichtig, einen weiten Begriff des *dominium* mit dem des subjektiven Rechts gleichzusetzen und etwa auch auf Forderungen zu erstrecken²⁵¹. *Francisco de Vitoria* hatte das von Anfang an so gelehrt²⁵². Es war deshalb nicht unplausibel, bei der Begründung eines Restitutionsanspruchs unberechtigtes Vorenthalten und Wegnehmen gleichzusetzen: „*paria sunt, ab alio auferre, quod suum est, & eidem non dare, quod ei debetur*“, so hatten das einflussreiche Stimmen wie der römische Kardinal *Cajetan* oder *Covarruvias* ganz allgemein formuliert²⁵³, freilich dann auf dieser

„... dominium est facultas utendi re ...“; siehe auch *qu. LXII, art. I, n. 29*: „*facultas ad utendum re pro arbitrio suo*“. Deshalb seien auch sittenwidrige Geschäfte, etwa mit einer Prostituierten, wirksam. Denn Gott habe es den Menschen in menschlichen Angelegenheiten freigestellt, Dinge so zu gebrauchen, wie es ihnen beliebe.

²⁴⁵ *Soto*, *Relectio de dominio, nn. 2 ff.*; *id.*, *De iustitia, lib. IV, qu. I, art. I*: „*dominium est ... propria cuiusque facultas et ius in rem quamlibet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocunque usu lege permisso*“.

²⁴⁶ *Suárez*, *Quaestiones, qu. XII (S. 33)*.

²⁴⁷ *Molina*, *De iustitia, tract. II, disp. 1, n. 1*.

²⁴⁸ *Vázquez de Menchaca*, *Controversiae, lib. I, cap. XVII, nn. 4 ff.*

²⁴⁹ Ähnliches gilt bei abweichenden Formulierungen auch für Leonardus Lessius; siehe *Decock*, *Jesuit freedom of contract*, 435 f. Decock stellt die Ausweitung der individuellen Freiheit ganz allgemein als ein zentrales Charakteristikum der jesuitisch-spätscholastischen Theoriebildung heraus; vgl. auch *id.*, *Lessius and the Breakdown of the Scholastic Paradigm*.

²⁵⁰ Das entsprach einer spätmittelalterlichen Tradition; siehe *Gerson*, *De vita spirituali animae, lect. III (z.B. S. 145)*: „... dominium libertatis, quae est facultas quaedam libere ... ad agendum vel non agendum cum anima rationali in productione suorum actuum elicitorum vel eorum suspensione ...“. Zur Diskussion *Seelmann*, *Lehre vom Dominium*, 80 f., 91 f. m.w.N.

²⁵¹ Siehe bereits oben bei Fn. 195, 234 f. Ausdrücklich etwa *Suárez*, *De iustitia Dei, sect. II, n. 3* (Fn. 235). Siehe auch (allerdings nicht im Kontext der Restitution) *Vázquez de Menchaca*, *Controversiae, lib. I, cap. II, n. 22*; ebenso (*dominium an res incorporales*) auch *lib. I, cap. XVII, n. 7*.

²⁵² *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. I, n. 8*: „... si sic diffiniatur large capiendi, idem erit jus et dominium In materia de restitutione et morali potest capi dominium isto tertio modo et in hac significatione“.

²⁵³ *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. II, ad quart.*; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum, p. II, § 7, nn. 4, 6* (im Zusammenhang mit der unrechten, gegen Grundsätze der distributiven Gerechtigkeit verstoßenden Zuweisung eines Kirchenamts und mit einer detaillierten Kritik der älteren Gegenansicht Hadrians VI.): „*paria sunt ab aliquo auferre, quod suum est, & eidem non dare, quod ei debetur*: sed qui digniori non deditur quae ei debentur, negat rem debitam ei solvere: ergo tenetur ad restitutionem, ac si ab eo abstulisset, quod eius proprium erat“ (Hervorhebung i.O.).

Grundlage im Einzelnen differenzierter geurteilt. Zwar haben andere Autoren wie *Domenico de Soto* eine solche Gleichsetzung von *ius* und *dominium* später abgelehnt²⁵⁴, doch beruhte das auf Gründen, die im Kontext der Restitution ohne Bedeutung waren²⁵⁵. Für die *restitutio ratione acceptionis* mussten Einschränkungen des Konzepts des *dominium* deshalb ohne Folgen bleiben. Offenbar wurden auch relative subjektive Rechte (*iura*) durchaus gegenständlich verstanden, so dass die Verletzung eines solchen Rechts grundsätzlich zur Begründung eines Haftungsanspruchs genügen konnte.

Nur scheinbar bildet dieser Ansatz ein echtes konzeptionelles Gegenmodell zu einem Deliktsrecht, das gedanklich von der Verletzung einer objektiven Rechtspflicht ausgeht, um dann in einem zweiten Schritt zu fragen, ob die verletzte Pflicht auch dem Individualschutz des Geschädigten diene²⁵⁶. Denn die Aussage, dass ein bestimmtes gesetzliches Verbot in einem konkreten Fall eine drittschützende Wirkung zugunsten des Geschädigten entfaltet, impliziert ein Recht des Geschädigten gegen den Schädiger, das verbotene Verhalten zu unterlassen; eine solche Aussage beschreibt das Recht lediglich aus der Perspektive des gesetzlichen Veroder Gebots. Wenn das Gesetz beispielsweise das Gebot statuiert, an einer Vorfahrtstraße zu halten, und wenn ein Verstoß gegen dies Gebot gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch begründen soll, so begründet das für die Autofahrer auf einer Vorfahrtstraße ein Recht auf Vorfahrt. Ebenso bedeutet das drittschützende Verbot des Betrugs, dass jedermann ein Recht gegen seine Mitbürger zustehe, nicht von diesen betrogen zu werden. Auch heute begründen derartige Rechte Haftungsansprüche.

Problematischer erscheint demgegenüber – aus heutiger Perspektive – der deliktische Schutz relativer und insbesondere vertragsrechtlicher Rechtspositionen. Denn in rechtsgutsorientierten Deliktsrechtssystemen gilt es als elementares Anfängerwissen, dass relative Rechte nur den Schuldner binden und deshalb keinen

²⁵⁴ *Soto*, *Relectio de dominio*, n. 2; *id.*, *De iustitia*, lib. IV, qu. I, art. I; vgl. *Tellkamp*, Freiheit und Sklaverei, 159 ff.

²⁵⁵ Ausführlich zum Ganzen *Seelmann*, *Lehre vom Dominium*, 72 ff., 82 ff.; *Tosi*, *Theological roots*, 131 ff., jeweils m.w.N. zum Diskussionshintergrund. Zum Ausschluss der Persönlichkeitsgüter aus dem Begriff des *dominium* bereits oben 37 f.

²⁵⁶ Ein solches Modell findet sich später in der Theorie *Samuel Pufendorfs* (*De iure naturae*, lib. III, cap. I; *id.*, *De officio*, lib. I, caput VI, §§ 4 ff.; näher *Jansen*, *Haftungsrecht*, 337 ff. m.w.N.) und vor allem heute im deutschen Recht bei der Haftung für den Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB). Nicht der Schutz der Integrität des Verletzten, sondern die Verletzung der dem Schädiger obliegenden Pflicht begründet die Haftung; ein solches Modell ist schädigerorientiert und idealtypisch am Gedanken der Prävention ausgerichtet; vgl. *Pufendorf*, *De iure naturae*, lib. III, cap. I, § 2.

deliktischen Schutz gegenüber Dritten genießen²⁵⁷. Freilich wäre es wohl ein Anachronismus, bei den spätscholastischen Autoren eine präzise Unterscheidung relativer und absoluter Rechte vorauszusetzen, wie sie für heutige Juristen selbstverständlich ist. Zwar haben die Spätscholastiker den Gegensatz zwischen dinglichen und relativen Rechten gerade auch im Kontext der Restitution deutlich formuliert²⁵⁸, und Autoren wie *Lessius* haben das *dominium* sogar als ein absolutes dingliches Recht (*ius in re absolutum*)²⁵⁹ gekennzeichnet und damit durchaus die Bedeutung einer in jeder Hinsicht gegenüber jedermann geschützten Rechtsposition verbunden. Aber zugleich blieb das von der Kanonistik im 12. und 13. Jahrhundert entwickelte Konzept eines *ius ad rem*, also eines auch gegen Dritte geschützten Rechts auf die Sache²⁶⁰, in der Rechtswirklichkeit der frühen Neuzeit lebendig.

Dabei haben Autoren wie *Molina* das *ius ad rem* zwar als einen scheinbar rein schuldrechtlichen Anspruch auf den fraglichen Gegenstand dem dinglichen *ius in re* gegenübergestellt²⁶¹; bei einem Doppelverkauf sollte das *ius ad rem* des Erstkäufers deshalb grundsätzlich nur gegen den Schuldner, nicht gegenüber einem anderen Käufer geschützt sein, wenn dieser durch eine *translatio* Eigentümer geworden war²⁶². Gleichwohl war der Zweiterwerber dem Erstkäufer zur Herausgabe verpflichtet, wenn er von dem Erstverkauf gewusst hatte, denn jede Mitwirkung am Vertragsbruch galt als eine Beteiligung am Betrug²⁶³. Offenbar hatte man also auch auf die relativen Rechte anderer Rücksicht zu nehmen dies war eine Wertung, die auch im gemeinen Recht galt; allerdings sollte dem Zweitkäufer nach gemeinem Recht nur ein außerordentliches Recht zustehen, die sein Recht vereitelnde Übereignung an den bösgläubigen Erstkäufer anzufechten²⁶⁴.

²⁵⁷ Vgl. nur *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 397 f. (§ 76 II.4.g) m.w.N.

²⁵⁸ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 2 m.w.N.

²⁵⁹ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. III, dub. VIII, n. 32: „... et firmum non dependens ex alterius nutu, et arbitrio“.

²⁶⁰ Näher *Landau*, Zum Ursprung des ‚ius ad rem‘ in der Kanonistik; *Dondorp*, Ius ad rem; *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 107 ff., jeweils m.w.N. zur älteren Literatur. Freilich ging es in der kanonistischen Diskussion um das *ius ad rem* nicht um Haftungsansprüche gegen Dritte, die aus der Perspektive der Restitutionslehre im Vordergrund standen, sondern bei der Amtseinsetzung um die Beziehungen zwischen dem Besitzer, verschiedenen Bewerbern und den beteiligten Amtsträgern (Bischof, Patron) und beim Doppelverkauf um die beteiligten Parteien.

²⁶¹ Vgl. bereits *Thieme*, Natürliches Privatrecht, 256 f.

²⁶² *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 2, nn. 1, 3 mit einem Verweis auf C. 3,32,15 (Imp. Diocletianus et Maximianus) und entsprechendes Recht in Lusitanien (Portugal); siehe auch *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. XIX m.w.N.

²⁶³ *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. XIX, n. 5.

²⁶⁴ Nachdem die ältere Literatur die Frage, wie dem Erstkäufer zu helfen sei, offenbar ungeklärt gelassen hatte, hatte hier *Baldus* dem Erstkäufer ein solches auf eine *actio in factum* gestütztes Anfechtungsrecht gegen den bösgläubigen Zweitkäufer gewährt und dies mit dessen Beteiligung am Betrug des Verkäufers begründet: *Commentaria, ad tit. De revocandis illis quae per fraudem alienata sunt* (C. 7,75), vor *lex I, n. 1*. Einen direkten Anspruch gegen den Zweitkäufer hatte der Erstkäufer nach gemeinem Recht also nicht. Zum Ganzen *SellaGusen*, Doppelverkauf, 181 ff., 184 ff.; *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 117 f., jeweils m.w.N.

Das war indes eine merkwürdige Konstruktion, und es war deshalb nur folgerichtig, wenn *Molina* das *ius ad rem* trotz seines bloß schuldrechtlichen Charakters als eine im Rahmen der Restitutionslehre geschützte Rechtsposition begriffen hat²⁶⁵.

Eher fernliegend war aus frühneuzeitlicher Perspektive also offenbar umgekehrt die heutige Vorstellung eines Rechts, das ausschließlich den Schuldner bindet und deshalb von einem Dritten nicht verletzt werden kann. Noch *Grotius* hat das vertragliche Versprechen ja – in spätscholastischer Tradition²⁶⁶ – als eine Art Verfügung über die Freiheit des Versprechenden begriffen²⁶⁷; und *Molina* hat zwei Arten des Rechts „auf eine Sache (*ius ad aliquid*)“ unterschieden²⁶⁸: Von dem genuinen Recht (*debitum aut suum*), das seinerseits in relative (*iura ad rem*) und absolute Rechte (*iura in re*) differenziert werde, gelte es das *ius ad aliquid* im Sinne einer *facultas ad aliquid* zu unterscheiden. Damit meinte *Molina* etwa die Rechte, eigene Sachen zu benutzen, eine milde Gabe zu erbitten oder auch – soweit das nicht verboten sei – zu jagen und zu fischen; in moderner Terminologie handelt es sich bei solchen Rechtspositionen um schwache, unbewehrte Freiheiten²⁶⁹. Nur bei diesen schwachen Freiheiten, so *Molina*, setze ein Restitutionsanspruch notwendig den Einsatz unerlaubter Mittel voraus²⁷⁰; bei echten relativen Rechten (*debita / iura ad rem*), so darf man umgekehrt schließen, war grundsätzlich bereits die Beeinträchtigung des Rechts, unabhängig vom Einsatz rechtswidriger Mittel, rechtswidrig bzw. rechtfertigungsbedürftig²⁷¹.

²⁶⁵ Siehe bereits oben 81 f., 87; näher sogleich bei Fn. 270.

²⁶⁶ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 262, n. 11: rechtsverbindliche Versprechen funktionierten ebenso wie eine freigiebige *traditio* wirksam das Eigentum an einer Sache übergehen lasse. *Domenico de Soto* hatte in diesem Sinne von einer Übergabe („*datio*“) eines Versprechens gesprochen, das zur Begründung einer *obligatio* erforderlich sei (De iustitia, lib. III, qu. V, art. III), und *Lessius* hatte einen Vertragsschluss, bei dem der Vertragspartner über die *iniquitas* getäuscht wurde, als *furtum*, also als eine gegenständliche Wegnahme, dargestellt: De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. II, n. 9.

²⁶⁷ *Grotius*, De iure belli ac pacis, lib. II, cap. XI, § I, n. 3: „... jus in personam, aut ad transferendum dominium (quod jus ipso dominio minus est) aut ad aliquid agendum, quippe cum in actiones nostras par jus habeamus atque in res nostras“; vgl. auch *loc. cit.*, §§ 10 und 14. Zum Ganzen *Diesselhorst*, Lehre vom Versprechen, 43 f., 51, 53 und *passim*. Auch bei *Grotius* beruht diese Lehre auf einer vergegenständlichten Vorstellung von der Freiheit der Person: *Diesselhorst*, *loc. cit.*, 53.

²⁶⁸ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 727 pr.

²⁶⁹ Zur Unterscheidung unbewehrter Freiheiten (bloßer Erlaubnisse) und bewehrter Freiheiten, die durch Störungsunterlassungsansprüche verstärkt werden, vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 202 ff., 208 f. m.w.N.

²⁷⁰ *Molina* formuliert hier zunächst noch weiter: auch bei der Beeinträchtigung eines solchen *ius* im Sinne einer *facultas ad rem* sei die Beeinträchtigung rechtswidrig: „si contraveniatur, fit ei iniuria“. Gemeint – dies wird wenig später im Text deutlich – ist aber offenbar eine rechtswidrige Störung „per vim aut fraudem“.

²⁷¹ Vgl. auch in diesem Sinne *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 1, n. 1: *ius* „(e)st facultas aliquid faciendi, sive obtinendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui si, sine legitima causa, contraveniatur, iniuria sit eam habenti“.

Wichtiger als der Gegensatz zwischen relativen und absoluten Rechten ist freilich die Sachfrage, welche Rechtspositionen unter welchen Umständen geschützt werden sollten. Auch heute ist es ja keinesfalls ausgemacht, dass relative Rechte deliktischem Schutz nicht zugänglich sind²⁷². Dabei ist durchaus bemerkenswert, dass die Spätscholastiker diese Fragen ausdrücklich angesprochen haben, ohne dass ihnen dafür freilich das wird im Einzelnen immer wie der ganz deutlich²⁷³ ein in jeder Hinsicht adäquates begrifflich-dogmatisches Instrumentarium zur Verfügung gestanden hätte²⁷⁴. Solche Argumente finden sich auch bei der Frage, wie weit man wegen der Beeinträchtigung der Chance eines anderen auf ein Amt hafte. Hier hatten *Vitoria* und andere Autoren darauf abgestellt, dass es nur dem Bischof obliege, sich eine Meinung darüber zu bilden, wer von mehreren Konkurrenten der beste Bewerber sei. Ein Dritter könne deshalb grundsätzlich nicht für eine falsche Entscheidung des Bischofs verantwortlich sein²⁷⁵. Und für die schwierige²⁷⁶ Frage nach der Haftung für Reflexschäden Dritter infolge einer Tötung haben Autoren wie *Báñez* und *Lessius* nicht nur auf das säkulare Recht abgestellt²⁷⁷, sondern vor allem teleologisch präzise gefragt, wer welche Risiken tragen solle: Zwar sei der Gläubiger in einem eigenen Recht betroffen, doch habe er dies Recht aufgrund eines freiwilligen Vertrags mit dem Getöteten erworben. Das Risiko der Solvenz und damit auch des Lebens des Schuldners gebühre deshalb dem Gläubiger; anders liege es nur, wenn der Schuldner mit der Tötung den Gläubiger habe schädigen wollen. Demgegenüber gelte es die Rechtsposition der Kinder auch gegen Dritte zu schützen. Denn Kinder hätten ihr Recht auf Unterhalt nicht aufgrund freiwilligen Vertrags erworben

²⁷² Zur Diskussion um den deliktischen Schutz der Forderungszuständigkeit statt aller *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 397 f. (§ 76 II.4.g) m.w.N. Zu den Reflexschäden Dritter infolge einer Tötung von *Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II, Rn. 169 ff., 173 ff. Von *Bar* meint, dass es sich hierbei um eine nur rechtspolitisch zu entscheidende Frage handele.

²⁷³ Vgl. nur *Azpilcueta*, *Enchiridion*, sive *Manuale*, cap. XVII, nn. 69 ff., der im Anschluss an Hadrian VI. *iura perfecta* (Rechte an einer Sache) von *iura imperfecta* (Rechte auf eine Sache) unterscheiden und den Restitutionschutz dabei grundsätzlich auf *iura perfecta* beschränken wollte. Das *ius ad rem* stand freilich quer zu dieser Kategorisierung und galt *Azpilcueta* sowohl als ein *ius imperfectum* als auch als eine restitutionsauslösende Rechtsposition. Ein anderes Beispiel bietet die etwas ratlose Argumentation *Molinas*, ein Restitutionsanspruch von Gläubigern eines Tötungsopfers sei unabweisbar, wenn man für den Anspruch der unterhaltsberechtigten Angehörigen darauf abstelle, dass ihr Recht gegen den Getöteten gestört worden sei: *De iustitia, tract. III, disp. 83, n. 8*.

²⁷⁴ *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 261.

²⁷⁵ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXIII, art. II, nn. 37 f.; ebenso später *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, *dub. XII, sept. concl.*

²⁷⁶ Siehe eben Fn. 273 zur Gegenansicht *Molinas*.

²⁷⁷ Vgl. *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, *dub. VI, ult. concl.*: „iudices fori exterioris sunt custodes iustitiae, ergo certum signum est, quò interfectore non tenetur ad talem restitutionem“.

und bräuchten deshalb ihre Abhängigkeit insoweit nicht selbst zu verantworten. Das Haftungsrisiko liege deshalb beim Restitutionsschuldner²⁷⁸.

2. Haftungsfolgen

Es wäre den scholastischen und auch den spätscholastischen Autoren gewiss merkwürdig vorgekommen, die Frage nach den Haftungsfolgen im Rahmen der Restitutionslehre systematisch von der Diskussion des haftungsbegründenden Tatbestands zu trennen. Ein Restitutionsanspruch konnte ja nur bestehen, soweit tatsächlich die Möglichkeit bestand, einen restituierenden Ausgleich zu leisten; umgekehrt sollte freilich – zumindest grundsätzlich – ein Restitutionsanspruch gewährt werden, soweit ein Schaden sich ausgleichen ließ. So waren Personenverletzungen (Ehr- und Körperverletzungen) nicht zuletzt deshalb zu einem Gegenstand der Restitutionslehre geworden, weil hier die Möglichkeit bestand, die Schadensfolgen mittels einer Entschuldigung oder eines Widerrufs aus der Welt zu schaffen²⁷⁹. Was als *dominium* bzw. *ius* restitutorischen Schutz erfuhr, hing also immer auch von einem Blick auf die möglichen Rechtsfolgen ab.

Wenn diese beiden Fragen in der Darstellung hier gleichwohl getrennt werden, so findet das seine Rechtfertigung darin, dass die Fragen auch in den historischen Quellen zumindest analytisch auseinandergehalten wurden. Dabei hat die Maxime, Verluste bzw. Schädigungen soweit als möglich auszugleichen, gerade im Bereich der Haftungsfolgen zu besonders folgereichen Innovationen sowohl gegenüber dem gelehrten Recht als auch gegenüber den Volksrechten und der frühmittelalterlichen Beichtpraxis geführt. Während die Volksrechte und auch die Beichtpraxis hier nämlich in weiten Bereichen auf einem Kompositionensystem beruhten, wonach für unterschiedliche Schädigungen je gesondert spezifizierte Tarifbußen vorgesehen waren²⁸⁰, galten nach gelehrtem römischgemeinem Recht ganz andere, technisch komplexe und teleologisch schwer verständliche Regeln²⁸¹: Insbesondere wurden Personenverletzungen aufgrund des römischen Grundsatzes *liberum corpus nullam recipit aestimationem*²⁸² ausgesprochen restriktiv behandelt²⁸³; und auch bei

²⁷⁸ Báñez, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. VI, ult. concl. Lessius, *De iustitia*, lib. II, cap. IX, dub. XXVI.

²⁷⁹ Siehe insbesondere Cantor, *Tractatus de paenitentia*, 244 f. Vgl. näher Unterreitmeier, *Schmerzensgeldanspruch*, 28 ff.

²⁸⁰ Für die frühmittelalterlichen Beichtbußen Trusen, *Forum internum*, 84 ff.; für die fränkischen Rechte anschaulich und mit Beispielen Rüping/Jerouschek; *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, Rn. 8 ff. Siehe auch Unterreitmeier, *Schmerzensgeldanspruch*, 48 ff.

²⁸¹ Siehe noch unten 158 f., 166 f.

²⁸² *Gaius* 6 ad ed. prov. D. 9,3,7; ähnlich *id.* 7 loc. cit. D. 9,1,3; *Ulpian* 23 ad ed. D. 9,3,1,5.

²⁸³ Unten 158 f.

Sachbeschädigungen und Vertragsverletzungen war ein voller Ausgleich alles andere als selbstverständlich²⁸⁴. Gleichzeitig hielten die Legisten an den vielen Privatstrafen des römischen Rechts fest²⁸⁵, insbesondere – nach der *actio iniuriarum* – auch bei vorsätzlichen Personenverletzungen²⁸⁶. Ein ähnlich zersplittertes Bild bot schließlich das hochmittelalterliche kanonische Recht, das lange Zeit keine klare Trennung von Schadensersatz und Strafe kannte²⁸⁷.

Demgegenüber galt es seit *Albertus Magnus* und *Thomas von Aquin* als ein evidentes Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit, dass die *restitutio* den Verlust des Verletzten vollständig ausgleichen sollte, der Schädiger aber, jedenfalls im Rahmen der Restitution, zu einer darüber hinausgehenden Bußzahlung nicht verpflichtet war²⁸⁸. In der technischen Sprache spätscholastisch-juristischer Dogmatik bedeutete das zum einen, dass der Restitutionsschuldner für eine *nuda iniuria* nicht zu haften hatte. Vielmehr setzte ein Restitutionsanspruch stets einen echten Schaden, also einen fortbestehenden Nachteil (*permanens damnum*), voraus²⁸⁹. Zum anderen galt es als selbstverständlich, dass der Restitutionsschuldner den Schaden soweit als möglich wiedergutzumachen hatte²⁹⁰. Wo das möglich war, musste der Schädiger deshalb die Schädigung wieder *in natura* aus der Welt schaffen. Der Geschädigte durfte folglich auf eine gegenständliche Naturalrestitution bestehen, wenn er die gestohlenen

²⁸⁴ Unten 157 f. Hier sollte der Ersatz grundsätzlich eng auf den Sachwert begrenzt sein; darüber hinaus gehende Schadensposten galten nur unter jeweils besonderen Voraussetzungen – häufig nach dem Grad der Vorwerfbarkeit – als ersatzfähig.

²⁸⁵ Siehe nur *Accursius*, *Corpus iuris civilis*, Gl. *nam hoc natura* zu D. 12,6,14, und Gl. *iure naturae* zu D. 50,17,206: Bei den Ausnahmen zum Bereicherungsverbot, wie insbesondere der *usucapio*, haben die Glossatoren die Privatstrafen gerade nicht erwähnt.

²⁸⁶ *Zimmermann*, *Obligations*, 1050 ff., 1062 ff.

²⁸⁷ Näher *Dondorp*, *Crime and Punishment*, 103 ff. mit umfangreichen w.N.

²⁸⁸ Oben 32 f.

²⁸⁹ So begrifflich scharf *Molina*, *De iustitia*, *tract. IV, disp. 46, n. 5*; siehe auch *tract. III, disp. 106, n. 2* und öfter. Vgl. aber auch *Covarruvias*, *Variarum resolutionum*, *lib. II, cap. X, n. 7* m.w.N.: bei einer bloßen *iniuria* müsse der Täter zumindest um Vergebung bitten. Freilich hat auch Covarruvias die *aestimatio iniuriae* dabei scharf von der *aestimatio damni* unterschieden. Anders, nämlich für den restitutorischen Ausgleich einer *iniuria facta*, offenbar *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, n. 8*. Freilich lag die Differenz eher auf terminologischer Ebene; in der Sache waren die Autoren sich einig. Denn für Vitoria setzte eine solche *iniuria* einen bleibenden Schädigungserfolg voraus; das zeigen die Beispiele – Verlust eines Auges oder eines Körperteils – unmissverständlich. Ein solcher Schaden war für Molina aber gerade ein restituierbares *damnum*, nicht eine *nuda iniuria*.

²⁹⁰ *Molina*, *De iustitia*, *tract. II, disp. 715, n. 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“; *loc. cit., disp. 726, n. 1*: „... qui causa est iniusti damni ... teneatur ea omnia restituere, quorum ita est causa iniusta“; siehe auch *loc. cit., disp. 715, passim, disp. 726, passim*; ferner etwa *Aspilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 27*; *Soto*, *De iustitia, lib. IV*; *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. V* ff.; ausdrücklich (zum Darlehen) auch *lib. II, cap. XX, dub. X*.

Sachen zurückzuerhalten oder einen gegenständlichen Ersatz, nicht bloß eine finanzielle Kompensation, als Ausgleich seines Verlusts wünschte²⁹¹; gleiches galt, wenn er seinen Leumund durch eine Richtigstellung übler Nachreden wiederhergestellt wissen wollte²⁹². Eine Grenze fanden diese Verpflichtungen erst dort, wo die Restitution nur um den Preis wesentlich größerer Nachteile seitens des Schuldners möglich war: Für die Erfüllung von Geldschulden brauchte man das eigene Leben und die eigene Ehre nicht aufs Spiel zu setzen; auch das war ein unmittelbar einsichtiges Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit²⁹³. Bei alledem war es schließlich selbstverständlich, dass der Anspruch nicht umgekehrt zu einer bereichernden Überkompensation führen durfte: Teleologisch diente er ja allein dem Ausgleich eines Verlusts²⁹⁴.

Damit implizierte die Restitutionslehre eine Reihe von Grundwertungen, die, so selbstverständlich sie heute erscheinen, quer zum Recht des Spätmittelalters standen. Gleichwohl erschienen diese Brüche den meisten spätscholastischen Autoren weitgehend unproblematisch. Zwar ließen römische Quellentexte sich, wo es passte, als Autoritäten heranziehen; in diesem Sinne haben manche Autoren römische Texte zur Begründung der Inkommensurabilitätsthese allegiert²⁹⁵. Versuche, die Haftungsfolgen der Restitutionslehre mit den Regeln oder Wertungen des römischen Rechts in Einklang zu bringen, hat es aber, soweit ersichtlich, nicht gegeben; ein solcher Versuch wäre auch zum Scheitern verurteilt gewesen²⁹⁶. Einzelne abweichende Regeln des römischen Rechts vermochten sich gegenüber den

²⁹¹ Freilich galt das nur dann, wenn der Geschädigte die beschädigte oder weggenommene Sache hatte behalten wollen; stand fest, dass er sie verkauft hätte, so musste er sich mit einem kompensatorischen Ausgleich zufrieden geben: *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. IV, n. 4*.

²⁹² *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 24*; *Molina*, *De iustitia, tract. II, disp. 714, nn. 2 f., disp. 751*; *Suárez*, *De Iustitia Dei, sect. II, n. 52*.

²⁹³ Konkret relevant wurde das insbesondere bei der vieldiskutierten Frage, ob es dem Restitutionsschuldner angesonnen werden dürfe, das eigene Leben zur Restitution des guten Rufs des Gläubigers aufs Spiel zu setzen; näher unten Fn. 387.

²⁹⁴ *STh II-II, qu. LXI, art. I und II, qu. LXII, art. I-III*; vgl. auch *Otte*, *Vitoria*, 69 ff.

²⁹⁵ So etwa *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 22*; *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XXIII, n. 141*. Siehe noch unten 108 ff.

²⁹⁶ Ein anderes Bild zeichnet *Unterreitmeier*, *Schmerzengeldanspruch*, 55 f. *Unterreitmeier* stützt sich insoweit allerdings praktisch ausschließlich auf Beobachtungen zur Diskussion um eine Entschädigung bei Körperverletzungen. Manche Autoren haben sich hier in der Tat ausführlich mit römischen Texten auseinandergesetzt (vgl. etwa *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 22*). Außerhalb dieses Fragenkreises galt das aber nicht. Vielmehr haben Autoren, die sich bei der Frage einer Entschädigung für Körperverletzungen auf römische Autoritäten gestützt haben (siehe etwa *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XXIII, n. 141* mit Verweis auf D. 9,3,7; siehe eben Fn. 282), häufig auch bei Ehrverletzungen eine Ausgleichszahlung für unangemessen gehalten (*loc. cit.*, *lib. II, cap. XI, dub. XVI*). Hier bedeutete das aber gerade eine Entscheidung gegen das römische Recht. Denn die Rechtsfolge einer *iniuria* bestand nach der *actio iniuriarum* in der Verpflichtung zu einer Geldzahlung (eben Fn. 286). Zudem haben sich andere Autoren, die sonst in stärkerem Maße am römischen Recht orientiert waren, in einer besonders weitgehenden Weise für einen pekuniären oder sonst materiellen Ausgleich immaterieller Schäden

Wertungen des spätscholastischen Naturrechts nämlich offenbar schon deshalb nicht durchzusetzen, weil den römischen Regeln eine kohärente Wertungsgrundlage fehlte. Aus der Perspektive der spanischen Spätscholastiker musste es deshalb in erster Linie darum gehen, die naturrechtsphilosophischen Wertungen in konkret anwendbare Rechtsregeln auszubuchstabieren.

a) Sachbeschädigungen und wirtschaftliche Verluste

Verhältnismäßig unproblematisch ließ sich dies für Sachbeschädigungen und Vertragsverletzungen leisten. Hier ist die spätscholastische Theorie ohne weiteres von dem Grundsatz ausgegangen, dass im Rahmen der Restitution stets voller Ersatz geschuldet sei. In römisch-rechtlicher Terminologie bedeutete das, dass das ganze *interesse*²⁹⁷, also nicht nur der unmittelbare Schaden, das *damnum emergens*, sondern auch das *lucrum cessans* zu ersetzen war²⁹⁸. Die übrigen komplexen ersatzbeschränkenden Differenzierungen, die die gemeinrechtliche Lehre in diesem Kontext entwickelt und mittels einer feinsinnigen, nur schwer verständlichen Terminologie zum Ausdruck gebracht hatte²⁹⁹, brauchten die Spätscholastiker deshalb nicht einmal anzusprechen. Ein Problem bestand hier aus ihrer Perspektive jedenfalls nicht³⁰⁰: Im Rahmen der Restitutionslehre war kein Platz für solche ersatzbeschränkenden Wertungen. Relevant waren allein der wirtschaftliche Verlust des Restitutionsgläubigers und die Frage, wer von Naturrechts wegen welche Risiken tragen sollte.

ausgesprochen (siehe etwa *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 84, n. 7; disp. 88, nn. 1, 6) bzw. auch bei einer Tötung einen restitutorischen Ausgleich für das verlorene Leben gefordert (*Azpilcueta*, loc. cit., nn. 22 f.). Im Übrigen haben die Spätscholastiker die restriktiven römischen Wertungen auch bei Sachbeschädigungen und Vertragsverletzungen (sogleich 97 f.) sowie insbesondere auch bei den wirtschaftlichen Folgeschäden einer Körperverletzung oder Tötung (oben 80 f., unten 113 f.) schlicht übergangen.

²⁹⁷ *Covarruvias*, Regulae Peccatum, p. II, § 6 pr.: „... illati damni reparatio(nem), & eius, quod alterius verè intersit, restitutio(nem)“.

²⁹⁸ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 726, nn. 1, 5; ferner disp. 723, n. 1; für den Verzug etwa *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. IV, nn. 1 ff.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XX, dub. X. Nur in diesem Zusammenhang haben die Spätscholastiker überhaupt auf römische Terminologie zurückgegriffen.

²⁹⁹ Hier standen dogmatische Kategorien wie das *interesse circa* und *extra rem*, das *damnum* und *lucrum* oder die auf die Schätzungsart bezogene Differenzierung von *interesse singulare*, *commune* und *conventum*. Fest stand allein, dass entgangener Gewinn (*interesse extra rem* bzw. *lucrum cessans*) nur unter engen Voraussetzungen zu ersetzen war, und dass der Schadensersatz auf das *duplum* begrenzt war. Unklar blieb freilich, wonach das *duplum* zu bemessen war. Näher zum Ganzen unten 157 f.

³⁰⁰ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 726, n. 1: „Quando aliquis damnum iniuste dat, rem externam alterius destruendo, aut deteriorem reddendo, vel aliqua alia ratione, restituere illi tenetur valorem totius damni ita iniuste dati. In his nulla est difficultas, facileque ex eo liquet, quod, qui damnum ita dat, est causa iniusta horum damnorum“.

Das wird besonders deutlich beim Vergleich des Umfangs der Restitutionspflicht im Falle eines Diebstahls bzw. sonst einer bösgläubigen Besitzentziehung oder -vorenthaltung einerseits³⁰¹ und der Beschädigung oder Zerstörung einer Sache andererseits. Beim Diebstahl blieb der Geschädigte Eigentümer (*dominus*) und verlor lediglich seinen Besitz (*possessio*). Gegen die autoritativen Aussagen des *Corpus iuris civilis*, wonach der Dieb hier auch sämtliche Zufallsrisiken verantworten sollte³⁰², hielten die Spätscholastiker deshalb ganz überwiegend daran fest, dass der Restitutionsschuldner nur für die Schadensfolgen der rechtswidrigen Besitzentziehung haftbar gemacht werden dürfe. Das reine Zufallsrisiko sollte grundsätzlich weiterhin beim bestohlenen Eigentümer liegen. Man konnte hier ein altes Argument zum gemeinrechtlichen Vertragsrecht³⁰³ übertragen und darauf hinweisen, dass der Darlehensnehmer, anders als der Mieter, das Risiko eines zufälligen Verlusts der Darlehenssache nur deshalb zu tragen habe, weil er Eigentümer der Sache werde³⁰⁴. Eine Belastung des Besitzers mit dem Zufallsrisiko gehe deshalb über einen bloßen Ausgleich hinaus. Eine derartige Regel, so die offenbar einhellige Lehre, lasse sich deshalb nur als Strafe erklären, für die im Rahmen der Restitution jedoch kein Platz sei³⁰⁵.

Zwar sollte der bösgläubige Besitzer und Restitutionsschuldner grundsätzlich auch dann zum Wertersatz verpflichtet sein, wenn ihn am Untergang der Sache kein weiteres Verschulden traf. Grundsätzlich galt die Besitzentziehung nämlich als eine rechtswidrige Ursache für den Verlust der Sache³⁰⁶. Wäre die Sache aber ebenso auch beim Eigentümer untergegangen, so sollte auch ein bösgläubiger Besitzer von der Haftung frei werden, sofern der Eigentümer nicht geltend machte, dass er die Sache vor dem Zeitpunkt der Zerstörung veräußert hätte³⁰⁷. Auch ein bösgläubiger Besitzer

³⁰¹ Hierzu *Nufer*, Restitutionslehre, 20 ff. m.w.N.

³⁰² Siehe nur *Tryphonin* 15 *disp.* D. 13,1,20; *ibid.* D. 43,16,19; *Ulpian* 27 *ad ed.* D. 13,1,8,1; siehe auch *Paulus* 20 *ad ed.* D. 5,3,40 *pr.* (zur Haftung nach der *litis contestatio*). Danach war der *fur* im Verzug und hatte daher sämtliche Risiken zu tragen; siehe auch *Kaser*, Römisches Privatrecht I, 514 ff.; *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, § 37, Rn. 7. Missverständlich ist daher die Behauptung von *Nufer*, der Besitzer habe, im Einklang mit römischem Recht, unabhängig von einem Verschulden haften müssen (Restitutionslehre, 22).

³⁰³ Inst. 3,14,2; vgl. *Zimmermann*, Obligations, 154.

³⁰⁴ *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, *qu.* LXII, *art.* VI, *n.* 7.

³⁰⁵ Ausführlich und mit einer Diskussion der Differenz zum römisch-gemeinen Recht *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p.* II, § 6, *pr.* und *n.* 1.

³⁰⁶ *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* XII, *dub.* XV, *n.* 90. Dass die Mehrheit der Theologen die kanonistische Lehre vom *versari in re illicita* abgelehnt hat (unten 123 ff.), blieb im Kontext der Haftung des bösgläubigen Besitzers allerdings offenbar ohne Konsequenz. Ein über die Bösgläubigkeit hinausgehendes zusätzliches Verschulden hinsichtlich des Untergangs der Sache hat jedenfalls, soweit ersichtlich, niemand verlangt.

³⁰⁷ *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, *p.* II, § 6, *n.* 1 m.w.N. zum kontroversen älteren Meinungsstand; *Molina*, De iustitia, *tract.* II, *disp.* 726, *n.* 2; *Lessius*, De iustitia, *lib.* II, *cap.* XII, *dub.* XV, *nn.* 90, 92 ff. (in diesem Fall spräche vieles dafür [*probabilior*], dass auch ein weiteres Verschulden des Restitutionsschuldners nicht schade: *nn.* 93 ff.); siehe auch *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, *cap.* XVII, *n.* 179; *Medina*, De restitutione, *qu.* VI, *concl.* VI.

musste also nur für die von ihm zu verantwortende Gefahrerhöhung eintreten. Umgekehrt hatte er aber für alle Schadensfolgen seiner rechtswidrigen Besitzentziehung aufzukommen. Er musste deshalb nicht nur die Früchte bzw. Nutzungen ersetzen, die er tatsächlich gezogen hatte³⁰⁸, sondern auch sämtliche Früchte bzw. Nutzungen, die der Eigentümer hätte ziehen können. Zudem musste er bei volatilen Preisen grundsätzlich für den zwischenzeitlichen Höchstwert der Sache eintreten. Anders als im römischen Recht³⁰⁹ galt das jedoch nur dann, wenn der Eigentümer tatsächlich vorgehabt hatte, seine Sache zu diesem Preis zu verkaufen, wenn ihm also tatsächlich ein Gewinn entgangen war³¹⁰.

Bei der Zerstörung einer Sache stellen sich all diese Fragen von vornherein nicht. Denn hier hatte der Restitutionsgläubiger nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigentum verloren³¹¹. Infolgedessen kam es allein auf den Wert der Sache im Zeitpunkt der Schädigung an. Da die Spätscholastiker dabei davon ausgingen, dass der Wert möglicher künftiger Nutzungen bereits im Sachwert mit eingepreist war, brauchten sie über eine Ersatzpflicht des Schädigers insoweit gar nicht nachzudenken. Folgerichtig war es aber auch umgekehrt unerheblich, ob die Sache – etwa infolge eines Naturereignisses oder eines Krieges – auch dann untergegangen wäre, wenn der Schädiger sie nicht zerstört hätte. Stand der künftige Untergang fest, so beeinflusste das nämlich den Wert der Sache; und andernfalls waren derartige hypothetische Ereignisse zu vernachlässigen. Da der Schädiger dem Restitutionsgläubiger mit der Zerstörung der Sache auch das *dominium* genommen hatte, brauchte dieser das Zufallsrisiko nämlich nicht mehr zu tragen³¹².

Bei diesem Ansatz war es schließlich selbstverständlich, dass Schuldner auch für Verzugsschäden aufzukommen hatten³¹³,

³⁰⁸ Insoweit war der Anspruch bereits als *restitutio ratione rei* begründet. Fraglich und strittig war hier nur, ob der Restitutionsschuldner gezogene Früchte auch dann herauszugeben hatte, wenn diese nicht mehr vorhanden waren und der Schuldner auch nicht mehr bereichert war. Siehe zum Ganzen oben 52.

³⁰⁹ *Ulpian 27 ad ed. D. 13,1,8,1*. Hiernach war der Anspruch gegen den Besitzer von vornherein nach dem Höchstwert der Sache seit der Besitzergreifung bemessen.

³¹⁰ *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, p. II, § 6, n. 2; *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XVII, nn. 24 f.; ausführlich *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 725; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XII, dub. XVI. Dass auch der bösgläubige Besitzer hier Kosten und ein Entgelt für seine Tätigkeit verlangen konnte (vgl. bereits oben 72 f.), war dabei selbstverständlich. Die restriktiven Regeln des römischen Rechts ließen sich mit den ausgleichsorientierten Grundwertungen der *restitutio* nicht vereinbaren und galten deshalb im *forum conscientiae* von vornherein als unbeachtlich: *Covarruvias*, loc. cit., § 6, nn. 3 f.

³¹¹ Ausdrücklich in diesem juristisch-technischen Sinne *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 726, n. 2; vgl. auch disp. 725, nn. 1 f.; *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. VI, n. 7 (zum *mutuum* einerseits und *commodatum* andererseits).

³¹² *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 726, n. 2.

³¹³ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. IV, nn. 1 ff.; *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 726, n. 5. Ansprüche wegen Verzugs wurden stets im Rahmen der Restitution behandelt; siehe oben 54 f.

soweit der Verzug nicht entschuldigt³¹⁴ und der entgangene Gewinn nicht rechtsbzw. sittenwidrig war³¹⁵. Freilich waren dabei nicht nur die optimistische Gewinnerwartung des Geschädigten, sondern auch die Risiken des entgangenen Geschäfts zu berücksichtigen³¹⁶; zudem hatte der Gläubiger zu beweisen, dass ihm tatsächlich ein Geschäft entgangen war³¹⁷. Überhaupt ergaben sich Schwierigkeiten offenbar nur dort, wo der wirtschaftliche Verlust sich nicht ohne weiteres bestimmen ließ³¹⁸. Beispielhaft diskutiert wurde das insbesondere für Fälle, in denen Korn auf dem Halm vernichtet oder ein Fohlen getötet worden war. Hier sollte der Geschädigte nicht den erhofften Gesamterlös aus dem späteren Verkauf der Ernte bzw. den Wert eines ausgewachsenen Pferdes erhalten, weil das eine Überkompensation bedeuten hätte. Ersetzt wurde lediglich der gegenwärtige Wert des Jungtieres bzw. der mögliche Erlös eines hypothetischen Verkaufs auf dem Halm³¹⁹. Zwar hatte insbesondere *Domenico de Soto* vorgetragen, dass zumindest bei einer vorsätzlichen Schädigung der volle spätere Wert der ausgereiften Sache bzw. des ausgewachsenen Tieres zugrunde zu legen sei. Denn andernfalls müsse der Geschädigte sich wirtschaftlich einen Zwangsverkauf oktroyieren lassen³²⁰. Herrschend wurde diese Ansicht indes nicht. Im Rahmen der Restitution sollte es auf die Schwere der Schuld nämlich gerade nicht ankommen; diese konnte lediglich für den Ausgleich des Unrechts, also für die Bemessung einer Strafsanktion bzw. Buße, relevant sein³²¹.

b) Weibliche Geschlechtsehre und verschlechterte Eheaussichten

Im Bereich der Personenverletzungen hatten bereits die hochscholastischen Autoren, insbesondere auch *Thomas von Aquin*, vor allem drei Fallgruppen diskutiert und damit der späteren Diskussion Kategorien vorgegeben. Neben der

³¹⁴ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 726, n. 5.

³¹⁵ *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. IV, nn. 2 f.; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 726, n. 5.

³¹⁶ *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. IV, n. 1.

³¹⁷ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 726, n. 5: die Vermutung spreche dagegen, dass Kaufleute nur wegen des Verzugs eines Schuldners von einem lukrativen Geschäft Abstand nehmen.

³¹⁸ *Aspilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 27.

³¹⁹ STh II-II, qu. LXII, art. IV; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 726, n. 4; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XIX. Zur Diskussion *Gordley*, Foundations of Private Law, 267 ff. m.w.N.

³²⁰ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. V. Ähnlich *Toletus*, In Summam Theologiae Enarratio, ad qu. LXII, art. IV: der Ersatz habe sich am erhofften Erlös zu orientieren; abzuziehen seien nur ersparte Aufwendungen, nicht aber Risiken (*pericula*) oder die künftige Arbeit des Geschädigten.

³²¹ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 726, n. 4; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XII, dub. XIX.

Körperverletzung und Verletzungen der Ehre und des guten Rufs (*honor* und *fama*)³²² war das insbesondere die Schändung einer Jungfrau (*stuprum* bzw. *defloratio*). Spezielle Probleme andersartiger Rechtsverletzungen, etwa der Ausgleich einer Freiheitsberaubung oder einer rechtswidrigen Verbannung, wurden in diesem kategorialen Rahmen anpassender Stelle mitdiskutiert³²³.

Nun stand bei der Schändung einer Jungfrau zunächst fest, dass der Verlust der weiblichen Unbescholtenheit als solcher nicht ausgleichsfähig sein sollte. Das war schon deshalb bemerkenswert, weil nach kanonischem Recht das Gegenteil galt³²⁴: Hatte ein Mann eine Jungfrau verführt, so musste er dieser nach kanonischem Recht nämlich eine Mitgift (*dos*) stellen und sie heiraten³²⁵. Seit dem Spätmittelalter war diese Regel auch ins weltliche Recht eingegangen. Während die Dotierungs- und Eheschließungspflicht nach kanonischem Recht jedoch kumulativ galten, war es dem Verführer nach weltlichem Recht allerdings normalerweise freigestellt, die Frau entweder zu heiraten oder zu dotieren³²⁶.

Dabei gingen die Grundsätze des kanonischen Rechts letztlich auf eine Regel des Alten Testaments³²⁷ zurück; und sie waren noch einmal auf dem Konzil von Trient bestätigt worden. Obwohl sie damit von gewichtigen theologischen und institutionellen Autoritäten gestützt waren, haben die spätscholastischen Naturrechtstheologen sich offenbar außerstande gesehen, diese Grundsätze in den kategorialen Rahmen der Restitutionslehre einzufügen. Sie mochten deshalb nicht einmal die flexibleren Regeln des weltlichen Rechts akzeptieren, sondern haben den gemeinrechtlichen Grundsätzen von Anfang an einen anderen, aus heutiger Sicht konzeptionell deutlich liberaleren Ansatz gegenübergestellt und weitergehende Ansprüche auf das *forum externum* beschränkt³²⁸. Anders als das kanonisch-gemeine Recht waren die Regeln zur Restitution auch in diesem Kontext der Sexualmoral

³²² Vgl. STh II–II, *qu.* LXII, *art.* I f.; Unterreitmeier, Schmerzensgeldanspruch, 31 ff.

³²³ Vgl. etwa Molina, *De iustitia, tract.* III, *disp.* 87, *n.* 1: Freiheitsberaubungen bei der Körperverletzung.

³²⁴ Decr. Greg. IX., *lib.* V, *tit.* XVI, *cap.* I. Für den Fall, dass der Mann die Eheschließung verweigerte, waren dabei Exkommunikation sowie physische Sanktionen angedroht (*loc. cit.*, *cap.* II). Das Konzil von Trient hatte diese Regeln bestätigt (24. Session, *De reformatione matrimonii, cap.* VI).

³²⁵ Die Diskussion zeichnen nach: Wieling, Interesse und Privatstrafe, 134; Unterreitmeier, Schmerzensgeldanspruch, 79 f., jeweils m.w.N.

³²⁶ Eine Verpflichtung zur Heirat wurde zumeist nur dann angenommen, wenn der Mann der Frau die Ehe versprochen hatte. Siehe etwa Voet, *Commentarius ad Pandectas, lib.* XLVIII, *tit.* V, §§ 3 ff.; Strypke, *Usus modernus, lib.* XLVIII, *tit.* V, § 20. Die Frage war häufig auch statutarisch geregelt; insoweit war die Rechtslage zwar nicht einheitlich, folgte aber doch diesem Regelungsmuster; vgl. Merius, *Commentarii in Jus Lubicense, lib.* IV, *tit.* V, *art.* I, *nn.* 2 ff.; Lauterbach, *Collegii, lib.* XLVIII, *tit.* V, §§ 41 ff., jeweils m.w.N.

³²⁷ Ex. 22, 15 f.

³²⁸ Covarruvias, *De sponsalibus / matrimoniis, p.* II, *cap.* VI, § 8, *n.* 19; *id.*, *Regulae Peccatum, p.* II, § 3, *n.* 8; Molina, *De iustitia, tract.* III, *disp.* 106, *nn.* 1 f.; G. Vázquez (Bellemontanus), *Tractatus de restitutione, cap.* III, § II, *dub.* I, *n.* 2. Soweit weitergehende Ansprüche gerichtlich judiziert waren, galt ihre Erfüllung freilich als Gewissenspflicht; siehe näher Azpilcueta, *Enchiridion, sive Manuale, cap.* XVI, *n.* 16; Báñez, *Decisiones, qu.* LXII, *art.* II, *dub.* VII, *ult. concl.*; Molina, *loc. cit.*, *passim*.

nämlich nicht als eine Strafsanktion für verpöntes Verhalten konzipiert, sondern am Schutz der Interessen und Rechte der jungen Frau (*puella*) ausgerichtet³²⁹. Denn die Frau galt als Herrin ihres Körpers (*domina sui corporis*)³³⁰ oder sollte jedenfalls zum freien Gebrauch ihres Körpers befugt sein³³¹. Dabei betonten spätere Autoren zudem, gegen *Thomas von Aquin*³³² und andere ältere Autoritäten³³³, dass die Eltern insoweit auch nicht als Behüter (*custodes*) ihrer Tochter in eigenen Rechten geschädigt würden³³⁴. Bei einem einverständlichen Beischlaf musste ein Restitutionsanspruch folglich ausscheiden³³⁵. Ein Anspruch des Vaters kam dann nur nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn er in seiner Familienehre verletzt war³³⁶. Im Übrigen sollte der Frau (und dann gegebenenfalls auch dem Vater) ein Ausgleichsanspruch zustehen, wenn sie von dem Liebhaber unangemessen gedrängt bzw. getäuscht worden war³³⁷, wobei für eine solche Täuschung ein Eheversprechen nicht erforderlich war³³⁸.

Bei alledem sollte es – das war aus der Perspektive der Restitution nur folgerichtig – ausschließlich um Schadensersatz, also um einen Ausgleich der verschlechterten Eheaussichten der Frau, gehen³³⁹. Im *forum conscientiae* war der Mann deshalb weder

³²⁹ *Covarruvias*, De sponsalibus / matrimoniis, p. II, cap. VI, § 8, n. 19.

³³⁰ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. II, n. 9: „si puella liberè consentit, ad nihil ei tenetur. ... puella ... est domina sui corporis“; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § I, dub. I, n. 6: „puella enim domina est sui corporis ... non laeditur alicuius, si ipsa consentit, & pater“. Siehe auch *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 106, n. 1 und *passim*.

³³¹ *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. VII, prim. concl.: „... mulier est domina usus illius membri“.

³³² STh II–II, qu. CLIV, art. 6.

³³³ *Cajetan*, Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. CLIV, art. VI; siehe auch *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVI, n. 19.

³³⁴ *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 106, n. 2: „virgo non est possessio patris“; man könne den Schaden der Tochter daher nicht zum Schaden des Vaters machen. Zwar geschehe dem Vater ein Unrecht, doch begründe das keinen Restitutionsanspruch; vielmehr komme es dafür auf ein *damnum* an. Siehe auch *loc. cit.*, n. 7; ebenso *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § I, dub. I, nn. 5 f., 10 und § II, dub. IV, n. 12 f.

³³⁵ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. I, ad sec. (S. 266); *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVI, n. 16; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. VII, prim. concl.; *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 106, nn. 1 f., 4; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § I, dub. I, nn. 5 ff.; § II, init. und dub. IV, n. 12 f. m.w.N.

³³⁶ *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. VII, prim. concl.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. I, nn. 1 ff., dub. II, n. 9. Grundsätze zur Körperverletzung; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § II, dub. I, nn. 2 f. m.w.N.

³³⁸ *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVI, nn. 16 f.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. II, nn. 10, 12 f.; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § II.

³³⁹ *Covarruvias*, De sponsalibus / matrimoniis, p. II, cap. VI, § 8, n. 19; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § I, dub. II, nn. 17 f.

zur Eheschließung noch zu einer vollen Dotierung verpflichtet³⁴⁰. Für den Ausgleich der Folgen einer Verführung war eine Eheschließung nämlich weder erforderlich noch zumutbar; vielmehr genügte eine finanzielle Kompensation, die die verschlechterten Eheaussichten auffangen sollte³⁴¹. Umgekehrt durften freilich auch die Frau bzw. ihr Vater eine Ehe ablehnen, ohne damit auch einen finanziellen Restitutionsanspruch zu verlieren³⁴².

Eine Verpflichtung, die Frau zu heiraten, bestand für den Mann dementsprechend nur dann, wenn er ihr die Ehe versprochen hatte; dann brauchte er aber auch keinen Zuschuss zur Mitgift zu leisten. Dabei sollte diese Verpflichtung ihre Grundlage allerdings nicht in der Verführung, sondern im vertraglichen Versprechen bzw. – im Falle einer Täuschung – in einer Verletzung der berechtigten Hochzeitserwartung finden³⁴³ und war deshalb nach überwiegender Auffassung unabhängig von der Unbescholtenheit der Frau³⁴⁴. Die ältere scholastische Lehre hatte solche Umstände bereits für einen Eheschluss genügen lassen bzw. unter solchen Umständen ein wechselseitiges Eheversprechen zumindest vermutet³⁴⁵.

Es war bei diesem ausgleichsorientierten Ansatz nur konsequent, dass der Mann keine volle Mitgift zu stellen brauchte. Dies hätte eine Strafsanktion bedeutet, die über den Verlust der Verführten hinausging³⁴⁶.

³³⁷ Báñez, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. VII, sec. und tert. concl. mit Verweis auf die allgemeinen

³⁴⁰ Azpilcueta, *Enchiridion*, sive Manuale, cap. XVI, n. 16 f.; Lessius, *De iustitia*, lib. II, cap. X, dub. II, n. 11; G. Vázquez (Bellemontanus), *Tractatus de restitutione*, cap. III, § I, dub. II, n. 18 und § II, dub. V.

³⁴¹ Covarruvias, *De sponsalibus / matrimoniis*, p. II, cap. VI, § 8, n. 19; Azpilcueta, *Enchiridion*, sive Manuale, cap. XVI, n. 17; Molina, *De iustitia*, tract. III, disp. 106, n. 5; Lessius, *De iustitia*, lib. II, cap. X, dub. II, n. 13. Einzelheiten sogleich bei Fn. 346 ff.

³⁴² Lessius, *De iustitia*, lib. II, cap. X, dub. II, n. 12; G. Vázquez (Bellemontanus), *Tractatus de restitutione*, cap. III, § I, dub. II, n. 17 und § II, dub. V m.w.N. Manche wollten der Frau nur dann ein Wahlrecht geben, wenn der Mann Gewalt angewendet hatte: Covarruvias, *De sponsalibus / matrimoniis*, p. II, cap. VI, § 8, n. 20.

³⁴³ Azpilcueta, *Enchiridion*, sive Manuale, cap. XVI, n. 18; Molina, *De iustitia*, tract. III, disp. 106, nn. 3 ff.; Lessius, *De iustitia*, lib. II, cap. X, dub. II, n. 20 m.w.N.: „... promissio facta est in modum contractus“; ebenso G. Vázquez (Bellemontanus), *Tractatus de restitutione*, cap. III, § I, dub. II, n. 15; siehe ausführlich auch loc. cit., dub. II f., V f. m.w.N. zur Diskussion. Bei einem nicht ernstlich gemeinten Versprechen komme zwar kein Vertrag zustande, doch hafte der Mann dann wegen der Verletzung der berechtigten Eheerwartung: Molina, loc. cit., n. 4; Lessius, loc. cit., n. 21. Sei allerdings offensichtlich, dass der Mann keine Ehe zu schließen beabsichtige, so könne die Frau nicht behaupten, getäuscht worden zu sein: Molina, loc. cit., nn. 3 f.; Lessius, loc. cit., nn. 22, 24; Vázquez, loc. cit., nn. 16, 18 f.

³⁴⁴ Siehe etwa Molina, *De iustitia*, tract. III, disp. 106, n. 10.

³⁴⁵ So Duns Scotus, *Quaestiones in Lib. IV Sententiarum*, lib. IV, dist. XXVIII, qu. unica. Eine Ehe sollte nämlich schon durch ein ausdrückliches Eheversprechen zustande kommen. Zwar genüge ein Versprechen de futuro angesichts des sakramentalen Charakters der Ehe nicht, doch werde ein echtes Eheversprechen unter solchen Umständen vermutet, weil nicht anzunehmen sei, dass die Liebhaber eine Todsünde begehen wollten. Damit fiel von vornherein ein Großteil der Probleme weg, die später im Rahmen der Restitution diskutiert wurden.

³⁴⁶ Covarruvias, *De sponsalibus / matrimoniis*, p. II, cap. VI, § 8, n. 19; Molina, *De iustitia*, tract. III, disp. 106, nn. 1 f., 5.

Vielmehr musste er die Mitgift lediglich so weit aufstocken, wie das erforderlich war, um die verschlechterten Eheaussichten einer bescholtenen Frau auszugleichen. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass eine Braut, wenn sie nicht mehr unbescholten war, eine höhere Mitgift in die Ehe einbringen musste, um einen gleichermaßen attraktiven Ehemann zu finden³⁴⁷. Ein weitergehender Anspruch auf eine volle, standesangemessene Mitgift, wie ihn sowohl das kanonische als auch das weltliche Recht vorsahen³⁴⁸, war demgegenüber nur bei einem entsprechenden gerichtlichen Urteil geschuldet. Entsprechend musste ein Restitutionsanspruch schließlich gänzlich entfallen, wenn die Frau mittlerweile trotz ihrer verlorenen Unbescholtenheit eine gute Partie gefunden hatte. Denn damit war ihr Schaden offenkundig entfallen. Der Restitutionsanspruch sollte ja nicht den Kummer der enttäuschten Frau lindern; und die Rechtsverletzung als solche (*defloratio*) war irreparabel und konnte – so die überwiegende Lehre³⁴⁹ – bei einer verheirateten Frau auch keine dauerhafte Entstellung bedeuten³⁵⁰.

Offenbar waren diese Regeln im Einzelnen deutlich flexibler konzipiert als es *prima vista* scheinen mag; dies minderte die Spannung gegenüber dem kanonischen und römisch-gemeinen Recht. Manche meinten, dass es ein Gebot des Anstands sei (allerdings nicht der Gerechtigkeit, auf die es im *forum conscientiae* ankam), auch einer einverständlich beteiligten Frau die Mitgift aufzustocken³⁵¹; andere wollten der Frau jedenfalls dann einen Anspruch geben, wenn ihr Liebhaber wesentlich begüterter war³⁵². Selbstverständlich war jedenfalls, dass ein Eheversprechen auch stillschweigend gegeben werden konnte³⁵³; und für eine Drohung, die eine Verpflichtung zur Aufstockung der Mitgift begründen sollte, konnte es nach einer verbreiteten Ansicht schon genügen, dass der Liebhaber sich aufdringlich verhielt³⁵⁴,

³⁴⁷ Covarruvias, De sponsalibus / matrimoniis, p. II, cap. VI, § 8, n. 19 f.; Azpilcueta, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVI, nn. 17 f.; G. Vázquez (Bellemontanus), Tractatus de restitutione, cap. III, § II, dub. I, n. 2; ausführlich loc. cit., § II, dub. V; Báñez, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. VII, ult. concl.; siehe auch Lessius, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. II, n. 11.

³⁴⁸ Nachweise eben Fn. 324, 326.

³⁴⁹ Anders hier Molina, De iustitia, tract. III, disp. 106, n. 6, unter Berufung auf Vitoria: „apertio ... claustrum virginis, damnum in se corporale sit pretio aestimabile“. Weil es dabei um einen Körperschaden, nicht um die Verführung oder Geschlechtschre, gehen sollte, konnte nur eine Jungfrau einen solchen Anspruch haben: loc. cit., n. 11.

³⁵⁰ Lessius, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. I, n. 3; dub. II, nn. 15 und ff.; G. Vázquez (Bellemontanus), Tractatus de restitutione, cap. III, § II, dub. III (die „defloratio secundum se“ sei „non restitibilis“; zu restituieren sei ein „congruum matrimonium“, das die Frau hier jedoch nicht verloren habe), jeweils m.w.N.

³⁵¹ Soto, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. I, ad sec. (S. 266).

³⁵² Báñez, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. VII, quart. concl.

³⁵³ Lessius, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. II, n. 13.

³⁵⁴ Báñez, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. VII, tert. concl.: „Si quis sit nimium molestus extraordinariis diligentis sollicitans virginem adhuc repugnantem: & illa tandem victa non dolo aut fraude succumbat: tenetur ad restitutionem ... quoniam respectu foeminae, huiusmodi sollicitationes reputantur pro violentia“; Azpilcueta, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVI, n. 16: „... si graviter & importune fuit rogata, satis dicitur coacta“; siehe auch loc. cit., n. 19: „... fraude aut importunis precibus“; Lessius, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. II, n. 14.

indem er etwa mit unangemessen leidenschaftlichen Anträgen an die Frau herantrat oder ihr wiederholt von seiner Liebesang³⁵⁵. Unter Umständen sollte auch der Gedanke des *metus reverentialis* helfen: Auch die „Ehr-Furcht“ einer Magd gegen ihren jugendlich aufdringlichen Herrn sollte nach Ansicht mancher Autoren einen Anspruch begründen können³⁵⁶.

Zur allgemeinen Meinung konnte diese Überlegung allerdings schon deshalb nicht werden, weil solche Argumente quer zu den vertragsrechtlichen Grundannahmen der spätscholastischen Autoren standen³⁵⁷. Denn eigentlich war längst geklärt, dass auch ein erzwungener Konsens als das geringere von zwei Übeln gewollt war³⁵⁸. Anders als im gemeinen Recht³⁵⁹ sollte insbesondere *metus reverentialis* deshalb nur dann beachtlich sein, wenn er als das Resultat einer deliktsrechtlich relevanten Drohung ein Recht zur Vertragsaufhebung eröffnete³⁶⁰. Grundsätzlich waren Menschen für ihr Verhalten, auch wenn es unmoralisch bzw. rechtswidrig war, nämlich selbst verantwortlich; dies bildete ganz allgemein den ausschlaggebenden Grund dafür, dass Anstifter dem Angestifteten nicht unter dem Gesichtspunkt einer Schädigung der moralischen bzw. spirituellen Integrität haften sollten³⁶¹. Auch wenn man unangemessenes Bitten vor diesem Hintergrund nicht für eine Drohung genügen lassen wollte, konnte man der gefallenen Jungfrau freilich immer noch helfen:

³⁵⁵ Báñez, *Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. VII, tert. concl.*: „preces affectuosae & importunae“, „amatoria carmina frequenter decantata“. Setze der Liebhaber derartige Mittel ein, so könne dies dazu führen, dass die Frau nicht mehr Herrin ihres freien Willens sei.

³⁵⁶ Lessius, *De iustitia, lib. II, cap. X, dub. II, n. 14*.

³⁵⁷ Gegen diese Argumente etwa Molina, *De iustitia, tract. IV, disp. 41*; G. Vázquez (Bellemontanus), *Tractatus de restitutione, cap. III, § II, dub. I, nn. 4 ff. m.w.N.* zur Diskussion. Die herrschende Lehre stehe im Widerspruch mit allgemeinen Grundsätzen, und es sei schlicht inkonsequent, wenn man davon ausgehe, dass die Frau zwar Geschenke annehmen, nicht aber in einen Beischlaf einwilligen könne. Wenn eine unverheiratete Frau unter solchen Umständen mit ihrem Liebhaber schlafe, so erweise sie sich damit eben als leichtes Mädchen.

³⁵⁸ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, 1110 a mit einem später immer wieder aufgenommenen Hinweis auf die freie Entscheidung zum Seewurf; Lessius, *De iustitia, lib. II, cap. XVII, dub. VI, nn. 36 ff.*

³⁵⁹ (Ulpian 76 ad ed.) D. 44,5,1,6: „... metu solo vel nimia reverentia patrono“ (wahrscheinlich interpoliert); Accursius, *Corpus iuris civilis*, Gl. *Metu solo* zu D. 44,5,1,6; Schneidewin, *Commentarii, lib. IV, tit. VI, § 25, De actionibus quadrupli, nn. 44 ff.*; Wesenbeck, *Paratitla, ad C. 2,20, § 6*. Ausführlich du Plessis/ Zimmermann, *Relevance of Reverence*, 353 ff. m.w.N.

³⁶⁰ Lessius, *De iustitia, lib. II, cap. XVII, dub. VI, n. 35*: „... quo filius timet offensionem parentum, pupillus tutorum, ...; nimirum si haec offensio putetur fore magna & diuturna, cum asperitate vultus vel verborum, vel alia mala tractatione“. Auch *metus reverentialis* war ein Unterfall des *metus gravis*; *metus levis* hätte kein Aufhebungsrecht gegeben: *loc. cit.*, nn. 35, 46. Näher zum Ganzen Jansen, *Seriositätskontrollen*, 133 ff., 136 f. m.w.N. zur späteren Naturrechtsdiskussion.

³⁶¹ Soto, *De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, tert. concl.* (S. 246).

Möglicherweise war ihr Einverständnis nämlich unwirksam gewesen, weil sie es aus Schüchternheit nicht gewagt hatte, sich dem Ansinnen ihres Liebhabers zu widersetzen. Hätte dieser das erkennen müssen, so wurde er aus diesem Grunde restitutionspflichtig³⁶².

Aber auch die Eheverpflichtung wurde flexibel gehandhabt. So musste auch bei einem Eheversprechen eine bloße Dotierung der Frau genügen, wenn eine Ehe ausgeschlossen war, weil die Frau bzw. ihr Vater die Ehe ablehnten oder weil der Mann verheiratet oder ordiniert war³⁶³. Nach allgemeinen Vertragsrechtsgrundsätzen entfiel eine Heiratspflicht aber auch bei einer hohen, der Frau bekannten Standesdifferenz, weil die Frau dann nicht hätte annehmen dürfen, dass das Versprechen ernst gemeint war³⁶⁴. Was gelten sollte, wenn der Mann die Frau auch über seinen Stand bzw. die Standesdifferenz getäuscht hatte, war freilich eine schwierige Frage³⁶⁵. Hatte die Frau den Mann demgegenüber ihrerseits getäuscht (insbesondere über ihre Jungfräulichkeit), sollte der Mann gänzlich frei sein³⁶⁶.

c) Verletzungen des guten Rufs und der Ehre

Ganz andersartige Probleme stellten sich bei Verletzungen des guten Rufs und der Ehre³⁶⁷: Rechtsgüter, deren Bedeutung in der Welt des 16. Jahrhunderts kaum überschätzt werden kann. Schon deshalb musste das Interesse des Geschädigten an einer Wiederherstellung seines Rufs und seiner Ehre im Vordergrund stehen; und es war selbstverständlich, dass solche Rechtsverletzungen in erster Linie

³⁶² *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 106, n. 1 mit dem konsequenten Schluss, dass die Frau dann auch alle Geschenke zurückgeben müsse, weil ihr Einverständnis auch insoweit unwirksam gewesen sei.

³⁶³ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. III, n. 26; *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 106, n. 4 f.; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § I, dub. II, n. 17. Ein Ordensgelübde sollte die Verpflichtung zur Heirat aber nicht ausschließen; im Gegenteil sollte dann der Eintritt ins Kloster ausgeschlossen sein: *Lessius*, loc. cit., dub. IV; ausführlich auch *Vázquez*, loc. cit., § II, dub. VI. Anders insoweit *Molina*, loc. cit., n. 4: ein früheres Gelübde mache die Erfüllung des späteren Eheversprechens unmöglich.

³⁶⁴ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. III, nn. 22 f.; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § I, dub. II, n. 16.

³⁶⁵ Nach allgemeinen Vertragsrechtsgrundsätzen musste eine große Standesdifferenz, die der Frau nicht bekannt war, eigentlich irrelevant sein, denn im Vertragsrecht war der Stand der Beteiligten normalerweise unbeachtlich. Für eine Bindung konsequent *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § I, dub. III m.w.N. zur Diskussion; nach *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. III, nn. 22 f., war die Gegenansicht zumindest plausibel begründet (*probabilis*).

³⁶⁶ *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 106, nn. 8 f.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. X, dub. III, nn. 29 f.; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. III, § I, dub. IV, VI, nn. 30 f.

³⁶⁷ Aus der Sekundärliteratur dazu insbesondere *Nufer*, Restitutionslehre, 38 ff.; *Unterreitmeier*, Schmerzensgeldanspruch, 44 ff.; *Gordley*, Foundations of Private Law, 222 ff., jeweils m.w.N.

gegenständlich, in moderner Terminologie also im Wege der Naturalrestitution, wieder rückgängig zu machen seien, soweit das möglich war.

Bereits scholastische Autoren wie *Raimundus de Pennaforte* hatten dies so vorgetragen³⁶⁸, und *Thomas von Aquin*³⁶⁹ hatte diesen Ansatz dann ausführlich erläutert: Bei einer üblen Nachrede gelte es, die Rufschädigung durch eine entsprechende Richtigstellung bzw. durch einen Widerruf (*revocatio*) wiederherzustellen; die Folgen einer Beleidigung seien durch eine ausdrückliche oder symbolische Ehrerweisung (*exhibitio reverentiae*)³⁷⁰ bzw. durch eine Entschuldigung zu restituieren. In der theologischen Lehre waren diese Grundsätze nicht in Zweifel gezogen worden³⁷¹, und sie hatten dann langsam auch Eingang in das kanonische Recht gefunden³⁷². Vielerorts setzten sich dann auch im weltlichen Recht, auf gewohnheitsrechtlicher oder statutarischer Grundlage, entsprechende Ansprüche auf eine Ehrenerklärung bzw. auf einen Widerruf nach der sogenannten *actio ad palinodiam* durch³⁷³. Für die spanischen Theologen des 16. Jahrhunderts war dieser Ansatz selbstverständlich³⁷⁴.

Insbesondere für eine Richtigstellung musste der Restitutionsschulder dabei alles irgend Mögliche tun und unter Umständen auch Zeugen aufbieten³⁷⁵ bzw. durch die Offenlegung der lügnerischen üblen Nachrede den eigenen guten Ruf aufs Spiel setzen³⁷⁶. Denn Schädigungen des guten Rufs (*fama*) konnte man sich durchaus gegenständlich, wie einen Diebstahl, als eine Wegnahme vorstellen³⁷⁷, solange es in der Hand des Schädigers lag, den guten Ruf wiederherzustellen³⁷⁸; und Menschen, so

³⁶⁸ *Raimundus de Pennaforte*, *Summa de Paenitentia*, lib. II, tit. V, n. 42.

³⁶⁹ STh II–II, qu. LXII, art. II, ad sec.

³⁷⁰ STh II–II, qu. LXII, art. II, ad sec.; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XI, dub. XXVII, nn. 139, 144.

³⁷¹ Siehe nur, statt aller, *Duns Scotus*, *Quaestiones in Lib. IV Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, qu. IV.

³⁷² *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 222 m.w.N.

³⁷³ Vgl. *Covarruvias*, *Variarum resolutionum*, lib. I, cap. IX, n. 2; näher zur Geschichte dieser *actio ad palinodiam* von *Wallenrodt*, *Injurienklagen*, 243 ff., 255 ff.; *Zimmermann*, *Obligations*, 1072 ff.

³⁷⁴ *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis*, ad qu. LXII, art. II und ad qu. LXXIII, *passim*; *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. II, n. 17; *Azpilcueta*, *Enchiridion*, sive *Manuale*, cap. XVIII, n. 45; *Molina*, *De iustitia*, tract. IV, disp. 41 und disp. 46; *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. VIII, sec. und tert. concl.

³⁷⁵ Statt aller *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. III (S. 250 f.); *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XI, dub. XX m.w.N.

³⁷⁶ Ausführlich *Molina*, *De iustitia*, tract. IV, disp. 41, nn. 2 ff.

³⁷⁷ Der Gedanke war offenbar alt; siehe *Albertus Magnus*, *Commentarii in IV libros Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, art. XLIII.

³⁷⁸ Ausdrücklich in diesem Sinne *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. III (S. 250); *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XI, dub. XXII, n. 118: „Qui famam alterius laedit, potius est similis furi rem alienam auferenti, quam damnum inferenti peremptione rei: nam ex natura rei fama illius manet in ejus potestate, quasi eam apud se retineat ...“.

Domenico de Soto, glaubten lieber das Schlechte als das Gute³⁷⁹. Selbstverständlich war ferner, dass der Restitutionsschuldner auch die etwaigen wirtschaftlichen Schadensfolgen seiner üblen Nachrede auszugleichen hatte – beispielsweise, wenn der Betroffene aufgrund seines beschädigten Leumunds ein angestrebtes Amt nicht erhalten hatte oder wenn sich eine vorteilhafte Heiratsaussicht zerschlug³⁸⁰. Bei alledem betonten allerdings sämtliche Autoren, dass die Restitutionspflicht eine wirkliche Schädigung (*damnum*), also eine tatsächliche Verletzung der Ehre, voraussetzte³⁸¹. Das war nicht der Fall, wenn der Verletzte ohnehin keinen guten Ruf mehr zu verlieren hatte, wenn niemand die wahrheitswidrigen Unterstellungen geglaubt hatte oder die Anschuldigung anderweitig widerlegt war, oder auch, wenn die Angelegenheit in Vergessenheit gefallen³⁸² oder das ehrenrührige Verhalten niemals bekannt geworden war³⁸³.

Streitig diskutiert wurde demgegenüber die Frage, ob und wie ein Ausgleich erfolgen könne, wenn eine tatsächliche Restitution ausscheiden musste. Solche Fälle bildeten keine Ausnahme: Notorische Ehrverletzungen infolge einer öffentlichen Beleidigung oder eines bekannt gewordenen Ehebruchs ließen sich kaum aus der Welt schaffen³⁸⁴; selbstverständlich durfte ein Mann niederen Standes einem Edelmann oder einem kirchlichen Würdenträger normalerweise weder einen öffentlichen Widerruf noch eine Entschuldigung abverlangen³⁸⁵; und nach Ansicht vieler Autoren brauchte man zur Restitution des guten Rufs und der Ehre höherrangige eigene Güter³⁸⁶, insbesondere sein Leben, nicht aufs Spiel zu setzen³⁸⁷. Man konnte das mit der

³⁷⁹ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III (S. 251).

³⁸⁰ *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 90; *Molina*, De iustitia, tract. IV, disp. 41, n. 1, disp. 42, n. 1, disp. 45, nn. 2, 4; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XIX, nn. 101 ff. Ausdrücklich auch zur Beleidigung *Molina*, loc. cit., disp. 46, n. 2. Zu ersetzen war hier die verlorene Chance (*spes*), den Posten zu erhalten. Anders als die Verpflichtung zur Richtigstellung sollte die Verpflichtung zum Schadensausgleich auch die Erben treffen: *Lessius*, loc. cit., dub. XXI; vgl. auch dub. XXII.

³⁸¹ *Molina*, De iustitia, tract. IV, disp. 46, nn. 5 ff.: eine Restitution sei nur im Falle eines *damnum permanens* geschuldet; sie müsse entfallen, wo es nur um eine *nuda iniuria* gehe.

³⁸² *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, n. 17; *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVIII, n. 44; *Molina*, De iustitia, tract. IV, disp. 40, nn. 1, 5, disp. 42, disp. 46, n. 2; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XVII f. und XXVI; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. VIII, quart. concl.

³⁸³ Ausführlich *Molina*, De iustitia, tract. IV, disp. 46, nn. 5 ff.: Beispiele hierfür waren Schläge und ein heimlicher, nur dem Ehemann bekannt gewordener Ehebruch.

³⁸⁴ *Molina*, De iustitia, tract. IV, disp. 46.

³⁸⁵ Statt aller *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XXVI, n. 138, dub. XXVII, n. 144; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. I, non. concl., jeweils mit ausführlicher Diskussion und w.N.

³⁸⁶ Zu dieser Güterordnungstheorie sogleich 110.

³⁸⁷ *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 89 ff., cap. XVIII, n. 47; ausführlich *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XV. Anderer Ansicht waren hier etwa *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, n. 27; *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III (S. 252 f.), und *Molina*, De iustitia, tract. IV, disp. 47. Insbesondere *Domenico de Soto* machte dabei geltend, dass man grundsätzlich auch dann zur Restitution verpflichtet sei, wenn das erhebliche eigene Belastungen bedeute. Metaphysische Argumente wie die Behauptung einer derartigen Güterrangordnung müssten bei

allgemein akzeptierten Regel begründen, dass eine Ehebrecherin ihren Ehebruch ihrem Mann nicht zu offenbaren brauchte, wenn sie dadurch ihr Leben gefährdete³⁸⁸. Denn diese Regel sollte auch dann gelten, wenn die Frau die Erbschaftsansprüche ihrer legitimen Kinder dadurch entwertete, dass sie ihre illegitimen Kinder ihrem Ehemann unterschob³⁸⁹.

In solchen Fällen stellte sich die Frage, ob anstelle der gegenständlichen Naturalrestitution eine Ausgleichszahlung geschuldet sei. *Thomas von Aquin* hatte das offenbar so gesehen³⁹⁰; und *Vitoria* hatte anlässlich der Frage, ob man auf eine Wiederherstellung der Ehre vergleichsweise verzichten dürfe, ausdrücklich vorgetragen, dass eine Verletzung der Ehre oder des guten Rufs durch eine Geldzahlung ausgeglichen werden könne³⁹¹. Offenbar entsprach das einer allgemein gebilligten Praxis, die sich durchaus als Argument für eine finanzielle Kompensation von Ehrverletzungen heranziehen ließ³⁹². *Molina* war deshalb ganz allgemein davon ausgegangen, dass eine billige Geldzahlung nach Einschätzung eines *bonus vir* ein adäquates Mittel zum Ausgleich einer Beleidigung bilden könne³⁹³. Dabei hatte *Domenico de Soto* diese Auffassung theoretisch mit dem aristotelischen Argument gestützt, dass Geld sämtliche Güter kommensurabel mache³⁹⁴; allerdings hatte auch

einer moraltheologischen Frage jedenfalls in die Irre führen. Lebensgefahr entbinde deshalb zumindest dann nicht von einer Restitution des guten Rufs, wenn die Ehre einer illustren Familie auf dem Spiel stehe. Ähnlich wollte *Molina* nur die allgemeine Regel gelten lassen, dass man zur Restitution nur um den Preis eines gleichen oder wenig größeren eigenen Nachteils verpflichtet sei. Im Übrigen komme es auf die konkreten Umstände an; wo hohe Ehreninteressen auf dem Spiel stünden, könne es durchaus zumutbar sein, zur Restitution das eigene Leben zu gefährden.

³⁸⁸ *Azpikueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XVII, n. 90; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XI, dub. XV, n. 87.

³⁸⁹ Zwar war die Mutter gegenüber ihren legitimen Kindern grundsätzlich zur Restitution der Erbnachteile verpflichtet, doch konnte sie auch insoweit durch ihre prekäre Situation entschuldigt sein. Autoritativ war das in *Decr. Greg. IX.*, lib. V, tit. XVIII, cap. IX (Innozenz III.) niedergelegt; aus der Diskussion etwa *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VII, art. II; *Lessius*, *De iustitia*, cap. X, dub. VII, nn. 53 ff. m.w.N.

³⁹⁰ *STh II–II*, qu. LXII, art. II, *ad prim.* und *ad sec.*

³⁹¹ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. II, n. 19; siehe auch nn. 29 f. zur Frage, ob der in der Ehre Verletzte neben der Entschuldigung noch eine Entschädigung verlangen dürfe. Ähnlich *Covarruvias*, *Variarum resolutionum*, lib. II, cap. X, n. 7.

³⁹² So *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. X, vor *prim. concl.*

³⁹³ *Molina*, *De iustitia*, tract. IV, disp. 46, nn. 2 ff., disp. 49, n. 5; ebenso *Toletus*, *In Summam Theologiae Enarratio*, ad qu. LXII, art. II, qu. III, quart. concl.

³⁹⁴ *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. III (S. 253): „... cum pecunia pretium sit omnium rerum, illa aestimatur & honor & fama“. *Domenico de Soto* hatte das Argument einer Güterrangordnung auch umgekehrt im Kontext der Frage abgelehnt, ob Lebensgefahr von der Restitution des guten Rufs entbinde; siehe eben Fn. 387. Die These, dass *Soto* mit der finanziellen Kompensation von Ehrverletzungen den guten Ruf und die Ehre – im Unterschied zur körperlichen Unversehrtheit und zum Leben – zu „Besitzgütern“ gemacht habe (so *Schöffler*, *Wurzeln des Liberalismus*, 264 f.), geht schon deshalb fehl; im Übrigen haben *Soto* und andere auch hier einen pekuniären Ausgleich zugelassen; näher unten 115 ff.

Soto dies Argument auf weltliche Güter (Vermögen, Ehre, Körpergüter) beschränkt³⁹⁵, sich aber auch insoweit nicht durchsetzen können. Vielmehr galten die Ehre und der gute Ruf einerseits und Geld andererseits ganz überwiegend als inkommensurabel. Geld sei nämlich nur der gemeinsame Wertmesser materieller Güter³⁹⁶.

Hinter dieser Kontroverse stand letztlich eine ebenfalls auf *Aristoteles* zurückgehende³⁹⁷, von *Cajetan*³⁹⁸ grundlegend formulierte Wertordnungstheorie subjektiver Rechtsgüter, 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*) vier verschiedenartigen, im Rang jeweils abgestuften Ordnungen (*bonorum ordines*) zugehören sollten³⁹⁹. Zwar waren Einzelheiten in diesem Zusammenhang strittig, insbesondere die Frage, wo genau die *honor* und *fama* einzuordnen seien⁴⁰⁰. In ihren Grundzügen war die Theorie aber allgemein akzeptiert. Es war deshalb auch unter den Autoren, die sich für eine finanzielle Kompensation von Ehrverletzungen aussprachen, selbstverständlich, dass dieser Anspruch nicht auf die Erben übergehen könne. Denn der Erbe folge dem Erblasser lediglich in dessen irdische Vermögensrechte, nicht auch in seine sonstigen Rechtspositionen, nach⁴⁰¹.

Insbesondere *Lessius* hatte angesichts dieses komplexen Diskussionsstands 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 lassen⁴⁰². Allerdings erschien wiederum auch dies Argument keinesfalls zwingend. So hatte sich *Azpilcueta* zwar die Güterordnungstheorie *Cajetans* zu Eigen

³⁹⁵ Ausgenommen waren von vornherein die spirituellen Güter, also die Integrität der Seele: *Soto*, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. III, tert. concl. (S. 246).

³⁹⁶ Detailliert *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XI, dub. XVI, nn. 93 f.; siehe auch *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. X, vor prim. concl.

³⁹⁷ *Aristoteles*, *Politik*, Buch VII, 1.

³⁹⁸ *Cajetan*, *Secunda Secundae* ... Cum Commentariis, ad qu. LXII, art. VI.

³⁹⁹ *Azpilcueta*, *Enchiridion*, sive *Manuale*, cap. XVIII, n. 47; siehe auch cap. XVII, n. 89; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XI, dub. XV, nn. 86 f.; *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. V, vor prim. concl., sec. concl. und öfter.

⁴⁰⁰ Vgl. etwa *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. IV, dub. XI, nn. 59 f. m.w.N. Eine Gleichbehandlung von Eigentum einerseits und *honor* und *fama* andererseits hat allerdings insbesondere auch *Lessius* nicht postuliert. Missverständlich insoweit *Decock*, *Jesuit freedom of contract*, 435 f.

⁴⁰¹ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. V, n. 4: „heredes solum sunt heredes in temporalibus, non autem in honore nec in fama ...“; *Toletus*, *In Summam Theologiae Enarratio*, ad qu. LXII, art. II, qu. IV, quart. concl. Ebenso für die *defloratio* G. *Vázquez* (*Bellefontanus*), *Tractatus de restitutione*, cap. III, § II, dub. III, n. 10; siehe auch *Molina*, *De iustitia*, tract. III, disp. 88, nn. 1, 6: Nach dem Tode des Verletzten komme nur eine *restitutio in spiritualibus* in Betracht; in tract. IV, disp. 46, n. 1 a.E. verweist *Molina* für Ehrverletzungen auf diese Ausführungen zur Körperverletzung.

⁴⁰² *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XI, dub. XVI, nn. 93 f.

gemacht, sich aber gleichwohl für einen finanziellen Ausgleich ausgesprochen. Die Tatsache, dass sich eine Ehrverletzung nicht adäquat in Geld bemessen lasse, dürfe einen entsprechenden Ausgleichsanspruch (*compensatio*) nicht ausschließen, denn anders als finanziell lasse sich gar kein Ausgleich herbeiführen. Offenbar erschien es ihm unter dem Gesichtspunkt der ausgleichenden Gerechtigkeit als inakzeptabel, eine massive Rechtsverletzung ohne eine restitutorische Antwort zu lassen. Die Zahlungsverpflichtung, so *Azpilcueta* weiter, bilde also nicht einen Preis für den verlorenen guten Ruf, sondern einen Ausgleich für den zugefügten Schaden⁴⁰³. Entsprechend hat *Molina* die Begriffe der *restitutio* und *compensatio* an dieser Stelle bemerkenswert ambivalent ineinanderfließen lassen: Restitution und Kompensation ließen sich hier nicht klar trennen⁴⁰⁴.

Dass für einen finanziellen Ausgleich von Ehrverletzungen durchaus ein Bedürfnis bestehen konnte, wurde dabei offenbar ganz allgemein gesehen: Selbst *Lessius* war deshalb der Ansicht, dass ein reicher Mann einem Armen einen finanziellen Ausgleich für eine zugefügte Ehrverletzung gewähren solle, wenn dieser das verlange. Zwar bestehe im *forum conscientiae* insoweit keine echte moralisch-theologische Gerechtigkeitsverpflichtung, doch sei das gleichwohl ein Gebot christlicher Nächstenliebe (*caritas*)⁴⁰⁵. Ähnliche Thesen begründete *Báñez* dann mit probabilistischen Argumenten: Zwar sprächen normalerweise, solange der Anspruch nicht gerichtlich festgestellt sei, geringfügig überwiegende Argumente gegen eine beichttheologische Pflicht zum finanziellen Ausgleich⁴⁰⁶. Gleichwohl solle der Priester dem Sünder eine Zahlungsverpflichtung auferlegen, wenn dieser hinreichend vermögend sei oder wenn der Restitutionsverpflichtete und der Verletzte in einem solchen sozialen Rangverhältnis zueinander stünden, dass die Geldzahlung als solche eine Wiederherstellung der verletzten Ehre zu bewirken vermöge⁴⁰⁷. Ganz offenbar erschien ein Ausgleich in Geld also problematisch, ein Verzicht auf einen Ausgleich aber eigentlich moralisch inakzeptabel. Haftete dem Geldausgleich ein unangenehmer Armeleutegeruch an⁴⁰⁸, so hatte die Inkommensurabilitätsthese den elitären *haut goût* des lebensfremd Interesssewidrigen.

⁴⁰³ *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XVII, n. 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 *loc. cit.*, cap. XVIII, n. 43.

⁴⁰⁴ *Molina*, *De iustitia*, tract. IV, disp. 46, n. 2.

⁴⁰⁵ *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. XI, dub. XVI, n. 95. Bei der Restitutionspflicht eines Adligen oder Klerikers gegenüber einem Niederrangigen sollte eine solche Form des Ausgleichs unter Umständen sogar vorzugswürdig sein: *loc. cit.*, dub. XXVI, n. 138.

⁴⁰⁶ *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. X, *prim.* und *sec. concl.*

⁴⁰⁷ *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. X, *tert.* und *quart. concl.*

⁴⁰⁸ So *Nuffer*, *Restitutionslehre*, 40.

d) Tötung und Körperverletzung

Dieser Befund gilt schließlich erst recht für die Fälle unheilbarer Körperverletzungen oder sogar Tötungen⁴⁰⁹. Hier resultierten schwierige Probleme aus der offenkundigen Tatsache, dass eine gegenständliche, tatsächliche Restitution von Körperschäden von vornherein ausschied. Anders als beim Verlust der Jungfräulichkeit konnte man hier aber auch nicht auf mittelbar betroffene letztlich pekuniär bezifferbare Interessen wie die Eheaussichten einer unbescholtenen Frau abstellen.

Am Ausgangspunkt der spätscholastischen Diskussion stand hier wieder die Lehre *Thomas von Aquins*, der sich bei unheilbaren Körperverletzungen ausdrücklich für einen anderweitigen Ausgleich – gegebenenfalls auch in Geld ausgesprochen hatte⁴¹⁰. Freilich hatte *Johannes Duns Scotus* dagegen eingewandt, dass in solchen Fällen die – vom Richter auszusprechende – Talion, also die Verurteilung zum Tode, eine angemessene Form der Restitution bilde, deren Legitimität nicht zuletzt durch das Alte Testament bestätigt werde⁴¹¹. Wenn *Duns Scotus* dabei die öffentliche Strafe als Restitution verstehen wollte, die einen darüber hinausgehenden privatrechtlichen Ausgleich entbehrlich machte, so war das offenbar kein unplausibles Argument: Einem Getöteten vermochte keine Restitution sein Leben wiederzugeben, und theologisch zielte die Restitution ohnehin letztlich auf die *satisfactio* gegenüber Gott. Zwar stand dies Argument quer zu den fest etablierten ausgleichsbezogenen Grundsätzen der thomistischen Restitutionslehre; gleichwohl blieb aber der Gedanke lebendig, dass dem Verletzten bzw. seinen Verwandten durch eine derartige Strafe eine Genugtuung zuteilwerde, die – abgesehen von den wirtschaftlichen Folgeschäden durchaus auch ihr Restitutionsinteresse zu befriedigen vermöge. Sowohl bei Verletzungen des Körpers und des Lebens als auch bei Verletzungen der Ehre und des guten Rufs haben viele Spätscholastiker mit solchen Argumenten private Restitutionsansprüche neben einer öffentlichen Strafe auf einen Ausgleich der wirtschaftlichen Folgeschäden beschränkt, eine Restitution hinsichtlich der Verletzung als solcher also abgelehnt⁴¹².

⁴⁰⁹Siehe auch *Nufer*, Restitutionslehre, 32 ff.; *Unterreitmeier*, Schmerzensgeldanspruch, 55 ff., jeweils m.w.N.

⁴¹⁰STh II–II, qu. LXII, art. II, *ad prim.*

⁴¹¹*Duns Scotus*, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum, lib. IV, dist. XV, qu. III, de sec. Siehe auch *Unterreitmeier*, Schmerzensgeldanspruch, 51 f.

⁴¹²Siehe etwa *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 84, n. 8 und disp. 88, n. 2; tract. IV, disp. 46, n. 2; *Bañez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. IV, prim. concl. Speziell für die Tötung *Hadrian VI.*, De restitutione, fol. 98; vgl. auch *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 23. Herrschende Meinung war das freilich nicht, weil nicht recht einzusehen war, wieso die Aufopferung des Lebens des Mörders einen Ausgleich bzw. eine *satisfactio* für den Geschädigten bedeute; siehe etwa *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. VI, nn. 14 f.

Besonders wichtig war das in Tötungsfällen. Zwar waren der öffentliche Strafanspruch und der private Restitutionsausgleich konzeptionell strikt getrennt, und es erschien deshalb als ein Gebot der Gerechtigkeit, dass der Schädiger trotz der Strafe auch noch zur Wiedergutmachung der Schadensfolgen verpflichtet blieb⁴¹³. Allerdings war dieser eigentlich folgerichtige Standpunkt doch sehr hart; und ein anderweitiger restitutorischer Ausgleich der Tötung als solcher schien kaum vorstellbar. Manche Autoren wollten den Täter, der mit der Strafe schon hinreichend büßen musste, deshalb sogar gänzlich von einer strengen Restitutionspflicht entbinden, sofern nicht die Erben des Getöteten auf einem Ausgleich bestanden (was freilich unehrenhaft sei)⁴¹⁴. Jedenfalls gegenüber Gott tue der Mörder hinreichend Buße, indem er seine irdische Strafe geduldig und reumütig auf sich nehme.

Freilich blieb das eine Außenseiterposition. Für die überwiegende Zahl der Autoren blieben der Restitutionsschuldner bzw. seine Erben den Angehörigen des Getöteten ganz selbstverständlich dazu verpflichtet, die wirtschaftlichen Folgeschäden der Tötung vollständig auszugleichen⁴¹⁵. Entsprechendes galt bei einer Körperverletzung⁴¹⁶; hier war der Schädiger dem Verletzten also nicht nur zum Ersatz von Heilungskosten⁴¹⁷, sondern auch zum Ersatz eines entgangenen Verdienstes verpflichtet⁴¹⁸. Abzuziehen waren dabei freilich wieder die hypothetischen

⁴¹³ Ausführlich *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, *cap. XV, n. 25*; *Covarruvias*, *Variarum resolutionum*, *lib. II, cap. X, n. 7*; *Lessius*, *De iustitia*, *lib. II, cap. IX, dub. XXII, n. 138 m.w.N.*

⁴¹⁴ *Lessius*, *De iustitia*, *lib. II, cap. IX, dub. XXII, n. 139 m.w.N.*

⁴¹⁵ *G. Vázquez (Bellemontanus)*, *Tractatus de restitutione*, *cap. II, § III, dub. I und V*; *Molina*, *De iustitia*, *tract. III, disp. 83, nn. 1 ff.*; *Báñez*, *Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. IV, concl. certissima und dub. VI*. *Unterreitmeier*, *Schmerzengeldanspruch*, 64, deutet den Unterhaltsanspruch der Verwandten als „Surrogat für das *damnum vitae*“. Aber das wird den Quellen, die eindeutig und klar zwischen dem primären Körperschaden und den wirtschaftlichen Folgen unterscheiden, nicht gerecht; siehe etwa *Báñez*, *loc. cit.*, vor *concl.*: „Alterum est ipsa laesio secundum se, scilicet, occisio, vel abscissio manus. Alterum est, quod consequitur, videlicet, expensae faciendae in curatione, lucrum cessans, damnum emergens“.

⁴¹⁶ *Molina*, *De iustitia*, *tract. III, disp. 87, nn. 1 ff.*; *Báñez*, *Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. IV, concl. certissima und dub. V*.

⁴¹⁷ Als selbstverständlich vorausgesetzt bei *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, n. 6*; ausdrücklich etwa *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 26*; *Soto*, *De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert. arg.*; *Molina*, *De iustitia, tract. III, disp. 83, n. 1*, sowie *disp. 87, n. 1*; *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XIX, n. 124*.

⁴¹⁸ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, n. 7*; *Soto*, *De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert. arg.*; siehe auch *Covarruvias*, *Variarum resolutionum, lib. II, cap. X, n. 7*; *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, nn. 24, 26*; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, *Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. II*. Dem Handwerker (*artifex*) war daher sein Einkommen auszugleichen, während im Falle der Tötung eines Adligen oder reichen Privatmanns, der keiner Erwerbstätigkeit nachging, ein Anspruch folgerichtig entfallen musste; vgl. etwa *Vitoria* und *Azpilcueta*, jeweils *loc. cit.*; *Molina*, *De iustitia, tract. III, disp. 87, n. 7*; *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XXIII, n. 145*; *Vázquez*, *loc. cit., dub. V*.

Aufwendungen für den Erwerb⁴¹⁹; zudem konnte man die verbleibende Möglichkeit eines eingeschränkten Erwerbs anspruchsmindernd berücksichtigen⁴²⁰. Ebenso sollte im Falle einer Tötung den Angehörigen⁴²¹ ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Unterhalts zustehen⁴²². All das entsprach den allgemeinen Grundsätzen zum Ersatz von Vermögensschäden, wobei diese Parallele mit Begriffen des gemeinen Rechts wie *damnum secutum* oder *lucrum cessans* auch terminologisch deutlich zum Ausdruck gebracht wurde⁴²³. Problematisch waren nur Einzelfragen: die richtige Berechnung des entgangenen Verdiensts⁴²⁴ bzw. Unterhalts⁴²⁵, die Schätzung der hypothetischen Lebensdauer des Getöteten⁴²⁶ und insbesondere auch Kausalitätsfragen, wenn etwa feststand, dass das Opfer ohnehin bald hätte sterben müssen⁴²⁷ oder wenn folgerichtig geltend gemacht wurde, dass es ungerecht sei, den für einen Tod Verantwortlichen mit den Beerdigungskosten zu belasten, die doch ohnehin eines Tages angefallen wären⁴²⁸. Diskutiert wurde auch, ob sich der Verletzte nicht einen gewissen Abzug des entgangenen Verdiensts gefallen lassen sollte, weil ihm das Geld jetzt ohne die Mühen eigener Erwerbsarbeit zufallen sollte⁴²⁹.

⁴¹⁹ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XIX, nn. 124 f.: zu ersetzen sei die *spes lucri*. Ebenso etwa (*spes familiae*) *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert. arg.; *G. Vázquez* (*Bellemontanus*), Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. III.

⁴²⁰ *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 87, n. 3.

⁴²¹ Zum Kreis der Berechtigten näher oben 80 f.

⁴²² Vgl. etwa *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert. arg.: „si occisus familiam sudore proprio alebat, tenetur tunc homicida illud damnum compensare, alendo eandem familiam“; dazu auch *Duue*, La teoría de la restitución, 194 f. Siehe auch *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 24; *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. X, n. 7.

⁴²³ Vom *damnum secutum* bzw. *lucrum cessans* hatte hier bereits *Hadrian VI.* gesprochen: De restitutione, fol. 98. Später etwa *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 87, nn. 1 ff.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XIX ff., XXIV; *G. Vázquez* (*Bellemontanus*), Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. I f.; *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. IV ff. Die Terminologie des *lucrari* bzw. *lucrum facere* verwendeten *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. X, n. 7; *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, nn. 22, 24, 26.

⁴²⁴ *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 87, nn. 1 ff.

⁴²⁵ Vgl. *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 83, nn. 2, 4 f., 9: zu ersetzen sei nur, was die Angehörigen tatsächlich erhalten hätten; stehe fest, dass der Getötete sein Einkommen selbst verbraucht oder auch verspielt hätte, so entfalle folglich ein Ersatzanspruch.

⁴²⁶ Manche Autoren hatten hier eine Anwendung schematischer Unterhaltsfristen des römischen Rechts (etwa nach D. 35,2,68, im Kontext der *lex Falcidia*) vorgeschlagen; siehe etwa *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. X, n. 7 m.w.N. Für eine flexible Schätzung demgegenüber *G. Vázquez* (*Bellemontanus*), Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. III; *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 83, n. 9; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XX, nn. 128 f.

⁴²⁷ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XX, nn. 130 f. mit der dogmatisch wichtigen Unterscheidung eines natürlichen bzw. rechtswidrig-unnatürlichen Todes, der wiederum einen Ausgleichsanspruch ausgelöst hätte.

⁴²⁸ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XXIV. Anders etwa *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 22.

⁴²⁹ Vgl. etwa *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. X, n. 7; *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 87, nn. 3 ff.; *G. Vázquez* (*Bellemontanus*), Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. II; dagegen *Báñez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. V, prim. concl.

Die eigentlichen Schwierigkeiten betrafen freilich den Ausgleich derartiger Verletzungen als solcher, also den Ausgleich für die Tötung und für eine bleibende Körperverletzung bzw. Entstellung⁴³⁰. Dass hier ein gewisser Ausgleich geschuldet sei, erschien als ein evidentes Gebot der Gerechtigkeit. Es könne nicht sein, so hatte *Duns Scotus* – insoweit maßgeblich – vorgetragen, dass der Mörder eines Rindes Ersatz zu leisten habe, während der Mörder eines Menschen unbehelligt davonkomme, wenn er nicht bestraft werde⁴³¹. Manche wollten den Mörder deshalb dazu verpflichten, im Wege der *restitutio spiritualis* Leistungen für die Seele des Verstorbenen zu erbringen⁴³². Allerdings stellte sich mit diesem Ansatz ein schwieriges Kommensurabilitätsproblem, weil damit Güter ganz unterschiedlicher Ordnungen sozusagen im Wege der Restitution ausgetauscht werden sollten⁴³³. Auch *Thomas von Aquin*, die maßgebliche Autorität in dieser Diskussion, hatte eine derartige Form des Ausgleichs nicht erwogen. Leistungen für die Seele des Verstorbenen zu erbringen war zwar ganz offensichtlich überaus hilfreich, um angesichts einer derart schweren Sünde doch noch das ewige Leben zu erlangen; und nach allgemeiner Auffassung solle der Priester dem Sünder deshalb dringend zu solchen spirituellen Leistungen raten. Eine naturrechtliche Gerechtigkeitsverpflichtung bestand insoweit jedoch nicht; und die Theologen haben sich deshalb auch dagegen ausgesprochen, eine *restitutio spiritualis* im *forum conscientiae* zu erzwingen⁴³⁴.

Ein ähnliches, freilich weniger extremes Problem bestand bei der Frage, ob für eine Körperverletzung bzw. Entstellung als solche eine finanzielle Entschädigung (*satisfactio*) zu leisten bzw. anderweitig ein Ausgleich zu erbringen sei. Auch wer sich im Falle der Tötung gegen einen Ausgleich ausgesprochen hatte, konnte das hier mit guten Gründen bejahen⁴³⁵. Denn hier ging es nur um weltliche Rechtsgüter (*temporalia* bzw. *corporalia*); und einen solchen Ausgleich hatte

⁴³⁰Dazu auch *Nufer*, Restitutionslehre, 32 ff.; *Unterreitmeier*, Schmerzensgeldanspruch, 51 f., 55 ff., jeweils m.w.N.

⁴³¹*Duns Scotus*, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum, lib. IV, dist. XV, qu. III, de sec. (für den Fall, dass der Täter nicht bestraft werde); siehe auch *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, nn. 22 f. und cap. XVII, n. 90.

⁴³²*Duns Scotus*, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum, lib. IV, dist. XV, qu. III, de sec. (für den Fall, dass der Täter nicht bestraft werde); ebenso *Hadrian VI.*, De restitutione, fol. 98; *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 23; später noch *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 84, n. 11.

⁴³³*Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, nn. 10 ff.

⁴³⁴So etwa *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, nn. 11, 13; *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert. arg.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XXV.

⁴³⁵Siehe insbesondere *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 20 ff., einerseits und cap. XVII, n. 90, andererseits. Die meisten Autoren haben die Frage eines finanziellen Ausgleichs für eine Tötung, soweit ersichtlich, nicht angesprochen und einen solchen Ausgleich damit wohl implizit abgelehnt.

nicht nur *Duns Scotus*⁴³⁶, sondern maßgeblich auch *Thomas von Aquin* für angemessen gehalten⁴³⁷. Unter den Spätscholastikern blieb dies entsprechend zunächst die ganz dominierende Ansicht⁴³⁸. Nicht zuletzt sprach dafür eine offenbar allgemein gebilligte Vergleichspraxis⁴³⁹.

Dagegen standen allerdings nicht nur Argumente aus dem römischen Recht⁴⁴⁰, deren Gewicht im *forum conscientiae* jedoch zweifelhaft war⁴⁴¹, sowie weitere Hilfsargumente, von denen ebenso zweifelhaft ist, wie weit sie seinerzeit zu überzeugen vermochten⁴⁴². Ein viel gewichtigeres Gegenargument bildeten offenbar die Schwierigkeiten, einen objektiv richtigen Preis für solche Verluste anzugeben. Der Schaden, um den es gehe, lasse sich nun einmal nicht aus der Welt schaffen; und auch ein *prudens vir* vermöge nicht zu sagen, ob für das Leben eines Menschen tausend, zweier oder dreitausend angemessen seien. Güter unterschiedlicher Ordnungen⁴⁴³ seien nun einmal inkommensurabel; der Verlust eines Körperglieds sei ebenso wenig mit Geld zu bezahlen wie das Leben eines Menschen⁴⁴⁴. Mit Blick auf Körperschäden als solche, so insbesondere *Gabriel Vázquez (Bellemontanus)* und *Leonardus Lessius*, könne der Sünder deshalb nicht mehr tun als den Geschädigten um Verzeihung zu bitten und ihm seine Trauer über das zugefügte Leid zum Ausdruck zu bringen⁴⁴⁵.

⁴³⁶ *Duns Scotus*, Quaestiones in Lib. IV Sententiarum, lib. IV, dist. XV, qu. III.

⁴³⁷ Eben Fn. 410.

⁴³⁸ Ausführlich etwa *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, n. 9; siehe auch nn. 10, 13 und öfter; zuvor ebenso *Hadrian VI.*, De restitutione, fol. 98. Später etwa *Toletus*, In Summam Theologiae Enarratio, ad qu. LXII, art. II, qu. III, tert. und quart. concl.; *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 84, nn. 1, 4, 7. Vgl. auch *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 90 (zu Azpilcueta siehe noch sogleich Fn. 445, 447); *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert.; *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. X, n. 7.

⁴³⁹ *Bañez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. IV, vor prim. concl.: „Secundò arguitur, ex more Reipublicae etiam Christianae ... pactum saepe facit cum laesore de aliqua pecunia recipienda pro laesione, quod quidem pactum nemo condemnat“.

⁴⁴⁰ Nämlich D. 9,3,7; siehe oben Fn. 282.

⁴⁴¹ *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. VI, nn. 17 f.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XXIII, nn. 141 f.; *Bañez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. IV, vor prim. concl.

⁴⁴² Etwa die Überlegung, dass nach Ansicht mancher eine Restitution neben einer öffentlichen Strafe entbehrlich sei; dann müsse sie auch dann entbehrlich sein, wenn der Staat seinen Strafanspruch nicht geltend mache: *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. VI, n. 18; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XXIII n. 143. Aber selbst *Lessius* hatte hier nur aus Billigkeitsgründen von einer Restitution absehen wollen; siehe eben bei Fn. 413 f.

⁴⁴³ Zur Güterwertordnungslehre eben 110.

⁴⁴⁴ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XXIII, nn. 144 f.; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. VI, nn. 19 ff.; *Bañez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. IV, vor prim. concl.

⁴⁴⁵ *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § III, dub. VI; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XXIII, n. 145. Ebenso auch *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 22 f. An anderer Stelle hat *Azpilcueta* sich demgegenüber ausdrücklich für eine Entschädigung ausgesprochen (*loc. cit.*, cap. XVII, n. 90; siehe sogleich Fn. 447) und bei einer Tötung für eine *restitutio spiritualis* plädiert (*loc. cit.*, cap. XV, n. 23). Wie weit *Azpilcueta* sich tatsächlich für die Inkommensurabilitätsthese in Anspruch nehmen lässt, ist deshalb zweifelhaft, auch wenn er offenbar von jeher in diesem Sinne verstanden worden ist; vgl. *Grotius*, De iure belli ac pacis, lib. II, cap. XVII, §§ XIII f.

Freilich stand längst fest, dass das Geld in solchen Fällen kein eigentliches *pretium doloris* bildete; es sollte also nicht als ein Entgelt für das erlittene Leid bzw. für das verlorene Körperteil gelten. Zwar waren solche Formulierungen mancherorts in der Rechtspraxis und auch in der gelehrten Diskussion gebräuchlich (ohne dass man dabei klar zwischen einem Preis für den Schmerz und einem Preis für den Verlust eines Körperteils unterschieden hätte)⁴⁴⁶. Die spätscholastische Lehre hatte sich indes von Anfang an gegen ein solches Verständnis gewehrt. Denn wenn damit gedanklich vorausgesetzt werde, dass Menschen sich eine Körperverletzung gegen Geld zufügen ließen, so sei das fernliegend und für die Bemessung des Ausgleichsanspruchs auch gar nicht hilfreich. Nicht anders als bei der finanziellen Kompensation von Ehrverletzungen handle es sich bei dem Zahlungsanspruch um eine Entschädigung in Geld, die deshalb geschuldet sei, weil anders gar keine Restitution erfolgen könne⁴⁴⁷. Insoweit sei auch der Einwand der Inkommensurabilität irrelevant⁴⁴⁸. Ein neutraler Dritter (*bonus vir*) vermöge nämlich durchaus einen adäquaten Betrag für den Ausgleich festzulegen, wenn er sämtliche relevanten Umständen, insbesondere die Art der Verletzung, den Status des Verletzten sowie die Vermögensverhältnisse der Beteiligten, in Betracht ziehe⁴⁴⁹. Gewiss war das schwierig. Allerdings war es durchaus möglich und offenbar auch üblich, mit dem Verletzten eine vergleichsweise Einigung über den finanziellen Ausgleich zu suchen und auf diese Weise die Probleme der Anspruchsbemessung einer konsensualen Lösung zuzuführen⁴⁵⁰.

Dass für einen Ausgleich durchaus ein anzuerkennendes Bedürfnis bestehen könne, haben dabei auch die Vertreter einer restriktiven Position niemals bestreiten wollen. Auch *Lessius* und *Gabriel Vázquez* (*Bellemontanus*) billigten dem Verletzten

⁴⁴⁶ *Feenstra*, Réparation du dommage, 411 ff. m.w.N.

⁴⁴⁷ *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert.; *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 90: „mutilato aliquo membro, datur aliquid non pro pretio deperditae integritatis, quae nullum habet, sed pro damno, quod ex eius defectu evenit...“. Es wäre verfehlt, in dieser Formulierung einen Anspruch auf Ausgleich der wirtschaftlichen Schadensfolgen zu sehen. Denn diesen Anspruch hat *Azpilcueta* an anderer Stelle (*loc. cit.*, cap. XV, n. 26) ausdrücklich und in römisch-rechtlicher Terminologie („lucrari“) abgehandelt; auch sonst ist *Azpilcueta* davon ausgegangen, dass bei einer Verletzung von in Geld nicht bemessbaren Lebensgütern eine billige Entschädigung in Geld geschuldet sei (*cap. XVII*, n. 24).

⁴⁴⁸ *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 84, n. 3.

⁴⁴⁹ *Vitoria*, Commentaria in secundam secundae, qu. LXII, art. II, nn. 9 f.; *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 88, n. 1, sowie disp. 84, n. 3; vgl. auch *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert.

⁴⁵⁰ *Bañez*, Decisiones, qu. LXII, art. II, dub. IV, vor prim. concl. (eben Fn. 439); *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 88, n. 1.

deshalb zumindest dann eine finanzielle Entschädigung zu, wenn dieser bedürftig war⁴⁵¹. Ähnlich trug Báñez vor, dass zwar die stärkeren Argumente gegen einen Anspruch sprächen, weil Geld und Körperschäden sozusagen noch weniger kommensurabel seien als Geld und Ehre⁴⁵². Angesichts der erheblichen moralischen Probleme, die diese Frage aufwerfe, sei es aber gleichwohl klug, dem Sünder eine Ausgleichsverpflichtung aufzuerlegen, wenn dieser eine entsprechende Leistung zu erbringen vermöge und das Opfer ein einfacher, wenig begüterter Mensch sei⁴⁵³. Umgekehrt hatte bereits Soto deutlich gemacht, dass der seiner Ansicht nach an sich geschuldete finanzielle Ausgleich von Körperverletzungen unter Edelleuten nicht in Frage komme⁴⁵⁴; im Adel galt es sogar als inadäquat, die wirtschaftlichen Folgeschäden von Körperverletzungen zu kompensieren⁴⁵⁵. Auch im *forum conscientiae* sollte eine Restitutionsverpflichtung deshalb nur dann bestehen, wenn der Verletzte das verlangte⁴⁵⁶.

Es wäre ein Missverständnis, in diesem Anspruch ein Schmerzensgeld im modernen Sinne zu sehen. Um einen Ausgleich für den Schmerz bzw. für die subjektiv erlittene Unbill ging es gerade nicht⁴⁵⁷. Die entscheidende Sachfrage lautete vielmehr, ob der Schädiger eine Entschädigung für den objektiven Verlust eines Körperteils bzw. für die dauernde Behinderung oder Entstellung als solche schulde⁴⁵⁸. Molina hatte hier ausführlich expliziert, was andere Autoren offenbar von Anfang an vorausgesetzt hatten: Entschädigungsbedürftig sei nur das *damnum permanens*, also die Körperverletzung und gegebenenfalls die Verletzung der Ehre; für den bloßen Schmerz und Unannehmlichkeiten einerseits (*dolor* und *molestia*) und für das erlittene Unrecht (*iniuria*) andererseits sei keine Restitution erforderlich⁴⁵⁹. Denn insoweit war die private Güterordnung nicht gestört, so dass allenfalls eine Strafe in Frage kam.

⁴⁵¹ G. Vázquez (Bellemontanus), *Tractatus de restitutione*, cap. II, § III, dub. VI, n. 19; Lessius, *De iustitia*, lib. II, cap. IX, dub. XXIII, n. 145: zwar kein Anspruch *ex iustitia*, wohl aber *ex caritate*.

⁴⁵² Siehe Báñez, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. X, vor *prim. concl.*: „fama magis commensurabilis est cum pecunia, quam membro corporalia“.

⁴⁵³ Báñez, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. X, *tert. und quart. concl.*

⁴⁵⁴ Soto, *De iustitia*, lib. IV, qu. VI, art. III, *ad tert. arg.*

⁴⁵⁵ Molina, *De iustitia*, tract. III, disp. 87, n. 7.

⁴⁵⁶ Ausdrücklich Molina, *De iustitia*, tract. III, disp. 88, n. 1.

⁴⁵⁷ Treffend Nufer, *Restitutionslehre*, 33 f.

⁴⁵⁸ Siehe nur die Beispiele bei Vitoria, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXII, art. II, n. 8: Verlust eines Körperteils bzw. eines Auges. Besonders deutlich auch Báñez, *Decisiones*, qu. LXII, art. II, dub. IV, vor *concl.*: Bei Körperverletzungen bzw. Tötungen gehe es um zwei *mala* (Übel), nämlich um die Körperverletzung als solche (Verlust des Lebens bzw. eines Körperteils) und um die wirtschaftlichen Folgen. Von Schmerz und Unbill ist nicht die Rede.

⁴⁵⁹ Molina, *De iustitia*, tract. III, disp. 88, nn. 3, 5 sowie tract. IV, disp. 46, n. 5. Siehe bereits oben Fn. 289. Freilich hat Molina bereits in einer leichten Körperverletzung wie dem Verlust der Jungfräulichkeit ein restituierbares *damnum* gesehen: *loc. cit.*, disp. 106, n. 6; siehe oben Fn. 349.

Auch bei einem Diebstahl könne man ja keinen Ausgleich für den damit verbundenen Ärger (*molestia*) fordern⁴⁶⁰. Eine ästhetische Entstellung konnte für einen solchen Anspruch allerdings genügen. Bei unverheirateten Frauen war das selbstverständlich und entsprach auch der Literatur zum gemeinen Recht⁴⁶¹, denn hier ging es letztlich um den wirtschaftlichen Nachteil auf dem Heiratsmarkt. Entsprechend war der Anspruch hier einfach nach dem Betrag zu bemessen, um den die Mitgift zu erhöhen war, wenn man die Heiratsaussichten stabil halten wollte⁴⁶². Sah man freilich mit *Molina* in der *pulchritudo ac decencia corporis* ein *bonum corporale*, so sprach vieles dafür, Entstellungen als solche bei jedermann – bei Männern wie bei Frauen – für ausgleichsfähig zu halten⁴⁶³.

e) Einige Ergebnisse

Insgesamt fügen sich diese Einzelanalysen zu einem geschlossenen Bild, das auf nur wenigen ausgleichsbezogenen Grundwertungen beruhte. *Azpilcueta* hatte das knapp zusammengefasst: War der Sünder noch im Besitz des erlangten Rechtsguts, so hatte er dies zurückzugeben. Andernfalls war der verursachte Schaden vollständig wiedergutzumachen. Und soweit der Schaden weder gegenständlich zu reparieren noch in Geld zu bemessen war, musste der Sünder zumindest einen angemessenen Ausgleich nach dem Urteil eines *bonus vir* leisten⁴⁶⁴.

In heutiger Terminologie bedeutete das zunächst einen Vorrang der Naturalrestitution, der bei dem ursprünglichen gedanklichen Bezug auf die Rückgabe einer fremden Sache ja auch unmittelbar plausibel war⁴⁶⁵. Hatte der Schädiger die weggenommene Sache noch, so ließ die gestörte Gleichheit sich nur durch eine Rückgabe der Sache vollständig wiederherstellen, weil sich nur so die gegenständliche und die Vermögensintegrität des Geschädigten gleichermaßen wahren ließen. Entsprechende Überlegungen galten bei Verletzungen der Ehre und des guten Rufs: Hier war zwar keine unmittelbare Rückgabe möglich, doch konnte der Schädiger die

⁴⁶⁰ *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 88, n. 3.

⁴⁶¹ *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. X, n. 7 mit Hinweisen auf eine alte legistische Doktrin.

⁴⁶² *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 88, n. 4. *Molina* hat die Entstellung einer Frau dabei mit der Entstellung eines Leibeigenen verglichen.

⁴⁶³ So *Molina*, De iustitia, tract. III, disp. 88, n. 4; ohne Einschränkung, allerdings knapp, auch *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VI, art. III, ad tert. Restriktiver zwar anscheinend *Covarruvias*, Variarum resolutionum, lib. II, cap. X, n. 7. Allerdings verweist *Covarruvias* zugleich zustimmend auf die Ausführungen von *Domenico de Soto*.

⁴⁶⁴ *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XVII, n. 24: „Restituendum autem est regulariter id ipsum, quod acceptum est, vel debetur, si fieri potest: nisi creditor sit alia re contentus, si autem non potest, eius aestimatio, si est aestimabile: qualia tamen non sunt vita, salus, libertas, honor & fama: & ideo pro eis restituendum est, quod vir bonus arbitrabitur“.

⁴⁶⁵ Die Herkunft des Vorrangs der Naturalrestitution aus der spätscholastischen Restitutionslehre bildet die zentrale These von *Wolter*, Naturalrestitution.

Rufschädigung wieder aus der Welt schaffen und war folglich grundsätzlich dazu auch verpflichtet⁴⁶⁶. Ähnliches galt schließlich auch beim Anspruch der Verführten auf eine Aufstockung ihrer Mitgift⁴⁶⁷.

War eine solche gegenständliche Wiedergutmachung (Naturalrestitution) nicht möglich, weil das Rechtsgut beispielsweise beschädigt oder zerstört war, musste eine sekundäre finanzielle Kompensation genügen⁴⁶⁸; in diesem Fall galt der Grundsatz vollen Ausgleichs. Und wenn der Schaden nicht in Geld zu bemessen war, schuldete der Schädiger einen billigen anderweitigen Ausgleich, der nach überwiegender Ansicht normalerweise in einer Geldentschädigung bestehen sollte. Dabei ging es – das war allgemeine Meinung – allerdings nicht um ein Schmerzensgeld oder um eine Kompensation für emotionale Verluste, sondern um einen Ausgleich für das verlorene Glied bzw. für den beschädigten Ruf. Immer stellte sich hier aber die schwierige Frage, wie weit ein finanzieller Ausgleich von Verlusten, die in Geld nicht zu bemessen waren, tatsächlich sachgerecht sein konnte⁴⁶⁹.

3. Zurechnungsfragen

War die Ausgleichsverpflichtung des Schuldners im Rahmen der *restitutio ratione rei* verhältnismäßig einfach zu begründen, weil dem Verlust des Gläubigers hier eine Bereicherung des Schuldners gegenüberstand und die Restitution daher offenkundig die gestörte Gleichheit zwischen den Parteien wiederherstellte, so erwies sich die parallele Begründung des Ausgleichsanspruchs im Rahmen der *restitutio ratione acceptionis* als wesentlich schwieriger. Hier war nämlich keineswegs offensichtlich, warum der Schädiger überhaupt zum Ausgleich des Schadens verpflichtet sein sollte. Wer fremde Sachen beschädigt bzw. einen anderen verletzt, wird dadurch nämlich nicht reicher. Dem Schaden des Gläubigers korrespondiert gerade kein Vorteil des Schädigers. Ungeachtet dessen sollte die Schadensersatzpflicht des Schädigers in dem Aristotelischen Rahmen der ausgleichenden Gerechtigkeit aber konzeptionell die Kehrseite des entsprechenden Anspruchs des Geschädigten bilden⁴⁷⁰; ebenso wie bei der *restitutio ratione rei* galt es die Restitutionspflicht deshalb teleologisch bzw. begrifflich mit dem Schadensersatzanspruch des Geschädigten zu verknüpfen.

Bis heute übt hier die Vorstellung, dass der Schadensersatzanspruch einen nichtwirtschaftlichen Vorteil des Schädigers zu Lasten des Geschädigten ausgleiche,

⁴⁶⁶ Oben 106 ff.

⁴⁶⁷ Oben 101 ff.

⁴⁶⁸ STh II–II, qu. LXII, art. 2 f.; Lessius, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. IV, n. 15; siehe auch Wolter, Naturalrestitution, 58 f.

⁴⁶⁹ Oben 109 ff., 115 ff.

⁴⁷⁰ Näher zum Problem Jansen, Haftungsrecht, 90 f. m.w.N.

eine merkwürdige intellektuelle Faszination aus⁴⁷¹. *Albertus Magnus* und auch *Thomas von Aquin* hatten einen Vorteil des Schädigers beispielsweise darin gesehen, dass dieser seinen Willen auf Kosten des Geschädigten verwirkliche⁴⁷²; der italienische Jesuit *Tarquinio Galluzzi* hatte das später mit dem Argument konkretisiert, dass der Schädiger das fremde Risiko bzw. den fremden Schaden geringer zu bewerten scheine als den eigenen Vorteil⁴⁷³. In der spätscholastischen Naturrechtsdiskussion wurde diesem Argument allerdings keine besondere Bedeutung zugemessen. Denn solche Überlegungen lassen sich nur schwer in konkrete Haftungsregeln übersetzen⁴⁷⁴; und vor allem ist die Rede von einem Vorteil des Schädigers in diesem Kontext hoch metaphorisch⁴⁷⁵: Selbst wenn man einen Vorteil des Schädigers darin sehen kann, dass er sich über die Interessen des Geschädigten hinwegsetzt, ist der Vorteil doch nicht notwendig wirtschaftlicher Art; dass dieser Vorteil des Schädigers finanziell ausgleichsfähig sei, wird mit einem solchen Argument nur behauptet, nicht begründet.

Auch *Thomas von Aquin* und spätere Autoren wie *Galluzzi* hatten diese Überlegung deshalb nur im Rahmen einer erläuternden Kommentierung der Ethik des *Aristoteles*⁴⁷⁶, nicht aber in den entsprechenden Passagen zur Restitution in der *Summa theologiae*, vorgetragen; vielmehr hatte *Thomas von Aquin* an dieser für die späteren Diskussionen zentralen Stelle ausdrücklich betont, dass die Restitutionspflicht unabhängig von einem Vorteil des Schuldners sein könne⁴⁷⁷. Für die spätscholastischen Autoren blieb dieser Ausgangspunkt selbstverständlich⁴⁷⁸. Wo dem Verlust des Geschädigten ausnahmsweise ein tatsächlicher wirtschaftlicher

⁴⁷¹ Vgl. exemplarisch *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 182 ff.; *Coleman*, *Corrective Justice and Wrongful Gain*, 424 f.; *Epstein*, *Takings*, 36 ff.; *Weinrib*, *Idea of Private Law*, 63 ff., 73, 115 ff.

⁴⁷² Näher *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 183 m.N.

⁴⁷³ *Galluzzi*, In *Aristotelis Libros quinque priores moralium ad Nicomachum*, *lib. V, cap. IV, qu. II*: „... aliquid dici posse bonum duplici modo: uno quidem ex rei veritate, alterum ex opinione atque aestimatione animi sic iudicantis“.

⁴⁷⁴ Vgl. nur *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 183 ff., der in diesem Argument den Kern einer überzeugenden aristotelischen Zurechnungslehre sieht und damit nicht nur die Haftung für Vorsatz erklärt, wie das bei *Aristoteles* der Fall war (S. 183 f), sondern auch die Fahrlässigkeitshaftung (196 ff.) und die Tatbestände einer strikten Haftung (205 f.) auf dies Argument zurückzuführen versucht.

⁴⁷⁵ Das hatte bereits *Aristoteles* so gesehen: *Nikomachische Ethik*, 1132a 11 ff.; siehe auch *Thomas von Aquin*, ad *Nicomachum*, *lib. V, lect. VI, n. 953*: „ista nomina (scil. *lucrum* und *damnum*) non videntur proprie competere“. In der heutigen Literatur ist entsprechend von einem *constructive taking* die Rede: *Perry*, *Moral Foundations of Tort Law*, 459.

⁴⁷⁶ Vgl. *Thomas von Aquin*, ad *Nicomachum*, *lib. V, lect. VI, nn. 952 ff.*, einerseits und *STh II–II, qu. LXI, art. II*, sowie *qu. LXII, art. I* und *VI*, andererseits.

⁴⁷⁷ *STh II–II, qu. LXII, art. VI*: „... qui percutit aliquem, tenetur recompensare injuriam passo, quamvis apud ipsum nihil maneat; ita etiam qui furatur, vel rapit, tenetur ad recompensationem damni illati, etiamsi nihil inde habeat ...“.

⁴⁷⁸ Vgl. nur *Soto*, *De iustitia*, *lib. IV, qu. VII, art. II*: „Quicumque alteri iniuriam intulit, tenetur eandem resarcire, etiam si nulla sibi fuerit inde lucri accessio facta ...“.

Vorteil des Schädigers entsprach, indem Vieh beispielsweise einen fremden Acker abgeweidet und der Eigentümer eigenes Futter gespart hatte, konnte man zwar erwägen, dies zurechnungsbegründend zu berücksichtigen. Indes war nicht einmal dies Argument allgemein akzeptiert. *Molina* trug dagegen vor, dass es in einem solchen Fall die *restitutio ratione rei* und die *restitutio ratione acceptionis* klar zu unterscheiden gelte: Die Bereicherung des Schädigers sei für seine Verpflichtung zum Schadensersatz unerheblich und vermöge auch nicht ein fehlendes Verschulden des Viehhalters auszugleichen. Fehle es an einem solchen Verschulden, so komme deshalb nur eine Bereicherungsabschöpfung nach der *restitutio ratione rei* in Frage⁴⁷⁹. Die Verknüpfung von Restitutionspflicht und Schadensersatzanspruch beruhte hier also gerade nicht auf einem Vorteil des Restitutionsschuldners, sondern allein auf der Zurechnung der Rechtsverletzung zu seinem Verhalten.

Damit mussten Details der aristotelischen Theorie der ausgleichenden Gerechtigkeit bei den Diskussionen um das auf Seiten des Schädigers erforderliche Verschulden in den Hintergrund treten⁴⁸⁰. Entscheidend waren vielmehr der beichttheologische Kontext der Restitution einerseits und die – kanonistischen und legistischen – Lehren zur Reichweite individueller Verantwortlichkeit andererseits. Dabei bildete die Frage nach einer Sünde (*peccatum*) den Ausgangspunkt und den Rahmen der Diskussion; und für diese Frage kam es darauf an, wie sich die nicht zurechenbaren Zufallsfolgen menschlichen Verhaltens von Schädigungen abgrenzen ließen, die der Schädiger als Folge seiner freien Handlung zu verantworten hatte: „quia omne peccatum est voluntarium“, so hatte es *Thomas von Aquin* formuliert, „consequens est quod casuality, inquantum huiusmodi, non sunt peccata“⁴⁸¹. Zugleich hatte *Thomas* unmissverständlich klargestellt, dass eine Handlungsfolge auch dann als freiwillig gelten könne, wenn sie das Resultat pflichtwidriger Sorglosigkeit bildete⁴⁸²; folgerichtig hatte er deshalb die *negligentia* (Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt) als sündhaft qualifiziert⁴⁸³. Nach einem möglichen Unterschied zwischen rechtlicher Verantwortung und moralisch-theologischer Schuld zu fragen, hatte *Thomas* beiläufig offenbar keinen Anlass gesehen.

⁴⁷⁹ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 713, nn. 2 f.

⁴⁸⁰ Siehe nur *Soto*, De iustitia, lib. IV, qu. VII, art. II, der die Überlegung zwar erwähnt, dann aber gleich knapp abgetan hat.

⁴⁸¹ STh II–II, qu. LXIV, art. VIII. *Gordley* blendet diesen beichttheologischen Kontext in seiner aristotelischen Rekonstruktion der spätscholastischen Diskussionen aus: Foundations of Private Law, 184 ff., 196 f., 201, 204 f.

⁴⁸² STh II–II, qu. LXIV, art. VIII: „homicidium voluntarium ... contingit dupliciter: uno modo ...; alio modo quando non adhibet debitam sollicitudinem“.

⁴⁸³ STh II–II, qu. LIV, art. I: *utrum negligentia sit peccatum speciale*. Die Frage war nur, ob Fahrlässigkeit als solche eine Sünde bilde, was *Thomas* bejaht hatte, oder ob Fahrlässigkeit ein Element anderer Vergehen bilde. Siehe auch qu. LIV, art. III: *utrum negligentia possit esse peccatum mortale*.

a) *Versari in re illicita*?

Technisch problematisch war hier aus thomistisch-spätscholastischer Perspektive zunächst die kanonistische Lehre einer Verantwortung infolge von *versari in re illicita*. Nach dieser Doktrin wurden einem Sünder sämtliche Schadensfolgen seines rechtswidrigen Verhaltens zugerechnet, so dass, wer ein Pferd gestohlen hatte, also auch einen Unfall mit dem gestohlenen Pferd verantworten sollte⁴⁸⁴. *Thomas von Aquin* hatte zwischen dieser Lehre und seiner Theorie freiwilligen Verhaltens offenbar keinen Widerspruch gesehen. Solange der Verstoß gegen die fragliche Norm bewusst erfolge, seien die Schadensfolgen als *per accidens volitum* zuzurechnen⁴⁸⁵. Fahrlässigkeit (*negligentia*) und *versari in re illicita* erschienen damit als selbständige Zurechnungstatbestände für nicht beabsichtigte Handlungsfolgen.

Den Theologen des 16. Jahrhunderts ging diese Lehre indes viel zu weit. Bereits *Cajetan* hatte in seiner für die spätere Diskussion maßgeblichen⁴⁸⁶ Thomas-Kommentierung geltend gemacht, dass es nicht angängig sei, sämtliche Schadensfolgen verbotswidrigen Verhaltens umstandslos zuzurechnen. Wenn ein Mönch unter Verstoß gegen ein entsprechendes religiöses Gebot ausreite oder unter Verstoß gegen das Sonntagsgebot einen Baum fälle, und wenn dabei zufällig ein Junge zu Schaden komme, ohne dass dem Mönch ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen sei, so beschränke die Sünde des Mönches sich doch offenkundig auf die Missachtung des Reitverbots bzw. der Feiertagsruhe. Das zusätzliche *peccatum* eines Totschlags dürfe man ihm nicht vorwerfen⁴⁸⁷. Nichts anderes, so wenig später *Vitoria*, könne aber gelten, wenn man das Haus eines Feindes einreißt, um diesen zu töten, und dabei ein unbeteiligter Dritter in Mitleidenschaft gezogen werde. Wer alles Gebotene getan habe, um sicherzustellen, dass sich kein Unbeteiligter im Haus befinde, dürfe für ein solches zufälliges Unglück nicht verantwortlich gemacht werden. Denn insoweit liege es nicht anders, so *Vitoria*, als beim erlaubten Abriss des eigenen Hauses⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ *Raimundus de Pennaforte*, *Summa de Paenitentia*, lib. II, tit. I, n. 3. Zu dieser Lehre nach wie vor maßgeblich *Kuttner*, *Kanonistische Schuldlehre*, 200 ff. mit umfangreichen w.N. zur kanonistischen Diskussion; vgl. auch *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 190 ff.

⁴⁸⁵ STh II-II, qu. LXIV, art. VIII. Zwar ist der Text nicht ganz eindeutig, doch wurde er später dahin verstanden, dass Thomas die Doktrin des *versari in re illicita* widerspruchlos übernommen und in sein System eingefügt habe; vgl. etwa *Covarruvias*, de homicidio, p. II, § IV, n. 1; *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXIV, art. VIII, p. II, dub. III.

⁴⁸⁶ Vgl. nur *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXIV, art. VIII, nn. 2 ff., der seine Erläuterungen weitgehend als Referat der Kommentierung Cajetans präsentiert; ferner etwa *Soto*, *De iustitia*, lib. V, qu. I, art. IX; *Azpilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XV, n. 6; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. IX, dub. XV.

⁴⁸⁷ *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis*, ad qu. LXIV, art. VIII; ebenso etwa *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXIV, art. VIII, n. 4. Ebenso für die Abnahme einer Glocke von einem Glockenturm später etwa *Soto*, *De iustitia*, lib. V, qu. I, art. IX.

⁴⁸⁸ *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXIV, art. VIII, nn. 4 f.

Freilich hatte *Cajetan* noch keine klare Antwort auf die schwierige Frage⁴⁸⁹ zu geben vermocht, warum man solche Handlungsfolgen eigentlich nicht zurechnen dürfe. Er hatte hier lediglich dargelegt, dass eine unbeabsichtigte Tötung nur dann zugerechnet werde, wenn sie die natürliche Folge des verbotswidrigen Verhaltens bilde. Erläutert hatte *Cajetan* diesen Satz mit dem Beispiel eines Dolchstoßes, der naturgemäß zum Tode führe⁴⁹⁰. Die spätscholastischen Autoren hatten auf dieser Grundlage dann bald die Bedeutung des Verbotszwecks⁴⁹¹ bzw. den Gedanken der Gefährderrhöhung herausgearbeitet⁴⁹². Plausibel sei die Doktrin des *versari in re illicita* nicht nur bei ihrer Natur nach gefährlichen Handlungen, sondern bei jedem Verhalten, das typischerweise oder zumindest häufig den Tode eines Menschen zur Folge habe⁴⁹³. Habe etwa ein Kleriker einen Menschen bei einer verbotenen Jagd getötet, so *Domenico de Soto*, so komme es darauf an, ob die Jagd dem Kleriker wegen ihrer Gefährlichkeit oder aus anderen Gründen verboten gewesen sei⁴⁹⁴. Eine Verantwortlichkeit und Restitutionspflicht bestehe nur im ersten Fall.

Auch wenn die tradierte Lehre vom *versari in re illicita* mit dieser teleologischen Einschränkung durchaus plausibel erscheinen konnte, lehnten spätere Autoren diese Doktrin gleichwohl gänzlich ab. Nach diesen Autoren zählte allein das Verschulden des Schädigers⁴⁹⁵. Es komme deshalb ausschließlich darauf an, ob dem Sünder

⁴⁸⁹ Vgl. etwa die Erörterungen bei *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis*, ad qu. LXIV, art. VIII; *Vitoria*, *Commentaria in secundam secundae*, qu. LXIV, art. VIII, nn. 3 ff.; *Soto*, *De iustitia*, lib. V, qu. I, art. IX; *Covarruvias*, de homicidio, p. II, § IV; *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. IX, dub. XV. Das Problem erscheint hier im Zusammenhang mit ganz anderen Fragen wie der Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs aufgrund einer schlechten medizinischen Behandlung und der Zurechnung des Verhaltens Dritter; und unter den diskutierten Argumenten findet sich auch die wenig spezifische Überlegung, dass es nicht zugänglich sei, ein größeres *peccatum* zuzurechnen, wo der Sünder doch nur ein viel geringeres Vergehen intendiert habe.

⁴⁹⁰ *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis*, ad qu. LXIV, art. VIII: „... quando actus ... non est de genere suo via ad mortem“.

⁴⁹¹ Vgl. *Soto*, *De iustitia*, lib. V, qu. I, art. IX, bei *Quando debeat irregularis censi qui dat operam rei illicitae*: „Peccatum, quod fuit in causa ex natura sua, nihil ad homicidium referebat“.

⁴⁹² Maßgeblich insbesondere *Soto*, *De iustitia*, lib. V, qu. I, art. IX, bei *Quando debeat irregularis censi qui dat operam rei illicitae*: „sic intelligenda est res illicita cui datur opera ut scilicet genere suo res illa causa esse soleat homicidii“. Im Folgenden argumentiert *Soto* dann mit Formulierungen wie „genere suo sit periculosum“ bzw. „illicita quia periculosa“; ebenso etwa *Covarruvias*, de homicidio, p. II, § IV, nn. 9 f.; *Báñez*, *Decisiones*, qu. LXIV, art. VIII, p. II, dub. III, sec. concl. Vgl. auch, mit Blick auf die Zurechnung der Folgen schuldhaften Verhaltens, *Aspilueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XXVII, n. 221.

⁴⁹³ *Covarruvias*, de homicidio, p. II, § IV, n. 10: „... ubi illicitum illud opus per se volitum est periculosum ex natura sua, aut saltem saepe inde mors sequatur, aut frequenter“; siehe auch *Petrus Navarra*, *De restitutione*, lib. II, cap. III, nn. 362 f.

⁴⁹⁴ *Soto*, *De iustitia*, lib. V, qu. I, art. IX, bei *Quando debeat irregularis censi qui dat operam rei illicitae*.

⁴⁹⁵ Neben den im Folgenden Genannten insbesondere *Aspilueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XV, n. 6; vgl. auch cap. XXVII, n. 221; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, *Tractatus de restitutione*, cap. II, § II, dub. III.

ein Verschulden hinsichtlich der eingetretenen Schadensfolge vorzuwerfen sei; nur dann könne diese Schädigung als Sünde gelten. *Molina* erläuterte das mit einer Reihe von Beispielen⁴⁹⁶: Wer auf fremdem Grund verbotswidrig einen Baum gefällt habe, brauche, wenn dabei ein anderer zu Schaden gekommen sei, gleichwohl nicht zu restituieren, wenn er die erforderliche Sorgfalt beachtet habe. Ebenso sei ein Dieb nicht für Schäden verantwortlich, die er ohne weiteres Verschulden im Haus des Bestohlenen angerichtet habe. Und wer sich betrinke, müsse deshalb nur dann für Trunkenheitstaten einstehen, wenn er hätte wissen müssen, dass er unter Alkoholeinfluss zu Gewalt neige⁴⁹⁷.

Noch weitergehend wollten manche Spätscholastiker aus diesem Grund nicht einmal die Schadensfolgen einer wegen ihrer Gefährlichkeit verbotenen Tätigkeit zurechnen, wenn der Schädiger die angesichts der Gefährlichkeit erforderliche Sorgfalt hatte walten lassen⁴⁹⁸. Denn auch in solchen Fällen gelte grundsätzlich, dass die Sorgfalt die Gefahr neutralisiere⁴⁹⁹. Ebenso komme es ausschließlich auf die Frage der Fahrlässigkeit an, wenn ein Kleriker bei der verbotenen Jagd einen als Tier verkleideten Menschen getötet habe; grundsätzlich sei ihm nur ein Verstoß gegen die *virtus religionis* vorzuwerfen⁵⁰⁰. Gleiches galt nach *Lessius* auch in dem seit *Cajetan* viel diskutierten Fall⁵⁰¹ eines Ehebrechers, der auf frischer Tat ertappt den ihn angreifenden Ehemann in Notwehr getötet hatte. Zwar müsse ein Ehebrecher durchaus mit einer aggressiven Reaktion des Ehemanns rechnen; aus diesem Grunde hatten manche den Ehebrecher auch für die Tötung verantwortlich gemacht, in dem Ehebruch also nicht nur ein Verstoß gegen das Sechste Gebot (Ehebruchsverbot), sondern auch gegen das Fünfte Gebot (Tötungsverbot) gesehen⁵⁰². Dagegen ließ sich freilich einwenden, dass solche tödliche Gewalt selten sei und der Ehebruch deshalb lediglich eine *causa remota* der Tötung bilde. Naturrechtlich, so *Lessius*, sei der Ehebrecher folglich nicht verantwortlich; die Rücksicht auf das Leben des Ehemanns bilde lediglich ein Gebot der Nächstenliebe (*caritas*)⁵⁰³.

⁴⁹⁶ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 728, n. 2.

⁴⁹⁷ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 728, nn. 1 und 2.

⁴⁹⁸ Vgl. auch *Báñez*, Decisiones, qu. LXIV, art. VIII, p. II, dub. III, tert. concl.

⁴⁹⁹ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XV, n. 103: „... quia diligentia absternit periculum“. Freilich wollte *Molina* in solchen Fällen offenbar die Kausalität des Anfangverschuldens vermuten: iustitia, tract. II, disp. 728, n. 3; dies entsprach seiner Lehre von der *culpa levissima*; dazu näher unten 133 ff. Ähnlich *Báñez*, Decisiones, qu. LXIV, art. VIII, p. II, dub. III, tert. concl.: Vermutung mangelnder Sorgfalt.

⁵⁰⁰ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XV, n. 104.

⁵⁰¹ Vgl. außer den im Folgenden Genannten noch *Soto*, De iustitia, lib. V, qu. I, art. IX; *Petrus Navarra*, De restitutione, lib. II, cap. III, nn. 361 f.

⁵⁰² *Azpilcueta*, Enchiridion, sive Manuale, cap. XV, n. 7.

⁵⁰³ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. IX, dub. XV, nn. 105 ff. m.w.N.

Man würde solche Einschränkungen der tradierten Zurechnungsnormen missverstehen, sähe man darin lediglich den akademischen Versuch, das bei *Thomas von Aquin* angelegte Erfordernis einer Zurechnung zum Willen theoretisch folgerichtig umzusetzen⁵⁰⁴. Vielmehr ging es den spätscholastischen Autoren hier gerade auch um die praktischen Konsequenzen ihrer Lehre⁵⁰⁵. Denn für einen Kleriker bedeutete die Verantwortlichkeit für den Tod eines anderen Menschen die *irregularitas*: den Ausschluss von der Priesterweihe bzw. von der Ausübung priesterlicher Aufgaben⁵⁰⁶. Vor allem den jesuitischen Theologen war es zudem ein drängendes Anliegen, ihre Zeitgenossen von übermäßig drückenden Pflichten zu entlasten, musste doch jede Verletzung einer moralischen Pflicht das Seelenheil und damit das ewige Leben gefährden⁵⁰⁷. Angesichts der Tatsache, dass die Restitution eine Voraussetzung der Sündenvergebung bildete, musste die Zurechnung nicht beabsichtigter Handlungsfolgen besonders problematisch erscheinen. Eine Restitutionsverpflichtung, deren Erfüllung als Voraussetzung einer Versöhnung mit Gott galt, musste den Sünder des 16. Jahrhunderts nämlich ungleich schwerer belasten als ein Schädiger heute durch eine versicherbare Haftpflicht getroffen wird. Zwar wurde der Sünder von seiner Restitutionspflicht frei, sofern er nicht über die erforderlichen Mittel dazu verfügte, „quia nemo obligatur ad impossibile“⁵⁰⁸. Verfügte ein Sünder jedoch über eigenes Vermögen, so konnte ihn eine Restitutionspflicht völlig ruinieren.

Umgekehrt konnten deshalb auch Jesuiten wie *Lessius* unter Umständen durchaus eine strengere Position vertreten, wo eine Restitution einfach möglich war. Das zeigt sich etwa bei der Frage, ob für die wirtschaftlichen Folgen einer üblen Nachrede – etwa den Verlust eines Amtes oder Benefiziums – eintreten müsse, wer ursprünglich schuldlos von der Wahrheit seiner Behauptung überzeugt gewesen sei,

⁵⁰⁴ So *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 192 ff.

⁵⁰⁵ Vgl. auch *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis, ad qu. LXIV, art. VIII*; Cajetan ging noch davon aus, dass von der *irregularitas* eines *homicidium casuale* ohne weiteres dispensiert werden könne, und wollte deshalb mit Blick auf die *irregularitas* die Lehre des *versari in re illicita* ohne Einschränkungen anwenden. Problematisch war für ihn nur die Frage eines *peccatum*, also moralischer Schuld.

⁵⁰⁶ *Kuttner*, *Kanonistische Schuldlehre*, 227 ff. m.w.N. zu den kanonistischen Autoritäten. Es bildet deshalb keinen Zufall, dass sowohl die Kanonisten als auch die Theologen dies aus heutiger Perspektive abstrakte Zurechnungsproblem stets als eine Frage der Verantwortlichkeit für eine unbeabsichtigte Tötung diskutiert haben. War die einschlägige *quaestio* bei *Thomas* (STh II–II, qu. LXIV, art. VIII) noch mit der Frage betitelt, „utrum aliquis casualiter occidens hominem, incurrat homicidii reatum“, begann bereits *Vitoria* seinen Kommentar mit der Überlegung „an ille sit irregularis“; *Commentaria in secundam secundae, qu. LXIV, art. VIII, n. 1*. Bei den späteren Autoren steht das Problem der *irregularitas* dann ganz im Vordergrund; anschaulich etwa *Bañez*, *Decisiones, qu. LXIV, art. VIII*.

⁵⁰⁷ Ausdrücklich in diesem Sinne zur Frage der Verantwortlichkeit für einfaches bzw. leichtes Verschulden *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VII, n. 28*; näher sogleich 130 f.

⁵⁰⁸ *Lessius*, *De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. X*.

zwischenzeitlich, also vor dem Eintritt des Folgeschadens, aber von seinem Irrtum erfahren habe. Hier hatte *Lessius* sich scharf gegen die herrschende Meinung gewandt, wonach eine Restitutionspflicht ausscheiden sollte, wenn den Schädiger hinsichtlich der ursprünglichen Rufschädigung kein Verschulden traf. Auch in einem solchen Fall, so *Lessius*, sei der Schädiger zur Wiederherstellung des guten Rufs verpflichtet, wenn er von seinem Irrtum erfahre und seine früheren Äußerungen ohne große Schwierigkeiten richtigstellen konnte – argumentativ half hier wieder das Bild von der Rufschädigung als Wegnahme der *fama*⁵⁰⁹. Der Schuldner müsse deshalb, wenn er dieser primären Restitutionspflicht nicht nachgekommen sei, auch für etwaige Folgeschäden einstehen⁵¹⁰.

b) *Culpa levissima*?

Noch deutlicher als bei den Diskussionen um die Doktrin des *versari in re illicita* wird der Blick auf die – diesseitigen und jenseitigen – Folgen einer Restitutionspflicht bei der Kontroverse um den Haftungsmaßstab⁵¹¹. Hier hatte *Thomas von Aquin* undeutlich und jedenfalls untechnisch von *culpa* bzw. von einem *peccatum voluntarium* gesprochen⁵¹² und schien damit vorauszusetzen, dass die *restitutio ratione acceptionis* eine genuine moralische bzw. theologische Schuld des Schädigers voraussetze. Gleichzeitig galt nach römisch-gemeinem Recht im Rahmen der allgemeinen Schadensersatzklage (der *actio legis Aquiliae*) aber ein außerordentlich strikter Haftungsmaßstab, den zeitgenössische Juristen mit dem römisch-gemeinen Begriff der *culpa levissima*⁵¹³ oder mit äquivalenten Ausdrücken wie „slightest fault“⁵¹⁴, oder „fautes ... si légeres qu'elles puissent être“⁵¹⁵ umschrieben. In der Sache bedeutete diese *culpa levissima* das, was Juristen im 20. Jahrhundert paradox als „negligence without fault“ umschrieben haben⁵¹⁶: eine praktisch strikte Haftung, unabhängig von vernünftigen

⁵⁰⁹ Oben 107.

⁵¹⁰ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. XI, dub. XXII, n. 118; ebenso auch *Molina*, De iustitia, tract. IV, disp. 40, nn. 3 f.: Die Pflicht zur Richtigstellung bestehe *ex iustitia*, also von Naturrechts wegen, nicht lediglich *ex caritate*.

⁵¹¹ Aus der Sekundärliteratur *Gordley*, Foundations of Private Law, 161 f.; *Nufer*, Restitutionslehre, 49 ff.; *Dondorp*, Crime and Punishment, 122 ff. m.w.N.

⁵¹² STh II–II, qu. LXIV, art. VIII. Andere Passagen, in denen *Thomas von Aquin* Diebstahl und Raub als Beispiele für eine *injuriosa acceptatio contra voluntatem domini* angeführt hatte, kann man sogar dahin verstehen, als hätten ihm ausschließlich vorsätzliche Delikte vor Augen gestanden (vgl. STh II–II, qu. LXII, art. VI), doch sollte man solche Passagen nicht überinterpretieren. Ausdrückliche Aussagen zur Frage des Haftungsmaßstabs konnten die Spätscholastiker bei *Thomas* schlechterdings nicht finden.

⁵¹³ *Ulpian* 42 ad Sabinum D. 9,2,44 pr.: „In lege Aquilia et levissima culpa venit“.

⁵¹⁴ Alternativ war im schottisch-gemeinen Recht auch von „smallest fault or neglect“ die Rede; vgl. *MacQueen/Sellar*, Negligence, 524 ff. m.N.

⁵¹⁵ *Domat*, Loix civiles, p. I, liv. II, tit. VIII, sect. 4, § 1.

⁵¹⁶ *Ehrenzweig*, Negligence Without Fault.

Sorgfaltsanforderungen bzw. zwischenmenschlichen Verhaltenserwartungen, für jedes auch nur theoretisch abwendbare Ereignis⁵¹⁷. Um beichtpflichtige, das Seelenheil gefährdende Sünden ging es bei diesem Haftungsmaßstab, der sich übrigens auch im begrifflich-dogmatischen Rahmen des römisch-gemeinen Deliktsrechts nur mit Schwierigkeiten erklären ließ⁵¹⁸, jedenfalls ganz offenkundig nicht.

Gleichwohl hatte die kanonistische Lehre diesen Haftungsmaßstab von Anfang an auch in das kanonistische Deliktsrecht übertragen⁵¹⁹; und entsprechend hatte die juristische Begrifflichkeit am Ende des 15. Jahrhunderts längst auch Eingang in die theologische Diskussion⁵²⁰ und insbesondere auch in die Beichtliteratur gefunden⁵²¹. Anders als die späteren gemeinrechtlichen Juristen haben die spätscholastischen Theologen die *culpa levissima* dabei zwar zumeist als Außerachtlassung von nicht völlig unvernünftigen, wenn auch nicht selbstverständlichen oder gar üblichen Verhaltensanforderungen, beschrieben; zugleich haben sie betont, was freilich auch juristisch galt: dass eine Verantwortlichkeit für *culpa* keine Zufallshaftung (*casus fortuitus*) bedeuten dürfe⁵²². Gleichwohl war für sie aber selbstverständlich, dass eine *culpa levissima* einen theologisch-moralischen Schuldvorwurf nicht zu tragen vermöge⁵²³.

Bereits im Mittelalter hatten Autoritäten wie Papst *Innozenz IV.* († 1254) aus diesem Grunde erwogen, die Haftung für *culpa levissima* auf das *forum externum* zu beschränken und für das *forum internum* eine genuine *culpa lata* zu verlangen⁵²⁴. Freilich hatte sich diese Auffassung in der kanonistischen Diskussion nicht durchsetzen können.

⁵¹⁷ Detaillierter unten 170 ff.

⁵¹⁸ Näher *Jansen*, Haftungsrecht, 300 ff., 304 ff., 311 f. Hier war die Haftung konzeptionell an ein verschuldetes Unrecht gebunden; mit dem Konzept der *culpa levissima* ließ sich das aber nur schwer in Einklang bringen.

⁵¹⁹ *Dondorp*, Crime and Punishment, 120 f. m.w.N.; ältere Belege aus handschriftlichen Quellen (Glossen des *Johannes Teutonicus*, *Summa Bambergensis*) bei *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre, 159 (zur Falschaussage), 219 f. (Tötung bzw. Körperverletzung).

⁵²⁰ *Gabriel Biel*, *Collectiorum circa quattuor libros Sententiarum*, lib. IV, dist. XV, qu. X, art. III, dub. 9.

⁵²¹ *Angelus Carletus*, *Summa Angelica*, ad verbum „culpa“, n. 3.

⁵²² Fast bei allen Autoren findet sich zur Illustration dasselbe Beispiel: Wer die Tür zu dem Privatzimmer, in dem er einen geliehenen Gegenstand verwahre, mit einem Schlüssel abgeschlossen habe, an dessen Verlässlichkeit zu zweifeln er keinen Anlass habe, sei vom Vorwurf der *culpa levissima* frei, auch wenn er es unterlassen habe, noch einmal mit der Hand zu prüfen, ob die Tür fest verriegelt sei; siehe insbesondere *Aspilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XVII, n. 178; *Molina*, loc. cit., disp. 293, nn. 4, 6, 9; ferner etwa *Toletus*, In Summam Theologiae Enarratio, ad qu. LXII, art. IV; *Aragón*, Iustitia, qu. LXII, art. II a.E. (*Corollaria que sequuntur ex dictis*, S. 139 f.).

⁵²³ *Hadrian VI.*, De restitutione, fol. 73, col. 2 f.; *Covarruvias*, *Regulae Peccatum*, p. II, § 7, n. 9; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI; *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 293 und 698.

⁵²⁴ *Innozenz IV.*, *Commentaria in quinque libros Decretalium Gregorii IX*, ad Decr. Greg. IX. lib. V, tit. XII, cap. VI, n. 5; w.N. bei *Dondorp*, Crime and Punishment, 119 ff.

Insbesondere *Panormitanus* (*Nicolaus de Tudeschis*), der wohl führende Kanonist des 15. Jahrhunderts, hatte dagegen nämlich geltend gemacht, dass eine solche Differenzierung ein verfehltes pönales Verständnis der Restitution voraussetze⁵²⁵; und in der Tat war *Innozenz IV.* noch davon ausgegangen, dass die Restitutionspflicht eine Strafe für die Schadenszufügung bilde. Wenn *Panormitanus* dem entgegenhielt, dass die Restitution auf einen privatrechtlichen Ausgleich eines Verlustes, nicht auf eine Bestrafung des Sünders, zielte, so macht das deutlich, dass das thomistische, ausgleichsorientierte Verständnis der Restitution⁵²⁶ mittlerweile auch im kanonischen Recht allgemein anerkannt war. Auch nach der *Summa Angelica* (1482), dem in der spätscholastischen Diskussion hoch autoritativen Symbol der spätmittelalterlichen Beichtjurisprudenz, galt ganz selbstverständlich der strenge Maßstab der *culpa levissima*⁵²⁷.

Angeichts dieses Diskussionsstands musste es für die spätscholastischen Theologen entscheidend auf die Frage ankommen, ob die Verpflichtung zur Restitution tatsächlich eine beichtpflichtige Sünde voraussetzte⁵²⁸. Dabei schien, wenn man so fragte, eine positive Antwort geradezu selbstverständlich zu sein, ging es bei der Restitution aus theologischer Perspektive doch gerade um die Voraussetzung der Sündenvergebung. Andernfalls fehlt es doch ohnehin an einem Beichttatbestand, so dass theologisch gar kein Grund zur Restitution bestünde. Und in der Tat war ein Teil der Spätscholastiker, wenn auch häufig unausgesprochen⁵²⁹, von Anfang an offenbar der Ansicht, dass eine Restitutionspflicht aufgrund *iniusta acceptatio* ein genuines Verschulden voraussetze⁵³⁰; für diese Ansicht ließen sich durchaus auch theologische Autoritäten finden⁵³¹. Deutlich ausgeführt findet man diese Lehre allerdings erst bei einigen späteren Autoren⁵³², insbesondere in den weitgehend

⁵²⁵ *Nicolaus de Tudeschis*, *Commentaria in libros Decretalium*, ad *lib. V, tit. XXXVI (De iniuriis, & damno dato)*, *cap. V* und *IX*.

⁵²⁶ Näher oben 29 ff.

⁵²⁷ *Angelus Carletus*, *Summa Angelica*, ad verbum „culpa“, n. 6.

⁵²⁸ Siehe etwa *Molina*, *De iustitia*, *tract. II, disp. 698, n. 1* m.w.N.

⁵²⁹ Vgl. nur *Cajetan*, *Secunda Secundae ... Cum Commentariis*, ad *qu. LXIV, art. VIII*: die Folgen gefährlichen, nicht verbotenen Verhaltens seien nicht zuzurechnen, wenn nur eine angemessene Sorgfalt gewahrt worden sei.

⁵³⁰ Siehe insbesondere *Soto*, *De iustitia*, *lib. IV, qu. VII, art. II*, sowie *lib. V, qu. I, art. IX*. Soto hatte den Satz, wonach die Restitution für die Sündenvergebung erforderlich sei, dahin interpretiert, dass die Restitution ein Erfordernis für die Vergebung von Schuld (*culpa*) bilde; vgl. dazu auch *Duue*, *La teoría de la restitución*, 196 f. m.w.N.

⁵³¹ *Gabriel Biel*, *Collectiorum circa libros Sententiarum*, *lib. IV, dist. XV, qu. XIV, art. III, dub. II*; *Silvestro Mazzolini*, *Summa Sylvestrina*, *De culpa et dolo*, § 4.

⁵³² *Petrus Navarra*, *De restitutione*, *lib. II, cap. I, nn. 48 f.*; *Toletus*, *In Summam Theologiae Enarratio*, ad *qu. LXII, art. IV, tert. und quart. concl.* Vgl. auch *Aragón*, *Iustitia*, *qu. LXII, art. II a.E. (Corollaria que sequuntur ex dictis, S. 140 ff.)*, allerdings ohne eine klare Aussage zur Haftung außerhalb vertraglicher Bindungen.

parallelen Ausführungen von Jesuiten wie *Gabriel Vázquez (Bellemontanus)*⁵³³ und *Leonardus Lessius*⁵³⁴.

Dabei hatten *Vázquez* und *Lessius* die Restitutionspflicht im *forum conscientiae* auf Fälle groben Verschuldens (*culpa lata*) beschränken wollen⁵³⁵, wobei sie die *culpa lata* allerdings, im Einklang mit der tradierten theologischen Lehre⁵³⁶, verhältnismäßig streng als Außerachtlassung der allgemein üblichen Sorgfalt verstanden haben⁵³⁷. Man müsse nämlich, so *Vázquez* und *Lessius*, präzise zwischen theologischer und juristischer Schuld (*culpa*) unterscheiden; auch das entsprach etablierter Lehre⁵³⁸: Bei den Theologen gehe es um eine Sünde (*peccatum*), bei den Juristen um schadensverursachende Fahrlässigkeit (*negligentia*)⁵³⁹. Aus theologischer Perspektive löse eine rechtswidrige Schädigungshandlung (*iniusta acceptatio*) folglich nur dann eine Restitutionspflicht aus, wenn der Täter mit der Schädigung zugleich eine Sünde (*peccatum*) begangen, sich also in moralisch vorwerfbarer Weise falsch verhalten habe⁵⁴⁰.

Während *Vázquez* hier jedoch ausführlich klarstellte, dass man erhöhten Sorgfaltspflichten unterliege, wenn man bewusst einer gefährlichen Tätigkeit nachgehe⁵⁴¹, kam es *Lessius* vor allem auf eine tolerante Grundhaltung des Beichtvaters an: Man dürfe von Menschen nicht verlangen, sich gegenüber ihren Mitmenschen gewissenhafter zu verhalten, als sie es in eigenen Angelegenheiten zu tun pflegten⁵⁴². Eine Nachlässigkeit, wie sie jedermann bisweilen unterlaufen könne,

⁵³³ G. *Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. II.

⁵³⁴ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI–VIII; ferner etwa loc. cit., cap. VII, dub. II, nn. 7 ff. Dabei sind die *Opuscula moralia* von *Vázquez* zwar, soweit ersichtlich, erst 1617 erschienen, doch ist *Vázquez* vor dem Erscheinen von *Lessius'* Traktat *de iustitia et iure* verstorben. Möglicherweise hat *Lessius* mit dem Text von *Vázquez* arbeiten können, der bei den niederländischen Jesuiten als Handschrift kursierte, doch lässt sich das mangels klarer Quellenbelege nicht nachweisen. Zitiert hat er *Vázquez*, soweit ersichtlich, nicht; gleichwohl liest sein Text sich an dieser Stelle wie eine konzise Zusammenfassung der Darstellung seines Mitbruders.

⁵³⁵ G. *Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. II, nn. 14 f.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI, n. 24.

⁵³⁶ *Gabriel Biel*, Collectio circa libros Sententiarum, lib. IV, dist. XV, qu. X, art. III, dub. 9; *Angelus Carletus*, Summa Angelica, ad verbum „culpa“, n. 3.

⁵³⁷ G. *Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. II, n. 10; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI, n. 23.

⁵³⁸ *Silvestro Mazzolini*, Summa Sylvestrina, De culpa et dolo, pr. und § 1; *Hadrian VI.*, De restitutione, fol. 73, col. 2 f.; siehe auch *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 293. *Carletus* und *Hadrian VI.* hatten dabei sogar fünf Standards unterschieden: neben der *culpa lata* noch die *culpa latior* und die *culpa latissima*; ebenso G. *Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. II, nn. 9 f.

⁵³⁹ G. *Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. II, nn. 15 f.; *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI, n. 22.

⁵⁴⁰ G. *Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. II, nn. 16 ff.

⁵⁴¹ G. *Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. II, nn. 21 ff.

⁵⁴² *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI, n. 24.

dürfe deshalb nicht als Sünde gelten⁵⁴³; auch bei einer lässlichen Sünde (*peccatum veniale*) bestehe deshalb keine Restitutionspflicht⁵⁴⁴. Nach *Lessius* galt das sogar, wenn jemand sich in plötzlicher Zorneswallung (*subita ira correptus*) zu einem Totschlag hatte hinreißen lassen⁵⁴⁵. Ganz offensichtlich stand hinter solchen Argumenten⁵⁴⁶ die Sorge um das Seelenheil fehlbarer Menschen; dies zentrale moraltheologische Anliegen der Jesuiten wird bei *Lessius* immer wieder deutlich⁵⁴⁷. Es gehe schlechterdings nicht an, so *Lessius*, dass ein Sünder von einer einfachen Nachlässigkeit nur nach einer Restitution von 10.000 Goldstücken absolviert werden könne⁵⁴⁸. Dass im *forum externum*, auch vor kirchlichen Gerichten, häufig ein strengerer Haftungsmaßstab gelte, ändere daran nichts⁵⁴⁹, sondern bilde, so muss man *Lessius* verstehen, einen Ausdruck der Differenzierung von moralisch-theologischer Schuld und rechtlicher Verantwortlichkeit.

Wenn die moderne Sekundärliteratur aus solchen Ausführungen geschlossen hat, dass das Verschuldenserfordernis für die Spätscholastiker selbstverständlich gewesen sei⁵⁵⁰, so ist ein solcher Eindruck allerdings verfehlt. *Vázquez* und *Lessius* hatten durchaus gute Gründe, der Frage derart breiten Raum einzuräumen.

⁵⁴³ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI, n. 26. Hierher gehörten nach *Lessius* Fälle, in denen anvertrautes Gut gestohlen wurde, weil man vergessen hatte, eine Kammer abzusperrern, oder in denen ein Brand entstanden war, weil man vergessen hatte, eine Kerze zu löschen.

⁵⁴⁴ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI, nn. 27 f. Nach G. *Vázquez* (*Bellemontanus*), Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. II, nn. 23 f., sollte demgegenüber auch ein *peccatum veniale* eine Restitutionspflicht auslösen, allerdings dürfe *culpa levissima* grundsätzlich nicht als *peccatum veniale* gelten.

⁵⁴⁵ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VII, n. 28 a.E.

⁵⁴⁶ Ebenso hatte *Lessius* ja bei der Doktrin des *versari in re illicita* argumentiert; siehe oben 125.

⁵⁴⁷ Näher *Stone/van Houdt*, Probabilism and its Methods, 384 ff.; *Decock*, Jesuit freedom of contract, 426 ff., 440 f., 454 f., 457 f.; *id.*, *Lessius and the Breakdown of the Scholastic Paradigm*, 63 ff., jeweils m.w.N. Hinter solchen Argumenten stand letztlich die Sorge, dass Menschen an überhöhen moralischen Anforderungen scheitern und sich ganz von der Lehre der Kirche abwenden könnten.

⁵⁴⁸ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VII, n. 28.

⁵⁴⁹ *Lessius*, De iustitia, lib. II, cap. VII, dub. VI, n. 26; vgl. auch dub. VIII, nn. 40 ff. (zur entsprechenden Frage im Rahmen vertraglicher Ansprüche).

⁵⁵⁰ *Nufer*, Restitutionslehre, 49 f. *Nufer* nennt für diese Ansicht neben *Lessius* noch *Vitoria* und *Soto* (mit ins Leere gehendem Zitat [Fn. 16]; gemeint ist offenbar lib. VI, qu. I, art. IX) sowie *Azpilcueta* und *Molina*. Aber die Passagen bei *Vitoria* (*Commentaria in secundam secundae*, qu. LXIV, art. VIII, nn. 1 ff.) sind ausgesprochen undeutlich; *Azpilcueta* war ausdrücklich anderer Ansicht (sogleich Fn. 560); und *Molina* hat eine hochdifferenzierte Theorie einer moralischen Verantwortlichkeit für *culpa levissima* auch im *forum conscientiae* entwickelt (dazu sogleich 134 ff.). Ein ähnliches Bild zeichnet auch *Gordley*, *Foundations of Private Law*, 196 ff., der in diesem Zusammenhang allerdings, anders als sonst, nicht näher auf die spätscholastische Literatur eingeht, sondern allgemein eine aristotelisch-thomistische Konzeption moralisch-juristischer Verantwortung zu rekonstruieren versucht. Differenzierter demgegenüber *Dondorp*, *Crime and Punishment*, 126 ff.

Zwingend war ein solcher Schluss auch aus theologischer Perspektive nicht; vielmehr gab es Gegenargumente und vor allem auch entgegenstehende theologische Autoritäten. Insbesondere⁵⁵¹ Papst *Hadrian VI.* († 1523) hatte nämlich in seinem maßgeblichen Traktat über die Buße und die Restitution ausführlich dargelegt, dass auch im *forum conscientiae* der allgemeine Haftungsmaßstab der *culpa levissima* gelten müsse⁵⁵². Die Annahme, dass die Restitutionspflicht eine Sünde (*peccatum*) des Restitutionsschuldners voraussetze, beruhe nämlich auf einem Missverständnis. Vielmehr finde die Restitutionsverpflichtung ihre Grundlage unmittelbar in dem für den Schaden kausalen Eingriff (*ablatio*)⁵⁵³. Das zeige sich schon bei der Restitutionspflicht des Besitzers, der eine fremde Sache irrtümlich für seine eigene gehalten und zerstört habe. Auch im *forum conscientiae* seien daher die allgemeinen Regeln des Dekretalentitels *De iniuriis, & damno dato*⁵⁵⁴ anzuwenden, der Schädiger mithin auch für *culpa levissima* verantwortlich⁵⁵⁵. Denn die Verpflichtung zur Restitution sei keine Strafe für ein *peccatum*, sondern bilde eine andersartige Rechtsfolge eines schadensursächlichen Eingriffs⁵⁵⁶. Auch bei einem Dieb, so der Papst, müsse man deshalb die Verpflichtung, die gestohlene Sache zu restituieren, klar von einer möglichen Strafzahlung unterscheiden⁵⁵⁷. Es sei folglich von vornherein verfehlt, mit dem Konzept eines rechtswidrigen Eingriffs (*iniuriosa ablatio*) den Gedanken einer Sünde zu verbinden; vielmehr sei die *iniuriosa ablatio* einfach als Verletzung eines fremden Rechts zu verstehen (*quo ius alterius laedit*)⁵⁵⁸.

Bis zum Ende des 16. Jahrhunderts hatte dieser Ansatz, soweit ersichtlich, keinen ausdrücklichen Widerspruch gefunden. Man darf deshalb davon ausgehen, dass die vorherrschende Lehre eine Restitutionspflicht auch bei *culpa levissima* und damit auch ohne ein genuines theologisches Verschulden bejaht hat. *Azpilcueta* hatte in diesem Sinne ausdrücklich klargestellt, dass das Verschuldenserfordernis nur für Strafen, nicht auch für die Restitution gelte, eine Restitutionspflicht vielmehr auch aus einem Quasidelikt wie der Tierhalterhaftung oder der Haftung des Hauseigentümers nach der *actio de deiectis vel effusis*⁵⁵⁹.

⁵⁵¹ Daneben insbesondere *Angelus Carletus*, *Summa Angelica, ad verbum „culpa“*, n. 6.

⁵⁵² *Hadrian VI.*, *De restitutione*, fol. 73 f.; dazu auch *Dondorp*, *Crime and Punishment*, 125 f.

⁵⁵³ *Hadrian VI.*, *De restitutione*, fol. 73, col. 3: „obligatio restituendi non requirit peccatum cuiuscunque auferentis, sed causalis ablatio alieni, sive culpabiliter & peccaminose fiat, sive etiam sine peccato, inducit obligationem de restituendo“; siehe auch col. 4: „causalis ablatio inducit obligationem restitutionis in foro conscientiae“.

⁵⁵⁴ *Decr. Greg. IX.*, lib. V, tit. XXXVI.

⁵⁵⁵ *Hadrian VI.*, *De restitutione*, fol. 73, col. 3 f.

⁵⁵⁶ *Hadrian VI.*, *De restitutione*, fol. 73, col. 4: „Obligatio vero restitutionis non est poena proprii peccati, sed aliquid consequens causalem ablationem alieni“.

⁵⁵⁷ *Hadrian VI.*, *De restitutione*, fol. 73, col. 4.

⁵⁵⁸ *Hadrian VI.*, *De restitutione*, fol. 73, col. 4.

⁵⁵⁹ D. 9,3: nach dieser Klage haftete der *habitor* eines Wohnblocks, also der Eigentümer bzw.

entstehen könne⁵⁶⁰; diese Ansicht hatten auch Jesuiten wie *Vázquez* noch zustimmend als *communis opinio* dargestellt⁵⁶¹. Auf derselben Linie hatte *Covarruvias* hervorgehoben, dass *culpa levissima* auch im *forum conscientiae* für eine Restitutionspflicht genügen müsse, soweit dieser Haftungsmaßstab nach allgemeinem *ius civile* gelte – im außervertraglichen Haftungsrecht schien das nach D. 9,2,44 freilich ganz allgemein der Fall zu sein. Denn, so *Covarruvias*, soweit das *ius civile* gerecht sei, sei es nach allgemeinen Grundsätzen auch im *forum conscientiae* zu beachten⁵⁶².

Auch für diese Ansicht finden sich allerdings nur wenige ausdrückliche Stellungnahmen; man darf das als Ausdruck der Unsicherheit in dieser Frage werten: *Thomas von Aquin* hatte sich dazu ja nicht klar geäußert; und die übrigen Autoritäten waren widersprüchlich. Einerseits schien der Gedanke einer *culpa levissima* im *forum conscientiae*, in dem es eigentlich um die Sündenvergebung gehen sollte, zwar keinen rechten Platz zu finden. Hinzu kam wohl auch, dass man die mit der *culpa levissima* verbundenen Haftungsrisiken durchaus als eine Bedrohung unternehmerischer Tätigkeit wahrnehmen konnte; das erklärt offenbar die hier besonders restriktive Lehre mancher Jesuiten. Andererseits galten die Regeln des gemeinen Rechts aber offenkundig verbreitet als interessengerecht. Dass die Restitution ihre Grundlage nicht in einem *peccatum* des Schuldners, sondern in dem Eingriff in die fremde Rechtssphäre (*ablatio*) fand, war dabei zudem kein innovativer Gedanke, sondern bildete eigentlich eine spätestens seit *Vitoria* allgemein anerkannte systematische Annahme⁵⁶³.

Allerdings konnte man in dieser Frage wesentlich differenzierter argumentieren. Das wird insbesondere bei *Luis de Molina* deutlich, der der strengen Haftung für *culpa levissima* eine umfassende Darstellung widmete, die auch für die gemeinrechtliche Hauptmieter, für sämtliche Schäden, die daraus resultierten, dass irgendjemand Gegenstände aus dem Haus geworfen hatte. Näher zu dieser Klage, die auf Gründen der öffentlichen Sicherheit beruhte und nur mittelbar privatrechtliche Ausgleichsinteressen schützte, siehe insbesondere *Zimmermann*, *Effusum vel deiectum*; *Jansen*, Staatliche Gesellschaftspolitik und juristische Argumentation, 496 f., 504 ff., jeweils m.w.N.

⁵⁶⁰ *Aspilcueta*, *Enchiridion, sive Manuale*, cap. XVII, n. 17; vgl. auch cap. XV, n. 27 (zur Tierhalterhaftung); cap. VII, n. 215 (zum Verschuldenserfordernis). Vorausgesetzt war dabei ein sehr weiter Restitutionsbegriff, der auch vertragliche und erbrechtliche Ansprüche umfasste (zur Diskussion um den Begriff der Restitution oben 53 ff.). Freilich ist die Frage nach dem Verschuldenserfordernis unabhängig von der Frage, wie die Restitution von anderen Institutionen des Naturrechts abgegrenzt wurde.

⁵⁶¹ *Toletus*, In Summam Theologiae Enarratio, ad qu. LXII, art. IV, quart. concl.: „Lex de pauperie obligat in conscientia“; *G. Vázquez (Bellemontanus)*, Tractatus de restitutione, cap. II, § II, dub. I und dub. II, n. 22 f. Entscheidend war für *Vázquez* dabei, dass der Schädiger die Haftung durch Auslieferung des schädigenden Tieres bzw. sogar durch Zahlung des Geldwerts des Tieres vermeiden konnte.

⁵⁶² *Covarruvias*, De sponsalibus / matrimoniis, p. II, cap. VI, § 8, nn. 16 ff.: „Lex autem civilis hac in re iusta est, ergo erit in interiori foro servanda“ (n. 16). Es folgen detaillierte Ausführungen zu der Frage, ob und wie weit das nach *ius civile* auch für bloßes Unterlassen, insbesondere bei der Aufsicht von Feuer, gelte.

⁵⁶³ Oben 34 ff.

Diskussion autoritativ werden sollte⁵⁶⁴. Dabei hatte *Molina* in einem ersten Schritt das traditionelle Argument, wonach die Regeln der *actio legis Aquiliae* insgesamt als gerecht gelten und deshalb auch im kanonischen Recht angewendet werden sollten, um Hinweise auf die strikten Haftungstatbestände des Alten Testaments ergänzt⁵⁶⁵ und mit der generalpräventiven Überlegung verstärkt, dass die strenge kompensatorische Haftung des gemeinen Rechts hier sinnvolle Anreize zur Schadensvermeidung setze⁵⁶⁶.

Freilich waren das bloß juristische Überlegungen, die zur Frage theologischer Schuld unmittelbar nichts beitrugen. Diese Frage beantwortete *Molina* in einem zweiten Schritt mit einer ganz neuartigen quasivertraglichen Erklärung der Haftung für *culpa levissima* als einer naturrechtlich begründeten Gefährdungshaftung⁵⁶⁷. Eine Sünde, so *Molina*, könne nämlich nicht zuletzt auch darin bestehen, dass man einer gefährlichen Tätigkeit nachgehe, ohne dabei die feste Absicht zu haben, im möglichen Unglücksfall für etwaige Schäden einzustehen. Wer etwas besonders Gefährliches unternehmen wolle, müsse deshalb von vornherein bereit sein, im Schadensfall Ersatz zu leisten⁵⁶⁸. Tätigkeiten, die mit erheblichen Gefahren für Dritte verbunden waren, so darf man *Molina* verstehen, sollten also als verboten gelten, sofern man nicht freiwillig bereit war, eventuelle Schäden auszugleichen. Man durfte solche Tätigkeiten also nur um den Preis einer Kompensation eventueller Schadensopfer vornehmen. Dabei betonte *Molina* mit Nachdruck, dass die Haftpflicht naturrechtlich begründet sei, und dass die Restitutionspflicht folgerichtig auch im *forum conscientiae* erzwungen werden könne⁵⁶⁹. Entweder war das *forum conscientiae* nämlich *ratione peccati* eröffnet, weil nur

⁵⁶⁴ Auf die entsprechenden Passagen bei *Molina* (sogleich Fn. 567, 568) verweisen bei ihrer Erläuterung der gemeinrechtlichen *culpa levissima* so einflussreiche Autoren des *Usus modernus* wie *Struve*, *Syntagma jurisprudentiae*, ad D. 9,2, *exerc. XIV*, § 20, oder *Brunnemann*, *Commentarius in Pandectas*, ad D. 9,2,44, nn. 1, 5.

⁵⁶⁵ *Molina* verweist hier auf 2. Mos. 22 und insbesondere auf die im gemeinen Recht umstrittene Haftung für übergreifendes Feuer (2. Mos. 22,5).

⁵⁶⁶ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 698, n. 2: „dispositio iuris civilis ... quoad compensationem damni ad aequalitatem, poenalis non est, summa cum aequitate constituta, ut homines, timore obligationis iniunctae restituendi, si quod damnum quacunque sua culpa dederint, cautiores sint ad illud suis proximis non inferendum“; ähnlich *loc. cit.*, n. 5. Mit dieser Argumentation übertrug *Molina* die aus dem römischen Recht überlieferte Begründung der *actio de deiectis vel effusis* mit Gründen der öffentlichen Sicherheit (*Ulpian 23 ad ed. D. 9,3,1,1*: „Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari“) in das allgemeine Haftungsrecht; vgl. auch *Molina*, *loc. cit.*, disp. 710, n. 3 und disp. 713, n. 6 zu den Quasidelikten.

⁵⁶⁷ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 698, n. 3: „ratione pacti, seu quasi pacti“.

⁵⁶⁸ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 698, n. 3: „... damnum ita datum est, quod illud dans peccaret contra iustitiam adversus proximum id dando, nisi firmum haberet propositum, quod in eventu, quod sequeretur, illud integre restitueret ...“. Ähnlich kurz darauf: „Quoniam evenire potest, ut quis rem aggrediatur, ex qua periculum imminet rebus alienis, quique peccaret contra iustitiam, si illam aggrederetur minime paratis satisfacere damnum ...“.

⁵⁶⁹ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 698, n. 3; disp. 717, n. 2.

ein Haftungsversprechen der Schädigung ihren sündhaften Charakter nehmen konnte, oder aber *ratione contractu*, weil der Schädiger sein implizites Haftungsversprechen brach⁵⁷⁰, indem er nicht zahlte. Mit dieser Argumentation ging es *Molina* um den Nachweis, dass ein leichtes juristisches Verschulden durchaus zu einer schweren theologischen Schuld führen könne⁵⁷¹. *Molina* zielte also nicht auf die triviale Überlegung, dass, wer bewusst handle, die ihm bekannten Rechtsfolgen in Kauf nehmen müsse: In dieser verballhornend verallgemeinerten Form finden ähnliche Argumente sich immer wieder in späteren Diskussionen, nicht zuletzt auch zur Legitimierung staatlichen Strafens⁵⁷²; und es ist wenig verwunderlich, dass die späteren säkularen Naturrechtslehrer solche Argumente nicht mehr ernst nehmen mochten⁵⁷³. Der Witz des Arguments *Molinas* war indes ein ganz anderer: Ihm ging es mit dem Gedanken des Quasivertrags darum, eine naturrechtliche Haftung für schuldloses bzw. sogar für erlaubtes Verhalten zu begründen. Positive Rechtssätze setzte *Molina* mit diesem Argument deshalb gerade nicht voraus⁵⁷⁴, sondern lediglich – im Anschluss an die Argumentation *Hadrians VI*. – das naturrechtliche Gebot, die Rechtssphäre anderer Mitmenschen zu achten: Mit dem Argument, dass sich *contra iustitiam adversus proximum* vergehe, wer einer gefährlichen Tätigkeit ohne die erforderliche Kompensationsbereitschaft nachgehe⁵⁷⁵, stellte *Molina* unmissverständlich klar, dass die Haftung ihre Grundlage im Naturrecht und damit letztlich im *dominium* der Betroffenen fand. Der Schuldner sollte seine quasivertragliche Haftungsbereitschaft also nicht einfach deshalb erklärt haben, weil die Rechtsordnung ihm eine solche Haftung oktroyierte, sondern weil die Rechte anderer die Bereitschaft zu einer quasivertraglichen Einigung über die jeweiligen Risiken der gefährlichen Tätigkeit erforderten.

⁵⁷⁰ Dabei war im Vertragsrecht allgemein anerkannt, dass eine Restitutionspflicht nicht notwendig ein *peccatum* des Schuldners voraussetzte, sondern sich auch aus einem Haftungsversprechen ergeben konnte; siehe etwa *G. Vázquez (Bellemontanus)*, *Tractatus de restitutione*, cap. II, § II, *dub.* VI ff. m.w.N. Gemeint war damit natürlich nicht eine tatsächliche Einigung; vielmehr handelt es sich um eine vertragstheoretische Begründung einer strikten Haftung. In der spätscholastischen Diskussionstradition ist dies Argument freilich nicht aufgenommen worden; vgl. *Lessius*, *De iustitia*, lib. II, cap. VII, *dub.* VI, n. 24.

⁵⁷¹ *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 698, n. 4.

⁵⁷² *Pavonius*, *Summa Ethicae*, disp. III, qu. II, prop. 3, n. 3: „... qui iniuriam faciunt, & acipiunt, contrahere quodammodo inter se videntur tum quia qui damnum infert alteri, quasi contrahit cum lege, ut ablatum restituat & praeterea poena plectatur“; ebenso später vor allem *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XX, § II, n. 3. Vgl. auch *Englard*, *Corrective & Distributive Justice*, 145 f., 152 f.

⁵⁷³ Vgl. statt aller *Pufendorf*, *De iure naturae*, lib. VIII, cap. III, § 5.

⁵⁷⁴ Ausdrücklich, bei der parallelen Frage der Haftung für Quasidelikte im *forum internum*, *Molina*, *De iustitia*, tract. II, disp. 713, nn. 3 f.: „Stando in solo iure naturali, seclusoque toto iure humano legum hac de re relatarum ... ad nullam satisfactionem tenentur damnorum ...“.

⁵⁷⁵ Siehe eben Fn. 568.

In dieser Argumentation bildet die Ersatzpflicht einen unmittelbaren Ausdruck des Erfordernisses eines umfassenden Rechtsgüterschutzes. Die Haftung kompensiert die Rechtsgutsgefährdung, die anders nicht zu rechtfertigen wäre⁵⁷⁶; sie bildet einen Ausdruck der bereits oben beschriebenen „Konstitutionalisierung“ des spätscholastischen Haftungsrechts⁵⁷⁷. Damit war die naturrechtliche Haftung für *culpa levissima* allerdings zugleich in ihrem Anwendungsbereich eingeschränkt: Anders als dies das gemeine Recht statuierte, galt die Haftung für *culpa levissima* nicht mehr für jedes Versehen, sondern lediglich für besonders gefährliche Tätigkeiten. Denn nur bei besonderer Gefahr war nach *Molina* eine entsprechende Haftungsbereitschaft erforderlich, um dem Vorwurf eines theologischen Verschuldens zu entgehen⁵⁷⁸. Soweit das nicht der Fall war, die strikte Haftung nach der *lex Aquilia* also allein positivrechtlich begründet war, sollte eine Restitutionspflicht deshalb ein entsprechendes Urteil eines Gerichts voraussetzen. Entsprechend sollte die Haftpflicht dann auch nicht auf die Erben übergehen, denn auch nach gemeinem Recht war die *actio legis Aquiliae* passiv unvererblich⁵⁷⁹. Gleiches galt nach *Molina*, hier gegen die wohl herrschende Lehre⁵⁸⁰, folgerichtig auch für die Quasidelikte, insbesondere für die Tierhalterhaftung und für die *actio de deiectis vel effusis*⁵⁸¹: Zwar beruhten diese Klagen, so *Molina*, auf überzeugenden Gründen des öffentlichen Wohls, und man könne einem Herrscher gewiss nicht die Kompetenz absprechen, solche Normen zu statuieren. Im *forum conscientiae* könnten solche Normen aber gleichwohl nicht binden. Denn eine naturrechtlich verbindliche Restitutionspflicht bestehe nur bei einer echten *culpa theologica* – also entweder im Falle vorwerfbaren Fehlverhaltens oder bei gefährlichen Tätigkeiten, soweit der Schädiger nicht bereit war, etwaige Schäden freiwillig auszugleichen⁵⁸².

c) Moralische Verantwortung und theologische Schuld

Damit schließt sich der Kreis: Am Ende des 16. Jahrhunderts war in der spätscholastischen Diskussion das, was heute der Verschuldensgrundsatz genannt wird: die Annahme, dass Verantwortlichkeit ein moralisches Verschulden voraussetze, zu einer allgemeinen Überzeugung geworden und ließ sich als solche nicht mehr in Frage stellen. Aufgrund dieser Annahme hatte *Molina* die Quasidelikte aus dem Beichtstuhl vertrieben; ebenso gehörte auch die Doktrin vom *versari in re illicita* jetzt der Vergangenheit an⁵⁸³;

⁵⁷⁶ Siehe bereits *Jansen*, Haftungsrecht, 321 ff.; *id.*, Duties and Rights in Negligence, 455.

⁵⁷⁷ Oben 44 ff.

⁵⁷⁸ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 698, nn. 4 ff.

⁵⁷⁹ *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 698, n. 6.

⁵⁸⁰ Eben 132 f. m.N.

⁵⁸¹ Ausführlich *Molina*, De iustitia, tract. II, disp. 698, nn. 4 ff. und disp. 713.

⁵⁸² *Molina* verweist deshalb wiederholt auf die entsprechenden Abschnitte zur *culpa levissima*: De iustitia, tract. II, disp. 713, nn. 1, 2, 6.

⁵⁸³ Oben 123 ff.

und aus demselben Grund setzte sich langsam auch die Auffassung durch, dass eine Restitutionspflicht nur im Fall eines *peccatum* und damit nur bei einem echten moralischen („theologischen“) Verschulden des Sünders bestehe⁵⁸⁴. Es ist bemerkenswert, dass diese restriktive Konzeption moralischer Verantwortlichkeit ausschließlich theologisch begründet war; juristische Argumente mussten hier, anders als das sonst häufig der Fall war, zurücktreten. Dabei waren viele der spätscholastischen Theologen, die mit ihren Argumenten den Verschuldensgrundsatz fest im Naturrecht etablierten, zugleich davon überzeugt, dass die nach gemeinem Recht geltende strikte Haftung auch für *culpa levissima* ausgesprochen sinnvoll war und Billigung verdiente; dem Argument, dass die Restitution ihre Grundlage im Eingriff in die fremde Rechtssphäre finde, mochte ohnehin niemand widersprechen. Für die theologische Argumentation konnte dies Argument allein jedoch nicht den Ausschlag geben. Hier ging es um das Verhältnis fehlbarer Sünder zu ihrem Herrn; das Anliegen der Theologen bestand darin, klarzustellen, dass Menschen mit einer alltäglichen leichten Fahrlässigkeit oder, im Falle von *versari in re illicita*, mit einer unbedeutenden Normübertretung nicht gleich ihr Seelenheil gefährdeten. Natürlich musste man nach gemeinem Recht für *culpa levissima* einstehen, und nach kanonischem Recht galt auch weiterhin die Doktrin vom *versari in re illicita*. Aber wenn man nicht freiwillig bereit war, einen leicht fahrlässig verursachten Schaden auszugleichen, weil man es beispielsweise auf einen Prozess ankommen lassen wollte, so gefährdete man auch damit nicht gleich sein Seelenheil. Um rechtliche Verantwortlichkeit ging es diesen Theologen also nicht. Wichtiger als Einzelheiten zur *culpa levissima* und zum *versari in re illicita* war deshalb die Differenzierung von theologischer bzw. moralischer Schuld auf der einen und rechtlicher Verantwortlichkeit auf der anderen Seite. Und umso bemerkenswerter erscheint daher *Molina*s Theorie der *culpa levissima* als einer naturrechtlichen Gefährdungshaftung⁵⁸⁵. Denn mit dieser Theorie ging es *Molina* um eine theologisch-moralische, nicht bloß um rechtliche, Verantwortlichkeit, die gleichwohl über die Folgen genuin schuldhaften Fehlverhaltens weit hinausging: Moralisch vorwerfbar war nach dieser Theorie nicht die Schädigung, sondern lediglich die Weigerung, für den Schaden einzustehen. Innerhalb der naturrechtlichen Diskussion ist diese Theorie indes, soweit ersichtlich, nicht wieder aufgegriffen worden⁵⁸⁶. Offenbar war es zunehmend selbstverständlich geworden, moralische Verantwortlichkeit und theologische Schuld gleichzusetzen.

⁵⁸⁴ Eben 128 ff

⁵⁸⁵ Oben 133 ff.

⁵⁸⁶ Sie findet eine Parallele allerdings in der Rechtstheorie des deutschen Idealismus, insbesondere bei Autoren wie Kant und Savigny. Die verbreitete Auffassung, wonach diese Autoren sich für eine willensdogmatisch begründete Axiomatisierung des Verschuldens stark gemacht hätten, beruht auf einem Irrtum. Näher *Jansen*, Haftungsrecht, 350 f.; ausführlich jetzt *Bürge*, Entstehung der Gefährdungshaftung, 60 ff., jeweils m.w.N.

IV. Ergebnisse

Dieser Durchgang durch die Diskussionen des 16. Jahrhunderts bietet zwar kein lückenloses Bild – wer ein detailgetreueres, vollständiges Bild wünscht: gleichsam eine Karte im Maßstab 1:1, über die die Dichter sich bekanntlich mokieren, wird kaum umhin kommen, die Traktate dieser Autoren selbst zur Hand zu nehmen. Das Bild genügt jedoch für ein Verständnis der komplexen gedanklichen Struktur der Restitutionslehre, in der theologische, philosophische und juristische Argumente und Autoritäten zu einer geschlossenen Naturrechtstheorie gefügt wurden. Damit sollte dies Kapitel zugleich in exemplarischer Weise den spezifischen methodischen Stil der spätscholastischen Naturrechtsdiskussion veranschaulichen.

Hier lautet ein zentraler erster Befund, dass die Restitutionslehre – und damit das spätscholastische Naturrecht insgesamt – bis zuletzt eine genuin theologische Doktrin geblieben ist. Ihr gedankliches Fundament behielt immer seinen religiösen Charakter: Die Restitution war um des Seelenheils willen erforderlich, ihr institutioneller Ort der Beichtstuhl. Freilich hat die Restitutionslehre – das hat sich im Einzelnen sowohl bei der *restitutio ratione rei* als auch bei der *restitutio ratione acceptionis* deutlich gezeigt – im Laufe des 16. Jahrhunderts immer stärker eine juristisch-technisch ausformulierte rechtsförmige Gestalt angenommen. Es wäre freilich verfehlt, diese Entwicklung mit einem Einfluss juristischer Akteure bzw. mit einer Konkurrenz zum Recht zu erklären, im Gegenteil. Auch die Juridifizierung der Restitutionslehre war nicht zuletzt theologisch begründet; sie bildete nicht nur einen Ausdruck des universellen Wissenschaftsprogramms der spätscholastischen Theologen, sondern vor allem einen spezifischen Ausdruck des Kirchen- und Heilsverständnisses im gegenreformatorischen Katholizismus⁵⁸⁷. Denn auf dem Konzil von Trient hatte die Römische Kirche noch einmal mit Nachdruck das tradierte rechtsförmige Verständnis der Beichte gegen die heftige reformatorische Kritik insoweit bekräftigt. Mit ihren juristisch-technischen Doktrinen setzten die Spätscholastiker diese theologische Grundentscheidung des Konzils im Einzelnen um; und es ist deshalb wenig verwunderlich, dass die Lehre in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts rasch zu einem besonderen Anliegen der um die Seelsorge bemühten Jesuiten geworden ist.

Für die Theoriebildung implizierte all dies einen natürlichen Primat der Theologie, der ursprünglich insbesondere auf der Ebene der Systembildung deutlich wurde. Wichtig erschien auf dieser Ebene nämlich zunächst die Abgrenzung von Restitution und Satisfaktion⁵⁸⁸; weniger wichtig war offenbar die

– juristisch doch fundamentale – Unterscheidung von dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen⁵⁸⁹. Sogar die Abgrenzung der Restitution vom Vertragsrecht war nicht zuletzt von theologischen Gründen getragen⁵⁹⁰; und auch der Bezug der Restitution auf das *dominium* hatte ursprünglich einen theologischen Gedanken gebildet⁵⁹¹. Freilich gaben auch auf der Ebene der Systembildung letztlich juristische Gründe teleologischer Folgerichtigkeit den Ausschlag. Insbesondere vermochte die theologisch wichtige Unterscheidung der *satisfactio* von der *restitutio* nämlich niemals die juristisch geschlossene Grundkonzeption der Restitutionslehre in Frage zu stellen⁵⁹². Der Primat der Theologie blieb zwar immer selbstverständlich, er verlor aber zunehmend seine praktische Relevanz für die naturrechtliche Systembildung.

Gleichwohl haben die Spätscholastiker theologischen Überlegungen bisweilen auch bei der Entscheidung konkreter Einzelfragen den Vorrang vor juristischen Argumenten eingeräumt; deutlich wird das insbesondere bei den Diskussionen um die Zurechnung und das Verschulden. Angesichts der Tatsache, dass die Spätscholastiker ihre naturrechtliche Theorie moralischer Verantwortlichkeit im Kontext der Buße formuliert haben, war es hier vielleicht nur konsequent, dass sie die moralische Verantwortlichkeit mit theologischer Schuld identifiziert haben. Es wurde damit zu einem Gebot der Folgerichtigkeit, ältere rechtliche Zurechnungskonzepte (*versari in re illicita* und *culpa levissima*) zurückzuweisen bzw. ihren Anwendungsbereich signifikant einzuschränken, obwohl diese Konzepte über Jahrhunderte auch im Rahmen der Restitution angewendet worden waren⁵⁹³. Eine prinzipielle Kritik dieser juristischen Zurechnungskonzepte bedeutete das indes nicht, im Gegenteil: Viele Autoren haben mit Nachdruck betont, dass die entsprechenden Regeln juristisch wohlbegründet waren. Im Kontext der Buße musste nach ganz überwiegender Lehre jedoch anderes gelten; hier konnte es nur um theologische Schuld gehen. Freilich gab es selbst hier bemerkenswerte Gegenpositionen, insbesondere die Lehre *Molinas* von der *culpa levissima* als fehlerverhaltensunabhängige moralische Verantwortlichkeit für die Folgen übermäßig gefährlichen Tuns⁵⁹⁴.

Überblickt man die Diskussionen um die Restitutionslehre in ihrer Gesamtheit, so bilden solche spezifisch theologischen Argumente allerdings die Ausnahme. Hinter dem durchweg erkennbaren Bedürfnis, einen restitutorischen Ausgleich durchzuführen, soweit das irgend möglich war, mag zwar nicht zuletzt auch das religiöse Bedürfnis nach einer *satisfactio* gestanden haben, doch blieb das

⁵⁸⁷ Näher 5 ff.

⁵⁸⁸ Oben 56 ff.

⁵⁸⁹ Oben 51 ff.; siehe auch 60 ff.

⁵⁹⁰ Oben 55.

⁵⁹¹ Oben 34 ff.

⁵⁹² Oben 58 f.

⁵⁹³ Näher oben 136 f.

unausgesprochen. Für die meisten Einzelfragen trugen theologische Argumente nämlich nichts bei bzw. erwiesen sich als wenig weiterführend. Exemplarisch zeigt sich das bei Verletzungen der spirituellen Integrität⁵⁹⁵: So hochrangig dies Rechtsgut aus der Warte theologischer Theorie erscheinen musste, so schwach blieb sein Schutz in der juridifizierten Restitutionspraxis. Denn wer auch nur einigermaßen juristisch dachte, musste erkennen, dass Menschen für ihre spirituelle Integrität selbst verantwortlich waren und dass man deshalb keine spirituellen Herrschaftsrechte über die Seelen anderer Menschen anerkennen konnte. Überhaupt dominierten bei der Bestimmung des Schutzbereichs der Restitution juristische Argumente; hier ging es vor allem darum, wie weit die geschützte Rechtssphäre von Menschen (*dominium* bzw. *iuris*) reichte. Gewiss waren das Begriffe mit einer weit zurückreichenden philosophisch-theologischen Diskussionstradition⁵⁹⁶. Solche Argumente wurden aber bei konkreten Restitutionsfragen nur ausnahmsweise vorgetragen. Vielmehr wurde konkret gefragt, welche Interessen durch Rückgabe bzw. durch Haftungsansprüche geschützt werden sollten und auf welche Weise das geschehen konnte. Auch wenn mit dem Begriff des *dominium* auch weiterhin theologische Obertöne anklangen, so wurde dies Konzept damit im Rahmen der Lehre von der Restitution in einer geradezu lupenrein säkularen Bedeutung verwendet. Bisweilen erschienen theologische Argumente im restitutorischen Rahmen sogar als dysfunktional; ein Beispiel bildet die Ausgrenzung der Persönlichkeitsgüter aus dem Begriff der Restitution. Solche Argumente wurden zwar benannt; sie blieben dann aber gleichwohl für die weitere Diskussion irrelevant⁵⁹⁷.

In besonderer Weise juristisch innovativ erscheinen die Lehren zur Restitution aus heutiger Sicht vor allem bei der Bereicherungshaftung nach der *restitutio ratione rei* und bei den Haftungsfolgen der *restitutio ratione acceptionis*. Hier erwiesen sich der aristotelisch-thomistische Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit und das damit verbundene Bild einer Wiederherstellung einer gestörten Gleichheit als besonders wirkmächtig und haben ganz wesentlich die Rechtsfortbildung getragen. Insbesondere bei der Wiedergutmachung von Rufschädigungen hatten hier bereits die Theologen des Hochmittelalters wichtige Schritte getan⁵⁹⁸. Freilich wurde hier keine philosophische Begriffs- und Kategorienarbeit geleistet; und es wurde hier auch kaum mehr auf die Autorität des Aristoteles abgestellt. Vielmehr galt es, den allgemein anerkannten Gedanken des vollständigen Ausgleichs in einer juristisch operationablen Weise auszubuchstabieren; die Philosophie trat hier also von vornherein in juristischer Gestalt – etwa in der Form von Regeln über die Risikozuweisung von Zufallsschäden⁵⁹⁹ auf. Bei der *restitutio ratione rei* gelangten die

⁵⁹⁴ Oben 133 ff.

⁵⁹⁵ Oben 82.

⁵⁹⁶ Siehe oben 36 f., 89.

⁵⁹⁷ Oben 37 ff., 89 f.

⁵⁹⁸ Oben 106 ff.

⁵⁹⁹ Siehe etwa oben 98 f.

Spätscholastiker dementsprechend zu einem klaren Konzept der Bereicherung aus fremdem Recht⁶⁰⁰; und sie haben demgemäß auch die Probleme der bereicherungsrechtlichen Eingriffshaftung weiterführend diskutieren können, indem sie teleologisch nach der Bereicherung aus fremdem Recht, nicht naturalistisch nach Früchten der fremden Sache, gefragt haben⁶⁰¹. Ähnlich haben diese Autoren bei den Haftungsfolgen eine bis heute hochplausible Konzeption eines ausgleichsorientierten Schadensrechts formuliert, wonach dem Geschädigten jeweils soweit Ansprüche auf eine gegenständliche Wiedergutmachung (Herausgabe des Erlangten; Beseitigung oder Wiedergutmachung der Störung, etwa durch einen Widerruf) und auf eine finanzielle Kompensation zustehen sollten, wie das für einen vollständigen Ausgleich seines Verlusts erforderlich war⁶⁰².

Diese Juridifizierung der Restitution würde allerdings missverstanden, wenn man darin einfach eine Übernahme passender Regeln aus dem weltlichen oder kanonischen Recht sähe. Zwar hat es solche Übernahmen durchaus gegeben – etwa bei den Regeln des kanonischen Rechts über die Ersitzung⁶⁰³. Aber das bildete nicht die Regel; zumeist hatte die Juridifizierung einen ausgesprochen innovativen Charakter. Denn sie war nicht das Werk von Juristen, sondern von juristisch und philosophisch ausgebildeten Theologen, die sich in ihrer theologischen Naturrechtstheorie niemals strikt an die rechtlichen Vorstellungen ihrer Zeit gebunden sahen. Sie haben sich dementsprechend immer frei gefühlt, neue juristische Begriffe zu entwickeln und eigene Regeln neben denen der positiven Rechte zu formulieren – ein Beispiel bilden die Diskussionen zur Frage, ob der ursprünglich gutgläubige Besitzer sich einer Vindikation durch Rückabwicklung des Kaufvertrags mit einem Dritten Vorbesitzer entziehen dürfe⁶⁰⁴. Eigenständige, nicht aus dem zeitgenössischen Recht übernommene, zentrale Theorieelemente der Lehre von der Restitution waren dabei insbesondere der Gedanke eines vollständigen Schadensausgleichs⁶⁰⁵, der systematisch-teleologische Bezug der Restitution auf das *dominium*⁶⁰⁶, sowie die Vorstellung von der Bereicherung als einem zurechnungsanalogen Haftungsgrund und die mit dieser Konzeption verbundene Begrenzung der Bereicherungshaftung auf den Verlust des Geschädigten einerseits und die beim Schuldner verbliebene Bereicherung andererseits⁶⁰⁷.

Bei alldem irritiert die spätscholastische Naturrechtsdiskussion heutige Leser durchgehend mit ihrem scheinbar anachronistischen Nebeneinander von Distanz

⁶⁰⁰ Oben 69 ff.

⁶⁰¹ Oben 73 ff.

⁶⁰² Oben 95–120.

⁶⁰³ Oben 60.

⁶⁰⁴ Näher 61 ff.

⁶⁰⁵ Oben 95 ff.

⁶⁰⁶ Näher oben 68 f., 79 ff.; siehe bereits 34 ff.

⁶⁰⁷ Oben 69 ff.

und Nähe. Es fällt schwer zu verstehen, warum die Theologen die Bedeutung der Unterscheidung von sachenrechtlichen und schuldrechtlichen Ansprüchen marginalisiert haben; zugleich bilden die Traktate aber auch eine faszinierende Fundgrube für weiterführende juristische Ansätze. Dabei fanden die systemtragenden Gedanken der Restitutionslehre im römisch-gemeinen Recht keinen Anhalt; gerade deshalb haben sie es möglich gemacht, neue Regeln über den außervertraglichen Vermögensausgleich zu formulieren, die teilweise auch heute noch europäisches Recht bilden. Besonders bemerkenswert ist dabei, dass die Spätscholastiker sich auf diese Weise nicht nur von den römischen Quellen, sondern zunehmend auch vom kanonischen Recht und damit von der Autorität der Kurie emanzipiert haben. Das zeigt sich nicht nur bei den Zurechnungslehren (*versari in re illicita* und *culpa levissima*)⁶⁰⁸, sondern auch, besonders anschaulich, bei den Restitutionsansprüchen verführter Jungfrauen⁶⁰⁹. Auch hier gab juristische Folgerichtigkeit den Ausschlag. Ging man nämlich erstens davon aus, dass die Frau *domina* ihres Körpers und damit für ihr Handeln grundsätzlich selbst verantwortlich war, und dass zweitens die Restitution lediglich auf einen Ausgleich der rechtswidrigen Benachteiligung der Frau zielte, so war der kirchenrechtliche Zwang zur Eheschließung in der Tat ebenso verfehlt wie die Verpflichtung zu einer vollen Dotierung. Es konnte jetzt nur noch um einen Ausgleich für die verschlechterten Eheaussichten, also um einen Zuschuss zur Mitgift, gehen.

In solchen Regeln manifestiert sich das theologische Naturrecht zunehmend als eine dritte eigenständige Rechtsordnung, die im Laufe des 16. Jahrhunderts neben das kanonische und das weltliche Recht getreten war. Das bedeutete zum einen, dass aus der theologischen Lehre, die im Kokon des Restitutionsgebots geschlummert hatte, ein philosophisch und juristisch entfalteter Schmetterling mit weitgespannten Flügeln erwachsen war: eine bis ins Detail entfaltete Rechtsordnung, die dem gemeinen Recht ihrer Zeit an juristischer Komplexität gewiss nicht nachstand. Zum anderen bedeutete das, dass dies Naturrecht viel mehr war als eine bloß philosophische Theorie oder ein juristisches Ideal. Anders als das säkulare Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts *galt* das theologische Naturrecht des 16. Jahrhunderts. Tagtäglich wurde es im *forum conscientiae* angewendet und bestimmte damit das Alltagsleben katholischer Christen. Als Folge der Entdifferenzierung von Religion, Recht und Philosophie war es zur Geburt eines neuen operationablen Rechtssystems gekommen, das sich alsbald von seinen theologischen Wurzeln emanzipieren und als säkulares Vernunftrecht seinen Platz bei den Juristen finden sollte. Das Schicksal der Restitutionslehre in diesen Diskussionen bildet den Gegenstand des folgenden Paragraphen.

⁶⁰⁸ Oben 122–137.

⁶⁰⁹ Oben 101 ff.