

RECHT UND PHILOSOPHIE

---

Band 17

# Einzelfall und Norm

Zur Rolle der Billigkeit  
in der Rechtsphilosophie der Frühen Neuzeit

Von

Johann Benedikt Steiger



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANN BENEDIKT STEIGER

## Einzelfall und Norm

# RECHT UND PHILOSOPHIE

---

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer, Jena  
Prof. Dr. Stephan Kirste, Salzburg  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, Freiburg  
Prof. Hans-Christoph Schmidt am Busch, Braunschweig  
Prof. Dr. Klaus Vieweg, Jena  
Prof. Dr. Benno Zabel, Bonn

Band 17

# Einzelfall und Norm

Zur Rolle der Billigkeit  
in der Rechtsphilosophie der Frühen Neuzeit

Von

Johann Benedikt Steiger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristenfakultät der Universität Leipzig  
hat diese Arbeit im Jahr 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 2509-4432  
ISBN 978-3-428-19406-3 (Print)  
ISBN 978-3-428-59406-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.*

– Digesten 4,1,7



## Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristenfakultät der Universität Leipzig im Jahre 2024 als Dissertation vor. Sie wurde während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Juristenfakultät verfasst. Rechtsprechung, Literatur und Änderungen der Rechtslage konnten bis Mai 2024 berücksichtigt werden. Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski für die tatkräftige und herzliche Unterstützung meines Promotionsprojektes sowie für die Erstellung des Erstgutachtens. Ich danke des Weiteren Herrn Prof. Dr. Christoph Alexander Jacobi für die Erstellung des Zweitgutachtens und wichtige inhaltliche Impulse. Weiterhin bin ich meiner Familie und all denjenigen Freunden zu Dank verpflichtet, die mich während der Verfassung der Promotionsschrift unterstützt haben. Hervorheben möchte ich in diesem Zusammenhang meine akademischen Weggefährten Florian Wundrich und Dr. Benedikt Schoenemann, die mich seit dem Beginn des rechtswissenschaftlichen Studiums bis zur Verteidigung der Dissertation mit Rat und Tat begleitet haben. Mein Dank gilt weiterhin Frau RAin Juliana Christ für ihre Unterstützung bei der Erstellung des Sachverzeichnisses. Schließlich danke ich den Herausgebern für die Aufnahme dieser Arbeit in die Reihe „Recht und Philosophie“.

Leipzig, im Januar 2025

*Johann Benedikt Steiger*





# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b>	19
I. Verortung des rechtsphilosophischen Problems der Billigkeit	19
II. Terminologie	21
1. Rechtsstatik und Rechtsdynamik	22
2. Dialektik	23
3. Juristisch-Relational und Ethisch-Habituell	24
<b>B. Grundlagen des Billigkeitsverständnisses der Frühen Neuzeit</b>	26
I. Antike Philosophie	27
1. Griechische Philosophie	28
a) Begriff und Bedeutung der <i>epieikeia</i> im Altgriechischen	28
b) Verständnis der <i>epieikeia</i> in der vorplatonischen Zeit	28
c) Das materiale Verständnis der <i>epieikeia</i> als Form von (Zufalls-) Gerechtigkeit bei Platon (428/427–348/347 v. Chr.)	29
aa) Dialog <i>Politikos</i> : <i>epieikeia</i> als Form von Gerechtigkeit	30
bb) Dialog <i>Nomoi</i> : <i>epieikeia</i> als Zufallsgerechtigkeit	36
cc) Zusammenfassung	38
d) <i>Epieikeia</i> als Form von Recht und Gerechtigkeit in der Lehre des Aristoteles (384–322 v. Chr.)	43
aa) Das funktionale Verständnis in der <i>epieikeia</i> -Lehre des Aristoteles: <i>Epieikeia</i> als Instrument zur Verbesserung des positiv-abstrakten Rechts	43
(1) <i>Topica</i> : Der früharistotelische Begriff der <i>epieikeia</i>	43
(2) <i>Magna Moralia</i> : Verhältnis von Materialität und Funktionalität	44
(3) Nikomachische Ethik	46
(4) Rhetorik	52
(5) Zusammenfassung	59
bb) Verhältnis von Naturrecht und <i>epieikeia</i>	60
cc) Zusammenfassung	62
e) Zusammenfassung	65
2. Römische Jurisprudenz	70
a) Einfluss der aristotelischen Billigkeitsphilosophie auf die römische Jurisprudenz	70
b) Begriff und Bedeutung der <i>aequitas</i>	73
aa) Terminologie	73
bb) <i>Summum ius summa iniuria</i> , oder: Die Verbindung von <i>aequitas</i> und <i>iustitia</i>	75

c) Die Verortung der <i>aequitas</i> im <i>ius</i> durch Marcus Tullius Cicero (106–43 v. Chr.)	83
aa) Das <i>ius civile</i> als <i>aequitas constituta</i>	84
bb) Zusammenfassung	87
d) Rezeption der aristotelischen <i>epieikeia</i> -Lehre im <i>Corpus Iuris Civilis</i>	89
e) Zusammenfassung	93
3. Zusammenfassung	97
II. Mittelalterliche Theologie und Kirchenrecht	99
1. Aristoteles-Rezeption in der Scholastik durch Thomas von Aquin (1225–1274)	100
a) Die Epikie-Lehre des Thomas von Aquin	101
b) Zusammenfassung	113
2. Die <i>aequitas canonica</i> in Theologie und Kirchenrecht	115
3. Zusammenfassung	119
III. Conclusio	120
<b>C. Das hermeneutische Billigkeitsverständnis der Frühen Neuzeit unter den Vorzeichen von Reformation und sog. Älterem Naturrecht</b>	123
I. Begriff und Bedeutung der Billigkeit im Deutschen	123
II. Erster Hauptteil: Die Billigkeit als theologisches Regulativ in der Reformationszeit (Erste Hälfte des 16. Jahrhunderts)	124
1. Die Ambivalenzen im Begriffsverständnis der Billigkeit beim Reformationstheologen Martin Luther (1483–1546)	126
a) Die Billigkeit im juristisch-relationalen Kontext der rechtlichen Geltungstheorie	126
aa) Luthers Definition der Billigkeit in der Kriegsleuteschrift (1526)	127
bb) Kontextualisierung des Billigkeitsproblems in der Frage des Widerstandsrechts (insbes. Kriegsleuteschrift 1526)	134
(1) Luthers Obrigkeitsverständnis und die „Zwei-Regimente-Lehre“	135
(2) Zur Rolle der Billigkeit im Widerstandsrecht	140
(3) Schrift „Ermahnung zum Frieden“ (1525)	144
(4) Beschränkung der Billigkeit auf das Zivilrecht nach Ernst Troeltsch?	145
cc) Verwendung des Billigkeitsbegriffs in weiteren Kontexten	146
(1) Ergänzung der Billigkeitsdefinition: <i>Epieikeia</i> in WA T 4, 182	146
(2) Finanz- und Wirtschaftsethik	148
b) Die Billigkeit im ethisch-habituellen Kontext, insbes. in den Schriftauslegungen	151
c) Die Ambivalenz der Ambivalenz	154
aa) Die Zuordnung der Billigkeit zum Naturrecht	155

bb) Das Verhältnis der Billigkeit zur Gerechtigkeit . . . . .	162
cc) Die Billigkeit als Schauplatz des Kampfes um die Entwicklung des Kirchenrechts, oder: Das Verhältnis des Lutherschen theologischen Billigkeitsverständnisses zur <i>aequitas canonica</i> . . . . .	163
d) Zusammenfassung . . . . .	167
2. Die Weiterentwicklung der aristotelischen <i>epieikeia</i> -Lehre durch den Reformator Philipp Melanchthon (1497–1560) . . . . .	172
a) Zur Terminologie Melanchthons . . . . .	173
b) <i>Declamatio de aequitate et iure stricto</i> (1542) . . . . .	175
c) <i>Philosophiae moralis epitome</i> (1546) . . . . .	178
aa) Kapitel „ <i>Quid interest inter summum ius et epieikeian</i> “ . . . . .	179
bb) Kapitel „ <i>Estne iudicandum iuxta scriptum ius, an secundum aequitatem</i> “ . . . . .	185
d) Kommentar zum fünften Buch der Nikomachischen Ethik . . . . .	190
e) Kommentar zum dritten Buch der Politica . . . . .	196
f) Stellung der Billigkeit in der Rechtslehre Melanchthons . . . . .	198
g) Zusammenfassung . . . . .	201
3. Die reformationstheologische Billigkeitsphilosophie des Reformationjuristen Johann Oldendorp (1488–1567) . . . . .	204
a) Adaption des Lutherschen theologischen Billigkeitsverständnisses in der Jurisprudenz . . . . .	205
aa) Frühe Billigkeitsdefinition in der Schrift „Was billig und recht ist“ (1529) . . . . .	206
bb) Disputationsschrift „ <i>De iure et aequitate</i> “ (1541) . . . . .	213
(1) Spätere Billigkeitsdefinition . . . . .	213
(2) <i>Causae aequitatis</i> . . . . .	220
b) <i>Aequitas</i> und <i>summum ius</i> . . . . .	222
c) Zusammenfassung . . . . .	232
4. Conclusio . . . . .	237
III. Zweiter Hauptteil: Kontinuität und Wandlung der Billigkeitsverständnisse im 17. Jahrhundert . . . . .	239
1. Die <i>aequitas</i> als <i>virtus voluntatis</i> in der Rechtsphilosophie des Hugo Grotius (1583–1645) . . . . .	240
a) <i>De aequitate, indulgentia et facilitate liber singularis</i> . . . . .	241
aa) Kapitel 1: <i>De Aequitate</i> . . . . .	241
bb) Kapitel 2: <i>De Indulgentia</i> . . . . .	253
cc) Kapitel 3: <i>De Facilitate</i> . . . . .	256
b) Zum Verhältnis von Theologie und Naturrecht bei Grotius . . . . .	257
c) Zusammenfassung . . . . .	263
2. Die Rolle der <i>equity</i> als Teil der <i>lex divina</i> im Naturrechtsdenken des Thomas Hobbes (1588–1679) . . . . .	267
a) <i>De Cive</i> (März 1651) . . . . .	268
b) <i>Leviathan</i> (Erstveröffentlichung April/Mai 1651) . . . . .	271

c) <i>De Homine</i> (1658) .....	282
d) <i>A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England</i> (1681) .....	282
e) Das Verhältnis von Moralphilosophie und Theologie .....	286
f) Zusammenfassung .....	292
3. Das Verständnis der <i>aequitas</i> in der Naturrechtslehre des Samuel Pufendorf (1632–1694) .....	295
a) <i>De iure naturae et gentium libri octo</i> (1672) .....	295
aa) Die Pufendorfsche Definition der <i>aequitas</i> .....	296
bb) Die <i>aequitas</i> im zivilrechtlichen Kontext .....	301
b) <i>De officio hominis et civis libri duo</i> (1673) .....	303
c) Die naturrechtliche Normbegründung Pufendorfs und ihr Verhältnis zur Theologie .....	305
d) Zusammenfassung .....	321
4. Conclusio .....	322
<b>D. Die Billigkeit: Renaissance einer verlorenen Kategorie? – Die Relevanz der frühneuzeitlichen Billigkeitsphilosophie für das Recht im 21. Jahrhundert</b> .....	326
I. Bestandsaufnahme: Die Billigkeit im (deutschen) Recht des 21. Jahrhunderts .....	329
1. Zivilrecht .....	329
2. Öffentliches Recht .....	331
3. Rechtsprechung .....	332
II. Perspektiven der frühneuzeitlichen Billigkeit in der Gegenwart .....	333
1. Der Begriff der Billigkeit in der juristischen Methodenlehre der Gegenwart (mit einem Exkurs in die Entwicklungspsychologie) ....	334
2. Die Billigkeitssurrogate der juristischen Methodenlehre der Gegenwart .....	340
a) Die Auslegungsmethoden .....	341
b) Die richterliche Rechtsfortbildung .....	343
3. Die Billigkeit als ethische Verwirklichung von Gerechtigkeit im Recht .....	349
4. Die juristische Hermeneutik .....	361
5. Jenseits der Hermeneutik: Die diskursethische Begründung von Angemessenheit ( <i>Günther</i> ) und das Prinzip der <i>integrity</i> ( <i>Dworkin</i> ) .....	367
6. Das Verhältnis von Billigkeit und Rechtssicherheit .....	372
7. Zusammenfassung .....	373
III. Exemplifizierung der Billigkeitsanwendung – veranschaulicht an Fallkonstellationen der Gegenwart .....	375
1. Zivilrecht: Teleologische Reduktion und Extension .....	375
2. Strafrecht: Das sog. „Containern“ .....	377
3. Öffentliches Recht: Verhältnismäßigkeit und Bagatellfälle .....	385
4. Zusammenfassung .....	388

Inhaltsverzeichnis	13
IV. Zusammenfassung	389
<b>E. Conclusio</b>	392
<b>Literaturverzeichnis</b>	394
<b>Stichwortverzeichnis</b>	412

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
AA	<i>Kant</i> : Werke, Akademieausgabe
AG	Amtsgericht
AGPh	Archiv für Geschichte der Philosophie (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
Anm.	Anmerkung
ARG	Archiv für Reformationsgeschichte (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BeckOGK	Beck-Online-Großkommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. 2002 I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 4 G. v. 25.10.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 294)
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I (zitiert nach Jahrgang, Teil und Seite/Nummer)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (zitiert nach Band und Seite)
BSHP	British Journal for the History of Philosophy (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
bspw.	beispielsweise
BtMG	Betäubungsmittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. März 1994 (BGBl. 1994 I S. 358), zuletzt geändert durch Art. 2 G. v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 204)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise

C.	<i>Codex Iustinianus</i> (Krüger, Paul (Hrsg.): <i>Corpus iuris civilis</i> , Band 2, 11. Aufl., Berlin 1954)
CICan	<i>Corpus Iuris Canonici</i> (Amtliche Ausgabe, Rom 1582)
CICiv	<i>Corpus Iuris Civilis</i>
CR	<i>Corpus Reformatorum</i>
CSEL	<i>Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum</i>
D.	<i>Digesta Iustiniani</i> (Mommsen, Theodor/Krüger, Paul (Hrsg.): <i>Corpus iuris civilis</i> , Band 1, 16. Aufl., Berlin 1954)
d. h.	das heißt
d. i.	das ist
DAA	<i>Aristoteles</i> : Werke in deutscher Übersetzung (sog. Deutsche Aristoteles Ausgabe)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertationsschrift
Dt.	Deutsch
DThA	Deutsche Thomas-Ausgabe (Deutsch-lateinische Ausgabe der <i>Summa Theologica</i> von <i>Thomas von Aquin</i> )
ebd.	ebenda
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (BGBl. 1974 I S. 469; 1975 I S. 1916; 1976 I S. 507), zuletzt geändert durch Art. 4 G. v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203), dieser geändert durch Art. 3 G. v. 16.8.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 218)
erl.	erläutert
etc.	et cetera
EW	<i>Hobbes</i> : English Works
f.	folgende
ff.	folgende Seiten, Artikel oder Paragraphen
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (zitiert nach Jahrgang und Seite)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 1 G. v. 19.12.2022 (BGBl. 2022 I S. 2478)
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber/in
hrsg.	herausgegeben
insbes.	insbesondere
J	<i>Pufendorf</i> : De Jure Naturae et Gentium



JA	Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahrgang und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahrgang und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahrgang und Seite)
KCanG	Konsumcannabisgesetz vom 27. März 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 109, 2)
KJ	Kritische Justiz (zitiert nach Band, Heft, Jahrgang und Seite)
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212), zuletzt geändert durch Art. 5 G. v. 2.3.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 56)
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Met.d.S.	<i>Kant</i> : Metaphysik der Sitten
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n. Chr.	nach Christus
Nik. Ethik	<i>Aristoteles</i> : Nikomachische Ethik
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahrgang und Seite)
Nov.	<i>Novellae Iustiniani</i> (Schöll, Rudolf/Kröll, Wilhelm (Hrsg.): Corpus iuris civilis, Band 3, 6. Aufl., Berlin 1954)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahrgang und Seite)
o. g.	oben genannt
O	<i>Pufendorf</i> : De Officio Hominis et Civis
OED	Oxford English Dictionary
Polit.	<i>Aristoteles</i> : Politik
Rhet.	<i>Aristoteles</i> : Rhetorik
Rn.	Randnummer
RphZ	Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Rechts (zitiert nach Jahrgang, Heft und Seite)
s. o.	siehe oben
S. Th.	<i>Thomas von Aquin</i> : Summa Theologiae
s.u.	siehe unten
scil.	<i>scilicet</i> (nämlich)
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. 1998 I S. 3322), zuletzt geändert durch Art. 1 G. v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203)
StPO	Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. 1987 I S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Art. 2 G. v. 26.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203)
TRE	Theologische Realenzyklopädie
u. ä.	und ähnliches

übers.	übersetzt
usw.	und so weiter
v. Chr.	vor Christus
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
WA	<i>Luther, Werke, Weimarer Ausgabe</i>
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (Stand 01.01. 2024)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
ZRG Kan. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
ZRG Rom. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
ZThK	Zeitschrift für Theologie und Kirche (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)



## A. Einleitung

### I. Verortung des rechtsphilosophischen Problems der Billigkeit

Der Begriff der Billigkeit befindet sich kaum noch im Bewusstsein der deutschen Rechtswissenschaft der Gegenwart. Seine Bedeutung ist eine Marginalie, die vom positiven Recht absorbiert an der ein oder anderen Stelle des geschriebenen Rechts an die Oberfläche dringt und auf seine einstige Bedeutung hinzuweisen sucht. So findet sich der Begriff etwa in § 315 I und III BGB oder in § 1051 III ZPO. Etwas Anderes mag für das *common law* gelten, in welchem das Prinzip der *equity* aufgrund seiner historischen Tradition nach wie vor ein wichtiges juristisches Instrumentarium darstellt. Die deutsche Rechtsphilosophie der Gegenwart scheint ihre Aufmerksamkeit allmählich dem das Verhältnis von Einzelfall und Norm regulierenden Billigkeitsprinzip zuteil werden zu lassen.<sup>1</sup> Die vorliegende Arbeit versteht sich als Beitrag zur Rechtsphilosophiegeschichte der Billigkeit. Sie verfolgt das Ziel, die Tradition eines „Fundamentalbegriffe[s] des Rechtsdenkens“<sup>2</sup> in der Rechtsphilosophie seit der Antike bis in die Frühe Neuzeit hinein zu beleuchten. Ein besonderer Fokus soll sich in diesem Zusammenhang auf die Verbindung von Billigkeitsphilosophie und Theologie richten, welche ihren Ausgangspunkt in der Spätantike nahm und ihren Einfluss bis in das späte 18. Jahrhundert behielt. In spezifisch rechtsphilosophischer Hinsicht soll das Verhältnis der Billigkeit zu folgenden ausgewählten Begriffen in seiner Entwicklung thematisiert werden. Dies betrifft das Verhältnis der Billigkeit *erstens* zur Gerechtigkeit, *zweitens* zum Recht, *drittens* zu Ethik und Moral, *viertens* zur Dichotomie von Allgemeinem und Besonderem und *fünftens* zu sonstigen relevanten Bezugskategorien wie beispielsweise (aber nicht abschließend) der Dialektik, der Hermeneutik und der Anthropologie. Abschließend soll auch auf die Perspektiven der Billigkeit in der modernen Rechtsordnung eingegangen werden.

Die rechtsphilosophische Frage nach dem Wesen und der Anwendbarkeit der Billigkeit reicht bis in die griechische Antike zurück. *Platon* und *Aristoteles*

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa den schlaglichtartigen historischen Längsschnitt bei *Armgarbt/Busche*, Recht und Billigkeit, S. 1–18; *Proft*, Epikie, S. 157 ff.; *Wils*, Nachsicht, S. 21 ff., 58 ff.; siehe auch die Dissertation von *Otzen*, Aequitas und aequitas cerebrina bei Christian Thomasius.

<sup>2</sup> *Hering*, Die Aequitas im Decretum Gratiani, S. 3.

les konkretisierten die Grundlagen der Billigkeit zu einer (rechts-)philosophischen Kategorie. Die beiden Philosophen betonten dabei das strukturelle Unvermögen der abstrakt-generellen Normen, alle empirisch möglichen Einzelfälle zu erfassen.<sup>3</sup>

„Sinn des Rechts ist, im individuellen Akt seiner Konkretisierung abermals eher das Typische als das Singuläre des Verhaltens eines Individuums zu fassen. Zwischen der Typizität, die der eigentliche Gegenstand (Formalobjekt, und zwar obiectum formale quo) der Rechtsordnung ist, der Individualität des Rechtsadressaten und vollends seiner Singularität klaffen Abstände, die nicht zu bewältigen sind. Darin sind Ort und Problem der Billigkeit eingefaltet.“<sup>4</sup>

Die rechtsphilosophische Kategorie der Billigkeit berührt mithin Kernelemente jedes philosophischen Denkens: Dichotomie, Ambivalenz und Antinomie. Vordergründig steht dabei die rechtspraktische Frage nach dem Verhältnis von Einzelfall und Norm.<sup>5</sup> Die Billigkeit als Tugend wirft dabei sowohl Fragen der Rechtsethik als auch Fragen der rechtlichen Geltungstheorie auf. Gleichzeitig überspannt die Billigkeit weitere philosophisch-begriffliche Antithesen, insbesondere die Frage des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit. Somit ist offenbar, dass es sich bei der Billigkeit um eine dialektische Kategorie des Rechts handelt.

Anders als die beiden großen Protagonisten der antiken griechischen Philosophie schufen römische Juristen in weitgehend eigenständiger Weise eine praxisorientierte und zunächst erstaunlich unphilosophische Billigkeitslehre, welche sich in der Phase der Christianisierung des Römischen Reiches mit theologischen Inhalten verband. Diese Verknüpfung von Billigkeit und Theologie sollte von der Spätantike über das Mittelalter bis in die Frühe Neuzeit das Wesen der Billigkeit bestimmen. Bei der frühneuzeitlichen Billigkeit handelt es sich nicht um irgendeinen rechtsethischen Korrekturmechanismus für unzureichendes positives Recht, sondern um eine juristische, rechtsphilosophische und theologische Zentralkategorie, welche nicht weniger war als ein Gradmesser für konfessionelle, politische und gesellschaftliche Umwälzungen mit einer rechtlichen, einer moralischen und einer staatsphilosophischen Dimension. Daher erklärt sich, weshalb die Billigkeit gerade in den konfessionellen Auseinandersetzungen des 16. und 17. Jahrhunderts eine wichtige Rolle spielte.

Zielsetzung der vorliegenden Arbeit ist es, das Wesen der Billigkeit einerseits in der Reformationszeit (Erster Hauptteil) und andererseits in der Periode des sog. Älteren Naturrechts des 17. Jahrhunderts (Zweiter Hauptteil) zu beleuchten. Es gilt, die Forschungsfragen zu klären, inwiefern die Reforma-

<sup>3</sup> Marcic, Rechtsphilosophie, S. 184.

<sup>4</sup> A. a. O., S. 185.

<sup>5</sup> Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, § 7 Rn. 12.

tionstheologie das Billigkeitsverständnis des 16. Jahrhunderts beeinflusst hat (Forschungsfrage 1) und ob eine Säkularisierung der Billigkeit im 17. Jahrhundert stattgefunden hat (Forschungsfrage 2). Des Weiteren wirft die Jahrhunderte alte theologische Fundierung der Billigkeit in der Phase der Befriedung der konfessionellen Auseinandersetzungen die Frage auf, ob und wie theologische Elemente der Billigkeit mit einer Koexistenzordnung der Konfessionen, wie sie im Westfälischen Frieden von 1648 realisiert worden ist, in Ausgleich zu bringen waren. Die zunehmende Ausdifferenzierung und Spezialisierung der Wissenschaften sowie die Zurückdrängung des Naturrechts und die Überlagerung desselben durch den Rechtspositivismus ließen den Stellenwert der Billigkeit im rechtsphilosophischen Diskurs sinken, jedoch – selbst im 21. Jahrhundert – nie gänzlich verschwinden. Im 19. sowie in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts war die Billigkeit Gegenstand eines verstärkten historischen Forschungsinteresses. Mittlerweile rückt die Billigkeit wieder ansatzweise in den Fokus der rechtlichen Grundlagenwissenschaften. Im geltenden Recht lebt die Billigkeit teilweise fort. Terminologisch wird sie dabei entweder als solche bezeichnet, oder durch eine terminologische Konkretisierung bzw. Surrogate beschrieben, wie beispielsweise durch die Rechtsbegriffe der Verhältnismäßigkeit, der Generalklausel, des Ermessens u. ä. Schließlich wird auf die Frage einzugehen sein, ob es in der Rechtsphilosophie und im Recht der Gegenwart einer Renaissance der Billigkeit als verlorener Kategorie bedarf und welche Perspektiven sich für die Billigkeit im 21. Jahrhundert aus den behandelten frühneuzeitlichen Billigkeitsvorstellungen ableiten lassen (Forschungsfrage 3). Angesichts des Umfangs und der Ausrichtung dieser Untersuchung ist es nicht das Ziel, in diesem Rahmen eine umfassende moderne rechtsphilosophische Billigkeitstheorie aufzustellen. Vielmehr soll lediglich auf die relevanten Aspekte der frühneuzeitlichen Billigkeit für die moderne Rechtsphilosophie und auf die Überschneidungen der frühneuzeitlichen Billigkeit mit der Rechtsphilosophie der Moderne hingewiesen werden, um dabei grobe Leitlinien eines möglichen Billigkeitsbegriffes der Gegenwart zu umreißen.

## II. Terminologie

Der Gang der Untersuchung bedient sich bestimmter Terminologien, welche zum richtigen Verständnis vorab zu definieren sind. Dies betrifft das Begriffspaar der Rechtsstatik und Rechtsdynamik (1.), den Begriff der Dialektik (2.) sowie den juristisch-relationalen und den ethisch-habituellen Aspekt der Billigkeit (3.).