

Recht und Billigkeit

Herausgegeben von
MATTHIAS ARMGARDT
und HUBERTUS BUSCHE

Mohr Siebeck

Recht und Billigkeit



Recht und Billigkeit

Zur Geschichte der Beurteilung
ihres Verhältnisses

Herausgegeben von
Matthias Armgardt und Hubertus Busche

Mohr Siebeck

Matthias Armgardt ist Ordinarius und Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte an der Universität Konstanz.

Hubertus Busche ist ordentlicher Professor für Philosophie an der FernUniversität in Hagen.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der FernUniversität in Hagen.

ISBN 978-3-16-158230-1 / eISBN 978-3-16-159797-8

DOI 10.1628/978-3-16-159797-8

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der vorliegende Band geht auf eine interdisziplinäre Tagung zurück, die vom 13. bis 15. Juli 2017 an der FernUniversität in Hagen unter dem Titel „Recht und Billigkeit – Zur Geschichte der Beurteilung ihres Verhältnisses“ stattfand. Die Lehrmeinungen darüber, was *ἐπιείκεια*, *aequitas* oder Billigkeit sei, gingen und gehen in der Geschichte der Jurisprudenz und der Philosophie weit auseinander. Wie sich geltendes Recht und das Prinzip der Billigkeit zueinander verhalten, kann daher nur deutlich werden, wenn man die exemplarischen Positionen historisch miteinander vergleicht.

Das Forschungsziel der Tagung fand so große Resonanz, dass nachträglich weitere Expertinnen und Experten um Beiträge gebeten wurden, um das historische Spektrum zu vervollständigen, das sich allerdings auf die europäische Tradition beschränkt. Entstanden ist nun ein Band, dessen 22 Beiträge die Einheit der Fragestellung mit der Vielfalt exemplarischer Verhältnisbestimmungen zu einem historischen Breitwandpanorama verknüpfen, das von Platon und Aristoteles bis zum BGB und zum Europäischen Gerichtshof reicht. Über *ἐπιείκεια*, *aequitas* bzw. *Billigkeit* ist vieles und Gutes geschrieben worden. Aber wenn die Herausgeber richtig sehen, fehlt bislang ein Sammelband, der die genannte Fragestellung interdisziplinär und von der Geschichte der wichtigsten historischen Antworten her aufrollt. In der Schließung dieser Forschungslücke sehen sie den innovativen Charakter des vorliegenden Bandes.

Wir danken Herrn Theodor Berwe M.A., Hagen, für seine gewissenhafte und zuverlässige Arbeit bei der Redaktion der Beitragstexte.

Hagen, Konstanz
Juli 2020

Hubertus Busche
Matthias Armgardt

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
 <i>Hubertus Busche/Matthias Armgardt</i>	
Einleitung.....	1
 <i>Christoph Horn</i>	
<i>Epieikeia</i> bei Platon und Aristoteles	21
 <i>Benedikt Forschner</i>	
<i>Ius civile est aequitas constituta</i> Zum Verhältnis von <i>aequitas</i> und Recht bei Cicero.....	37
 <i>Detlef Liebs</i>	
<i>Aequitas</i> vs. <i>ius</i> bei den klassischen Juristen	67
 <i>Thomas Schüller</i>	
<i>Aequitas</i> im Kanonischen Recht	81
 <i>Sebastian Lohsse</i>	
Das Verhältnis von <i>aequitas</i> und <i>ius</i> nach der Lehre der Glossatoren	99
 <i>Maximiliane Kriechbaum</i>	
<i>Aequitas</i> in der Legistik des 14. Jahrhunderts	113
 <i>Inigo Bocken</i>	
<i>Aequitas</i> Gesetz und Freiheit bei Thomas von Aquin	145
 <i>Jürgen Miethke</i>	
<i>Aequitas</i> und <i>ἐπιείκεια</i> bei Wilhelm Ockham.....	159

<i>Tilman Borsche</i> Concordantia – Tugend der <i>aequitas</i> in der Gesetzgebung Nikolaus von Kues' <i>De concordantia catholica</i>	187
<i>Judith Hahn</i> Billigkeit bei Martin Luther.....	207
<i>Hubertus Busche</i> Billigkeit bei Melanchthon und Calvin	229
<i>Danaë Simmermacher</i> <i>Aequitas</i> in der spanischen Spätscholastik	275
<i>Christoph Becker</i> Équité bei Jean Bodin.....	303
<i>Matthias Armgardt</i> Grotius' <i>De aequitate, indulgentia et facilitate</i>	333
<i>Kent D. Lerch</i> <i>Equity</i> Aufstieg und Fall der Billigkeit im englischen Recht.....	345
<i>Ursula Goldenbaum</i> Hobbes' Begriff der <i>equity</i> als Prinzip rechtlicher Gleichheit	389
<i>Hubertus Busche</i> Leibniz' Systematisierung der Billigkeit (<i>aequitas</i>).....	419
<i>Frauke A. Kurbacher</i> Zur Kritik der <i>gedankenlosen Billigkeit</i> (<i>aequitas cerebrina</i>)	455
<i>Stephan Stübinger</i> „Recht ohne Zwang“ Kants Probleme mit der Billigkeit	481
<i>Stephan Meder</i> <i>Aequitas</i> und <i>ius strictum</i> in der Historischen Rechtsschule und Pandektistik	509

Werner Stegmaier

Recht und Billigkeit in der Gegenwart

Anhaltspunkte bei Friedrich Nietzsche,

Emmanuel Levinas und Jacques Derrida533

Martin Hochhuth

Positivierungsquelle, Korrektiv und gefährliche Aufweichung:

Billigkeit und Verhältnismäßigkeit im modernen Rechtssystem573

Autorenverzeichnis.....591

Namensregister.....595

Sachregister.....609

Einleitung

Hubertus Busche/Matthias Armgardt

Gegenstand des vorliegenden Bandes ist die im Laufe der Geschichte sehr unterschiedlich ausgefallene Beurteilung des Verhältnisses zwischen zwei Größen: einerseits dem positiven Recht bzw. dem Gesetz, andererseits jener höheren Gerechtigkeit, die in der griechischen Philosophie *ἐπιείκεια*, in der römischen Philosophie und im römischen Recht *aequitas*, in den neueren Sprachen z.B. *equity* oder *équité*, im deutschen Sprachraum aber seit dem Spätmittelalter *Billigkeit* genannt wird. Die „Frage, wie sich“ beide Größen „zueinander verhalten“, gehört zu den „elementaren Themen der Rechtswissenschaft“.¹ Während das, was geltende Gesetze sind und sollen (erst recht, wenn sie geschrieben sind), trivial ist und folglich kaum jemals ein Gegenstand von Kontroversen war, gehen und gingen die Meinungen darüber, was *ἐπιείκεια*, *aequitas* oder *Billigkeit* sei, in der Geschichte weit auseinander. Diskussionen darüber, was Billigkeit zu leisten habe und welche Grenzen ihr zu setzen seien, wenn die Autorität der Gesetze nicht untergraben werden soll, wurden und werden erheblich erschwert durch die konkurrierenden Termini und die Vielfalt der Denktraditionen, die sich mit der Billigkeit auseinandersetzten. Das bekannte Diktum des Johann Oldendorp (1488–1567) ist zwar stark übertrieben, bezeugt aber den großen Klärungsbedarf: „Alle pflegen das Wort *Billigkeit* (*aequitas*) im Munde zu führen, doch nur wenige begreifen die Sache selbst. Es gibt niemanden, der nicht verspräche: ‚Ich werde zeigen, was billig und gerecht, was billig und recht ist‘. Fragt man jedoch unterdessen den einen oder anderen, was Billigkeit sei, so wird man nur hören, wie wenig die meisten von dieser Materie verstehen.“² Auch wenn die Verhältnisse bei weitem nicht so schlimm sind, ist es doch richtig, dass mit den Worten *ἐπιείκεια*, *aequitas* und *Billigkeit* im Wandel der Geschichte oft sehr unterschiedliche *Begriffe* oder *Bedeutungen* verknüpft oder zumindest verschiedene Aspekte an einer Grundbedeutung betont wurden. *Billigkeit* ist insofern ein „Konglomerat verschiedenster historischer

¹ Jan Schröder, „Aequitas und Rechtsquellenlehre in der Frühen Neuzeit“, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 26 (1996), 265–305, hier 265.

² „Omnes in ore habere solent aequitatis verbum, pauci verò percipiunt rem ipsam. Nemo non dicit, praestabo quod aequum et iustum est, was byllich und recht ist. Interim tamen si unum aut alterum interrogaveris, quid sit aequitas, audies, quàm eam materiam parum intelligant plerique.“ (Johannes Oldendorpius, *Formula investigandae actionis*, Köln 1538, 16, Kap. „Quid sit aequitas, quid strictum ius“).

Ablagerungen“.³ Deshalb ist es hilfreich, ja notwendig, in die Geschichte zu gehen, wenn man ἐπιείκεια, *aequitas* oder *Billigkeit* angemessen verstehen will.

Es sind im Wesentlichen drei große Traditionen, die im deutschen Sprachgebrauch von *Billigkeit* zusammenlaufen: 1. Aristoteles entdeckt, dass, weil Rechtsgesetze stets *allgemein* sein müssen, die betroffenen *Einzelfälle* aber nicht vom Gesetzgeber vorhergesehen werden können, ein korrigierender Umgang mit dem Gesetz dort nötig ist, wo sich bei strenger Befolgung seines Wortlautes ungerechte Härten ergäben. (Dies ist zumindest *eine* Bedeutung des schon von Cicero als „abgedroschen“ empfundenen Rechtssprichwortes *summum ius, summa iniuria*.⁴) Die entsprechende Tugend, im Konfliktfall aufgrund einer gereiften Urteilskraft die Einzelfallgerechtigkeit gegen den Wortlaut der Gesetzesgerechtigkeit geltend zu machen, nennt Aristoteles ἐπιείκεια. 2. Die römische Philosophie und Jurisprudenz bezeichnet mit *aequitas*, d.h. *Gleichheit*, *Gleichmaß* oder *Ausgewogenheit*, teils jene das Gesetz korrigierende Einzelfallgerechtigkeit des Aristoteles, teils aber auch darüber hinaus einen rational einsehbaren Letztbeurteilungsmaßstab, an dem die Legitimität des Legalen zu messen ist; diese *aequitas naturalis*, die nicht nur die formale Gleichbehandlung impliziert, bietet daher Anschlüsse an das Naturrecht. 3. Das Christentum wiederum verleiht schon beim Apostel Paulus der ἐπιείκεια eine neue Bedeutung, indem sie als Tugend Christi in der Gemeinde (2. Kor. 10, 1; Phil. 4, 5; 1. Tim. 3, 3), als Akt der Barmherzigkeit und Milde gedeutet wird. Die in der Neuzeit verwendeten Termini *equity*, *équité* und *Billigkeit* können sich, je nach historischem Standpunkt, auf mehrere oder auch nur eine dieser drei grob beschriebenen Grundbedeutungen beziehen. Dass mit dem deutschen Wort *Billigkeit* – vom frühneuhochdeutschen *billich* für *angemessen*, *passend*, *gerecht*⁵ – nicht nur die ἐπιείκεια und die nach ihr verstandene *misericordia*, sondern oft auch die *aequitas naturalis* übersetzt wird, erzeugt zwar gelegentlich Äquivokationen, scheint jedoch als Notbehelf gerechtfertigt, da im Deutschen kein besseres Wort zur Verfügung steht. Statt den Sprachgebrauch zu

³ Clausdieter Schott, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln, Berlin 1975, 65.

⁴ Cicero, *De off.*, 1, 33. Während Immanuel Kant, Johannes Stroux und andere dieses Sprichwort für den „Sinnspruch der Billigkeit“ hielten, haben Karl Büchner und andere diese Zuordnung verworfen und behauptet, dass hiermit lediglich die rabulistische Auslegung des Gesetzes zugunsten eigener Interessen gemeint sei. Einen immer noch lesenswerten Überblick über den Forschungsstreit gibt Guido Kisch, „Summum ius summa iniuria“, in: ders., *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit. Studien zum humanistischen Rechtsdenken*, Basel 1960, 1–13 (= Kisch, Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit).

⁵ Wolfgang Pfeifer, *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 5. Aufl., Berlin 2018, 139.

tadeln⁶, genügt es klarzustellen, welche der drei Grundbedeutungen von *Billigkeit* jeweils gemeint sind. Das Adjektiv *billig* ist im heutigen alltäglichen Sprachgebrauch übel heruntergekommen. Seine Bedeutung verfiel von *vom Preis her angemessen* über *preisgünstig* hin zu *wertlos* und *primitiv*. Das Substantiv dagegen hat sich weiterhin als Fachterminus für das rechtsphilosophische Prinzip erhalten.

Allen seinen drei genannten Grundbedeutungen gemeinsam ist zwar, dass sie eine *höhere* Gerechtigkeit beanspruchen, die vom Gesetz aus nicht immer hergestellt werden kann. In allen drei Formen ist sie eine ausgleichende, bestehende Ungleichgewichte kompensierende Gerechtigkeit. Das zeigt sich z.B. schon bei der Ikonographie der Göttinnen *Iustitia* und *Aequitas*, die sich z.B. auf Münzen der römischen Republik und erst recht seit der Kaiserzeit findet. Zwar halten beide eine Waage als Sinnbild der Ausgewogenheit in der Hand. Während *Iustitia* jedoch meist eine Augenbinde trägt, da sie ohne Ansehen der Person alle gleichbehandelt, sind die Augen der *Aequitas* unverdeckt, da sie den Einzelnen und die Besonderheit seiner Umstände in den Blick nimmt. Während *Iustitia* ein Schwert als Zeichen ihrer Macht trägt, symbolisiert bei der *Aequitas* ein Zepter (oder Diadem) ihre höhere, kaiserliche Würde. Außerdem trägt nur sie ein Füllhorn, weil sie nach genauem Hinblicken auf den Ein-

⁶ Zu streng und außerdem historisch falsch (schon Oldendorp übersetzt *aequitas* mit *Billichkeit*, s.o. Anm. 2) argumentiert etwa Carl Welcker, „Etymologie“, in: Carl von Rott-
eck/Carl Welcker (Hgg.), *Das Staatslexikon. Encyklopaedie der sämtlichen Staatswissen-
schaften für alle Stände*. Neue durchaus verbesserte und vermehrte Auflage, Bd. 4, Altona
1846, 519: „So z.B. kommt in dem römischen Recht viele hundertmal das Wort *aequitas*,
aequum als *Rechtssprinzip* und *Rechtsgrund* vor. Nach einer späteren, ich möchte sagen, vor-
nehmeren und gelehrteren Auffassung wird dieses als *Billigkeit*, als *Abweichung vom Recht*
aufgefaßt, und die neueren Juristen, selbst ein *Hugo*, übersetzten diese Worte ohne Weiteres
stets durch *Billigkeit* und *billig*. Aber es ist wohl jetzt vollständig erwiesen, daß die römische
Jurisprudenz diese Worte *in ihrem ursprünglichen* Wortsinn als *Gleichheit* und als *gleich*
gebrauchte, und daß nur dadurch hunderte bisher falsch verstandene juristische Bestimmun-
gen und das ganze römische Rechtssystem ihren richtigen Sinn erhalten. Ja selbst da, wo
später und ausnahmsweise in Rechtssätzen das Wort *aequitas* durch *Billigkeit* übersetzt wer-
den darf, da erhält diese, die *juristische* Billigkeit, erst selbst wieder ihre wahre Bedeutung
durch den ursprünglichen Wortsinn: *Gleichheit*, denn man verstand darunter vorzugsweise
eine *verhältnismäßige Gleichheit* und *Ausgleichung*, die des prätorischen Rechts, im Ver-
gleich zu dem strikten Buchstabenrecht der materiellen und Talionsgleichheit der ältesten
Zeiten. [...] Diese juristische Billigkeit blieb also juristisch eine wirkliche Gleichheit oder
Ausgleichung und *juristisch gerecht*. Sie schien aber dem Moralisten in unserem modernen
Sinn eine Billigkeit, als eine zu billigende Abweichung vom Recht. Eine solche wollten aber
die classischen römischen Juristen nicht in ihr Recht einführen, denn die Abweichung vom
Recht verpfuscht das Recht und im Recht dürfen nur Rechtsgründe entscheiden.“

zelffall Güter zuteilt (Jedem das Seine), also gerade nicht – wie die Göttin *Fortuna* – die Gaben blind in die Menge wirft.⁷ Diese Höherrangigkeit, die der *aequitas* in allen Grundbedeutungen gegenüber der *iustitia* gebührt, lässt sich so verstehen, dass sie der Logik von Artbegriff und Gattungsbegriff folgt: Hier-nach ist die *aequitas* eine besondere Art der *iustitia*, aber nicht umgekehrt alle *iustitia* schon *aequitas*. Dieses Verhältnis kommt auch in der deutschen Paarformel *recht und billig* zum Ausdruck; sie ist weder ein Hendiadyoin, mit dem dasselbe zweimal gesagt würde, noch formuliert sie einen Gegensatz; vielmehr steht sie für eine zweistufige Vollendungsform von Gerechtigkeit, die nicht bloß „recht“ (konform mit dem *ius*), sondern darüber hinaus auch noch „billig“ (*aequus*) ist.⁸ Doch ungeachtet aller bisher genannten gemeinsamen Merkmale von ἐπιείκεια, *aequitas* und *Billigkeit* zeigen sich in der Geschichte ihrer juristischen, philosophischen und theologischen Erörterungen gewaltige Unterschiede. Im vorliegenden Band sind sie plastisch dokumentiert. Vorab seien nur die fünf wichtigsten Kontroverspunkte genannt. Die in den Klammern genannten Autoritäten bzw. Schulen verweisen auf die Standpunkte, die in den Beiträgen des Bandes untersucht werden.

Die Unterschiede betreffen erstens den kategorialen Status der Billigkeit: Ist sie eine *Tugend* (wie Aristoteles oder Thomas von Aquin sagen) oder ein *abstraktes, formales Prinzip* (wie etwa die Rechtsgleichheit für Hobbes oder die Goldene Regel für Calvin) oder eine spezifische *Interpretation* des Gesetzes (die *interpretatio legis* bei Francisco Suárez) oder die durch die Korrektur des Gesetzes erzielte *Wirkung* (wie z.B. in ihrer Definition als *mitigatio legis propter probabilis rationis* bei Melanchthon)?

Die Unterschiede betreffen zweitens die normative Stellung der Billigkeit zum positiven Recht: Liefert sie Maßstäbe, die letztlich aus dem positiven Recht selbst einschließlich seiner konkreten Auslegungspraxis geschöpft werden und diesem immanent bleiben (wie z.B. für die Vertreter der Historischen Rechtsschule und Pandektistik), so dass nur jeweils ad hoc der Geist des Gesetzes gegen dessen Buchstaben verteidigt wird? Oder ist die Billigkeit in-unabhängig von allem positiven Recht allgemein gültigen Kriterien bzw. in einem Naturrecht verankert, das Einsicht in eine Hierarchie von Gesetzen (wie für Melanchthon) bzw. in spezifische Proportionen (wie für Bodin) bzw. in besondere Proportionen und normative Logiken (wie für Leibniz) gewährt?

⁷ Vgl. Lars Ostwaldt, *Aequitas und Justitia. Ihre Ikonographie in Antike und früher Neuzeit*, Halle an der Saale 2009, 27–94. Er gelangt allerdings zu dem Ergebnis, dass die Bedeutungen beider Personifikationen „nicht in der Gegenüberstellung von *ius aequum* und *ius strictum*, sondern in der Gegenüberstellung von objektiver und subjektiver Gerechtigkeit“ liegt (94).

⁸ Vgl. Jacob Grimm/Wilhelm Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, Bd. 2, Leipzig 1860, Sp. 28: Die „ursprüngliche“ Bedeutung unterscheide „billig“ von „recht“, wie sich „*aequitas* von *ius*“ unterscheidet. Deshalb kann, „was dem einen (bloß) recht ist, dem anderen (sogar) billig“ sein.

Eine dritte Frage, an der sich die Geister scheiden, betrifft die Reichweite, Korrektivkraft und Eingriffstiefe der Billigkeit: Soll sie nur auf die wenigen Ausnahmen beschränkt bleiben, in denen das Gesetz entweder aufgrund unzulänglicher Tatbestandsdifferenzierungen oder aufgrund seines Missbrauchs in Diktaturen auf schreiendes Unrecht hinausläuft? Oder soll ihr vielmehr ein weit und tief reichender Einfluss auf die Rechtsprechung eingeräumt werden? Es ist klar, dass die Antworten nicht nur von der Antwort auf die zweite Frage abhängen, ob es überpositive, transhistorische, rein rationale bzw. naturrechtliche Normen der Billigkeit überhaupt gibt, sondern auch davon, wie man die Würde, Qualität und Leistungsfähigkeit des jeweiligen positiven Rechts bewertet. Wenn man z.B. das römische Recht insgesamt qualitativ hochschätzt, wird man folgerichtig darauf verweisen, dass die *aequitas* doch bereits weitgehend im geltenden Recht implementiert und positiviert sei, so dass sich dieses als die gesetzlich festgelegte Billigkeit (die *aequitas constituta* bei Cicero) oder als geschriebene Billigkeit (die *aequitas scripta* bei den Glossatoren des 12. und 13. sowie in der Legistik des 14. Jahrhunderts) verstehen lasse. Anders gesagt kann man dann „behaupten, dass die Hälfte des römischen Rechts reines Naturrecht ist“ (Leibniz). Wo man dagegen betont, dass alles irdische Recht grundsätzlich unzulänglich ist, weil es eben am „Gesetz“ hängen bleibt, während die von Christus gepredigte Liebe doch gerade die „Aufhebung des Gesetzes“ (Röm. 13, 10) sei, wird man der als *ἐπιτεκεια* (*correctio legis*) verstandenen Billigkeit um der Milde und Barmherzigkeit willen so viel Spielraum wie möglich gewähren (im Kanonischen Recht, bei Thomas von Aquin sowie bei Luther). Dort wiederum, wo man schlechte Erfahrungen nicht mit dem geltenden Recht, sondern umgekehrt mit einer überbordenden oder willkürlichen oder nur eigennützige Partikularinteressen bedeckmäntelnden Billigkeitsrechtsprechung gemacht hat, sucht man die anmaßlichen Phantasmen einer solchen hirngespinstigen bzw. gedankenlosen Billigkeit (die *aequitas cerebrina* des 17. und 18. Jahrhunderts, gegen die auch Kant ankämpft) als Störenfriede der Rechtsordnung zu entlarven und allen Präntentionen auf eine höhere Gerechtigkeit enge Fesseln anzulegen.

Ein vierter Kontroverspunkt besteht in der Frage, wer vom Wortlaut des Gesetzes um der Billigkeit willen abzuweichen befugt ist. (Aristoteles möchte diese Befugnis für Richter mit vortrefflichen Tugenden reservieren, zu denen insbesondere Gerechtigkeitssinn und Urteilskraft gehören, wie wir es heute nennen würden. Das klassische römische Recht legt Billigkeitsentscheidungen v.a. in die Hände des amtlichen Richters bzw. Prätors. Später wird das Recht, zugunsten von *aequitas* oder *ius* zu interpretieren, nur dem Kaiser selbst eingeräumt, Cod. 1.14.1. Doch wie ist es, wenn durch unbillige Härten des Gesetzes das eigene Leben und Glück bedroht ist? Die spanischen Spätscholastiker, aber auch Melanchthon, Grotius oder Leibniz argumentieren, dass in solchen Fällen auch der Bürger nach dem Prinzip der Billigkeit von der herrschenden Gesetzesauslegung abweichen darf.)

Fünftens ist schließlich auch der Gegenstandsbereich der Billigkeit strittig. Während es in der Antike nur das positive Recht ist, das im Ausnahmefall durch ἐπιείκεια bzw. *aequitas* zu korrigieren ist, werden im Mittelalter und der frühen Neuzeit unter den Prämissen eines von Gott vorgegebenen Naturrechts gelegentlich auch dessen sekundäre Prinzipien selbst dem Diktat der Billigkeit unterstellt (Francisco Suárez, Hugo Grotius).

Es ist das Hauptziel des vorliegenden Bandes, durch einen repräsentativen historischen Längsschnitt die einflussreichsten, aber auch markantesten und aufschlussreichsten Konzepte von ἐπιείκεια, *aequitas* (equity, équité) und *Billigkeit* in ihrem Verhältnis zum Recht zu rekonstruieren und vor ihrem zeitgeschichtlichen Hintergrund zu verstehen. Die hierfür verfassten Beiträge bestehen teils aus mikroperspektivischen Untersuchungen zu einzelnen Theorien (Platon/Aristoteles, Cicero, Thomas von Aquin, Wilhelm von Ockham, Nikolaus von Kues, Luther, Melanchthon/Calvin, Jean Bodin, Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Gottfried Wilhelm Leibniz, Immanuel Kant), teils aus Überblicken über bestimmte historische Formationen des Billigkeitsdiskurses (die klassischen Juristen des *ius romanum*, das Kanonische Recht, die Glossatoren und die Legisten, die Hauptvertreter der spanischen Spätscholastik, die führenden Vertreter der *equity* im englischen Recht, die Kritiker einer *aequitas cerebrina*, die maßgeblichen Gelehrten der Historischen Rechtsschule und der Pandektistik sowie die manchmal als *Postmoderne* etikettierte Filiation Nietzsche, Levinas und Derrida). Das Breitwandpanorama endet mit einer Bilanz der im modernen Rechtssystem gleichsam inkarnierten Auffassungen von Billigkeit und Verhältnismäßigkeit.

Obwohl für dieses historische Tableau Exemplarizität angestrebt wurde, handelt es sich selbstverständlich um eine bloße Auswahl, die zum einen auf die innereuropäische Diskussion beschränkt ist und zum anderen selbst hier naturgemäß weit entfernt vom Anspruch auf Vollständigkeit bleiben muss. Fast jeder namhafte Rechtsgelehrte, praktische Philosoph oder Gerechtigkeitsfragen behandelnde Theologe dieser Tradition hat sich irgendwie mehr oder weniger stark mit dem Prinzip Billigkeit auseinandergesetzt, und entsprechende Reden, Briefe, Buchkapitel oder Traktate über die Billigkeit gehörten hier gleichsam zur Pflichtübung. Entsprechend ist die Anzahl von Theoretikern, die über Billigkeit publiziert haben, Legion. Alle diese Stimmen konnten unmöglich im vorliegenden Sammelband Berücksichtigung finden. Den Herausgebern ist es voll bewusst, dass einige Positionen zur ἐπιείκεια, *aequitas* und *Billigkeit* fehlen, die man, je nach den eigenen Interessen, mehr oder weniger schmerzlich vermissen kann. Hierzu zählen in der Antike etwa der Apostel Paulus, bei den Kirchenvätern Laktanz, Ambrosius, Augustinus oder Isidor von Sevilla. Dass für das Mittelalter z.B. Albertus Magnus, Aegidius Romanus oder Cino da Pistoia fehlen, dürften Mediävisten beklagen. Mit der frühen Neuzeit vervielfältigten sich die Untersuchungen zur *aequitas* so stark, dass auch namhafte Geister in diesem Band nicht alle ihre Stimme finden konnten; zu ihnen

zählen etwa Erasmus von Rotterdam, Juan Luis Vives, Claudius Catiuncula, Guillaume Budé, Andrea Alciato, Ulrich Zasius oder Bonifacius Amerbach, zu denen es aber tröstlicherweise bereits gute Forschungsskizzen ihres Standpunktes gibt.⁹ Es fehlen aber auch der Reformator Martin Bucer sowie der schon erwähnte, nicht sonderlich originelle Johann Oldendorp oder der hinsichtlich seiner Auffassungen zur *aequitas* nicht sehr klare Samuel Pufendorf.

Zu den Beschränkungen des vorliegenden Bandes gehört es auch, dass die seit Christian Wolff postulierte, von Alexander Gottlieb Baumgarten und insbesondere von Georg Friedrich Meier als Prinzip der fairen Schriftauslegung systematisierte „hermeneutische Billigkeit (*aequitas hermeneutica*)“ hier kein Thema sein kann, da es sich um einen metaphorischen Sprachgebrauch handelt, der sich nicht unmittelbar auf das Recht bezieht.¹⁰

Was ἐπιείκεια, *aequitas* bzw. *Billigkeit* ist und sich in angeschossenen Bedeutungskristallen manifestiert, und wo andererseits die großen historischen Wandlungen im Begriff verlaufen, kann am besten der folgende Vorblick auf die 22 Beiträge dieses Bandes zeigen.

Der Grundgedanke der Billigkeit im Sinne der ἐπιείκεια, nämlich „man müsse die schriftliche Gesetzesordnung im Einzelfall anpassen, abwandeln, ergänzen, relativieren oder ganz korrigieren, um so zu angemessenen juristischen Urteilen zu gelangen, geht auf Platon und Aristoteles zurück“. *Christoph Horn* zeichnet diese Ursprünge nach. Für Platon (428/427–348/347 v. Chr.) wird der bestmögliche Staat nicht durch Gesetze regiert, sondern durch einen „königlichen, mit Einsicht begabten Mann“. Gesetze sind zwar notwendig, aber nicht hinreichend, da sie die für den Einzelfall gebotene Genauigkeit (*akribeia*) verfehlen. Daher müssen sie nach der Urteilskraft der Richter kontextsensitiv angewandt werden – ähnlich wie auch die Heilkunst nicht in der strikten Befolgung allgemeiner Regeln besteht, sondern die besonderen Umstände des Kranken berücksichtigt. Aristoteles (384–322 v. Chr.) unterscheidet sich zwar von seinem Lehrer dadurch, dass er einen normativen Primat des geschriebenen Rechts vertritt und die Billigkeit auf Ausnahmefälle einschränkt. Doch baut er Platons Einsicht in den zu schließenden Hiatus zwischen Allgemeinem und Einzelfall weiter aus und prägt eine differenzierte Terminologie. Er unterscheidet die *Billigkeit* (*epieikeia*) als Tugend, einzelfallgerecht zu urteilen, von der *vortrefflichen Persönlichkeit*, die diese Tugend innehat (*ho epieikês*), und von dem *Billigen* (*to epieikes*) als Prinzip. Dessen „Natur“ bestimmt er als

⁹ Vgl. Kisch, Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit; neuerdings auch Lorenzo Maniscalco, *The Concept of Equity in Early Modern European Legal Scholarship*, Diss., Cambridge 2018. Online verfügbar unter <https://doi.org/10.17863/CAM.35830> (22.06.2020).

¹⁰ „Die hermeneutische Billigkeit (*aequitas hermeneutica*) ist die Neigung eines Auslegers, diejenigen Bedeutungen für hermeneutisch wahr zu halten, welche, mit den Vollkommenheiten des Urhebers der Zeichen, am besten übereinstimmen, bis das Gegenteil erwiesen wird.“ (Georg Friedrich Meier, *Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst*, Halle 1757, 20 [§ 39]).

„Korrektur des Gesetzes, soweit es aufgrund seiner Allgemeinheit mangelhaft ist“. Da das Billige das „ungeschriebene“ Gerechte ist, das die Passungsgenauigkeit des „geschriebenen“ Gerechten für den Einzelfall ausgleicht, ist es nicht nur das „entgegen dem geschriebenen Gesetz Gerechte“, sondern auch „das in höherem Maße Gerechte“. Aristoteles' Lehre von der ἐπιείκεια sollte für die abendländische Philosophie und Jurisprudenz von unüberschätzbarer Bedeutung werden. Ihre Wirkmacht entfaltet sich jedoch erst in der Spätantike und im Mittelalter.

Einflussreicher für die Etablierung des römischen Rechts sind vielmehr die vielfältigen Schriften und Reden Ciceros (106–43 v. Chr.), des wichtigsten Vermittlers griechischer Philosophie an die römische Welt. Gegen die „dichotomische“ Lesart, der zufolge Cicero die *aequitas* – wie zu seiner Zeit vorherrschend – als einen dem positiven *ius* gegenüber äußeren, naturrechtlichen „Kontrollmaßstab“ verstand, macht *Benedikt Forschner* in seiner „holistischen“ Deutung die vielen Textstellen geltend, an denen Cicero die *aequitas* als die dem Recht selbst immanente „ratio“ auffasst, die auf die jeweiligen kulturspezifischen Anforderungen an die zugrunde liegende „natura hominis“ und die aus ihr abzuleitende „natura iuris“ antwortet und das Rechtswesen durchdringt. Hierfür sprechen nicht nur die Stellen, an denen Cicero „ius“ als Oberbegriff für die integrative Rechtspraxis versteht, die sich aus den Faktoren „lex“, „mos“ und „aequitas“ speist, sondern vor allem das Schlüsselzitat *Top.*, 2, 9, nach dem das „bürgerliche Recht (*ius civile*)“ selbst die *gesetzlich etablierte Billigkeit (aequitas constituta)* ist, so dass *aequitas* eine Korrekturinstanz allenfalls gegenüber der Fixierung auf den Wortlaut der Gesetze sein kann. Somit kann Cicero als Vertreter *avant la lettre* einer später von den Legisten und Glossatoren so genannten *aequitas scripta* gelten.¹¹ Aus Ciceros Rechtsmodell, das für die römische Literatur „solitär“ ist, folgt, dass zwar eine einzelne „lex“, nicht aber das „ius“ gegen die *ratio* und somit gegen die *aequitas* verstoßen kann.¹² Ein Vergleich von Ciceros Auffassung mit der von Seneca (1–65 n. Chr.) zeigt, dass dessen Begriff von *aequitas* nicht direkt auf das Recht, sondern auf den Seelenzustand des Einzelnen bezogen ist: *aequitas* meint hier die *Ausgeglichenheit* der Seele und ihre Unanfechtbarkeit durch den Sturm der Affekte.

Die Rechtsgelehrten, die das *ius romanum* entwickeln, knüpfen nur teilweise und nur indirekt an die aristotelische ἐπιείκεια an. *Detlef Liebs* zeigt, dass bei den klassischen Juristen des 1.–3. Jahrhunderts *aequitas* zwar eine höhere Gerechtigkeit bezeichnet als die *iustitia*, d.h. die bloße Konformität mit

¹¹ Hierzu s.u. unten die Beiträge von Sebastian Lohsse und Maximiliane Kriechbaum.

¹² Die hier von Cicero vorgenommene Berichtigung des terminologischen *error sermonis*, bei dem „lex“ und „ius“ verwechselt werden, sollte später von Leibniz in seinem berühmten Diktum wieder aufgegriffen werden, dass „das Recht (le droit) nicht ungerecht sein kann, denn das ist ein Widerspruch, wohl aber möglicherweise das Gesetz (la loi)“; s.u. den Beitrag von Hubertus Busche über Leibniz.

dem positiven Recht. Sie gehen jedoch in der Regel – wie Cicero – davon aus, dass diese anspruchsvollere Gerechtigkeit, die als Maßstab für Ermessensentscheidungen allen an der Rechtsprechung Beteiligten geboten ist, zum großen Teil bereits im geltenden römischen Recht implementiert und insofern eine Qualität des geschriebenen Rechts ist. Andererseits beurteilen aber führende Rechtsgelehrte wie Ulpian oder Paulus einzelne rechtliche Regelungen als unzulänglich, da sie in vom Gesetzgeber nicht vorhergesehenen Fällen zu allzu harten Ergebnissen führen. Diese widersprechen dann der *natürlichen Billigkeit* (*aequitas naturalis*) und sind folglich nach diesem allgemeinen Maßstab zu korrigieren. Anders als in Ciceros Terminologie können also unter solchen Bedingungen *ius* und *aequitas* durchaus Gegensätze sein. Die *aequitas* hilft daher, „wenn wir vom *ius* im Stich gelassen werden“ (Paulus). Liebs' statistische Auswertung der Quellen macht aktenkundig, dass die Berufung auf die *aequitas*, die „in allen Dingen, vor allem aber im Recht“ zu beachten sei, bei den Juristen vor Konstantin nicht selten vorkommt.

Dem großen Umbruch, der durch die Entstehung und Ausbreitung des Christentums hervorgerufen wird, folgt ein Wandel im Verständnis der Billigkeit nicht sogleich. Obwohl schon der Apostel Paulus explizit die ἐπιείκεια als Tugend Christi in der Gemeinde preist und sie von der Barmherzigkeit und Milde her deutet, wird diese gegenüber Aristoteles und der römischen *aequitas* neue christliche Deutung der Billigkeit erst mit der Konstantinischen Wende zu einer festen Größe. *Thomas Schüller* rekonstruiert zunächst die wegweisenden Etappen, in denen sich auf diesen Grundlagen eine genuin christliche *aequitas canonica* zum Prinzip des Kirchenrechts entwickelt hat, die lange Zeit eng verknüpft blieb mit den Prinzipien der *Barmherzigkeit* und des *Seelenheils*. Nach diesem Tableau wird *aequitas* von den christlichen Kaisern und den Kirchenvätern über das *Decretum Gratiani* bis hin zu Henricus Hostiensis (Heinrich von Susa) (ca. 1200–1271) stets von den christlichen Tugenden wie *humanitas*, *modestia* oder *benignitas*, vor allem aber *caritas* her verstanden. Nach der großen Synthese bei Thomas von Aquin (1225–1274) gerät jedoch die Barmherzigkeitsdimension wieder in Vergessenheit und „verkümmert“ zu einem „bloßen Interpretationsprinzip für besonders gelagerte Ausnahmefälle“. Anschließend erläutert Schüller anhand von einschlägigen Paragraphen und Fallbeispielen den rechtlichen Stellenwert, den die kanonische Billigkeit im neuen *Codex Iuris Canonici* von 1983 besitzt, und zieht für deren rechtstheoretische Bedeutung das Fazit, dass es sich um ein Institut zur Realisierung von Einzelfallgerechtigkeit handelt, das die konkreten Umstände angemessen auf das Wohl des einzelnen Kirchenmitglieds wie das der Gesamtkirche hin verstehen kann.

Im Mittelalter wird die Billigkeit zum einen von den Juristen, zum anderen von den Philosophen und Theologen diskutiert. Trotz der engen Verbindungen zwischen diesen Fakultäten zeigen beide Traditionen eigentümliche Charakteristika. Um diese deutlich hervortreten zu lassen, ist es zweckmäßig, beide Tra-

ditionen separat zu behandeln und nacheinander darzustellen, auch wenn hierdurch die chronologische Abfolge etwas beeinträchtigt wird. Eine wichtige Quelle für die Verhältnisbestimmung von *aequitas* und *ius* sind die Bologneser Juristen des 12. und 13. Jahrhunderts, die die Quellen des römischen Rechts in ihren Glossen interpretierten. *Sebastian Lohsse* zeigt, dass die Glossatoren keineswegs so autoritätsgläubig und unselbständig waren, wie dies eine traditionelle Deutung ihnen nachsagt. Da sie die vorliegenden Rechtstexte als einheitliche Kodifikation des Kaisers Justinian verstanden, mussten sie mögliche Widersprüche zwischen verschiedenen Textstellen durch ihre Interpretationskunst aufzulösen versuchen. Eine besondere Herausforderung bestand darin, dass Kaiser Konstantin in einer Konstitution aus dem Jahr 314 zwar bestimmt hatte, dass in allen Rechtsfällen der *iustitia* und *aequitas* der Vorrang vor dem *ius strictum* zu geben sei (C. 3,1,8), in einer Konstitution von 316 hingegen die zwischen *aequitas* und *ius* entscheidende „Interpretation“ allein dem Kaiser vorbehielt (C. 1,14,1). Für die Auflösung dieses scheinbaren Widerspruchs griffen Rogerius und Bulgarus Ciceros Auffassung des geschriebenen Rechts als einer „festgesetzten Billigkeit (*aequitas constituta*)“ (*Top.*, 2, 9) auf und sahen – anders als Martinus – in den beiden Konstitutionen eine Äquivokation am Werke. Während nach C. 3,1,8 nur der dem Recht immanenten, also *schriftlichen Billigkeit* (*aequitas scripta*) der Vorzug vor der *Härte des Gesetzes* (*rigor iuris*) zu geben sei, rekurriere C. 1,14,1 auf die *ungeschriebene Billigkeit* (*aequitas non scripta*) nach Erwägungen von Gnade oder Barmherzigkeit, die nur dem Kaiser zustehe. Über diesen innovativen Beitrag zur Harmonisierung bei Normenkollisionen hinaus entwickelten die Glossatoren auch Methoden, wie man bei der Interpretation einzelner Vorschriften des *ius scriptum* durch Analogieschluss und einschränkende Auslegung zu verfahren habe.

Auch die postglossatorische Legistik des 14. Jahrhunderts bereichert, wie *Maximiliane Kriechbaum* zeigt, die Diskussionen um die Billigkeit durch wichtige Differenzierungen. Einerseits bleiben diese Rechtsgelehrten wie *Albericus de Rosate*, *Bartolus de Saxoferrato* und *Baldus de Ubaldis* eng an Aristoteles' Merkmalsbestimmungen der ἐπιείκεια orientiert. Andererseits fassen sie jedoch die gesetzliche Gerechtigkeit nicht, wie der *Stagirite*, als bloße Rechtskonformität auf, sondern unterscheiden hier zwei Ebenen, die bereits in der Differenzierung zwischen dem *ius civile* mit seinem *rigor* und dem aus der Billigkeitsrechtsprechung der Prätores hervorgegangenen *ius praetorium* oder *ius honorarium* angelegt war. Entsprechend geben sie der Leitdifferenz der Glossatoren eine neue Begründung, indem sie der aristotelischen Epikie als einer das Gesetz korrigierenden *aequitas non scripta* terminologisch wie systematisch eine *aequitas scripta* gegenüberstellen, d.h. eine das positive Recht legitimierende Billigkeit, die bereits in den Gesetzen implementiert ist. Nach diesem Konzept der *aequitas duplex* hat das geschriebene Recht den Vorrang vor der *correctio legum*, weil die *aequitas in genere* schon im römischen Recht

verkörpert ist und nur in Ausnahmefällen einer *aequitas in specie* bedarf, welche im Härtefall mildern muss.

Von der Diskussion der Billigkeit in der mittelalterlichen Philosophie und Theologie konnten für den vorliegenden Band nur zwei Leuchttürme ausgewählt werden. Thomas von Aquin (1225–1274) bleibt zwar, wie *Inigo Bocken* darlegt, bei der Wesensbestimmung der nun auf den Namen *aequitas* getauften *ἐπιείκεια* weitgehend seinem Vorbild Aristoteles treu und nennt diese die „höhere Richtschnur“ gegenüber der *iustitia legalis*. Seine Begründung zeigt jedoch, dass er zugleich auch an der *aequitas* als Gleichheitsprinzip im Sinne des römischen Rechts orientiert ist: Weil die menschlichen Handlungen „den Charakter des Einzelnen und Zufälligen“ tragen, „das sich in unbegrenztem Maße wandeln kann“, ist es grundsätzlich „nicht möglich, eine Gesetzesregel aufzustellen, die in keinem Falle versagen könnte“. In Einzelfällen verstößt daher die Befolgung des Gesetzes „gegen die gerechte Gleichheit und gegen das vom Gesetz bezweckte Gemeingut“. Darüber hinaus bettet der Aquinate die *ἐπιείκεια* aber auch in sein christliches Naturrecht ein und verleiht ihr damit „vor dem Hintergrund des christlichen Ordo-Gedankens eine neue Qualität“, indem der letzte Maßstab der *epieikeia* nun die Gottebenbildlichkeit und die Teilhabe des Menschen an der „Epikie Gottes“ ist.

Wie *Jürgen Miethke* zeigt, ist auch Wilhelm von Ockham (1288–1347) in seinem Verständnis von Billigkeit zum einen an der aristotelischen Korrektivgerechtigkeit ausgerichtet, die er trotz seiner Unvertrautheit mit dem Griechischen stets als *epieikeia* transliteriert, zum anderen an der *aequitas naturalis* als Prinzip der römischen Rechtstradition, das er wiederum im Sinne der Kanonisten des 13. Jahrhunderts als *aequitas canonica* versteht. Es mag zunächst überraschen, wenn Ockham an einer Stelle seiner *Octo Quaestiones de Potestate Papae* beide Termini nahezu äquivalent setzt, indem er schreibt, *epieikeia* „seu equitas naturalis“ sei die Tugend (virtus), „kraft deren unterschieden wird, in welchem Einzelfall die Gesetze einzuhalten sind und in welchem nicht“. Andere Stellen erläutern diese Identität jedoch dahingehend, dass die *aequitas naturalis* als der normative Maßstab der Gleichheit und Proportionalität zu verstehen ist, dessen Verletzung von der *epieikeia* als Grund zur Korrektur erkannt wird und nach dessen Richtschnur sie umgekehrt die Korrektur vollzieht. Auf diese Weise stellt Ockham die Verbindung der *aequitas naturalis* zur *lex naturalis* des christlichen Naturrechts her. Aus diesem höchsten Maßstab folgt nicht nur: „imperator [...] est supra iura positiva et non est super equitatem naturalem“. Vielmehr ergibt sich hieraus auch, dass die *epieikeia* die höchste Tugend ist, die allen übrigen Tugenden ihr Maß bestimmt, z.B. bei der Frage, wo Barmherzigkeit geboten ist und wo es eine „iniusta misericordia“ gibt.

An der Gerechtigkeitsauffassung des Nikolaus von Kues (1401–1461), einem faszinierenden Repräsentanten des Übergangs vom Spätmittelalter zur frühen Neuzeit, ist nicht so sehr seine Bestimmung der Billigkeit qua *epieikeia*

aufschlussreich. Denn obwohl der Cusaner das neue Verb *epikeizare* (Billigkeit walten lassen) prägt, bleibt er hinsichtlich seines Begriffs von *aequitas* traditionell bei Aristoteles, der nach *Tilman Borsche* „über die Billigkeit alles Wesentliche bereits gesagt“ hat. Den innovativen Beitrag des Cusaners sieht Borsche vielmehr darin, dass er eine dreistellige Relation einbringt, in der das abstrakte Gesetz, die im Einzelfall korrigierende *aequitas* und die von Cusanus akzentuierte *concordantia*, d.h. die Einmütigkeit oder Übereinstimmung in Handlungszielen, insgesamt als eine Sequenz von „Steigerungsformen“ der Gerechtigkeit verstanden werden können. Um insbesondere das Surplus der *concordantia* gegenüber der *aequitas* kenntlich zu machen, zeichnet Borsche zunächst die großen geschichtlichen Linien des Billigkeitsdiskurses nach, um hiermit anschließend die Cusanische Konkordanz als „situationssensitives rechtsphilosophisches Ordnungsprinzip“ zu kontrastieren.

Auch bei den führenden Vertretern der Reformation hat die *aequitas* einen hohen Stellenwert. Allerdings berufen sie sich in sehr unterschiedlicher Weise auf dieses Prinzip. Wie *Judith Hahn* darlegt, taucht Billigkeit bei Martin Luther (1483–1546) in zahlreichen Textpassagen auf, wird dort jedoch kaum systematisch erörtert. Schon die Vielzahl der sprachlichen Ausdrücke, die Luther für die *billigkeit* oder *gelindikeyt* verwendet – *epijkia*, *equitas*, *clementia*, *comoditas*, *gelind recht*, *moderatio*, *clementia iuris* usw. –, zeigt, dass seine Auffassung der Billigkeit sich aus sehr unterschiedlichen Quellen speist. Dennoch neigt er dazu, die Prinzipien der in der christlichen Tradition üblichen drei Hauptstränge (aristotelische *ἐπιείκεια*, römische *aequitas* und biblische *misericordia*) miteinander zu identifizieren. Dass Luther die „billigkeit“ als „alles rechts meisterin“ preist, der „alle rechte [...] unterworfen“ sind, hat hauptsächlich zwei Gründe. Erstens versteht er sie nicht nur rein juristisch als eine von Fall zu Fall intuitiv herzustellende „Korrektur“ von Gesetzhärten, sondern als ein generelles, naturrechtlich verankertes „Auslegungs- und Anwendungsprinzip, das im Zuge jeder Rechtsanwendung dem natürlichen Gerechten zum Durchbruch verhelfen soll“ und eine enge Verwandtschaft mit der Tugend der *modestia* (Mäßigkeit) hat. Zweitens deutet Luther die Billigkeit theologisch als irdischen Abglanz der Gnade Gottes, die ebenfalls die bloße *iustitia* transzendiert und bei den Sünden der Menschen freundlich „durch die Finger sieht“.

Im Unterschied zu Luther und Calvin hat Philipp Melancthon (1497–1560) der *aequitas* mehrere systematische Studien gewidmet. Wie *Hubertus Busche* nachzuweisen sucht, hat Luthers Kampfesgefährte eine durchaus originelle und systematische Lehre von der Billigkeit hinterlassen, die er anhand zahlreicher Fallbeispiele naturrechtlich vom Leitfaden einer Hierarchie natürlicher Gesetze her entwickelt, die als objektive Legitimierungsquelle für Billigkeitsentscheidungen gelten sollen. Zugleich versteht er, ähnlich wie Luther, die Billigkeit als Abbild jener „freudenreichsten Billigkeit gegenüber dem göttlichen Gesetz“, die er im Evangelium selbst ausgesprochen sieht. Melancthons kom-

plexe Lehre macht einerseits die gewöhnliche *epieikeia* als ungeschriebene Billigkeit stark, die er als „Abmilderung des Gesetzes aufgrund der Berücksichtigung schwerwiegender Gründe (mitigatio legis propter probabilis rationis)“ definiert. Um die Gefahren einer solchen Korrekturinstanz abzuwehren, die er vor allem in der Untergrabung des positiven Rechts erblickt, propagiert er jedoch andererseits, gleichsam als Gegengift, auch eine *aequitas scripta*, die er wegen ihrer mildernden Wirkungen sogar als eine Art *ἐπιείκεια scripta* auffasst und zu rechtfertigen sucht. Diese Doppelkonzeption ist in systematischer Hinsicht sehr lehrreich. Jean Calvin (1509–1564) als der dritte hier untersuchte Reformator verwendet die Termini *aequitas* und *équité* eher selten für die *ἐπιείκεια*, sondern häufiger für die *équité naturelle* als höchste Norm des Naturrechts, die er – wie schon Laktanz – in der Goldenen Regel formuliert sieht, welche hierdurch zur *aequitatis regula*, ja zur *regula iuris ipsius naturalis* aufgewertet wird.

Wie Danaë Simmermacher in ihrem Beitrag zeigt, bleiben die führenden Köpfe der spanischen Spätscholastik, dieser überaus einflussreichen Formation frühneuzeitlichen Naturrechtsdenkens, bei ihren Klärungen zur Billigkeit erstens streng dem Naturrecht (und hier überwiegend dem Lex-Traktat des Aquinaten) und zweitens eng dem aristotelischen Konzept der *ἐπιείκεια* verbunden. Daher spielen genuin christliche Maßstäbe wie Barmherzigkeit oder Milde bei ihnen keine prominente Rolle. Entsprechend bestimmt Francisco de Vitoria (1483–1546) die Billigkeit als Abschwächung der *necessitas* und des *rigor* menschlicher Gesetze. Domingo de Soto (1494–1560) definiert die *epieikeia* so, dass sie zwar „gegen den Wortlaut des geschriebenen Rechts“ handle, jedoch dessen „Geist“ unverletzt bewahre und somit auch dem „Naturrecht“ Rechnung trage. Und Francisco Suárez (1548–1617) paraphrasiert die „epiikia“ sogar als „emendatio legis (ea ex parte, qua deficit) propter universale“. Den Terminus *aequitas* verwenden die Spätscholastiker dagegen zur Bezeichnung des naturrechtlichen Normenbestands, der den Maßstab für Billigkeitsentscheidungen hergibt. Untraditionell sind allerdings zwei Neuerungen, die Suárez einbringt. Zum einen versteht er die „epiikia“ kategorial weder mehr als Tugend noch als eigene Art von Gerechtigkeit, sondern als eine besondere Art der „interpretatio legis“. Zweitens erweitert er den Regelungsbereich der Billigkeit sogar auf das Naturrecht, wenn auch nur auf dessen abgeleitete und somit auslegungsbedürftige Vorschriften.

Dass der große Staatsdenker Jean Bodin (1529–1596), der für seine Lehre von der Souveränität berühmt ist, auch eine sehr eigenwillige, aber durchaus bedenkenswerte Theorie der Billigkeit entwickelt hat, die sich markant von den wohlrezipierten epochenübergreifenden Argumentationsmustern seiner Vorgänger unterscheidet, zeigt Christoph Becker. Zwar stimmt Bodin mit der Tradition darin überein, dass nach der *équité* zu urteilen bedeutet, „das Gesetz zu erklären oder zu korrigieren“. Den Maßstab für eine solche „interpretation equalitable“ findet er jedoch in seinem politisch-juristisch-mathematischen

Konzept der *justice harmonique*. Dieses beruht auf den Annahmen, dass die ideale Monarchie eine harmonische Verknüpfung herstellen muss, und zwar einerseits von aristokratischen Regierungsformen, welche zum distributiven Gerechtigkeitsstyp und somit zu geometrischen Proportionen neigen, und andererseits von demokratischen Regierungselementen mit bevorzugter kommutativer Gerechtigkeit und folglich arithmetischen Proportionen. Entsprechend besteht *équité* für Bodin in einer „proportion harmonique“, d.h. in der ausgewogenen Anwendung beider Proportionsarten in allen Regelungsbereichen des Staates.

Der große Natur- und Völkerrechtler Hugo Grotius (1583–1645) bleibt zwar, wie Matthias Armgardt darlegt, im Grundsätzlichen eng bei der *ἐπιείκεια* des Aristoteles, denn er definiert sie als „virtus voluntatis, correctrix eius in quo lex propter universalitatem deficit“. Entsprechend bestimmt er das „aequum“ als den Maßstab, „quo lex corrigitur“. Zugleich bereichert er den Diskurs jedoch um vier Merkmale. Erstens begründet er den Hiat zwischen allgemeinem Gesetz und Einzelfall damit, dass eine Norm stets „finit“, die Regelungsmaterie dagegen grundsätzlich „infini“ sei. Zweitens dehnt er den Gegenstandsbereich der Billigkeit, wie schon Suárez, auch auf die abgeleiteten Gesetze innerhalb des Naturrechts und sogar des göttlichen Rechts aus. Drittens stellt er für die billige Auflösung von Gesetzeskollisionen neun Vorrangigkeitsregeln („*principia naturalia*“) auf, von denen er allerdings sechs von Cicero übernimmt. Viertens schließlich gesteht er hinsichtlich der Frage, wer die *aequitas* zur Anwendung bringen darf, in dringlichen Fällen sogar dem Privatmann die Befugnis zu, gemäß der *aequitas* zu verfahren. Darüber hinaus grenzt Grotius die *aequitas* einerseits gegen die *indulgentia* (Aufhebung einer Rechtsverpflichtung) und andererseits gegen die *facilitas* (Rechtsverzicht) ab.

Eine wichtige Sonderstellung hat die *equity* im englischen Recht. Kent D. Lerch, der die fünfhundertjährige Geschichte ihrer Institutionen und Ideengeber skizziert, zeigt, dass die neuen Courts of Chancery, an denen die Lordkanzler seit Ende des 15. Jahrhunderts ein unabhängiges Richteramt ausübten, in dem sie „mercy“ und „conscience“ walten ließen, sich aus der Unzulänglichkeit der bisher allein urteilenden Courts of Common Law speisten, deren schwerfällige formalistische Verfahren oft unbillige Härten hervorbrachten. Die Urteile der neuen „courts of conscience“, später „courts of equity“, hingen zunächst stark von der Persönlichkeit der Lordkanzler ab, die ihre Entscheidungen nach ethischen, oft an Philosophie und Theologie geschulten Grundsätzen ausrichteten. Mit dem Wechsel von Thomas Wolsey (1475–1530) zu Thomas Morus (1478–1535) wurde jedoch ihr großer Ermessensspielraum zunehmend eingeschränkt durch Verrechtlichung und Reglementierung. Die 1532 erschienenen *Dialogues* von Christopher St. German wurden zum maßgeblichen Werk der *equity*-Rechtsprechung. Sir Heneage Finch, 1. Earl of Nottingham (Lordkanzler 1675–1682), und Philip Yorke, 1. Earl of Hardwicke

(Lordkanzler 1737–1756) gestalteten die *equity* zu einem geschlossenen juristischen Regelwerk aus. Doch die Systematisierung und Technisierung der *equity* zog am Ende so hohe Verfahrenskosten und lange Verfahrensdauern nach sich, dass man 1873–75 die beiden bislang konkurrierenden Gerichtsbarkeiten von *common law* und *equity* im High Court of Justice vereinigte, ohne dass hiermit das „siamesische Nebeneinander von Strengrecht und Billigkeitsrecht“ (J. Esser) in der Praxis aufgehoben wurde.

Thomas Hobbes (1588–1679) gehört zwar ebenfalls in diese Equity-Tradition, schlägt aber mit seiner bahnbrechenden, weil rein säkularen Begründung des Staates auf der Klugheit nach Sicherheit strebender Sozialatome auch für die Billigkeit ein neues Kapitel auf. Gegen das vorherrschende Klischee von Hobbes als einem Rechtspositivisten stellt *Ursula Goldenbaum* richtig, dass der Autor des *Leviathan* ausdrücklich zwischen politischer und moralischer Philosophie unterscheidet. Zwar reduziert er in der Tat *Gerechtigkeit* (justice) auf die bloße Legalität oder Konformität mit dem positiven Recht, so dass weder bürgerliche Gesetze ungerecht sein können noch der Souverän eine Ungerechtigkeit begehen kann. Nichtsdestoweniger hält Hobbes an einer höheren Gerechtigkeit namens *Billigkeit* (equity) fest, an deren Gültigkeit auch das positive Recht, die Rechtsprechung und der Souverän zu messen sind. Unter *equity* versteht er, entsprechend seiner Polemik gegen Aristoteles, nicht die den einzelnen Härtefall korrigierende ἐπιείκεια, sondern ein universelles Naturrechtsprinzip. Sie ist für ihn, wie die *aequitas* für Cicero (*Top.*, 4, 23), wesentlich die Gleichbehandlung aller Bürger in gleichen Fällen, und zwar gemäß jenen „natural laws“, die Hobbes (in Verabschiedung vom christlichen Naturrecht) aus dem Sicherheitsstreben aller Bürger deduktiv ableitet. Diese Gleichbehandlung versteht Hobbes als ein Verfahren distributiver Gerechtigkeit, da sie jedem zukommen lässt, was ihm naturrechtlich zusteht.

Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716) hat eine noch weitgehend unbekannte Theorie des Naturrechts hinterlassen, in der die *aequitas* eine Systematisierung wie nie zuvor erfährt. Wie *Hubertus Busche* darlegt, versteht Leibniz *ius strictum*, *aequitas* und *pietas* als drei Stufen einer immer umfassenderen Gerechtigkeit, die zusammen eine Subsidiaritätshierarchie bilden, weil ihre je eigenen Normen, Proportionen und Logiken aufeinander aufbauen. Während das strenge Recht, das die Grundrechte auf Leben, Freiheit und Eigentum enthält, wesentlich aus Schädigungsverböten (*neminem laedere*) besteht, besteht die Billigkeit wesentlich in Hilfsgeböten (*suum cuique tribuere*). Beide folgen einer unterschiedlichen deontischen Logik, die Leibniz mit der Isomorphie der vier logischen und juridischen *modalia* erstmals entdeckt. Während das Gerechte (*iustum*) als das Erlaubte (*licitum*) mit dem juridisch-moralisch *Möglichen* (*possibile*) zusammenfällt, das Ungerechte (*iniustum*) als das Unerlaubte (*illicitum*) aber mit dem juridisch-moralisch *Unmöglichen* (*impossibile*), fällt das Billige (*aequum*) als das Gebotene (*debitum*) mit dem juridisch-moralisch *Notwendigen* zusammen, das Nicht-Billige als das Nicht-Gebotene (*indebitum*)

oder Unterlassbare (omissibile) mit dem juristisch-moralisch *Kontingenten*. In dem Leibniz zugleich Güter und Übel nach deren Dringlichkeit und Schweregrad staffelt (Abwendung von Not, Vermeidung von Schaden, Gewinn von Vorteil, Erzielen von Überfluss), gewinnt er ein feinmaschiges Netz von Proportionen des Gerechten und Ungerechten, d.h. erlaubten und verbotenen Benachteiligungen anderer, und von Proportionen des Billigen und Nicht-Billigen, d.h. gebotenen und nicht-gebotenen Hilfeleistungen gegenüber anderen.

Die Klagen über den Missbrauch richterlicher Berufungen auf *aequitas* oder *epieikeia*, bei denen willkürlich vom Gesetz abgewichen wird, sind alt. Schon der Jurist Paulus hatte die Meinung des jungen Celsus referiert, dass man bei der *quaestio de bono et aequo* „oft unter der Autorität der Rechtswissenschaft auf Abwege mit schädlicher Wirkung gerät“¹³ – eine Digesten-Stelle, die etwa Melanchthon als Anspielung auf eine bloß „fiktive“ Billigkeit verstand, die „aus der Einbildungskraft Unkundiger, nicht aus den wahren Quellen“ des Rechts geschöpft werde.¹⁴ Frauke Kurbacher untersucht die Fortsetzung dieser Kritik der missbräuchlich herbeigerufenen Billigkeit im 17. und 18. Jahrhundert, in der sich ein zeitgenössisches „Unbehagen im Selbstverständnis der Jurisprudenz“ (C. Schott) artikuliert, und verfolgt die Fluchtlinien dieser Kritik und ihrer Metakritik bis in die Gegenwart. Während die wahre Billigkeit einer höheren Gerechtigkeit die Stimme verleiht, wo der Wortlaut des Gesetzes ungerechte Härten hervorruft, wird die falsche Billigkeit aufgrund richterlichen Gutdünkens zur Komplizin der Ungerechtigkeit. Für diese bringt Antoine Favre (1557–1624) das Schimpfwort der *aequitas cerebrina* in Umlauf, d.h. einer Billigkeit, die gemäß dem lateinischen Substantiv *cerebrum* (für *Gehirn*) ein bloßes Hirngespinnst ist, gemäß der Bedeutung des mittelfranzösischen Adjektivs *cérébrin* aber eher *kopflös*, *unbesonnen*, *unbedacht* oder *gedankenlos* ist. Entsprechend heißt es 1706 in der Dissertation eines Johann Friedrich Stützing, die von keinem Geringeren als Christian Thomasius (1655–1728) betreut wurde, dass als „hirnlose Billigkeit“ dem allgemeinen Sprachgebrauch nach jene bezeichnet werde, die „unter dem Deckmantel und der Maske der Billigkeit vielmehr Unbill und Ungerechtigkeit ist“. Stützing liefert sogar eine kausale Hypothese für die „Häufigkeit“ einer solchen *aequitas cerebrina*, nämlich die Fülle fremder und heterogener Gesetze im damaligen Deutschland, „die dem Zustand unseres Gemeinwesens gar nicht angepasst werden können“.

Immanuel Kant (1724–1804) gilt gemeinhin als Wendepunkt hin zum irreversiblen Bedeutungsverlust der Billigkeit, da er diese aus der Rechtslehre verbannt. Stephan Stübinger erläutert in seiner systematischen Neuinterpretation, wie die Billigkeit bei Kant gerade dadurch heimatlos wird, dass Kant das Recht als die mit Zwangsbefugnis und Macht bewehrte äußere Gesetzgebung streng und prinzipiell von der Moral als der autonomen, inneren Gesetzgebung nach

¹³ Dig. 45.1.91.3.

¹⁴ S.u. den Beitrag von Hubertus Busche zu Melanchthon und Calvin.

nicht-erzwingbaren Maximen abtrennt. Da die Billigkeit ein bloßes „Recht ohne Zwang“ ist (umgekehrt zum Notrecht als „Zwang ohne Recht“), erscheint ihre marginale Behandlung in einem mit „Vom zweideutigen Recht (*Ius aequivocum*)“ betitelten „Anhang“ zu Kants „Einleitung in die Rechtslehre“ innerhalb der *Metaphysik der Sitten* nur folgerichtig. Auch wenn Kant terminologisch an die etwa bei Grotius oder Leibniz zu findende Bezeichnung der Billigkeit als „Recht im weiteren Sinne (*ius latum*)“ anknüpft, weist Stübinger doch darauf hin, dass Kant keine Begriffsbestimmung von Billigkeit vorlegt, die an die früheren Debatten anschließen könnte, sondern sich mit zwei Beispielen begnügt, die noch dazu beide aus dem Privatrecht stammen. Auch zeigt er, dass Kants These von der Unmöglichkeit einer justiziablen Umsetzung von Billigkeitsentscheidungen, der zufolge die Billigkeit eine „stumme Gottheit“ ist, „die nicht gehöret werden kann“, nicht stichhaltig begründet ist. Zudem „verschwimmt die Abgrenzung zwischen Recht und Ethik, um die sich Kant bemüht“, sowohl durch einige seiner Erläuterungen als auch durch widersprüchliche Bestimmungen in Kants Vorlesungen.

Die beiden Strömungen des 19. Jahrhunderts, die man *Historische Rechtsschule* und *Pandektistik* nennt, gelten seit Rudolph von Jhering oft als Inbegriff eines „Formalismus“, der juristischen Positivismus mit lebensferner Begriffsjurisprudenz verbunden haben soll. *Stephan Meder* zeigt, dass dieses Bild unzutreffend ist und dass es umgekehrt der Kampf gegen den ahistorischen Formalismus des aufklärerisch rationalistischen Naturrechts war, der die Vertreter dieser Formation miteinander verband. Ihre neue Einbeziehung des Geschichtlichen und Empirischen lief nicht etwa auf eine Verbannung des *materialen Rechts* (*aequitas*) aus der Jurisprudenz zugunsten des bloß *formalen Rechts* (*ius strictum*) hinaus. Vielmehr hat die Billigkeit bei Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) und seinen Nachfolgern einen hohen Stellenwert. Savigny versteht die formalen und die materialen Elemente (zu denen außer der Billigkeit auch Prinzipien wie *Treu und Glauben*, *gute Sitten* oder *öffentlicher Nutzen* gehören) als zwei durchgängige Konstitutiva jeglichen Rechts, die teils einander widerstreiten und beschränken, teils harmonieren. Auch wenn für ihn Billigkeit die „von einem höheren und freieren Standpunkt anerkannte Gerechtigkeit“ ist, versteht er sie nicht im Sinne eines „über allen positiven Rechten stehenden Normalrechts“. Während Georg Friedrich Puchta (1798–1846) die Billigkeit ganz ähnlich dynamisch auffasst, finden sich später, wie beim Pandektisten Julius Baron (1834–1898), auch teleologische Konzepte, die die Geschichte als Fortschritt „vom *jus strictum* zum *jus aequum*“ deuten, was lebhaftere Kontroversen über die Projektionen zeitgenössischer Gerechtigkeitsvorstellungen in die Vergangenheit auslöst.

Ganz andere als rechtswissenschaftliche Perspektiven auf Gerechtigkeit und Billigkeit eröffnen philosophische Ansätze, die man der postmodernen Formation zurechnet. *Werner Stegmaier* zeigt, dass Friedrich Nietzsche (1844–1900),

Emmanuel Levinas (1906–1995) und Jacques Derrida (1930–2004) einer Gerechtigkeit bzw. Billigkeit nachspüren, die selbst noch die vom rechtlichen Allgemeinen her gedachte *équité* aufhebt, indem sie der „Gesetzesgerechtigkeit“ eine an der individuellen Begegnung mit dem Anderen gewonnene „Situationsgerechtigkeit“ gegenüberstellen. Während Nietzsche *Billigkeit* von der „schenkenden Tugend“ vornehmer Individuen aus denkt und als „Liebe mit sehenden Augen“ auffasst, denkt Levinas ein solches Dem-Mitmenschen-gerecht-Werden vom Anderen selbst her, insbesondere vom hilfsbedürftigen Fremden, dessen Angesicht wir begriffslos ausgesetzt sind. Im Unterschied zur „geraden Linie des Gesetzes“, das alle an derselben Richtschnur misst, ist die Begegnung der Nähe nicht über ein Allgemeines vermittelt. Auch Derrida will mit seiner *Dekonstruktion* nach eigenen Worten „Spielraum schaffen für die Möglichkeit einer Gerechtigkeit oder gar eines Gesetzes, das nicht nur das Recht übertrifft oder ihm widerspricht, sondern vielleicht gar keinen Bezug zum Recht hat, oder zu ihm einen so seltsamen Bezug unterhält, dass es das Recht ebenso fordern wie ausschließen kann“.

Unsere historische Ausleuchtung des Verhältnisses von Recht und Billigkeit endet mit *Martin Hochhuths* Analyse der Bedeutung, welche die *Billigkeit* und ihre „jüngere Schwester“, die *Verhältnismäßigkeit*, im modernen Rechtssystem haben. Zwar haben beide Prinzipien einen gemeinsamen Kern, und richterliche Entscheidungen nach ihnen lassen sich als Lernprozesse verstehen, durch welche das Rechtssystem sich durch Beseitigung von Unzulänglichkeiten fortwährend optimiert. Doch gibt es Unterschiede bei ihren drei möglichen Rollen. Die Billigkeit, die vorwiegend im Zivilrecht zuhause ist, dient überwiegend als „Positivierungsquelle“ (1.) und „Korrektiv“ (2.) gegen Missbräuche privatautonomer Gestaltungsmacht, wie sich an Beispielen aus dem Schadensersatz-, Unterhalts- und Zwangsvollstreckungsrecht zeigen lässt. Auch lässt sie sich, wie bei Wertminderungen oder beim Erbrecht, quasi mathematisch ohne jede Abwägung herstellen, weshalb ihre Gefahr einer „Aufweichung“ (3.) des geltenden Rechts gering ist. Dagegen hat die im öffentlichen Recht heimische Verhältnismäßigkeit zwar ein klarer strukturiertes Verfahren, da sie aus dem Polizeirecht stammt und an einer dreischrittigen Verhältnismäßigkeitsprüfung orientiert ist. Mit der nach 1945 einsetzenden Ausdehnung der *Verhältnismäßigkeit* auf Bereiche des Verwaltungsrechts und auf die Verfassungsebene erweist sich dieses Prinzip andererseits als umso gefährlicher. Denn wie Hochhuth an mehreren Beispielen zeigt, führt die verselbständigte Suche nach Unverhältnismäßigkeiten in höchster Instanz (Bundesverfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof) zu einem „Übermaß des Korrigierens“, welches eine Aufweichung demokratischer Gesetze begünstigt.

Literatur

- Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm, *Deutsches Wörterbuch*, Bd. 2, Leipzig 1860.
- Kisch, Guido, „Summum ius summa iniuria“, in: ders., *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit. Studien zum humanistischen Rechtsdenken*, Basel 1960, 1–13.
- Maniscalco, Lorenzo, *The Concept of Equity in Early Modern European Legal Scholarship*, Diss., Cambridge 2018. Online verfügbar unter <https://doi.org/10.17863/CAM.35830> (22.06.2020).
- Meier, Georg Friedrich, *Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst*, Halle 1757.
- Oldendorpius, Johannes, *Formula investigandae actionis*, Köln 1538.
- Ostwaldt, Lars, *Aequitas und Justitia. Ihre Ikonographie in Antike und früher Neuzeit*, Halle an der Saale 2009.
- Pfeifer, Wolfgang, *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 5. Aufl., Berlin 2018.
- Rotteck, Carl von/Welcker, Carl, „Etymologie“, in: dies. (Hgg.), *Das Staatslexikon. Encyklopaedie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*. Neue durchaus verbesserte und vermehrte Auflage, Bd. 4, Altona 1846.
- Schott, Clausdieter, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln, Berlin 1975.
- Schröder, Jan, „Aequitas und Rechtsquellenlehre in der Frühen Neuzeit“, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 26 (1996), 265–305.