



Schriften der Albrecht Mendelssohn
Bartholdy Graduate School of Law

9

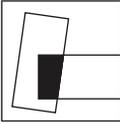
Anna-Lena Otzen

Aequitas und aequitas cerebrina bei Christian Thomasius

Eine Einordnung in sein Naturrecht



Nomos



Albrecht Mendelssohn Bartholdy
Graduate School of Law

Schriften der Albrecht Mendelssohn Bartholdy
Graduate School of Law

herausgegeben von | edited by

Prof. Dr. Stefan Oeter,

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und ausländisches
öffentliches Recht, Universität Hamburg

Prof. Dr. Tilman Reppen,

Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte, Neuere Privatrechts-
geschichte und Bürgerliches Recht, Universität Hamburg

Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute,

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Telekommunikations-
recht, Universität Hamburg

Band | Volume 9

Anna-Lena Otzen

Aequitas und aequitas cerebrina bei Christian Thomasius

Eine Einordnung in sein Naturrecht



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-7516-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-3366-3 (ePdf)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde der Juristischen Fakultät der Universität Hamburg im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation vorgelegt.

Zunächst danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Tilman Reppen für sein Vertrauen in mich und die stets kritische und konstruktive Betreuung meiner Arbeit. Ohne seine geduldige Unterstützung hätte diese Arbeit nicht entstehen können. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ferner bedanke ich mich bei der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law, die diese Arbeit nicht nur großzügig finanziell gefördert, sondern auch mit einem vielfältigen Lehrprogramm begleitet hat.

Bedanken möchte ich mich auch bei meinem früheren Lehrer Herrn Dr. Jens Gerlach, der mir in der Schule die Freude an den antiken Sprachen vermittelt hat und bei der Übersetzung des Quellentextes geholfen hat, wenn ich mit meinem Latein am Ende war.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern und Brüdern, die mich durch ihre immerwährende Unterstützung und Rückhalt gefordert und gefördert haben. Mein bisheriger Werdegang und diese Untersuchung wären ohne sie nicht möglich gewesen. Gleichmaßen gilt mein Dank Hannes, der mich täglich dazu motiviert, über mich hinauszuwachsen. Danke an Brian für eine phantastische Promotionszeit, die unser Studium zu einem krönenden Abschluss gebracht hat.

Hamburg, im Oktober 2022

Anna-Lena Otzen

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	11
Einleitung	13
A. Fragestellung	14
B. Methodik	17
C. Einordnung in den Forschungsstand	18
D. Gang der Darstellung	20
1. Teil: Einführung in die Untersuchung	22
A. Geeignete Quellen	22
B. Urheberschaft von Thomasius' Dissertationen	24
C. Überblick und Einbeziehung der Quellen	29
2. Teil: <i>Aequitas</i> und <i>aequitas cerebrina</i>	31
A. <i>Aequitas</i>	31
I. Naturrecht und positives Recht	32
II. <i>Aequitas</i> im Naturrecht	42
1. Abgrenzung zum <i>honestum</i>	43
2. <i>Aequitas</i> im weiteren und engeren Sinne	48
3. Entwicklung des <i>aequitas</i> -Begriffs in der Dissertation von 1717	53
a) Verhältnis zum <i>honestum, decorum und iustum</i>	55
b) <i>Aequitas</i> als Ausdruck der Gleichheit	59
aa) Pflichten der Menschen gegen andere Menschen	60
bb) Gleichheit als oberste Pflicht gegen andere Menschen	66
cc) Bedeutung der Gleichheit für die <i>aequitas</i>	70
4. Fazit	80
III. Anthropologischer Ursprung der <i>aequitas</i>	81
1. Die Zusammensetzung der menschlichen Seele	82
a) Verstand und Wille	83
b) Verhältnis von Verstand und Willen	84

c) Freiheit von Verstand und Willen	90
2. Verstand und Wille als Quellen der <i>aequitas</i>	99
IV. <i>Aequitas</i> im positiven Recht	105
1. <i>Aequitas</i> im Gesetz (<i>aequitas scripta</i>)	106
2. <i>Aequitas</i> als Auslegung (<i>aequitas non scripta</i>)	108
3. Fazit	115
V. Ergebnis zur <i>aequitas</i>	116
B. <i>Aequitas cerebrina</i>	118
I. Grundlagen der <i>aequitas cerebrina</i>	119
II. Anthropologischer Ursprung der <i>aequitas cerebrina</i>	125
1. Verstand und Wille als Quellen der <i>aequitas cerebrina</i>	126
a) Die Affektenlehre	129
b) <i>Aequitas cerebrina</i> als Gefährtin der <i>imprudentia</i>	135
c) Zwischenergebnis	139
2. Vorkommen der <i>aequitas cerebrina</i> in Theorie und Praxis	139
3. Der allgemeine Ursprung der <i>aequitas cerebrina</i>	146
a) Vorurteile von Verstand und Willen	147
b) Vorurteile als Quelle der <i>aequitas cerebrina</i>	149
4. Fazit	151
III. Folgen der <i>aequitas cerebrina</i>	153
IV. Der besondere Ursprung der <i>aequitas cerebrina</i>	161
1. Unsicherheit und Unförmigkeit des deutschen Rechts	161
2. Vielzahl falscher Rechtsgelehrter	166
3. Fazit	170
V. Einteilungen der <i>aequitas cerebrina</i>	171
1. Einteilung in <i>legislatoria, consultatoria, iudicialis</i>	172
2. Einteilung in theoretisch und praktisch	174
a) Theoretische <i>aequitas cerebrina</i>	176
aa) Thomasius' Auslegungslehre	176
bb) Die restriktive Auslegung anhand der <i>aequitas</i>	180
cc) Begründung für die Einschränkung nach der <i>aequitas</i>	185
b) Praktische <i>aequitas cerebrina</i>	190
aa) Eingriff in die Macht des Gesetzgebers	191
bb) Kollision mit den Theoretikern des Rechts	204
cc) Ausübung verschiedener Ämter durch eine Person	213
c) Fazit	219

3. Einteilung in offenkundig und subtil	220
a) Offenkundige <i>aequitas cerebrina</i>	222
aa) <i>Aequitas cerebrina</i> des Richters	222
bb) Erkennbar falsche Rechtsauffassungen	223
(1) Mosaisches Recht	224
(2) Proportionalität von Strafen	228
b) Subtile <i>aequitas cerebrina</i>	236
aa) Verjährung	239
bb) Einhalten von Eidschwüren	244
c) Fazit	254
VI. Verbreitung der <i>aequitas cerebrina</i> an den Universitäten	254
1. Beförderung an katholischen Universitäten	255
2. Verbreitung auch an protestantischen Universitäten	263
VII. Behandlung der <i>aequitas cerebrina</i>	273
1. Heilung betrifft Fürsten nicht Lehrende	273
2. Beteiligung an der Behandlung durch Lehrende	280
a) Behandlung durch Rechtsgelehrte	280
b) Beteiligung anderer Disziplinen	286
3. Mittel zu Behandlung der <i>aequitas cerebrina</i>	294
4. Fazit	302
VIII. Nicht jede Uneinigkeit konstituiert eine <i>aequitas cerebrina</i>	303
IX. Ergebnis zur <i>aequitas cerebrina</i>	319
Schlussfazit	321
Literaturverzeichnis	325

Abkürzungsverzeichnis

ADB	allgemeine Deutsche Biographie
a.E.	am Ende
art.	articulus
Bd.	Band
bk.	book
cap.	caput
chap.	chapter
concl.	conclusio
disp.	disputatio
epist.	epistula
ex.	exercitatio
Hervorh.	Hervorhebung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
ill.	illatio
Kap.	Kapitel
lib.	liber
lit.	littera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDB	Neue Deutsche Biographie
Orig.	Original
princ.	principium
p.	page
s.v.	sub voce
Sp.	Spalte
thes.	thesis
tit.	titulus
tom.	tomus
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Was ist die *aequitas*? Die deutsche Übersetzung dieses Begriffes – Billigkeit – ist jedem Studenten der Rechtswissenschaft durch die Definition der Sittenwidrigkeit bekannt, soll doch das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht verletzt werden.¹ Auch an deutschen Gerichten findet der Begriff keine geringe Verwendung. So sind allein im vergangenen Jahr unzählige Entscheidungen ergangen, die sich im Rahmen von Leistungsbestimmung oder Kostenerstattung auf die Billigkeit stützten.² Doch wann denkt man billig oder gerecht? Wo liegt der Unterschied zwischen diesen Begriffen? Dies ist eine Frage, mit der sich Juristen stets befasst haben und bis heute befassen, wie die Fülle an Literatur beweist, die im letzten Jahrhundert und den Jahrhunderten davor erschienen ist.³ Im *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* lässt sich

-
- 1 Ständige Rechtsprechung, vgl. RG Urt. v. 30.04.1901, VI 443/00, RGZ 48, 114, 124; BGH Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52, BGHZ 10, 228. Siehe neuerdings auch BGH Urt. v. 08.03.2021 – VI ZR 505/19, NJW 2021, 1669, 1670 Rn. 17.
 - 2 Vgl. die Entscheidungen des BVerfG Beschl. v. 24.06.2021 – 2 BvR 341/12, BeckRs 2021, 17831, Rn. 4; BGH Urt. v. 18.05.2021 – II ZR 41/20, NJW 2021, 2647, 2648 Rn. 11; BGH Beschl. v. 08.03.2021 – KVR 96/20, NZKart 20210 305, 306 Rn. 2; BGH Beschl. v. 27.01.2021 – XII ZB 336/20, NJW 2021, 1954, 1955 Rn. 21; LG Mannheim Urt. v. 09.12.2020 – 14 O 207/20 Kart, NJOZ 2021, 157, 159 Rn. 21; LAG Schleswig-Holstein Beschl. v. 20.10.2020 – S SaGa 4/20, BeckRS 2020, 28416 Rn. 27; OVG Magdeburg Beschl. v. 06.10.2020 – 1 L 23/20, BeckRS 2020, 28489 Rn. 44; OVG Lüneburg Beschl. v. 03.09.2020 – 10 ME 174/20, NJW 2020, 3264 Rn. 2; OLG Hamburg Beschl. v. 13.01.2020 – 15 U 190/19, NJW 2020, 546, 547 Rn. 8 ff.
 - 3 So beispielsweise *Grotius*, De aequitate, indulgentia et facilitate, in: *Grotius* (Hg.), De iure belli ac pacis libri tres, Den Haag 1680; *Oldendorp*, Wat byllick unn recht ys. Eyne korte verklaring allen stenden denstlick, Rostock 1529. Aus dem letzten Jahrhundert sind hervorzuheben *Kiss*, Billigkeit und Recht, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 3, Heft 4 (1909/1910); *Gillis*, Die Billigkeit. Eine Grundform freien Rechts, Berlin 1914; *Rümelin*, Die Billigkeit im Recht. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 7. November 1921, Tübingen 1921; *Wohlhaupter*, Aequitas canonica. Eine Studie aus dem kanonischen Recht, Paderborn 1931; *Gramsch*, Die Billigkeit im Recht, Stuttgart 1938; *Schotte*, Die Aequitas bei Hugo Grotius, Köln 1963; *Albrecht*, Die Stellung der römischen Aequitas in der Theorie des Civilrechts mit Rücksicht auf die zeitgemäße Frage der Codifikation, Leipzig 1969; *Horn*, Aequitas in den Lehren des Baldus, Köln/Graz 1968, S. 21 f.; *Hering*, Die Billigkeit im kanonischen Recht, in: *Hering/Fechner* (Hg.), Ae-

folgender Definitionsversuch finden: „Billigkeit drückt die Ausrichtung einer generellen oder einer speziellen Entscheidung am Maßstab einer Richtigkeit im Ergebnis, an Wünschbarkeit des mit der Entscheidung bewirkten Erfolges aus.“ Dabei wird sie einerseits als „Korrektur eines für unangemessen gehaltenen Ergebnisses“, andererseits als „deckungsgleich mit dem Recht“ empfunden.⁴ Im *Neuen Pauly* spricht *Tilman Repgen* von einer „Rechtsquelle [...], die neben der positiven Rechtsordnung Gültigkeit beansprucht und die Einzelfallentscheidung mitprägt“ und teilt ihr die Erscheinungsformen „sowohl ein Auslegungsmittel für die positiven Gesetze als auch eine ergänzende Rechtsnorm zur Korrektur im Einzelfall“ zu.⁵ Anhand dieser Definitionen lässt sich die grobe Funktion der *aequitas* umreißen, nicht jedoch ihre Herleitung und Begründung. Doch gerade dies ist bedeutsam, um eine inflationäre Verwendung des Begriffes, der zu einer bedeutungslosen Worthölse verkommt, zu vermeiden. Mit dieser Frage, was unter dem Begriff der *aequitas* zu verstehen ist und welche Prinzipien ihm zugrunde liegen, hat sich vor etwas mehr als 300 Jahren Christian Thomasius an der Universität Halle befasst. Seine Darstellung soll in der vorliegenden Arbeit näher beleuchtet werden, um das Wesen der *aequitas* ausschnittsweise besser verstehen zu können.

A. Fragestellung

Die Billigkeit ist ein aus dem deutschen Recht nicht wegzudenkender Begriff, doch welche Grundsätze verbergen sich dahinter und mit welcher Begründung wird auf sie zurückgegriffen? Um diese Frage zu beantworten, bedarf es einer Untersuchung der Begriffsgeschichte von Billigkeit bzw. *aequitas*. Auf diese Weise lässt sich ermitteln, welche Vorstellungen zu welcher Epoche der *aequitas* zu Grunde lagen und wie sich ihre Bedeutung im Wandel der Zeit zugrunde lagen. Bei der Frage nach der *aequitas* handelt es sich um einen Ausschnitt der Dogmengeschichte des Privatrechts, der bis heute nicht vollständig rekonstruiert ist. Die vorliegende Arbeit soll ein Beitrag zu einer solchen Rekonstruktion leisten, indem

quitas und Toleranz, Bonn 1971; *Hoyningen-Huene*, Die Billigkeit im Arbeitsrecht, München 1978. Kürzlich erschienen ist der Sammelband von *Armgarbt/Busche*, Recht und Billigkeit, Tübingen 2021.

4 *Becker*, s.v. Billigkeit, in: *Cordes* (Hg.), HRG, 2., völlig überarbeitete und erweiterte Aufl., Berlin 2008, Sp. 587.

5 *Repgen*, s.v. Billigkeit, in: *Landfester* (Hg.), Der neue Pauly, Stuttgart 1999, Sp. 516.

sie sich der Frage widmet, was Thomasius unter der *aequitas* verstanden hat, und wie sich dieser Begriff in seine Rechtslehre einordnen lässt. Dabei soll bewusst keine vollständige Rekonstruktion des *aequitas*-Begriffes vorgenommen werden, weil dies den Rahmen des Dissertations-Projekts sprengen würde und zudem die Gefahr einer oberflächlichen Betrachtung bestünde. Stattdessen soll ein Ausschnitt der Begriffsgeschichte der *aequitas* beleuchtet werden, um auf diese Weise zu einem besseren Verständnis ihres Bedeutungsgehaltes beizutragen. Im Fokus der Untersuchung steht also nicht, eine eigenständige Behauptung über das Wesen der *aequitas* zu treffen, sondern sie stattdessen durch die Augen eines anderen Juristen zu betrachten.

Diese ausschnittsweise Rekonstruktion soll anhand der Aussagen von Christian Thomasius erfolgen, der in der Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert an den Universitäten in Leipzig und Halle wirkte und sich in seinen Werken mit der *aequitas* und der Variante der *aequitas cerebrina* befasste. Seinen Blick auf die *aequitas* in Erfahrung zu bringen ist deshalb von Interesse, weil sein Wirken in die Anfangsphase der Aufklärung fällt. Diese kulturelle Bewegung erfasste im 17. Jahrhundert von England ausgehend Europa und zielte darauf ab, den Menschen aus überlieferten, seine Freiheit und Entfaltung hemmenden Bindungen zu befreien.⁶ Als eine zentrale Leitidee der Aufklärung lässt sich das neuartige Verhältnis zur Tradition hervorheben, wodurch das Gegebene an zwingender Kraft verlor und weite Bereiche im Lichte der kritischen Vernunft betrachtet wurden.⁷ Im Zeichen der Aufklärung wurde neben anderen gesellschaftlichen Bereichen auch das Rechtssystem in Angriff genommen. Wurde die *ratio* des *Corpus iuris* bis dato nicht angezweifelt und als sinnvoll und richtig angesehen, wurde nun der Maßstab der aufgeklärten Vernunft an diese Texte gelegt, woraus eine rechtspolitische Kritik des positiven Rechts erfolgte und das römische-kanonische Recht nicht mehr allein als bindend empfunden wurde.⁸

Thomasius wird als bedeutender Initiator dieser Vorgänge im deutschen Recht angesehen und es herrscht unbestritten Einigkeit darüber, dass er einen entscheidenden Beitrag zum Aufkommen der deutschen Aufklärung

6 Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2: Neuzeit bis 1806, Karlsruhe 1966, S. 375.

7 Simon, s.v. Aufklärung, in: Cordes (Hg.), HRG, 2., völlig überarbeitete und erweiterte Aufl., Berlin 2008, Sp. 332.

8 Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 1: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, S. 72.

leistete.⁹ Weil nicht zählen sollte, wer etwas gesagt habe, sondern, was der Betreffende sagt, gilt er als „Vater der deutschen Frühaufklärung“.¹⁰ Auch kann er als „Hauptinitiator der Aufklärung in Deutschland“ angesehen werden, weil er als erster Denker der Frühaufklärung die „Verbesserung des Verstandes in praktischer Absicht als Selbstbefreiung durch kritische Eklektik“ konzipierte.¹¹ Neben anderen Juristen seiner Zeit setzte unter anderem Thomasius einen neuen Anfang, weil deren „eklektische Philosophie bewusst und polemisch mit der späthumanistischen und konfessionalistischen Bindung an einen autoritativen Traditionsstrang [...] brach und mit der Doppelpaxt des rationalen Naturrechts und der ausdifferenzier-

-
- 9 Vgl. die Bezeichnung als „unumstrittener Wortführer der deutschen Frühaufklärung“ bei *Luig*, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Christian Thomasius*, in: *Horn* (Hg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*, München 1982, S. 178. bzw. als aufgrund seines Naturrechtsdenkens als „einer der großen deutschen Aufklärer“, vgl. *Bühler*, *Die Naturrechtslehre und Christian Thomasius (1655-1728)*, Regensburg 1991, S. 11. Die Beschreibung als „Mitbegründer der deutschen Frühaufklärung“ lässt sich finden bei *Lück*, *Zur Einführung: Christian-Thomasius-Jahr und Christian-Thomasius-Stätten in Halle an der Saale*, in: *Lück* (Hg.), *Christian Thomasius (1655-1728). Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung*, Hildesheim 2006, S. 13. Außerdem war er eine „Leitfigur der deutschen Frühaufklärung“, vgl. *Kaufmann*, *Das Decorum: Grundlage oder Folgeerscheinung des Rechts?*, in: *Lück* (Hg.), *Christian Thomasius (1655-1728). Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung*, Hildesheim 2006, S. 29. Vgl. auch die Bezeichnung als „Zentralfigur der deutschen Frühaufklärung“ bei *Döring*, *Christian Thomasius und die Universität Leipzig am Ende des 17. Jahrhunderts*, in: *Lück* (Hg.), *Christian Thomasius (1655-1728). Gelehrter Bürger in Leipzig und Halle*, Stuttgart 2008, S. 73. Außerdem hatte Preußen mit Thomasius schon anfangs des 18. Jahrhunderts „den ersten bedeutenden Vertreter einer aufgeklärten Jurisprudenz aufzuweisen“, siehe *Kroeschell*, *Deutsche Rechtsgeschichte*. Band 3: *Seit 1650*, 5., durchges. Aufl., Köln/Weimar/Wien 2008, S. 65. Zudem gilt er als „Vater der deutschen Aufklärung“ bei *Hähnchen*, *Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*, 5. Aufl., Heidelberg 2016, S. 236. Siehe auch die Bezeichnung als „Begründer der deutschen Frühaufklärung“ bei *Kurbacher*, *Zur Kritik der gedankenlosen Billigkeit (aequitas cerebrina)*, in: *Armgardt/Busche* (Hg.), *Recht und Billigkeit*, Tübingen 2021, S. 463.
- 10 *Luig*, *Christian Thomasius*, in: *Stolleis* (Hg.), *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert*, 2., erw. Aufl., Frankfurt a. M. 1987, S. 230.
- 11 *Schneiders*, *Die wahre Aufklärung. Zum Selbstverständnis der deutschen Aufklärung*, Freiburg 1974, S. 14. Darauf beziehend auch *Grunert*, *Normbegründung und politische Legitimität. Zur Rechts- und Staatsphilosophie der deutschen Frühaufklärung*, Tübingen 2000, S. 169 f.

ten Klugheitslehre eine neue Grundlegung der politisch-sozialen Theorie erstrebte“.¹²

Da der Aufklärung ein derart prägender Einfluss auf sämtliche Bereiche der europäischen und auch deutschen Geschichte zugeschrieben wird, ist dies eine kultur-, aber vor allem auch rechtsgeschichtlich bedeutende Epoche. Es stellt sich daher die Frage, welche Rolle die *aequitas* in dieser Zeit eingenommen hat. Welche Ideen verbargen sich hinter ihr und trug auch sie emanzipatorische Elemente in sich, die vorgegebene Traditionen oder Autoritäten hinterfragten? Zählt dazu auch, dass sie tatsächlich zur Korrektur als unbillig erachteter Ergebnisse herangezogen werden konnte? Dies sind Fragen, denen es in der vorliegenden Arbeit nachzugehen gilt. Thomasius hat sich in seinen Werken ausführlich zur *aequitas* und ihrer Variante, der *aequitas cerebrina*, befasst, weshalb im Folgenden untersucht werden soll, zu welchen Erkenntnissen Thomasius gekommen ist.

B. Methodik

Nun stellt sich die Frage, wie Thomasius' Verständnis von der *aequitas* greifbar werden kann. Dies ist in erster Linie durch eine Analyse einschlägiger Quellen, in denen Thomasius zu Wort kommt, möglich. Die Untersuchung muss somit im Wege einer Quellenexegese erfolgen, wobei die einschlägigen Quellen identifiziert, erfasst und interpretiert werden müssen.¹³ Als Quellen eignen sich sämtliche Werke Thomasius'. An dieser Stelle soll jedoch noch nicht die einschlägige Quelle identifiziert werden. Dies erfolgt erst im folgenden Teil, weil dort auch die Geeignetheit des Quellenmaterials thematisiert wird, um im zweiten Teil dann anhand der Quellen die Untersuchung vorzunehmen.

12 *Dreitzel*, Justis Beitrag zur Politisierung der deutschen Aufklärung, in: *Bödeker/Herrmann* (Hg.), Aufklärung als Politisierung - Politisierung der Aufklärung, Hamburg 1987, S. 165.

13 Vgl. dazu die kurzen Anweisungen zum Umgang mit Quellen des römischen Rechts, wobei ebenfalls eine Quellenidentifikation, -erfassung und -interpretation erforderlich ist bei *Becker*, Kurzanleitung zur Quellenexegese im Römischen Recht. Mit einem Beispiel zum System der Schuldverhältnisse, 9. Aufl., Berlin 2019, S. 2-3.

C. Einordnung in den Forschungsstand

Sowohl zu Thomasius als auch zur *aequitas* existiert eine umfangreiche Menge an Literatur¹⁴. Anders sieht es bei der Kombination beider Themenbereiche aus. Zwar hat Thomasius' Stellung zur *aequitas* gelegentlich Erwähnung gefunden, eine umfangreiche Untersuchung seiner Ansichten ist hingegen bisher ausgeblieben. So beschränken sich die bisherigen Erkenntnisse darauf, dass Thomasius sich auf die *aequitas* berufen hat. Zu nennen ist hier zunächst *Eugen Wohlhaupter*, der in seinem umfangreichen Werk von 1931 zur *aequitas canonica* auch die protestantischen Gegner dieser *aequitas* betrachtete und in diesem Zusammenhang auch Thomasius ansprach. Allerdings beließ er es bei einer Benennung der Klassifikationen der *aequitas* durch Thomasius und stellte lediglich fest, dass Thomasius im Wege der subtilen *aequitas cerebrina* das kanonische Recht kritisiert hat. Auf welche Grundlagen Thomasius die *aequitas* und *aequitas cerebrina* stützt, untersuchte *Wohlhaupter* hingegen nicht.¹⁵ Auch in der Dissertation von *Takashi Izumo* zur Gesetzgebungslehre bei Thomasius aus dem Jahre 2015 fand die *aequitas* Erwähnung. Hier beließ es *Izumo* bei der Feststellung, dass Thomasius die *aequitas* als Interpretationshilfe herangezogen hat. Eine Begriffsbestimmung blieb aus. Stattdessen behauptete *Izumo*, dass Thomasius gerade nicht erklärt habe, was die naturrechtliche *aequitas* sei.¹⁶ Die *aequitas* fand auch Erwähnung in dem 2020 in dritter Auflage erschienenen Werk *Recht und Wissenschaft* von *Jan Schröder*. Dort ging er auch auf die geschichtliche Entwicklung der *aequitas* als Rechtsquelle und Interpretationsmittel ein und stellte in dem Zusammenhang ohne weitere Erläuterungen fest, dass *Thomasius* der *aequitas* neben dem Naturrecht keine selbstständige Rolle beigemessen habe.¹⁷ Auch in seinem bereits 1997 erschienenen Aufsatz hat *Schröder* die Stellung der *aequitas* als Rechts-

14 Siehe zur Thomasius-Literatur die Bibliographie bei *Heiner Lück*, der mit Blick auf sämtliche von Thomasius aufgegriffene Themen eine „Bestandsaufnahme“ der Forschungsliteratur zu Thomasius vornimmt: *Lück*, *Neuere Forschungen zu Christian Thomasius*, in: *Lück* (Hg.), *Christian Thomasius (1655-1728). Gelehrter Bürger in Leipzig und Halle*, Stuttgart 2008 Außerdem *Grunert*, *Bibliographie der Thomasius-Literatur 2002-2005*, in: *Lück* (Hg.), *Christian Thomasius (1655-1728). Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung*, Hildesheim 2006.

15 *Wohlhaupter*, *Aequitas canonica* (Fn. 3), S. 110-112.

16 *Izumo*, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Frankfurt a. M. 2015, S. 84.

17 *Schröder*, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500 - 1990)*, Bd. 1: 1500-1933, 3., überarb. und wesentlich erw. Aufl., München 2020, S. 115.

quelle und Interpretationsmittel im Laufe der Jahrhunderte betrachtet, wobei eine auf Thomasius gemünzte Untersuchung ausblieb.¹⁸ Keines der benannten Werke nimmt die *aequitas* und ihre Wahrnehmung durch Thomasius in den Blick und stellt seine Darstellung in den Kontext seiner anderen Werke, weshalb bereits an dieser Stelle die Lücke deutlich wird, die es noch zu füllen gilt. Dasselbe gilt auch für Thomasius' Ansichten zur *aequitas cerebrina*, die er gemeinsam mit der *aequitas* untersucht hat. In diesem Zusammenhang ist zunächst die Dissertation von *Wolfgang Ebner* aus dem Jahre 1971 zu erwähnen, der sich dort auch der *aequitas cerebrina* widmete. Allerdings wurden dort nicht ihre Wesenszüge herausgearbeitet, sondern allein, warum Thomasius die *laesio enormis* als *aequitas cerebrina* bezeichnet hat, ohne deutlich zu machen, welche Vorstellungen dieser Bezeichnung zugrunde liegen.¹⁹ Das gleiche gilt für den Aufsatz von *Thomas Abnert*, der sich weniger mit der *aequitas cerebrina*, als mit der mittels dieser kritisierten *laesio enormis* befasste.²⁰ An dieser Stelle ist auch der Aufsatz von *Clausdieter Schott* aus dem Jahr 1977 zu erwähnen, der sich mit der geschichtlichen Entwicklung des Begriffes befasste und sich in einem Abschnitt Thomasius' Perspektive betrachtete. Dabei gab er jedoch überwiegend deskriptiv Thomasius' Kernthesen wieder, ohne dem Leser das Wesen der *aequitas cerebrina* näherzubringen.²¹ Zuletzt haben *Hubertus Busche* und *Matthias Armgardt* ein Sammelband mit dem Titel *Recht und Billigkeit* herausgegeben, in dem sich *Frauke Kurbacher* mit der *Kritik der gedankenlosen Billigkeit* befasst hat. Auch sie widmete sich in einem Abschnitt Thomasius' Aussagen zur *aequitas cerebrina* und geht dabei insbesondere auf das Wesen der *aequitas cerebrina* ein, ohne jedoch alle seine Thesen in den Blick zu nehmen.²²

Thomasius' Ansichten zur *aequitas* und *aequitas cerebrina* haben in den letzten Jahrzehnten immer wieder Eingang in die Forschungsliteratur gefunden. Dabei spielten seine Thesen allerdings nur eine nebensächliche Rolle und dienten der Illustration seiner Gesetzgebungslehre oder einer allgemeineren Untersuchung der *aequitas*. Der Fokus lag jedoch bisher

18 *Schröder*, *Aequitas* und Rechtsquellenlehre in der frühen Neuzeit, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 26, Meiland 1997.

19 *Ebner*, *Kritik des römischen Rechts bei Christian Thomasius*, Frankfurt a. M. 1971, S. 30-39.

20 *Abnert*, *Roman Law in Early Enlightenment Germany*, *Ius Commune* (1997).

21 *Schott*, *Aequitas Cerebrina*, in: *Rechtshistorische Studien*, Köln/Wien 1977, S. 154-159.

22 *Kurbacher*, *Zur Kritik der gedankenlosen Billigkeit (aequitas cerebrina)* (Fn. 9), S. 463-473.

Einleitung

nie auf der *aequitas* durch Thomasius' Augen und welche Motive dahinterstanden. Vor dem Hintergrund des aktuellen Forschungsstandes kann also keine eindeutige Aussage darüber getroffen, was Thomasius mit der *aequitas* oder *aequitas cerebrina* meint und wo sie sich in seiner Rechtslehre verorten lassen. Es besteht eine Lücke, die es durch die vorliegende Arbeit zu füllen gilt.

D. Gang der Darstellung

Die Arbeit unterteilt sich in zwei Teile. Der erste Teil dient der spezifischeren Einführung in die Untersuchung. Hierbei sollen die geeigneten Quellen vorgestellt und dargelegt werden, warum diese tatsächlich Rückschlüsse auf Thomasius' Ansichten zur *aequitas* und *aequitas cerebrina* zulassen.

Der zweite Teil macht den Hauptteil der Arbeit aus und nimmt eben diese Ansichten in den Blick. Dieser Teil setzt sich aus zwei Abschnitten zusammen. Abschnitt A. befasst sich in vier Unterabschnitten mit Thomasius' Charakterisierung der *aequitas*. Zu Beginn steht der Unterabschnitt I., in dem untersucht werden soll, wie Thomasius das Naturrecht und das positive Recht voneinander unterscheidet. Dies ist nötig, weil Thomasius selbst die *aequitas* im Lichte des Naturrechts und des positiven Rechts betrachtet und daher zunächst eine Begriffsbestimmung erfolgen kann. Auf Grundlage dieser Klarstellung kann dann unter II. untersucht werden, welche Rolle die *aequitas* im Naturrecht einnimmt. In III. werden die anthropologischen Grundlagen der *aequitas* untersucht, da Thomasius ihren Ursprung in der menschlichen Seele sieht. Die Darstellung der *aequitas* findet in IV. ihren Abschluss, wo zu untersuchen ist, welche Bedeutung die *aequitas* im positiven Recht hat.

Im Mittelpunkt des anderen Abschnittes B. steht als quasi-Gegenstück der *aequitas* die *aequitas cerebrina*. In acht Unterabschnitten werden Thomasius' Thesen zu diesem Phänomen betrachtet. In I. werden die Grundlagen der *aequitas cerebrina* durch eine Gegenüberstellung mit der *aequitas* und *iniquitas* betrachtet. Dem folgt in II. wiederum eine Untersuchung der anthropologischen Grundlagen, um kenntlich zu machen unter welchen (allgemein menschlichen) Bedingungen die *aequitas cerebrina* in der Seele entsteht. Dem folgt in III. ebenfalls unter Bezugnahme auf anthropologische eine Betrachtung der Folgen der *aequitas cerebrina*. In Anschluss an die allgemeinen, anthropologischen Grundlagen soll in IV. dann untersucht werden, wo Thomasius die spezifisch juristischen Gründe für die *aequitas cerebrina* sieht. Dem schließt sich in V. eine Darstellung der verschie-

denen Erscheinungsformen der *aequitas cerebrina* im Recht an, wobei zum einen auf den Unterschied zwischen gesetzgebender, beratender und urteilender *aequitas cerebrina* entsprechend der agierenden Juristen einzugehen ist, zum anderen auf die theoretische und praktische *aequitas cerebrina* des Richters und zuletzt unter Berücksichtigung ihrer Vermittlung gegenüber anderen Personen die offenkundige und subtile *aequitas cerebrina* zu betrachten ist. In VI. soll auf die Verbreitung der *aequitas cerebrina* durch die katholisch gegründeten, aber auch protestantischen Universitäten eingegangen werden. In VII. steht Thomasius' Suche nach Behandlungsmöglichkeiten im Mittelpunkt, wobei sowohl die personellen als auch die sachlichen Mittel in den Blick genommen werden, um letztlich dieselben Grundsätze zu reproduzieren, die Thomasius bereits im Rahmen der praktischen *aequitas cerebrina* dargelegt hat. In VIII. soll schließlich Thomasius' Betrachtung der *aequitas cerebrina* abgeschlossen werden. Dort soll noch einmal deutlich werden, dass Thomasius die *aequitas cerebrina* nicht bei der Kollision unterschiedlicher Meinungen heranzieht, sondern er stattdessen gerade auch das Nebeneinander unterschiedlicher und widersprüchlicher Rechtsansichten gestattet, weil die *aequitas cerebrina* nicht als Gütekriterium entsprechend bestimmter Meinungen fungiert, sondern eben gerade als naturrechtlicher Maßstab, der auf das Recht und seine Anwendung angelegt wird.

1. Teil: Einführung in die Untersuchung

Da sich die vorliegende Untersuchung mit der Frage befasst, was Thomasius unter der *aequitas* bzw. *aequitas cerebrina* verstanden hat, muss nun festgestellt werden, auf welcher Grundlage die Beantwortung dieser Frage geschehen kann. Zu Beginn der Untersuchung bedarf es also einer Auswahl der geeigneten Quellen, in denen sich Aussagen zur *aequitas* finden lassen (A). Hierbei ist allerdings wichtig, dass diese nicht unreflektiert herangezogen werden, denn bisweilen bestehen Zweifel über die Urheberschaft von frühneuzeitlichen Dissertationen (B). Nach Feststellung der geeigneten Quellen soll zuletzt der Aufbau der vorliegenden Arbeit erklärt werden (C), um sodann im nächsten Teil die hauptsächliche Untersuchung anzustellen.

A. Geeignete Quellen

Zunächst gilt es festzustellen, welche Quellen sich zur Erforschung der *aequitas* bei Thomasius anbieten. Die *aequitas* findet zwar in zahlreichen seiner Werke Erwähnung, wird aber zumeist nicht auf ihre Bedeutung untersucht.²³ Des Weiteren wurden unter seinem Vorsitz jedoch drei Dissertationen in den Jahren 1706, 1717 und 1725 veröffentlicht, die sich aus-

23 So etwa in *Thomasius*, *Institutiones iurisprudentiae divinae*. In positiones succincte contractae, in quibus hypotheses Illustris Pufendorffii circa doctrinam iuris naturalis apodictice demonstrantur et corroborantur, praecepta vero iuris divini positivi universali primum a iure naturali distincte secernuntur, et perspicue explicantur, Frankfurt/Leipzig 1688, lib. 2, cap. 1, § 182, S. 41 sowie lib. 2, cap. 5, § 6, S. 216 und lib. 2, cap. 11, § 112, S. 318; *Thomasius*, *Fundamenta iuris naturae et gentium*. Ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, iusti ac decori. Cum adiuncta emendatione ad ista fundamenta Institutionum iurisprudentiae divinae, Halle/Leipzig 1705, lib. 2, cap. 2, § 21, S. 213; *Thomasius*, *Primae lineae de iureconsultorum prudentia consultatoria*, Halle/Leipzig 1705, cap. 8, § 74, S. 136 und cap. 9, § 40, S. 150; *Thomasius*, *Introductio in philosophiam moralem*. Sive de arte rationaliter et virtuose amandi, tanquam unica via ad vitam beatam, elegantem ac tranquillam perveniendi, Halle 1706, cap. 7, § 32, S. 169.

weislich ihres Titels mit der *aequitas* bzw. *aequitas cerebrina* befassen.²⁴ Daher bieten sich diese Dissertationen zunächst als Quelle zur Untersuchung der *aequitas* an. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass die jüngste Dissertation sich nicht mit der *aequitas* selbst befasst, sondern lediglich untersucht, ob das gegenständliche Gesetz aus dem *Codex Iustinianus* billig ist. Welche Vorstellungen der *aequitas* zu Grunde liegen, wird jedoch nicht deutlich, weshalb Sie in der vorliegenden Arbeit auch nicht als Quelle berücksichtigt werden soll. Auch die Dissertation von 1717 befasst sich inhaltlich kaum mit Aussagen zur *aequitas*, sondern stellt im Wesentlichen eine Analyse der dort gegenständlichen Codex-Stelle dar. Lediglich in den Paragraphen 3 und 4 befinden sich Aussagen zur *aequitas* und *aequitas cerebrina*, die Aufschluss über ihre Bedeutung geben, weshalb zumindest diese Paragraphen für die folgende Untersuchung von Bedeutung sind. In erster Linie soll jedoch die Dissertation *De aequitate cerebrina legis II Codicis de rescindenda venditione et eius usu practico* aus dem Jahre 1706 als Quelle herangezogen werden. Ihr erklärtes Ziel war es ausweislich ihres Titels, die *aequitas cerebrina* und den praktischen Gebrauch eines Gesetzes über die Aufhebung eines Verkaufes ebenfalls aus dem *Codex Iustinianus* (C.4.44.2) darzustellen. Da sie sich im ersten Kapitel gänzlich der *aequitas* bzw. *aequitas cerebrina* widmet, eignet sie sich vorrangig als Quelle, um die Bedeutung beider Begriffe zu untersuchen. Darüber hinaus findet sich auch in der Dissertation von 1717 ein expliziter Hinweis darauf, dass auch die Erkenntnisse aus der vorangegangenen Dissertation zu berücksichtigen sind, um die *aequitas* vollständig zu erfassen.²⁵ Der vorliegenden Arbeit soll also die Dissertation von 1706, ergänzend auch die von 1717 als Grundlage dienen.

24 Vgl. *Thomasius*, *De aequitate cerebrina Legis II C. de rescindenda venditione eiusque usu practico*, Halle 1706; *Thomasius*, *De aequitate cerebrina et exiguo usu practico Legis Anastasianaе. Occasione iuris provincialis Prutenici*, Lib. IV. Tit. VI Art. V § 3, Halle 1717; *Thomasius*, *De singulari aequitate legis unicae Cod. Quando Imper. inter pupillos &c. gnoscat &c. eiusque usu practico*, Halle 1725

25 *Thomasius*, *De aequitate cerebrina* [1717] (Fn. 2), § 4, S. 7: „Plura de hac aequitate qui legere cupit, consulat citat. dissert. ubi exactissime singula huc pertinentia pertractata inveniet.“ – Wer mehr über die Billigkeit zu lesen wünscht, möge die zitierte Dissertation zurate ziehen, wo hierzu sehr sorgfältig auf einzelne untersuchte Gegenstände eingegangen wird.

1. Teil: Einführung in die Untersuchung

B. Urheberschaft von Thomasius' Dissertationen

Um vor allem aus der Dissertation von 1706 auch Rückschlüsse auf Thomasius' Ansichten zur *aequitas* ziehen können, muss er auch als ihr Urheber angesehen werden. Die Annahme einer solchen Urheberschaft Thomasius' ist aber nicht ohne weiteres möglich, denn das Titelblatt weist neben Thomasius als Präses auch *Johann Friedrich Stützing* als Respondenten der Dissertation aus. Auf welchen dieser beiden Beteiligten ist nun der Inhalt des Werkes zurückzuführen? Hierbei steht weniger die Verfasserfrage im Raum, als die der Urheberschaft, also wessen Gedanken das Werk tatsächlich repräsentiert. Bereits im 18. und 19. Jahrhundert wurde erkannt, dass zwischen Verfasserschaft und geistiger Urheberschaft unterschieden müsse, womit allerdings auch die pauschale Annahme einherging, dass Thomasius als geistiger Urheber der unter seinem Vorsitz erschienenen Dissertationen anzusehen sei.²⁶ Insbesondere in den letzten Jahrzehnten ist die Autorschaft von Dissertationen jedoch differenzierter betrachtet worden.²⁷ Für die 150 unter Thomasius' Vorsitz veröffentlichten Disserta-

26 So *Schrader*, Geschichte der Friedrichs-Universität zu Halle. Erster Teil, Berlin 1894, S. 17; *Hugo*, Beiträge zur civilistischen Bücherkenntnis der letzten vierzig Jahre. Erster Band 1788-1807, Berlin 1828, S. 137 f.; *Michaelis*, Raisonement über die protestantischen Universitäten. Vierter Teil, Frankfurt/Leipzig 1776, S. 14. Anders erkannte *Ewald Horn*, dass keine einheitliche Regel aufgestellt werden könne und mal der Praeses, mal der Respondent die Disputation geschrieben habe. So untersuchte er schon intensiver die Autorschaft von Dissertationen in *Horn*, Die Disputationen und Promotionen an den deutschen Universitäten. Vornehmlich seit dem 16. Jahrhundert, Leipzig 1893, S. 51–81.

27 Als wegweisend kann hier zunächst *Getrud Schubart-Fikentscher* genannt werden, die sich in ihrem noch heute viel beachteten Werk mit der Autorschaft von frühneuzeitlichen Dissertationen auseinandersetzte *Schubart-Fikentscher*, Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung, Berlin 1970. Hierauf aufbauend, aber unter Erwägungen einer Gemeinschaftsarbeit siehe *Buchholz*, Recht, Religion und Ehe. Orientierungswandel und gelehrte Kontroversen im Übergang vom 17. zum 18. Jahrhundert, Frankfurt a. M. 1988, S. 5 ff. Zur Problematik der Autorschaft in der frühen Neuzeit siehe auch *Rasche*, Die deutschen Universitäten und die ständische Gesellschaft, in: *Müller/Liess/vom Bruch* (Hg.), Bilder, Daten, Promotionen, Stuttgart 2007, v.a. S. 189-201. Zur Unsicherheit über die Autorschaft siehe *Marti*, Disputation und Dissertation in der Frühen Neuzeit und im 19. Jahrhundert, in: *Prinz/Schiewe* (Hg.), Vernakuläre Wissenschaftskommunikation, Berlin/Boston 2018, S. 273. Zu theologischen Dissertationen an der Universität Halle, wo auch Thomasius lehrte, siehe *Appold*, Orthodoxie als Konsensbildung. Das theologische Disputationswesen an der Universität Wittenberg zwischen 1570 und 1710, Tübingen 2004, S. 13. Mit Blick auf Thomasius siehe *Dreitzel*, Christliche Aufklärung durch fürstlichen Absolutis-

tionen²⁸ bedeutet das, dass sich die geistige Urheberschaft nicht einheitlich Thomasius oder einem der Respondenten zuschreiben lässt. Daher herrscht auch bei der Dissertation von Thomasius/*Stützing* Unsicherheit und Uneinigkeit über die Autorschaft.²⁹ Diese zu ermitteln kann und soll auch nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, da es den Umfang der Arbeit sprengen würde. Für die vorliegende Arbeit ist es darüber hinaus nicht wichtig, wer Verfasser oder Urheber der Quelle ist. Um sich ein Bild über Thomasius' Verständnis der *aequitas* machen zu können, reicht es nämlich aus, dass er dem Inhalt der Dissertation von 1706 zumindest zustimmt. Hier sei darauf verwiesen, dass der Präses sich die „Dissertationen seiner Kandidaten gewissermaßen“ zueignete, die „ihm als Vertreter und Verantwortlichen“ zugeordnet werden konnten und „unter seinem Namen in das Schrifttum“ eingingen.³⁰ Eine solche „Zueignung“ ist auch bei Thomasius erkennbar.

Einen Hinweis hierfür liefert zunächst das Thema der Dissertation, das sich nahtlos in Thomasius' wissenschaftliches Werk einordnen lässt. Unter seinem Namen erschienen zahlreiche Abhandlungen über einzelne römische Rechtsnormen und deren praktischen Gebrauch, den Thomasius für gering erachtete.³¹ Dieser Thematik lassen sich auch alle drei Dissertationen über die *aequitas* einordnen, so dass sich ein Schema der kritischen Betrachtung des römischen Rechts erkennen lässt, was zumindest auf einen starken Einfluss auf den Inhalt der Dissertationen durch Thomasius schließen lässt. Diese Einordnung in den Gesamtkontext anderer Dissertationen, weist darauf hin, dass die Dissertation dem Arbeitskreis des Präses entstammt und seinen fachlichen Interessen entspricht.³² Auch wenn durch die Themenwahl häufig eher die Auffassung des Präses ausgedrückt worden sein wird, wird das Indiz der Themenwahl im Zusammenhang

mus, in: *Vollbardt* (Hg.), *Christian Thomasius (1655-1728)*, Tübingen 1997, S. 20. Ebenso mit weiteren Untersuchungen *Izumo*, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius* (Fn. 16), S. 33 ff.

28 Zur Bibliographie *Lieberwirth*, *Christian Thomasius. Sein wissenschaftliches Lebenswerk*, Weimar 1955, S. 147-152.

29 Einer Autorschaft Thomasius' zustimmend *Schott*, *Aequitas Cerebrina* (Fn. 21), S. 154. Eine Autorschaft ablehnend *Izumo*, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius* (Fn. 16), S. 38 f. Ebenfalls einer Autorschaft kritisch gegenüberstehend *Kurbacher*, *Zur Kritik der gedankenlosen Billigkeit (aequitas cerebrina)* (Fn. 9), S. 464.

30 *Schubart-Fikentscher*, *Autorschaft von Dissertationen* (Fn. 27), S. 96 f.

31 Einen Überblick liefert *Luig*, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im Zeitalter der Aufklärung in der Sicht von Christian Thomasius* (Fn. 9), S. 181 ff.

32 *Schubart-Fikentscher*, *Autorschaft von Dissertationen* (Fn. 27), S. 64.

mit anderen Hinweisen die Autorschaft erhellen können, denn letztlich wird dadurch nur deutlich, wer das Thema veranlasst hat.³³

Weiterhin können auch Hinweise auf Schriften des Präses innerhalb einer Dissertation auf seine Autorschaft hinweisen.³⁴ Zwar braucht das noch kein Beweis für seine Autorschaft zu sein, weil der Kandidat sich durch angeführte Präses-Werke abgesichert und empfohlen haben wird, aber wenn diese Werke in der 1. Person angeführt werden, liegt darin ein Hinweis auf die Präses-Autorschaft.³⁵ In der Dissertation von 1706 lassen sich zwar Verweise auf andere Werke Thomasius' finden, allerdings verweist der Verfasser nicht auf „seine“ Werke, sondern die des Präses.³⁶ Auf der anderen Seite lässt sich aber ein solcher Hinweis in den *Notae ad Pandectas* finden, wo Thomasius darauf verweist, was er bereits in der Dissertation von 1706 gesagt hat.³⁷ Auf diese nimmt auch der Verfasser in der wenige Jahre später erschienenen Dissertation von 1717 Bezug, indem er auf den Präses verweist.³⁸ Wird der Präses als Autor einer Dissertation bezeichnet, obwohl diese (wie im vorliegenden Fall) noch nicht so lange zurückliegt, ist auch hier erkennbar, dass der Präses als Autor galt, da der Kandidat (*Stützing*) eigentlich noch bekannt sein sollte.³⁹

Ein weiteres Indiz für Thomasius' Autorschaft ist die kritische Bezugnahme auf andere Autoren und das Selbstbewusstsein mit Blick auf die

33 *Schubart-Fikentscher*, Autorschaft von Dissertationen (Fn. 27), S. 64.

34 *Schubart-Fikentscher*, Autorschaft von Dissertationen (Fn. 27), S. 65.

35 *Schubart-Fikentscher*, Autorschaft von Dissertationen (Fn. 27), S. 65. Anders *Dreitzel*, Christliche Aufklärung durch fürstlichen Absolutismus (Fn. 27), S. 20, der es ohne nähere Erläuterungen als Indiz gegen die Autorschaft Thomasius' sieht, wenn er im Text zitiert wird.

36 Vgl. *Thomasius*, De aequitate cerebrina [1706] (Fn. 24), cap. 1, § 7, Fn. f), S. 7: „Vide **Dn. Praesid.** [eigene Hervorh.] Logic. [...]“ – Siehe des **Herren Präses'** Logik [...].

37 *Thomasius*, Notae ad singulos pandectarum titulos, varias iuris Romani antiquitates, imprimis usum eius hodiernum in foris Germaniae ostendentes. In usum auditorii Thomasiani, Halle 1713, lib. 18, tit. 5, S. 204: „In dissertatione peculiari de aequitate cerebrina l. 2. C. de rescindenda venditione **docui** [eigene Hervorh.] capite 2. doctores communi consensu defendere veram aequitatem & humanitatem dictae l. 2. [...]“ – In der eigentümlichen Dissertation über die *aequitas cerebrina* von C.4.44.2. **habe ich gelehrt**, dass die Gelehrten mit gemeinen Sinn die *aequitas* und Menschlichkeit des besagten 2. Gesetzes verteidigt haben [...].

38 *Thomasius*, De aequitate cerebrina... [1717] (Fn. 24), § 4, S. 7: „[...] uti a **Dn. Praeside** [eigene Hervorh.] in dissert. de Aequit. cerebr. Leg. 2. C. de Rescind. Vend. appellatur [...]“ – [...] Wie vom **Herrn Präses** in der Dissertation über die *aequitas cerebrina* von C.4.44.2 angesprochen wurde [...].

39 *Schubart-Fikentscher*, Autorschaft von Dissertationen (Fn. 27), S. 65 f.

eigene Leistung. So weist der Verfasser in der Dissertation von 1706 daraufhin, dass über die *aequitas* viel geredet werde, was den heutigen Ansprüchen aber nicht mehr genüge, und dass beispielsweise der Bologneser Jurist *Alberto Bolognetti* die *aequitas* untersucht habe, allerdings nicht mehr den heutigen Ansprüchen entsprechend.⁴⁰ Und auch in der Dissertation von 1717 meint der Verfasser mit seiner Arbeit „keine Arbeit zu vergeuden“ und „etwas Lohnendes zu tun“ die *aequitas* zu untersuchen.⁴¹ Zudem führt er an, dass nicht wenige von den wichtigsten Rechtsgelehrten sich darüber ausgelassen haben, dass die *lex Anastasiana* einem göttlichen Weisheitsspruch zuzuschreiben sei.⁴² Solche, gegenüber anderen kritische Äußerungen stellen darüber hinaus für *Schubart-Fikentscher* ein Indiz für

-
- 40 *Thomasius*, De aequitate cerebrina [1706] (Fn. 24), cap. 1, § 1, S. 1: „De aequitate multa differere solent Scriptores iuris civilis, sed non ubique ea cura, quae satisfaciat gustui hodierno. Extat Alberti Bologneti, Bononiensis, liber de lege, iure & aequitate primo romae publicatus [...], erudite quidem pro tenebris illorum temporum, sed confuse nimis pro luce hodierna.“ – Über die *aequitas* pflegen die Verfasser des *ius civilis* vieles zu reden, aber nicht überall mit der Sorgfalt, die den heutigen Geschmack befriedigt. Es ragt das zuerst in Rom veröffentlichte Buch über das Gesetz, Recht und *aequitas* des *Alberto Bolognetti* aus Bologna heraus [...], gewiss gebildet für die Finsternis jener Zeit, aber ungeordnet für das heutige Licht.
- 41 *Thomasius*, De aequitate cerebrina [1717] (Fn. 24), § 1, S. 3: „Quare operae pretium sine dubio faciam, si sensum Legis propius inspiciam [...] aequitatis rationem a tot tantisque ICtis summis ad coelum usque elatam laudibus, et tantum non pro divina venditatum, cum viridi, quae passim celebratur, huius iuris observantia, examinare instituum.“ – Ich werde zweifelsohne etwas Lohnendes tun, wenn ich den Sinn des Gesetzes näher begutachte und beginnen werde [...] die Lehre der *aequitas* selbst, die von so vielen und so großen hochrangigen Rechtsgelehrten in höchsten Tönen bis in den Himmel gelobt und beinahe als göttlich angepriesen wurde, mit einer grünenden Observanz dieses Gesetzes, wie sie in aller Munde ist, abzuwägen. [Anmerkung zur grünenden Observanz: Entsprechend der Lehre der *viridis observantia* sollten nur diejenigen Rechtsquellen beachtlich sein, die auch in der Praxis tatsächlich gebraucht waren. Durch den Begriff sollte eine Übereinstimmung der Rechtslage mit der Rechtswirklichkeit ausgedrückt werden, vgl. *Oestmann*, Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich, Frankfurt a. M. 2002, S. 117; *Oestmann*, Gemeines Recht und Rechtseinheit: Zum Umgang mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt in Mittelalter und Neuzeit, in: *Schumann* (Hg.), Hierarchie, Kooperation und Integration im europäischen Rechtsraum, Berlin 2015, S. 21].
- 42 *Thomasius*, De aequitate cerebrina [1717] (Fn. 24), § 2, S. 5: „& haud pauci ex gravissimis ICtis eandem veluti divino adscribendam Oraculo piis prosecuti sunt meditationibus [...].“ – Und nicht wenige von den bedeutendsten Rechtsgelehrten haben sich in ihren frommen Betrachtungen darüber ausgelassen, dass dieselbe [Constitutio] geradezu einem göttlichen Weisheitsspruch zuzuschreiben sei [...].

die Urheberschaft Thomasius dar, weil sich „nur ein sicher stehender, erkennbar temperamentvoller Präses“ solche Aussagen leisten könne.⁴³

Spielen rechtspolitische Ziele in die Dissertation hinein, ist auch dies ein Indiz dafür, dass dem Präses zumindest ein Hauptgewicht an der Arbeit zuzurechnen ist.⁴⁴ Hierunter fallen beispielsweise der Verweis darauf etwas „Neues“ zu vertreten oder Kritik an gesellschaftlichen Zuständen oder Vorschläge etwas auf rechtlicher Ebene zu verändern.⁴⁵ Daher lässt es auf Thomasius schließen, wenn er sagt, dass er untersuchen werde, ob die „von den Rechtgelehrten genug verwirrten Sachen enthüllt werden können“⁴⁶ und er im weiteren Verlauf die *aequitas cerebrina* auf ein unförmiges und unsicheres Recht zurückführt.⁴⁷ Weil der Verfasser sich hier beherzt gegen bestehende Ansichten und die bestehende Rechtslage ausspricht, kann dies tatsächlich für eine Autorschaft von Thomasius sprechen.

Zuletzt fällt in der älteren Dissertation auf, dass sämtliche Aspekte, die zur Erläuterung der *aequitas* im Naturrecht und wie diese anthropologisch begründet ist, herangezogen werden, bereits in anderen Werken von Thomasius gegenständlich sind.⁴⁸ Diese inhaltliche Verwobenheit, die wie eine Weiterentwicklung bisheriger Thesen von Thomasius wirkt, ist ebenfalls als Indiz für seine Autorschaft zu werten. Selbst wenn er selbst die Dissertation nicht verfasst hat, baut diese auf seinen Thesen auf und bringt somit zumindest mittelbar seine Gesinnung zum Ausdruck. Insbesondere weil die Dissertation von 1706 sich in den Kontext seines restlichen Werkes integrieren lässt, aber auch wegen der kritischen Stellung, die in der Dissertation bezogen wird, ist der vorliegenden Arbeit davon auszugehen, dass Thomasius als geistiger Urheber der Dissertationen von 1706 und 1717

43 Schubart-Fikentscher, Autorschaft von Dissertationen (Fn. 27), S. 71 f.

44 Schubart-Fikentscher, Autorschaft von Dissertationen (Fn. 27), S. 72.

45 Schubart-Fikentscher, Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung (Fn. 27), S. 72.

46 Thomasius, De aequitate cerebrina [1706] (Fn. 24), cap. 1, § 1, S. 2: „Tentabimus, an rem a Dd. satis intricatam paucis evolvere possimus.“ – Wir werden untersuchen, ob wir die von den Gelehrten genug verwirrte Angelegenheit enthüllen können.

47 Thomasius, De aequitate cerebrina [1706] (Fn. 24), cap. 1, § 8, S. 8: „Quis iam miretur frequentiam aequitatis cerebrinae in iure tam informi, & tam incerto?“ – Wer wundert sich schon über die Häufigkeit der *aequitas cerebrina* in einem so unförmigen und so unsicheren Recht?

48 So wird sich später noch zeigen, dass sich die Lehre der *aequitas* auf Thomasius' naturrechtlichen Regeln und der Abhängigkeit des Menschen von Willen und Verstand stützt, siehe unten S. 42 ff. und S. 81 ff.

anzusehen ist. Im weiteren Verlauf wird demzufolge unterstellt, dass die Aussagen in den Dissertationen von Thomasius selbst stammen.

C. Überblick und Einbeziehung der Quellen

Die Dissertation von 1706, die als Hauptquelle dienen soll, setzt sich aus drei Kapiteln zusammen, die sich ihren Überschriften zufolge mit der *aequitas cerebrina* im Allgemeinen, der *aequitas cerebrina* des Gesetzes C.4.44.2 und mit dem Nutzen dieses Gesetzes befassen. Für die vorliegende Arbeit ist einzig das erste Kapitel von Relevanz, weil es nicht Ziel ist, Thomasius' Stellungnahme zu dem spezifischen Gesetz zu erforschen⁴⁹, sondern vielmehr sein Verständnis für die *aequitas* und *aequitas cerebrina* zu ergründen. Hierfür eignet sich insbesondere das erste Kapitel, weil Thomasius dort in 25 Paragraphen die *aequitas* und *aequitas cerebrina* in Hinblick auf ihre Bedeutung, Einordnung und Auswirkungen positiven Recht, also der Rechtswirklichkeit darstellt. Da Thomasius in den beiden anderen Kapiteln dagegen nicht die *aequitas* an sich untersucht, sondern nur die *aequitas cerebrina* eines bestimmten Gesetzes, sollen allein Thomasius' allgemeine Ausführungen zur *aequitas* betrachtet werden. Auch in der Dissertation von 1717 befasst sich Thomasius mit der *aequitas cerebrina* einer Codex-Stelle (C.4.35.22) und setzt sich dort vornehmlich mit dem Gesetz selbst auseinander. Allein im dritten und vierten Paragraphen erklärt er knapp die *aequitas* und *aequitas cerebrina*.

Im nächsten Teil soll nun die Rolle von *aequitas* und *aequitas cerebrina* in der Rechtslehre des Thomasius untersucht werden. Ohne auf die weitere Prüfung vorgreifen zu wollen, wird sich zeigen, dass Thomasius die *aequitas* als eine mit dem Naturrecht gleichgesetzte Norm begreift, und dass

49 Für Untersuchungen über Thomasius' Position zu den Normen des römischen Rechts sei insbesondere auf Klaus Luig verwiesen, der sich mehrfach mit der Bewertung von C.4.44.2 durch Thomasius befasst hat vgl. Luig, Zur Bewertung von Christian Thomasius' Strafrechtslehren als Ausdruck liberaler politischer Theorie, *Studia Leibnitiana* Bd. 12, Heft 2 (1980); Luig, Bemerkungen zum Problem des gerechten Preises bei Christian Thomasius (1655-1728), in: Pollok (Hg.), Tradition und Entwicklung, Passau 1981; Luig, Der gerechte Preis in der Rechtslehre und Rechtspraxis von Christian Thomasius (1655-1728), in: *Diritto e potere nella storia europea*, Florenz 1982. Darüber hinaus existieren auch zwei Dissertationen, die sich mit Thomasius' Kritik am römischen Recht in der Dissertation von 1717 befassen, ohne dabei den Begriff der *aequitas* zu erläutern, vgl. Beaucamp, Die Lex Anastasiana von Thomasius zum BGB, Köln 1994; Rennpferdt, Lex Anastasiana. Schuldnerschutz im Wandel der Zeiten, Göttingen 1991.

1. Teil: Einführung in die Untersuchung

er die *aequitas cerebrina* nicht nur als Gegenstück der *aequitas* versteht, sondern auch als einen Indikator für einen naturrechtswidrigen Umgang mit dem Recht, den es aufzuheben gilt. Dabei wird auffallen, dass Thomasius in der *aequitas* und auch *aequitas cerebrina* wesentliche Elemente seiner früheren Hauptwerke zusammenfasst. So bringt er beide sowohl mit seinen Theorien von Verstand und Willen des Menschen sowie mit den daher erforderlichen Normen des Naturrechts in Verbindung. Die Dissertation von 1706 stellt also eine übersichtliche Zusammenfassung seiner wesentlichen Thesen und deren Zusammenhang mittels der *aequitas* dar. Daher soll die von Thomasius vorgegebene Struktur auch in der vorliegenden Arbeit (weitestgehend) beibehalten werden, um seine Erklärung der *aequitas* und *aequitas cerebrina* möglichst originalgetreu zu rekonstruieren. Dies dient darüber hinaus auch dem besseren Verständnis der *aequitas*, denn im nächsten Teil gilt es zu klären, was Thomasius mit den Begrifflichkeiten *aequitas* und *aequitas cerebrina* meint, um dann auf ihre Grundlagen und Herleitung zu sprechen zu kommen. In Anlehnung an Thomasius' Aufbau soll also im nächsten Teil zunächst die *aequitas* untersucht werden. Der darauffolgende Abschnitt fokussiert sich sodann auf die *aequitas cerebrina* und wird entsprechend Thomasius' Reihenfolge zunächst darlegen, was genau er unter dem Begriff versteht und wie sie entsteht, um sodann konkrete Beispiele zu erläutern, anhand derer Thomasius eine *aequitas cerebrina* im rechtlichen Umfeld verdeutlicht.

2. Teil: *Aequitas* und *aequitas cerebrina*

Im nun folgenden Teil sollen *aequitas* und *aequitas cerebrina* auf Grundlage der beiden Dissertationen von 1706 und 1717 untersucht werden. Dort widmet sich Thomasius zum einen der *aequitas* im Allgemeinen, zum anderen der *aequitas cerebrina*. Diese Differenzierung macht er in der jüngeren Dissertation deutlich, wo er erklärt, dass die *aequitas* entweder echt oder eingebildet (*cerebrina*) sei.⁵⁰ Hierdurch macht Thomasius deutlich, dass die *aequitas cerebrina* dennoch zur *aequitas* gehört. Eine so explizite Differenzierung nimmt Thomasius in der Dissertation von 1706 zwar nicht vor, aber auch dort befasst er sich mit *aequitas* und *aequitas cerebrina* gesondert. Daher wird sich auch die vorliegende Untersuchung an dieser Struktur orientieren und in einem ersten Abschnitt (A.) die ersten drei Paragraphen zur *aequitas* aus der Dissertation von 1706, in einem zweiten Abschnitt (B.) Thomasius' Feststellungen zu *aequitas cerebrina* in den Paragraphen 4 bis 25 beleuchten. Hierbei sollen auch Thomasius' Feststellungen zur *aequitas* in den §§ 3 und 4 seiner späteren Dissertation von 1717 berücksichtigt werden, die seine Feststellungen aus der früheren Dissertation ergänzen.

A. *Aequitas*

Thomasius beginnt seine Dissertation von 1706 mit einer Darstellung der *aequitas*. Im ersten Satz stellt er klar, dass die *aequitas* sowohl im Naturrecht als auch im positiven Recht zum Tragen kommt:

50 *Thomasius*, *De aequitate cerebrina* [1717] (Fn. 24), § 3, S. 6: „Aequitatem esse vel veram vel cerebrinam neminem fugit, qui mores hominum diligentius paulo meditatus est, seu, ut clarius loquar, qui Philosophiam moralem perspectam habet.“ – Dass die *aequitas* teils echt, teils eingebildet ist, entgeht niemandem, der in den Sitten der Menschen nur etwas gewissenhafter geübt ist, oder, damit ich es verständlicher sage, wer die Moralphilosophie genau durchschaut hat.

2. Teil: *Aequitas* und *aequitas cerebrina*

Aequitas in doctrina morali & scientia iuris quatenus de actionibus humanis praedicatur, vel dicitur de iure naturali vel positivo.⁵¹ *Aequitas* sagt man in der Morallehre und der Rechtswissenschaft, sofern von menschlichen Handlungen gesprochen wird, sowohl vom Naturrecht als auch vom positiven Recht.

Thomasius stellt fest, dass sich mit dem Begriff *aequitas* das Naturrecht und auch das positive Recht bezeichnen lassen. Dabei besteht die Gemeinsamkeit darin, dass sie sich sowohl im Naturrecht als auch im positiven Recht auf menschliche Handlungen bezieht. Wann diese menschlichen Handlungen als *aequitas* zu bezeichnen sind, legt er vor dem Hintergrund beider Rechtsarten gesondert fest. Daher soll zunächst ein kurzer Überblick über Thomasius' Unterscheidung von natürlichem und positivem Recht gegeben werden (I.). Im Anschluss soll dargestellt werden, wann Thomasius im Naturrecht eine *aequitas* annimmt (II.) und inwiefern die *aequitas* eigentlich ein Ausdruck Thomasius' Anthropologie, weil er durch die *aequitas* menschliche Handlungen beschreibt (III.). Zuletzt soll noch untersucht werden, unter welchen Umständen sich die *aequitas* im positiven Recht wiederfinden lässt, und welcher Zusammenhang zur naturrechtlichen *aequitas* besteht (IV.).

I. Naturrecht und positives Recht

Um die Bedeutung der *aequitas* im natürlichen und positiven Recht besser zu verstehen, wird es zweckmäßig sein, beide Rechtsarten darzustellen. Daher soll nun zunächst überblicksartig aufgezeigt werden, was er unter natürlichem und positivem Recht versteht.⁵²

Eine Unterscheidung von natürlichem und positivem Recht hat Thomasius bereits in seinen beiden Hauptwerken zum Naturrecht, den *Institu-*

51 Thomasius, *De aequitate cerebrina* [1706] (Fn. 24), cap. 1, § 2, S. 2.

52 Für eine ausführliche Untersuchung zum Naturrecht und positiven Recht bei Thomasius siehe Grunert, Normbegründung und politische Legitimität (Fn. 11), S. 225-230; Luig, Christian Thomasius (Fn. 10), S. 230-237; Steinberg, Praxis und Theorie: Positives Recht in Naturrecht von Christian Thomasius, in: Lück (Hg.), Christian Thomasius (1655-1728). Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung, Hildesheim 2006; Hammerstein, Jus und Historie. Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und 18. Jahrhundert, Göttingen 1972, S. 72 ff.

*tiones iurisprudentiae divinae*⁵³, deutlicher noch in den *Fundamenta iuris naturae et gentium*⁵⁴ vorgenommen. Daher eignen sich beide Werke, um Thomasius' Verständnis von natürlichem und positivem Recht zu verdeutlichen.

Bevor er auf diesen Unterschied eingeht, stellt er in den *Fundamenta* zunächst klar, was sich hinter dem Begriff Recht verbirgt, nämlich entweder eine Norm, nach der Handlungen zu richten sind, oder auch eine Fähigkeit, nach dieser Norm zu handeln, was er unter Verweis auf *Hugo Grotius* auch als Gesetz, respektive subjektives Recht einer Person definiert.⁵⁵ Der Begriff des Rechts umfasst also zweierlei: Zum einen die Verpflichtung, die ein Recht hervorruft, zum anderen auch die Inanspruchnahme von Freiheiten, entsprechend einem Recht zu handeln.⁵⁶ Das subjektive Recht entfaltet gerade keine Verpflichtung, sondern gestattet dem Adressaten etwas, weshalb sich ein Adressat nur diesem Recht entziehen kann, nicht jedoch dem verpflichtenden Gesetz.⁵⁷ Verpflichtung und subjektives Recht sind in

53 *Thomasius*, *Institutiones* (Fn. 23).

54 *Thomasius*, *Fundamenta* (Fn. 23).

55 *Thomasius*, *Fundamenta* (Fn. 23), lib. 1, cap. 5, § 1, S. 103: „Ius sumitur varie. Potissimum vel pro norma actionum, vel pro potentia agendi in relatione ad illam normam. Secundum stylum Grotii vel pro lege, vel pro attributo personae.“ – Das Recht wird auf verschiedene Weise verstanden. Vornehmlich als Norm von Handlungen oder als Fähigkeit in Bezug auf jene Norm zu handeln. Nach der Schreibart Grotius' entweder als Gesetz oder als Zuteilung [im Sinne eines subjektiven Rechts] einer Person. Ebenso *Thomasius*, *Institutiones* (Fn. 23), lib. 1, cap. 1, § 27, S. 9: „[...] Iuris vox sumitur multis modis. Potissimum vel pro lege, vel pro attributo personae.“ – Das Wort des Rechts wird auf verschiedene Weise verstanden. Vornehmlich als ein Gesetz oder subjektives Recht einer Person.

56 *Kühnel*, *Das politische Denken von Christian Thomasius*. Staat, Gesellschaft, Bürger, Berlin 2001, S. 102.

57 *Thomasius*, *Fundamenta* (Fn. 23), lib. 1, cap. 5, § 9, S. 105: „Uti enim obligatio iniicit vinculum voluntati eiusque libertati externaе, ita ius huius significatus oritur ex laxatione voluntatis eiusque libertatis externaе, i.e. sublacione omnis impedimenti, vel etiam auxiliacione & assistentia, quae fit per leges. Obligatio metum incutit, ius spem intendit vel conservat. Hinc obligatio dicitur qualitas moralis passiva, ius activa. Et hinc regula: quod quilibet iuri suo renunciare possit, non vero obligationi.“ – Wie nämlich die Verpflichtung dem Willen und dessen äußerer Freiheit Fesseln anlegt, so entspringt das Recht in dieser Bedeutung aus der Lockerung des Willens und dessen äußerer Freiheit, d.h. durch die Aufhebung jedes Hindernisses, oder auch durch Hilfe und Beistand, die durch die Gesetze gegeben werden. Die Verpflichtung flößt Furcht ein, das Recht bezweckt oder bewahrt die Hoffnung. Daher wird die Pflicht eine moralische passive Eigenschaft genannt, das Recht eine aktive. Und daher die Regel, dass sich jeder seines Rechts entledigen kann, nicht aber der Verpflichtung.

der Norm enthalten, wobei Thomasius die Verpflichtung als Hauptfolge, das zugleich daraus fließende Recht als Nebenfolge erkennt, sofern dieses mit der Verpflichtung korreliert.⁵⁸ Hier wird deutlich, dass Thomasius mit der Unterteilung in Gesetz und subjektives Recht zwei sich wechselseitig bedingende Eigenschaften des Rechts beschreibt, die aus ein und demselben Vorgang hervorgehen. Das Recht, das einer Person eine Verpflichtung auferlegt (Gesetz), bewirkt zugleich, dass der Begünstigte diese Verpflichtung auch einfordern kann (also subjektives Recht). Je nachdem aus welcher Perspektive das Recht betrachtet wird, ist es also entweder als Verpflichtung oder als Recht wahrzunehmen. Thomasius untercheidet also zwischen einem Recht im objektiven und subjektiven Sinne.⁵⁹ Dabei nimmt Thomasius zugleich eine Gewichtung zwischen beiden Arten des Rechts vor, da er dieses primär als eine vom Gesetzgeber vorgegebene Handlungsnorm anerkennt, wogegen das subjektive Recht einer Person, also ein aus dem Recht erwachsener Rechtsanspruch, nur eine sekundäre Folge darstellt.⁶⁰ Es geht mithin bei der einen Ausprägung des Rechts um die Norm, die ein Verhalten vorschreibt, bei der anderen Ausprägung um das Recht, das einem aus einer Norm zusteht. Beide Arten des Rechts,

58 *Thomasius*, *Fundamenta* (Fn. 23), lib. 1, cap. 5, § 10, S. 105: „Refertur vero & obligatio & ius obligationi respondens ad normam sed diverso modo; obligatio omnis fluit ex norma agendi tanquam effectus primario ab eo intentus, qui normam praescribit. Ius vero est effectus secundarius, qui indirecto intenditur, quatenus est correlatum obligationis & quatenus aliquando lege humana de novo introducitur.“ – Es werden sowohl Verpflichtung als auch subjektives Recht, das die Verpflichtung erwidert, zur Norm gezählt, aber auf unterschiedliche Weise; jede Verpflichtung entsteht aus der Norm zu handeln, wie eine Folge, die vornehmlich von demjenigen beabsichtigt wurde, der die Norm vorschreibt. Das Recht tatsächlich ist eine Nebenfolge, die indirekt bezweckt wird, sofern es ein Wechselbild der Verpflichtung ist und sofern es von neuem durch ein menschliches Gesetz eingeführt wird.

59 *Wiebking*, *Recht, Reich und Kirche in der Lehre des Christian Thomasius*, München 1973, S. 28.

60 *Kühnel*, *Das politische Denken von Christian Thomasius* (Fn. 56), S. 103.