

Rechtsgeschichtliche Vorträge

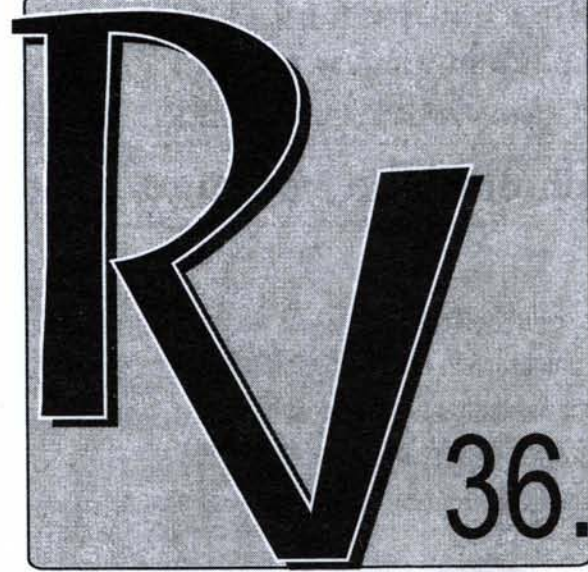
Hegel und der Kodifikationsstreit  
in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts

von

PAOLO BECCHI

Budapest

2005



Rechtsgeschichtliche Vorträge

Hegel und der Kodifikationsstreit  
in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts

von

PAOLO BECCHI

Budapest

2005

---

## Rechtsgeschichtliche Vorträge

---

Publikation  
der Rechtsgeschichtlichen Forschungsgruppe  
der Ungarischen Akademie für Wissenschaften  
an dem Lehrstuhl für Ungarische Rechtsgeschichte  
Eötvös Loránd Universität



Herausgegeben von:

Prof. Dr. Barna Mezey

© Paolo Becchi 2005

Textverarbeitung und Computersatz:

Ágnes Horváth

ISSN 1218-4942

## Hegel und der Kodifikationsstreit in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts

Paolo Becchi

Universität Genova

Wie Sie vielleicht schon aus den Vorlesungen über Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte wissen, entzündete sich in Deutschland am Anfang des 19. Jahrhunderts, genauer gesagt im Jahre 1814, eine große Polemik über die Notwendigkeit eines allgemeinen Gesetzbuches.

Die zwei größten Rechtsgelehrten der damaligen Zeit standen sich damals gegen. Anton Friedrich Justus Thibaut, der sehr stark für die Kodifikation plädierte, und Friedrich Karl von Savigny, der ganz dagegen war. Über diese Polemik wurde schon viel gesagt<sup>1</sup>, heute möchte ich gern den Standpunkt des damals wichtigsten Philosophen darstellen: nämlich Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

Ich werde mich zunächst auf die bekannte Stellungnahme in der Rechtsphilosophie von 1820 beziehen, und dann werde ich mich vor allem auf etwas, das noch wenig bekannt ist und zwar die ersten Vorlesungen von Hegel über Rechtsphilosophie.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Dazu gibt es eine umfassende und differenzierte Literatur. Für eine Auseinandersetzung mit dieser verweise ich auf meinen neuen Beitrag P. Becchi, *La polemica sulla codificazione in Germania. Appunti per una storia delle interpretazioni*, in >>Materiali per una storia della cultura giuridica<< XXI/1, 1991, S. 23-73.

<sup>2</sup> Die *Grundlinien* werden nach Folgender Ausgabe zitiert: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, hrsg. V. K.-H. Ilting, Bd. II, Stuttgart – Bad-Cannstatt 1974 (=Rph). Die nach Rph stehende römische Ziffer bezeichnet die entsprechende Vorlesung. A bezieht sich auf die jeweiligen Anmerkungen, dann folgen Seiten- und Zeilennummern. Zu Rph I und Rph II zitiere ich aus: G. W. F. Hegel, *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19)* hrsg. V. K.-H. Ilting, Stuttgart 1983; zu Rph III aus der Ausgabe von D. Henrich: G. F. W. (sic) Hegel, *Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift*, Frankfurt a. M. 1983.

Wenn man sich an der von Hegel 1820 veröffentlichten Text hält, ist es nicht schwierig, seinen Standpunkt zu erkennen. Die dort an der Historischen Schule geübte Kritik scheint in dieser Hinsicht keine Zweifel zu lassen.<sup>3</sup>

Obwohl Savigny nie ausdrücklich erwähnt wird, scheint sein Standpunkt im Zusammenhang mit der Polemik zu Hugo durch, insbesondere in der Anmerkung zu § 3. Aber die Stelle, an der der Gegensatz zu der Historischen Schule seinen Höhepunkt erreicht, findet sich in § 211, in dem Hegel das positive Recht mit dem Gesetz übereinstimmen läßt.<sup>4</sup> Gerade in der Anmerkung zu jenem Paragraphen gibt es die wohlbekanntesten Aussagen Hegels, aus denen seine Stellungnahme für die Kodifikation unmißverständlich hervorgeht:

Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stande in derselben, die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen [...] wäre einer der größten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angethan werden könnte (*Rph* § 211 A 657.10-20).

Es ist unlegbar, daß es unter den Gründen, die Hegel dazu bewegten, sich auf die Seite der Kodifikationsbefürworter zu stellen, eine gezielte politische Entscheidung gibt. Für Thibaut sollte das Gesetzbuch ein »Gemeingut Aller« sein und seine Gründe sollten »mit unbedingter Offenheit zur allgemeinen Kenntniß gebracht« werden.<sup>5</sup> Die Notwendigkeit der Transparenz des Rechts wurde als ununterdrückbare Forderung der neuen Zeiten behauptet. Die grundlegende politische Auseinandersetzung wurde zwischen solchen, die – wie Thibaut – ein Recht verlangten, das allen bekannt sein konnte, und solchen, die – wie Savigny – ein von einem Juristenstand gekanntes und verarbeitetes Recht beanspruchten. Und es besteht keinen Zweifel, daß Hegel sich auf die Seite der ersteren stellte. Während Savigny die entscheidende Rolle des Juristenstandes in der Rechtserzeugung vertrat, hob Hegel, indem er das Gesetz als die bevorzugte Rechtsquelle ansah, die Gefahr hervor, die in der Position der Historischen Schule lag: würde man sie annehmen, wäre »die Kenntniß des Rechts nach dieser und jener Seite und überhaupt ein zufälliges Eigenthum Weniger« (*Rph* § 211 A 655.24-25). Auch die dem publizierten Text zeitlich am nächsten stehenden Vorlesung (*Rph* III) scheint diesen Standpunkt weitgehend zu

<sup>3</sup> Vgl. Dazu G. Marini, *La polemica con la Scuola storica nella «Filosofia del diritto» hegeliana* (1977). Jetzt in: Ders., *Storicita del diritto e dignita dell'uomo*, Neapel 1987, S. 89-136.

<sup>4</sup> *Rph* § 211: »Was an sich Recht ist, ist in seinem objectiven Daseyn gesetzt – d. i. durch den Gedanken für das Bewußtseyn bestimmt und, als das was Recht ist und gilt, bekannt – das Gesetz; und das Recht ist durch diese Bestimmung positives Recht überhaupt«.

<sup>5</sup> A. F. J. Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814. Ich zitiere aus: *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, mit einer Einführung v. H. Hattenhauer, München 1973, S. 74.

bestätigen. In ihr behauptet unter anderem Hegel nach einer regelrechten Apologie des *Code Napoléon* (*Rph* III S. 172) folgendes.

Die Form, daß das Recht Gesetz ist, ist eine wesentliche Form. Wenn man also fragt, was ist jetzt Recht, nach welchem Recht kann ich behandelt werden, so ist die Antwort: das, was Gesetz ist. (*Rph* III S. 173.3-6).

In der ersten Berliner Vorlesung zur Rechtsphilosophie (*Rph* II) stellt sich Hegel schon mit der Vorrede als der wahre Gegner der Gedanken der Historischen Rechtsschule vor. Leider zeichnet Homeyer, Verfasser der uns überlieferten Vorlesungsnachschrift und treuer Schüler Savignys, im Bezug auf den entscheidenden § 104 nur folgendes auf: »[Ein] Gesetzbuch [ist] an und für sich schlechthin notwendig. Beruf der Zeit zur Gesetzgebung« (*Rph* II § 104 S. 263.24-25). Man hätte also guten Grund, die Angelegenheit für erledigt zu erklären, wenn nicht gerade die erste Vorlesung einige interessante Überraschungen bereit halten würde.

Es mag ein Zufall sein, aber gerade diese Vorlesung stellt eine der wenigen Hegelschen Schriften dar, in denen der Name Savignys ausdrücklich genannt wird, aber leider nicht in direkten Bezug auf unseres Thema. Ich habe schon in einem anderen Zusammenhang diesen Hinweis auf Savigny gedeutet und werde hier deswegen nicht weiter darauf eingehen.<sup>6</sup> An dieser Stelle möchte ich nur bemerken, daß jener Hinweis auch als Zeichen eines relativen Interesses für das Werk Savignys von Seiten Hegels interpretiert werden kann; ein Interesse, das in Berlin dagegen von der politischen, wenn auch untergründigen, Polemik vertuscht wird. Diese Hypothese kann auch durch einige einleitende Textvergleiche bestätigt werden. Die in der Anmerkung zu § 3 von *Rph* vorhandenen polemischen Züge kommen in der entsprechenden Anmerkung dieser ersten Vorlesung nicht wieder vor (*Rph* I § 1 A). Außerdem bleibt in *Rph* I keine Spur vom § 211 des veröffentlichten Werkes. Schon anhand dieser Indizien kann man meines Erachtens die Polemik mit der Historischen Rechtsschule allein der Berliner Zeit zuschreiben. Es bleibt nun zu bewerten, ob und inwieweit gerade diese Tatsache auch auf Hegels Stellungnahme gegenüber dem Kodifikationsstreit Einfluß haben konnte. Es sei hier gleich deutlich betont, daß auch in den Heidelberger Vorlesungen Hegel zweifelsohne für das Kodifikationsverfahren ist. Die Schlußfolgerungen unserer Forschung vorwegnehmend möchte ich jedoch sagen, daß Hegel hier eine originelle Position zwischen Thibaut und Savigny, eine Zwischenposition, bzw., auch wenn es paradox klingen mag, eine Synthese vertritt.

<sup>6</sup> P. Becchi, *Le filosofie del diritto di Hegel*, Mailand 1990, S. 109-123. Vgl. Auch P. Becchi, *Ein Fragment Hegels über Savigny. Zur Geschichte der Besitzlehre am Anfang des 19. Jahrhunderts*, in »Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte«, 13, 1991, S. 145-165.

## II.

Hegel teilt keine der Naivitäten, die den Kodifikationsideologien des 18. Jahrhunderts eigen sind und noch bei Thibaut zum Vorschein kommen. Für Hegel ist ein Gesetzbuch freilich notwendig. Er ist sich aber dessen bewußt, daß es sich um ein Werk handelt, das unvollendet und vom Wesen her für ständige Ergänzungen und Verbesserungen offen bleiben soll:

Ein vollkommenes, abgeschlossenes Gesetz buch ist ein unerreichbares Ideal; es muß aber immer verbessert werden. Ein Rechtsgesetzbuch soll nun vorhanden sein, aber dieses Gesetzbuch setzt sich immer fort, macht sich immer. (Rph I § 109 A, S. 126.25-28).

Hegel erkennt also die Notwendigkeit einer Kodifikation des Privatrechts und wenig später (vgl. Rph I § 115 A S. 133.18-19) fügt er hinzu, daß «eine gute Gerichtsverfassung nötiger als ein neues Gesetzbuch» sei. Aber obwohl er die These Thibauts annimmt, behauptet er, daß dieses Gesetzbuch den Gang der Geschichte nicht in der Kristallisierung einer Abbildung von ihr hätte aufhalten sollen (und andererseits können). Und mit dieser Argumentation nähert er sich gerade den von Savigny erhobenen Einwänden, zumindest gibt er vor, sie zu berücksichtigen – wohlgerne, daß kritische Zuspitzungen dieser Art auch im veröffentlichten Text vorhanden sind.<sup>7</sup> Trotzdem zieht Hegel in seiner ersten Vorlesung aus seiner Stellungnahme hinsichtlich der Kodifikation eine Folgerung, die später nicht wieder auftreten wird. Nach dem veröffentlichten Text scheint das positive Recht einfach mit dem Gesetz übereinzustimmen; in seiner ersten Vorlesung nimmt Hegel dagegen – ohne diese Rechtsquelle zu vernachlässigen – mehr Rücksicht auf die Tätigkeit des Juristen (sowohl als Wissenschaftler als auch als Richter)<sup>8</sup> im Rahmen der Rechtserzeugung. Es ist dies ein Problem auf das gerade Savigny<sup>9</sup> in seiner Erwiderung auf Thibaut die Aufmerksamkeit gerichtet hatte. Für Thibaut hätten einfache, klare und knappe Gesetze, die ein zusammenhängendes und vollkommenes System bilden sollten, den Eingriff der Juristen auf ein Minimum beschränkt.

<sup>7</sup> Gedacht sei nur an die Kritiken, die Hegel indirekt gegenüber dem preußischen Gesetzbuch geltend macht: »Von einem Gesetzbuch die Vollendung zu fordern, daß es ein absolut fertiges, keiner weiteren Fortbestimmung fähiges seyn sollte – eine Forderung, welche vornehmlich eine deutsche Krankheit ist...« (Rph § 216 A S. 662.25-28). R. Hocevar unterstreicht m. E. zu sehr den Einfluß dieses Gesetzbuches auf die *Rechtsphilosophie*. Vgl. *Hegel und der preußische Staat*, München 1973, S. 13-53.

<sup>8</sup> Die Tätigkeit des Juristen als Rechtswissenschaftler und die Tätigkeit des Juristen als Ausleger und Anwender des Rechts (insbesondere als Richter) sind zwei zu unterscheidende Tätigkeiten. In der Folge dieses Beitrags werde ich mich hauptsächlich mit dieser zweiten Tätigkeit beschäftigen und, spezifisch, mit der Rolle des Richters, auch wenn einige Beobachtungen auf die Rolle der Rechtswissenschaft erweitert werden.

<sup>9</sup> F. C. v. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814. Ich zitiere aus *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, a.a.O., S.

Einer der bedeutendsten Aspekte von Hegels erster Vorlesung liegt darin, daß er nicht bereit zu sein scheint, diese Überzeugung zu akzeptieren. Hatte Hegel im veröffentlichten Text, um die Notwendigkeit eines Gesetzbuches zu unterstreichen, sich beim Verhältnis zwischen legislativem Recht und Gewohnheitsrecht aufgehalten (Rph § 211 A), so ist in dieser ersten Vorlesung, sozusagen, das Verhältnis zwischen legislativem Recht und Juristenrecht vorherrschend. Aus dieser ursprünglichen Fassung der *Rechtsphilosophie* geht also nicht so sehr die Positivierung des Rechts in Form des Gesetzes hervor, sondern vielmehr die Komplexität der Entfaltung des Rechts in der Gesellschaft. Es ist das Recht, das – von seinem Wesen her mit dem »System der Bedürfnisse« verwoben – sich eine »freie Existenz« geben soll:

Es kommt das *formelle Recht* zur Vorstellung. So wesentlich es in die Zwecke der Bedürfnisse verflochten ist und darin seinen wesentlichen Inhalt hat, ebenso muß es als dessen Substanz eine von ihm freie Existenz erhalten, – die *Rechtspflege*. (Rph I § 108 S. 125.26-29).

In diesem Sich-Öffnen des Rechts zur Gesellschaft spielt das Gesetz sicherlich eine grundlegende Rolle, aber nicht auf Kosten anderer Elemente, eben der Elemente, die gerade Savigny mit der Polemik gegen die Kodifikation geltend machen wollte.

Die Komplexität der Position Hegels erscheint in ihrem ganzen Umfang im § 109 (und in der dazugehörigen Anmerkung) von Rph I, mit dem das Kapitel über die Rechtspflege beginnt. Im ersten Teil beteuert Hegel nochmals die Rolle des Gesetzes für die Rechtspflege. Es wird hier vorausgesetzt, daß es ein System von Gesetzen auf der Stufe der bürgerlichen Gesellschaft gebe, da die gesetzgebende Tätigkeit als solche einer anderen Sphäre zugehört: dem Staat. Hegel sagt:

Für die Rechtspflege wie für die wirklichen Rechtsverhältnisse sind die *Rechtsgesetze* als ein an und für sich Gültiges *vorausgesetzt* und müssen als solches wesentlich betrachtet werden. Das Gesetzgeben selbst gehört in eine andere Sphäre als diese (Rph I § 109 S. 126.3-6).

In der Anmerkung (die ich parallel zum Paragraphen betrachte, da sie treu dem *Corpus* desselben folgt) setzt Hegel nach der Betonung dieses Punktes hinzu:

Daß das Gesetzgeben und Richten nicht in einer Person verbunden sein könne, erhellt daraus, daß, wenn beides verbunden ist, die richtende Gewalt für das zu richtende Faktum selbst das Gesetz machen würde und die Subsumtion dann nicht stattfände (Rph I § 109 A S.126.15-18).

Hier akzeptiert Hegel die Trennung der gesetzgebenden von der rechtsprechenden Gewalt, ab er diese Trennung impliziert nicht wie im klassischen aufklärerischen Paradigma die absolute Unterordnung der einen

Gewalt (der rechtsprechenden) gegenüber der anderen (der gesetzgebenden). Dies scheint mir aus seiner Argumentationsweise im zweiten, entscheidenden Teil des Paragraphen hervorzugehen. Die Gesetze sind Quelle der Rechtserzeugung, aber die Tätigkeit der Juristen ist es ebenso, und hier liegt der Akzent auf der Auslegungs- und Anwendungstätigkeit des Richters:

Zugleich sind es die Praxis der Gerichte und die aus den vorkommenden, unbestimmt verschiedenen Fällen sich ergebenden Unterscheidungen, woraus sich das Bedürfnis weiterer Bestimmungen und die unbestimmte Fortbildung des Rechtsverständes gegen die ebenso geforderte Einfachheit der Rechtsgesetze entwickelt (*Rph I* § 109 S.126.6-10).

Hegel bestreitet nicht die berechtigte Forderung eines Gesetzbuches, aber er unterstreicht, wie illusorisch es sei, seine Verwirklichung als eine Möglichkeit der Begrenzung der Tätigkeit der Juristen auf die mechanische Gesetzesanwendung. Gerade die notwendige Einfachheit des Gesetzbuches würde dagegen einen ständigen interpretativen Eingriff bedingen. Hier distanziert sich Hegel eindeutig von den strengen Bindungen, die von dem *Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794) der Auslegung auferlegt wurden.<sup>10</sup> In dieser Kritik am preußischen Gesetzbuch bewegt sich Hegel in die Richtung Savignys. Es öffnet sich so ein breiter Raum für die Auslegungstätigkeit und für die richterliche Entscheidung, die er ohne weiteres als »unbestimmte Fortbildung des Rechtsverständes« definiert.

Hegel verzichtet absichtlich darauf, diese Themen zu vertiefen, da er an eine Arbeitsteilung zwischen Juristen und Philosophen glaubt. Es ist nicht Aufgabe des Philosophen, der Art nachzugehen, in der sich der »Rechtsverständ« vervollkommnet: Der Philosoph soll sich vielmehr darauf beschränken, dieser den Juristen zustehenden Tätigkeit einen genau bestimmten Raum zuzuschreiben. Die Rolle, die das Gegensatzpaar Verstand/Vernunft im Hegelschen System spielt, ist bekannt. Es kann aber angebracht sein, hier im Zusammenhang mit diesem Thema nochmals daran zu erinnern.<sup>11</sup> Nach Hegel soll die Philosophie sich nicht dem Zufälligen zuwenden, da sie schon genügend mit der Idee (Vernunft), d. h. mit dem Begriff und seiner Verwirklichung beschäftigt ist, um sich auch noch um das, was einfach kontingent ist, kümmern zu können. Der Verstand führt dagegen mit gutem Recht seine Aufgabe aus, wenn er sich – ohne den Anspruch zu erheben, den Gipfel der Vernunft zu erreichen – auf den weiten Tiefen des Zufälligen bewegt und dort etwas

<sup>10</sup> Der Entwurf von Suarez und Klein (§§ 34-36) setzte das Verbot für den Richter, das Gesetz auszulegen, und die Pflicht, in zweifelhaften Fällen die gesetzgebende Kommission heranzuziehen, fest. In der endgültigen Fassung (*Einleitung* §§ 46-48) wurde jedoch dem Richter gewährt, sich auf die *Analogia legis* und auf die *Analogia iuris* zu berufen, und die Berufung auf die gesetzgebende Kommission zu begrenzen.

<sup>11</sup> Siehe dazu die interessanten Beobachtungen von W. Schild, *Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie*, in »Anales de la Cátedra Francisco Suarez«, 13/19 (1978-79), S. 271-320.

auszulegen und zu verbessern findet. Auf diesem Niveau setzt Hegel die spezifische Aufgabe einer kontinuierlichen und anhaltenden Entwicklung des »Rechtsverständes« an.

So umgibt sich – um eine bekannte Metapher zu benutzen – der Kern des Gesetzes mit der Schale der Auslegung: Der Richter, der vor sich das Gesetz hat, soll es auf den einzelnen Fall anwenden; er bewegt sich also im Rahmen des Quantitativen, zu dem der Begriff nicht gelangt. Es sollte somit nun klar sein, was Hegel meint, wenn er sagt: »Die Entwicklung des Rechtsgesetzes und die Unterscheidung der Fülle ist Sache des Verstandes« (*Rph I* § 109 A S. 126. 19-20). Und es ist bedeutungsvoll, daß er mit der Feststellung fortfährt, das Gesetz könne nie mit seinem allgemeinen, abstrakten Charakter der Vielfalt der einzelnen Fülle völlig gerecht werden. Es wäre jedoch irreführend, Hegel eine Neigung zum Billigkeitsdezinismus zuzuschreiben, obwohl er später das anerkannte Recht in Bezug auf den einzelnen Fall berücksichtigen und von einer echten »Rechtspflege der Billigkeit« (*Rph I* § 115 S. 132.28-43) sprechen wird. Hegel möchte nicht so sehr diese Dimension der Billigkeit bevorzugen, als sie vielmehr neben die legalistische (formalistische) Dimension stellen, wobei er die Wichtigkeit beider Maßstäbe einsieht.

Außer diesem spezifischen Aspekt möchte Hegel vor allem betonen, daß die Auslegungstätigkeit auf jeden Fall notwendig und unvermeidbar auf Grund der ebenso notwendigen Abstraktheit und Allgemeinheit der Formulierungen des Gesetzes ist. Je allgemeiner und abstrakter die Begriffe sind, in denen die gesetzliche Vorschrift formuliert ist, desto mehr spürt man das Bedürfnis, sie zu überarbeiten, sie dem einzelnen Tatbestand anzupassen. Die Gesetzesauslegung ist notwendig, da die Gesetzesanwendung sich immer nur auf die einzelnen konkreten Fülle bezieht. So hat dann das Recht trotz seiner Kodifikation eine wesentlich offene Struktur, bzw. – wie Hegel sagt – eine »freie Existenz«.

Hegel möchte hier besonders die schöpferische Tragweite des richterlichen Rechts hervorheben. Die Auslegungstätigkeit scheint ihm ein bedeutender Aspekt der Rechtserzeugung des Rechts zu sein. Nachdem er die Notwendigkeit eines Gesetzbuches unterstrichen hat, setzt er hinzu:

... in diesem Feld der Unendlichkeit ist der Stoff ein empirischer, die vom Verstand festgesetzten Bestimmungen spalten sich immer wieder aufs Neue, dies ist das Feld der Gründe und Gegengründe, wo es nie aufhört. Dieses wirkliche Richten oder diese Praxis der Gerichte ist es, woraus ursprünglich alle Gesetze entstehen; das richtige Rechtsprechen gibt Entscheidungen, die, obgleich auf einzelne Fülle angepaßt, allgemeine Gesetze werden, und so bildet sich auch aus *similiter judicatis* ein Gesetz. Die Gerichte können nicht tote Organe der Gesetze sein, sondern es tritt immer eigener Verstand, eigene Einsicht des Richters ein (*Rph I* § 109 A S. 126.27-35).

Dieses Passus ist von besonderer Bedeutung, da Aussagen dieser Art weder im veröffentlichten Text noch in einer der anderen Vorlesungen aufzufinden sind. Gerade diese Stelle zeigt die *größte* Distanz zu Thibaut. Dieser Passus scheint von Hegels Vorstellungen so weit entfernt zu sein, daß aus dem Zusammenhang gerissen und isoliert betrachtet niemand es je ihm zuschreiben würde. Hier verleiht Hegel den Juristen nicht nur eine entscheidende Rolle bei der Bildung und der folgenden Verbesserung des Rechts, sondern er geht sogar so weit, gerade in der richterlichen Entscheidung das Moment einer quasi schöpferischen Quelle der Rechtsnorm zu sehen, da es die »Praxis der Gerichte ist [...], woraus ursprünglich alle Gesetze entstehen«. Nach dieser Lesart würde Hegel sogar über Savigny hinausgehen und die modernen Theorien des juristischen Realismus vorwegnehmen. Aber diese Interpretation, die in einzelnen Textstellen Anhaltspunkte finden mag, kann vom Kontext nicht gerechtfertigt werden.

Hegels Ausgangspunkt ist eigentlich, daß das Recht, obwohl mit der Gesellschaft innerlich verbunden, sich von ihr verselbständigen und eine »freie Existenz« erlangen soll. Je komplexer die Gesellschaft wird, desto größer ist die Entwicklung der sie regelnden rechtlichen Bestimmungen und »je gebildeter die Gesetze, sie desto vielfältiger für den konkreten Fall werden, die Beurteilung und Anwendung daher um so mehr von der Subjektivität des Richters abhängt« (*Rph I* § 115 S. 132.32-34).

Diese ist eine assoziative Kette, die Hegel völlig bewußt ist. Savigny hat gerade im fehlenden Bewußtsein Thibauts in dieser Hinsicht einen seiner Angriffspunkte begründet. Wenn Hegel sagt, daß »der Richter [...] nun nicht bloßes Organ der Gerechtigkeit sein [soll], sondern seine Reflexion sehr viel zu tun« hat (*Rph I* § 115 A S.133.24-25), deutet er natürlich auf die Bedeutung seiner Aufgabe in einer komplexen Gesellschaft hin. Die richterliche Entscheidung wird eine Recht erzeugende, mit dem Gesetz selbst konkurrierende Tat.

Vergleicht man nun diese Position mit der Position, die aus dem Kodifikationsstreit zwischen Thibaut und Savigny hervorgeht, so *muß* man folgern, daß Hegel in dieser ersten Vorlesung die Kritiken des letzteren an ersterem weitgehend aufgenommen hat. Hegel hatte nämlich ohne weiteres folgenden Vorwurf Savignys gegen Thibaut guthießen können: »Das nachtheiligste Verhältniß in dieser Rücksicht ist unleugbar dasjenige, worin der Richter darauf beschränkt seyn soll, einen gegebenen Buchstaben, den er nicht interpretieren darf, mechanisch anzuwenden«. Andererseits hatte er keineswegs den naiven Optimismus Thibauts gebilligt, nach dem dagegen »das Bürgerglück [...] nicht nach gelehrten Advocaten« (gemeint ist allerdings der gesamte Juristenstand), sondern einzig nach »einfachen Gesetzen« fragt.<sup>12</sup> Man gelangt

<sup>12</sup> Thibaut und Savigny. *Ihre programmatischen Schriften*, a.a.O., S. 173 u. 172-73.

so zu einem überraschenden Schluß: Hegel *muß* sich in seiner ersten Vorlesung so stark für Savigny und die Historische Schule interessiert haben, daß er sogar einige seiner Leitgedanken aufgenommen hat.

### III.

Eine tiefgehende Analyse fördert jedoch in Hegels Text einen originellen Standpunkt zu Tage, der die Gründe Thibauts und die Kritiken Savignys berücksichtigt, um dann beide zu überwinden. Für Thibaut war Recht nur, was sich in Form von Gesetz äußerte. Um »das Bürgerglück« zu gewährleisten, sei es nötig, jene Unsicherheit des Rechts zu überwinden, die es den Richtern ermöglichte, nach eigenem Gutdünken zu handeln. Die Überwindung einer solchen Situation sei nur möglich, wenn man die Tätigkeit des Richters an ein aus klaren, einfachen und knappen Gesetzen gebildetes Gesetzbuch binden würde.

Dies war in Frankreich mit der Einführung des *Code Napoléon* geschehen; dies war im Wesentlichen auch das, was sich diejenige in Deutschland erhofften, die wie Thibaut für die Kodifikation kämpften. Auf die entgegengesetzte Seite stellte sich Savigny, der die vorherrschende Rolle der Juristentätigkeit in der Rechtserzeugung vertrat.

Die Hegelsche Intention in dieser ersten Vorlesung liegt gerade darin, die Falschheit einer solchen Alternative zu zeigen. Der Richter soll sich nicht darauf beschränken, das Gesetz mechanisch anzuwenden, und er ist andererseits auch gar nicht im Stande es zu tun. Dies wäre nämlich nur dann möglich, wenn Recht und Gesetz dasselbe wären. Aber das Gesetz ist nur eine abstrakte und allgemeine Norm, die für eine Vielfalt möglicher Fälle gültig ist, während der Richter in einer realen, konkreten Situation zu entscheiden hat. Ihrer Abstraktheit wegen bedarf die Norm des Richters, der sie auf den konkreten Fall anwenden soll. In diesem Übergang vom Abstrakten zum Konkreten findet der Richter den Raum, seine schöpferische Aufgabe auszuführen. Das Gesetz als solches stellt nur eine formale Garantie dar. Aber der Richter muß dafür sorgen, daß dem Bürger nicht nur die formale Sicherheit gewährleistet wird, sondern ihm auch die tatsächliche Gerechtigkeit widerfährt. Seine Aufgabe ist es zu bewirken, daß die abstrakte Bestimmtheit des Gesetzes in Berührung mit den konkreten Fällen des Lebens selbst an Konkretheit gewinnen kann. Um diese Aufgabe zu erfüllen, soll er genügend Spielraum in seinem Eingriff und seiner Freiheit haben. Er muß so handeln, daß die Bestimmungen des Gesetzes sich frei verbessern können. Falls ein Konflikt zwischen dem Formalismus des Gesetzes und dem wahren Recht des Bürgers entstehen sollte, muß der Richter dem letzteren den Vorrang geben:

In einem Testament fehlen z. B. einige Förmlichkeiten, die ganz unwesentlich scheinen, und das ganze Testament wird umgeworfen. Der Richter kann zwar sagen: Wenn diese Förmlichkeiten erlassen werden, so können leicht falsche Testamente gemacht werden. Aber darin ist er im Interesse des Gesetzes, und er will einer Möglichkeit, einer fremden Möglichkeit den Vorzug vor dem eigentlichen Recht geben. Dies muß nun dem unbefangenen Menschen etwas Schreckliches sein, daß der Mangel einer Förmlichkeit, die leere Möglichkeit, daß die Verfälschung eines Kontrakts eintreten könne, das Urteil gegen das wahre Recht verursacht [...] Es muß in der Gerichtsverfassung zur Erkennbarkeit der Rechte das Formalwesen sein; aber diese Förmlichkeiten sollen das Recht nicht hindern, sondern in der Kollision des Rechts und der Förmlichkeiten soll die Förmlichkeit nachstehen (*Rph I § 115 A S. 133.5-13 u. 19-22*).

Die Unterscheidung, die Hegel zwischen Gesetz und Recht macht, ist grundlegend. Es liegt in der Natur des Gesetzes, daß es verallgemeinere, von den konkreten Fällen abstrahiere und somit allgemeine Gültigkeit erlange. Aber gerade dieser Wesenszug bewirkt, daß das Gesetz nur ein Moment auf dem Weg der Verwirklichung des Rechts darstellt. Ein anderes Moment besteht in der Tätigkeit des Richters, der das Gesetz zur konkreten Verwirklichung führen soll. Auf dieser Stufe der Entwicklung wird der Formalismus des Gesetzes, obwohl nicht abstrakt geleugnet, doch relativiert, dialektisch aufgehoben. In einer Stelle der oben erwähnten Anmerkung sagt Hegel:

Das Recht soll nun als Recht geschehen, aber die Gerichte müssen nach ihren Formeln entscheiden und können nicht von dem formellen Gesetz abgehen (*Rph I § 115 A S.133.33-34*).

Der Richter muß in einem »Hier« und »Jetzt« entscheiden: er soll dafür sorgen, daß Gerechtigkeit geschehe, daß Recht stattfinde. Aber die Tätigkeit der Gerichte bleibt, obwohl sie im Vergleich zum Gesetz erneuernd sein mag, von ihm abhängig. Hegel sieht die Falschheit der Vorstellung ein, die die Aufgabe des Richters auf den bloßen Automatismus der Subsumtion beschränkt; er akzeptiert aber auch nicht die Vorstellung, die diese Aufgabe mit der des Gesetzgebers gleichstellt. Jede richterliche Entscheidung hängt vom Gesetz ab, setzt das Gesetz voraus. Keine richterliche Entscheidung wäre ohne Bestehen einer Norm möglich. Die Tätigkeiten des Richters und des Gesetzgebers müssen getrennt gehalten werden. Hegel behauptet dies in einer schon zitierten Stelle (vgl. *Rph I § 109 A S. 126.15-18*), in der er feststellt, daß im Falle, daß die zwei Tätigkeiten vereint wären, der Richter dann selbst die Norm für den zu entscheidenden Fall erzeugen müßte, »und die Subsumtion dann nicht stattfände«. Hier spricht Hegel von »Subsumtion«, aber das heißt nicht, daß er jene Vorstellung übernimmt, nach der die richterliche Entscheidung nur noch eine bloße Subsumtion des Tatbestands unter das Gesetz ist. Natürlich muß eine solche Subsumtion stattfinden, aber sie stellt nur einen Teil, und nicht einmal den wichtigsten Teil, der Tätigkeit des Richters dar. Hegel spricht von

»Subsumtion«, weil die Entscheidung des Richters keine ursprüngliche Schaffung von Recht ist, sondern das Ergebnis einer Tätigkeit, die sich auf die Norm des Gesetzgebers, auf das Gesetz bezieht. In diesem Sinn gibt es eine Abhängigkeit der richterlichen Entscheidung vom Gesetz, aber es handelt sich um eine innovative Abhängigkeit. In diesem Sinn ist der Beitrag des Richters vom Gesetz abhängig. Eine vernünftige Abhängigkeit des Richters vom Gesetz, in der Anerkennung des erneuernden Charakters seines Werks, bleibt die beste Garantie für die Sicherheit des Bürgers und ist außerdem die, im Hinblick auf das Bedürfnis nach einer größeren Transparenz und Öffentlichkeit der Gewalt, politisch konsequenteste Wahl. In dieser Hinsicht bleibt Hegel zweifellos auf dem von der juristischen Aufklärung vorgezeichneten Weg. Er unterstreicht nämlich, wie wichtig es sei, der Tätigkeit des Richters die kritische Kontrolle der öffentlichen Meinung aufzuerlegen: die Einrichtung des Geschworenengerichts, die kollegiale Form, sowie die Öffentlichkeit der Gerichte werden zu diesem Zwecke eingeführt (vgl. *Rph I § 116 u. A*).

Andererseits hält es Hegel für entscheidend, daß sich eine Beziehung gegenseitigen Vertrauens zwischen dem Bürger und dem Juristen entwickle. Dieses Vertrauen ist von äußerster Bedeutung, gerade wenn die erhöhte Komplexität der gesellschaftlichen Beziehungen ihrerseits eine so komplexe Entwicklung der rechtlichen Bestimmungen erfordert, daß der Bürger nicht mehr im Stande ist, genaue Kenntnis davon zu haben. In einer solchen Situation, in der das Recht als immer komplexeres und selbständigeres Gesetzssystem sogar dem menschlichen Bewußtsein fremd zu werden scheint, ist es Aufgabe des Juristen, durch seine konkrete Tätigkeit die Überwindung dieses Entfremdungsgefühls zu bewerkstelligen.

Die Rechtspflege und der Rechtsgang werden für das Individuum ein wahres Schicksal, eine völlig fremde Gewalt. Gerade das Recht, worin der Mensch sein Bewußtsein von Freiheit haben soll, dieses und der Gang desselben wird ihm eine fremde Gewalt. Denn die Kosten, die die Rechtsgelehrten und der Staat ziehen, machen, daß er eine höhere Verschwörung, eine Verschwörung höherer Stände gegen sich sieht, die eine Kluft zwischen ihm und seinem Recht machen; bloß hinsichtlich der Sporteln lernt er das Recht kennen. Gerade die subjektive Seite, daß der einzelne weiß, wie ihm Recht geschehe, ist ganz fehlend. Dieses Entfremden des Rechts vom subjektiven Bewußtsein haben wir der deutschen Jugend zu verdanken, die in Bologna – zehntausend stark – das Römische Recht studierte. Dies wäre eines der wichtigsten Dinge, daß, da die eigene Einsicht wegen der Vervielfältigung der Gesetze nicht möglich ist, das Zutrauen einträte zwischen dem Rechtsgelehrten und dem Recht Verlangenden (*Rph I § 116 A S. 134. 13-24*).

Der Richter befindet sich so inmitten einer zweifachen Bewegung: einerseits hängt er vom Formalismus des Gesetzes ab, andererseits muß er diesen Formalismus überwinden und nach der Gerechtigkeit entscheiden. Beide Seiten,



die der Abhängigkeit und die des erneuernden Charakters der richterlichen Tätigkeit in Bezug auf das Gesetz, müssen berücksichtigt werden. Sonst würde man in die entgegengesetzten Extreme fallen, die Rolle des Richters entweder unter – oder überzuschätzen. Der Wesenszug der Abhängigkeit des Richters von dem Gesetz garantiert dem Bürger seine formale Sicherheit und die Gewißheit des Rechts. Der erneuernde Charakter der richterlichen Tätigkeit impliziert dagegen das, wovon der Bürger sich erhoffen kann, daß ihm Gerechtigkeit widerfähre.

Diese zwei Wesenszüge sind nicht unbedingt entgegengesetzt, sondern sie erweisen sich als einander ergänzend. In dieser Ergänzung zeigt sich das Juristenrecht nicht mehr als dem Gesetz entgegengesetzt. Die ideologische Funktion einer solchen Gegenüberstellung war zu Zeiten Hegels evident und macht den Kern der Auseinandersetzung zwischen Thibaut und Savigny aus. Wer damals wie Savigny »die Wissenschaft gegen die Gesetzbücher retten« wollte (um den bekannten Ausdruck Hugos zu übernehmen), wollte in Wirklichkeit die Vorrechte des Juristenstandes gegenüber dem Gesetzgeber retten. Das Juristenrecht hatte die politisch privilegierte Rolle des legislativen Rechts begrenzen sollen.

So stellte Savigny zur Zeit der Restauration eine politisch konservative Position dar<sup>13</sup>, obwohl die These des Juristenrechts (wenn einmal geklärt ist, daß zwischen Gesetzgebung und Jurisprudenz die Beziehung nicht ausschließend, sondern ergänzend ist) an und für sich kein Zeichen politisches Konservativismus' ist.<sup>14</sup> In einem anderen geschichtlichen Zusammenhang hätte die automatische Unterordnung des Richters unter den Buchstaben des Gesetzes und die fehlende Anerkennung des erneuernden Wesens seines Werks dazu beitragen können, den Richter wie den Juristen zu einem bloßen Anwender jeglicher Gesetzgebung zu entmündigen.

Zu Beginn des bürgerlichen Rechts wandte Hegel sich also gegen Savigny. Dies heißt aber noch längst nicht, wie ich zu zeigen versucht habe, daß er die von Thibaut vorgeschlagene Lösung gänzlich akzeptierte.

*Der Text gibt den Vortrag wieder, den Prof. Dr. Paolo Becchi am 14. Oktober 2005 in Budapest gehalten hat.*

<sup>13</sup> Ich möchte nicht den Streit zwischen Thibaut und Savigny zu einfach darstellen. Es scheint mir jedoch, daß die neue Interpretation von J. Rückert Thibaut zu weit an Savigny heranrückt (vgl. J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, S.160-193).

<sup>14</sup> Man denke hier nur an G. Radbruchs Verwendung dieser in einem ganz verschiedenen geschichtlichen Zusammenhang. Ich weise hier auf den eindrucksvollen Aufsatz der frühen Nachkriegszeit hin *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, in G. Radbruch, *Eine Feuerbach-Gedenkrede, sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß*, hrsg. v. E. Schmidt, Tübingen 1952, S.31-34.

## Rechtsgeschichtliche Vorträge

Publikation der Rechtsgeschichtlichen Forschungsgruppe der Ungarischen Akademie für Wissenschaften an dem Lehrstuhl für Ungarische Rechtsgeschichte  
Eötvös Loránd Universität Budapest

1. **Kurt Seelmann**: Hegels Versuche einer Legitimation der Strafe in seiner Rechtsphilosophie von 1820, Budapest 1994
2. **Wolfgang Sellert**: Der Beweis und die Strafzumessung im Inquisitionsprozeß, Budapest 1994
3. **Wilhelm Brauner**: Grundrechtsentwicklung in Österreich, Budapest 1994
4. **Barna Mezey**: Kerker und Arrest (Anfänge der Freiheitsstrafe in Ungarn), Budapest 1995
5. **Reiner Schulze**: Die Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte – zu den gemeinsamen Grundlagen europäischer Rechtskultur, Budapest 1995
6. **Kurt Seelmann**: Feuerbachs Lehre vom "psychologischen Zwang" und ihre Entwicklung aus Vertragsmetaphern des 18. Jahrhunderts, Budapest 1996
7. **Kinga Beliznai**: Gefängniswesen in Ungarn und Siebenbürgen im 16-18. Jahrhundert (Angaben und Quellen zur Geschichte des ungarischen Gefängniswesens) Budapest 1997
8. **Michael Köhler**: Entwicklungslinien der deutschen Strafrechtsgeschichte, Budapest 1998
9. **Attila Horváth**: Die privatrechtliche und strafrechtliche Verantwortung in dem mittelalterlichen Ungarn, Budapest 1998
10. **Allan F. Tatham**: Parliamentary Reform 1832-1911 in England, Budapest 1999
11. **Arnd Koch**: Schwurgerichte oder Schöffengerichte? C.J.A. Mittermaier und die Laienbeteiligung im Strafverfahren, Budapest 2002
12. Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der deutschen Rechtsgeschichte Die Entwicklung des Strafsystems und der Straftheorie in Europa Deutsch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar I., Budapest 2002
13. Strafrechtliche Sanktionen und Strafvollzug in der ungarischen Rechtsgeschichte Die Entwicklung des Strafsystems und der Straftheorie in Europa Deutsch-ungarisches strafrechtsgeschichtliches Seminar II., Budapest 2002
14. **Markus Hirte**: Poenae et poenitentiae – Sanktionen im Recht der Kirche des Mittelalters, Budapest 2003
15. **Werner Ogris**: W. A. Mozarts Hausstandsgründung, Budapest 2003
16. **Hoo Nam Seelmann**: Recht und Kultur, Budapest 2003
17. **Arnd Koch**: Die Abschaffung der Todesstrafe in der DDR, Budapest 2003
18. **Kurt Seelmann**: Gaetano Filangieri, Budapest 2003
19. **Elisabeth Koch**: Die historische Entwicklung der Kodifikation des Privatrechts, Budapest 2003
20. **András Karácsony**: Relationship between state-, political- and legal sciences in education of law, Budapest 2004
21. **Barna Mezey**: The history of the harmonisation of law and the legal education in Hungary, Budapest 2004
22. **Gizella Föglein**: Conceptions and Ideas about National Minorities in Hungary 1945-1993, Budapest 2004
23. **József Ruszoly**: István Csekey und die ungarische Verfassung, Budapest 2004.
24. **Attila Horváth**: Rechtswissenschaft in den sowjetischen Staaten, Budapest 2004
25. **Mária Homoki-Nagy**: Die Kodifikation des ungarischen Zivilrechts im 19. Jahrhundert, Budapest 2004
26. **András Karácsony**: On legal culture, Budapest 2004

27. **Gernot Kocher, Barna Mezey:** Juristenausbildung in der österreichischen und ungarischen Geschichte, Budapest 2004
28. **Markus Steppan:** Die Grazer Juristenausbildung von 1945 bis zur Gegenwart, Budapest 2004
29. **Harald Maihold:** „Ein Schauspiel für den Pöbel“ Zur Leichnamsstrafe und ihrer Überwindung in der Aufklärungsphilosophie, Budapest 2005
30. **Barna Mezey:** Vier Vorträge über den Staat in der Zeit des Rákóczi-Freiheitskampfes, Budapest 2005
31. **Zoltán Szente:** The Issue of Superiority: National versus Community Legislation, Budapest 2005
32. **Günter Jerouschek:** Skandal um Goethe? Budapest 2005
33. **József Szalma:** Haupttendenzen im ungarischen (Deliktrecht) Haftpflichtrecht, Budapest 2005
34. **Georg Ambach:** Die strafrechtliche Entwicklung der Republik Estland in der ersten Seite des zwanzigen Jahrhunderts, Budapest 2005
35. **Gábor Máthé:** Der bürgerliche Rechtsstaat in Ungarn, Budapest 2005

## In Vorbereitung:

**Hinrich Rüping:** Anwaltsgeschichte als Juristische Zeitgeschichte

**Attila Barna:** Verwaltungsreformkonzeption des Josephinismus in Ungarn

**Michael Anderheiden:** „Selbstverschuldete Unmündigkeit“ Philosophie Erläuterungen zur Aufklärung