

Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte

von

Dr. Ulrich von Lübtow

Professor der Rechte an der Freien Universität Berlin



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Ulrich von Lübtow

Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte

Reflexionen über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte

von

Dr. Ulrich von Lübtow

Professor der Rechte an der Freien Universität Berlin



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten

Gedruckt 1954 bei Berliner Buchdruckerei „Union“ GmbH., Berlin SW 29

Geheimrat Prof. Dr. Rabel

**zum achtzigsten Geburtstag
am 28. Januar 1954 gewidmet**

Inhalt

1. Einführung in das Problem	
a) Sein und Werden als allgemeine Grundformen des Denkens	9
b) Die rechtliche Seins- und Werdensforschung	11
c) Statische und dynamische Rechtsbetrachtung	14
2. Die historische Entwicklungslehre	
a) Der Entwicklungsgedanke in Vergangenheit und Gegenwart	21
b) Spengler und die Schöpfung des prätorischen Rechts	24
c) Naturrecht und Historische Schule	27
d) Kulturpessimismus	32
e) Die genetische Methode	33
3. Die Entwicklungsgesetze	
a) Das Gesetz der Kontinuität	37
b) Das Gesetz der progressiven Abstraktion	41
c) Das Differenzierungs- oder Verzweigungsgesetz	42
d) Das Gesetz des Zweckwandels	44
e) Das Transformationsgesetz	45
f) Das Gesetz der progressiven Expansion der Staatstätigkeit	46
g) Das Gesetz der Konvergenzerscheinungen	46
4. Aufgabe, Ziel und Methode der Entwicklungsgeschichte des Rechts	
a) Unmittelbare Sinnerschließung	49
b) Bedeutung der Hilfswissenschaften	50
c) Erforschung des römischen Rechts, wie es war	51
d) Befreiung des römischen Rechts von der nachantiken Inkrustation..	52
e) Kritische Bewertung des römischen Rechts	54
f) Die Rechtsnorm als historisches Phänomen	59

„Die große philosophische Frage aller Zeiten, die das moderne, vom Entwicklungsgedanken ausschließlich beherrschte Denken wieder besonders bewegt, ist die Frage nach der Versöhnung des Seins und des Werdens, und in dieser Versöhnung hat man auch die Grundlage eines positiven Begriffs des Naturrechts zu suchen.“

Guglielmo Salvadori,
Das Naturrecht und der Entwicklungsgedanke, 1905, S. VI.

I. Einführung in das Problem

a) Sein und Werden als allgemeine Grundformen des Denkens

Eine der Grundformen unseres Denkens besteht darin, daß sich alle Dinge nach ihrem Sein und ihrem Werden betrachten lassen. Die Annahme eines Sich-gleich-Bleibenden, Festen, Bestimmten, Unbeweglichen ist ein geistiges Konstruktionsgebilde, mit dessen Hilfe man die Zeit überwinden will. Es gehört nicht der Welt der Wirklichkeit an¹. Der Mensch sieht sich zu der Unterscheidung zwischen Sein und Werden gezwungen, um sich überhaupt in der Welt zurechtzufinden². Sein Vorgehen wird dadurch unterstützt, daß viele Dinge sich im Zustand scheinbarer Ruhe befinden, und die Veränderung sich so langsam vollzieht, daß sie aus dem Bewußtsein ausgeschaltet werden kann³. Um das Problem Sein und Werden hat schon die griechische Philosophie in heißem Bemühen gerungen und es denkend zu bewältigen versucht⁴. Ob das Werden das einzige Gesetz aller Dinge bildet oder ob es als letzten Grund das Sein voraussetzt, ist seit altersgrauer Zeit eine der wichtigsten Fragen, die das menschliche Denken immer wieder gequält und beschäftigt hat. Sein und Werden sind notwendige Denkweisen, auf die wir nicht verzichten können. Sie bedingen sich gegenseitig⁵, lassen sich aber nicht ohne logische Härten miteinander verbinden. Dennoch müssen wir das Auseinanderstrebende in einer Gesamtanschauung vereinigen. Es gibt im Grunde kein ruhendes Sein, alles Sein löst sich auf zum Geschehen. Es bewahrheitet sich das Wort Heraklits: alles fließt, alles bewegt sich. In der Schicksalswelt existiert nur ein „verhältnismäßiges Gleichbleiben in der Wiederkehr des erlebten

¹ Mitscherlich, Die Lehre von den beweglichen und starren Begriffen, 1936, 61.

² Mitscherlich a.a.O. 82.

³ Mitscherlich a.a.O.

⁴ Es ist also nicht so, daß erst Kant diese Grundformen aufgestellt hat, wie Hedemann, Einf. in die Rechtswissenschaft, 131, annimmt.

⁵ H. Mitteis, Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, 1948, 6.

Geschehens“, das wir eben als Zustand, als Sein erfassen und zu bewältigen suchen⁶. Dem Verlangen nach Inseln eines festen Seins, die vom Strom des Geschehens nicht berührt werden, liegt ein unauslöschliches menschliches Bedürfnis zu Grunde. Wer nur den ewigen Wechsel im Werden sieht, erliegt notwendig den Gefahren des relativierenden Denkens, das zur Zerstörung aller Werte und demnächst in den Abgrund des ethischen Nihilismus führt. Alles geistige Leben strebt nach Erkenntnis der Wahrheit, die dem Gesetz der Vergänglichkeit nicht unterworfen ist. Der Begriff einer wandelbaren Wahrheit enthält einen Widerspruch im Beisatz⁷. Die Betrachtung des Werdens braucht eine Ergänzung vom Bleibenden her, und dazu muß sie einen zeitüberlegenen Standort gewinnen. Nur so kann die Geschichte für die Gegenwart wirklich von Wert sein. „Es heißt“, so formuliert Eugen Dühring in seiner kritischen Grundlegung der Volkswirtschaftslehre diesen Gedanken, „geradezu die Wissenschaft leugnen, wenn man in der Veränderung das Beharrende verkennt. Letzteres geschieht aber durch diejenige einseitig geschichtliche Auffassung, welche über den Schematen, die für die einzelnen Konfigurationen der verschiedenen Zeitalter gelten, die übergreifenden Normen vergißt“. Es gilt daher die wesentlichen und wertvollen Elemente verklungener Epochen von den zeitbedingten und nebensächlichen zu trennen⁸, und diese Arbeit verlangt überdauernde, übergreifende Maßstäbe. Die Erfahrungen und Erkenntnisse der Vergangenheit bedürfen einer Einformung in eine „zeitüberlegene und zeitumspannende“ Gegenwart⁹. Deshalb bezeichnet Rudolf von Ihering¹⁰ als den Zweck seines Werkes über den Geist des römischen Rechts, „nicht das römische Recht“ darzustellen, „sondern das Recht, erforscht und veranschaulicht am römischen“, und dementsprechend betrachtet er es als seine Aufgabe, „das Vergängliche und rein Römische von dem Unvergänglichen und Allgemeinen zu scheiden“¹¹. Nur auf diesem Wege glaubt er, die Frage nach dem Wert des römischen Rechts mit hinreichender Sicherheit beantworten zu können. Jede kritische Bewertung bedarf eines Maßstabes; er kann nicht dem flüchtigen Augenblick der Gegenwart entnommen werden. Ihering sieht sich also angewiesen auf die allgemeine Lehre von der Natur und Erscheinungsform des Rechts überhaupt¹². Dabei fällt ihm auf, wie dürftig sie noch ist, und er hält ihre Vervollkommnung durch

⁶ Von Gottl-Ottlilienfeld, Volk, Staat, Wirtschaft und Recht, 1936, 71.

⁷ Eucken, Geistige Strömungen der Gegenwart, 1916, 213, 267 f.

⁸ Eucken a. a. O. 208.

⁹ Eucken 257 ff.

¹⁰ Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I, 1925, VII.

¹¹ A. a. O. 16.

¹² A. a. O. 23.

Rechtsphilosophie, Empirie und Rechtsvergleichung für eine dringende Notwendigkeit. Er ist der Überzeugung, je größere Fortschritte hier erzielt würden, desto mehr ließe sich die Einsicht in das wahre Wesen des römischen Rechts steigern¹³.

Auch die Darstellung der „Römischen Rechtsgeschichte“ geht mehr vom Werden als vom Sein des Rechts aus, es überwiegt also wie in der „Deutschen Rechtsgeschichte“ die genetische Methode¹⁴. Der Ablauf des Geschehens wird in Perioden zerlegt, die man als Für-sich-Seiendes, Ruhendes betrachtet, um die Veränderlichkeit des Zeitmoments zu überwinden¹⁵, um eine gewisse Ordnung und Einheit in dem bunten Wechsel vorübergehender Erscheinungen zu finden. Brunner¹⁶ verlangt, daß solche Zeitabschnitte möglichst elastisch gestaltet sein müssen. Und in der Tat gibt es ja nur fließende Übergänge ohne scharfe Grenzen, so zum Beispiel zwischen Prinzipat und Dominat. Bei der Darstellung des „Systems des römischen Privatrechts“ dagegen steht die dogmatische Methode im Vordergrund. Demgemäß wird das Privatrecht von den Anfängen bis zu Justinian meist ohne Periodisierung im Zusammenhang dargestellt. Das entwicklungsgeschichtliche Moment tritt zurück, ja es wird meist über Gebühr vernachlässigt.

b) Die rechtliche Seins- und Werdensforschung

Soweit sich die rechtliche Seinsforschung auf die Vergangenheit richtet, darf sie als historische Dogmatik bezeichnet werden^{16a}. Sie läßt das stufenweise Vorwärtsschreiten der Rechtsordnung zurücktreten und beobachtet und beschreibt den Rechtszustand in einem bestimmten Abschnitt der Vergangenheit als seienden, endgültig abgeschlossenen. Sie sieht vom Werden des Rechts ab und betrachtet es als unbeweglich, zeitlos, als gewissermaßen in einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit plötzlich versteinert. Sie bringt die Rechtsnormen in ein System, das den Zusammenhang der Normen auf einer Ebene, gleichsam im Querschnitt, darstellt.

Entsprechend arbeitet die Dogmatik des Gegenwartsrechts. Sie denkt vor allem statisch, also ahistorisch, ihr fehlt es in folgedessen an dem nötigen Tiefenbewußtsein, das nur die entwicklungsgeschichtliche (genetische) Denkweise erzeugt. Sie betrachtet das positive Recht als etwas Fertiges. Sie ergründet den Inhalt der Rechtsvorschriften und baut aus ihnen ein System auf, das die einzelnen

¹³ A. a. O. 24.

¹⁴ Vgl. Ihering, Geist I, 55 ff. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I, 1906, 6 f. Von Mayr, RRG. I, 13 ff. Von Schwerin, Studium der german. Rechtsgesch., 15 ff. Wenger, Die Quellen des röm. Rechts, 1953, 43 ff.

¹⁵ Vgl. Mitscherlich a. a. O. 76, 79.

¹⁶ A. a. O. 7.

^{16a} Dazu jetzt Wenger a. a. O. 2 ff.