

## Sittlichkeit und Recht; Naturrecht und richtiges Recht.

Von Privatdozent Dr. Scherer in Würzburg.

(Schluss.)

Wie steht es nun mit der Wahrheit dieser Argumentation Bergbohms? Hat er seinen Untersatz bewiesen?

a. Wir geben ihm zunächst zu, dass das Recht nicht ein saft- und kraftloses Etwas sein könne, sondern, dass es eben für die Menschen da sei, mit der Zweckbestimmung, eine wirksame Regelung sozialer Lebensverhältnisse zu sein. Auch geben wir ihm ohne irgend welches Bedenken zu, dass das soziale Leben der Menschen durchaus abhängig sei von den allgemeinen materiellen und geistigen Lebensbedingungen der letzteren. Ist es aber wahr, dass die menschliche Vernunft in dem äusseren Naturzusammenhang, d. h. in den „Verhältnissen der Erdnatur“, in den „Kulturzuständen und Lebensweisen“ der Völker, in dem „psychophysischen Wesen des Menschen“, in seinen „Bedürfnissen, Kräften und Eigenschaften“, in seinen „Gefühlen und Trieben“, schlechterdings gar nichts Konstantes, Einheitliches, Allgemeines usw. zu entdecken vermöge?

aa. Was zunächst die Verhältnisse der Erdnatur anlangt, in „welche die Individuen ohne Wahl hineingeboren werden, um darin weiter zu leben,“ so treten trotz der ausserordentlichen Verschiedenheit der geophysischen Verhältnisse doch so viele konstante und einheitliche Erscheinungen zu tage, dass es eben nur auf grund derselben möglich ist, unseren Planeten unter einem ganz bestimmten Begriffe vorzustellen. Wären die atmosphärischen, ozeanographischen, klimatischen, oro- und hydrographischen Verhältnisse unseres Planeten durchaus von einander verschieden, fände sich in ihnen gar nichts Einheitliches und Konstantes, so wäre eben eine Wissenschaft der physikalischen Geographie unmöglich. Denn diese gehört, ebenso wie die Anthropogeographie, zu den sogenannten vergleichenden Wissenschaften. Vergleichende Wissenschaften sind aber nicht mög-

lich ohne bestimmte konstante Erscheinungen und Gesetze, die sie zum Gegenstande ihrer Untersuchungen machen. So ist das grosse Gesetz der allgemeinen Klimatologie, als eines besonderen Theiles der physikalischen Geographie, die Abhängigkeit der Klimafaktoren (Wärme, Luftdruck, Luftzirkulation, Wind, Niederschlagsverhältnisse) von der chemischen Intensität der Sonnenstrahlung und von den terrestrischen Einwirkungen, wie Verteilung von Wasser und Land, Meereshöhe und Meeresströmung usw. Ohne Sonnenstrahlung und terrestrische Einwirkungen könnte von klimatischen Verhältnissen überhaupt keine Rede sein. Diese sind jeweils verschieden, aber einem Klima begegnen wir überall, weil eben überall erwärmende Sonnenstrahlen unter einem bestimmten Einfallswinkel auf die Erdoberfläche fallen.<sup>1)</sup> Ähnlich verhält es sich mit den anderen geophysischen Verhältnissen. Die Verschiedenheit derselben als äussere Ursache der Verschiedenheit der anthropologisch-sozialen kann also nicht als Beweis für die Unmöglichkeit gewisser einheitlicher und konstanter Rechtsauffassungen angeführt werden. Vielmehr werden sich diese je in dem Masse nachweisen lassen, als die geophysischen bzw. die anthropogeographischen Verhältnisse gewisse konstante Wesensmerkmale aufzuweisen vermögen.

bb. Allein, wie steht es mit der anderen Behauptung Bergbohms, in den Kulturzuständen und Lebensweisen der Menschen finde sich schlechterdings nichts Einheitliches und Konstantes? Hier sind es gerade die Tatsachen der Kulturgeschichte und Ethnologie, welche die Haltlosigkeit seiner These dartun.

α. Die Kulturgeschichte berichtet uns zweifellos von einer ausserordentlichen Ungleichartigkeit und Mannigfaltigkeit technischer Errungenschaften wie geistiger Bildungsprozesse. Es ist gänzlich überflüssig, darüber auch nur ein Wort zu verlieren. Allein, was ist es denn gerade, was uns die Kulturgeschichte interessant und wertvoll macht? Etwa die blossе Schilderung und Charakterisierung der einzelnen Kulturepochen und Kulturvölker nach ihren Hauptmerkmalen, die Beschreibung ihrer verschiedenen Leistungen auf den einzelnen Gebieten menschlicher Kulturtätigkeit? Eine solch geistlose Art kulturgeschichtlicher Forschung müsste uns höchst unbefriedigt lassen. Gerade der Nachweis der Ursachen, von welchen die technischen Fortschritte und geistigen Bildungsprozesse im einzelnen abhängen,

<sup>1)</sup> Vgl. Hann, Handbuch der Klimatologie. Stuttgart, Engelhorn. 1883. S. 3, 124, 145.

die vergleichende Betrachtung der Gesamtleistungen und Entwicklungen unter sich, die Herausstellung der charakteristischen, typischen Züge im Leben der einzelnen Völker und Perioden, die Aufzeigung der Ursachen, welche die Umgestaltung typischer Phänomene bewirkten, der Gesetzmässigkeit, der die einzelnen Zusammenhänge unterstehen usw. —, das ist es, was unser Interesse erregt und wach erhält. Innerhalb einer solchen Methode kulturgeschichtlicher Forschung und Betrachtung werden wir sehr bald auf die grosse Konstante aller Kulturtätigkeit stossen, auf das, was Bierling<sup>1)</sup> die wesentlich gleichartige Geistesorganisation nennt. Diese ist es, welche den Menschen zum Menschen macht und seine Tätigkeit von allen anderen Energieauslösungen im Weltganzen auf das Bestimmteste unterscheiden lässt. Sie allein ist es aber auch, welche als einheitlicher, höchster Massstab für die vergleichende Beurteilung des inneren Wertes von Kulturerscheinungen zu dienen vermag. Bringen wir z. B. die beiden grossen Religionen des Buddhismus und Brahmanismus in eine kulturgeschichtliche Parallele, so ist die gemeinsame Grundlage und das oberste Prinzip unserer vergleichenden Betrachtung die Überzeugung, dass in beiden der Geist des Menschen zur Entfaltung kommt, hier so, dort so.

β. Die in der Gegenwart mächtig emporblühende ethnologische Forschung beruht auf der gleichen Überzeugung. Ihre oberste Aufgabe besteht darin, uns bekannt zu machen mit den Zeugnissen und Erscheinungen des geistigen Lebens der Völker. Sie wendet ihre besondere Aufmerksamkeit den sogenannten Naturvölkern zu, deren Geisteskultur bis auf die Tage eines ersten und systematischen Betriebes ethnologischer Wissenschaft allzu gering eingeschätzt wurde. Geht jedoch schon aus den Forschungen Darwins und H. Spencers zur Genüge hervor, dass sich auch bei den verlassensten und rohesten Volksstämmen (wie bei den Feuerländern, Pescheräh, Hottentotten, Australnegern, Buschmännern) noch wirklich geistiges Leben findet, so haben dies vollends die neueren ethnologischen Untersuchungen seit Peschel, Waitz, Ratzel ausser jeden Zweifel gestellt. Die Erscheinungen des geistigen Lebens dieser Völker sind ausserordentlich verschieden, oft so verschieden, dass eine oberflächliche Beurteilung nichts als Ungleichartiges erkennen zu können glaubt. Allein eine tiefer gehende, vorurteilsfreie Betrachtung wird ohne Mühe auch hier die Konstante wiederfinden, die wir oben be-

<sup>1)</sup> A. a. O., S. 2 und 3.

geschrieben. Die Überzeugung von ihrer die raum-zeitlichen Schranken überwindenden Wirksamkeit wird das Ergebnis einer jeden ernstesten ethnologischen Forschung sein und das oberste Prinzip ihrer vergleichenden Wertschätzung bilden.

cc. Die Tatsachen des geistigen Lebens der Menschheit, wie es aus der Kulturgeschichte und Ethnologie zu uns spricht, sind nach dem vorstehenden durch ein unlösliches Einheitsband miteinander verknüpft. Dieses ist die wesentlich gleichartige Geistesorganisation des Menschen, die seinem gesamten Seelenleben, all seinem Erkennen, Fühlen und Streben die höhere Weihe und Kraft verleiht. Und was für das geistige Leben gilt, gilt auch für die physiologisch-anatomische Bestimmtheit des menschlichen Körpers. Bei aller Verschiedenheit der einzelnen Rassen in anthropogeographischer Hinsicht, begegnen wir doch immer dem menschlichen Organismus.

b. Es geht also nicht an, unter Hinweis auf die Tatsachen der Menschheitsgeschichte und menschlichen Wesensausstattung die Möglichkeit einer einheitlichen Rechtsauffassung von vorneherein in Abrede zu stellen. Diese aber muss sich, wenn sie mehr als ein allgemeines Raisonement sein soll, in irgend welchen konkreten Rechtssatzungen aussprechen lassen. Obgleich Bergbohm den Untersatz des obigen Schlusses nicht zu beweisen vermag, könnte er doch die Frage nach den naturrechtlichen Begriffen und Grundsätzen stellen, die sich angeblich bei allen Völkern und zu allen Zeiten vorfinden. Wenn unsere vorstehenden Ausführungen richtig sind, muss sich Bergbohms Frage ohne Schwierigkeit beantworten lassen.

α. Von hervorragenden Juristen und Rechtsphilosophen wurde schon unzähligemale auf die universale, weltgeschichtliche Bedeutung des Römischen Rechtes hingewiesen. Und mit gutem Grunde! Denn in der Tat erfreute sich diese imposante Kulturererscheinung nicht nur des höchsten Ansehens bei allen Kulturvölkern, die mit ihr bekannt geworden, sondern sie hat auch durch die Jahrhunderte hindurch den nachhaltigsten Einfluss auf die innere Ausgestaltung der mannigfachsten positiven Rechtsordnungen ausgeübt. Gerade im Römischen Recht glauben wir nun einem obersten „scharfkantigen“ Rechtsbegriff zu begegnen, der im Rechtsbewusstsein aller Völker und Zeiten wiederkehrt und schon insofern einen gewissen Anspruch auf die Prädikate „ewig“, „universell“, „absolut“, „konstant“ usw. zu erheben vermag. Wir haben das „*Suum cuique*“ im Auge, wie es sich in

den berühmten Definitionen Ciceros und Ulpians von der Gerechtigkeit findet.<sup>1)</sup> Dieser Rechtsbegriff ist nicht, wie etwa Bergbohm und mit ihm eine Anzahl moderner Rechtsphilosophen im Sinne einer hübschen Verlegenheitsphrase sagen werden, rein formal, d. h. zu gut deutsch nichtssagend, sondern weist, unseres Erachtens, einen sehr positiven Inhalt auf, der aus der ethisch-sozialen Erfahrung entspringt.<sup>2)</sup> Es spricht sich in ihm die Überzeugung aus, dass innerhalb eines menschlichen Gemeinschaftslebens ein jeder, der ihm als vollwertiges Glied angehört, strikten Anspruch auf Bestimmtes, gerade ihm Zugehöriges zu erheben vermag. Insoweit wird einerseits einer Vielheit von sozial Verbundenen der Charakter von Rechtssubjekten ausdrücklich zuerkannt, andererseits kommt bereits das Eigentumsrecht in seiner allgemeinsten Form, nämlich als das Interessenrecht der sozial verbundenen Menschen, zum Ausdruck. Der in Rede stehende oberste Rechtsbegriff treibt aber auch unmittelbar zur Fixierung eines obersten Rechtsgrundsatzes fort, der also lautet: Innerhalb eines menschlichen Gemeinschaftslebens hat jeder einzelne die Interessensphäre des Nebenmenschen zu respektieren.

β. Je in dem Masse nun, als sich die ethisch-soziale Begriffsbildung vertieft, leitet das menschliche Vernunftbewusstsein, dessen immanente Logik stets und überall die gleiche ist, aus diesem obersten Rechtsbegriff und Rechtsgrundsatz eine Reihe bestimmterer Begriffe und Grundsätze ab. So wird zur begrifflichen Klarheit herausgearbeitet, wer und was unter einem Rechtssubjekt zu verstehen sei, ferner, was das Eigentumsrecht in seinem Wesen und Umfang bedeute und bedeuten könne. Hieraus ergibt sich naturgemäss eine ausserordentliche Mannigfaltigkeit der Begriffe und Grundsätze, die um so gleichartiger sein werden, je gleichartiger sich die ethisch-sozialen Werturteile gestalten. So stimmen z. B. sämtliche Rechtsordnungen darin überein, dass der Mensch, als vollwertiges Glied eines Gemeinschaftslebens, ein Recht auf Leben und Gesundheit, Ehre und guten Namen, Hab und Gut, Weib und Kind habe, und bezeichnen infolgedessen Mord, Körperverletzung, Verleumdung, Diebstahl, Raub und Betrug, Ehebruch, Unzucht als rechtswidrige Handlungen. Es ist aber wohl zu beachten, dass ein richtiger Rechts-

<sup>1)</sup> Vgl. Cathrein, a. a. O., S. 28, 30. — <sup>2)</sup> Ich stimme mit Cathrein (S. 164) in der Überzeugung durchaus überein, dass der Rechtsbegriff des „*Suum cuique*“ einen positiven Inhalt hat; jedoch möchte ich nicht von einem „a priori“ Rechtssatz sprechen.

begriff und ein verpflichtender Rechtsgrundsatz immer nur dann entstehen können, wenn auch die einzelnen Reflexionen über den Menschen als Rechtssubjekt und die Mannigfaltigkeit der zu erstrebenden Rechtsobjekte objektiv richtig sind. Eine jede sachlich unrichtige ethisch-soziale Begriffsbildung in Bezug auf die körperliche und geistige Wesensausstattung des Menschen, die Güter und Produkte der materiellen Welt wie des geistigen Lebens hat eine falsche Rechtsvorstellung im Gefolge. Infolgedessen kann es durchaus nicht befremden, dass wir innerhalb einer kulturgeschichtlichen und ethnologischen Vergleichung vielen Scheinrechtsbegriffen begegnen. Um nur ein Beispiel anzuführen: Die Griechische und Römische Jurisprudenz hielt Jahrhunderte hindurch an der Sklaverei als einer rechtlichen Institution fest, während diese nach moderner Rechtsauffassung unbedingt verworfen wird. Geht es nun an, die Griechische und Römische Rechtsauffassung als sachlich richtiges Recht zu bezeichnen? Vielfach ist man dieser Meinung. Allein sie lässt sich nicht aufrecht erhalten. Denn die Sklaverei als „rechtliche“ Institution hat zur Voraussetzung den Irrtum, nicht alle Menschen seien befähigt oder in der Lage, ein volles Persönlichkeitsleben zu entfalten. Der oberste Gattungsbegriff des Rechtes kommt infolge dieser falschen ethischen Reflexion nur bestimmten Klassen von Menschen zu gute, während er auf andere keine sachgemässe Anwendung findet. — Allein die grosse Verschiedenheit der ethisch-sozialen Lebensgestaltung und Lebensauffassung sowie die psychophysischen Besonderheiten innerhalb der menschlichen Wesensentfaltung machen es auch begreiflich, warum wir bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten Rechtsvorstellungen begegnen, die inhaltlich ausserordentlich von einander verschieden sind, aber doch jeweils richtiges Recht darstellen. So stossen wir bei den einzelnen Völkern auf die verschiedensten Auffassungen und Verordnungen innerhalb der Straf- wie Zivilrechtsordnung. Vergleichen wir z. B. unser Strafrecht mit dem Indischen, wie es uns jüngst die wertvollen Arbeiten von Jolly und Kohler in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft<sup>1)</sup> zur Kenntnis gebracht haben, so werden wir zunächst wohl einer ganzen Reihe gleichartiger Auffassungen und Bestimmungen, z. B. hinsichtlich der Verbal- und Realinjurien, Gewalttaten (Mord, Totschlag, Abtreibung, Verletzung usw.), des Diebstahls, der Unzuchtsdelikte, Urkundenfälschung, des Not-

<sup>1)</sup> 16. Bd. 1903. S. 108—178, 179—202.

stands und der Notwehr, der Beihilfe und Mittäterschaft begegnen, sodann aber den mannigfachsten Verschiedenheiten im einzelnen. So kennt z. B. unser Strafrecht nur eine Form der Todesstrafe: § 13 der St.-P.-O. lautet: „Die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken.“ Das Indische Strafrecht kennt jedoch eine ganze Menge solcher Formen: Enthauptung, Zerreißen durch Stiere, Pfählung, Spiessung, Feuer- und Wassertod u. a. m. Unzucht mit einer Unverheirateten oder Witwe wird nach unserer Strafprozessordnung nicht bestraft, jedoch nach der Indischen. Diebstahl kann bei uns nie mit dem Tode bestraft werden, jedoch bei den Hindus. Prügelstrafe und Verstümmelung kennt unser Strafgesetz nicht, im Indischen spielen diese Strafformen eine grosse Rolle. Der geschlechtliche Verkehr eines Mannes niederer Kaste mit einer den höheren Gesellschaftsklassen angehörigen Frau wird bei den Indern beiderseits streng bestraft, bei uns nicht. Gefängnisstrafe ist bei jenen äusserst selten, nach unserer Strafprozessordnung gehört sie neben der Todes- und Geldstrafe zu den sog. Hauptformen der Bestrafung. — Bezüglich des Zivilrechts ist es nicht anders. Vergleichen wir unser kompliziertes Zivilrecht etwa mit den Anschauungen, die sich bei den Naturvölkern hinsichtlich der rechtlichen Regelung ihrer sozial-wirtschaftlichen Verhältnisse finden, so lässt sich eine Übereinstimmung in Bezug auf gewisse höchste Gesichtspunkte, unter denen Eigentum, Handel, Verkehr, Ehe, Familie zu rechtlichen Regeln werden, durchaus nicht verkennen, andererseits jedoch tritt die grösste Verschiedenheit der Rechtsauffassung im einzelnen zu Tage. Zoll-, Steuer-, Stempelgesetze, Sprengstoffgesetze, Gesetze das Erfinder- und Urheberrecht betreffend, Krankenversicherungsgesetze, Unfallversicherungs-, Alters-, Invaliditäts-, Nahrungsmittel-, Versicherungs-, Musterschutz-, Aktien-, Patentgesetze usw. haben eben nur einen Sinn in unserer bürgerlichen Rechtsordnung, gänzlich überflüssig sind sie etwa bei den Negern im Innern Afrikas<sup>1)</sup> oder den Eskimos, die durchaus nicht ohne alles „bürgerliche“ Recht leben, jedoch in Anbetracht ihrer primitiven sozial-wirtschaftlichen Lebensgestaltung einen so komplizierten Rechtsapparat nicht nötig haben. Unsere bürgerliche Rechtsordnung beruht jedoch ebenso auf natürlichen Grundlagen, wie das relativ einfache „Zivilrecht“ der Naturvölker. Wenn sich bei diesen die merkwürdigsten Auffassungen hinsichtlich des ehelichen und Familienlebens

<sup>1)</sup> Vgl. „Das Recht in Afrika“, in „Ausland“. Jahrg. 1890, S. 401.

finden, so lassen sich diese nicht so ohne weiteres als Rechtsirrtümer bezeichnen; den Naturvölkern sind eben vielfach ganz andere Formen des ehelichen und Familienlebens „natürlich“ als uns. Dass es trotzdem auch in diesem Punkte alle Menschen allgemein verpflichtende Normen gibt, soll damit nicht bestritten werden.

In dem vorstehenden dürfte wohl die Antwort auf Bergbohms Frage nach der Absolutheit und Konstanz gewisser Rechtsbegriffe und Rechtsgrundsätze enthalten sein. Es gibt einen obersten Gattungsbegriff des Rechtes, dem wir tatsächlich überall und zu allen Zeiten begegnen, und dieser ist das „*suum cuique*“ der Römischen Jurisprudenz. Zu diesem obersten Gattungsbegriff verhalten sich die einzelnen rechtlichen Regelungen wiederum als Gattungen und Arten. Diese können inhaltlich noch so von einander verschieden sein (je nachdem eben die Gestaltungen und Auffassungen des ethisch-sozialen Lebens von einander abweichen): so weit, unter der Voraussetzung richtiger Werturteile über die wesentlichen Anlagen und Aufgaben des menschlichen Persönlichkeits- und Gemeinschaftslebens, der oberste Gattungsbegriff des Rechtes in ihnen sich verwirklicht, sind sie rechtliche Regelungen.

Damit nehmen wir Abschied von Bergbohm, dem wir bei aller Hochschätzung seines juristischen Wissens nicht das Verdienst zusprechen können, das ihm jüngst Matzat<sup>1)</sup> zuerkannt hat, nämlich sämtliche Naturrechtstheorien gründlich beseitigt zu haben. Ein anderer Rechtsphilosoph, E. A. Schröder, hatte kurz nach dem Erscheinen des Bergbohmschen Werkes den Mut, die Worte auszusprechen:

„Das Dasein sowohl als auch der Inhalt des echten Rechtes ist auf jeder Entwicklungsstufe und in jeder Gesellschaftsform ein gegebenes, unverrückbares. Der Mensch hat auf dieses Recht, das *δικαιον*, keinen Einfluss. Der Mensch vermag Gesetze zu schaffen, ja er kann sich, ob sie gerecht oder ungerecht sind, an sie gewöhnen. Das echte Recht ist eines in sich, durch sich; es ist um seiner selbst willen, es muss so sein, wie es ist, kann nicht anders sein, und wäre es anders, so würde es Unrecht sein . . . Das Recht ist der vollkommene Ausdruck der ideellen Wahrheit aller menschlichen Lebensverhältnisse und Beziehungen, das Unrecht der Lüge. So sicher es ist, dass es eine, nur eine Wahrheit gibt, so sicher gibt es nur ein echtes Recht. Nur Eines kann Wahrheit sein, nur Eines Recht.“<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> H. Matzat, Philosophie der Anpassung. Jena, Fischer. 1903. S. 148 —

<sup>2)</sup> E. A. Schröder, Das Recht in der geschlechtlichen Ordnung. Berlin, Felber. 1893. S. 11.

## B. Stammlers Stellung zur Naturrechtstheorie.

Um die Stellung zu kennzeichnen, welche Stammler zum Naturrecht einnimmt, müssen wir zunächst auf seine bereits oben zur Sprache gebrachte Lehre vom richtigen Recht zurückgreifen, sodann haben wir den Nachweis zu erbringen, dass der Begriff des richtigen Rechtes bei Stammler identisch ist mit seinem Naturrechtsbegriff, und endlich ist es unsere Aufgabe, *in concreto* zu zeigen, wie er allüberall das Naturrecht als richtendes Mass des positiven zur Anwendung gebracht wissen will.

1. Das richtige Recht ist nach Stammler die Form des gesetzten, geschichtlich gewordenen Rechtes. Letzteres ist der Inhalt des ersteren. Dass diese ganze Formentheorie einen logischen Widerspruch in sich enthält, glauben wir oben hinreichend dargetan zu haben. Sie beruht auf der Fiktion, die Form irgend eines Gegenstandes der Erfahrung könne gesondert für sich, ohne den Inhalt betrachtet werden. Der Begriff des richtigen Rechtes hat nur dann einen Sinn, wenn er einen von dem gesetzten verschiedenen, eigenen Inhalt aufzuweisen vermag. Sonst ist er nichts als eine optische Täuschung. Wäre sich Stammler konsequent geblieben, so hätte er die soziale Erfahrung als den Inhalt des richtigen Rechtes nicht preisgeben dürfen. Dann würde aber auch seine Stellung zur Naturrechtstheorie nicht an jener gedanklichen Disharmonie krankten, die sie infolge des erstmaligen verhängnisvollen Zugeständnisses an den rechtsphilosophischen Empirismus allerwegs erkennen lässt.

2. Gegen die sprachliche Ausdrucksweise „Naturrecht“ hat Stammler nicht das Geringste einzuwenden, sofern dieselbe nur einen richtigen Begriff zur gedanklichen Voraussetzung hat.<sup>1)</sup> Unter „Naturrecht“ versteht er ein Recht, das in seinem Inhalte der Natur entspricht. Aber gerade auf eine richtige Bestimmung dieses letzteren Begriffs kommt nach seiner Anschauung alles an. Man darf sich darunter nicht etwa die „Natur“ des Menschen vorstellen (was der Fehler der Naturrechtstheorie bei Grotius, Hobbes, Pufendorf sei), sondern einzig und allein die Natur des Rechtes.<sup>2)</sup>

Das Heranziehen der Natur des Menschen, so führt Stammler im einzelnen aus, sei bei der Bearbeitung der naturrechtlichen Aufgaben methodisch ungeeignet gewesen. Es sei nicht erweislich, dass dem Menschen bestimmte Eigenschaften für das Zusammenleben mit

<sup>1)</sup> L. v. r. R., S. 93 ff. — <sup>2)</sup> L. v. r. R., S. 98.

seiner Gattung und gewisse Triebfedern für sein Verhalten in solchem Zustande *a priori* zukämen. Alle Beobachtungen, die man hier machen könne, seien bedingt und nur von vergleichsweiser Allgemeinheit. Und die Art der Zwecksetzung vermöge in ihrem wirklichen Geschehen als ein allgemein gültiges Triebleben nicht bestimmt zu werden; durch solches erlange man einen einheitlichen, unbedingten Grundgedanken für den richtigen Inhalt von sozialem Wollen durchaus nicht. Das ergebe sich auch aus der Besinnung darauf, dass wir es ja mit einer Gesetzmässigkeit der sozialen Regelung und im besonderen der rechtlichen Ordnung zu tun hätten. Das sei aber etwas ganz anderes als eine Summe von angeblich selbständigen Sätzen, die für und gegen den einzelnen als einzelnen gälten. Es sei von dem gesellschaftlichen Zusammenwirken auszugehen als einem Gegenstande eigener Art und besonderer Erforschung und in diesem kritisch das immanente Gesetz zu entdecken. Aber es gebe keine angeborenen Rechte des einzelnen, die er für sich mitbrächte, welche mit der natürlichen Existenz des Menschen eben aus seiner Natur her ihm schon zu eigen wären; die er bei seinem Eintritte in das Recht, wie eine Art von Gütergemeinschaft, einwürfe, als ein unveräusserliches Gut, unveräusserlich und unzerbrechlich wie die Sterne.<sup>1)</sup>

Wir stimmen nun mit Stammler durchaus überein, wenn er lehrt, der Rechtsbegriff könne nicht aus der Betrachtung der natürlichen Wesensausstattung des einzelnen Menschen als solchen gewonnen werden, sondern nur aus der Idee des gesellschaftlichen Zusammenlebens, wie es sich als etwas tatsächlich Gegebenes der Beobachtung darbietet. Es ist eben gar nicht möglich, den Menschen als einzelpersonlich, herausgerissen aus dem Zusammenhang des sozialen Lebens, sich vorzustellen. Allein für gänzlich verfehlt halten wir seine Lehre: Der Naturrechtsbegriff sei eines jeden positiven Inhaltes bar. Die Rechtsphilosophie Stammlers enthält einen Naturrechtsbegriff. Es ist dies jener Rechtsbegriff, den er aus der Idee des gesellschaftlichen Zusammenwirkens, also aus der sozialen (nicht rechtlichen) Erfahrung gewinnt. Er bedeutet das methodische Abwägen von Einzelzwecken nach einem Endzweck der Gemeinschaft oder, in der schöneren Sprache v. Hertlings:

„Die Norm für diejenige Einschränkung der Freiheit jedes einzelnen, durch welche die Erfüllung menschheitlicher Zwecke von seiten der übrigen ermöglicht wird.“<sup>2)</sup>

<sup>1)</sup> L. v. r. R., S. 98. — <sup>2)</sup> v. Hertling, Kleine Schriften. Freiburg, Herder, 1897. S. 177.

Da dieser Begriff identisch ist mit dem des richtigen Rechtes, ist der letztere identisch mit dem Begriff des Naturrechts. Aus diesem Naturrechtsbegriff leitet Stammler die Grundsätze des Achtens wie des Teilnehmens ab. Die ersteren lauten:

a. „Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür des andern anheimfallen.“ b. „Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, dass der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann.“<sup>1)</sup>

Die letzteren:

a. „Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen sein.“ b. „Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschliessend sein, dass der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann.“<sup>2)</sup>

Haben nun diese Grundsätze, sowie der Begriff, aus dem sie sich erheben, wirklich keinen positiven Inhalt? Sind sie etwa rein formal, so dass sie ihren Inhalt erst aus der positiven Rechtsordnung zu entnehmen hätten? Eine derartige Behauptung lässt sich, wie wir dies oben des eingehenden dargetan haben, nicht aufrecht erhalten. Der Naturrechtsbegriff Stammlers sowie die aus ihm unmittelbar abzuleitenden Grundsätze enthalten einen aus dem Erfahrungsbereich des sozialen Lebens gewonnenen positiven Inhalt, der, wie sich leicht erkennen lässt, mit dem „*Suum cuique*“ der Römischen Rechtsphilosophie übereinstimmt. Stammler hat auch gegen das „*Suum cuique*“ als das „feste Attribut“ der *iustitia* nicht das Geringste einzuwenden.<sup>3)</sup> Nur bekämpft er Cathrein, der lehre, dieser oberste Rechtsbegriff habe schon einen positiven Inhalt. Cathreins Lehre geht in der Tat dahin; allein sie kann in keiner Weise erfolgreich angefochten werden.

3. Dass Stammler seine Lehre von dem rein formalen Charakter des Naturrechtsbegriffs nicht aufrecht erhalten kann, ergibt sich zur Evidenz aus seinem Bestreben, das Naturrecht richtige Recht allüberall zum richtenden Mass der positiven Rechtsordnung zu machen.<sup>4)</sup> Diese weise in zahlreichen Fällen über sich selbst hinaus und lasse einer selbständigen, aus der Einsicht in die Idee des richtigen Rechtes zu gewinnenden Rechtsvollziehung den

<sup>1)</sup> L. v. r. R., S. 208. — <sup>2)</sup> L. v. r. R., S. 211. — <sup>3)</sup> L. v. r. R., S. 13, 116. — <sup>4)</sup> Neuerdings vertritt auch Heimberger (Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht. Leipzig, Deichert. 1903) die Stammlersche Anschauung von dem rein formalen Charakter dieses obersten Rechtsbegriffs. Er unterscheidet das juristische Recht scharf von dem philosophischen. S. 8.

weitesten Spielraum.<sup>1)</sup> So z. B., wo das sogenannte Begnadigungsrecht in Frage komme. In allen Fällen der Begnadigung handelt es sich nach Stammler um einen besonderen Akt eines dazu Berechtigten:

„Der Akt kann sich in den Formen der Gesetzgebung vollziehen, z. B. als Amnestiegesetz; gewöhnlich kommt er aber als einzeln wirkende Handlung vor, sei es des auf sein Recht verzichtenden Rechtsangehörigen oder eines öffentlich-rechtlichen Organs.“ „Der Gnadenakt führt stets eine Begünstigung für eine bestimmte Person mit sich, welche sonst gewisse, ihr unerfreuliche Rechtsfolgen auf sich nehmen müsste. Dabei haben allerdings andere Menschen infolge jener gnädigen Zuwendung Nachteil: So der auf sein gesetzliches Recht aus Gnade freiwillig Verzichtende; oder der Gegner bei der einem anderen durch den Prätor erteilten Restitution; oder die Gesamtheit im Falle der Begnadigung eines Schuldigen. Aber der Gedanke der Gnade richtet sich zunächst immer auf das Erlassen von drückenden gesetzlichen Folgen.“<sup>2)</sup>

Es ist nun wohl zu beachten, dass alle Begnadigungsakte unter dem Gesichtspunkte ihrer inneren sachlichen Berechtigung zu prüfen sind. Soweit sie nichts als der blosse Ausfluss subjektiver Laune und persönlicher Willkür sind oder aus blossem Wohlwollen, aus Erwägungen der Staatsklugheit und Politik hervorgehen, sind sie objektiv unbegründet und nicht das, was sie wirklich sein sollen: eine Berichtigung von gesetztem Recht nach der Idee des richtigen Rechtes und seinen Grundsätzen.<sup>3)</sup> Wir stimmen Stammler vollständig zu, wenn er innerhalb seiner höchst lehrreichen und wirklich geistvollen Darstellung des innersten Wesens des Begnadigungsrechtes und seiner verschiedenen Formen dem Rechte, das mit uns geboren<sup>4)</sup> ist, seine gute Stelle anzuweisen gesonnen ist. Seine sämtlichen Ausführungen bedeuten nichts anderes als die grundsätzliche Anerkennung des Naturrechts, wie es oben bestimmt worden ist: Methodisches Abwägen von Einzelzwecken nach einem Endzweck der Gemeinschaft; dieses „richtige Recht“, das nach unserer Auffassung eben einen sehr bestimmten gedanklichen Inhalt hat, wird z. B. sofort wirksam, wenn es sich darum handelt, eine Strafe, die in seinem Sinne früher verhängt worden, jetzt in Anbetracht der persönlichen Wandlung des Delin-

<sup>1)</sup> In seiner Schrift: „Die Bedeutung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches für den Fortschritt der Kultur“ (Halle, Niemeyer) spricht St. den gleichen Gedanken folgendermassen aus: „Das neue B. G.-B. verweist in ungezählten Fällen den Richter darauf, er solle selber suchen und finden, was in einer rechtlichen Streitsache nach der besonderen Gelegenheit gerade dieses Falles das Richtige, was das Gerechte sei.“ S. 27. — <sup>2)</sup> L. v. r. R., S. 122—124. — <sup>3)</sup> L. v. r. R., S. 124, 125. — <sup>4)</sup> L. v. r. R., S. 137.

quenten, des Wechsels in politischen Verhältnissen usw. zu erlassen.<sup>1)</sup> Denn die Strafe hätte nach dem gleichen „richtigen Recht“ jetzt keinen Sinn mehr, weder für den Delinquenten noch für die Gemeinschaft, da sie ja nichts anderes sein kann, als die Berichtigung eines Rechtsbruches. Ist diese tatsächlich erfolgt, so hat die Fortdauer der Strafe keinen Zweck mehr. Wäre jedoch jeweils nur nach dem positiven Rechte zu entscheiden, so könnte von einem Straferlass im Sinne der Begnadigung niemals die Rede sein.<sup>2)</sup>

Dass das gesetzte Recht sehr häufig veranlasst ist, über sich selbst hinauszudeuten, geht nach Stammler weiterhin aus den zahlreichen Fällen richterlicher Entscheidungen hervor, in denen ein natürliches Rechtsgefühl,<sup>3)</sup> das Rechtsempfinden der Volkseelen,<sup>4)</sup> die in einer Rechtsgemeinschaft herrschenden Anschauungen,<sup>5)</sup> die Klassenmoral,<sup>6)</sup> das freie Ermessen oder der Takt des Richters<sup>7)</sup> angerufen werden. Soweit derartige Redeweisen und Wendungen einen Sinn haben sollen, müssen sie als der Versuch, eine Entscheidung nach den Grundsätzen des richtigen Rechtes, d. h. des Naturrechts, herbeizuführen, betrachtet werden. Wenn z. B. nach B. G.-B. § 544 der Mieter sofort ausziehen darf, wenn die Benutzung der Mietwohnung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, oder nach § 618 bei Dienstverträgen die Ausführung der Dienste für den Arbeiter so einzurichten ist, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit tunlichst geschützt ist, kann der Richter im Falle, dass es zu einer zivilrechtlichen Klage gekommen ist, die Entscheidung über die gesunde Beschaffenheit der fraglichen Räume nach den Ansichten treffen, welche in der Bevölkerungsklasse der Streittheile oder eines von ihnen überwiegend oder einstimmig gelten? Nach Stammler offenbar nicht. Denn eine solche Entscheidung, die nichts anderes bedeuten würde, als eine einfache Bezugnahme auf dasjenige, was man als konkrete Anwendung des richtigen Rechtes irgendwie angenommen hat, würde nicht der Grundidee des letzteren entsprechen, nach dem allein die Entscheidung zu treffen ist, und das nicht so leichthin als gegeben vorausgesetzt werden darf.<sup>8)</sup>

In all den Fällen ferner, in denen die positive Rechtsordnung offensichtlich auf Mittel sinnt, um einen richtigen Rechtsinhalt zu erwerben und zu besitzen, tritt das eigene Unvermögen derselben zu

<sup>1)</sup> L. v. r. R., S. 139. — <sup>2)</sup> Ebd., S. 454. — <sup>3)</sup> Ebd., S. 146. — <sup>4)</sup> Ebd., S. 149. — <sup>5)</sup> Ebd., S. 154. — <sup>6)</sup> Ebd., S. 156. — <sup>7)</sup> Ebd., S. 167. — <sup>8)</sup> Ebd., S. 159, 160.

tage, aus sich allein alles entscheiden zu können. So will sie in bestimmten Fällen zwischen gerechtem und gelindem<sup>1)</sup>, zwischen wirklichem und förmlichem<sup>2)</sup> Recht unterschieden wissen.

Das gerechte Recht<sup>3)</sup> ist eine rechtliche Satzung, die in festem Willen bestrebt ist, das in kommenden Streitfällen Richtige im voraus im allgemeinen zu bestimmen. Unter einem gelinden Rechte<sup>4)</sup> jedoch hat man die von der positiven Rechtsordnung den Streittheilen, dem Berater, dem Urtheiler ausdrücklich zugesprochene Ermächtigung zu verstehen, in einem einzelnen Falle, der der rechtlichen Erwägung sich stellt, das Richtige selbst zu finden. Es fordert, von einer jetzt aufgeworfenen Streitfrage ohne Aufhören bis zu dem grundsätzlichen Ziele der rechtlichen Ordnung überhaupt fortzugehen und von hier in ununterbrochenem Zusammenhang die Entscheidung herzuleiten. Das gelinde Recht ist nichts anderes als die grundsätzliche Anerkennung des richtigen Rechtes von seiten des gesetzten. Es wird, wie Stammler dies eingehend nachweist, hauptsächlich bei den gesetzlichen Formvorschriften für Rechtsverhältnisse (z. B. bei Testamenten, Schuldverhältnissen) zur Anwendung zu bringen sein.<sup>5)</sup>

Der Gegensatz zwischen dem wirklichen und dem förmlichen Rechte<sup>6)</sup> besteht darin, dass die Gesetzgebung zuweilen für den Bestand oder das Ausführen eines gewissen Rechtsverhältnisses bestimmte Voraussetzungen in allgemeinem Satze aufstellt, so dass ein von dem gesetzten Rechte zuerkannter Anspruch nun doch wieder nicht zur Geltung und Verwirklichung gebracht zu werden vermag. Sowohl bei dem öffentlichen Glauben des Grundbuches und amtlich geführter Register wie insbesondere bei der Verjährung und dem Prozesse, der gerichtlichen Durchsetzung gegebener Rechte tritt dieser eigenartige Gegensatz zu tage. Er bedeutet nichts anderes als die Einsicht des positiven Rechtes in seine eigene Unvollkommenheit und Bedingtheit, sowie das ausdrückliche Verlangen nach sachlich richtigem Recht.

In gesteigertem Masse tritt dieser Wunsch des positiven Rechtes zu tage, wenn es sich im einzelnen Fall als bewusst unrichtig selbst bekennt, aber unvermögend ist, richtiges Recht zu finden. (So bei der Bildung der Haussklaverei in den Deutschen Schutzgebieten, der privaten Unzucht und dem Bordellunwesen, der grausamen Abschreckung im Kriege, dem Hazardspiel.)<sup>7)</sup>

<sup>1)</sup> L. v. r. R., S. 252. — <sup>2)</sup> Ebd., S. 262. — <sup>3)</sup> Ebd., S. 252. — <sup>4)</sup> Ebd., — <sup>5)</sup> Ebd., S. 259. — <sup>6)</sup> Ebd., S. 262. — <sup>7)</sup> Ebd., S. 268.

In zahlreichen Fällen endlich bedeutet das absichtliche Schweigen<sup>1)</sup> des positiven Rechtes nichts anderes als ein Mittel, seinen Inhalt nach dem Begriff und den Grundsätzen des richtigen Rechtes auch richtig zu gestalten. In den §§ 364, 866, 278, 831 des B. G.-B. entscheidet die Gesetzgebung aus einer bestimmten Lehre gewisse Einzelfragen (z. B. hinsichtlich der Erfüllung von Leistungen § 364, des Besitzschutzes bei gemeinsamem Besitz einer Sache § 866<sup>2)</sup>) in besonderer Festsetzung, den Ausbau der Lehre aber und die Erledigung sonstiger Zweifel überlässt sie dem einzelnen Richter. Dieser ist aber genötigt, hierbei über ein bloss technisches Verfahren hinauszugehen und die Norm für eine endgültig richterliche Entscheidung im Grundgedanken des richtigen Rechtes zu suchen. Denn das gesetzte Recht ist unvermögend, in seiner konkreten Eigenart in unbedingter Weise die Allheit der nur denkbaren Rechtsfragen zu umfassen.<sup>3)</sup>

Damit hat Stammler die von Bergbohm so kühn behauptete absolute logische Geschlossenheit der positiven Rechtsordnung ausdrücklich in Abrede gestellt und bedenkenlos die tatsächliche Lückenhaftigkeit derselben anerkannt. Nichts kann für den Juristen von grösserem praktischen Interesse sein, als diese Überzeugung Stammlers auf ihre innere Wahrheit gerade an der „Praxis des richtigen Rechtes“, welche das dritte Buch der „Lehre von dem richtigen Recht“ enthält, zu prüfen. Der ausgezeichnete Rechtsgelehrte gibt hierin in grosser Ausführlichkeit die konkrete und erschöpfende Illustration zu seiner Lehre, das richtige Recht sei das allgemeingültige Rechtsmass des positiven, geschichtlich gewordenen und werdenden. In tausend Einzelfällen deckt er die tatsächliche Bedingtheit und Beschränktheit des positiven Rechtes auf und tut überzeugend dar, wie notwendig es ist, Begriff und Grundsätze des richtigen Rechtes anzurufen, um als Richter nicht entweder rat- und tatlos dazustehen, oder offener Ungerechtigkeit zum Opfer zu fallen. Müssen wir es uns auch versagen, Stammler noch weiterhin in all seinen Einzelausführungen zu folgen, sondern dies auf das Angelegentlichste den Juristen empfehlen, so glauben wir doch, wenigstens noch einige besonders charakteristische Hauptmomente

---

<sup>1)</sup> L. v. r. R., S. 271. — <sup>2)</sup> § 866 des B. G.-B. lautet: „Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zu einander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauches handelt.“ — <sup>3)</sup> L. v. r. R., S. 273.

aus der Praxis des richtigen Rechtes hervorheben zu sollen, woraus von neuem erhellen soll, wie wenig letzteres als ein rein formaler Begriff bestimmt zu werden vermag.

Innerhalb eines richtigen Ausführens von Rechtsverhältnissen der verschiedensten Natur ist von besonderer Wichtigkeit die Ausübung der sog. Ausschliessungsrechte.<sup>1)</sup> Stammler weist hier auf den interessanten Rechtsfall hin, der sich zur Zeit Friedrichs des Grossen zugetragen hat. Der Nachbar eines Müllers hatte auf dem Gute, das oberhalb der Mühle gelegen war, Fischteiche so angelegt und aus dem Mühlbache bewässert, dass die Mühle nun nicht mehr das nötige Wasser zum ordentlichen Betrieb regelmässig erhalten konnte. Der Müller strengte gegen den Nachbarn zivilrechtliche Klage an, die den Erfolg hatte, dass letzterer durch alle Instanzen hindurch Recht erhielt. Das Kammergericht entschied:

„Es konnte dem Beklagten die Retablierung des Teiches nicht verwehrt werden; er konnte sich auch zur Bewässerung desselben des Wassers aus dem Bache bedienen. Denn insofern es durch seinen Grund und Boden läuft, gehört es ihm eigentümlich zu, und derjenige tut dem anderen kein Unrecht, welcher sich des ihm zustehenden Rechtes bedient.“<sup>2)</sup>

Allein anders der alte Fritz. Er kassierte das Urteil des Kammergerichts, setzte die Räte, die es gefällt, ab und schickte sie ein Jahr lang auf die Festung. Dem Müller Arnold wurde seine Mühle wieder eingeräumt und der ihm erwachsene Schaden aus dem Privatvermögen jener Richter ersetzt; die schädigenden Teiche wurden zerstört.<sup>3)</sup>

Wer hatte nun Recht? König oder Kammergericht? Es lässt sich nicht so ohne weiteres sagen: Der König, der, wie man annehmen wird, nach gesundem Menschenverstand und natürlichem Gerechtigkeitsgefühl geurteilt. Auch der beklagte Nachbar hatte sich ausdrücklich auf den gesunden Menschenverstand berufen. Und die Richter hatten ihm Recht gegeben. Allein das Fehlerhafte ihrer Entscheidung lag in der blossen Bezugnahme auf die technisch geformten und technisch festgelegten Bestimmungen des Ausübungsrechts-Paragrafen. Der Streitfall hätte nach dem Grundgedanken des richtigen Rechtes entschieden werden müssen, nicht nach der blossen Technik des damaligen Rechtes.<sup>4)</sup> Es hätte der Grundsatz des Teilnehmers: Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschliessend sein, dass der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann, zur Anwendung kommen müssen.<sup>5)</sup> In dem Streite

<sup>1)</sup> L. v. r. R., S. 316. — <sup>2)</sup> Ebd., S. 316. — <sup>3)</sup> Ebd., S. 317, 318. — <sup>4)</sup> L. v. r. R., S. 320. — <sup>5)</sup> Ebd., S. 211.

des Müllers hätte den letzteren durch das Anlegen der Teiche ausschliesslich aller Nachteil treffen müssen. Hätte jedoch umgekehrt der oben gelegene Eigentümer jene Einrichtung kurzer Hand unterlassen sollen, so würde dieser einseitig allen Schaden haben erleiden müssen. Aber es hätte das Prinzip zur Anwendung kommen müssen: Es darf der Berechtigte so verfügen, dass er seinen Gegenstand ausnützt und er nicht durch dessen Liegenlassen allein geschädigt wird; aber er soll seine Einwirkung nur in der Art und Stärke vornehmen, dass der dem andern Teile dadurch notwendig erwachsende Nachteil im rechten Verhältnis zu dem Schaden steht, den der Verfügende durch die Ausübung seines Rechtes vermeidet. Das rechte Verhältnis ist aus dem Dulden seitens des Ausgeschlossenen und aus dem Unterlassen einer Verfügung durch den Berechtigten zu entnehmen. Die Ausrechnung des hierdurch für beide Teile entstehenden Schadens hat nach dem tatsächlich ermittelten Tauschwert zu geschehen. Und dieser so ermittelte Gesamtschaden muss nun nach Verhältnis des von jeder Seite eingeschlossenen Gutes geteilt werden.<sup>1)</sup>

Dieses methodische Verfahren nach dem Begriff und den Grundsätzen des richtigen Rechtes macht es nach Stammler allein möglich, dem Ausführenden von Ausschliessungsrechten eine sichere Grenze zu ziehen, jenseits deren es aufhört, innerlich berechtigt zu sein. Wollte man die technisch geformten Normen des positiven Rechtes (Zivilrechtes) allein in Anwendung bringen, so wäre es, wie der obige Streitfall des Müllers Arnold unzweifelhaft beweist, schlechterdings unmöglich, eine gerechte Entscheidung herbeizuführen. Stammler behauptet, auch nach dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch könnte, wenn bloss seine technisch geformten Normen in Betracht gezogen würden, die Ausübung der von ihm verliehenen Ausschliessungsrechte (§ 226. „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen“) nicht als ein sachlich richtiges Vorgehen betrachtet werden. Es kenne ausser dem schon sehr bedenklichen § 226 (Chikaneparagraph) nur einzelne positive Einschränkungen in technisch geformten Anordnungen. In allen übrigen Möglichkeiten erlaube es sogar eine rücksichtslose Betätigung ausschliessender Rechte und eine bloss subjektiv gültige Ausnützung.<sup>2)</sup>

Dass diese scharfe Kritik Stammlers an dem Bürgerlichen Gesetzbuch (besonders an § 226) sachlich berechtigt ist, geht neuerdings

<sup>1)</sup> L. v. r. R., S. 320, 321, 322. — <sup>2)</sup> Ebd., S. 329.

aus der interessanten Studie von Stanislaus Pineles „Beiträge zum Römischen und heutigen Wasserrecht“<sup>1)</sup> hervor. Pineles weist auf die bereits von Dernburg scharf kritisierte denkwürdige Entscheidung des Reichsgerichts vom 3. Oktober 1884 hin, die tatsächlich ganz im Geiste der technisch festgelegten Normen unseres gegenwärtigen Zivilrechtes gegeben wurde und sich um kein Haar von jener des Kammergerichts unter Friedrich dem Grossen unterscheidet.<sup>2)</sup>

Wie bei der Ausübung von Ausschlussrechten das gesetzte Recht, wenn anders es eine sachlich richtige Entscheidung treffen will, über seinen eisernen Inhalt hinauszudeuten und Idee und Grundsätze des richtigen Rechtes anzurufen veranlasst ist, so ist dies in gleichem Masse allüberall der Fall, wo es sich um ein Vermeiden des Missbrauches bei Familienrechten (ehelichen und elterlichen Rechten) handelt,<sup>3)</sup> ferner wo sich in den einzelnen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches die Bezugnahme auf das „Tunliche“ eines Vorgehens findet (B. G.-B. §§ 1673, 1690, 1826, 1827, 1996, 2216 usw.),<sup>4)</sup> wo eine Bestimmung nach „billigem Ermessen“ getroffen werden soll (§§ 1024, 1060),<sup>5)</sup> wo die Grenzen der Vertragsfreiheit in Frage kommen<sup>6)</sup> (§§ 795, 3; 2171, 2263), wo es sich um Rechtsgeschäfte gegen ein gesetzliches Verbot (§§ 134, 138), gegen die guten Sitten handelt<sup>7)</sup>, wo die Auslegung von Rechtsgeschäften (§ 157) Schwierigkeiten bereitet<sup>8)</sup> oder der „wirkliche Wille“ des Rechtssubjektes nicht offenkundig zu Tage tritt (§ 133 des B. G.-B.)<sup>9)</sup>, wo eine „verständige Würdigung des Falles“ von Seiten des B. G.-B. (§ 119) als entscheidend betrachtet wird.<sup>10)</sup>

Aus der Art und Weise, wie Stammler in all diesen und zahlreichen anderen Einzelfällen Begriffe und Grundsätze des „richtigen Rechtes“ zur Anwendung zu bringen versucht, geht zur Genüge hervor, dass letzteres nicht etwa bloss ein „besonders geartetes gesetztes Recht“ ist<sup>11)</sup>, sondern ein Ideal des Geisteslebens bedeutet, das in Wahrheit Anspruch auf „Selbstherrlichkeit“ und „Unverletzlichkeit“<sup>12)</sup> zu erheben vermag. Es wäre nicht schwer, dies für alle Fälle, die Stammler ins Auge fasst, nachzuweisen. Doch

1) Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. 30. Bd. III. und IV. Heft, S. 421 ff. — 2) Ebd., S. 445. — 3) L. v. r. R., S. 362. — 4) Ebd., S. 368. — 5) Ebd., S. 373. — 6) Ebd., S. 387. — 7) Ebd., S. 401, 410. — 8) Ebd., S. 497. — 9) „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.“ L. v. r. R., S. 506. — 10) Ebd., S. 518. — 11) Ebd., S. 246. — 12) Ebd., S. 21.

dies kann nicht unsere Aufgabe sein. Wir müssen uns mit den in dem vorstehenden gegebenen Darlegungen begnügen und im übrigen auf die geistvollen Ausführungen der Stammlerschen „Praxis des richtigen Rechtes“ selbst verweisen. Wir glauben hierin den geschicktesten und überzeugendsten Nachweis der tatsächlichen Wirksamkeit naturrechtlicher Begriffe und Grundsätze erblicken zu sollen, der jemals unter Bezugnahme auf die positive Rechtsordnung von seiten eines fachmännisch gebildeten Juristen geführt worden ist. Man wird nun, davon sind wir überzeugt, über kurz oder lang Stammlers „Lehre von dem richtigen Recht“ als einen bedenklichen Rückfall in die naturrechtliche Anschauungsweise längst vergangener Zeiten bezeichnen und von neuem die Forderung erheben: Eine jede Rechtsphilosophie muss im Geiste einer Philosophie des positiven Rechtes zur Durchführung gebracht werden. Stammler wird um eine Antwort an die zünftigen Juristen nicht verlegen sein. Er wird den Empiristen eingestehen, dass er an einem Naturrecht festhalte; allein dies sei eben nichts anderes als das richtige Recht im Sinne einer formalen Methode theoretischer Rechtslehre. Ob sich seine Gegner mit diesem Hinweis auf die Tragweite seiner formalen Methode zufrieden geben, oder nicht gerade hierin einen logischen Widerspruch erblicken werden? Wir fürchten, die Empiristen werden Stammler energisch beim Wort nehmen und ihn an all die Zugeständnisse erinnern, die er ihnen hinsichtlich der „Selbstherrlichkeit“ und „Unverletzlichkeit“ des positiven Rechts einerseits, der Loslösung des Rechtes von der Ethik andererseits gemacht hat.

Unser Bestreben war es, in dem vorstehenden den tiefen Wahrheitsgehalt, der in der Stammlerschen Rechtsphilosophie liegt, zur Kenntnis zu bringen und so zu zeigen, wie wenig Erfolg Bergbohms Kriegszug gegen das Naturrecht hatte. Andererseits glaubten wir jedoch auch auf die ausserordentlichen Schwierigkeiten hinweisen zu sollen, die sich für die theoretische Rechtslehre Stammlers aus der wohl sehr originellen und geistvollen, aber unseres Erachtens nicht haltbaren formalen Methode ergeben. Wir glauben nicht, dass sie im stande ist, die Naturrechtsidee widerspruchsfrei zu entwickeln und gegen die Angriffe der Empiristen sicher zu stellen.