

RUDOLF WELSER*

IST *JHERINGS* WIENER VORTRAG
„DER KAMPF UM’S RECHT”
AUCH HEUTE NOCH EINE TAUGLICHE
GRUNDLAGE DES RECHTSVERSTÄNDNISSES?
GEDANKEN ZU *JHERINGS* THESEN**

I. *JHERING* IN WIEN

Rudolph von Jhering, der sich selbst „*Jhering*” nannte, war vier Jahre, nämlich von 1868–1872, Professor in Wien und hat sozusagen als Abschiedsgeschenk am 11. März 1872 in der Wiener Juristischen Gesellschaft jenen Vortrag gehalten, dessen Thema berühmt geworden ist.

Herbert Hofmeister hat aus Anlass des 100. Todestages von *Jhering* eine Arbeit zum Thema „*Jhering* in Wien” verfasst¹, in der er ua darauf hingewiesen hat, dass es die vier Wiener Jahre waren, die *Rudolph von Jhering* endgültig vom „*Saulus*” der pandektistischen Begriffsjurisprudenz zum „*Paulus*” der Interessenjurisprudenz gemacht haben.

Jherings Vortrag, später als Buch in mehreren Auflagen erschienen, wurde weltberühmt. Trotz mancher Kritik hat er offenbar die Rechtswissenschaft überzeugt, ja vielfach begeistert. Es ist allerdings schwer, *Jherings* Lehre kurz und verständlich darzustellen, was auch für die Kritik gilt². Der Titel „Kampf um’s Recht” hat den

* *em. o. Univ.-Prof. DDr. h.c. Dr. Rudolf Welser, Universität Wien.*

** Dieser Beitrag erscheint zugleich in der Zeitschrift *Juristische Blätter* 2017, Heft 11, S. 689–696.

¹ *Hofmeister* in *Ogris/Luf* (Hrsg), *Der Kampf ums Recht* 9.

² Eine hervorragende und viel zu wenig beachtete kritische Auseinandersetzung mit *Jherings* Thesen findet sich schon bei *Boas*, *Der Kampf um’s Recht. Ein Pflichtgebot?* Die folgende Auseinandersetzung verdankt der Arbeit von *Boas* eine Reihe von Anregungen. Grundlegende Kritik von *Jherings* Vortrag auch bei *Bucher*, *Gegen*

berühmten *Jhering* noch bekannter gemacht, er ist heute noch jedem einigermaßen gebildeten Juristen ein Begriff.

Wenig habe ich allerdings darüber gelesen, wie sich dieser große Wurf *Jherings* praktisch ausgewirkt hat — eine Frage, die man legitimerweise stellen darf, weil *Jhering* selbst das Recht als einen praktischen Begriff und die Rechtswissenschaft als eine praktische Wissenschaft gesehen hat³. Und in der Tat kann ich mir auch selbst nach der Lektüre von *Jherings* Vortrag keine direkten Auswirkungen auf die tägliche juristische Arbeit vorstellen. *Jherings* Theorien konnten einen gewissen Einfluss auf die Vorstellungswelt der Juristen und auf ihre Gesinnung haben, für die Anwendung des Rechts sehe ich hingegen keine konkrete Hilfe.

Der wesentliche Inhalt des berühmten Werkes ist allgemein bekannt. *Jherings* Thesen und seine Beweisführung sind allerdings so vielfältig und teilweise auch kompliziert, dass man sie nicht ohne weiteres im Gedächtnis behält. Wenn man dazu einen Kommentar oder doch einige Bemerkungen abgeben will, muss man daher zuerst die wichtigsten Aussagen in Erinnerung rufen.

II. JHERINGS THEORIE VOM „KAMPF UM’S RECHT“

Schon am Beginn seiner Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechts stellt *Jhering* grundlegende Thesen auf: Das Recht habe den Frieden als Ziel und den Kampf als Mittel hiezu: „Im Kampfe sollst du dein Recht finden“. Ohne Kampf — also ohne Widerstand gegen das Unrecht — würde das Recht sich selbst verleugnen. Alles Recht sei erstritten worden. Der Kampf sei die „Arbeit des Rechts“⁴.

Jhering unterscheidet zwischen dem Kampf um das Recht im objektiven Sinn und den Kampf um das Recht im subjektiven Sinn, also um die Verwirklichung der konkreten Rechte.

1. DER KAMPF DER INTERESSENGRUPPEN UM DAS OBJEKTIVE RECHT

Bei der Darstellung des Kampfes ums objektive Recht weist *Jhering* auf Gesichtspunkte hin⁵, die auch heute noch eine gewisse Richtigkeit für sich haben; zB, dass nur das Gesetz eine neue Richtung einschlagen kann, nicht aber der Volksgeist im Sinne Savignys; ferner dass bei einem „Eingriff“ durch das Gesetz vielerlei

Jherings Kampf ums Recht, in FS Peter Gauch (2004) 45; vgl ferner *Peter Koller* in *Estermann* (Hrsg), *Der Kampf ums Recht* 13; s FN 1.

³ *Jhering*: *Der Kampf um’s Recht* 7. Das folgende Referat von *Jherings* Arbeit folgt dieser Publikation.

⁴ *Jhering*: *Kampf* 8 ff.

⁵ *Jhering*: *Kampf* 13 ff.

Widerstände zu überwinden sind und dass bei dem daraus resultierenden Kampf nicht das Gewicht der Gründe, sondern die Machtverhältnisse entscheiden, so dass das Ergebnis gleichsam aus einem „Parallelogramm der Kräfte“ resultiere. Im Gegensatz zu Savigny ist Jhering der Meinung, dass sich das Recht nicht wie die Sprache, die Kunst und die Kultur selbst entwickelt, sondern dass es unausgesetzt den richtigen Weg suchen und ihn mit Kampf und Gewalt durchsetzen und beschreiten muss⁶. Selbst grundlegende Elemente der Rechtsordnung wie im römischen Recht die *rei vindicatio* und das Recht, den säumigen Schuldner in auswärtige Knechtschaft zu verkaufen, seien in wildem Kampf erstritten worden⁷.

Nicht fremd ist uns auch noch heute die Beobachtung, dass Gesetze vielfach von Interessengruppen⁸, wir sagen gerne Interessenvertretungen, durchgesetzt werden. Kritisch muss man allerdings *Jhering* entgegenhalten, dass dies nicht immer so sein muss, dass nämlich Gesetze auch auf Grund von Ideen Einzelner oder durch einsichtiges Verhalten und Verhandeln verschiedener Interessengruppen und nicht durch wilden Kampf erstritten werden. Schon hier zeigt sich daher als zentraler Einwand gegen *Jherings* Auffassung, dass er eine an sich richtige Beobachtung generalisiert und verabsolutiert. Freilich scheint *Jhering* — anders als beim subjektiven Recht — hier den einzelnen Gruppen oder Interessenten zumindest keine Verpflichtung aufzuerlegen, Rechtsänderungen tatsächlich im Kampf zu erstreiten, widrigenfalls das Recht selbst zugrunde gehe.

2. DER KAMPF DES BERECHTIGTEN UMS SUBJEKTIVE RECHT

A) DIE NOTWENDIGKEIT DES KAMPFES

Weitaus diffiziler aufgebaut als der Kampf ums objektive Recht sind Jherings Thesen zum Kampf um das subjektive Recht⁹. Sie sind daher auf viel größeres Interesse und manche kritische Betrachtung gestoßen¹⁰. Während die Ausführungen zum objektiven Recht meist nicht näher spezifizierte Gruppen betreffen, geht *Jherings* Sicht der privaten subjektiven Rechte jeden an, sie sind für das Verhalten von Einzelpersonen direkt relevant, weil nach Jherings Meinung jeder verpflichtet ist, Angriffe auf sein Recht im Kampf abzuwehren.

Jhering übersieht natürlich nicht, dass für die Entscheidung, wie ein Berechtigter bei einer Rechtsverletzung vorgeht, meist sein eigenes Interesse und der Wert

⁶ *Jhering*: Kampf 16 f.

⁷ *Jhering*: Kampf 15.

⁸ *Jhering*: Kampf 14 f.

⁹ *Jhering*: Kampf 20 ff.

¹⁰ S zB die in FN 2 angeführten Autoren.

der Sache, im Vordergrund steht¹¹. Er sucht aber gleichzeitig davon zu überzeugen, dass es bei der Entscheidung über die Abwehr schon von der frühen Rechtsgeschichte an bis in die Gegenwart noch um etwas anderes geht: um die Selbstbehauptung der Person, die durch den Angriff auf ihr Recht in ihren Gütern und in ihrer Ehre verletzt wird¹². Dieser Aspekt rückt dann in *Jherings* Arbeit immer mehr in den Mittelpunkt. Sehe man von gewissen Ausnahmefällen ab, so gehe es bei Rechtsverletzungen um die Entscheidung zwischen „kämpfen“ oder „weichen“, also darum, ob das Recht dem Frieden oder der Friede dem Recht geopfert werden soll.

Selbstverständlich sieht *Jhering*, dass diese Entscheidung nicht immer nur in eine Richtung, sozusagen mechanisch zugunsten der Rechtsverfolgung getroffen werden kann, vielmehr muss abgewogen werden, welches Opfer für den Berechtigten erträglicher ist. Etwas sei aber von zentraler Bedeutung: Auch wenn die Entscheidung im Einzelfall einmal anders ausfallen mag, insgesamt müsse das Recht durchgesetzt werden, weil sich sonst die Rechtsordnung selbst aufgeben. Auch bei einem Missverhältnis zwischen Wert und Kosten lohne der Zweck die Mittel: die Behauptung der eigenen Persönlichkeit und ihres Rechtsgefühls habe Vorrang. Gerechtfertigt werde dieses Postulat durch den moralischen Schmerz über das erlittene Unrecht, durch die Notwendigkeit der Anerkennung des Rechts, kurz gesagt, durch die Notwendigkeit der Respektierung des Rechtsgefühls, der Selbstachtung und der Persönlichkeit. Dagegen könne auch nicht eingewendet werden, dass der Berechtigte die Wahl habe, sein Recht geltend zu machen oder nicht. Vielmehr sei — so *Jhering* wörtlich — der Verweis auf dieses Wahlrecht höchst verwerflich¹³, dem innersten Wesen des Rechts widerstreitend. Wäre das allgemeine Ansicht, meint *Jhering*, wäre es um das Recht geschehen. Dieses habe vielmehr zu seinem Bestehen den mannhaften Widerstand des Berechtigten gegen das Unrecht nötig und nicht dessen feige Flucht.

Aus der Selbstachtung des Berechtigten, also dem „Gebot der moralischen Selbsterhaltung“ einerseits und aus der Notwendigkeit des Widerstandes der Rechtsordnung gegen das Unrecht andererseits leitet *Jhering* seine wesentlichste These ab: Der Widerstand gegen das Unrecht ist eine moralische Pflicht des Berechtigten, und zwar Pflicht gegen sich selbst und Pflicht gegen das Gemeinwesen, also gegen den Staat¹⁴. Die Selbstachtung soll verlieren, den Wert der Persönlichkeit soll einbüßen, wer sein Recht, sein Rechtsgefühl nicht behaupte, und das geringfügigste Vermögensrecht preisgebe, wenn es verletzt sei, mag ein Streit darüber noch so ungelegen sein. Auf diese Thesen ist jetzt einzugehen.

¹¹ *Jhering*: Kampf 23 f.

¹² *Jhering*: Kampf 27.

¹³ *Jhering*: Kampf 27.

¹⁴ *Jhering*: Kampf 27.

B) DIE PFLICHT GEGENÜBER SICH SELBST

Für den Berechtigten ist nach *Jhering* dessen Widerstand eine moralische Pflicht gegen sich selbst¹⁵. Die Behauptung der eigenen Existenz sei das höchste Gesetz der ganzen Schöpfung, dementsprechend auch die moralische Existenz, deren Bedingung das Recht ist, sodass deren Behauptung, also die Durchsetzung des eigenen Rechts, eine Pflicht der moralischen Selbsterhaltung sei. Es gehe um die Lebensbedingungen eines Subjekts, die von ihm verteidigt werden müssten, wenn Willkür es wagte, sie anzutasten.

Allerdings macht *Jhering* eine Einschränkung, die dem Berechtigten die Entscheidung über seine Verpflichtung schwerer macht: Wenn es sich um eine Klärung der Rechtslage handelt, die von zwei redlichen Parteien verschieden gesehen wird, wenn z.B. zwei Personen redlich darüber streiten, wer von ihnen Eigentümer oder rechtmäßiger Besitzer ist, sei dies keine Missachtung des Rechts, gegen die gekämpft werden müsse, weshalb den Berechtigten auch keine Pflicht zur Rechtsdurchsetzung treffe¹⁶. Anders sei es beim Angriff eines Diebes und Räubers, dessen Missachtung des Rechts mit allen Mitteln zu bekämpfen sei.

Unrichtig sei es hingegen, den Prozess um Mein und Dein generell nur als Frage des persönlichen Interesses, des Nutzens aus dem Eigentum, zu sehen und nur von daher zu entscheiden, von der Rechtsverfolgung Abstand zu nehmen. Eine solche Lauheit¹⁷ in der Verfolgung eigener Rechte sei Feigheit. Diese sei zwar im Einzelfall unschädlich, würde aber als allgemeine Maxime befolgt den Untergang des Rechts bedeuten. Mit seinem Recht verteidige ein Mensch nicht nur „sein Interesse“, sondern auch seine moralische Existenz und seine Person, weshalb die Behauptung eines verletzten Rechts eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst sei.

Meint man nach diesen Ausführungen, dass die Pflicht zur Rechtsdurchsetzung aus der Notwendigkeit der Erhaltung der Lebensbedingungen, aus dem Schutz von Ehre und insgesamt aus der Behauptung der eigenen Existenz, dem höchsten Gesetz der ganzen Schöpfung, abzuleiten sei, so verlagert *Jhering* nun etwas überraschend den Schwerpunkt seiner Beweisführung mehr auf einen anderen Aspekt, nämlich auf das schon mehrfach erwähnte Rechtsgefühl¹⁸, das den psychologischen Urquell allen Rechtes bilde. Ein gesundes Rechtsgefühl habe, wer fähig sei, den Schmerz der Rechtskränkung zu empfinden und den Mut und die Entschlossenheit besitze, sie zurückzuweisen. Wer einen Angriff auf das Recht nicht abwehre, verleugne dieses Rechtsgefühl. Die Engländer und die Schweizer hätten ein so starkes Rechtsgefühl und seien so zur Verteidigung bereit, nicht so sehr die Deutschen und die

¹⁵ *Jhering*: Kampf 27.

¹⁶ *Jhering*: Kampf 29 f.

¹⁷ *Jhering*: Kampf 43.

¹⁸ *Jhering*: Kampf 46 ff.

Österreicher, die lieber eine nicht gerechtfertigte Summe Geldes zahlten, als den Angriff auf ihr Recht abzuwehren. Der Engländer bleibe im Ausland, bis sein Streit mit dem Kutscher über den Fuhrlohn erledigt sei, der Österreicher zahle einfach. Auf die These vom „Rechtsgefühl“ kann hier nicht weiter eingegangen werden, sie wurde schon öfter ausführlich analysiert und der Kritik unterzogen¹⁹.

In *Jherings* Zusammenfassung der Begründung der Pflicht gegen sich selbst kommt allerdings das Rechtsgefühl nicht vor. Er definiert abschließend, dass die Behauptung des verletzten Rechts ein Akt der Selbsterhaltung der Person und deshalb eine moralische Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst sei²⁰.

C) DIE PFLICHT DER BERECHTIGTEN GEGENÜBER DEM GEMEINWESEN

Während *Jherings* Begründung der „Pflicht gegen sich selbst“ wegen der Fülle der vorgetragenen Gesichtspunkte und ihres nicht ganz klaren Verhältnisses zueinander etwas schwer wiederzugeben ist, fällt die Darstellung der Pflicht gegenüber „dem Gemeinwesen“²¹ (der Allgemeinheit) etwas leichter. *Jhering* meint, der einzelne Berechtigte erhalte sein konkretes Recht vom abstrakten Recht und gibt dann das „Leben“ durch die Geltendmachung der Rechtsverletzung an das abstrakte Recht zurück — gewiss ein schönes Bild. Ob man aber daraus ohne weiteres etwas deduzieren kann, erscheint fraglich. Würde die Geltendmachung abstrakter Rechte dauernd unterbleiben, schreibt *Jhering*, wäre ein Rechtssatz lahmgelegt²². Wer sein Privatrecht nicht geltend macht, begehe sogar einen Verrat an der gemeinsamen Sache, am Gesetz, das er verteidigen müsse. *Jhering* stellt dann die etwas kühn scheinende Behauptung auf, dass das konkrete Recht, das der Staat dem Berechtigten gegeben hat, nichts anderes als die Anweisung sei, für das Gesetz in die Schranken zu treten und dem Unrecht zu wehren. Indem er sein Recht behaupte, halte er das abstrakte „objektive Recht“ aufrecht.

Hiezu nur ein paar kritische Anmerkungen. Zunächst scheint mir, dass die Rechtsordnung als solche, also das abstrakte Recht gar nicht angreifbar ist. Das Recht kann durch Passivität vielleicht seine Effektivität, aber nicht ohne Weiteres seine Geltung verlieren. Für die Effektivität haben die staatlichen Organe, nicht aber einzelne subjektiv Berechtigte zu sorgen. Dem einzelnen Berechtigten wäre ein solcher Kampf um das bloße Bestehen der Rechtsordnung auch gar nicht zumutbar. Sein subjektives Recht wäre entwertet, wenn er es nicht mehr für sich nutzen, sondern schon allein wegen der Erhaltung der Rechtsordnung durchsetzen und hierfür sogar einen Kampf führen müsste, der die Aufopferung des Rechts zur Folge haben

¹⁹ Hiezu schon ausführlich *Boas*: Kampf 53 ff.

²⁰ *Jhering*: Kampf 51.

²¹ *Jhering*: Kampf 51 ff.

²² *Jhering*: Kampf 53.

könnte; und dies auch dann, wenn der Kampf seinen eigenen Interessen widerstreiten und ein Erfolg der Rechtsbehauptung gar nicht sicher wäre.

Man kann sich auch sehr schwer mit dem Bild anfreunden, das *Jhering* von der Rechtsordnung zeichnet und aus dem er letztlich ableitet, dass mit der Unterlassung der Rechtsdurchsetzung das Gesetz selbst „zusammenstürze“. Die Wichtigkeit der Abwehr zeigt sich dann auch im Rang der von *Jhering* aufgestellten Regeln. Die erste Rechtsregel sei: „Dulde kein Unrecht“, die zweite hingegen „Tue kein Unrecht“²³. Als richtig empfindet man wohl die umgekehrte Reihenfolge. Die erste Regel sollte sein: Tue kein Unrecht. Dann stellt sich nämlich die Frage der Duldung nicht.

III. KRITIK AN JHERINGS THESEN

1. REALITÄTSBEFUND, PHILOSOPHISCHE GRUNDLAGE ODER VISION DER IDEALEN RECHTSORDNUNG?

Betrachtet man *Jherings* Thesen als Ganzes, so fragt man sich, welchem Bereich sie zuzuordnen sind und was eigentlich ihr Inhalt und Gegenstand ist: Will *Jhering* eine Realität beschreiben, die tatsächliche Erscheinungsform des Rechts, seine Entstehung und sein Funktionieren? Sollen tatsächliche oder zumindest im Ansatz schon bestehende Voraussetzungen aufgezeigt und ihre Notwendigkeit für das Funktionieren des Rechts begründet werden oder will *Jhering* Postulate, theoretische Voraussetzungen für die reibungslose Verwirklichung der Rechtsordnung aufstellen, die allgemein erfüllt sein müssen, damit es überhaupt Recht geben kann, will er also die Vision eines idealen Rechtszustandes vortragen?

ME ist es ein Charakteristikum der *Jhering'schen* Arbeit, dass sich diese Frage nicht eindeutig in die eine oder andere Richtung beantworten lässt. *Jhering* geht sicher auch von realen Beobachtungen aus wie typischen Reaktionen auf Rechtsverletzungen, der generellen Bereitschaft zur Verteidigung bestimmter Güter bei Angriffen und einem allgemein vorhandenen Rechtsgefühl. Dass aber die Verwirklichung des Rechts nur durch ständigen Kampf geschehen kann, ist eine Hypothese, eine visionäre Behauptung. Damit verbunden ist die Aufforderung an den Einzelnen, an dem ständigen Kampf um das Recht teilzunehmen, und zwar auf Grund einer von *Jhering* postulierten moralischen Pflicht, deren Befolgung er zur Erhaltung und zum Funktionieren der Rechtsordnung für notwendig hält.

Historischer Befund, gegenwärtige und zukünftige, angebliche und wirkliche Notwendigkeiten fließen also zusammen, wie auch Moral und Recht mit Hilfe der Brücke des Rechtsgefühls und der daraus folgenden moralischen Pflicht ineinander

²³ Gegen diese Regel auch ausführlich *Boas*: Kampf 65.

übergehen. Alle Faktoren zusammengenommen bilden *Jherings* Vision vom Kampf ums Recht. Die Zusammenhänge zwischen Realität und Vision, zwischen wirklichen, typischen Zielen und Interessen einerseits und ihre Überhöhung zur moralischen Pflicht zum rechtlichen Kampf, wirken auf den ersten Blick überzeugend, weil sie eben eine Reihe von Beobachtungen und Erfahrungen bestätigen, die man selbst gemacht hat und die einem daher geläufig sind. Dass aber bei Fehlen eines ständigen Kampfes um das Recht dessen Ordnung zusammenbricht, erscheint als eine unzulässige Verabsolutierung und Generalisierung eines Aspekts. Daher kann die Lehre *Jherings* einer Kritik weder im Detail noch in wesentlichen Punkten standhalten.

2. DER KAMPF ALS VORAUSSETZUNG DES FUNKTIONIERENS DER RECHTSORDNUNG

Die erste Frage ist schon, warum der Kampf des Einzelnen um sein subjektives Recht überhaupt zum Wesen des Rechts gehören soll. Es waren und sind sich alle darin einig, dass das Recht dem Interessenausgleich und der Wahrung des Rechtsfriedens dient. Davon geht offenbar auch *Jhering* aus. Nicht leicht nachvollziehbar ist aber, dass dieses Ziel ausschließlich oder doch wesentlich durch Kampf erreicht werden muss.

Kritik verdient auch das Wort „Kampf“. Sogar bei direkten Angriffen auf subjektive Rechte, also beim absichtlichen Zuwiderhandeln gegen die Rechtsordnung, kommt es zumindest im privatrechtlichen Bereich überhaupt zu keinem Kampf, zumindest zu keiner gewalttätigen Auseinandersetzung, was doch durch das Wort Kampf indiziert wäre. Auch wenn ein subjektiv Berechtigter im Sinne *Jherings* sein Recht behauptet, geschieht dies nicht in einem, wie *Jhering* schreibt, „wildem Kampf“, sondern in einem rechtlich geregelten Verfahren, in welchem objektive Richter entscheiden, wie die Lage aufgrund des Rechts ist und den Unterlegenen allenfalls zu einer Leistung verpflichten. Ein Kampf ist all dies nur im übertragenen Sinne;²⁴ es ist nach allgemeiner Theorie ein Streit, und der Prozess, in dem dieser Streit ausgetragen wird, bricht nicht den Rechtsfrieden, sondern löst den Streit auf friedliche Weise auf, führt also zu seiner Bewältigung, sodass eigentlich der Rechtsfriede auch in diesem Fall gewahrt bleibt. Aber auch außerhalb von Prozessen führen Streitbeilegungsmechanismen wie Verhandlungen und Vergleiche ohne behördliche Rechtsdurchsetzung keineswegs zum Untergang der Rechtsordnung, sondern zu ihrer genauen oder annähernden Verwirklichung. Auch wenn man den Kampf nicht wörtlich, sondern in einem abgeschwächten Sinn versteht, nämlich als Inanspruchnahme behördlicher Hilfe, ist *Jherings* Idee nicht strikt durchführbar. Wäre es doch schon von der Zahl der denkbaren Streitigkeiten her ganz unmöglich, wirklich jeden

²⁴ In diesem Sinn schon *Boas*: Kampf 9; ferner *Bucher* in FS Peter Gauch 52 f.

Streit vor eine staatliche Behörde zu bringen und von dieser entscheiden zu lassen. Tatsächlich sind die Rechtstreitigkeiten im Vergleich zu den Rechtsverhältnissen überhaupt verschwindend gering²⁵. Für die Rechtsbefolgung genügt in den meisten Fällen das Bewusstsein, dass der Staat den Rechtsschutz gewähren würde, dass er „hinter der Rechtsordnung steht“ und dass also der Berechtigte die Möglichkeit hat, ein Recht auch mit staatlicher Hilfe durchzusetzen²⁶.

Entgegen der Meinung *Jherings* könnte es der Existenz und dem Funktionieren der Rechtsordnung nicht schaden, wenn deren Gebote und Verbote und die Lösungen von Interessenskonflikten ausschließlich auf friedlichem Wege herbeigeführt würden: durch gemeinsame Rechtssuche und Verhandlungen der Parteien, durch gegenseitiges Nachgeben im Vergleich, durch Anerkenntnis und Verzicht — heute auch durch das Mittel der Mediation. Es gäbe eigentlich nichts Idealeres als ein Recht, das alle Interessenskonflikte ohne Kampf lösen könnte. Leider ist dies nicht der Fall. Dennoch wäre diese friedliche Erledigung wünschenswerter als jeder Kampf, mag er auch prozessual ausgeführt werden. Im Gegensatz zu *Jhering* haben andere, wie der Verfasser der österreichischen ZPO *Franz Klein*, betont, dass jeder Rechtsstreit ein soziales Übel sei, das es zu vermeiden gelte²⁷. Damit ist wohl nicht die Aufforderung zum Kampf ums Recht verbunden. Nicht die tatsächliche Durchsetzung eines jeden subjektiven Rechts, sondern nur seine Durchsetzbarkeit gehört zum Wesen der Rechtsordnung. Das objektive Recht selbst aber ist in seinem Bestand von der Existenz und der Durchsetzung eines subjektiven Rechts unabhängig.

Jhering vernachlässigt auch einen wichtigen Aspekt, nämlich dass jeder Kampf zumindest zwei Kämpfer voraussetzt und meist einer davon verlieren muss. Darin liegt allein schon ein erhebliches Risiko, das man schwerlich jemandem als moralische Pflicht auferlegen kann, wobei noch das Risiko hinzukommt, dass jemand mangels Beweisbarkeit oder wegen einer falschen Entscheidung des Richters um sein Recht gebracht wird²⁸. *Jherings* Theorie von der moralischen Pflicht zur Rechtsdurchsetzung würde also auch voraussetzen, dass jemand über das Bestehen seines Rechts volle Sicherheit haben und daher die Entscheidung zu seinen Gunsten vorhersehen könnte²⁹. Wenn aber dies zuträfe, würde sich wahrscheinlich schon deshalb der Kampf ums Recht erübrigen.

Und schließlich: *Jherings* Theorie ist auf weite Teile der Rechtsordnung überhaupt nicht anwendbar, nämlich auf solche, bei denen es gar nicht oder kaum zu

²⁵ Vgl auch *Boas*: Kampf 15 f.

²⁶ Darauf weist zu Recht schon *Boas*: Kampf 34, hin. Der Rechtsfriede besteht also in der Hauptsache ohne jeden Kampf.

²⁷ S schon *Boas*: Kampf 53 unter Berufung auf die Allgemeine Preußische Gerichtsordnung vom Jahre 1793, § 22: „Auch bei der zweckmäßigsten Behandlung bleiben Prozesse wegen des nachteiligen Einflusses, welchen sie nicht nur auf die Glücksumstände, sondern auch auf den sittlichen Charakter der Parteien haben können, stets ein in der bürgerlichen Gesellschaft möglichst zu vermeidendes Übel“. In diesem Sinne auch *Bucher* in FS Peter Gauch 55.

²⁸ Vgl auch *Boas*: Kampf 13 u 40.

²⁹ Hiezu überzeugend *Bucher* in FS Peter Gauch 52 u 54.

einem „Kampf bei der Rechtsdurchsetzung“ kommen kann, es sei denn zu einem solchen mit der Behörde. Es gibt zahlreiche Rechtsgebiete, vor allem das Strafrecht, aber auch das Verfahrens- und Verwaltungsrecht, in denen der Kampf ums Recht durch den Einzelnen kaum oder gar keine Rolle spielt. Man kann schwerlich annehmen, dass *Jhering* diesen Normen die Rechtsqualität aberkennen wollte. Aber auch das Eigentum, der Besitz und jedes Sachenrecht hat Rechtsqualität, auch wenn es niemals Gegenstand eines Streites ist³⁰. Es ist nicht wahr, dass jedes Mal, wenn ein Privatrecht nicht geübt, nicht geltend gemacht wird, sei es aus welchem Grunde auch immer, damit der abstrakte Rechtssatz lahmgelegt wird, der in dem konkreten Recht zur Erscheinung kommt. Der Rechtssatz bleibt für alle übrigen Fälle bestehen³¹. Die Hauptthese *Jherings* ist daher nicht überzeugend³².

3. DIE MORALISCHE VERPFLICHTUNG ZUM KAMPF

Nun noch ein paar Worte zu jenem Element, das zu den wesentlichen Bestandteilen der *Jheringschen* Lehre gehört, nämlich zur moralischen Verpflichtung zum Kampf. *Jhering* begründet diese Pflicht mit der Notwendigkeit der Erhaltung von Lebensbedingungen, aus der Behauptung der eigenen Existenz. Schon sehr früh wurde dieser These *Jherings* entgegengehalten, dass in solchen Fällen auch der Berechtigte selbst diese Notwendigkeit erkennt und sich entsprechend verhält, also sein Recht selbst hütet und durchsetzt, sodass es hierfür auch keiner moralischen Pflicht bedarf. Sie wäre ja dann wohl nur für die Dummen, Faulen und Feigen notwendig, bei denen aber erst recht fraglich sei, ob sie diese Anforderung auf sich nehmen³³. Weiters erscheint es zumindest merkwürdig, dass eine angeblich so zentrale Voraussetzung der Rechtsordnung, wie es nach Meinung *Jherings* die Rechtsverfolgung ist, nicht vom Recht selbst als Rechtspflicht, sondern von der Moral als bloße moralische Pflicht vorgeschrieben werden soll. Rechtlich wäre dies schon deshalb unsinnig, weil das einem Einzelnen eingeräumte subjektive Recht nicht gleichzeitig eine damit identische Pflicht sein kann. Das subjektive Recht gibt dem Berechtigten eine Möglichkeit; wäre er zur Begründung und Erhaltung der Funktion der Rechtsordnung tatsächlich verpflichtet, es auszuüben, würde im Ergebnis das Recht zu einer Pflicht. Wie könnte es aber sein, dass eine bloß moralische Pflicht im Stande wäre, den zentralen Inhalt des subjektiven Rechts zu verdrängen, also dessen Ausübung letztlich zu einer Pflicht zu machen? Warum sollte das Funktionieren der Rechtsordnung von der Befolgung der Moral abhängen?

³⁰ S auch *Boas*: Kampf 21.

³¹ Treffend *Boas*: Kampf 69 f.

³² Ebenso *Bucher* in FS Peter Gauch 53 f, der sie auch als nicht praktikabel bezeichnet.

³³ *Boas*: Kampf.

Zwischen den „Lebensumständen“ — z.B. dem Eigentum, der Ehre oder dem Kredit — einerseits und der moralischen Pflicht zur Rechtsdurchsetzung hat *Jhering* das „Rechtsgefühl“³⁴ eingeschaltet, das dann allerdings nicht zu Rechtspflicht, aber immerhin zu einer moralischen Verpflichtung führt. Dies ist allerdings ein relativ unsicherer Indikator. Gibt es doch auch ein „falsches“ Rechtsgefühl, ein irrendes, das dann auch zu unrechtmäßigen Kämpfen ums Recht führen muss. Ist es nicht in den meisten Fällen so, dass jeder der Streitparteien meint, der andere sei der unrechtmäßige Angreifer, sodass jeder von beiden zum Kampf für das Recht (zur Rechtsbehauptung und zur Rechtsabwehr) verpflichtet ist, obwohl nur einer von ihnen Recht haben kann?

Eine weitere Schwierigkeit bei der Prüfung einer Pflicht zur Geltendmachung besteht darin, dass *Jhering*, wie erwähnt, nicht in allen Fällen einer vermeintlichen Rechtsdurchsetzung den Kampf verlangt³⁵. So besteht z.B. keine Rechtspflicht, wenn zwei Personen aus redlichen Gründen um das Eigentum an einer Sache streiten. Es liegt auf der Hand, wie schwierig es für den Einzelnen wäre, die Fälle der Pflicht zum Kampf von jenen zu unterscheiden, in denen eine solche Pflicht nicht besteht.

4. KAMPF UMS RECHT UND HEUTIGES RECHTSVERSTÄNDNIS

Im Titel zu diesen Überlegungen habe ich die Frage gestellt, ob *Jherings* Kampf ums Recht auch heute noch eine taugliche Grundlage des Rechtsverständnisses ist. ME kann man daran zweifeln, ob die Theorie *Jherings* überhaupt jemals eine solche überzeugende Grundlage dargestellt hat. Es scheint jedenfalls, dass heute die Überzeugungskraft der Prämissen, auf denen *Jherings* Thesen aufbauen, noch weitaus geringer ist, als sie es zur Zeit *Jherings* war. Besonders deutlich zeigt sich das bei dem für *Jhering* so bedeutsamen Begriff des Rechtsgefühls. Dies ist heute überwiegend nur schwach oder gar nicht ausgebildet. Es gibt zwar nach wie vor das Gefühl eines Betroffenen, dass er Recht hat, ob das aber heißt, dass er damit ein Empfinden für das richtige Recht hat, wage ich zu bezweifeln. Dies liegt einmal daran, dass das Gefühl für Moral oder Recht überhaupt weitgehend abhandengekommen ist, zum anderen aber daran, dass schon allein wegen der Fülle der verschiedenartigen Normen die heute angewendet werden müssen, kaum noch ein einigermaßen sicheres Gefühl erworben werden kann, für wessen Standpunkt die Rechtsordnung spricht. Vom bloßen „Rechtsgefühl“ her kann der Durchschnittsmensch kaum mehr eine richtige Entscheidung fällen, wenn sich der Kampf in den Urwäldern des Mietrechts, des Sozialversicherungsrechts, des Arbeitsrechts, des Kapitalmarktrechts oder des Gesellschaftsrechts abspielt — alles Gebiete, die derart kompliziert sind, dass sich

³⁴ Dazu schon oben bei FN 18.

³⁵ *Jhering*: Kampf 28 f.

ein objektivierbares Rechtsgefühl schwer entwickeln kann. Divergierende und zum Teil unverständliche Gerichtsentscheidungen verstärken diesen Eindruck.

Werte, Wertvorstellungen, „Gefühle“ wie Gewissen, Moral, Sitte und eben auch das Rechtsgefühl werden heute von einem Betroffenen nur anerkannt, wenn sie für ihn vorteilhaft sind. Im Vordergrund von Entscheidungen über Rechtsabwehr und Rechtsdurchsetzung steht fast ausschließlich ein finanzieller oder sonstiger Nutzen, der Streitwert, der Aufwand, die Erfolgchancen, die Vergleichsbereitschaft der Gegenseite und vieles andere. Jeder entscheidet heute selbst nach seinem „Interesse“, nach der Zweckmäßigkeit für ihn, nach Wert, Risikofaktoren und Kosten über die Frage der Reaktion auf einen Rechtsbruch. Kaum jemand ist aber bereit, im Interesse der Rechtsordnung, Gefahren, Mühen und Kosten auf sich zu nehmen, um so für das Recht an sich zu kämpfen. Und dies ist wohl auch legitim. Die Rechtsordnung hat den Einzelnen zu schützen, dieser ist aber nicht dazu verpflichtet, unter Aufopferung eigener Interessen in einem sog. Kampf ein vielleicht nur vermeintliches Recht durchzusetzen und alle damit verbundenen Gefahren auf sich zu nehmen.

Wenn es aber zutrifft, dass in der heutigen Bevölkerung die von *Jhering* für sein Rechtsverständnis benützten Prämissen in der Wirklichkeit von heute so gut wie keine Entsprechung mehr haben, vermag auch *Jherings* Rechtsverständnis nicht mehr zu überzeugen. Sein „Kampf um’s Recht“ ist damit nur noch eine Vision, wenn nicht gar eine Illusion geworden.

Schon gar nicht ist heute verständlich, dass das Recht zu seiner Existenz überhaupt den Kampf braucht. Die Wirksamkeit der ungeheuren Gesetzesflut, mit der wir heute konfrontiert sind, kann nicht von den Kämpfen der subjektiv berechtigten Personen abhängig sein, zumal ja diesem Wust von Normen oft überhaupt keine subjektive Berechtigung des Einzelnen gegenübersteht.

Somit ist heute der Zusammenhang zwischen der Existenz einer Rechtsordnung und der Durchsetzung subjektiver Rechte nicht mehr überzeugend, ja gar nicht mehr verständlich. Und schon gar nicht ist jemand bereit, zur „Existenzsicherung“ des Rechts, sozusagen aus Idealismus gegen seine Vernunft und seine Interessen Kämpfe zu führen.

5. ZUSAMMENFASSUNG

1. Es ist nicht mehr als eine Behauptung, dass für das Entstehen des Rechts und sein Weiterbestehen der Kampf *conditio sine qua non* ist. Zum Wesen des Rechts gehört zwar die Lösung von Interessenskonflikten, doch muss dies nicht durch Kampf geschehen. Dass ein Prozesssieg das Vertrauen in die Rechtsordnung stärkt, trifft zu, doch nur auf den Sieger und nicht auf den Verlierer.

2. Es überzeugt nicht, dass *Jhering* die Ausübung des subjektiven Rechtes zur Abwehr von Angriffen zur moralischen Pflicht macht und dies zur Voraussetzung

für das Funktionieren der Rechtsordnung erklärt. Dass die Wirksamkeit und der Bestand des Rechts von der Befolgung einer außerrechtlichen, nämlich moralischen Pflicht, abhängen soll, will nicht einleuchten. Ebenso wenig, dass eine moralische Pflicht eingehalten werden soll, welche geeignet ist, generell das subjektive Recht in seinem Kern zu denaturieren, nämlich durch die Abschaffung der Freiheit des Berechtigten in der Entscheidung, ob er das Recht ausüben will oder nicht. Letztlich würde dadurch das subjektive Recht in sein Gegenteil verkehrt, nämlich in eine Pflicht zum Handeln, die der moralisch denkende Mensch zu befolgen hätte. Er müsste sein eigenes Wohl, seine Überzeugung, sozusagen dem Recht opfern. Dabei soll völlig außer Betracht bleiben, ob es, wie dies *Kant* lehrt, eine Pflicht gegenüber sich selbst überhaupt geben kann.

3. Aber auch die Gründe, die *Jhering* zur Annahme einer solchen moralischen Pflicht führen, überzeugen nicht. Selbstachtung, Lebensumstände, Ehre usw. mögen für das Dasein wichtige Güter sein, doch rechtfertigen sie nicht die Annahme, dass der Berechtigte zu ihrer Umsetzung gegenüber sich selbst verpflichtet ist.

4. Die gegen die Theorie, um nicht zu sagen gegen die Vision *Jherings*, bestehenden Einwände gelten heute noch in einem höheren Maße als zur Zeit *Jherings*. Dies hängt damit zusammen, dass in unserer Zeit die Bevölkerung für eine philosophische Grundlage des Rechts überhaupt kein Verständnis mehr besitzt, während dies vielleicht Ende des 19. Jahrhunderts zumindest für eine gewisse Bildungsschicht der Fall war. Auch Werte, die für *Jherings* Rechtssicht von wesentlicher Bedeutung sind, werden weniger verstanden und weniger anerkannt als damals. Schon gar nicht ist man bereit, aus solchen Wertvorstellungen Belastungen abzuleiten oder sich die Ausübung der dem Einzelnen zustehenden Rechte wegen eines angeblichen Bedürfnisses der Rechtsordnung unter Zurückstellung eigener Interessen vorschreiben zu lassen. Maßgebend für die Entscheidung des in seinem Recht Verletzten ist heute nach allgemeiner Auffassung nur, ob der Versuch der Rechtsdurchsetzung seinen Interessen entspricht, ob sie also aussichtsreich, für ihn sinnvoll und vernünftig ist, was nach der seit jeher herrschenden Meinung ohnedies zum Wesen des subjektiven Rechts gehört.

5. Es gibt zahlreiche Rechtsgebiete, vor allem im Strafrecht, aber auch im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in denen der Kampf ums Recht durch den Einzelnen kaum oder gar keine Rolle spielen kann. Es wird schwerlich anzunehmen sein, dass *Jhering* diesen Normen die Rechtsqualität aberkennen wollte.

BIBLIOGRAPHIE

Boas F.: Der Kampf um's Recht. Ein Pflichtgebot?, Berlin 1876.

Bucher E.: Gegen Jherings Kampf um's Recht — Was die Privatrechtler aus unsinniger These lernen können, in Festschrift Peter Gauch (2004) 45.

Hofmeister H., Jhering in Wien, in Ogris/Luf (Hrsg): Der Kampf ums Recht, Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestag von Rudolf von Jhering 9, Berlin 1995.

Jhering, R.: Der Kampf um's Recht, Wien 1872.

Koller P.: Der Kampf um Recht und Gerechtigkeit: Soziologische und ethnische Perspektiven, in Estermann (Hrsg), Der Kampf ums Recht. Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung 13, Wien/Beckenried 2012.

RUDOLF WELSER

IST *JHERINGS* WIENER VORTRAG
„DER KAMPF UM'S RECHT”
AUCH HEUTE NOCH EINE TAUGLICHE
GRUNDLAGE DES RECHTSVERSTÄNDNISSES?
GEDANKEN ZU *JHERINGS* THESEN

S u m m a r y

1. It is nothing more than an assertion that legal enforcement is an indispensable and essential condition for both the existence and continued existence of a right enshrined in law. Although it is true that the resolution of conflicts of interest is part of the very essence of the law, this does not however mean it has to occur by means of legal action. It is true that winning a lawsuit strengthens one's faith in the legal system, but only with regard to the victor, not the loser.

2. *Jhering's* argument that the exercise of subjective rights constitutes a moral duty to prevent attacks and that this is a prerequisite for the functioning of the legal system is not convincing. It is not obvious and does not stand to reason that the validity and the continued existence of a right can be said to depend on compliance with a non-legal duty, namely a moral duty. Nor is it the case that a moral duty that is capable of altering, generally speaking, the core properties of the subjective right should be complied with, namely by depriving the beneficiary of his freedom to reach a decision on whether to exercise the right or not. Ultimately, the subjective right would as a consequence be transformed into its exact opposite: any person with a moral compass would be under an obligation to act. He would, so to speak, be required to sacrifice his own well-being, his conviction, for the sake of the law. In so doing, no consideration whatsoever would be given to the question of whether, as discussed in the teachings of *Kant*, it is even at all possible for a person to owe a duty to himself.

3. Furthermore, even the reasons that lead *Jhering* to claim such a moral duty exists are not persuasive. Self-reverence, life circumstances, honour and so on, may be important

values for our existence, but they do not provide any justification for the assumption that a beneficiary would owe it to himself to assert his legal rights.

4. The objections to *Jhering's* theory, not to mention his vision, are even more valid today than they were during *Jhering's* lifetime. This has to do with the fact that nowadays the general public no longer has any understanding of the philosophical foundation underpinning the law, whereas at the end of the 19th century this arguably was the case at least for a certain stratum of the educated classes. Furthermore, very few understand the values that are of considerable importance to *Jhering's* legal theory, and they count for less today than they did in the past. In particular, the general public does not accept the imposition of any duties on the basis of these values, nor is the general public inclined to allow their own interests to take second place to the alleged needs of the legal system. It is today's consensus that if someone's rights are infringed upon, the decision whether to pursue and enforce these rights is based on that person's own interest, in particular whether the enforcement of these rights is promising, useful and reasonable. It has been the prevailing opinion at all times that this pertains to the nature of a subjective right.

5. There are numerous fields of law, in particular criminal law, but also constitutional and administrative law, in which the struggle by the individual for his/her rights does not play a major role or indeed any role at all. It is difficult to believe that *Jhering* wished to deny the legal status of these laws.