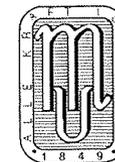


Festschrift

150 JAHRE
WIENER JURISTISCHE
GESELLSCHAFT

Herausgegeben von
Clemens Jabloner

im Namen der
Wiener Juristischen Gesellschaft



Wien 2017
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Mit Jhering ums Recht kämpfen¹⁾

Magdalena Pöschl, Wien

Übersicht:

- I. Der Kampf ums Recht
- II. Der Kampf um die rechte Deutung
 - A. Jhering, ein Rechtssoziologe und -pädagoge
 - B. Jhering, ein Sozialdarwinist?
 - C. Jhering, ein Rechthaber?
 - D. Jhering, ein bornierter Besitzbürger?
- III. Aktuelle Kampfzonen
 - A. Maßvolle Aktivität zwischen Querulanz und Rechtsphilisterei
 - B. Übermächtige Gegner: Apathie und Kampfgeist
 - C. Ohnmächtige Opfer: Paternalismus und Verdrängung
 - D. Neue Kampfstrategien zwischen Selbstjustiz und Resignation
- IV. Zeitlose Lehren

I. Der Kampf ums Recht

„Die Flut großer, schöner, ureigener Gedanken [...] brauste durch den Saal wie ein reinigendes Gewitter. Als wäre die Majestät des Rechtes selbst [...] vor die Hörer getreten“ – so berichtet die *Gerichtshalle* über den Vortrag „Der Kampf um das Recht“, den *Rudolf von Jhering* am 11. März 1872 vor der Wiener Juristischen Gesellschaft gehalten hat.²⁾ Wenige Monate später erscheint der Vortrag erweitert als hundert Seiten starke Schrift, die wegen der großen Nachfrage noch im selben Jahr ein zweites Mal aufgelegt wird. Sie wendet sich nicht mehr bloß an Fachkollegen, sondern ebenso an den Staat und an das „gebildete Laienpublikum“ und trägt daher den bis heute gängigen Titel „Der Kampf um’s Recht“.³⁾ Der „Kampf“ ist nicht nur einer der berühmtesten Vorträge, der je vor der Wiener Juristischen Gesellschaft gehalten wurde; er gilt als populärster Text eines

1) Bei der Erstellung dieses Beitrages haben mich Lilo Martini und Philipp Selim durch umfangreiche Recherchen und die kritische Lektüre dieses Textes sehr unterstützt, wofür ich herzlich danke.

2) *Gerichtshalle* Nr 22 vom 14. 3. 1872, abgedruckt in *Klenner* (Hrsg.), *Rudolf von Jhering, Der Kampf ums Recht* (1992) 108; Vortragsbericht in *JBl* 1872, 29 ff.

3) *Jhering, Der Kampf um’s Recht* (1872), mit Hinweis auf den Adressatenkreis in der Vorrede, III.

deutschsprachigen Juristen überhaupt:⁴⁾ Mehr als fünfzigmal übersetzt,⁵⁾ dutzende Male neu aufgelegt, in der zeitgenössischen Tagespresse intensiv rezipiert,⁶⁾ danach immer und immer wieder zum Gegenstand von wissenschaftlichen Tagungen und Abhandlungen, ja sogar von Romanen⁷⁾ gemacht, ist der „Kampf ums Recht“ sogar im allgemeinen Sprachgebrauch zum geflügelten Wort geworden. Was will dieses Werk?⁸⁾

„Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf“ – so eröffnet *Jhering* seine Streitschrift.⁹⁾ Nicht immer seien uns jedoch beide Seiten des Rechts bewusst, sie fielen bisweilen so auseinander, dass der eine den Frieden genießt, während der andere kämpfen muss. Das könne selbst für ganze Zeitalter gelten, dann sei das „Leben des einen [...] Krieg, das Leben des andern Friede“.¹⁰⁾ Die Rechtswissenschaft hat sich, wie *Jhering* findet, allzu lang bloß der friedlichen Seite des Rechts zugewandt – eine „Unterlassungssünde“, die er wiedergutmachen will.¹¹⁾ Seine erste Kampfansage gilt der damals herrschenden rechtshistorischen Schule, nach der sich das objektive Recht durch die „still wirkende Kraft der Wahrheit“¹²⁾ aus dem Volksgeist bilde – „schmerzlos, mühelos, thatenlos [...] gleich der Pflanze des Feldes“.¹³⁾ Die raue Wirklichkeit lehre uns indes das Gegenteil: Alle großen Errungenschaften des Rechts seien in heftigen Kämpfen entstanden, und wie jeder Kampf seien auch sie nicht durch das Gewicht der Argumente entschieden worden, sondern durch Macht.¹⁴⁾ Nicht selten bezeichneten „Ströme von Blut, überall aber zertretene Rechte den Weg, den das Recht dabei gewandelt ist“.¹⁵⁾ Die romantische Vorstellung einer naturwüchsigen Rechtsentstehung idealisiere diese Zustände, ja schlimmer: Als politische Maxime ver-

4) Statt vieler *Klenner*, *Jherings Kampf ums Recht*, in *Klenner* (Hrsg.), Rudolf von *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (1992) 133 (134), wonach dieses Werk „die berühmteste und sogar auch tatsächlich immer wieder gelesene Streitschrift eines Juristen“ sei; sie übertreffe „an Resonanz, Auflagenzahl und internationaler Verbreitung [...] alle vergleichbaren Juristenschriften“.

5) Siehe die Auflistung der Sprachen bei *Jhering*, *Kampf um's Recht*¹⁰ (1891) V f, sowie *Klenner* in *Klenner* 134.

6) Vorrede zu *Jhering*, *Kampf um's Recht*³ (1873) VIII.

7) *Karl Emil Franzos*, *Ein Kampf um's Recht* (1882).

8) Die folgenden Ausführungen beruhen auf der 10. Auflage, die 1891 im Verlag Manz erschienen ist. Sie ist die letzte Auflage zu Lebzeiten des Autors, der 1892 starb. Dieser Text, der Vortrag und biografische Angaben sind unter www.wjg.at abrufbar. Die Änderungen, die *Jherings* Text nach der Erstauflage erfahren hat, sind keineswegs nur stilistischer Natur und im Einzelnen verzeichnet bei *Klenner*, Rudolf von *Jhering*.

9) *Jhering*, *Kampf um's Recht*¹⁰ (1891) 1. Mit der hier zitierten Passage eröffnet *Jhering* seine Schrift ab der 5. Auflage 1877; den früheren Anfang ließ er weg, weil er „weder für den Laien recht verständlich, noch für den Juristen sonderlich förderlich war“: *Jhering*, *der Kampf um's Recht*⁷ (1884) VII. Die hier und im Folgenden wiedergegebenen Ausführungen finden sich (mit kleineren Abweichungen) schon überwiegend in der 1. Auflage 1872, zum Teil aber noch nicht im Vortrag; wenn doch, wird darauf gesondert hingewiesen.

10) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 3.

11) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 3.

12) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 5.

13) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 11.

14) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 7 f, 11.

15) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 8.

breite sie eine verhängnisvolle Irrlehre, weil sie uns dort, wo wir handeln sollen, darauf vertröste, „die Hände in den Schoß zu legen und vertrauensselig abzuwarten, was aus dem angeblichen Urquell des Rechts: der nationalen Rechtsüberzeugung nach und nach an's Tageslicht trete.“¹⁶⁾

Nach dieser Rüge und seiner nüchternen Einsicht über Wesen und Werden des objektiven Rechts wendet sich *Jhering* dem richtigen Gebrauch des subjektiven Rechts zu: Sprachgewaltig, bilderreich, assoziativ, aber auch sprunghaft, entfaltet er seine Gedanken. Analytisch wäre mit seiner These zur Rechtsgeltung zu beginnen. Danach ist objektives Recht nur wirksam, wenn es praktisch verwirklicht wird, was voraussetze, dass Rechtsverletzungen effektiv bekämpft werden.¹⁷⁾ Diesen Kampf zu führen, sei im öffentlichen Recht und im Strafrecht Staatsorganen aufgetragen. Im Privatrecht hingegen sei jeder Einzelne berufen, „Wächter und Vollstrecker des Gesetzes innerhalb seiner Sphäre zu sein.“¹⁸⁾

Die Bedeutung, die dem Individuum im Kampf ums Privatrecht zukomme, werde jedoch oft verkannt, scheine es in diesem Rechtsgebiet doch nur um materielle Werte zu gehen.¹⁹⁾ Sie im Prozessweg zu erstreiten, sei mit Mühen und Kosten verbunden, die den Ertrag sogar übersteigen können. Bei Rechtsverletzungen, die uns nicht willkürlich zugefügt werden, sei es sinnvoll, Verfahrensaufwand und Gewinnaussichten abzuwägen und sich gegebenenfalls zu vergleichen, vom Kampf also abzustehen.²⁰⁾

Die tägliche Erfahrung zeige indes, dass Menschen mitunter einen Zivilprozess rückhaltlos führen, „er möge kosten, was er wolle.“²¹⁾ Mit Prozesssucht und Rechthaberei sei ihr Verhalten nicht angemessen erklärt, sichtlich stehe für sie weit mehr auf dem Spiel als ein materieller Wert: Wer sein Recht so nachdrücklich verteidige, behaupte in Wahrheit zugleich seine Person; die Unannehmlichkeiten des Prozesses fielen dagegen gar nicht ins Gewicht.²²⁾ Was Menschen als Person derart herausfordert, hänge von ihren Lebensbedingungen ab: So verbissen der Bauer sein Eigentum verteidige, so entschlossen kämpfe der Offizier um seine Ehre und der Kaufmann wiederum gegen die Schädigung seines Kredits.²³⁾ Jeder kämpfe so um das Rechtsgut, das für sein Leben essentiell ist. Wann immer Rechte willkürlich, dh in einer Weise verletzt werden, die eine „persönliche [...] Kränkung an sich trägt“,²⁴⁾ sei es nicht nur das Recht, sondern die „Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst“, dem entgegenzutreten und seine moralische Daseinsbedingung zu verteidigen.²⁵⁾ Weder Feigheit noch Bequemlichkeit und schon gar nicht Berechnung dürften uns von diesem Kampf abhalten. Entscheidend sei allein der „Urquell alles Rechts“ – das Rechtsgefühl.²⁶⁾

16) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 10.

17) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 47; ähnlich im Vortrag, JBl 1872, 31.

18) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 49; ebenso im Vortrag, JBl 1872, 31.

19) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 75.

20) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 22; ebenso im Vortrag, JBl 1872, 31.

21) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 17.

22) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 18.

23) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 28 ff.

24) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 19 (im Original mit Hervorhebung); ähnlich im Vortrag JBl 1872, 31.

25) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 20 (Hervorhebungen im Original); fast ident im Vortrag JBl 1872, 34.

26) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 41.

Unsere Rechte gegen willkürliche Verletzungen zu verteidigen, ist für *Jhering* jedoch nicht nur eine Pflicht gegen uns selbst; es ist auch eine „Pflicht gegen das Gemeinwesen“²⁷⁾ denn das Wesen des Rechts sei seine „praktische Verwirklichung. Eine Rechtsnorm, welche derselben nie theilhaftig geworden oder derselben wieder verlustig gegangen ist, hat auf diesen Namen keinen Anspruch mehr, sie ist eine lahme Feder in der Maschinerie des Rechts geworden, die [...] man herausnehmen kann, ohne dass sich das Mindeste ändert.“²⁸⁾ Wer sein Recht behauptet, verteidigt daher immer auch das Recht an sich²⁹⁾ und wirke mit „an einer grossen nationalen Aufgabe“.³⁰⁾ Wie in einer Schlacht komme es auf jeden Einzelnen an: „Jeder, der flieht, [begeht] einen Verrath an der gemeinsamen Sache, denn er stärkt die Macht des Gegners, indem er dessen Dreistigkeit und Keckheit erhöht.“³¹⁾ Das subjektive Recht erhalte so zwar zunächst sein Leben aus dem objektiven Recht, gebe diesem aber auch Leben zurück, wie „der Kreislauf des Blutes, das vom Herzen ausströmt und zum Herzen zurückströmt.“³²⁾

Nach diesem Appell an den Bürger wendet sich *Jhering* auch an den Staat: Eindringlich warnt er zunächst die Behörden, niemandem im Kampf ums Recht im Stich zu lassen. Gewährten sie „der Willkür den Halt [...], den sie dem Recht versagen“, stießen sie den Kläger in einen Abgrund: Sein verletztes Rechtsgefühl mache ihn entweder zum Verbrecher, der zur Selbstjustiz schreitet, oder er laufe Gefahr, daran „moralisch zu verbluten und den Glauben an das Recht zu verlieren.“³³⁾ Das erste Schicksal erleide Michael Kohlhaas,³⁴⁾ das zweite Shylock im Kaufmann von Venedig.³⁵⁾ Beide Figuren verteidigt *Jhering*, auch gegen da-

27) *Jhering*, Kampf¹⁰ 20, 46 (Hervorhebungen im Original); fast ident im Vortrag JBl 1872, 34.

28) *Jhering*, Kampf¹⁰ 47.

29) *Jhering*, Kampf¹⁰ 49; der Sache nach schon im Vortrag JBl 1872, 31.

30) *Jhering*, Kampf¹⁰ 52.

31) *Jhering*, Kampf¹⁰ 49; der Sache nach bereits im Vortrag JBl 1872 31.

32) *Jhering*, Kampf¹⁰ 48 (Hervorhebungen im Original).

33) *Jhering*, Kampf¹⁰ 56.

34) *Jhering*, Kampf¹⁰ 63: „Und gerade darauf beruht die tief erschütternde Tragik seines Schicksals, dass eben das, was den Vorzug und den Adel seiner Natur ausmacht: der ideale Schwung seines Rechtsgefühls, seine heroische, Alles vergessende und Alles opfernde Dahingabe an die Idee des Rechts im Contact mit der elenden damaligen Welt, dem Uebermuth der Grossen und Mächtigen und der Pflichtvergessenheit und Feigheit der Richter zu seinem Verderben ausschlägt.“ Auch im Vortrag JBl 1872, 32, wird Kohlhaas bereits erwähnt.

35) *Jhering*, Kampf¹⁰ 60f: „wer kann sich des Gefühls erwehren, dass mit ihm das Recht Venedigs gebeugt worden ist, dass es nicht der Jude Shylock ist, der von dannen schleicht, sondern die typische Figur des Juden im Mittelalter, jenes Parias der Gesellschaft, der vergebens nach Recht schrie? Die gewaltige Tragik seines Schicksals beruht nicht darauf, dass ihm das Recht versagt wird, sondern darauf, dass er, ein Jude des Mittelalters, den Glauben an das Recht hat – man möchte sagen, gleich als wäre er ein Christ! – einen felsenfesten Glauben an das Recht, den nichts beirren kann, und den der Richter selber nährt; bis dann wie ein Donnerschlag die Katastrophe über ihn hereinbricht, die ihn aus seinem Wahn reisst und ihn belehrt, dass er nichts ist als der geächtete Jude des Mittelalters, dem man sein Recht gibt, indem man ihn darum betrügt.“ Shylock kommt auch schon im Vortrag vor: JBl 1872, 32.

mals herrschende, teils offen antisemitische Deutungen, die jedenfalls für Shylock nicht das geringste Verständnis hatten.³⁶⁾

Dass der Kampfgeist des Einzelnen im Privatrecht nicht demoralisiert wird, ist, wie *Jhering* weiter ausführt, umso bedeutender, als diese Haltung auf die ganze Rechtsordnung ausstrahlt: „der Kämpfer um das Staatsrecht und Völkerrecht ist kein anderer als der um's Privatrecht“.³⁷⁾ Das „kräftige Rechtsgefühl“ jedes Individuums sei für den Staat daher „die sicherste Gewähr seines eigenen Bestehens nach Innen wie nach Aussen.“³⁸⁾ Schon im ureigenen Interesse müsse der Staat daher „ungerechte Gesetze und schlechte Rechtseinrichtungen“ abstellen, denn sie zersetzten die moralische Kraft der Menschen.³⁹⁾ Dafür sei es mit dem „äusseren Mechanismus des Rechts“ nicht getan: „Gesetz und Ordnung war auch die Leibeigenschaft, der Schutzzoll des Juden und so viele andere Sätze und Einrichtungen einer hinter uns liegenden Zeit, die mit den Anforderungen eines gesunden kräftigen Rechtsgefühls im schroffsten Widerspruch standen [...]. Festigkeit, Klarheit, Bestimmtheit des materiellen Rechts, Beseitigung aller Sätze, an denen ein gesundes Rechtsgefühl Anstoss nehmen muss, in allen Sphären des Rechts, nicht bloss des Privatrechts,⁴⁰⁾ sondern der Polizei, der Verwaltung, der Finanzgebarung; Unabhängigkeit der Gerichte, möglichste Vervollkommnung der processualistischen Einrichtungen – das ist für den Staat der gebotene Weg, um das Rechtsgefühl seiner Angehörigen und damit seine eigene Kraft zur vollen Entfaltung zu bringen.“⁴¹⁾

II. Der Kampf um die rechte Deutung

Der „Kampf um's Recht“ will also Vieles zugleich, er wendet sich zuerst an die Wissenschaft, dann an den Bürger und schließlich an den Staat, und seit Generationen ringt das Publikum damit, dieses Werk zu deuten. Alle möglichen Botschaften hat man ihm schon entnommen und ebenso vielfältige politische Haltungen zugesonnen; bis heute finden wir für den „Kampf“ hymnisches Lob ebenso wie vernichtende Kritik. Diese bunte, zeit-, kultur- und perspektivengebundene Rezeption kann hier nicht im Einzelnen entfaltet werden. Doch sollen vier gängige Etikettierungen helfen, die enorme Strahlkraft dieses Werks zu verstehen.

A. *Jhering*, ein Rechtssoziologe und -pädagoge

Dass der „Kampf um's Recht“ weltweit derart intensiv rezipiert wurde, dürfte auch an der Lust liegen, mit der *Jhering* Konventionen bricht. Vergleichsweise harmlos, aber methodisch doch neu war zunächst, dass er seine Thesen auf

36) Siehe zu den Deutungen dieses Werks mwN *Jablonek*, Shylocks Recht, in FS Schlink (2014) 173 ff.

37) *Jhering*, Kampf¹⁰ 68.

38) *Jhering*, Kampf¹⁰ 71.

39) *Jhering*, Kampf¹⁰ 71; ähnlich im Vortrag JBl 1872, 32.

40) Diesem stellt *Jhering*, Kampf¹⁰ 75 ff, in der Folge ein schlechtes Zeugnis aus.

41) *Jhering*, Kampf¹⁰ 73 f.

empirische Beobachtungen stützt – über die sozialen Bedingungen, unter denen Recht entsteht und vergeht, aber auch darüber, was Menschen antreibt, ihren Kampfgeist lähmt und ihr Rechtsgefühl zersetzt. *Jhering* selbst nannte seine Schrift ein „Stück Psychologie des Rechts“,⁴²⁾ der Rechtssoziologie gilt sie heute als früher Beitrag zu ihrer Disziplin.⁴³⁾

Zugleich ist diese Schrift aber auch ein Stück Rechtspädagogik, denn *Jhering* spricht darin nicht bloß über den Bürger, er wendet sich auch direkt an ihn. Entsprechend breit und positiv war das Echo der zeitgenössischen Tagespresse, von der sich *Jhering* voll verstanden fühlte,⁴⁴⁾ ganz anders als von Fachkollegen, die sich über seinen „popularisierenden Ton, diesem Verderben aller wahren Wissenschaftlichkeit“ mokierten.⁴⁵⁾

B. *Jhering*, ein Sozialdarwinist?

Weit mehr als der Ton erregten die Fachwelt freilich *Jherings* Botschaften. Für Verstörung sorgte bereits der Titel seiner Streitschrift, der sich an *Darwins* „Kampf ums Dasein“ anzulehnen scheint. An *Darwin* denken ließ ebenso *Jherings* erste These: Das objektive Recht entsteht im Kampf, der durch Macht entschieden wird. Dieser Lehrsatz, der Titel und auch der bellizistische Ton haben dem „Kampf um's Recht“ den Ruf eingetragen, ein sozialdarwinistisches Werk zu sein.⁴⁶⁾

Der „Kampf“ entspricht dem Darwinismus gewiss in der nüchternen Einschätzung, dass sich bei der Rechtserzeugung der Mächtigere durchsetzt. Mindestens ebenso wichtig ist aber *Jherings* Feststellung, dass das Recht im Kampf entsteht, nicht durch den still wirkenden Volksgeist. Diese Absage an die romantisierende rechtshistorische Schule war nicht nur ein theoretischer Neuanfang, sondern auch politisch brisant, schärfte *Jhering* dem Publikum damit doch ein, dass sich das Recht nur durch Taten ändert, nicht durch geduldiges Warten. In Österreich musste diese Botschaft 1872 auf besonders fruchtbaren Boden fallen, war doch gerade die Dezemberverfassung 1867 in Kraft getreten, und mit ihr ein Katalog von Grundrechten,⁴⁷⁾ den breite Teile der Bevölkerung in der Märzrevo-

42) *Jhering*, *Kampf* (1872) III.

43) Zur Bedeutung *Jherings* für diese Disziplin allgemein *Helfer*, Rudolf von *Jhering* als Rechtssoziologe, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1968, 553 ff, zum „Kampf ums Recht“ im Besonderen 554 ff.

44) So schreibt *Jhering*, *Kampf* VIII, einen wesentlichen Anteil an der weiten Verbreitung seiner Schrift „der verständnisvollen Beurteilung“ zu, „welche sie in der Tagespresse gefunden hat, und ich fühle mich derselben dafür zu ganz besonderem Danke verpflichtet.“

45) *Nowak*, *Jhering's „Der Kampf ums Recht“*, *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 1872/86, 341. Diesem „Wiener Advokaten Dr. W. Nowack“ antwortet *Jhering* in *Kampf* XII f.

46) ZB *Wertenbruch*, *Versuch einer kritischen Analyse der Rechtslehre Rudolf von Jherings* (1955) 67; 81 ff; *Wieacker*, *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte* (1959) 206; *Wieacker*, *Jhering und der „Darwinismus“*, in FS *Larenz* (1973) 63 (74 f).

47) Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 1867/142.

lution 1848 gefordert hatten – darunter auch die Studentenschaft: Um sie zu einer konservativen Gesinnung zu erziehen, wurden nach der Revolution jahrelang nur Vertreter der rechtshistorischen Schule an die Wiener Fakultät berufen.⁴⁸⁾ Erst Minister *Anton Hye* änderte diese Linie und holte 1868 *Jhering* von Gießen nach Wien, um einen Umschwung einzuleiten – mit Erfolg und zur Begeisterung der Studenten, die umso betrübter waren,⁴⁹⁾ als *Jhering* Wien 1872 wieder verließ. Mit dem „Kampf“ setzte er aber ein letztes, lautes Zeichen gegen die vormals verbreiteten Stillhalterparolen, und zwar weit über die Universität hinaus: Wer Reformen will, muss dafür kämpfen – das ist *Jherings* eigentliche Botschaft.

Sie macht sein Werk attraktiv für alle, die mit den herrschenden Zuständen unzufrieden sind, und bedrohlich für jene, die an diesen Zuständen festhalten wollen. Das erklärt wohl, warum der „Kampf um's Recht“ bis heute eine Projektionsfläche für politische Visionen aller Art ist.⁵⁰⁾ Betrachtet man dieses Werk aber unbefangen, wird klar, dass *Jhering* einem Recht des Stärkeren in einem sozialdarwinistischen Sinn nirgendwo das Wort redet,⁵¹⁾ im Gegenteil. Die „gerechten Gesetze“, die er am Ende seiner Schrift fordert, lassen sich auf eine einfache Formel bringen: Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und Gleichheit sind die Werte, um die es *Jhering* geht. Nicht dass sich der Stärkere, sondern dass sich das – im beschriebenen Sinn gerechte – Recht durchsetzt, ist sein Anliegen, und dazu möge jeder beitragen, denn: „Jeder ist ein geborner Kämpfer um's Recht im Interesse der Gesellschaft.“⁵²⁾

Dieser humane Universalismus wurde *Jhering* bald nach seinem Tod angelastet, bezeichnenderweise, als der Glaube aufkam, das Recht sei allein vom Nationalstaat her zu definieren.⁵³⁾ Folgerichtig blieb auch der Nationalsozialismus zu *Jhering* auf Distanz. Der „Kampf ums Recht“ wurde 1943 zwar neu aufgelegt, jedoch gekürzt um „polemische [...] Ausführungen“,⁵⁴⁾ darunter alle Passagen, in denen sich *Jhering* gegen antisemitische Diskriminierungen wendet. Dass seinem Werk ab den 1950er-Jahren plötzlich ein Mangel an Idealismus angelastet wurde, ist schon für sich eine erstaunliche Wendung; vollends verdreht wurden die Dinge aber, wenn solche Vorwürfe just von Personen kamen, die sich wenige Jahre zuvor dem Nationalsozialismus angeschlossen hatten.⁵⁵⁾

48) *Hofmeister*, *Jhering in Wien*, in *Behrends* (Hrsg), *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse*² (1993) 38 (40).

49) Vgl *Hofmeister* in *Behrends* 45, der von einer Dankesadresse der Studierenden berichtet, die einen „schier unerschöpflichen Schwall überschwenglichen Lobes“ enthielt.

50) Siehe auch *Behrends*, *Rudolf von Jhering, der Rechtsdenker der offenen Gesellschaft*, in *Behrends* (Hrsg), *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse*² (1993) 8, 10.

51) Das betont auch *Helfer*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1968, 555; zur Haltlosigkeit des Darwinismuskritikums ferner mwN *Behrends* in *Behrends* 8 ff.

52) *Jhering*, *Kampf*¹⁰ 52 (im Original hervorgehoben).

53) Dazu *Behrends* in *Behrends* 8, 10.

54) So die anonym verfasste Vorbemerkung zu *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (1943).

55) Dazu sehr deutlich *Behrends* in *Behrends* 8, 10.

C. *Jhering, ein Rechthaber?*

Anhaltender als der Vorwurf des Darwinismus ist der Widerstand gegen *Jherings* Kampfpostulat, um sein Recht zu kämpfen, sei eine ethische Pflicht jedes Menschen gegen sich selbst und gegen das Gemeinwesen. *Jhering* postuliert diese Pflicht zwar nur bei willkürlicher Rechtsverletzung. Doch auch mit dieser Einschränkung geht der Privatrechtslehre seine Forderung viel zu weit.

Dagegen wurde eingewendet, schon die Natur habe dem Menschen als „stärksten und vornehmsten aller Triebe“ eingepflanzt, seine eigenen Interessen zu behaupten; ihm diesen Selbsterhaltungstrieb als hohe sittliche Pflicht vorzuhalten, ergebe keinen Sinn.⁵⁶⁾ Ethische Erwägungen legten vielfach sogar nahe, vom Kampf ums Recht abzusehen, zumindest aber gäbe es für eine solche Zurückhaltung deutlich mehr Gründe, als *Jhering* bedenkt.⁵⁷⁾ So könne der Berechtigte Mitleid mit dem Verpflichteten empfinden, der in einer Notlage ist; er könne ihm auch verzeihen haben oder zum Verpflichteten in familiären, freundschaftlichen oder geschäftlichen Beziehungen stehen, die er durch einen Prozess nicht zerstören will. Ebenso ist denkbar, dass er seinen Anspruch nicht beweisen kann oder dass ein stattgebendes Urteil nicht vollstreckbar wäre, weil der Prozessgegner mittellos ist. In solchen Situationen zum Kampf ums Recht aufzurufen, leiste, wie die Privatrechtslehre kritisiert, nur der Rechthaberei und Prozesssucht Vorschub, ohne etwas zu bringen. Auch das Gemeinwesen profitiere von solchen Prozessen nicht, im Gegenteil: Folgte jeder der *Jheringschen* Devise, müssten die Gerichte unter der Last der anfallenden Prozesse zusammenbrechen.⁵⁸⁾

Diese Einwände laufen letztlich auf die Frage zu, ob der Kampf ums Recht ein soziales Übel ist oder eine Wohltat für die Allgemeinheit; wenn letzteres, ließe sich eine ethische Pflicht, diesen Kampf zu führen, zwar plausibel postulieren. Doch bliebe für den Staat die Frage, ob das genügt oder ob es nicht eher angezeigt ist, rechtliche Anreize zu setzen, die den Kampf des Individuums um sein Recht fördern.

Für zivilrechtliche Streitigkeiten, über die *Jhering* im Hauptteil seines Werks spricht, ergibt eine ökonomische Analyse eine gemischte und wechselnde Bilanz. Prozesse verursachen zwar erhebliche individuelle und soziale Kosten, können dem Gemeinwohl aber auch förderlich sein: Erstens bekräftigen sie das Recht und verhindern damit weitere Rechtsverletzungen, zweitens heben sie durch die Klärung offener Rechtsfragen die Rechtssicherheit. Ob Kosten oder Nutzen überwiegen, lässt sich nicht pauschal sagen, sondern hängt von der Sachmaterie ab.⁵⁹⁾

56) *Boas*, Der Kampf um's Recht ein Pflichtgebot? (1876) 7: „Was würden wir zu einem Menschen sagen, der uns auf gleich viel Druckseiten als eine Pflicht zu beweisen sucht, daß wir essen, trinken, schlafen müssen, wenn wir überhaupt leben wollen? Würden wir nicht einfach sagen: der Mann ist nicht recht bei Sinnen [...]?“

57) Zum Folgenden zB *Boas*, Kampf 38 ff; *Bucher*, Gegen *Jherings* Kampf um's Recht. Was die Privatrechtler aus unsinniger These lernen können, in FS Gauch (2004) 45 (51 ff); *F. Bydlinski*, „Suche nach der Mitte“ versus „Kampf ums Recht“? in FS Heldrich (2005) 1091 (1095 ff).

58) *Bucher* in FS Gauch 53 ff; *F. Bydlinski* in FS Heldrich 1105 ff.

59) *Lewisich*, Der Zivilprozess: Soziales Übel oder soziale Wohltat? in Bundesministerium für Justiz/Lewisich/Rechberger (Hrsg.), 100 Jahre ZPO (1998) 97 (99 ff).

Im Kampf um das öffentliche Recht, mit dem *Jhering* sein Werk beginnt und beendet, schlägt das Pendel stärker zugunsten des Nutzens aus, weil die Normen, um deren Einhaltung das Individuum kämpft, meist schon für sich auch öffentliche Interessen befördern. Das gilt sogar für die Grundrechte,⁶⁰⁾ die dem Staat schon zu *Jherings* Zeiten auch dazu dienten, intermediäre Gewalten aufzubrechen und die dadurch frei werdende Macht bei sich zu konzentrieren. So dämmte etwa die Gleichheit vor dem Gesetz lästige Sonderinteressen der Stände ein; und die Freizügigkeit im ganzen Reichsgebiet half, die Landesgrenzen und mit ihnen auch die Macht der Länder aufzuweichen. Heute nützt diese Effekte die EU, wenn sie Unionsbürgerinnen ein Recht auf Freizügigkeit und Nichtdiskriminierung und eine Vielzahl sekundärrechtlicher Ansprüche gewährt und sie damit mobilisiert, das Unionsrecht gegen die Partikularinteressen der Mitgliedsstaaten durchzusetzen. Je mehr Bürger in diesen Kampf um ihre Rechte eintreten, desto besser verwirklicht sich – ganz im Sinne *Jherings* – das Recht an sich. Zugleich entfallen im Kampf ums öffentliche Recht viele Gründe, die uns von Prozessen gegen Mitbürger abhalten: Dass der Staat unsere Rechte nicht in böser Absicht verletzt, bringt uns von Beschwerden gewiss nicht ab, und weder empfinden wir mit Gesetzgebern oder Behörden Mitleid, noch setzen wir im Rechtsstreit mit ihnen persönliche Beziehungen aufs Spiel. Auch dass wir dem Staat „verzeihen“, kommt erst in Betracht, wenn er uns klaglos stellt oder zumindest förmlich feststellt, dass er im Unrecht war. Eine bestehende Rechtsverletzung wird meist auch beweisbar und das stattgebende Erkenntnis vollstreckbar sein: Wozu also vom Kampf abstehen? Ob wir sittlich verpflichtet sind, ihn zu führen, darüber mag man streiten; dem Gemeinwohl zuträglich ist dieser Kampf aber gewiss, und dies ist die Botschaft *Jherings*, die Bestand hat: Wer um sein Recht kämpft, stört nicht, sondern hilft mit, die Rechtsordnung zu realisieren. Deshalb ist der Staat gut beraten, diesen Kampf zu unterstützen, und zwar umso mehr, je mehr er dem Gemeinwohl dient.

Das zu betonen, war im Jahr 1872 durchaus angezeigt: Der unmittelbarste Anlass dafür war die anstehende Reform des Zivilprozessrechts, das *Jhering* für äußerst defizitär hielt und das – was heute grundrechtswidrig wäre – noch keine öffentliche mündliche Verhandlung kannte.⁶¹⁾ Im öffentlichen Recht steckte der Rechtsschutz noch in Kinderschuhen: Das Reichsgericht hatte seine Tätigkeit erst aufgenommen, und die in der Dezemberverfassung 1867 verheißene Verwaltungsgerichtsbarkeit stand noch aus. Nicht nur institutionell, auch psychologisch konnten die Bürger beim Kampf ums Recht damals aber Rückenstärkung brauchen. In den Jahrzehnten zuvor hatte sich nämlich eine machtvolle Allianz zwischen Bürokratie und Psychiatrie gebildet, die Menschen mit „übersteigertem Rechtsgefühl“ zunehmend wegen „Querulantenwahnsinns“ pathologisierte und aus dem Rechtsverkehr zog.⁶²⁾ Zu diesen Tendenzen setzt *Jhering* einen deutlichen Gegenakzent, wenn er die Menschen aufruft, unbeirrt um ihr Recht zu

60) Dazu und zum Folgenden *Pöschl*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, 16. ÖJT, Bd I/2 (2008) 6 (17 f, 24 f).

61) Zu diesem Hintergrund *Hofmeister* in *Behrends* 44.

62) *Gaderer*, Querulanz (2012) 52 ff.

kämpfen, und zugleich dem Staat erklärt, ein „kräftiges Rechtsgefühl“ seiner Bürger sei „die sicherste Gewähr seines eigenen Bestehens“. ⁶³⁾

D. Jhering, ein bornierter Besitzbürger?

Immer wieder wird Jherings „Kampf“ schließlich vorgehalten, er sei fest im Besitzbürgertum verankert, setze die Klassenverhältnisse als gegeben voraus und sei blind für die soziale Frage der damaligen Zeit. ⁶⁴⁾ Tatsächlich fällt an Jherings soziologischen Beobachtungen auf, dass er primär die Ehre der Bauern, Offiziere und Kaufleute im Blick hat. Zur „dienenden Klasse“ meint er am Rande, sie könne kein derart ausgeprägtes Ehrgefühl unterhalten wie die übrigen Schichten, weil ihre Stellung gewisse Demütigungen mit sich bringe. ⁶⁵⁾ Die Arbeiterschaft kommt bei Jhering gar nicht vor, obwohl es nahegelegen wäre, ihren Stolz gerade in der Arbeit und in angemessenen Arbeitsbedingungen zu sehen. Breiten Raum widmet Jhering dafür der Verteidigung des Eigentums, das zu haben er sichtlich voraussetzt. Dazu passt auch die Schärfe, mit der er „Rechtsphilister“ kritisiert, die aus „hausbackene(m) Egoismus und Materialismus“ nicht um ihr Recht kämpfen. ⁶⁶⁾ dass jemanden dazu schlicht die ökonomische Not zwingen kann, kommt ihm anscheinend nicht in den Sinn.

Auch wenn Jhering in der Literatur sogar mit Karl Marx in Verbindung gebracht wird: ⁶⁷⁾ Ein Revolutionär und Klassenkämpfer war er gewiss nicht; er ist aber auch kein Reaktionär, sondern am ehesten als gemäßigt liberal zu beschreiben. ⁶⁸⁾ Folgerichtig genügte ihm die bürgerliche Rechtsgleichheit, die bestehende Besitzverhältnisse nicht antastet; auf ihr bestand er allerdings auch. Entsprechend vehement wendet er sich gegen Einrichtungen, die Menschen rechtlos stellen oder sie diskriminieren. Im selben Licht zu lesen ist seine Parteinahme für Shylock und generell sein Plädoyer für den Kampf ums Recht, sofern man darin auch eine Absage an die leichtfertige Etikettierung Rechtsschutzsuchender als „Querulanten“ sehen will. Von dort wäre der Weg zur sozialen Frage nicht weit gewesen, denn die Diagnose des „Querulantenwahnsinns“ traf im 19. Jahrhundert bevorzugt Menschen, die schlicht um ihre Existenz kämpften. ⁶⁹⁾ Dass sie nicht mehr entrechtet werden, mag man als Fortschritt ansehen, der allein aber gewiss nicht genügt. Das zeigen auch die Kampfzonen der Gegenwart.

63) Jhering, Kampf¹⁰ 71.

64) ZB Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte⁴ (1963) 648; Koller, Der Kampf um Recht und Gerechtigkeit: Soziologische und ethische Perspektiven, in: Estermann (Hrsg), Der Kampf ums Recht. Akteure und Interessen im Blick der interdisziplinären Rechtsforschung (2012) 13 (16 ff).

65) Jhering, Kampf¹⁰ 33 f.

66) Jhering, Kampf VIII.

67) Freund, Georges Sorel. Der revolutionäre Konservatismus (1932) 98 f; Schelsky, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht, in: Schelsky (Hrsg), Die Soziologen und das Recht (1980) 147 (151 ff).

68) Hofmeister in Behrends 41; Schelsky in Schelsky 152 f.

69) Gaderer, Querulanz 55 ff, 80 f.

III. Aktuelle Kampfzonen

A. Maßvolle Aktivität zwischen Querulanz und Rechtsphilisterei

Bereinigt man Jherings „Kampf“ um zeitbedingte Übertreibungen, bleibt als erste Lehre, dass der Staat zwar ein Übermaß an Streitigkeiten nicht bewältigen kann, zugleich jedoch auf eine gewisse Aktivität der Bürger angewiesen ist. Bestünde die Bevölkerung nur aus echten Querulanten, käme der Rechtsapparat rasch zum Erliegen; bestünde sie nur aus apathischen Rechtsphilistern, käme er gar nicht in Gang.

Zwischen Querulanz und Rechtsphilisterei muss der Staat also das rechte Maß finden, in dem er die Menschen für die Realisierung des Rechts aktiviert. Eine erste Stellschraube dafür ist in Österreich wie schon zu Jherings Zeiten das subjektive Recht: Es erlaubt uns, die Einhaltung einer Norm des objektiven Rechts dann, aber auch nur dann zu erstreiten, wenn wir daran ein individualisierbares Interesse haben. Mit einer zweiten Stellschraube legt die Gesetzgebung prozessuale Voraussetzungen fest, unter denen Bürgerinnen den Rechtsweg antreten dürfen. Eine dritte Stellschraube weist Eingaben innerhalb des Rechtsapparats einem Standard- oder Hochleistungsrechtsschutz zu. Folgt man Jhering, müssten diese Schrauben so eingestellt sein, dass der Kampf ums Recht umso leichter fällt, je eher er neben Individualinteressen auch dem Gemeinwohl dient.

Am reinsten verwirklicht finden sich diese Maximen in der Gesetzeskontrolle. ⁷⁰⁾ In diesen Kampf ums Verfassungsrecht hat das B-VG den Bürger schon 1920 intensiv eingebunden und seine Rolle seither schrittweise gestärkt. ⁷¹⁾ Er kann vor dem VfGH geltend machen, seine Rechte seien durch ein verfassungswidriges Gesetz verletzt, und dabei jede Verfassungswidrigkeit monieren, also zB auch die Verletzung von Kompetenzvorschriften, auf deren Einhaltung an sich kein subjektives Recht besteht. Insoweit enthält die Gesetzeskontrolle Elemente einer Popularklage, die Jhering naturgemäß begrüßt. ⁷²⁾ Erweisen sich die verfassungsrechtlichen Bedenken als begründet, entfernt der VfGH das inkriminierte Gesetz aus dem Rechtsbestand, und zwar mit Wirkung erga omnes. Die Bürgerin, die um ihr Recht streitet, kämpft hier also mit maximaler Wirkung um das Recht an sich, ja sie führt sogar eine Änderung des objektiven Rechts herbei. Ganz im Jheringschen Sinn fördert der Staat diesen Kampf ums Verfassungsrecht auch: Er belohnt den Bürger für seinen Beitrag zur Rechtsbereinigung mit der „Ergreiferprämie“, ⁷³⁾ reduziert sein Kostenrisiko und verhindert, dass die Verwaltung eine Gesetzesprüfung stilllegt, indem sie den Bürger klaglos stellt. ⁷⁴⁾ Zu-

70) Art 140 B-VG; das Folgende gilt mutatis mutandis für die Kontrolle von Verordnungen und Staatsverträgen nach Art 139 und Art 140a B-VG.

71) Art 140 B-VG idF BGBl 1920/1 (amtswegige Prüfung des VfGH aus Anlass einer Beschwerde), idF BGBl 1975/302 (Individualantrag) sowie Art 140 Abs 1 lit d B-VG idF BGBl I 2013/114 (Parteienantrag).

72) Jhering, Kampf¹⁰ 54 f.

73) Art 140 Abs 7 B-VG.

74) Anders als § 48 Abs 2 VwGG sieht das VfGG schon im Erkenntnisbeschwerdeverfahren keinen Kostenersatz für den Vorlage- und Schriftsatzaufwand der Behörde vor (VfSlg 19.915/2014); führt eine Beschwerde zu einer Normaufhebung, so übernimmt

sätzliche Akzente setzt der VfGH, indem er die Ergreiferprämie auf Quasi-Anlassfälle ausdehnt,⁷⁵⁾ ferner indem er die GRC-Grundrechte, also Unionsrecht, freihändig zum Maßstab der verfassungsrechtlichen Gesetzeskontrolle macht.⁷⁶⁾ Bremsend wirkt umgekehrt, dass der VfGH die Zulässigkeit von Prüfungsanträgen an sehr elaborierte Voraussetzungen knüpft, deren Handhabung bisweilen aleatorisch wirkt;⁷⁷⁾ freilich ermöglicht diese zusätzliche Stellschraube dem VfGH zugleich, sich vor Überlastungen zu schützen.

Auch jenseits der Gesetzesprüfung wirft der Kampf ums öffentliche Recht, wie gezeigt, einen Nutzen ab, der weit über Einzelinteressen hinausreicht. Folgerichtig ist dieser Kampf vor Behörden und Verwaltungsgerichten relativ formfrei und vor allem kostengünstig.⁷⁸⁾ Er verengt sich erst auf der letzten Stufe: Der Hochleistungsrechtsschutz des VwGH ist für den Bürger nur verfügbar, wenn sein Fall eine Rechtsfrage von „grundsätzliche[r] Bedeutung“ aufwirft,⁷⁹⁾ dh wenn die Entscheidung darüber, abermals im *Jheringschen* Sinn, einen hohen Nutzen für die Rechtsgemeinschaft verspricht.

Den allgemeinen Nutzen zivilrechtlicher Streitigkeiten schätzt der Gesetzgeber sichtlich niedriger ein. Er öffnet den Zugang zum OGH nur, wenn eine Rechtsfrage „zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtswicklung erhebliche Bedeutung“ hat.⁸⁰⁾ Darüber hinaus erlegt die Gesetzgebung den Streitparteien in allen Instanzen Gerichtsgebühren auf,⁸¹⁾ die im internationalen Vergleich ungewöhnlich hoch sind;⁸²⁾ zu diesen Kosten kommt, dass vor den ordentlichen Gerichten großteils Anwaltszwang besteht.⁸³⁾ Den sozial Schwächsten wird zwar Verfahrenshilfe gewährt, doch werden Verfahrenshelfer für ihre Leistungen nicht adäquat honoriert, sodass sich ihre Klienten letztlich

mit einem schlechteren Rechtsschutz begnügen müssen.⁸⁴⁾ Was schon bei *Jhering* ein blinder Fleck war, ist es insoweit bis heute geblieben. Sensibler ist die Gesetzgebung unterdessen für andere Asymmetrien zwischen Streitparteien. Im Arbeits-, Sozial-, Miet- und Konsumentenschutzrecht gewährt sie dem schwächeren Teil besondere Rechte und erleichtert den Rechtsweg.⁸⁵⁾ Flankierend können ihm im Kampf um sein Recht Interessenvertretungen beistehen; die Mitgliedschaft in solchen Vereinigungen ist teils der privaten Initiative überlassen, teils sogar gesetzlich angeordnet.⁸⁶⁾ Im zweiten Fall ist der von *Jhering* sittlich geforderte, gemeinsame Kampf ums Recht mittelbar zur rechtlichen Pflicht geworden. Auch bei Massenschäden hat sich der kollektive Rechtsschutz unterdessen so sehr bewährt, dass sein Ausbau heute europaweit diskutiert wird.⁸⁷⁾ Er durchbricht bisweilen auch die rationale Apathie, die sich einstellt, wenn ein Schaden sehr viele Menschen trifft, aber bei jedem Einzelnen eine so geringe Höhe erreicht, dass sich eine Prozessführung für ihn allein nicht lohnt.

Im Großen und Ganzen finden wir *Jherings* Maximen im geltenden Recht also durchaus verwirklicht: Der Staat erleichtert den Menschen den Kampf um ihr Recht umso mehr, je eher davon auch die Allgemeinheit profitiert; flankierend schafft er Instrumente gegen Apathie, stärkt den gemeinsamen Kampf und erhebt ihn manchmal sogar zur Pflicht. In zwei Konstellationen bleibt der Kampf ums Recht indes prekär: zum einen, wenn sich der Verpflichtete mit dem Staat verbündet, zum anderen, wenn der Berechtigte alleine zu schwach ist, um sich zu behaupten, und keine Verbündeten hat, die ihm zur Seite stehen.

B. Übermächtige Gegner: Apathie und Kampfgeist

Übermächtige Gegner gab es immer schon, der prominenteste ist zweifellos der Staat: Dass der Bürger ihm gegenüber subjektive Rechte haben soll, war lange geradezu undenkbar. Inzwischen existieren zwar gut ausgebaute Rechtswege, auf denen wir unsere Rechte gegen staatliche Hoheitsmacht verteidigen können.⁸⁸⁾ Der Staat steuert jedoch nicht nur mit Befehl und Zwang; seit dem 20.

der Staat die Verfahrenskosten des Beschwerdeführers, selbst wenn dieser im Anlassbeschwerdeverfahren nicht obsiegt (VfSlg 17.089/2003). Zur Klagosstellung im Anlassfall Art 139 Abs 2 und Art 140 Abs 2 B-VG.

75) Zuletzt VfGH 12. 12. 2016, E 650/2016 mwN.

76) VfSlg 19.632/2012.

77) MwN *Pöschl*, Normprüfungsanträge durch Parteien – Die Entstehungsgeschichte und ihr verfassungsrechtlicher Kontext, RZ 2017, 56 (59, 64).

78) Vor Behörden und VwGen besteht kein Anwaltszwang. Im Verwaltungsverfahren erhalten nicht anwaltlich vertretene Personen sogar eine Rechtsbelehrung durch die Behörde (§ 13a AVG); die Kosten der Behörde trägt stets der Staat (§ 75 AVG), nur für Amtshandlungen, die wesentlich im Privatinteresse der Partei liegen, kann eine Bundesverwaltungsabgabe auferlegt werden, die aber € 1.090,- nicht überschreiten darf (§ 78 Abs 2 AVG). Eingaben bei VwGen unterliegen einer Pauschalgebühr von nur € 30,- bzw € 15,- (§ 2 BuLVwG-EingabengebührV); Zeugen- und Beteiligtengebühren trägt stets der Staat (§ 26 Abs 4 VwGVG); bei erfolgreichen Maßnahmenbeschwerden erhält die Partei Aufwandsersatz (§ 35 VwGVG). Seit 1. 1. 2017 kann in allen VwG-Verfahren Verfahrenshilfe gewährt werden (§§ 8a, 40 VwGVG).

79) Art 133 Abs 4 B-VG.

80) § 502 Abs 1 ZPO.

81) GerichtsgebührenG; eingehend *Drexel*, Der Zugang zum Recht (2015) 120 ff.

82) *Oberhammer*, Zugang zum Recht – aus zivilrechtlicher Sicht, in ÖJT (Hrsg), Zugang zum Recht (2014) 24 (25 ff).

83) § 27 ZPO: absoluter Anwaltszwang bei Streitigkeiten vor BGen ab einem Streitwert von € 5.000,- (ausgenommen Streitigkeiten, die kraft Eigenzuständigkeit vor das BG gehören) und vor allen höheren Gerichten.

84) Kritik bei *Oberhammer* in ÖJT 24f, 52.

85) Im Arbeits- bzw Sozialrecht bestehen zB Diskriminierungsschutz (GIBG), Kündigungs- und Entlassungsschutz (§§ 105 ff ArbVG), erhöhte Manuduktionspflicht (§ 39 Abs 2 Z 1 ASGG), gelockerter Anwaltszwang (§ 40 ASGG), ein eingeschränktes Neuerungsverbot (§ 63 ASGG) sowie Erleichterungen bei Kostentragung und Gebührenpflicht (§§ 58, 77, 80 ASGG). Im Mietrecht bestehen zB Zinsschutz (§§ 16 f MRG), ein Verbot bestimmter Vereinbarungen (§ 27 MRG), Kündigungsbeschränkungen (§ 30 MRG), gerichtliche Kündigung (§ 33 MRG) und Schlichtungsverfahren (§ 39 MRG). Auch zugunsten der Konsumenten trifft das KSchG umfangreiche Schutzbestimmungen, zudem bestehen kostenlose Schlichtungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle (Alternative-Streitbeilegung-G).

86) Siehe insb die Pflichtmitgliedschaft in der Arbeiterkammer (§ 10 Arbeiterkammergesetz 1992).

87) Allgemein *Kodek*, Kollektiver Rechtsschutz in Europa – Diskussionsstand und Perspektiven, in FS Nowotny (2015) 127 ff; für den Anlegerschutz in Österreich im Besonderen *Oberhammer*, Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegerklagen, in *Kalss/Oberhammer*, Anlegeransprüche – kapitalmarktrechtliche und prozessuale Fragen, 19. ÖJT, Bd II/1 (2015) 73 ff, insb 127 ff.

88) Art 130, 133, 139–141 und 144 B-VG.

Jahrhundert setzt er dafür auch zunehmend Geld ein, namentlich in der Privatwirtschaftsverwaltung, und seit dem 21. Jahrhundert handelt er verstärkt schlicht hoheitlich, insb mit Information, also indem er uns belehrt, warnt, uns etwas empfiehlt und ebenso, indem er Daten erhebt. Auch mit diesen Machtressourcen kann der Staat unsere Rechte verletzen;⁸⁹⁾ den Rechtsweg dagegen öffnet er jedoch eher zögerlich: In der Privatwirtschaftsverwaltung sind inzwischen immerhin zentrale Bereiche wie das Vergabe- und Beihilfenrecht einfachgesetzlich diszipliniert und teils einem öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz unterworfen.⁹⁰⁾ Im Übrigen muss die Bürgerin aber den Zivilrechtsweg beschreiten und damit auch die dort errichteten Kostenhürden überwinden. Der Rechtsweg gegen schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln wird derzeit erst angelegt. Das B-VG nennt zwar seit 2014 als möglichen Beschwerdegegenstand neben den klassischen Verwaltungsakten auch das „Verhalten [...] in Vollziehung der Gesetze“.⁹¹⁾ Den Rechtsweg dagegen zu öffnen, ist aber dem einfachen Gesetzgeber anheimgestellt, der Beschwerden hier zulässt, dort nicht. Bis in diesem Flickwerk alle Lücken geschlossen sind, wird noch Zeit vergehen; der Bürger kann sie freilich verkürzen, indem er – zum Nutzen aller – Rechtswege erkämpft.⁹²⁾

Erheblich härter ist der Kampf ums Recht, wenn Staaten grenzüberschreitend agieren, was durch die Internationalisierung und Digitalisierung verstärkt geschieht. So kommt es, dass Bürgerinnen heute auch Rechtsverletzungen durch ausländische Staaten ausgesetzt sind, man denke nur an die exzessiven Datenermittlungen des amerikanischen Geheimdienstes NSA. Die Betroffenen nehmen diese Rechtsverletzungen apathisch hin, und die europäischen Staaten setzen keine nennenswerten Schutzhandlungen zugunsten ihrer Bürger. Das hat Gründe: Zum einen sind diese Staaten den USA politisch verbunden; vermutet wird zum anderen, dass europäische Geheimdienste sich über die NSA Daten beschaffen, die sie selbst nicht erheben dürfen. Unter solchen Bedingungen erscheint der Kampf ums Recht für den Einzelnen geradezu aussichtslos.⁹³⁾

89) Man denke zB an Förderungen, die diskriminierend vergeben werden, an Datensammlungen oder an behördliche Warnungen vor Unternehmern, Produkten oder „Sekten“.

90) *Korinek/Holoubek*, Privatwirtschaftsverwaltung – der gebändigte Leviathan? in FS Aicher (2012) 307 (308f, 310ff, 326f).

91) Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG.

92) ZB die Bekämpfung einer FMA-Warnung durch einen Finanzdienstleister (VfSlg 18.747/2009); der vom VfGH in diesem Fall geforderte Rechtsschutz wurde in der Folge auch für Warnungen in anderen Gesetzen eröffnet, dazu *Lenzbauer*, Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung. Die typenfreie Beschwerde und ihre Verwandten, JAP 2014/2015, 20 (22).

93) Zu den Problemen und gleichwohl verbleibenden Optionen näher *Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015) 405 (438ff) sowie das Urteil des EuGH 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650, das das im Safe Harbor-Abkommen vereinbarte Datenschutzniveau in den USA als ungenügend qualifizierte, sodass IT-Dienstleister Daten nicht mehr ohne weiteres aus der EU in die USA übermitteln (und damit dem Zugriff der dortigen Behörden aussetzen) durften. In der Folge vereinbarte die EU-Kommission mit den USA eine neue Datenschutzregelung („Privacy Shield“), die jedoch abermals als unzureichend bekämpft wird, s EuG, T-670/16, ABI C 2016/410, 26; EuG, T-738/16, ABI C 2017/6, 39.

Auch private Akteure nutzen die Internationalisierung und Digitalisierung, um sich im Kampf ums Recht unangreifbar zu machen. Das beginnt bei Internetgiganten, die sich in Staaten mit besonders schlechtem Rechtsschutz niederlassen, von dort aus aber weltweit agieren und Datenschutzverletzungen begehen. Es setzt sich fort bei transnationalen Unternehmen, die ihre Aktionen in undurchschaubarer Weise auf eine Vielzahl von Subeinheiten in verschiedensten Staaten verteilen, sodass für Rechtsverletzungen am Ende niemand verantwortlich scheint. Noch schwerer greifbar ist die Internetgemeinde, die persönliche Daten, aber auch Lügen im Netz verbreitet und einen Shitstorm nach dem anderen lostritt; unerreichbar erscheinen auch anonyme Hassposter und erst recht Social Bots, also Softwareroboter, die alle diese Äußerungen im Netz automatisiert verstärken. Gänzlich zu verschwinden scheint ein Verantwortlicher schließlich, wenn ein Algorithmus basierend auf Suchanfragen der User in Suchmaschinen persönlichkeitsverletzende Autoergänzungen vornimmt, der Suche nach „Bettina Wulff“ also zB ungefragt „Rotlichtmilieu“ anfügt.

All diese Fälle verbindet, dass private Akteure – genau wie *Jhering* es beschreibt – unsere Rechte mit besonderer Dreistigkeit verletzen, und zwar in einer Weise, die durchaus die Person trifft. Zugleich sind diese Akteure meist einflussreich, weil sie über sehr viel Geld und oft auch über Informationen verfügen, die für datenhungrige Staaten hochinteressant sind. Auch das kann die Schutzbereitschaft des Gesetzgebers lähmen. Angesichts der mühseligen, oft aussichtslos scheinenden Rechtswege treten die meisten Menschen den Kampf um ihr Recht hier gar nicht erst an, sondern fügen sich apathisch wie in ein unabwendbares Schicksal, was die Dreistigkeit der Verpflichteten noch weiter erhöht. Ob *Jhering* für diese Apathie Verständnis gehabt hätte, wissen wir nicht. Doch hätte er gewiss nicht übersehen, dass aus der Masse der gelähmten Rechtsgenossen immer wieder Einzelne hervortreten und den verschlungenen Rechtsweg mithilfe der unabhängigen Gerichte heldenmütig freikämpfen – für sich, aber auch für alle anderen: Sie erreichen dann zB, dass der in Irland niedergelassene Internetriese Facebook für Datenschutzverletzungen beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien geklagt werden kann;⁹⁴⁾ dass – da die Internetgemeinde für Indiskretionen, Lügen und Shitstorms nicht zur Verantwortung gezogen werden kann – eben dem Provider verboten wird, diesen Unrat im Netz zu verbreiten;⁹⁵⁾ dass Provider auch die Namen anonymer Hassposter herausgeben müssen;⁹⁶⁾ dass Google sich nicht hinter einem Algorithmus verstecken kann, den es selbst einsetzt;⁹⁷⁾ und dass es aus seinen Suchergebnislisten Links zu personenbezogenen Daten löschen muss, wenn schutzwürdige Interessen der Betroffenen dies gebieten.⁹⁸⁾

94) OLG Wien 9. 10. 2015, 11 R 146/15v; OGH 20. 7. 2016, 6 Ob 23/16z.

95) OGH 21. 12. 2006, 6 Ob 178/04a; 22. 12. 2016, 6 Ob 244/16z; OLG Wien 26. 4. 2017, 5 R 5/17t.

96) § 18 Abs 4 ECG sowie OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 104/11d; 23. 1. 2014, 6 Ob 133/13x; 19. 2. 2015, 6 Ob 145/14p.

97) OGH 30. 3. 2016, 6 Ob 26/16s; BGH 14. 5. 2013, VI ZR 269/12.

98) EuGH 13. 5. 2014, C-131/12, *Google / Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

Ist der Rechtsweg einmal freigekämpft, sollte er rege beschränkt werden; auch hier passt *Jherings* Bild von der Schlacht, mag es auch martialisch formuliert sein: Jede, die sich am Kampf beteiligt, ist eine Stütze, und jeder, der das Feld verlässt, schwächt das Vorhaben. Gegen übermächtige Gegner müssen sich die Bürger im Kampf ums Recht also verbünden. Das geschieht auch, wenn nach dem Urteil des EuGH über das „Recht auf Vergessen“ bei Google zigtausende Löschansuchen einlangen⁹⁹⁾ oder wenn *Max Schrems* seinen Kampf gegen Facebook mit Sammelklagen fortsetzt.¹⁰⁰⁾ Man mag es überzogen finden, die Beteiligung an solchen Prozessen für ethisch geboten zu halten; abwegig ist es aber nicht, und dem Gemeinwohl förderlich ist dieser Kampf ums Recht gewiss.

C. Ohnmächtige Opfer: Paternalismus und Verdrängung

Sonderprobleme entstehen beim Kampf ums Recht nicht nur, wenn der Verpflichtete atypisch mächtig ist, sondern auch, wenn der Berechtigte nur eingeschränkt oder gar nicht in der Lage ist, seine Rechte zu verteidigen. Das gilt vor allem für Menschen, die am Rand der Gesellschaft stehen. Die Probleme verschärfen sich, wenn diese Menschen von der Gesellschaft räumlich abgesondert untergebracht werden – in Kinder-, Behinderten-, Pflege- oder Altenheimen, aber auch in Flüchtlingslagern. Die Rechte der Insassen solcher Einrichtungen sind typischerweise durch ein schwer entwirrbares Gemenge von öffentlich- und privatrechtlichen Vorschriften bestimmt. Das Personal ist zum Teil mit Befehls- und Zwangsmacht ausgestattet, zumindest verfügt es aber wegen der Hilflosigkeit der Insassen über faktische Macht.

Die Erfahrung lehrt, dass solche Einrichtungen besonders anfällig für schwerste Rechtsverletzungen sind, gegen die sich die Betroffenen nicht wehren, weil sie dazu nicht in der Lage sind und weil es ihnen an Verbündeten in der Außenwelt fehlt, die ihnen im Kampf um ihr Recht beistehen.¹⁰¹⁾ Ihr Rechtsgefühl findet, mit *Jhering* gesprochen, „wegen der Hemmnisse, welche ungerechte Gesetze oder schlechte Einrichtungen [ihnen] entgegensetzen, keinen Spielraum, sich frei und kräftig zu entfalten.“¹⁰²⁾ Hier ist staatlicher Paternalismus gefordert; tatsächlich stellt der Staat den Bewohnern mancher Einrichtungen Rechtsvertre-

99) Die Seite www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/ verzeichnet am 31. 7. 2017 (seit 29. 5. 2014) 588.145 Ersuchen.

100) Zu den Aktivitäten von Max Schrems gegen Facebook allgemein www.europe-v-facebook.org/DE/de.html; zu der von ihm initiierten Sammelklage im Besonderen www.fbclaim.com/ui/register. Die Zulässigkeit dieser Klage prüft der EuGH derzeit aufgrund einer Vorlage des OGH 20. 7. 2016, 6 Ob 23/16z.

101) Siehe zB für die Missstände im Kinderheim Wilhelminenberg bis in die 1970er Jahre *Kommission Wilhelminenberg*, Endbericht (2013); zu den Zuständen in Asylunterkünften (jedenfalls) bis 2013: *Dossier, Wo man mit „Schwein!“ grüßt*. Wie Behörden dabei versagen, Asylwerber menschenwürdig zu beherbergen, Falter 47/13; zur Lage in Alten- und Pflegeheimen (jedenfalls) bis vor kurzem: *Volksanwaltschaft*, Bericht an den Nationalrat und an den Bundesrat. Präventive Menschenrechtskontrolle (2016) 29 ff.

102) *Jhering*, Kampf¹⁰ 67.

ter zur Seite,¹⁰³⁾ die die Probleme allenfalls lindern, aber nicht beheben. Umso wichtiger ist der präventive Rechtsschutz durch die Volksanwaltschaft, die diese Einrichtungen regelmäßig kontrolliert, Verbesserungen empfiehlt und über ihre Wahrnehmungen öffentlich berichtet.¹⁰⁴⁾ Information allein reicht zur Verhinderung von Rechtsverletzungen aber nicht; zumindest ebenso wichtig wäre, dass der Staat auch Geld einsetzt, wenn ein Bericht die wahrgenommenen Missstände wesentlich auf einen eklatanten Personalmangel in der betroffenen Einrichtung zurückführt.¹⁰⁵⁾ Reagiert die Politik darauf nicht, wären nach *Jhering* wohl auch die Bürger aufgerufen, öffentliche Berichte über solche Missstände nicht sofort zu verdrängen, sondern als Wähler gemeinsam um ein besseres Recht zu kämpfen.

D. Neue Kampfstrategien zwischen Selbstjustiz und Resignation

Jhering tritt entschieden dafür ein, den legalen Kampf ums Recht zu führen, dh den Rechtsweg zu beschreiten, und er warnt davor, dass Unrechtserfahrungen Menschen in eine verbrecherische Selbstjustiz treiben können, oder dazu, das Vertrauen in das Recht zu verlieren.

Wäre *Jhering* in die Welt der Gegenwart gestellt, fände er einen bemerkenswerten dritten Weg zwischen illegaler Selbstjustiz und Resignation.¹⁰⁶⁾ Vor allem für die Lösung grenzüberschreitender Rechtskonflikte nehmen viele Menschen nicht mehr automatisch das staatliche Gewaltmonopol in Anspruch, sie resignieren aber auch nicht, sondern kehren die Machtmittel, die private Akteure gegen sie richten, kurzerhand um und nutzen sie für ihre Zwecke. So ist die Information auch in den Händen der Zivilgesellschaft zu einem scharfen Schwert geworden, das zB eingesetzt wird, wenn Facebook-Nutzer gegen die Auswertung ihrer Userdaten durch eine Auskunft so massiv protestieren, dass die kritisierte Auswertung sofort wieder eingestellt wird.¹⁰⁷⁾ Genauso effektiv nutzt die Zivilgesellschaft die Macht des Geldes, wenn sie zB einem Unternehmen, das die Rechte seiner Arbeitnehmer schwer verletzt, den Konsum plötzlich verweigert; das kann das Unternehmen so teuer zu stehen kommen, dass es die Rechtsverletzung nolens volens korrigiert.

Diese alternativen Kampfstrategien sind eine verständliche Reaktion auf defizitäre Rechtswege, denn sie führen viel schneller zum Ziel als lange, kostspie-

103) Das HeimaufenthaltsG stellt zB Heimbewohnern zum Schutz vor Freiheitsbeschränkung einen Bewohnervertreter an die Seite, der den Bewohner vor Gericht, aber auch der Einrichtung gegenüber zu vertreten und dessen Interessen wahrzunehmen hat (§ 8 Abs 2). Er darf zu diesem Zweck insb die Einrichtung unangemeldet besuchen, sich vom Bewohner einen persönlichen Eindruck verschaffen und die Pflegedokumentation oder Krankengeschichte einsehen (§ 9 Abs 1 und 3, §§ 10, 11 Abs 1); näher *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 178 ff. Eine ähnliche Funktion erfüllen die Kinder- und Jugendanwaltschaften der Bundesländer; sie haben zwar keine automatische Vertretungsmacht, fungieren aber als Ombudsstelle, zB § 16 Wiener Kinder- und JugendhilfeG 2013.

104) Art 148a Abs 3 Z 1 bis 3 B-VG, Art 148c B-VG, Art 148d Abs 1 B-VG.

105) Exemplarisch der in FN 101 zitierte Bericht der Volksanwaltschaft 29 ff, 36.

106) Zum Folgenden näher *Pöschl*, VVDStRL 74, 435 ff.

107) www.zeit.de/digital/datenschutz/2012-06/schufa-plattner-forschung.

lige und meist aussichtslose Prozesse gegen weit entfernte Unternehmen. Diese Maßnahmen funktionieren zwar ganz im *Jheringschen* Sinn nur, wenn viele Menschen zusammenstehen; dann aber erlauben sie einen grenzüberschreitenden Kampf um das eigene Recht genauso wie um Rechte anderer und selbst um kollektive Güter wie den Umweltschutz. Die viel gescholtene Internationalisierung, Digitalisierung und Kommerzialisierung unserer Welt hat also eine zweite Seite: Sie schafft im Kampf ums Recht zwar gravierende Probleme, ermöglicht aber auch neue Lösungen.

Dabei ist freilich nicht zu übersehen, dass diese neuen Kampfstrategien – ebenso wie der reguläre Rechtsweg, neben dem sie stehen – defizitär sind, wenn auch aus anderen Gründen: Die Internet- und Konsumgemeinde trifft ihre Urteile zwar rasch, aber keineswegs immer faktenbasiert, ein Problem, das sich in Zeiten von Falschnachrichten und alternativen Fakten noch verstärken wird. Ihr Einschreiten ist zudem unberechenbar, denn worüber sich die Zivilgesellschaft empört, hängt letztlich auch von Launen und Zufällen ab, die mit der Schwere der behaupteten Rechtsverletzung nicht immer korrelieren. Nicht zuletzt kommuniziert die Internetgemeinde ihre Urteile über (vermeintliche) Rechtsverletzungen bisweilen auch mit wüsten Beschimpfungen und sogar Gewaltdrohungen; dann wird ihr Protest zu einem Shitstorm, der seinerseits Rechte manifest verletzt und wie andere Formen der Selbstjustiz bezeugt, „dass die Einrichtungen des Staats sich mit dem Rechtsgefühl [dieser Personen] nicht im Einklang befinden; jedenfalls enthalten sie einen Vorwurf für ihn, entweder den, dass er sie nöthig macht, oder den, dass er sie duldet.“¹⁰⁸⁾

IV. Zeitlose Lehren

Von grenzüberschreitenden Rechtskonflikten im Zeitalter der Digitalisierung konnte *Jhering* nichts wissen, und an die besonderen Gewaltverhältnisse, die heute in Heimen und Lagern überwintern, dachte *Jhering* wohl nicht. Er konnte auch nicht ahnen, mit welchen alternativen Strategien Menschen heute ums Recht kämpfen, wenn der reguläre Rechtsweg zu steinig ist oder in eine Sackgasse führt. Dennoch hinterlässt *Jhering* uns eine Botschaft, die auch über diese neuen Erscheinungen hinweg gültig bleibt. Ob es uns gefällt oder nicht: Recht bedeutet Arbeit, es bildet sich weder abstrakt noch im konkreten Fall von allein, und hier wie dort ist das Recht gerade so gut wie die Menschen, die darum kämpfen.

108) *Jhering*, Kampf¹⁰ 66.