

Gegen Jherings «Kampf um's Recht»

Was die Privatrechtler aus unsinniger These lernen können

Dr. iur. EUGEN BUCHER, em. Professor der Universität Bern

Inhaltsübersicht

- I. Kampf und Friede
- II. Jhering
- III. Was «Kampf», was dessen Rechtfertigung?
- IV. Kampf als Charaktersache
- V. Zweifel an Rechten verbietet Kampf
- VI. Kampfthese nicht praktikabel
- VII. Privatrecht ist privat auch in seiner Verwirklichung
- VIII. Die Schatten heutiger Prozess erleichterung
- IX. Prozessvermehrung durch materielles Recht
- X. Aktualität der Aufforderung zum Kampf: Vielleicht bei der öffentlichen Gewalt?

I. Kampf und Friede

Heute ist JHERING den meisten Juristen lediglich ein Begriff im Zusammenhang der von ihm so genannten *culpa in contrahendo* (c.i.c.). Darüber soll hier nicht gehandelt werden, zumal in der Schweiz derzeit kaum mehr ein Anlass besteht, sich auf diese extralegale gesetzesergänzende *causa obligationis* zu berufen¹. JHERINGs Name stand für vieles: Ein grosser Anreger und zu Querdenkerei neigender Kritiker insbesondere der Pandektenwissenschaft, in der er seine Wurzeln hatte und deren Vertreter er über all die Jahre hinaus blieb. Den weitaus grössten Erfolg hatte aber ein Vortrag, der auch das Laienpublikum über Jahrzehnte hinweg bewegte und der selbst heute, ob-

¹ Bereits MUNZINGER hat in seinem ersten Entwurf eines Obligationenrechts (1869, d.h. acht Jahre nach dem Erscheinen des Jhering'schen Aufsatzes zu c.i.c. in Jahrbücher für Dogmatik Bd. 4/1861, S. 1–112) eine Ersatzpflicht des fahrlässig Irrenden (sc. das Hauptbeispiel JHERINGs) und darüber hinaus beim von JHERING nicht genannten vollmachtlosen Stellvertreter vorgesehen (Entwurf 1869, Art. 47 und Art. 61/II; heutiges OR Art. 26 und Art. 39. Zu den Vorläufern unseres OR vgl. URS FASEL, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, hier S. 519 und 521). – Die «faktischen Vertragsverhältnisse» und die *Vertrauenshaftung* wurden bis zu deren Anerkennung als weitere *extralegale causae obligationis* durch das Bundesgericht in der c.i.c.-Schublade untergebracht, wozu heute in der Schweiz kein Anlass mehr besteht (vgl. dazu Bucher <www.eugenbucher.ch> Nr. 65, 76 und 89). Anders in *Deutschland*, wo c.i.c. immer noch einziger ausserhalb des Gesetzes anerkannte Obligationentstehungsgrund ist, daher auch den «faktischen Vertragsverhältnissen» und der Vertrauenshaftung Heimat gewähren muss, obwohl beide zu JHERINGs c.i.c.-Konzept keinerlei Bezug haben.

wohl nur noch wenig bekannt, zu Entgegnung und Grundsatzüberlegungen einlädt. Solches soll hier versucht werden.

Am 11. März 1872 hielt der damals 54-Jährige in der juristischen Gesellschaft in Wien jenen Vortrag, den er «in wesentlich erweiterter und auf das grössere Lesepublikum berechneter Gestalt unter dem Titel *Der Kampf um's Recht* der Öffentlichkeit übergab». Die Schrift, weniger als hundert Seiten stark und in Taschenbuchformat, hatte einen Publikumerfolg wie zu allen Zeiten auch nicht entfernt irgend eine andere juristische Veröffentlichung. Das Vorwort der letzten Auflage zu Lebzeiten des Autors nennt für die abgelaufenen neunzehn Jahre einundzwanzig Übersetzungen (auf russisch, englisch und französisch je zwei solche)². Ganz ohne weitreichenden Erfolg blieb dagegen die zehn Jahre später erschienene Schrift «Das Trinkgeld», in der JHERING, in spiegelbildlicher Umkehrung seiner Kampfesthese und gewissermassen als deren Ergänzung, mit Leib und Seele gegen das Ausrichten rechtlich nicht begründeter Zuwendungen kämpft (Braunschweig 1882).

Die das gewaltige Echo auslösende Schrift hebt so an: «Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf.» Angesagt ist Kampf, und zwar Kampf aller, und falls nötig gegen alle³. Ob dieser Kampf in den ersten Jahrzehnten neben Begeisterung auch einen mehr als bloss oberflächlichen Einfluss auf das Rechtsverständnis des Publikums entwickelte, lässt sich heute schwer abschätzen. Allzu hoch soll er nicht veranschlagt werden; der Text bleibt bei der Verkündung allgemeiner Prinzipien. Gewiss hat er reichlich Emotionen geschürt, aber deshalb kann JHERING nicht für die unselige Periode von Kampfeslust, Kämpfen und Kriegen, die Jahrzehnte später folgte, in Verantwortung genommen werden. Dies selbst dann nicht, wenn der Titel einer berüchtigten und in Deutschland noch unvergleichlich mehr Emotionen weckenden Schrift aus den Zwanzigerjahren von ihm inspiriert gewesen sein sollte.

Aber: Auch wenn der Ruf der Schrift verblasst ist und heute Begeisterungstürme nicht mehr denkbar sind, stehen JHERINGS Argumente nach wie vor im Raum. Der insgesamt bescheiden gebliebene Widerspruch hatte wenig Echo ausgelöst und lebt im Bewusstsein der Juristenschaft nicht weiter. Der Schreibende glaubt, dass JHERINGS Grundthese im ganz Elementaren dem richtige Verständnis des Wirkens des Privatrechts im Wege steht, die Auseinandersetzung mit ihr daher elementare Zusammenhänge sichtbar machen kann. Die vorliegende Festschrift scheint dem Schreibenden der angemessene Anlass zu sein, bisher von ihm nur beiläufig Angedeutetes aufzunehmen: PETER GAUCH, ein Menschenfreund und mehr als die meisten auf Ausgleich bedacht, glaubt an die Selbstverwirklichung des Privatrechts und ist gewiss, nicht anders als der Schreibende, von der Erwartung erfüllt, dass die Rechtsgenossen ihre Schuldigkeit tun werden bestimmt von Einsicht und gutem Willen, nicht erst

2 So der Autor in der Vorrede. Hier zitiert die 19. Auflage, Wien (Manz) 1919, die Vorrede entsprechend jener der 1891 kurz vor dem Tod des Verfassers erschienenen 10. Auflage. Der Autorennahme wird dort RUDOLF VON IHERING geschrieben, d.h. etwas anders als heute gebräuchlich und auch hier.

3 ADRIAN MÜHLEMATTER verdanke ich den Hinweis, dass sich vergleichbare Diktion in bemerkenswertem Umfang bereits bei HOBBS findet. Dem Schreibenden ist nicht bekannt, in welchem Umfang bisher von JHERINGS Biographen die ihn beeinflusst habenden Autoren ermittelt worden sind.

gezwungen durch Kampf. Kampf, gewiss oft notwendig, darf nicht zum Programm erhoben werden, ist vielmehr, wenn nicht zu vermeiden, ein notwendiges Übel. Der rechte Weg zur Rechtsverwirklichung und zum Rechtsfrieden ist nicht Kampf, sondern Einsicht und guter Wille der Rechtsgenossen.

Die Auseinandersetzung mit JHERING lädt aber auch ein zum Bedenken des *Verhältnisses* der Disziplin des *materiellen Privatrechts* zum *Zivilprozessrecht*; die Ablehnung des JHERING'schen Kampfaufrufs ist gleichzeitig Anlass einiger kritischer Bemerkungen zu den aktuellen Bestrebungen der Ausweitung der Anlässe und Möglichkeiten, privatrechtliche Rechtsbeziehungen prozessual auszutragen (unten Ziff. VIII).

II. Jhering

RUDOLPH VON JHERING (1818–1892) ist eine schwer zu fassende, weil in sich selber widersprüchliche Persönlichkeit. Als Schüler PUCHTAS gewissermassen in begriffsjuristischer Wüste beginnend und endend als bisherige Methoden ablehnender, zu neuen Ufern segelnder Kritiker, reflektieren seine Schriften über längere Zeit hinweg die Auseinandersetzung zweier entgegengesetzter in seiner Brust lebender Seelen. Daher anonym schreibend («Vertrauliche Briefe eines Unbekannten ...») oder in Komödienstil ausweichend, um auch Standpunkte darlegen zu können, die noch nicht ganz als die eigenen gewonnen sind («Scherz und Ernst in der Jurisprudenz»). Und gewiss kein Zufall, dass gross angelegte Werke unvollendet blieben (so *Der Geist des römischen Rechts ...* und *Der Zweck im Recht*)⁴.

Widersprüchlichkeit bestimmt denn auch seinen «Kampf». Der letztlich widersinnigen These ist vorgelagert eine vernünftige Einleitung. Dass im Recht, d.h. der gesamten Rechtsordnung, es nicht ohne Auseinandersetzung und Kampf abgeht, ist selbstverständlich und muss auch immer wieder betont werden. Jede Staatsordnung ist das Ergebnis kämpferischer Auseinandersetzungen, und insbesondere die uns lieb gewordenen modernen Formen demokratischer Staatsverfassung sind kaum jemals ohne Kampf gegen frühere oligarchische Regentschaft erreicht worden. Ob JHERING derartiges im Auge hat, bleibt offen, da er seine sachlichen Anliegen nicht klar herausstellt, sondern immer ganz im Allgemeinen bleibt. JHERINGS Aufruf zum Kampf, der weit ausholt, aber die Kriegsziele dabei geflissentlich verschweigt, erweckt auf weiten Strecken den Eindruck, dass er Kampf um des Kampfes willen propagiert.

Kampf um das Recht und für das Recht ist notwendiges Element auf der Ebene der staatlichen Gemeinschaft: Das Erringen der gutscheinenden Staatsverfassung ist politischer Kampf der Bürger, nicht anders die Bestellung ihrer politischen Vertreter. Ebenso kann die Durchsetzung der Rechtsgebote, die Erhaltung guter Ordnung und Bekämpfung des Bösen durch die Staatsorgane als Kampf verstanden werden, und dieser Kampf muss ernst genommen werden (dazu auch unten Ziff. X). Aber JHE-

⁴ Vgl. zur Person JHERINGS mit Hinweisen auf Werk wie auf Literatur über ihn U. FALK, in Michael Stolleis (Hg.), *Juristen, biographisches Lexikon*; 2. Aufl., München 2001.

RING bezieht seine Kampfparolen nur nebenbei auf den Bereich der Öffentlichkeit und des staatlichen Zusammenlebens; in Vordergrund stehen die Beziehungen der Bürger unter sich auf der Ebene des Privatrechts. JHERING erkennt die Unterschiedlichkeit der beiden Bereiche, ist aber nicht bereit, sie auch unterschiedlich zu behandeln; beide landen im selben Topf.

JHERING unterscheidet im Ausgangspunkt Recht im objektiven und im subjektiven Sinne, bezeichnet das erste als «Inbegriff der durch den Staat gehandhabten Rechtsgrundsätze, die gesetzliche Ordnung des Lebens», die Rechte im subjektiven Sinne als «die concrete Ausmündung der abstracten Regeln in eine concrete Berechtigung der Person.» Dann weiter: «In beiden Richtungen begegnet das Recht dem Widerstand, in beiden Richtungen hat es ihn zu bewältigen, d.h. sein Dasein im Wege des Kampfes zu erstreiten oder zu behaupten. Als eigentlicher Gegenstand meiner Betrachtung habe ich mir den Kampf in der zweiten Richtung ausersehen, aber ich darf nicht unterlassen, meine Behauptung, dass der Kampf im Wesen des Rechts liegt, auch in der ersteren Richtung zu erweisen.» (S. 4). Kurz: Wo Recht, auch Kampf, und ohne Kampf kein Recht. Das heisst im Privatrecht insbesondere, dass es heilige Pflicht des Bürgers ist, seine privaten subjektiven Rechte zu behaupten und wenn notwendig im Kampfe durchzusetzen. Wir haben eine *Moralpauke* vor uns, *nicht Deutung gelten den objektiven Privatrechts*, denn dieses ist von Grund auf entgegengesetzt: Weit und breit ist keine zur privatrechtlichen Anspruchsdurchsetzung auffordernde Rechtsregel zu sehen, und es gibt keine Rechtsdurchsetzung von Amtes wegen, vielmehr im Prozess das Verbot, dem Kläger mehr als das Eingeklagte zuzusprechen, mag er auch weniger als das ihm Zustehende eingeklagt haben. Mit dem Institut der Verjährung wird nicht etwa der säumige Gläubiger zum Eintreiben seiner Guthaben ermahnt, sondern er wird bei seinem (vielleicht bloss als vorläufig gedachten) Anspruchsverzicht behaftet. JHERING opponiert gegen geltendes Recht, kämpft zwar, aber gegen, nicht für herkömmliches Recht.

III. Was «Kampf», was dessen Rechtfertigung?

Die zur Begründung des seltsamen Kampfesaufrufs angeführten Argumente können nur wiederum seltsam sein. Da die früher allenthalben vorhandene Schrift heute nicht mehr ebenso leicht greifbar sein wird, sollen hier wenigstens besonderes hervortretende Argumente angedeutet werden. Und dies so weit als möglich mit Zitaten, denn nur solche demonstrieren die vom Verfasser gewählte Tonlage.

Nach JHERING ist bestehendes Recht immer bloss durch Kampf entstanden, und zwar nicht bloss das Recht der Staatsordnung, sondern auch unsere Privatrechtsgrundsätze: Die Lehre SAVIGNYS und PUCHTAS vom unvermerkten und schmerzlosen Wachsen des Privatrechts wird verworfen und auch hier Kampfbedarf unterstellt (S. 5). Als Beispiele durch Kampf errungener Rechtsentwicklungen werden *Beseitigung von Sklaverei und Leibeigenschaft* genannt (S. 8). Dass sie sich historisch nicht halten lassen, weil derartiges kaum je die Folge von Kämpfen (etwa Sklavenaufständen) war, sondern sich aus gewandelten Anschauungen und veränderten ökonomischen

Verhältnissen ergab, ist hier nicht von Bedeutung, wohl aber, dass das Argument sich gegen JHERINGS eigene Theorien wendet: Wenn schon Kampf die Ursache der genannten Veränderungen wäre, dann wäre es der erfolgreiche Kampf der Rechtlosen gegen die Rechthabenden (etwa der Sklaven gegen ihre Herren), und Rechtsdurchsetzung i.S. der von JHERING geforderten Verteidigung subjektiver Rechte würde, wenn erfolgreich, Rechtsfortentwicklung verhindern. Die Kampfparole ist widersprüchlich, soweit sie gleichzeitig der Entwicklung objektiven Rechts und der Durchsetzung subjektiver Rechte gilt: Die Kämpfer für das eine und jene für das andere sind keine Kampfgenossen, sondern Gegner: Wer für Änderung der Rechtsordnung kämpft, wird, wenn erfolgreich, bestehende Rechte beschneiden, derjenige, der die ihm bisher zustehenden Rechte durchsetzen will, will notwendig die ihm seine Rechte gewährende Ordnung erhalten und muss, wenn nötig, für diese in den Kampf steigen.

JHERING weiss um das Übel der «Prozesssucht, der Rechthaberei, die reine Lust am Streit, der Drang, am Gegner sein Mütchen zu kühlen, selbst auf die Gewissheit hin, dies ebenso teuer, vielleicht auch teurer bezahlen zu müssen als er.» (S. 17). Aber hier zur Rechtfertigung ein Sprung in andere Gefilde: Der Bauer, dem sein Nachbar «einige Fuss seines Ackers abgepflügt oder Steine auf sein Feld geworfen hat», wird verglichen mit Völkern, von denen das eine dem anderen eine Quadratmeile öden Landes entzieht. Wenn wir JHERING folgen, ist im letzteren Fall, dem Streit um die Quadratmeile öden Landes, gerechtfertigt ein «Krieg, der Tausenden das Leben kostet, Kummer und Elend in Hütten und Paläste wirft, Millionen und Milliarden des Staatsschatzes verschlingt und möglicherweise das Bestehen des Staates bedroht». Nach ihm muss das selbe auch für den Bauern gelten; in beiden Fällen geht es nicht um das streitige Land, sondern um Ehre und Unabhängigkeit, im Falle des Bauern um «die Behauptung der Person selber und ihres Rechtsgefühls». Und «der Prozess gestaltet sich für ihn aus einer blossen Interessenfrage zu einer Charakterfrage: Behauptung oder Preisgabe der Persönlichkeit» (S. 17, 18 und 19). Daher: «Der Kampf um's Recht ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst» (S. 20). Und auf der gleichen Argumentationslinie wird derjenige, der aus «Lauheit der Gesinnung, ... die der Bequemlichkeit zu Liebe dem Kampfe um das Recht aus dem Wege geht», verglichen mit dem «Feige[n], der aus der Schlacht flieht, rettet, was Andere opfern: sein Leben ...» (S. 37). Nach Verdammung der «Moral der Bequemlichkeit» und der Forderung, «alles Klügeln und Berechnen» zu vergessen und «ganz für eine Idee einzutreten», kann man dann gar lesen: «wird das Recht in der Sphäre des Persönlichen, im Kampf um's Recht zum Zweck der Behauptung der Persönlichkeit, zur Poesie – *der Kampf um's Recht ist die Poesie des Charakters.*» (S. 40/41; Ausz. im Original).

Nachdem wir lesen konnten: «Jeder hat den Beruf und die Verpflichtung, der Hydra der Willkür und der Gesetzlosigkeit, wo sie sich hervorwagt, den Kopf zu zertreten» und: «*Jeder ist ein geborener Kämpfer um's Recht im Interesse der Gesellschaft*» (S. 52; Ausz. im Orig.), gelangen wird zu einer Zusammenfassung der Thesen: «Wir haben hiermit den idealen Höhepunkt des Kampfes um's Recht erreicht. Aufsteigend von dem niederen Motiv des Interesses haben wir uns erhoben zu dem Gesichtspunkt der moralischen Selbsterhaltung der Person und sind schliesslich bei dem der Mitwir-

kung des Einzelnen an der Verwirklichung der Rechtsidee im Interesse des Gemeinwesens angelangt.» (S. 53).

IV. Kampf als Charaktersache

Kampf um's Recht ist «die Behauptung der Person selber und ihres Rechtsgefühls», «wird aus einer blossen Interessenfrage zu einer Charakterfrage: Behauptung oder Preisgabe der Persönlichkeit» (S. 18, 19). Das ist auch Kampf um die Ehre. Das wird illustriert am Stand der *Offiziere*, der *Bauern* und der *Kaufleute*, deren Ehre je unterschiedliche Grundlage hat. «Ein Officier, der eine Ehrbeleidigung geduldig ertragen hat, ist als solcher unmöglich geworden. Warum ? ... Weil er (sc. der Officiersstand) das richtige Gefühl hat, dass die muthige Behauptung der Persönlichkeit gerade für ihn eine unerlässliche Bedingung seiner ganzen Stellung ist, dass ein Stand, der seiner Natur nach die Verkörperung des persönlichen Muthes sein soll, Feigheit seiner Mitglieder nicht dulden kann, ohne sich selber herabzusetzen.» (S. 28). Während beim Offizier offenbar die Verteidigung des Eigentums an Bedeutung zurücktritt, steht sie beim Bauern im Vordergrund, denn: «Arbeit und Eigenthumserwerb ist die Ehre des Bauern. Ein fauler Bauer, der seinen Acker nicht im Stande hält oder leichtfertig das Seinige durchbringt, ist bei seinen Standesgenossen ebenso verachtet, wie ein Officier, der nicht auf seine Ehre hält, bei Seinesgleichen ...» (S. 29). «Was dem Officier die Ehre, dem Bauern das Eigenthum, das ist dem Kaufmann der Credit», den er deshalb ebenso verteidigt (S. 30). Das sind in der Tat interessante Deutungen damaliger gesellschaftlicher Anschauungen, die indessen keine tragfähige Stütze des Kampfpostulates abgeben. Vieles in JHERINGS Schrift ist nur aus dem damaligen Zeitgeist zu verstehen, und diese Zeilen mögen gar jenen, welche Mühe haben, sich die damaligen Verhältnisse vorzustellen, als Illustration dienen.

Aber nicht nur Berufsstände, sondern auch *ganze Nationen* erfahren ihre Beurteilung. So das *englische Volk*: «Sein Reichthum hat seinem Rechtsgefühl keinen Abbruch gethan, und mit welcher Energie sich dasselbe selbst in blossen Eigenthumsfragen bewährt, davon haben wir auf dem Continent oft genug Gelegenheit, uns zu überzeugen an der typisch gewordenen Figur des reisenden Engländers, der dem Versuch einer Prellerei von Seiten der Gastwirthe und Lohnkutscher mit einer Mannhaftigkeit entgegentritt, als gelte es, das Recht Altenglands zu vertheidigen ...» (S. 44/5). Dem wird missbilligend die auf den Kontinent meist fehlende Kampflust gegenübergestellt. Aber, wer hätte es gedacht, *unser Land* wird ausgenommen: «Das Naturell der Schweizer ist im Sinne der Kunst und Poesie gewiss nichts weniger als ideal, es ist nüchtern, praktisch wie das der Römer. Aber in dem Sinn, in dem ich bisher den Ausdruck «ideal» in Beziehung auf das Recht gebraucht habe, passt derselbe auf den Schweizer ganz so gut wie auf den Engländer.» (S. 70)⁵. In Sachen des Rechtsver-

⁵ Wenigstens in einer Fussnote seien auch die aus der grossen Literatur angezogenen Beispiele erwähnt: SHAKESPEARE und KLEIST. Zwar betrachtete JHERING den das Pfund Fleisch verkörpernden Schein des *Kaufmanns von Venedig* wegen Unsittlichkeit als unwirksam, was nicht hindert, *Sbylock* zu einer tra-

standes mit den Römern der Antike und hinsichtlich Standesbewusstsein mit dem England des 19. Jahrhunderts verglichen zu werden ist nun allerdings ein Kompliment, das der Schweiz (allerdings jener vergangener Jahre) Ehre antut und dem Schreibenden Genugtuung bereitet.

Ans Ende der Ausführungen zum Privatrecht gelangt wird der Blick erneut dem öffentlichen Recht zugewendet und festgestellt, «was gesäet ist im Privatrecht, trägt seine Früchte im Staatsrecht und Völkerrecht» und «Das Privatrecht, nicht das Staatsrecht ist die wahre Schule der politischen Erziehung der Völker» (S. 68 und 69); schliesslich: «Mit Eingriffen in das Privatrecht ... hat der Despotismus überall begonnen; hat er hier seine Arbeit vollendet, stürzt der Baum von selbst.» (S. 72).

Zum Schluss wendet sich JHERING seinem angestammten Fachgebiet zu, dem zeitgenössischen Gemeinen Recht. Diesem wird das Abgehen von lobenswerten Grundsätzen des antiken Rechts vorgeworfen, die dem gesunden Rechtsgefühl besser entsprachen (S. 74 ff.). Das führt über die Rechtsdurchsetzung hinaus und mündet aus in eine kritische Auseinandersetzung mit der zeitgenössischen Pandektistik, deren Abweichung von den guten antiken Quellen beklagt wird. Das ist in der Tat ein grosses Thema, das die Grundlagen der modernen Obligationenrechte insgesamt berührt. Wir haben einen Punkt vor uns, in dem JHERING aus seiner Erfahrung als Pandektist eine grosse, heute mehr als je aktuelle Thematik aufgreift. Allerdings ist auch hier alles aus der Kampfesoptik betrachtet, was aber gelegentlich doch sehr interessant sein kann. Aus diesem Bereich sei nur erwähnt der wichtige und völlig zutreffende Hinweis (S. 89 ff.) auf das *Verschwinden des Genugtuungsgedankens* im Deliktsrecht des 19. Jahrhundert: Die *iniuria* (einlässlich geregelt in Dig. 47,10; *de iniuriis et famosiss libellis*) als allgemeiner Verletzungstatbestand deckte insbesondere auch unseren Persönlichkeitsschutz mit seiner Genugtuungssanktion ab, Dinge, die in der Pandektistik verdrängt wurden und daher auch im BGB keine Aufnahme fanden⁶.

V. Zweifel an Rechten verbietet Kampf

Die hier genannten Argumente JHERINGS sollen einen Eindruck von der Stimmung dieses Kampfschrifttextes geben, brauchen aber nicht im einzelnen analysiert zu werden. Wenn wir nach dem Realitätsbezug der Kampfparole und deren Gründe suchen, kann das Urteil nur vernichtend sein. Auf den Widerspruch, der sich zwangsläufig einstellt, wenn man den Kampf des Einzelnen für «sein» (subjektives) Recht auf die gleiche Stufe stellt wie den Kampf der Gesellschaft für die ihr angestammte Rechts-

gischen Figur zu machen. Wenn dieser ausruft: «Ich fordre das Gesetz», so ist es «nicht mehr der Jude, der sein Pfund Fleisch verlangt, es ist das Gesetz Venedigs selber, das an die Schranken des Gerichts pocht ...» (S. 59). *Michael Kohlhaas*, gewiss eine tragische Figur, wird zur Personifizierung der Verwirklichung des Postulats JHERINGS (S. 61).

⁶ Anders dagegen auch hier die Schweiz: Bereits der Entwurf Munzinger von 1869 (Fn. 1) sieht in Art. 108 / Abs. 2 Schmerzensgeld vor; dann aOR Art. 55 und seit 1912 OR Art. 49. Eugen Huber weitet den Genugtuungsgedanken aus zu einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ZGB).

ordnung, wurde bereits hingewiesen (oben Ziff. 2). Den heutigen Privatrechtlichen beschäftigt vorab die Forderung kompromissloser Durchsetzung aller privaten subjektiven Rechte, die These von der moralischen Pflicht jedes Einzelnen, die ihm zustehenden Rechte obligatorischer wie auch dinglicher Natur im Falle der Missachtung um jeden Preis durchzusetzen. Die Unbegründetheit solchen Postulats ist offenkundig, ebenso die Unmöglichkeit dessen konsequenter Durchsetzung. Weshalb dies so ist, verdient nähere Betrachtung.

Der grundlegende Einwand gegen JHERING liegt in der *naturgegebenen Unbestimmtheit privatrechtlicher Verhältnisse*. Die ganze Schrift ist von der (unausgesprochen bleibenden!) Präsuntion getragen, dass die im Kampf durchzusetzenden privaten Rechte zum vornherein klar, offenkundig, selbstverständlich und unbestreitbar seien. Die Möglichkeit der Einsehbarkeit einer eindeutigen Rechtslage ist aber Voraussetzung des Kampfgebots: Sobald Zweifel unvermeidlich, geboten oder wenigstens zulässig sind, muss die Kampfforderung vor der Forderung nach Klärung der Rechtslage zurücktreten. Erst bei klarer Rechtslage kann man überhaupt die Devise vom «Kampf um's *Recht*» beim Worte nehmen.

Die potentielle Unklarheit der meisten Privatrechtsverhältnisse ist offenkundig und bedarf unter Juristen keiner langen Erörterung, denn diese finden ihr Auskommen in diesen Unklarheiten. Dies besonders im Rahmen von Forderungsrechten. Selbst Obligationen *ex contractu* sind nicht immer klar. Bereits Entstehung oder Inhalt von Verträgen können zweifelhaft sein und etwa Preisabsprachen fehlen. Sobald bei Vertragsabwicklung Schwierigkeiten auftreten, sind die sich ergebenden Forderungen vorerst unbestimmt und klärungsbedürftig: Bei Leistungsstörungen ist der für den nicht gehörig befriedigten Partner resultierende Ersatz- oder Preisreduktionsanspruch nicht zum vornherein bestimmt. Wenn wir an die (statistisch gesehen immer mehr an Bedeutung gewinnenden) Obligationen *ex delicto* denken, ist vorerst meist alles offen: Bereits Forderungsgrund und Haftungsquote stehen nicht immer zweifelsfrei fest, der Ersatzanspruch ist in aller Regel im Quantitativ vorerst mehr oder weniger unbestimmt und nicht leicht bestimmbar, wenn nicht gar ermessensabhängig.

Wird die Summe der zum Kampf berechtigenden eindeutigen Rechtslagen durch die genannten Fälle der Ungewissheit zum vornherein stark gemindert, kommt dazu die wichtigere rechtstatsächliche Feststellung, dass Streitigkeiten allermeist nur bei diesen hier genannten ungewissen Rechtslagen aufkommen, wo für Kampfparolen zum vornherein kein Raum ist. Bei den zum Kampf berechtigenden *eindeutigen Rechtslagen* besteht aber nur selten Anlass und Möglichkeit zu Kampf, denn die Verpflichteten kommen freiwillig ihren Pflichten nach. Klare Pflichten werden in überwältigendem Umfang korrekt erfüllt: Ausgewiesene Rechnungen werden bezahlt, vielleicht zögerlich und erst auf Mahnung hin, aber ohne Kampf im JHERING'schen Sinn, d.h. Prozess. Und Eigentum wird im allgemeinen respektiert, und offene Ritzung fremder Eigentumsrechte (das Verrücken von Grenzsteinen, das habituelle unbefugte Betreten fremder Grundstücke usw.) kommt zwar vor, aber nur selten. Diebstahl ist zwar häufig und nimmt leider zu, aber den Bestohlenen zum Kampf um sein Recht aufzurufen ist nicht angebracht und würde ihn schmerzen, möchte er doch kämpfen, kann aber seines Kampfpartners nicht habhaft werden.

Im Ergebnis kann man nur feststellen, dass JHERINGS Rat nur auf zweifelsfreie Rechtslagen bezogen werden kann, in diesem Rahmen aber nur selten Sinn macht. Wenn ausnahmsweise Eigentumsrechte nicht durch verborgen bleibende Spitzbuben, sondern durch offenen Auftritt verletzt werden, fehlt es selten an angemessener Reaktion: Nicht eingeladene Fremde werden aus den Gärten weggewiesen, Grenzverrückungen nicht hingenommen. Nicht anders auch bei klar ausgewiesenen Geldforderungen, die allermeist eingetrieben werden, wenn beim Schuldner überhaupt etwas zu holen ist. Notwendigkeit oder Sinn eines Aufrufs zu Gesinnungswandel und Abgehen von herrschenden Bräuchen bei der Rechtsdurchsetzung kann nicht erkannt werden und bestand wohl auch zu JHERINGS Zeiten nicht.

VI. Kampfthese nicht praktikabel

Trotz des Gesagten bleibt zu überlegen, wie es um die *Praktikabilität* des JHERING'schen Postulats stünde. Man stelle sich dessen Anwendung vor etwa bei *Deliktsforderungen*, vorab jenen als Folge des Strassenverkehrs. Unfälle ereignen sich stündlich und überschreiten im Jahr hierzulande die Zahl hunderttausend bei weitem, wobei jeder Unfall möglicherweise mehrere Ansprüche entstehen lässt. Von diesen Ansprüchen wird gewiss kaum ein Prozent vor Gericht bis zu einem erstinstanzlichen Urteil durchgekämpft, und nur einige wenige gelangen vor die letztmögliche Instanz. Alle anderen sind zu ihrer endgültigen Erledigung gebracht worden zwar gewiss durch Feilschen und vielleicht in mühsamen Auseinandersetzungen, aber alle immer noch ohne die Gerichte und «Kampf» im Sinne unseres Autors. Selbst wenn Klage erhoben ist, wird mehr als die Hälfte der Fälle vor erster Instanz einvernehmlich geregelt: Die *Institution des Vergleichs*, mit der These JHERINGS nicht zu vereinbaren, nimmt allenthalben eine wichtige Stellung ein im Prozesswesen der staatlichen Gerichtsbarkeit und wohl noch mehr in der Schiedsgerichtsbarkeit⁷. Niemand wird diese Verhältnisse beklagen und kaum jemand eine höhere Prozessquote herbeiwünschen oder die vor Gericht geschlossenen Vergleiche verwerfen. Ähnlich liegen die Dinge im *Erbrecht*. Jeder Tod löst einen Erbgang aus, und in jährlich vielen tausend Fällen ist in der Schweiz auch ein Nachlass vorhanden, dessen Teilung nur ausnahmsweise keinerlei Auseinandersetzung über Anspruchsquoten oder wenigstens über die Zuteilung der einzelnen Vermögenswerte voraussetzt. Auch hier sind – zum Glück für die Beteiligten, aber auch für die Gesellschaft insgesamt – Prozesse die vergleichsweise seltene Ausnahme.

Nicht auszudenken sind die Verhältnisse, wie sie eintreten müssten im umgekehrten Fall, d.h. dem Ausprozessieren aller nicht zum vornherein liquiden Ansprüche, etwa jenen aus Verkehrsunfällen oder in Nachlassteilungen: Die Gerichtssysteme in ihrer heutigen Form würden unter der Arbeitslast zusammenbrechen; die konsequente Ver-

⁷ Dazu BUCHER, Die Rolle des Schiedsrichters bei vergleichsweiser Beilegung des Streites (Referat); Association suisse de l'arbitrage (ASA), Bulletin 1995 Nr. 3, S. 568–589 (<www.eugenbucher.ch> Nr. 62).

wirklichung des JHERING'schen Postulats eine gänzlich erneuerte und um ein Vielfaches ausgedehnte Gerichtsorganisation voraussetzen. Und all das ohne Wertvermehrung: Rechtliche Auseinandersetzungen sind bekanntlich *Nullsummenspiele*, d.h. was der eine bekommt, muss dem anderen weggenommen werden. Aber, genau gesehen ist es ein Spiel, das nicht im Ergebnis Null, sondern im Minus endet und daher als *Verlustsummenspiel* bezeichnet werden müsste⁸. Nur selten wird dieser Verlust sich rechtfertigen lassen mit dem Argument JHERINGS, dass für die Durchsetzung von Recht gegen Unrecht jeder Aufwand gerechtfertigt sei. Und erst recht vergisst unser Autor, dass Kampf immer auch emotionelle Kosten impliziert: Aufregung und Ablenkung von produktivem Tun, oft darüber hinaus auch Kummer und Schmerz selbst wenn erfolgreich, und erst recht auf dem Verlustpfad.

VII. Privatrecht ist privat auch in seiner Verwirklichung

All diese Feststellungen interessieren nicht so sehr wegen dieser bald anderthalb Jahrhunderte alten Schrift, sondern weil sie uns zwingen, die Augen zu öffnen für die Wirkungsmechanismen des Privatrechts. Dieses verwirklicht sich nicht vorab vor den Gerichten, sondern in erster Linie dadurch, dass es von den Rechtsgenossen verstanden und freiwillig verwirklicht wird. Wenn die Rechtslage im Einzelfall nicht zum vornherein klar ist, entscheidet die Einsicht der Parteien, welche gemeinsam (und vielleicht unter Konsultation von kundigen Dritten) die Rechtslage zu erkennen suchen.

Die Selbstverständlichkeit der Privatrechtsverwirklichung durch Einsicht und Rechtsverständnis der Beteiligten gibt den Rechtsschöpfern (vorab den Gesetzgebern, aber auch der Doktrin und den Gerichten) das Ziel vor, das objektive Recht einfach und einsichtig, klar und verständlich auch für den Nichtjuristen zu gestalten. Wissenschaftliche Texte sollen durch antizipierte Problemschau und Problemlösung der Rechtsanwendung den Anwälten und Gerichten den Weg weisen, haben aber zu allererst die Aufgabe, den Betroffenen selber das Recht zu vermitteln durch Aufzeigen der gebotenen Lösungen potentiell aufkommender Rechtsungewissheiten. *Juristische Schriftstellerei ist in unserem Privatrecht immer in erster Linie Wegweiserei zum Einvernehmen der Beteiligten*. Deklariertes Ziel der Literatur sollte es sein, in den behandelten Sachgebieten Prozesse zu erübrigen. Aber, man beachte: Solche sind ein Unglück nicht bloss wegen der genannten materiellen und emotionalen Kosten; *im Prozess ist die Rechtsverwirklichung als solche in Gefahr*. Rechtsverwirklichung kann nicht institutionell garantiert werden, und im Prozessfall leistet niemand für «Durchsetzung des Rechts» Gewähr: Anwälte können sich bei der Präsentation des Falles versehen, und Gerichte fällen bekanntlich immer wieder Fehlurteile. Im Prozessfall ist das Ergebnis ungewiss. Die Prozessführenden benötigen Glück, soll ihnen

⁸ Zusammen erhalten beide Kontrahenten weniger, als sie in Händel hielten bei gütlicher Einigung, gehen doch von der zu verteilenden Masse die Verfahrenskosten und die persönlichen Aufwendungen der Beteiligten ab.

vor Gericht Recht zukommen. Nur wenn sie sich zu einer ausserprozessualen Einigung hätten durchringen können, wäre ihnen «ihr Recht» gewiss gewesen. Von all dem scheint JHERING nichts zu wissen, denn im hier betrachteten «Kampf» wird un-
ausgesprochen immer vorausgesetzt, dass der dem Publikum ans Herz gelegte Kampf im Sieg ende.

VIII. Die Schatten heutiger Prozess erleichterung

Höchstes Ziel ist im Bereich des Privatrechts nicht Durchsetzung bestehender Ansprüche oder Verwirklichung des «richtigen Rechts», sondern der *Rechtsfriede*. Dies war sogar die eingangs zitierte Einsicht JHERINGS: «Das Ziel des Rechts ist der Friede ...»; erst in den Mitteln weicht er von unseren Anschauungen ab. Friede und damit Rechtsverwirklichung ist erreicht, wenn die Beteiligten *einvernehmlich* eine für beide annehmbare Lösung finden. Allerdings wird bei solcher Einigung regelmässig keiner der Partner alle seine in die Verhandlungen mitgebrachten Erwartungen voll verwirklicht finden. Aber unter dem *Druck der im Prozessfall zu erwartenden Nachteile* ist jeder zu *Konzessionen* bereit, und das ist gut so: Der Rechtsfriede wird zwar unter *Druck*, aber deshalb *ohne Kampf und Krieg* erreicht.

Das Notwendigwerden gerichtlicher Auseinandersetzung im Einzelfall wie in der Gesellschaft ist für den Vertreter des materiellen Rechts ein Unglück, das er in möglichst engen Schranken halten möchte. Für diese seine Zielsetzung wird er weit herum Zustimmung finden und höchstens bei der Berufsgruppe der litigant tätigen Rechtsanwältinnen Reserve begegnen. Der Materie rechtler gerät jedoch auf der Ebene der Wissenschaft und der Rechtspolitik in einen echten Interessengegensatz zum *Stand der Prozessualisten*. Diese beschäftigen sich mit den Problemen, welche Gerichtsverfahren aufwerfen; gäbe es keine solchen, bestünde ihre Disziplin nicht. Die Bedeutung des Tuns der Verfahrensrechtler steht in direkter Korrelation zum Umfang der im Lande geführten Gerichtsverfahren und der Bedeutung der damit verbundenen verfahrensrechtlichen Probleme. Es überrascht daher nicht, dass die *Zunft der Verfahrensrechtler sich dafür einsetzt, dass einerseits Prozessieren sich verbreitet und anderseits die angehobenen Prozesse nicht ohne verfahrensrechtliche Fragen bleiben*. Alles verständliche und leicht nachvollziehbare Zielsetzungen, die jedoch den Auffassungen der Materie rechtler, und, wie diese glauben, gleichermassen auch den Interessen der Allgemeinheit zuwider laufen. Diese Gegensätzlichkeit sei hier wenigstens stichwortartig illustriert:

- Aus dem englischen Sprachbereich kommt das Postulat des *access to justice*, das auch in unseren Gegenden Widerhall gefunden hat: Es soll dem Publikum der Zugang zu den Gerichten erleichtert werden. Das leuchtet vorerst ein, und gewiss muss verhindert werden, dass bedeutsame und begründete Ansprüche aus Kostensrück-sichten nicht durchgesetzt werden können. Aber allzu leicht darf der Weg ans Gericht den Beteiligten nicht gemacht werden, soll nicht die Bereitschaft zum Kompromiss als Voraussetzung der Selbstverwirklichung des Privatrechts hinschwinden; auch sollten die den Parteien im Prozessfall drohenden Risiken mög-

lichst im *Gleichgewicht* bleiben. Es ist erstaunlich, wie wenig die Problematik der *Rechtsschutzversicherung* erkannt wird. Wenn beide Parteien eine solche im Rücken haben, fehlt ihnen das Interesse an einvernehmlicher Lösung. Ein tiefer gehender Missstand entsteht dann, wenn bloss die eine der Parteien eine solche besitzt; angesichts der im Prozessfall unterschiedlich drohenden Nachteile sind sich die Parteien bei ihren ausserprozessualen Verhandlungen, d.h. in der Phase der gebotenen gemeinsamen Suche nach dem Richtigen, nicht gleichgestellt. Und der *Hablose*, dem *unentgeltliche Prozessführung* winkt, kann in Prozess nur gewinnen, niemals aber etwas verlieren, wird er doch im Verlustfall weder Kosten tragen noch dem obsiegenden Gegner eine Prozessentschädigung bezahlen. Diese ein Interesse an ausserprozessualer Einigung nicht kennenden Sonderstellung sollte bei der Gewährung unentgeltlicher Prozessführung zu Zurückhaltung führen, die nicht immer zu erkennen ist.

- Der von der alten Bundesverfassung in Art. 59 gewährleistete *Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten* ist leider in der neuen Verfassung aufgegeben worden, und die Schweiz hat ohne Not und Widerstand in dieser Sachfrage das *Lugano-Übereinkommen*⁹ übernommen, das zusätzlich dem Kläger einen *Gerichtsstand des Erfüllungsortes* zur Verfügung stellt (Art. 5 Ziff. 1). Konkurrierende Gerichtsstände sind immer gefährlich und hier in doppelter Hinsicht schlecht: Die Bestimmung des Gerichts unter mehreren möglichen, so nimmt man an, kann das Prozessergebnis beeinflussen; besteht eine Wahlmöglichkeit, gibt dies jener Partei, die ihrem Partner mit der Klageeinleitung zuvorkommt, potentiell eine einseitige Einflussmöglichkeit. Die Folge sind Versuche, den Partner mit einer Klage zu überraschen und andere unschöne Machenschaften, und am Ende resultiert oft genug Streit um die Priorität der Rechtshängigkeit und damit der Gerichts-Zuständigkeit, dies mit unabsehbarer Erschwerung der Rechtsdurchsetzung¹⁰. Art. 5 Ziff. 1 des Übereinkommens veranlasst denn auch ein Unmass von Zuständigkeits-Streitigkeiten. Es sind allein die Verfahrensrechtler, die an dieser problem- und prozessschaffenden Lösung Freude haben können; ihr Geheimnis bleibt die Rechtfertigung dieser von ihnen promovierten Regel. Darüber hinaus kann aber der Gerichtsstand des Erfüllungsortes auch zur *Erpressung* benutzt werden, dies jedenfalls dann, wenn das Rechtsverhältnis einem Recht unterliegt, dem zufolge, wie nach schweizerischem OR (Art. 74/II Ziff. 1), *Geldschulden* am Gläubigerdomizil zu erfüllende *Bringschulden* sind. Wer in der Schweiz Wohnsitz hat, riskiert, sich gegenüber gänzlich haltlosen Ansprüchen vor dem Gericht am Wohnort eines ausländischen Pseudo-Gläubigers verteidigen zu müssen¹¹.

9 *Lugano-Übereinkommen* vom 16.9.1988; SR 0.275.11.

10 Jedes der angerufenen Gerichte entscheidet selbständig über die zuständigkeitsbegründende zeitliche Priorität der Rechtshängigkeit, wobei mit widersprechender Entscheidungen zu rechnen ist. Schwierig zu sagen, was schlimmer ist, wenn beide Gerichte übereinstimmend ihre Zuständigkeit bejahen oder aber verneinen.

11 Das kann den zur Verteidigung notwendigen Zeit-, Nerven- und Kostenaufwand um ein Vielfaches erhöhen, bei kleineren Beträgen aber oft – entgegen JHERING – keine andere Lösung als jene des Nachgebens und Zahlens offen lassen.

- Prozessvermehrung und konkurrierende Gerichtsstände sind auch die Folge der um sich greifenden Zulassung *negativer Feststellungsklagen*. Es ist ein Elementargrundsatz des Obligationenrechts, dass die Entscheidung, ob und wann ein Anspruch geltend gemacht werden soll, allein dem Forderungsberechtigten zusteht. Gewiss gibt es Fälle, in denen jemand ein berechtigtes Interesse hat, zu wissen, ob er Schuldner sei (etwa, wenn die Parteien im Streit stehen, ob sie einen Vertrag geschlossen haben oder nicht und der potentielle Schuldner der charakteristischen Leistung bereits vor Verfall wissen muss, ob er in Pflicht steht). Aber heutige von der Prozessdoktrin gebilligte Übung geht über derartiges hinaus, sodass negative Feststellungsklagen missbräuchlich eingesetzt werden zur Erreichung eines anderen als des ordentlichen Gerichtsstandes oder aus sonstigen taktischen Motiven.

Das Postulat der Selbstdurchsetzung des Privatrechts und insgesamt die Gründe, welche die Ablehnung von JHERINGS Kampfd devise fordern, laden ein zum Widerspruch gegen die hier bloss angedeutete Tendenz der Ausweitung und Problematisierung prozessualer Rechtsdurchsetzung. Zu wünschen wäre mehr Diskussion und Nachdenken darüber¹². Vor allem gälte es, die Fragwürdigkeit zu erkennen, Prozessualisten und Vertreter des Anwaltsstandes in derartigen Fragen als sachlich qualifiziert zu betrachten und ihnen daher in vorbereitenden Kommissionen wie auch in internationalen Verhandlungsgremien die Arbeit zu überlassen, dies unerachtet deren unvermeidlichen Befangenheit infolge wissenschaftlichen und beruflichen Herkommens.

IX. Prozessvermehrung durch materielles Recht

Aber wir Materielrechtler dürfen unsere Einwände gegen die sich heute ausweitenden Möglichkeiten des Prozessierens und die vielen Einladungen hiezu nicht in erster Linie an die Prozessualisten und die für die Weiterentwicklung des Verfahrensrechts verantwortlichen Politiker richten, sondern müssen sie in erster Linie selber zu Herzen nehmen: Die inhaltliche Gestaltung des materiellen Rechts steht an erster Stelle bei der Gewährung von *actiones*. Die derzeitige Vermehrung der materielrechtlichen Anspruchsgrundlagen und Klagemöglichkeiten ist ein so weites Feld, dass darüber Bücher zu schreiben wären. Allerdings nicht nur privatrechtsdogmatische, sondern darüber hinaus auch sozialhistorische, sozialpsychologische oder wie man es immer

¹² Der situationsbedingte Gegensatz zwischen den an Prozessvermehrung und -erleichterung interessierten Vertretern des Prozessrechts und den Materielrechtlern hat sich in der Frage des Erfüllungsorts-Gerichtsstandes ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland manifestiert: Die deutsche ZPO von 1877 sah (und sieht bis heute) in § 29 einen generellen *Gerichtsstand am Erfüllungsort* vor. Für Geldforderungen wollten das die Väter des BGB des Jahres 1896/1900 ins Gegenteil wenden: Um dem Gläubigergerichtsstand nach § 29 ZPO auszuweichen, belassen sie Geldschulden unter der allgemeinen Regel des Erfüllungsortes des Schuldners (BGB § 269) und ordneten bei Geldforderungen nicht für den Grundsatz, sondern allein für die Folgen an, dass er Schuldner «auf seine Gefahr und seine Kosten» dem Gläubiger das geschuldete Geld zu übermitteln habe (BGB § 270 Abs. 1), damit praktisch das Ergebnis von OR Art. 74/II Z.1 erreichbar. Nachdem der Schweiz nun im internationalen Verhältnis die Regel von § 29 der deutschen ZPO beschieden wurde, hätte der Gesetzgeber guten Grund, im OR entsprechend BGB § 270/I sich der neuen Lage anzupassen.

auch nennen mag, wenn über das Ausmass des Einflusses nachgedacht wird, das die Gesellschaft der Rechtsordnung und den sie handhabenden Juristen zugestehen soll. Die in unseren Tagen stattfindende Ausweitung der den Juristen zukommenden Einflusses wird in ihrer Bedeutung allein deshalb im Publikum verkannt, weil die Vorgänge langsam ablaufen und nur wenige Lust und hinreichende Information haben, dem heute Geschehenden frühere Zeiten und in fernen Ländern sich Abspielendes gegenüberzuhalten.

Der Vorgang spielt sich im Privatrecht auf verschiedenen Ebenen ab. Ein im Grundsätzlichen bedeutungsloses aber die Entwicklung insgesamt charakterisierendes Phänomen ist das neu aufkommende «Reiserecht»; von Deutschland ausgehend und sich in die ganze Europäische Union ausweitend wird der «Reisevertrag» zu einem Thema, das selbst auf die Schweiz überschwappt und uns ein PauRG beschert¹³. Es werden für viele der denkbaren unerfreulichen Eventualitäten auf Anbieterseite Pflichten statuiert, die vom Kunden aber nur bei gehöriger Vigilanz in Ansprüche umgewandelt werden. In Deutschland nehmen anscheinend die resultierenden Gerichtsverfahren um bescheidene Beträge statistisch relevanten Umfang an, und es geht der Spruch um, dass Touristen sich heute mit Fotogeräten ausstatten, weniger um Meer oder Berge, Palmen oder Tempel festzuhalten, sondern in erster Linie, um allfällig angebrochene Mängel ihrer Unterbringung im Streite nach ihrer Heimkunft dokumentieren zu können. In gleicher Richtung wirkt das sog. *Konsumentenrecht* insgesamt, und der gleiche Wind bringt auch eine Ausweitung der Haftung der Ärzte und anderer Berufsgattungen: Allenthalben gewiss notwendige Mechanismen, bei denen jedoch Übermass droht und die sämtliche den Regeln des *Verlustsummenspiels*¹⁴ unterliegen. Die hier sichtbar werdende, anscheinend in Verbreitung begriffene Litigantenstimmung kontrastiert in Ursache und Habitus gegenüber jener, die sich JHERING wünscht: Er spricht von *Ehre* und *Unabhängigkeit*, je anders bei Bauer, Offizier oder Kaufmann, aber immer von *Stolz getragen*. Bei unseren Beispielen würde aber wohl Stolz und Selbstachtung, wenn vorhanden, eher davon abhalten, die juristischen Mechanismen zu benützen, die vom Gesetzgeber fast als Sozialhilfe verstanden werden und das *Selbstmitleid der Betroffenen* ansprechen. Ob JHERING ob dieser Neuerungen froh wäre und ob er die von ihm erwartete *Poesie des Charakters* (S. 40 f.; oben Ziff. III *in fine*) in Pauschalreise-Klagen erkennen könnte, bleibt offen.

13 In Deutschland 1979 die Einführung von Bestimmungen über Reisevertrag als BGB §§ 651a bis 651g (später noch erweitert; heute §§ 651 bis lit. m); Europa-Parlament Richtlinie 90/314/EWG; PauRG, Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18.6.1993; SR 944.3

14 *Verlustsummenspiel* (so oben Fn. 8) bedeutet hier: Die bei Pauschalreisen an einzelne der Teilnehmer zu leistenden Haftungssummen belasten nicht die Veranstalter, sondern fliessen, zusammen mit den Verfahrenskosten, ein in den von allen Kunden zu bezahlenden Reisepreis; der selbe Mechanismus (letztliche Kostentragung aller Konsumenten) spielt allenthalben. Bei der *Arzt haftung* allerdings geht es darüber hinaus noch um viel mehr, ist diese doch eine der Ursachen der heute beklagten *Ausweitung der Medizinalkosten*.

X. Aktualität der Aufforderung zum Kampf: Vielleicht bei der öffentlichen Gewalt?

Zum Schluss doch auch noch ein Versuch, der These JHERINGS sinnvolle Aspekte abzugewinnen. Im Bereich des Privatrechts, das für JHERING wie auch für uns im Vordergrund steht, konnte es nicht gelingen, jene Leute zu finden, die man im Sinne unseres Autors zu mehr juristischer Kampfeslust ermuntern könnte oder gar müsste. Aber er bezieht in seine Postulate auch die *öffentliche Gewalt* ein, die das Recht im objektiven Sinne, den «Inbegriff der durch den Staat gehandhabten Rechtsgrundsätze» wahren soll. Sobald wir nicht das Verhalten Privater, sondern jenes von *Staatsorganen* betrachten, ergibt sich ein völlig anderes Bild, und man ist versucht zu überlegen, ob nicht hier ein Kampfesruf Not täte.

Stellt man auf der Ebene der staatlichen Öffentlichkeit die *Forderung nach Rechtsdurchsetzung*, fällt der Blick unvermeidlich auf die in diesen Jahrzehnten vorab im deutschen Sprachbereich partiell sichtbar werdende Lockerung von Schutz und Verteidigung der Bürger durch den Staat. Selbst der Schutz vor Angriffen auf die Integrität der Person kommt gelegentlich ins Wanken, ganz gewiss aber jener von Sacheigentum (was uns punktuell wieder dem Privatrecht näher rückt). Die Kriminalstatistiken verzeichnen zwar keine Zunahme von Angriffen auf Passanten oder von Einbrüchen, aber man hat in der Schweiz Mühe, sich des Eindrucks zu erwehren, dass dieses beruhigende Bild vor allem die Folge verminderten Verfolgungsinteresses der gleichermassen überforderten wie desillusionierten Polizeiorgane sei. Von Bedeutung werden sodann neuerdings Dinge, die von den Medien beschönigend als das, was man heute *events* nennt, präsentiert und vom Publikum so empfunden werden: Vorab die in diesen Jahren in Mode kommenden *Demonstrationen* (im Volke *Demos*). Diese werden inszeniert aus beliebigen und austauschbaren Gründen (Atomkraftwerke und diesbezügliche Transporte, die sog. Globalisierung, in fernen Kontinenten laufende Kriege, bei Gelegenheit an sich billigerswerter Feiern des 1. Mai, wegen Genmanipulation an Mensch, Tier oder Pflanzen und deren Auswirkungen und vieles mehr), arten aber oft, dann auch regelmässig voraussehbar, in Gewalt gegen Menschen und Sachen aus. Die Feststellung ist unabweislich, dass das bei den Regierenden anscheinend herrschende Rechtsverständnis nicht selten dazu führt, dass die Polizeiinstanzen die Dinge treiben lassen: Zum vornherein wird auf Wahrung der öffentlichen Ordnung verzichtet und partiell der Schutz der körperlichen Unantastbarkeit der Bürger wie deren privaten Eigentums sistiert. Diesfalls resultierende rechtsfreie Räume machen dem Juristen Besorgnis, die nicht kleiner, sondern grösser wird, wenn zur Rechtfertigung derartiger ausserhalb des Rechts sich abspielender Vorgänge wohlklingende Formeln (Solidarität, Meinungs- und Demonstrationsfreiheit, ja gar Wahrung der Menschenrechte und dgl. mehr) angerufen werden, Floskeln, welche nicht nur die obrigkeitliche Passivität rechtfertigen, sondern gar Ausschreitungen veranlassen (wie der Verzicht, die Vermummung zu untersagen und zu verhindern: *Vermummung als antizipierte Vereitelung der Sanktionierung von Unrecht*, gewollt von den Akteuren, aber akzeptiert von den zur Verhinderung von Missständen

und deren Sanktionierung Berufenen, wenn nicht ein Verbot statuiert und durchgesetzt wird).

Derartiges wäre nicht möglich ohne «relative Akzeptanz» der Vorgänge im grossen Publikum. Woher diese Akzeptanz, welche die Verantwortung von den Staatsorganen wegnimmt und in der Demokratie zu jener der Allgemeinheit macht? Die Gründe sind vielfältig, aber einer davon ist gewiss, dass Demos, jedenfalls wenn sie ausarten, Unterhaltungswert haben, der mit dem Ausmass der Rechtsverletzung Hand in Hand geht. Bei den zu Unterhaltungsvermittlung gehaltenen Medien ist Akzeptanz ohnehin gewährleistet. Die Liste ähnlicher, gewiss immer bloss sektoriell auftauchender *vacua* der Rechtsverwirklichung liesse sich verlängern (etwa die sog. *Hausbesetzungen*, die bis vor kurzem eine Rolle spielten, aber auch heute noch vorkommen mögen und wo gelegentlich staatliche Funktionäre sich sogar bereit fanden, mit den «Besetzern» über deren «Rechte» Vereinbarungen zu treffen, und dies auch gegen den Willen der allein verfügungsberechtigten Eigentümer).

Um ein vollständiges Bild der Rechtsverwirklichung zu erlangen, müssten gar die *Menschenrechte* in den Blick genommen werden, deren wenigstens punktuelle Missachtung durch die Besatzungstruppen im Irak beim Finalisieren dieser Zeilen anfangs Mai die Welt erschreckt. Aber, wenn man *political correctness* beiseite zu setzen sich gestattet, müsste man umgekehrt wohl einräumen, dass die Berufung auf hohe Werte immer wieder als bequemer Vorwand dient, den Verzicht auf Durchsetzung von Recht und Ordnung zu entschuldigen. All das ist ein weites Feld, das wir nicht betreten wollen. Vermutungen darüber, wie künftige Generationen, sollten sie überhaupt Wissen um derartige Eigentümlichkeiten unserer Jahre haben, die oben bloss angedeuteten Mechanismen (die in ihrer aktuellen Bedeutung nicht überschätzt werden sollen) beurteilen werden, ist offen. Aber, wer JHERINGS Schrift mit einem aktuellen Realitätsbezug ausstatten wollte, würde hier vielleicht einen Ansatzpunkt finden.