



Universitätsverlag Potsdam

Artikel erschienen in:

Jens Petersen

Studien zur juristischen Ideengeschichte

2023 – 211 S.

ISBN 978-3-86956-543-9

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-55980>

Jens Petersen

Studien zur juristischen Ideengeschichte

Universitätsverlag Potsdam

Empfohlene Zitation:

Jens Petersen: Rudolf von Jherings methodischer Individualismus, In: Petersen, Jens: Studien zur juristischen Ideengeschichte, Potsdam, Universitätsverlag Potsdam, 2023, S. 101–129.
DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-60428>

Soweit nicht anders gekennzeichnet, ist dieses Werk unter einem Creative-Commons-Lizenzvertrag Namensnennung 4.0 lizenziert. Dies gilt nicht für Zitate und Werke, die aufgrund einer anderen Erlaubnis genutzt werden. Um die Bedingungen der Lizenz einzusehen, folgen Sie bitte dem Hyperlink:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>

Rudolf von Jherings methodischer Individualismus*

I. Jherings geistesgeschichtlicher Rang

Rudolf von Jhering ist uns heute noch als Dogmatiker vordringlich durch die Begründung der culpa in contrahendo bekannt,¹ auch wenn der Gesetzgeber des BGB die von Jhering behandelten Fallgestaltungen schließlich anders normiert hat.² Zudem haben einzelne der von Jhering gebildeten „Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen“ in den Lehrbüchern überlebt.³ Womöglich noch größere Wirkung haben jedoch Jherings rechtstheoretische, rechtshistorische und rechtsphilosophische Schriften entfaltet, die prägenden Einfluss auf die Geistesgeschichte des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts gehabt haben. Kein Geringerer als Friedrich Nietzsche wurde nachweislich von Jherings Werk über den „Zweck im Recht“⁴ maßgeblich beeinflusst.⁵ Namentlich Nietzsches *Genealogie der Moral*

* Zuerst veröffentlicht unter dem Titel „Privatrechtsdogmatik und methodischer Individualismus am Beispiel Rudolf von Jherings“ in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, 2017, S. 87–114.

1 Jhering, Culpa in Contrahendo, JherJb 4 (1861) 1 ff.; Neudruck 1969 (Hg. E. Schmidt), S. 7 ff. Mit Recht wird Rudolf von Jhering – wie im Übrigen auch Claus-Wilhelm Canaris – in einem von Hoeren herausgegebenen Band (2001) als „zivilrechtlicher Entdecker“ gewürdigt.

2 Leenen, Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Auflage 2015, § 17 Rn. 4; siehe auch Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1998; eingehend Diederichsen, Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart, in: Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken (Hg. Behrends) 1993, S. 37, 68 ff.

3 Vgl. nur den Speisekartenfall; dazu Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage 2016, Rn. 324 f.

4 Jhering, Der Zweck im Recht, 1877. Nietzsches Lektüre dieser Schrift ist buchstäblich verbrieft, nämlich in einem Brief an seinen Freund Overbeck aus dem Jahre 1897, der abgedruckt ist in der Kritischen Studienausgabe (Hg. Colli/Montinari), Band. 5, Sämtliche Briefe, S. 432, 434.

5 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage 1967, S. 565 f. mit Fußnote 2.; Kerger, Autorität und Recht im Denken Nietzsches, 1987, S. 45 ff., behandelt Nietzsches Jhering-Lektüre.

zeugt von der Lektüre Jherings,⁶ Schon an anderer Stelle wurde gezeigt, dass sich gerade auch Jherings ‚Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung‘⁷ eine mitunter augenfällige Gemeinsamkeit mit zentralen Gedanken Nietzsches über die Rechtsphilosophie aufweist.⁸ Pars pro toto mag dies eine Mahnung Jherings veranschaulichen, die auch heute noch ihre Gültigkeit hat: „Die Rechtsphilosophie würde ihren Credit nicht in dem Maße eingebüßt haben, wie sie es leider heutzutage hat, wenn sie sich das Element des Historischen und des Concreten nicht zu sehr hätte abhandenkommen lassen. Ihre Zukunft liegt m.E. in einer energischen Wiederaufnahme desselben.“⁹ Dem ist auch heute, in einer Zeit, in der sich immer weniger Zivilrechtler – anders als der Jubilar seit jeher¹⁰ – mit der Rechtsphilosophie beschäftigen, nichts hinzuzufügen.¹¹ Es ist also an der Zeit, Jhering nicht mehr nur als Entdecker der Lehre von culpa in contrahendo zu zitieren, sondern auch seine bleibenden rechtstheoretischen Erkenntnisse und Errungenschaften für die Privatrechtsdogmatik und Rechtstheorie des 21. Jahrhunderts aufzubereiten.

II. Jherings Kampf um's Recht als Ausprägung seines methodischen Individualismus

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass Jherings berühmter ‚Kampf um's Recht‘, den er erstmals in seiner Wiener Abschiedsvorlesung im Jahre 1872 apostrophierte, als Ausprägung seines methodischen Individualismus¹² begriffen werden kann.¹³ Dabei wird hier von methodischem und nicht von methodologischem In-

-
- 6 *Brusotti*, Die Selbstverkleinerung des Menschen in der Moderne. Studien zu Nietzsches ‚Zur Genealogie der Moral‘, Nietzsche-Studien 21 (1992), S. 81, warnt freilich davor, den Einfluss Jherings auf Nietzsche zu überschätzen.
 - 7 *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil, 9. Auflage 1955, S. 111 ff.
 - 8 *Petersen*, Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit, 3. Auflage 2020, S. 51, 81, 192.
 - 9 *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Vorrede zu Teil II 2; zu dieser Stelle auch *R. Dreier*, Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft, in: Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken (Hg. Behrends) 1993, S. 111, 115.
 - 10 *Canaris*, Gesammelte Schriften (Hg. Neuner/Grigoleit) 2012, Band 1, S. 191–453, 621–64; Band 3 S. 35–139 und öfter.
 - 11 Vgl. auch *Petersen*, Gedächtnisschrift für Unberath, 2015, S. 351.
 - 12 *Stekeler-Weithofer*, Strukturprobleme gemeinsamen Handelns – Philosophische Bemerkungen zu Grundproblemen des methodischen Individualismus, in: Comparativ: Sphären der ‚Geselligkeit‘, 8 (1998) 63 ff.; siehe auch *Miebach*, Soziologische Handlungstheorie, 4. Auflage 2014, S. 395.
 - 13 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872; hier und im Folgenden zitiert nach der von Hermann Klenner herausgegebenen Ausgabe der Schriftenreihe zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 1992.

dividualismus gesprochen, weil Jhering eine Methode entwickelt, nicht eine Methode selbst zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung macht.

1. Methodischer und normativer Individualismus

Dabei wird der für den methodischen Individualismus charakteristische Mechanismus zugrunde gelegt, dass die unterschiedlichen Handlungen der Individuen in einer Weise zusammenwirken, dass sich durch die nicht notwendigerweise aufeinander bezogenen Handlungen der Einzelnen institutionell etwas – bei Jhering etwa: das Recht – zum Besseren ändert, indem es produktiv fortentwickelt wird.¹⁴ Das jeweilige gesellschaftliche Phänomen – hier also das Recht – ließe sich dann nicht zuletzt erklären durch die Handlungen der agierenden bzw. ihm unterworfenen Individuen.¹⁵ Dass hier das Recht bzw. die Rechtsausübung unter dem Gesichtspunkt des methodischen Individualismus untersucht wird, führt im Übrigen nicht zwangsläufig dazu, dass man stattdessen von einem normativen Individualismus sprechen müsste, weil das Recht als solches Gegenstand der Betrachtung ist und die Akte der Rechtsausübung bzw. Geltendmachung von Rechten auch als Handlungen begriffen werden können.¹⁶ Auch wenn Jherings Kampf um's Recht zuinnerst mit seine Vorstellung des subjektiven Rechts als rechtlich geschütztem Interesse zusammenhängt,¹⁷ geht es also im Folgenden nicht um den normativen Individualismus im Gefolge der Aufklärungs-

14 *Schumpeter*, Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie, 1908, S. 88–98, hat den Begriff des methodologisch Individualismus geprägt, wenngleich in einem anderen als dem heute gebräuchlichen Sinne. Doch schwanken die Bedeutungen in den Sozialwissenschaften noch immer, so dass auch die im Text verwendete Bestimmung nur approximativ gilt.

15 *Buzzoni*, Poppers methodologischer Individualismus und die Naturwissenschaften, *Journal for General Philosophy of Sciences* 35 (2004) 157, untersucht dies im Hinblick auf Karl Popper, den der Jubilar einmal als einen seiner „philosophischen Leitsterne“ bezeichnet hat (*Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, *Grazer Universitätsreden* 1993, S. 23), und zwar neben Immanuel Kant (zu ihm *Petersen*, 1. Festschrift für Canaris (2007), Band 2, S. 1243).

16 *Arrow*, Methodological Individualism and Social Knowledge, *American Economic Review* 1994, S. 1, grenzt methodologischen und normativen Individualismus folgendermaßen ab: „The unwieldy adjective, methodological, is needed to distinguish the concerns of constructing positive theory from the normative and political implications wrapped up in the term ‚individualism‘“.

17 *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Auflage 1877, Dritter Teil, Erste Abteilung, S. 339, mit der berühmten Definition: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“.

philosophie – namentlich derjenigen Kants – als Gegenpol zum Naturrechtsdenken.¹⁸

Jherings Interesse gilt nämlich nicht so sehr dem Autonomiegedanken oder der generellen Frage der Rechtsfähigkeit als vielmehr rechtsethischen Postulat der Durchsetzung subjektiver Rechte um ihrer selbst willen, damit das Recht als solches in einem höheren Sinne zur Geltung gebracht wird. Dieser Mechanismus wird aber besser als methodischer denn als normativer bezeichnet, weil es Jhering nicht um die Rechtsbegründung, sondern die Funktionsweise der Rechtsverwirklichung durch Rechtsausübung zu tun ist. Der normative Individualismus begreift demgegenüber „Freiheit im umfassenden Sinne als Recht zur selbstbestimmten Lebensgestaltung anhand eigener Präferenzen, Interessen und Normative“.¹⁹ Dies bedeutet zugleich, dass hoheitliche oder andere Entscheidungen letztlich nur im Hinblick auf die davon berührten Individuen legitimierbar sind.²⁰ Das würde Jhering mitnichten bestreiten und ist in gewissem Sinne sogar eine Bedingung seiner Theorie, trägt aber ihrer hier interessierenden Methode nicht hinlänglich Rechnung. Auch wenn methodischer und normativer Individualismus voneinander zu unterscheiden sind, bedeutet das nicht, dass sie sich a limine ausschließen.²¹ In gewisser Hinsicht, etwa soweit es um die Begründung seiner Theorie des rechtlich geschützten Interesses geht, kann also Jhering als Vertreter des normativen Individualismus angesehen werden, in anderer – hier interessierender, soweit es nämlich um den Mechanismus des Zusammenwirkens geht – jedoch als solcher des methodischen Individualismus.

2. Ringen ums Recht und Rechtspsychologie

Dass Jherings bahnbrechende Schrift unter diesem methodischen Gesichtspunkt bisher, soweit ersichtlich, noch nicht wahrgenommen und durchleuchtet wurde, liegt möglicherweise nicht zuletzt daran, dass uns der martialisch anmutende Begriff des Kampfs heute fremdartig klingt. In der Tat dürfte es sich hier um eine zeitgemäße Begriffsverwendung handeln, deren polemischer Charakter nicht zu-

18 Siehe etwa den Sammelband, *Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht* (Hg. von der Pfordten/Kähler) 2014; *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014, S. 22; *dies.*, *AcP* 208 (2008) 584.

19 So prägnant *Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, S. 289.

20 *Von der Pfordten*, *Normativer Individualismus*, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 58 (2004) 321.

21 *Brock/Junge/Diefenbach/Keller/Villány*, *Soziologische Paradigmen nach Talcott Parsons*, 2009, S. 252.

letzt auch der Gesamtlage der seinerzeitigen Philosophie entsprach.²² Auch Jherings Sprache klingt mitunter befremdlich aggressiv. Um seinen Grundgedanken aus heutiger Sicht zu ihrem Recht zu verhelfen, kann man vielleicht besser von einem ‚Ringens‘ um das Recht sprechen. Ein weiterer Grund dafür, dass uns Jherings Abhandlung heute als eher unzeitgemäße Betrachtung erscheint, dürfte darin liegen, dass in ihr ausweislich seiner Vorrede „ein Stück Psychologie des Rechts“ behandelt wird.²³ Indes macht gerade dies die Schrift heute wieder aktueller denn je, wird doch die Rechtspsychologie inzwischen als Gegenstand juristischer und psychologischer Grundlagenforschung anerkannt.²⁴ Es versteht sich freilich, dass Jhering damit die Rechtspsychologie mitnichten zu einer eigenen Disziplin erheben wollte, sondern eher den Gesichtspunkt des Psychologischen als weiterführend auch für das Recht erachtete.²⁵

3. Janusköpfigkeit des Rechtsbegriffs

Jhering geht zunächst von einem Dualismus zwischen Zweck und Mittel aus, wobei der Kampf das Mittel und der Frieden der Zweck des Rechts sein soll. Jherings Rechtsbegriff gliedert sich dabei in eine subjektive und eine objektive Bedeutung; er spricht von einem „Doppelsinn des Wortes: Recht – das Recht im objectiven und das Recht subjectiven Sinn.“²⁶ Hier findet sich andeutungsweise eine Unter-

22 Zu erinnern ist etwa an die heute weitgehend vergessene Schrift des langjährigen deutschen Schachweltmeisters *Emanuel Lasker*, *Kampf*, 1907. Lasker war überhaupt und über seine epochalen schachlichen Erfolge hinaus eine der beeindruckendsten Personen seiner Zeit, wovon nicht zuletzt das Geleitwort *Albert Einsteins* zur „Biographie eines Schachweltmeisters“ von *Hannak*, Emanuel Lasker, 2. Auflage 1965, S. 3 f., zeugt. Jherings Kampf um’s Recht hat im Übrigen mit dem Schachspiel gemein, dass jeweils durch die widerstreitenden und gegenläufigen Interessen das jeweilige Ganze – das Recht wie das Schachspiel – auf ein anspruchsvolleres Niveau gehoben werden (vgl. zum Letzteren nur *Schonberg*, *Grandmasters of Chess*, 1972, S. 23). Nicht von ungefähr hat auch Adam Smith die Schach-Metapher zur Veranschaulichung seiner ‚Theorie des ethischen Gefühle‘ angeführt; *Smith*, *The Theory of Moral Sentiments*, 1759, VI. ii. 2.17; dazu *Petersen*, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2. Auflage 2017, S. 107 f.

23 *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. V.

24 *R. Dreier*, *Die Rechtssoziologie im Gefüge der Grundlagenfächer*, in: *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts*, Gedächtnissymposium für E. M. Wenz (Hg. H. Dreier, 2000), S. 310 mit genauerer Zuordnung. Vgl. auch *D. Köhler*, *Rechtspsychologie*, 2014; aus dem psychologischen Fachschrifttum *Volbert/Steller* (Hg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008.

25 Hüten sollte man sich freilich vor der ‚Juristenpsychologie‘ des 19. Jahrhunderts; vgl. *Leenen*, *JuS* 2008, 577, 579 Fußnote 17, unter Verweis auf *Jauernig/Jauernig*, *BGB*, 12. Auflage 2007, Vorbemerkung § 116 Rn. 3 („dubiose Juristenpsychologie“).

26 *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 11.

scheidung, die später Ludwig Raiser weiter ausformen wird,²⁷ nämlich die Unterscheidung in einen Institutionenschutz und einen Individualschutz.²⁸

a) Hegelianische Anklänge

Jherings einleitende Darstellung ist überraschend hegelianisch geprägt, wenn etwa von einer „Negation der Ordnung des Rechts“ die Rede ist oder der Begriff des Rechts als singulare tantum vorausgesetzt wird: „Der Kampf ist mithin nicht etwas dem Recht fremdes, sondern er ist mit dem Wesen desselben unzertrennlich verbunden, ein Moment seines Begriffs“.²⁹ Dass Jhering selbst den weiter oben behandelten Begriff des Ringens um's Recht immanent voraussetzt, zeigt sich, wenn er fortfährt, dass „alles Recht in der Welt erstritten worden ist, jeder Rechtssatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht, das Recht eines Volkes, wie das eines Einzelnen, setzt die stete Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus“.³⁰ Hier kündigt sich bereits etwas an, dass die gesamte Abhandlung durchzieht, nämlich die Alternative, dass nicht nur das Recht eines Einzelnen, sondern auch das Recht eines Volkes erstritten werden kann und auf diese Weise das Recht als Ganzes fortentwickeln wird.

Das spricht indes nicht gegen die Annahme eines methodischen Individualismus, weil dieser gerade nicht voraussetzt, dass der Einzelne bzw. die jeweilige Entität, hier also das Volk, eine einzelne Person ist, sondern auch die Lesart zulässt, dass eine Gesamtheit von Personen ihr Recht erstreitet. Wichtig und unverzichtbar ist für Jhering allein die Durchsetzungskraft des Rechts: „Das Recht ist kein logischer, sondern es ist ein Kraftbegriff“.³¹ Fremd ist uns freilich die Vorstellung einer kampfbereiten Mitwirkung an einer gleichwie gearteten nationalen Arbeit, die Jhering in dem von ihm zugrunde gelegten Sinne der Individualität voraussetzt: „Jeder Einzelne, der in die Lage kommt, sein Recht behaupten zu müssen, nimmt an dieser nationalen Arbeit seinen Antheil, trägt sein Scherflein bei zur Verwirklichung der Rechtsidee auf Erden“.³² Das Recht hat auf diese Wei-

27 *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Zivilrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, 1963, S. 145.

28 Vgl. auch *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionenschutz, 2005.

29 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 8.

30 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 9.

31 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 9; zum Begriff der Kraft auch die neueren Arbeiten von *Menke*, Kraft. Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie, 2008; in rechtsphilosophischer Hinsicht ist ferner zu verweisen auf den grundlegenden Gedanken von *Pascal*, *Pensées* (Édition Brunschvicg), Fragment 298.

32 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 9.

se für Jhering etwas Janusköpfiges und ist in dieser Ausprägung dem Eigentum vergleichbar.³³

b) Evolutonäres Rechtsdenken

Jhering geht aber noch weiter, indem er – seinen evolutionären Ansatz verfolgend – die Individualität nicht nur auf einzelnen und ganze Nationen erstreckt, sondern darüber hinaus auch in rechtsgeschichtlicher Rückbetrachtung auf vergangene Zeiten bezieht: „In Bezug auf das Recht gilt dies wie von einzelnen Individuen, so auch von ganzen Zeitaltern.“³⁴ Hieran kann man bereits ermessen, dass Jherings methodischer Individualismus mit seinem evolutionären Rechtsdenken verwoben ist. Das zuletzt behandelte Zitat Jherings legt bereits die Annahme nahe, dass dies mit seinem evolutionären Rechtsdenken verbunden ist, das bereits sorgsam aufbereitet wurde.³⁵ Dieser Zusammenhang begegnet im Übrigen auch bei anderen Rechtsdenkern, für die der Individualismus prägende Kraft hat und denen zugleich eine evolutionäre Betrachtungsweise des Rechts naheliegt, wie namentlich Friedrich August von Hayek.³⁶

c) Abwendung von Savigny

Ungeachtet seiner Hinwendung zum evolutionären Rechtsdenken setzt sich Jhering ab von der Theorie Savignys und Puchtas, der das Element des Ringens und Kämpfens fehle.³⁷ Für ihn ist es nicht die „stillwirkende Kraft der Wahrheit“, sondern der Kampf, der das Recht gebiert: „Den höchsten Grad der Intensivität erreicht derselbe dann, wenn die Interessen die Gestalt erworbener Rechte angenommen haben.“³⁸ Das Recht im subjektiven Sinne, was er weiter oben definiert hat, muss sich selbst im Kampf Geltung verschaffen um das Recht im objektiven Sinn zu verwirklichen: „Aber das Recht als Zweckbegriff, mitten hineingestellt in

33 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 10.

34 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 10.

35 Namentlich in dem Band „Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken“ (Hg. Behrends) mit Beiträgen des Herausgebers (S. 7, 131) sowie von *Diederichsen* (S. 37), *R. Dreier* (S. 111), *Luig* (S. 161) sowie *K. Schmidt* (S. 77), 1993.

36 *Petersen*, Freiheit unter dem Gesetz. Friedrich August von Hayeks Rechtsdenken, 2014, passim.

37 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 12.

38 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 15.

das chaotische Getriebe menschlicher Zwecke,³⁹ Bestrebungen, Interessen muss unausgesetzt tasten, suchen, um den richtigen Weg zu finden und, wenn es ihn entdeckt hat, kämpfen und Gewalt anwenden, um ihn wirklich zu bestreiten.“⁴⁰ Auch wenn das Recht hier in einer metaphysischen Überhöhung erscheint, ist es doch, wie die Bezugnahme auf die menschlichen Interessen, Zwecke und Bestrebungen erkennen lässt, hinsichtlich der einzelnen Rechtsträger individualisiert verstanden. So kann man auch diese Stelle als einen Beleg für den obwaltenden methodischen Individualismus Jherings begreifen, auch wenn der Gegenstand bzw. das Instrument dieses Individualismus, nämlich das Recht, bei äußerlicher Betrachtung für einen normativen Individualismus zu sprechen scheint. Indem die einzelnen Rechtsträger ihre subjektiven Rechte verwirklichen, Ansprüche geltend machen und Rechtspositionen erkämpfen, bilden sie zugleich das Recht im objektiven Sinne fort.

Jhering scheut sich nicht, seiner Theorie gegenüber derjenigen Savignys „den Vorzug größerer psychologischer Wahrscheinlichkeit“ zuzumessen.⁴¹ Es ist dies ein erkennbarer Rekurs auf die in der Vorrede angesprochene rechtspsychologische Betrachtung, die Jhering konsequent verfolgt, indem er wenig später neben die lebensweltliche Betrachtungsweise die „psychologische Selbstbeobachtung“ treten lässt.⁴² Seine Beweisführung, wenn man von einer solchen überhaupt sprechen kann, ist denn auch eher eine intuitive.

4. Rechtsfortbildung durch individuelles Handeln

Diese intuitive Komponente darf freilich nicht den Blick darauf verstellen, dass Jhering trotz aller diffus-psychologistischen Momente zugleich in auch heute noch nachvollziehbaren dogmatischen Kategorien durchaus rational argumentiert.

39 Auch diese Stelle hat eine überraschende Parallele bei *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 189 Zusatz: „der eine Mensch ist fleißig, der andere faul, aber dieses *Wimmeln der Willkür* erzeugt aus sich allgemeine Bestimmungen, und dieses anscheinend Zerstreute und Gedankenlose wird von einer Notwendigkeit gehalten, die von selbst eintritt.“ Aber auch diese äußerliche Ähnlichkeit nimmt letztlich nicht wunder, weil sich die Hegel-Stelle mit ihrer unausgesprochene Bezugnahme auf die berühmte ‚List der Vernunft‘ auf Adam Smiths unsichtbare Hand zurückführen lässt; näher *Petersen*, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2. Auflage 2017, S. 38 ff.

40 *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, S. 16.

41 *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, S. 19.

42 *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, S. 23.

a) Fortbildung des Rechts auf allen Ebenen

Das zeigt sich etwa, wenn er etwa den Vindikationsanspruch wiederholt zum Beispiel nimmt, um darzustellen, inwieweit, „das Recht ein Machtbegriff ist“ und notfalls kämpferisch erstritten werden muss.⁴³ Der Kampf ums Recht ist also für deswegen Jhering segensreich, weil er das Recht auf allen Ebenen fortbildet: „Da kein Recht, weder das der Individuen noch das der Völker gegen diese Gefahr geschützt ist, so ergibt sich daraus, dass dieser Kampf sich in allen Sphären des Rechts wiederholen kann: in den Niederungen des Privatrechts wie auf den Höhen des Staatsrechts und Völkerrechts.“⁴⁴ Hier wird abermals deutlich, dass auch die Völker und nicht lediglich die Individuen für Jhering taugliche Subjekte im Kampf um's Recht sind. Auch das spricht im Kern für einen methodischen Individualismus, wobei, wie gesagt, auch die jeweiligen Völker und Nationen in diesem Sinne gleichsam als kollektive Individuen gedacht werden. Dieses Oxymoron kann womöglich annäherungsweise verdeutlichen, warum aus Jherings Sicht auch im Völkerrecht das objektive Recht verwirklicht werden kann, indem die unterschiedlichen Nationen darum kämpfen. Ungeachtet dieses martialischen und polemischen Moments handelt es sich aber auch dabei um eine strukturell dem methodischen Individualismus zuzuordnende Sichtweise. Das wird deutlich, wenn Jhering Beispiele austauscht: „Lassen wir einmal den Streit der beiden Leute, setzen wir an ihre Stelle zwei Völker.“⁴⁵ Diese Hypothese spricht ersichtlich gegen einen – seiner Natur nach vordringlich antipaternalistischen⁴⁶ – normativen Individualismus, weil ein solcher gerade von Individuen mit ihren je eigenen Freiheitssphären ausgeht, denen gegenüber jegliche Eingriffe einer Legitimation bedürfen. Zugleich streitet diese von Jhering angenommene Möglichkeit für einen methodischen Individualismus, weil es ihm eben um die Veranschaulichung des zugrunde liegenden Prinzips zu tun ist.

43 Jhering, *Der Zweck im Recht*, S. 12, 17, 19. Die diesbezüglichen Ausführungen enthalten im Übrigen stark nietzscheanische Untertöne, die in mancherlei Hinsicht Grundgedanken von Nietzsches ‚Genealogie der Moral‘ entsprechen; näher Petersen, *Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit*, 3. Auflage 2020, S. 51 ff.

44 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 21.

45 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 24.

46 Ähnlich Auer, *AcP* 208 (2008), 584, 597.

b) Jherings eigentümliche Deontologie

Jherings Individualismus verfährt allerdings nicht nur methodisch, sondern auch enthält auch eine moralische Konnotation. Er erhebt die unnachgiebige Rechtsdurchsetzung zu einer Charakterfrage, die zunächst nur eine Interessenfrage zu sein schien. Wenn nämlich nicht „das Recht dem Frieden (...) geopfert“ werden soll, dann ist es aus Gründen moralischer Selbsterhaltung für Jhering eine „Pflicht des Berechtigten gegen sich selber“ und eine „Pflicht gegen das Gemeinwesen“, bestehende Rechte geltend zu machen, Rechtspositionen durchzufechten und nicht um des lieben Friedens nachzugeben.⁴⁷ Trug die Darlegung eingangs hegelianische Bezüge, da sogar von „der Dialektik des Begriffes“ die Rede war,⁴⁸ so erhalten die Ausführungen nunmehr geradezu eine kantische Komponente. Es ist jedoch eine eigentümliche Deontologie, die den Widerstand gegen erlittenes Unrecht gleichermaßen zur Pflicht des Berechtigten gegen sich selber wie zur Pflicht gegen das Gemeinwesen erhebt.⁴⁹ Doch spiegelt sich auch hierin Jherings methodischer Individualismus, weil die Erfüllung der behaupteten Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst nach Jherings Verständnis dem Gemeinwesen zugutekommt. Auch hier ist es kein normativer Individualismus, weil es um eine bloße Selbstverpflichtung geht, mag die Erfüllung auch reflexartig das öffentliche Wohl fördern.⁵⁰

c) Kantische Anklänge

Besonders augenfällig sind die Anleihen bei Kant auch im Hinblick auf den kategorischen Imperativ, den er für seine Theorie des Kampfs um's Recht regelrecht vereinnahmt. Von der ‚Feigen Preisgabe des Rechts‘ sagt er: „Als Handlung eines Einzelnen unschädlich, würde sie zur allgemeinen Maxime des Handelns erhoben, den Untergang des Rechts bedeuten.“⁵¹ Aber auch das begründet keinen normativen Individualismus, sondern ist eher Ausdruck eines gewissen Eklektizismus, der paradoxerweise Jherings Originalität veranschaulicht. Was nämlich wie eklektische Anleihen an Kant und Hegel erscheinen, sind in Wahrheit durchaus originelle Gedanken Jherings, dessen Individualismus in dieser Hinsicht demjenigen Wilhelm von Humboldts nicht unähnlich ist, bei dem sich verschiedentlich

47 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 21 f., 23, 27.

48 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 13.

49 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 27.

50 Zu Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen umfassend und weiterführend *G. Wagner*, AcP 193 (1993), 319.

51 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 42.

gleichfalls gerade an eklektisch erscheinenden Stellen seine wahre Originalität offenbart.⁵² Ebenso wie bei Humboldt ist wohl erst Jherings Individualismus-Bindung seiner individualistischen Rechtsauffassung. Jherings macht dementsprechend – und ebenso wie im Übrigen Wilhelm von Humboldt – vor grellen Überzeichnungen nicht halt: „Behauptung des Rechts ist demnach eine Pflicht der moralischen Selbsterhaltung – gänzliche Aufgabe desselben, wie sie zwar jetzt nicht mehr, aber einst möglich war, moralischer Selbstmord.“⁵³

d) Kritik

Dagegen ist kritisch zu sagen, dass Jhering seine Theorie in unnötiger und übersteigter Weise moralisch auflädt, jegliches Nachgeben mit dem allgegenwärtigen Verdikt des moralischen Bankrotts belegt und dadurch zu Missverständnissen Anlass gibt – etwa demjenigen, dass die moralische Pflicht gegen sich selbst einen normativen Individualismus begründe. Handelte es sich dabei nämlich wirklich um eine kantische Position im strengen Sinne,⁵⁴ dann könnte man dies als spezifisches Erbe der Aufklärung eher annehmen. In der von Jhering begründeten Gestalt ist es aber eher eine übersteigertem Ehrgefühl erwachsende zeitgebundene Vorstellung, die man heute getrost herausrechnen kann, ohne den methodischen Rang seiner Theorie zu schmälern.

e) Unverfügbarkeit des Rechts

Der eigentümlich individualistische Zug dieser Auffassung zeigt sich auch daran, dass unveräußerliche und unverzichtbare Rechtspositionen für Jhering andernfalls – nämlich im Falle einer gleichwohl erklärten Preisgabe – das Recht insgesamt erschüttern würden: „Das Recht aber ist nur die Summe seiner einzelnen Institute, jedes derselben enthält eine eigentümliche moralische Existenzialbedingung: das Eigentum so gut wie die Ehe, der Vertrag so gut wie die Ehre – ein Verzicht auf eine einzelne derselben ist daher rechtlich ebenso unmöglich, wie ein Verzicht auf das gesamte Recht.“⁵⁵ An dieser Stelle kann man gleichsam die Umkehrung des methodischen Individualismus ersehen: Jhering macht die Probe

52 Näher *Petersen*, Wilhelm von Humboldts Rechtsphilosophie, 3. Auflage 2016.

53 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 28.

54 Zu ihr *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 618.

55 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 28. Es verwundert nicht, dass Jhering in einer Anmerkung auf derselben Seite und auch später noch (dazu sogleich) Heinrich von Kleists Novelle ‚Michael Kohlhaas‘ zustimmend zitiert. Siehe dazu *Singer*, Recht und

aufs Exempel, indem er die Preisgabe unverzichtbarer Rechtsinstitute durch den Einzelnen zu einer Selbstaufgabe des Rechts macht. Hier wie dort ist aber der methodische Ausgangspunkt ein individualistischer: indem der Einzelne Rechtspositionen erkämpft, dient er zugleich dem Recht insgesamt; wenn er umgekehrt den – unbehelflichen – Versuch unternimmt, unveräußerliche Recht aufzugeben, dann verliert zugleich das Recht insgesamt seinen Daseinsgrund.

5. Kein methodischer Holimus

Gegen die bisherigen Überlegungen könnte eingewendet werden, dass sich die Einordnung der jheringschen Vorstellung ganzer Nationen und Völker, die ihr Recht erstreiten und das Recht als solches dadurch fortentwickelten, von einem eng verstandenen methodischen bzw. methodologischen Individualismus entferne. Ein solcher Einwand zielte darauf, anstelle eines methodischen Individualismus insoweit – bezüglich der Völker und Nationen – eher einen methodischen Holimus anzunehmen. Für diesen ist typisch, dass ihm ein organisches Verständnis eines Kollektivs, hier also einer Nation oder des Volkes zugrunde liegt, die als „undurchdringliche Ganzheit“ begriffen wird.⁵⁶ Obwohl er auch Personengesamtheiten oder -mehrheiten als organisch handelnde Individuen versteht, spricht dies nicht für einen holistischen Individualismus. In diese Richtung weist auch sein für uns heute eher befremdliches Verständnis von der Nation:⁵⁷ „Eine Nation ist schließlich nur die Summe aller einzelnen Individuen, und wie die einzelnen Individuen fühlen, denken, handeln, so fühlt, denkt, handelt die Nation.“⁵⁸ Dieser Gleichlauf, der bereits sprachlich in einem Parallelismus zum Ausdruck kommt, betont den individualistischen Ansatz. Jhering setzt sich bereits semantisch von jedweder kollektivistischen Vorstellung ab.

Dass Jhering durch die Gleichsetzung von Individuen und Völkern unausgesprochen auch Elemente eines methodischen Holimus aufscheinen lässt, schließt also die Grundannahme eines methodischen Individualismus nicht schlechthin aus. Auch der späte Max Weber etwa schien zwischen einem metho-

Gerechtigkeit bei Kleists Michael Kohlhaas, Liber Amicorum für Detlef Leenen, 2012, S. 261 ff.

56 *Schluchter*, Grundlegungen der Soziologie, 2. Auflage 2015, S. 220. Siehe auch *Petersen*, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 3. Auflage 2020.

57 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 76, verbindet dies zudem mit einer aus heutiger Sicht befremdlichen Herleitung aus dem „nationalen Rechtsgefühl“, dessen Beschwörung seinerseits geeignet gewesen sein mochte, verhängnisvolle Ressentiments zu wecken.

58 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 72.

dischen Individualismus und einem methodischen Holismus zu schwanken, wird aber in der Gesamtschau richtigerweise dem methodischen Individualismus zugeordnet.⁵⁹ Ähnlich wie es bei Max Weber vorgeschlagen wird,⁶⁰ könnte man insoweit auch bei Jhering von einem moderaten methodischen Individualismus sprechen.

6. Differenzierte Beurteilung des Vergleichs

Nach den bisherigen Überlegungen sieht es so aus, als halte Jhering eine vergleichsweise und gütliche Einigung für einen Akt der Feigheit oder zumindest eine schwächliche Lösung. Ganz so verhält es sich indes nicht. Denn hier kommt die psychologische Betrachtungsweise ins Spiel, die Jhering bereits in der Vorrede zu einem wichtigen Entscheidungsgesichtspunkt erhoben hat und hier näher ausführt.

a) Vergleich als „Coincidenzpunkt von Wahrscheinlichkeitsberechnungen“

Die diesbezüglichen Ausführungen Jherings lesen sich wie eine Vorwegnahme verhaltensökonomischer Gedanken: „Der Vergleich ist der Coincidenzpunkt einer derartigen, von beiden Seiten angestellten Wahrscheinlichkeitsberechnung und unter den Prämissen, wie ich sie hier voraussetze, das richtige Lösungsmittel des Streites. Wenn er dennoch oft so schwer zu erzielen ist, ja wenn beide Parteien nicht selten von vornherein alle Vergleichsunterhaltungen ablehnen, so hat dies nicht nur darin seinen Grund, dass die beiderseitigen Wahrscheinlichkeitsberechnungen zu weit auseinander gehen, um sich treffen zu können, sondern dass jeder der streitenden Theile bei dem andern bewusstes Unrecht, böse Absicht voraussetzt. Damit nimmt die Frage, wenn sie processualisch sich auch in den Formen des objectiven Unrechts bewegt (rei vindicatio) dennoch psychologisch für die Parthei ganz dieselbe Gestalt an, wie in dem obigen Fall.“⁶¹

59 Zutreffend *Schluchter*, Handlungs- und Strukturtheorie nach Max Weber, in: Individualismus, Verantwortungsethik und Vielfalt, 2000, S. 86 ff.; *ders.*, Handlung, Ordnung und Kultur. Studien zu einem Forschungsprogramm im Anschluß an Max Weber, 2005, in der Einleitung.

60 *Schluchter*, Grundlegungen der Soziologie, 2. Auflage 2015, S. 264.

61 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 30.

b) Relikte gekränkten Rechtsgefühls

Gerade aufgrund dessen, was Max Weber später die „Mitwirkung gefühlsmäßiger Determinanten“ nennen wird,⁶² entfaltet der Vergleich für Jhering sogar einen besonderen Reiz. Allerdings ist in die Kalkulation einzustellen, dass bei wechselseitiger Annahme dolosen Verhaltens der Vergleich keinen Rechtsfrieden zeitigen wird, weil zumindest auf einer Seite das Rechtsgefühl gekränkt bleibt: „In einem solchen Fall die Parthei durch Hinweisung auf die Kosten und sonstigen Folgen des Processes und die Unsicherheit des Ausganges von demselben abschrecken zu wollen, ist ein psychologischer Missgriff, denn die Frage ist für sie keine Frage des Interesses, sondern des Rechtsgefühls.“⁶³ Hieran lässt sich ersehen – und das ist vom Standpunkt des methodischen Individualismus nicht überraschend –, dass der Rekurs auf das Rechtsgefühl, die psychologische Betrachtungsweise und das damit zusammenhängende ökonomische Handlungskalkül gerade im Hinblick auf eine gütliche Einigung des Rechtsstreits von besonderer Bedeutung ist.

c) Systemkonstituierender Baustein der Theorie

Ungeachtet seiner ausgewogenen Ausführungen zum Vergleich als „Coincidenz“ lässt Jhering im weiteren Verlauf eine unnachgiebige Sicht auf Vergleichsverhandlungen mit einem Schuldner erkennen. Erst wenn dieser beerbt wurde, sieht er Anlass zu möglichen Vergleichsverhandlungen mit dem Erben: „Mit ihm mag ich mich vergleichen, von der Erhebung des Processes ganz abgesehen, aber dem Schuldner gegenüber soll und muss ich mein Recht verfolgen, es koste was es wolle; thue ich es nicht, so gebe ich nicht bloss *dieses* Recht, sondern *das* Recht preis.“⁶⁴ Auch hier regiert für ihn das „eigenthümliche Gesetz“ der ‚moralischen Selbsterhaltung‘.⁶⁵

Diese Ausführungen über den Vergleich sind innerhalb Jherings berühmter Schrift soweit ersichtlich noch kaum je gründlicher rezipiert worden, wohl nicht zuletzt deshalb, weil man sie hier am wenigsten erwartet oder zumindest eine kategorische Ablehnung Jherings voraussetzt. Sie sind aber eben durch die gleich-

62 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1. Auflage 1922, 5. Revidierte Auflage 1980, S. 396 f.

63 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 30 f. Nicht von ungefähr hat sich Jhering auch mit dem Rechtsgefühl auseinander gesetzt; vgl. nur Jhering, *Über die Entstehung des Rechtsgefühls* (mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch („das Rechtsgefühl“ in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Jhering)) von Behrends, 1986, S. 55–184).

64 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 34.

65 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 37.

sam vor die Klammer gezogene, in der Vorrede ausdrücklich angesprochene „Psychologie des Rechts“ ein geradezu systemkonstruierender Baustein der Theorie Jherings. Der Vergleich mag im Kampf ums Recht nicht das Ideal darstellen, er scheint aber zumindest als pragmatische Wünschbarkeit, wenn die von Jhering vorausgesetzte beiderseitige Wahrscheinlichkeitsberechnung zu einem gemeinsamen Punkt gekommen ist. Indem Jhering jedoch zugleich das Rechtsgefühl in die Kalkulation einstellt, grenzt er den wünschbaren Vergleich letztlich vom faulen Kompromiss ab, der weder Rechtsfrieden verheißt, noch den Kampf ums Recht beendet. Gerade durch diese verhaltensökonomische, das Rechtsgefühl berücksichtigende und die psychologische Motivation gewichtende Sichtweise kann man Jherings Methode als individualistisch geprägt begreifen.

7. Interdisziplinarität Jherings

Das zuletzt Bedachte veranschaulicht zugleich, warum der methodische Individualismus bisher überwiegend von Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlern als Kategorie wahrgenommen wurde, kaum jedoch von Juristen. Dem lässt sich, wie bereits eingangs gesehen, nicht mit dem schlichten Hinweis begegnen, für die Jurisprudenz sei eben nicht der methodische, sondern der normative Individualismus die gemäße Darstellungsform. Vielmehr setzt der methodische Individualismus, auf das Recht bezogen, eine interdisziplinäre Ausrichtung voraus bzw. legt sie zumindest nahe. Jherings Argumentation aber können wir, wenn man von zeitgebundenen Besonderheiten absieht, oder sie ins Heutige verallgemeinert, durchaus als Versuch einer interdisziplinären Betrachtungsweise verstehen.⁶⁶ Er berücksichtigt das ökonomische Kalkül und Rechtsgefühl der Akteure in einer Weise, die für seine Zeit, in der die Rechtssoziologie noch nicht einmal in den Kinderschuhen steckte außergewöhnlich ist.⁶⁷

66 Zu einem ähnlichen Versuch bereits *Petersen*, *Montaignes Erschließung der Grundlagen des Rechts*, 2. Auflage 2019.

67 *Auer*, *AcP* 208 (2008) 584, 597, spricht mit gutem Grund von der „von Jhering mitbegründeten soziologischen Rechtsschule“.

a) Der ‚denkende Leser‘ als intelligible Figur des methodischen Individualismus

Man kann wohl sogar so weit gehen zu sagen, dass Jhering nicht nur als Wegbereiter der Rechtspsychologie – um es mit einem modischen Wort zu sagen – gelten kann, sondern dass die psychologische Komponente seiner Argumentation geradezu die Pointe darstellt, wenn man dem zitierten Wort der Vorrede die gebührende Aufmerksamkeit schenkt. Denn mithilfe ihrer lässt sich für Jhering geradezu die Probe aufs Exempel machen, wenn man den ganzen Satz der Vorrede berücksichtigt und zugleich auf den Gesamtzusammenhang der Abhandlung bezieht: „Es ist ein Stück Psychologie des Rechts, das in ihr seine Verwerthung findet, und das jeder denkende Leser an sich selber zu erproben Gelegenheit hat.“⁶⁸ Der von Jhering vorgestellte „denkende Leser“ fungiert auf diese Weise gleichsam als intelligible Figur seines methodischen Individualismus. Übrigens spricht hierfür auch die von Jhering in der Buchfassung wohl bewusst – und nicht nur aus reiner Bequemlichkeit – beibehaltene Vortragsfassung, die nicht von ungefähr in diesem Zusammenhang durch eine an die Zuhörer – das heißt gemäß der Vorrede: „denkenden Leser“ – gewandte rechtspsychologische Überlegung: „Welchen hartnäckigen Widerstand die Voreingenommenheit der Parthei oft allen solchen Versuchen entgegenstellt, weiß Niemand besser als Sie, und ich glaube mich Ihrer Zustimmung versichert zu halten, wenn ich behaupte, dass diese Unzulänglichkeit, diese psychologische Tenacität des Misstrauens nicht etwas rein Individuelles, durch den sonstigen Charakter der Person Bedingtes ist, sondern dass dafür die allgemeinen Gegensätze der Bildung und des Berufs maßgebend sind.“⁶⁹

b) Aufgeschlossenheit gegenüber den Rechtstatsachen

Dass Jhering mit dem zuletzt Gesagten bildungs- und berufsspezifische Unterschiede im Hinblick auf das Rechtsgefühl voraussetzt, veranschaulicht, dass er seiner Zeit weit voraus war. Ohne damit einseitig einer rein realwissenschaftlichen, zu Ungunsten einer normwissenschaftlichen Sichtweise das Wort zu reden,⁷⁰ offenbart er eine bemerkenswerte Sensibilität gegenüber den Rechtstatsachen und den dadurch geprägten Anschauungen. Zugleich zeigt sich an dieser Stelle, da er „etwas rein Individuelles“ von den allgemeinen Gegensätzen abgrenzt, eine Präzisierung seines methodischen Individualismus. Dieser ist eben kein empirischer in

68 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 5.

69 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 31.

70 Näher zu diesem Widerstreit *Eidenmüller*, *JZ* 1999, 53.

dem Sinne, dass er etwa ein konkretes Individuum – und sei es vom überlebensgroßen Range Jherings – zugrunde legt, sondern eben ein methodischer, der prinzipiell – man ist versucht nach dem Vorbild Webers zu sagen: idealtypisch – vom Individuum ausgeht.⁷¹

Auch hier ist es wiederum die eigentümliche Mischung von Rechtsgefühl und psychologischer Betrachtung des Rechts, die Jhering leitet und die er bereits in Montesquieus Hauptwerk über den ‚Geist der Gesetze‘ angedeutet sieht⁷². Mit vielen Beispielen, etwa auch zum Kredit des Kaufmanns im Handelsrecht, veranschaulicht Jhering „die Bedeutung des (...) für die pathologische Affection des Rechtsgefühls aufgestellten Gesichtspunktes der moralischen Lebensbedingungen der Person“.⁷³ Immer wieder beeindruckt Jherings Sinn für das Praktische und Ökonomische, deren Beispiele er der Lebenswelt entlehnt, wenn es etwa in einer Fußnote heißt: „Einen interessanten Beleg dazu bieten unsere kleinen deutschen Universitätsstädte dar, die vorzugsweise von den Studierenden leben: die Stimmung und Gewohnheiten der Letzteren in Bezug auf das Geldausgeben theilt sich unwillkürlich auch der bürgerlichen Bevölkerung mit.“⁷⁴ An diesem Beispiel zeigt sich eine geradezu sozialwissenschaftliche Vorgehensweise, indem auf empirischer Grundlage Fakten zusammengetragen werden, die ökonomische Zusammenhänge offenbaren.

c) Ähnlichkeiten mit anderen Vertretern des methodischen Individualismus

Ähnliches kann man auch bei Adam Smith finden, wenn man etwa an seine berühmte Herleitung der Arbeitsteilung denkt⁷⁵ – und ebenso wie bei Adam Smith ist es auch bei Jhering der methodische Individualismus, der diese praktischen Beobachtungen zu einem erkenntnisleitenden Prinzip macht und juristische Rückschlüsse erlaubt. Selbst wenn es, wie hier eine Gesamtheit der Handelnden – hier der Studierenden – ist, dann geht es Jhering doch um die Veranschaulichung der Auswirkungen dieser Handlungen, die nicht bewusst aufeinander bezogen sind, aber doch zu relevanten Aussagen für den Marktwettbewerb führen. Die von Jhering vorausgesetzte unwillkürliche Mitteilung der Studierenden an die bürgerliche Bevölkerung ähnelt in nuce Hayeks Theorie des *Wettbewerbs als Ent-*

71 *Petersen*, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 3. Auflage 2020.

72 *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, 1748. Siehe zu seinem geistesgeschichtlichen Vorläufer auch *Petersen*, *Montaignes Erschließung der Grundlagen des Rechts*, 2. Auflage 2019.

73 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 38

74 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 40, Anmerkung.

75 Näher dazu *Petersen*, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2. Auflage 2017.

deckungsverfahren.⁷⁶ Hier wie dort ist das Entscheidende nicht zuletzt die Information, die der Markt mitteilt, weil dort letztlich mehr Wissen zusammenfließt, als ein Einzelner haben kann.⁷⁷ Hayek hat dies in einer auch auf Jherings Annahme zutreffenden Formel zum Ausdruck gebracht, die auf Adam Ferguson⁷⁸ zurückgeht und die er als *Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs* zusammenfasst.⁷⁹

Das ist jedoch der Sache nach letztlich eine Art Credo des methodischen Individualismus. Auch wenn sich Jhering ausdrücklich nur auf Montesquieu bezieht, bei dem im Übrigen die Wirkungsweise der berühmten *unsichtbaren Hand* schon vorausschauend erahnt wurde,⁸⁰ greift er der Sache nach auf Erkenntnisse Adam Smiths zurück und gelangt zu Erkenntnissen, die erst Max Weber und Friedrich August von Hayek in allen Einzelheiten ausführen werden. Ihnen allen ist aber die Grundausrichtung des methodischen Individualismus gemeinsam. In diesem Sinne könnte auch folgender Satz Jherings von Hayek stammen: „Der Communismus gedeiht nur in jenem Sumpfe, in dem die Eigenthumsidee sich völlig verlaufen hat, an ihrer Quelle kennt man ihn nicht.“⁸¹

8. Individuum und Staatsgewalt

Interessanter daran ist freilich im Hinblick auf den von Jhering unausgesprochen zugrunde gelegten methodischen Individualismus die Begründung, die Individuum und Staatsgewalt zueinander ins Verhältnis setzt: „Denn einmal ist derselbe nicht bloss auf die Individuen gestellt, sondern im entwickelten Staatswesen

76 Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, 2003, Band A4, S. 132; wichtig im Hinblick auf Jhering K. Schmidt, *Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung*, in: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (Hg. Behrends) 1993, S. 77, 87: „In Jherings Rechtsfortbildungskonzept geht es, so sehr er auf die spekulative Fantasie und auf das durch Methode gelenkte Rechtsgefühl des Juristen setzt, nicht um willkürliche Sozialgestaltung, sondern um ein *Entdeckungsverfahren*, dessen Erkenntnisse aus den gesellschaftlichen Fakten aus den schon anerkannten rechtlichen Regeln und aus dem ‚System‘ resultieren“. Hervorhebung nur hier.

77 Näher Petersen, *Freiheit unter dem Gesetz*, 2014, passim.

78 Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, 1767, S. 167.

79 Hayek, *Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, Aufsätze zur Ordnungsökonomik, Band A4, S. 178.

80 Vgl. nur Petersen, *Montaignes Erschließung der Grundlagen des Rechts*, 2. Auflage 2019, Einleitung.

81 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 41. Ähnliche Sentenzen finden sich reihenweise bei Hayek, *der Weg zur Knechtschaft*, Schriften in deutscher Sprache B4; näher dazu Petersen, *Freiheit unter dem Gesetz*, 2014, passim.

betheiligt sich an ihm in ausgedehntester Weise die Staatsgewalt, indem sie alle schweren Verfehlungen gegen das Recht des Individuums, sein Leben, seine Person und sein Vermögen vor das Forum des Strafrichters verweist, – die Polizei und der Strafrichter nehmen dem Subjecte bereits das schwerste Stück Arbeit ab. Aber auch in Bezug auf diejenigen Rechtsverletzungen, deren Verfolgung ausschließlich dem Individuum überlassen bleibt, ist dafür gesorgt, dass der Kampf nie abreiße, denn nicht Jeder befolgt die Politik des Feigen, und selbst Letzterer stellt sich unter die Kämpfer, wo der Werth des Gegenstandes seine Bequemlichkeit überwindet.“⁸²

Auf die im Text genannten schwereren Vergehen bezogen enthält diese Stelle eine wichtige Präzisierung, die Ansätzen typischerweise zu eigen ist, die dem methodischen Individualismus verpflichtet sind. Denn die zugrunde liegende Annahme, dass die Mannigfaltigen Handlungen der Individuen zugleich zum Gemeinwohl beitragen, bedarf als Korrektiv einer stabilisierenden Rechtsordnung. Schon bei Adam Smith lässt sich zeigen, dass das freie Spiel der Kräfte, welches zum öffentlichen Wohl beitragen kann, immer nur unter der Bedingung eines gewissen rechtlichen Rahmens funktioniert.⁸³ Eine Rechtsordnung, die nicht durch ein Minimum an Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung und funktionierende Rechtspflege hinreichende Gewähr auf die Aussicht von Rechtssicherheit verheißt,⁸⁴ wäre auch und gerade vor dem Hintergrund eines methodischen Individualismus keine gedeihliche Grundlage. Aber auch dies spricht nicht entscheidend für einen normativen Individualismus. Allenfalls könnte man im Sinne des eingangs Gesagten feststellen, dass ein gewisser normativer Individualismus die Grundlage und unausgesprochene Voraussetzung seines methodischen Individualismus ist.

III. Zusammenführung

Jherings Präzisierung verweist den Kampf ums Recht damit in weiten Teilen auf zivilrechtliche Beziehungen und Privatklagedelikte. Dort hat die von Jhering befürchtete ‚Selbstpreisgabe des Rechts‘ ihren eigentlichen Platz, wie er in einer grellen Überzeichnung des kategorischen Imperativs ausmalt: „Eine Maxime aber, welche überall, wo wir zu erproben versuchen, sich als eine völlig undenkbbare, als

82 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 42.

83 Eingehend *Petersen*, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2. Auflage 2017, passim.

84 Siehe auch *Behrends*, *War Jhering ein Rechtspositivist?*, in: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (Ders.), 1993, S. 131, 135: „Entscheidend sind jedoch auch für Jhering die Garantien des Rechtsstaats, die er in solche innerer und äußerer Art unterscheidet“. *Grundlegend Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986.

Ruin des Rechts erweist, kann auch da, wo ausnahmsweise ihre letalen Folgen durch die Gunst anderer Verhältnisse paralytisch werden, unmöglich als die richtige bezeichnet werden.⁸⁵ Falsch verstandene Friedfertigkeit bedeutet für Jhering also auch dort keinen Ausweg, wo die Verhältnisse ausnahmsweise ohne endgültige Rechtsverfolgung geordnet erscheinen. Der Kampf ums Recht ist für ihn eben kein hypothetischer, sondern selbst kategorischer Imperativ. Alles andere wäre Ausdruck einer „Moral der Bequemlichkeit, die kein Volk, kein Individuum von gesundem Rechtsgefühl je zu der seinigen gemacht hat.“⁸⁶ Im Hinblick auf die weiter oben gestellte Frage nach einem methodischen oder holistischen Individualismus fällt auch hier die Gleichordnung von Volk und Individuum auf, sodass die obige Annahme eines moderaten methodischen Individualismus auch hier gerechtfertigt erscheint.

1. Das Rechtsgefühl als Bindeglied zwischen Idealismus und Individualismus

Nicht minder bedeutsam ist der Rekurs auf das Rechtsgefühl, der bei Jhering überall dort begegnet, wo die Argumentation eine Absicherung bedarf, um keine Ausnahmen zulassen zu müssen, die wiederum auf eine Selbstpreisgabe des Rechts hinausliefen, weil in ihnen ein Absehen vom Kampf läge.

a) Verkommenes Rechtsgefühl als Ausdruck des Materialismus

Ebenso wie er weiter oben jedes falsche Verständnis der Eigentumsidee als Nährboden des Kommunismus ausgemacht hat, verknüpft er nun – gleichsam auf subjektiver Ebene – ein verkommenes Rechtsgefühl mit dem Materialismus: „Sie ist das Anzeichen und das Product eines kranken, stumpfen, lahmen Rechtsgefühls, der krasse, nackte Materialismus auf dem Gebiete des Rechts. Auch letzterer hat auf diesem Gebiete seine volle Berechtigung, aber innerhalb bestimmter Grenzen.“⁸⁷ Jhering redet hier einer idealistischen Sichtweise des Rechts das Wort. Es bewährt sich nur im Streit, im Ringen ums Recht. Der Materialismus endet für Jhering dort, wo das Recht – verstanden als ‚ein rechtlich geschütztes Interesse‘⁸⁸ – durch jemand anderen willkürlich verletzt wird: „Aber mit dem Momente, wo

85 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 43.

86 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 43.

87 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 43.

88 Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Band III § 60.

die Willkür ihre Hand gegen das Recht erhebt, es zu würgen, verliert jede materialistische Betrachtung ihre Berechtigung.“⁸⁹

b) Sublimierung des Rechts

Jherings Rechtsidealismus hängt also, wie verschiedentlich gesehen, mit seiner eigentümlichen Betonung des Rechtsgefühls zusammen und prägt gerade in diesem Zusammenwirken seinen methodischen Individualismus. Wäre es lediglich kalter Materialismus und harter Egoismus, die sich wechselseitig bahnbrechen und damit volkswirtschaftlich erwünschte Ergebnisse zeitigten, so würde das Recht auf der Strecke bleiben oder zumindest – was für Jhering nur die subjektive Ausprägung desselben ist – das Rechtsgefühl gekränkt. Daher ist es für seine moderate, aber nichtsdestoweniger idealisierende Form des methodischen Individualismus prägend, dass er das Recht als solches gleichsam sublimiert: „So erhebt also das Recht, das scheinbar den Menschen ausschließlich in die niedere Region des Egoismus und der Berechnung versetzt, ihn andererseits wieder auf eine ideale Höhe, wo er alles Klügeln und Berechnen, das er dort gelernt hat, und seinen Maßstab des Nutzens, nach dem er sonst Alles zu bemessen pflegt, vergisst, um sich rein und ganz für eine Idee einzusetzen – Prosa in jener Region, wird das Recht in dieser, im Kampf um's Recht zur Poesie, denn der Kampf um's Recht ist in Wirklichkeit die Poesie die Charakters.“⁹⁰

c) Das Rechtsgefühl als Herzstück der Gedankenführung

Es sind wohl nicht zuletzt solche wortgewaltigen Kaskaden, die Jhering nicht nur den tosenden Beifall der Hörer seiner Wiener Abschiedsvorlesung, sondern über ein Jahrhundert hinaus einen bleibenden Platz in der Jurisprudenz sicherten. Auch wenn uns die blumige Redeweise heute nicht mehr in der Weise affiziert, wie dies zu seinen Lebzeiten der Fall gewesen sein mochte, kann man sich der Vehemenz seiner Gedankenführung schwerlich entziehen. Wenn uns diese subjektivistische Sichtweise – ganz abgesehen vom martialischen Duktus – heute fremd ist, so liegt dies wohl nicht zuletzt an der Wertschätzung des Rechtsgefühls, die gleichsam das Herzstück der Gedankenführung Jherings ist. Auch Jhering selbst nimmt Anleihen in der Sprache der Medizin: „Und was dem Mediciner die Pathologie des menschlichen Organismus, das ist die Pathologie des Rechtsgefühls

89 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 44.

90 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 45.

dem Juristen und Rechtsphilosophen, oder richtiger sollte sie ihm sein, denn es wäre verkehrt, zu behaupten, dass sie es ihm bereits geworden sein. In ihr steckt aber in Wahrheit das ganze Geheimnis des Rechts.“⁹¹

Interessant hieran ist im Übrigen die Gleichordnung des Juristen mit dem Rechtsphilosophen. Sie erinnert an das eingangs wiedergegebene Zitat Jherings, das gerade die Beschäftigung der Juristen mit der Rechtsphilosophie zu einem dringenden Desiderat macht.

d) Hinwendung zur Gefühlsjurisprudenz

Der Vergleich des Rechts mit der Poesie, jedenfalls wenn es erkämpft wird, hat heute etwas Peinliches, das die Ebenen vermengt. Es führt bei Jhering zu einer regelrechten Gefühlsjurisprudenz: „Nicht der Verstand, nur das Gefühl vermag uns diese Frage zu beantworten, darum hat die Sprache mit Recht dem psychologischen Urquell alles Rechts als Rechtsgefühl bezeichnet. – Rechtsbewusstsein, rechtliche Ueberzeugung sind Abstractionen der Wissenschaft, die das Volk nicht kennt, – die Kraft des Rechts ruht im Gefühl, ganz so wie die der Liebe; der Verstand kann das mangelnde Gefühl nicht ersetzen.“⁹² Diese schwärmerische Redeweise würde uns als naiv gelten, wenn sie nicht von Jhering wäre und den nüchternen, Max Weber vorausnehmenden Begriff der ‚Abstractionen der Wissenschaft‘ enthielte. Wenn man dabei Jherings Vorgehensweise mit dem Begriff des methodischen Individualismus beschreiben kann, dann ist dies nicht zuletzt möglich, weil Jhering auch die hemmungslos subjektivistisch scheinenden Stränge seiner Argumentation in klare Definitionen enden lässt: „Das Recht ist die moralische Existenzialbedingung der Person, die Behauptung desselben ihre moralische Selbsterhaltung.“⁹³ Hier steht buchstäblich die Person inmitten; indem sie ihr Recht erstreitet und behauptet, dient sie zugleich dem Recht in einem idealistischen Sinne.

e) Das Rechtsgefühl als Determinante des methodischen Individualismus

Wie das Rechtsgefühl als Determinante bei Jherings methodischen Individualismus wirkt, veranschaulicht auch folgende Stelle: „Es knüpft sich für uns daran der Schluss, dass die Reizbarkeit des Rechtsgefühls nicht in Bezug auf alle Rechte

91 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 46.

92 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 46.

93 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 47.

dieselbe ist, sondern sich abschwächt und steigert, je nach dem Maße, in welchem dieses Individuum, dieser Stand, dieses Volk die Bedeutung des verletzten Rechts als einer moralischen Existenzialbedingung seiner selbst empfindet.⁹⁴ Hier begegnet wiederum die Gleichordnung von Individuum und Volk, diesmal ergänzt um den Stand, was aber in dem oben entwickelten Sinne für einen moderaten methodischen Individualismus spricht.

f) Bewegliches System avant la lettre

Der Sache nach entwickelt Jhering hier ein bewegliches System avant la lettre:⁹⁵ zwischen den beiden Prinzipien der Rechtsverletzung und des Rechtsgefühls wird ein Wirkungszusammenhang vorausgesetzt. Je größer die Bedeutung des verletzten Rechts für den Betroffenen ist, desto leichtere Verletzungen desselben können bereits sein Rechtsgefühl in einer Weise kränken, dass sich jene Kampfbereitschaft einstellt, die für Jhering zur Idealisierung und Optimierung des Rechts als solchen führt. Beide Elemente sind bedingt kompensierbar: schon eine leichte Rechtsverletzung kann ein entsprechend empfindliches Rechtsgefühl nachhaltig trüben, während umgekehrt eine schwere Rechtsverletzung etwa dann vom Rechtsgefühl her eher hingegenommen wird, wenn bereits auf andere Weise – die von Jhering nämlich an anderer Stelle vorausgesetzten staatlichen Stellen der Rechtspflege – Genugtuung erwirkt wird.

2. Eigentum und methodischer Individualismus

Eine besondere Rolle spielt für Jhering der Zusammenhang zwischen Eigentum und Rechtsgefühl. Hieran zeigt sich, dass es sich bei der Wertschätzung des Eigentums nicht um nackten Materialismus handelt, den er weiter oben ausdrücklich abgelehnt hat.

94 Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 48.

95 Grundlegend *Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, 1950; *ders.*, *Die Elemente des Schadensrechts*, 1941; *ders.*, *Das Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, AcP 163 (1963), S. 346; siehe auch *Canaris*, *Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (Hg. F. Bydlinski u. a.), 1986, S. 103; *ders.*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auflage 1983, S. 76; *Petersen*, *Unternehmenssteuerrecht und bewegliches System. Betriebsaufspaltung, Mitunternehmerschaft, verdeckte Gewinnausschüttung*, 1999.

a) Eigentum und Rechtsgefühl

Vielmehr gilt ihm das Eigentum als Ideal, das daher auch aufs Engste mit der Idee des Rechts verknüpft ist, wohingegen eine rein ökonomische oder gar materialistische Sichtweise von ihm explizit abgelehnt wird: „So verschieden auch der ökonomische Maßstab ist, mit dem beide (sc.: der Reiche wie der Arme) eine und dieselbe Sache werthen, so kommt doch derselbe, wie oben bereits ausgeführt, bei der Verletzung des Eigenthums gar nicht zur Geltung, hier handelt es sich nicht um den materiellen Werth der Sache, sondern um den idealen Werth des Rechts, also um die Energie des Rechtsgefühls in besonderer Richtung auf das Eigentum, und nicht wie das Vermögen, sondern wie das Rechtsgefühl beschaffen ist gibt darüber den Ausschlag.“⁹⁶ Es ist also gerade keine ökonomische Analyse des Rechts, wie wir heute sagen könnten, sondern eher eine philosophische.⁹⁷

b) Praktische Verwirklichung als Wesen des Rechts

Auch in dieser idealisierenden Wertschätzung des Eigentums spiegelt sich der methodische Individualismus Jherings. Indem der Einzelne sein Eigentum gegen jede Rechtsverletzung und äußere Anfeindung verteidigt und sein individuelles Rechtsgefühl zum Maßstab der Selbstverteidigung erhebt, trägt er zum Schutz des Rechts als solchen bei.⁹⁸ Zur Verdeutlichung dieser These scheut auch Jhering Wiederholungen nicht, wenn er etwa festhält: „Behauptung des verletzten Rechts ist ein Act der Selbsterhaltung der Person und darum eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selber.“⁹⁹ Wie sehr sich auch dies als Ausprägung seines methodischen Individualismus verstehen lässt, veranschaulicht die Kehrseite dieser Sicht, wonach diese Form der Behauptung des Rechts „aber zugleich eine Pflicht gegen das Gemeinwesen ist“.¹⁰⁰ Zur Verdeutlichung unterscheidet Jhering das Recht im objektiven und subjektiven Sinne. Jhering legt hier eine Reziprozität zugrunde: „Das concrete Recht empfängt nicht bloss Leben und Kraft vom

96 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 49 f.

97 Wichtig insoweit *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3. Auflage 2009; ebenso *Leenen*, *Die Funktionsbedingungen von Verkehrssystemen in der Dogmatik des Privatrechts*, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft – Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker* (Hg. Behrends) 1990, S. 108.

98 Der übersteigerte Standpunkt einer solchen idealisierenden Einschätzung des Eigentums in größtmöglicher Ausprägung des Individualismus findet sich wohl bei *Stirner*, *Der Einzige und sein Eigentum*, 1845.

99 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 51.

100 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 51.

Abstracten, sondern es gibt dasselbe zurück. Das Wesen des Rechts ist praktische Verwirklichung.¹⁰¹ Sieht man einmal von der allgemeinen Problematik solcher Wesens-Argumente ab,¹⁰² so veranschaulicht Jherings Wesensbestimmung, dass er immer auch als Rechtsphilosoph denkt.

3. Verbindung von Praxisnähe und Rechtsphilosophie

Auch im Folgenden begegnet die Jhering eigentümliche Verbindung strenger dogmatischer und rechtsphilosophischer Kategorien mit physiokratisch anmutenden Argumentationsbehelfen, etwa wenn er die Wirkungsweise von privatrechtlichen Sätzen mit dem „Kreislauf des Blutes, der vom Herzen und zum Herzen strömt“, vergleicht. Dasjenige, womit er es vergleicht, verdient jedoch Gehör: „Die Wirklichkeit, die praktische Kraft der Sätze des Privatrechts, documentirt sich in und an den concreten Rechten.“¹⁰³ Das Privatrecht ist für Jhering das besondere Anwendungsfeld seiner Theorie: „Auch auf dem Gebiete des Privatrechts gibt es einen Kampf des Rechts gegen das Unrecht (...).“¹⁰⁴ Der immer wiederkehrende Gedanke, dass die individuelle Rechtsbehauptung der Aufrechterhaltung des Rechts im Allgemeinen dient, gilt daher auch und gerade im Zivilrecht: „Im Privatrecht aber ist Jeder an seiner Stelle berufen das Gesetz zu vertheidigen, ist Jeder Wächter und Vollstrecker des Gesetzes.“¹⁰⁵

Immer wieder beeindruckt bei Jhering, wie er rechtsphilosophische Spekulationen mit scharfsichtigen Handels- und Wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten verbindet. Nicht nur vom Standpunkt eines methodischen Individualismus erweist sich etwa die folgende Sentenz als ahnungsvoll: „Es ist die Ordnung des bürgerlichen Lebens, die damit in einer bestimmten Richtung preisgegeben wird, und es ist schwer zu sagen, bis wie weit sich die nachtheiligen Folgen davon erstrecken können, ob nicht z. B. das Ganze Creditsystem dadurch in empfindlichster Weise betroffen wird.“¹⁰⁶ Geradezu revolutionär mutet es an, wenn Jhering die mo-

101 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 52.

102 Zu ihr *Scheuerle*, Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964), 429.

103 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 53.

104 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 54; allerdings mit einem aus heutiger Sicht nicht mehr nachvollziehbaren Nachsatz.

105 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 54

106 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 55; ein aktuelles Beispiel für Jherings Kampf ums Recht bietet der viel diskutierte (vgl. nur *Canaris*, ZIP 2004, 1781; *Petersen*, NJW 2003, 1570; *ders.*, BKR 2004, 47) Rechtsstreit – genau genommen waren es Leo Kirch gegen die Deutsche Bank, in dem es u. a. um die Verletzung des Bankgeheimnisses wegen kreditschädigender Äußerungen ging. Zuvor gab es keine höchstrichterliche Entscheidung zum Bankgeheimnis (*Nobbe*, Bankrecht-aktuell höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung, 1999, Rz. 1) sondern neben vereinzelt Monographien und Hand-

ralische Seite seiner Theorie von ihrer sozialpolitischen unterscheidet. Er gelangt dabei zu einer für den methodischen Individualismus charakteristischen Ansetzung des Gebots des *neminem laedere*: „Und wenn ich die beiden Sätze: *thue kein Unrecht und dulde kein Unrecht* nach ihrer socialpolitischen – wohl bemerkt nicht nach ihrer ethischen Bedeutung für das Privatleben zu lociren hätte, so würde ich sagen, die erste Regel des Rechts ist: *dulde kein Unrecht*, die zweite: *thue keines*.“¹⁰⁷

Noch deutlicher veranschaulicht den methodischen Individualismus die Gleichgültigkeit gegenüber den jeweils individuellen Beweggründen und Motiven der Rechtsverteidigung: „Möge den Einen das Interesse, den Andern der Schmerz der widerfahrenen Rechtskränkung, den Dritten die Idee des Rechts auf den Kampfplatz rufen, sie Alle bieten sich die Hand zur gemeinschaftlichen Arbeit: das Recht zu schützen gegen die Willkühr.“¹⁰⁸ Jherings Vorstellung, dass „in meinem Rechte das Recht gekränkt wird“ zugleich die „Verwirklichung der Rechtsidee“ bedeutet, scheint, wie er selbst zugesteht, auf den ersten Blick hoch gegriffen: „Aber diese Höhe mag Mancher sagen, liegt so hoch, dass sie nur noch für den Rechtsphilosophen wahrnehmbar bleibt, für das praktische Leben kommt sie gar nicht in Betracht, denn wer führt einen Process um die Idee des Rechts?“¹⁰⁹

Obwohl der Rechtsphilosoph als eher verstiegener Vertreter der Jurisprudenz erscheint, sympathisiert Jhering erkennbar mit ihm, mag er auch die praktische Dimension seiner Gedanken im Folgenden behaupten, wobei es sich überwiegend um Beispiele aus dem römischen Recht handelt. Der Kampf ums Recht ist für ihn „zugleich ein Kampf um's Gesetz, es handelt es sich bei dem Streit nicht bloss um das Interesse des Subjects, um ein einzelnes Verhältniss, in dem das Gesetz sich verkörpert hat, (...), sondern das Gesetz selber ist missachtet, mit Füßen

buch-Beiträgen im Wesentlichen nur die grundlegende Kommentierung und dogmatische Einordnung von *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. Auflage 1988, Bn. 1, Rz. 30 ff. Infolge dieses über ein Jahrzehnt währenden Streits, der schließlich vergleichsweise endete, gibt es immerhin eine wegweisende höchstrichterliche Entscheidung zum Bankgeheimnis (BGHZ 166, 84; später noch zu einer anderen Frage BGHZ 171, 180). Man kann dies durchaus als Beleg für Jherings Theorie ansehen, dass der Streit eines Einzelnen, der in der öffentlichen Meinung zunächst mitunter rechthaberisch erschien, insgesamt das Recht als solches sinnvoll fortgebildet und das zivilrechtliche Sanktionensystem in einem besonders heiklen Punkt konsistent fortgebildet hat. So hat das System der namentlich von *Canaris*, Bankvertragsrecht, ebenda Rz. 30 ff.; *dems.*, JZ 1965, 475, entwickelte und ausgeformte System der zivilrechtlichen Ansprüche wegen Schutzpflichtverletzung das Institut des Bankgeheimnisses einer privatrechtlichen Klärung zugeführt (näher *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz, 2005).

107 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 56.

108 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 57 f.

109 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 58.

getreten“.¹¹⁰ Jhering bezeichnet dieses Zusammenfallen als „Solidarität des Gesetztes mit dem concreten Rechte“.¹¹¹

4. Law and Literature

Wo man nun konkrete Beispiele aus der Rechtswirklichkeit erwarten würde, lässt Jhering interessanterweise literarische Beispiele sprechen: Zunächst eingehend Shakespeares ‚Kaufmann von Venedig‘, sodann Kleists ‚Michael Kohlhaas‘, von dem weiter oben schon die Rede war und schließlich Schillers ‚Räuber‘. Auch hier hat Jhering eine Richtung vorweg genommen, die heute unter dem modischen Begriff ‚Law and Literature‘ diskutiert wird.¹¹² Namentlich Kleists Michael Kohlhaas, der im Zusammenhang mit dieser Denkrichtung immer wieder genannt wird, dient ihm als Beleg für eine aufschlussreiche Einsicht. Denn er nennt ihn, „um an einem ergreifenden Beispiel zu zeigen, welcher Abweg gerade dem kräftigen und ideal angelegten Rechtsgefühl droht, wenn die Unvollkommenheit der Rechtseinrichtungen ihm seine Befriedigung versagt. Da wird der Kampf für das Gesetz zu einem Kampf gegen das Gesetz.“¹¹³ Das ist deswegen interessant, weil es einer bereits weiter oben angestellten Beobachtung entspricht, die davon ausgeht, dass der Kampf ums Recht bei Jhering immer auch zugleich funktionierende rechtsstaatliche Institutionen voraussetzt. Ähnlich wie bei anderen Vertretern des methodischen Individualismus – wir hatten oben insbesondere Adam Smith genannt¹¹⁴ – ist die Rechtsstaatsidee bzw. die Rule of Law immer vorausgesetzt,

110 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 62.

111 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 63.

112 Grundlegend *Posner*, Law & Literature, 3. Auflage, 2009. Siehe auch *Canaris*, Die Europäische Union als Gemeinschaft des Rechts – von Athen und Rom über Bologna nach Brüssel, Jahrbuch 2009 der Bayrischen Akademie der Wissenschaften, 2010, S. 179, 181, wonach „law and literature (...) dem juristischen Zeitgeist entspricht“. Siehe auch *Petersen*, Dante Alighieris Gerechtigkeitsinn, 2. Auflage 2016, S. 5.

113 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 69.

114 *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, 1976, S. 241 hat unter Verweis auf eine unveröffentlichte Dissertation (*Walder*, Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering. Zur Geschichte des rechtsphilosophischen und soziologischen Positivismus, 1943) bereits die Ähnlichkeit zwischen Jherings Kampf ums Recht und der Theorie Adam Smiths hingewiesen und geltend gemacht, dass „das Recht an den Rechten hängt“. Konsequenterweise sieht Fikentscher Jherings Theorie als „das juristische Seitenstück zu Adam Smiths ökonomischer These vom Gesamtwohl, das am ehesten durch Verfolgung individuellen Wohls erreicht wird (...) an beider Thesen hat sich die westliche Gesellschaft zur freiesten und erfolgreichsten aller Gesellschaften in der Geschichte der Menschheit entwickelt, wobei beide nicht die volle Tragweite ihrer wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Generalisierungen überblickten“. Auch hieran wird deutlich, wie sehr beide (und ins-

wenn das Handeln der Individuen in ihrem Zusammenwirken einen Beitrag zur allgemeinen Wohlfahrt leisten soll.

IV. Folgerung

Jherings Ansatz lässt sich weder als normativer Individualismus noch als methodischer Holismus, sondern am besten als moderater methodischer Individualismus beschreiben.¹¹⁵ Nicht von ungefähr bedeutet ihm das Privatrecht weit mehr als das Staatsrecht, was nicht nur dem Umstand geschuldet ist, dass Jhering eben bis auf den heutigen Tag einer der bedeutendsten deutschsprachigen Zivilrechtler ist: „Das Privatrecht, nicht das Staatsrecht ist die wahre Schule der politischen Entwicklung eines Volkes, und will man wissen, wie dasselbe erforderlichen Falls seine politischen Rechte und seine völkerrechtliche Stellung vertheidigen wird, so sehe man zu, wie der Einzelne im Privatleben sein eigenes Recht behauptet.“¹¹⁶ Deutlicher kann der methodische Individualismus – sei es auch in gemäßigter Form – schwerlich zum Ausdruck kommen. Auch hier handelt es sich nicht bloß um einen normativen Individualismus, dessen Grundannahme – die Legitimationsbedürftigkeit hoheitlicher Eingriffe in subjektive Rechte¹¹⁷ – zwar als selbstverständlich vorausgesetzt wird, sich in Jherings interdisziplinär ausgerichteter Theorie aber mitnichten erschöpft.

Auch und gerade im Kampf ums Recht erweist sich das Rechtsgefühl als Herzstück seines Rechtsdenkens und Determinante des methodischen Individualismus:¹¹⁸ „In dem gesunden, kräftigen Rechtsgefühl jedes Einzelnen besitzt der Staat die sicherste Garantie seines eigenen Bestehens nach Innen wie nach Außen.“¹¹⁹ Nicht von ungefähr gilt ihm das Privatrecht als besonders sensibel,

besondere nicht Jhering einem lediglich normativen) dem methodischen Individualismus verpflichtet sind, Jhering in rechtlicher Hinsicht und Adam Smith in ökonomischer; vgl. auch *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 2. Auflage 2017, S. 184.

115 *Schützeichel*, Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann, 2003, S. 66, grenzt die Begriffe gegeneinander ab.

116 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 73.

117 *Von der Pfordten*, Normativer Individualismus, Zeitschrift für philosophische Forschung 58 (2004) 321.

118 *Jhering*, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tathatsachen auf dritte Personen, *JherJb.* 10 (1871), 245, 339 f., rechnet es sich der römischen Jurisprudenz „zu hohem Verdienst an – es stände unserer heutigen Jurisprudenz wohl an darin mehr, als sie es gewohnt ist, ihrem Beispiel zu folgen, – dass sie sich durch bloss formelle Bedenken nicht hat abhalten lassen, der Stimme des Rechtsgefühls Gehör zu geben, und sich lieber dem Vorwurf ausgesetzt hat, eine Klage bis zur Unkenntlichkeit zu entstellen, als den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen des Rechtsgefühls Anerkennung zu versagen.“ Zu dieser Stelle auch *Wagner*, AcP 193 (1993) 319, 337.

119 *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 75.

wenn es um die Feststellung totalitärer Strukturen geht, und vielleicht ist es der folgende, selten zitierte Satz seiner Abhandlung, der auch heute noch – nach Diktaturen und Unrechtsregimen, die Jhering nicht voraussehen konnte – mahnende Aktualität hat, wenn man sich fragt, was Jherings Theorie mit seinem methodischen Individualismus für die Zivilrechtsdogmatik des 21. Jahrhunderts bedeuten kann, auch wenn es zum Glück keine konkreten Anzeichen in diese Richtung mehr gibt: „Mit dem Eingriff in das Privatrecht, mit der Rechtlosigkeit des Individuums hat jeder Despotismus begonnen.“¹²⁰ Jhering war niemals nur reiner Rechtsdogmatiker, sondern immer auch Rechtstheoretiker und als solcher zugleich auch Rechtsphilosoph.¹²¹ Anders ist die Wirkungsmächtigkeit seiner Gedanken auf die Geistesgeschichte¹²² und sein Einfluss auf die Zivilrechtsdogmatik des 21. Jahrhunderts nicht zu erklären.

120 *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 76.

121 Ebenso verhält es sich nicht von ungefähr bei dem ungleich bedeutenderen Vertreter des methodischen Individualismus, nämlich Adam Smith; vgl. *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 2. Auflage 2017, S. 266; *R. Dreier*, Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft, in: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (Hg. Behrends) 1993, S. 111, 115 mit der Frage: „Sollte man also nicht besser von der ‚Rechtsphilosophie‘ Jherings sprechen? Dagegen bestehen keine Bedenken. Doch erscheint mir der Ausdruck ‚Rechtstheorie‘ angemessener, und er ist auch allgemein üblich, ohne dass man sich, soweit ich sehe, über die Wortwahl viele Gedanken gemacht hätte.“

122 *Nietzsche*, *Zur Genealogie der Moral*, II 12.