

Sonderdruck aus:

Festschrift für Winfried Hassemer

Herausgegeben von

Felix Herzog

und

Ulfrid Neumann

in Verbindung mit

Jong-Dae Bae

Andreas von Hirsch

Shozo Horiuchi

Francisco Muñoz Conde

Juarez Tavares



CFM

C. F. Müller Verlag
Heidelberg

HEINZ MÜLLER-DIETZ

Rechtsbehauptung und Rechtsdurchsetzung in literarischen Diskursen

I. Winfried Hassemers Bezug zum Thema

Winfried Hassemer, dem dieser Essay aus freundschaftlicher und fachlicher Verbundenheit zum siebzigsten Geburtstag gewidmet ist, hat in seinem an konzeptionellen Vorstellungen, Ideen und Anregungen überreichen Werk und Wirken von Anbeginn an einen seiner diversen Schwerpunkte in die Fortentwicklung des Rechts im Geist der Verfassung gesetzt. Im Zentrum dieser Arbeit – der er ja beileibe nicht allein auf dogmatischer, sondern auch auf rechtsphilosophischer, -theoretischer und -politischer Grundlage nachgegangen ist – haben zwar stets das Strafrecht und das Strafprozessrecht gestanden. Doch ist das letztlich durchweg vor dem Hintergrund der Gestaltung eines dem Menschen gerecht werdenden humanen Rechts in der Gesellschaft – und durch sie – geschehen. Auf der einen Seite ist dieses Werk durch eine luzide Klarheit in der Durchdringung und Rekonstruktion der tragenden Elemente eines rechtsstaatlichen Strafrechts und Strafverfahrens gekennzeichnet, auf der anderen Seite durch eine innovative, kreative Sicht des gesamten Kriminalrechts, die sich keineswegs mit dem Erreichten bescheidet – das ja oft genug durch ambivalente Phänomene des gesellschaftlichen Wandels gefährdet wird oder zumindest erscheint –, sondern in der Auseinandersetzung mit dem Überkommenen und Bestehenden neuen Perspektiven Raum gibt.

Seinem unablässigen Wirken als (Strafrechts-) Wissenschaftler – der das Recht von seinen gesellschaftlichen und zeitgeschichtlichen Prämissen her analysiert – ist dementsprechend eine Vielzahl von Studien zum Verständnis und zur Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts im Kontext des Verfassungsrechts zu verdanken. Es hat wesentliche Impulse nicht zuletzt aus einer engen Verbindung wissenschaftlicher und rechtspraktischer Aufgaben empfangen und in zahlreichen Veröffentlichungen weitergegeben. So hat Winfried Hassemer bedeutsame weiterwirkende Erkenntnisse auf dem Gebiet des Datenschutzrechts etwa durch seine Tätigkeit als Beauftragter des Datenschutzes für das Land Hessen gewonnen. Erst recht hat er durch sein Wirken als Richter am Bundesverfassungsgericht und Vizepräsident dieses Gerichts Zeichen namentlich im Rahmen des gesamten Kriminalrechts gesetzt.

Aus der Vielzahl von Entscheidungen, an denen er mitgewirkt hat, seien nur zwei in aller Kürze erwähnt. Das eine Urteil, das am 31.5.2006 zur gesetzlichen Regelung des Jugendstrafvollzugs gefällt wurde, ist in die Reihe denkwürdiger Entscheidungen des

Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug eingegangen¹. Dadurch dass es für die gesetzliche Normierung verfassungsrechtlich abgeleitete Maßstäbe gesetzt und Kriterien entwickelt hat, hat es in gewisser Weise Strafvollzugs(rechts)geschichte geschrieben. Zu einer weiteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, welche die „strafrechtliche Altlast“ des Inzestverbots zum Gegenstand hatte², hat Winfried Hassemer ein Sondervotum vorgelegt, das ein Kabinetttstück der besonderen Art zu dem gewiss schwierigen Verhältnis von Verfassungsrecht und Strafrecht genannt zu werden verdient³. Das kann zugleich als „klassischer“ Ausdruck dieses beileibe noch nicht abgeschlossenen Kapitels verstanden werden, das ja gerade vor dem Hintergrund immer mehr ausufernder expansiver Tendenzen der Kriminalpolitik eine wissenschaftliche wie rechtspraktische Herausforderung ersten Ranges bedeutet. An diesen wie an anderen Beispielen ließe sich zeigen, wie fruchtbar ein auf sicheren (verfassungs-) theoretischen Grundlagen ruhendes Werk für das Verständnis und die Fortentwicklung des Rechts ist⁴.

Im Blick auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht, das ja das Bundesverfassungsgericht bekanntlich auf Verfassungsbeschwerden hin aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet und entwickelt hat⁵, hat Winfried Hassemer nicht zuletzt die Frage umgetrieben, wie es überhaupt in die Lage kommen konnte, zu einem Recht des Bürgers zu erstarken⁶. Dazu haben einerseits die Möglichkeiten der „neuen Informationstechnologien“, in einem bis dato unbekanntem Ausmaß Daten Einzelner erfassen und speichern zu können, aber auch das nachhaltig bekundete Interesse der Bürger beigetragen, selbst darüber entscheiden zu können, wann und unter welchen Voraussetzungen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden dürfen. Dabei konnte und kann man getrost darüber reflektieren, von wem die größeren Gefahren oder Bedrohungen für die Persönlichkeitssphäre des Bürgers ausgehen: von dem vielfach als „Moloch“ verschrienen Sicherheitsstaat, der unter dem Vorzeichen des Gesellschaftsschutzes möglichst raschen und leichten Zugriff auf persönliche Daten anstrebt, oder dem sich zuweilen wie entfesselt gebärdenden freien Markt, dem schon zur Behauptung der Konkurrenzfähigkeit an möglichst vielen Informationen über prospektive Kaufinteressenten liegt. Dass Winfried Hassemer in seiner verfassungsrichterlichen Tätigkeit ohnehin immer wieder mit Rechten des Bürgers und ihrer Wahrung konfrontiert worden ist, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Insofern gibt es durchaus Berührungspunkte im Werk des Jubilars mit dem hier erörterten Thema, das die Rechtsbehauptung und Rechtsdurchsetzung durch den Einzelnen im

literarischen Diskurs zum Gegenstand hat. Es knüpft vor allem an den rechtsphilosophisch und -theoretisch fundierten Teil seiner inhaltlich weit ausgreifenden Arbeiten an⁷ und führt insofern über die Sphäre des Kriminalrechts hinaus, als es nach dem Anteil des Individuums – ob des Untertans vergangener Epochen oder des Bürgers im heutigen Verständnis – an der Gestaltung des Rechts fragt.

Auch wenn Strafrecht und Strafverfahren den Ausgangspunkt und das Exempel für die Betrachtung bilden, so geht es hier doch darum, ob und inwieweit die Behauptung und Durchsetzung subjektiver Rechte des Individuums ihrerseits einen Beitrag zur Konkretisierung – aber auch zur Weiterentwicklung von Recht – zu liefern vermögen. Diese – zugegebenermaßen recht komplexe – Problematik, die sich selbst dem reflektierenden Zeitgenossen nicht ohne weiteres erschließt, soll an mehr oder minder einschlägigen literarischen Texten seit dem 19. Jahrhundert, vor allem jedoch in der Moderne, veranschaulicht und auf ihrer Grundlage diskutiert werden.

II. Rechts- und literaturwissenschaftliche Aspekte des Themas

Das Thema wirft eine ganze Reihe rechts- und literaturwissenschaftlicher Fragen auf, die für das Verständnis des Problemzusammenhangs, in dem es zu verorten ist, hilfreich erscheinen. Sie können hier freilich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – nur angedeutet, aber nicht in der an sich gebotenen Weise vertieft werden.

Dass sich unter den sog. „Akteuren“ – um diesen im Kontext nicht unproblematischen rechtssoziologischen Ausdruck zu gebrauchen –, die zur inhaltlichen Gestaltung und Ausformung wie zur Reform des Rechts beitragen, beileibe nicht nur Rechtspraktiker und -wissenschaftler, sondern auch juristische Laien befinden – die ihre Bürgerrechte wahrzunehmen suchen –, ist eine Binsenweisheit, die nicht zuletzt im Institut der Verfassungsbeschwerde ihren Ausdruck gefunden hat und denn auch durch dieses Institut unterstrichen wird. Was im einschlägigen Diskurs indes weniger im Vordergrund steht oder reflektiert wird, ist die Wahrnehmung dieses Anteils an der Rechtsentwicklung in literarischen Texten. Gewiss, jedem Juristen fällt bei diesem Thema sofort eine Reihe von Beispielen ein, die davon zeugen, dass sich Bürger namentlich vor Gericht darum bemüht haben, ihr Recht zu behaupten und durchzusetzen⁸. Auch ist die „Ahnenreihe“ literarischer Beiträge mehr oder minder bekannt, die solche Sujets aus narrativer Perspektive zu „dokumentieren“ oder gar „aufzuarbeiten“ versucht haben. Aber dass solche Zusammenhänge in der Spiegelung oder Widerspiegelung in der literarischen Sphäre besonders hervortreten, kann dazu beitragen, die Mitwirkung des Bürgers an der Rechtsentwicklung ins allgemeine Bewusstsein zu heben.

1 BVerfG NJW 2006, 2093. Zu den Konsequenzen *Goerdeler/Walkenhorst* (Hrsg.), *Jugendstrafvollzug in Deutschland. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis?* Mönchengladbach 2007.

2 BVerfG NJW 2008, 1137.

3 *Hassemer*, NJW 2008, 1142–1146. Kritisch zur Entscheidung auch *Hörnle*, NJW 2008, 2085–2088; *Thurm*, KJ 2009, 74–83.

4 Vgl. nur *pars pro toto Hassemer*, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin 2001; *ders.*, *EuGRZ* 2005, 300–304 (zum argumentativen Umgang mit der Menschenwürde); *ders.*, in: *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, S. 115–137 (zur Gesamten Strafrechtswissenschaft); *ders.*, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin 2009.

5 BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419.

6 *Hassemer*, in: *Jung/Neumann* (Hrsg.), *Rechtsbegründung – Rechtsbegründungen*. Günter Ellscheid zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 56–67.

7 Vgl. z.B. *Hassemer*, in: *A. Kaufmann/Hassemer* (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl. Heidelberg 1994, S. 248–268 (zur Bindung des Richters an das Gesetz); *ders.* (zur Methodenlehre), *ZRP* 2007, 213–219; *ders.*, in: *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag*, Baden-Baden 2007, S. 231–259.

8 Vgl. nur zu Konflikten zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht BVerfGE 30, 173 (*Mephisto-Entscheidung*); BVerfG NJW 2008, 39 (Fall „Esra“).

In rechtsphilosophischer und -theoretischer Perspektive weist das Thema etliche Facetten und Anklänge auf, die zumindest Erwähnung verdienen. Es konfrontiert z. B. mit der Frage, an wen sich Rechtsnormen eigentlich richten. In diesem Kontext sind etwa die sog. Adressatentheorien in den rechtstheoretischen Diskurs eingegangen. Setzen sie sich doch mit dem Problem auseinander, ob Gesetze sich „lediglich“ an den Rechtsstab oder an jeden Bürger schlechthin wenden. Diese Frage hat mit wachsender Komplexität des Rechts in der Moderne auch zunehmend wissenschaftliche Beachtung gefunden. Der einschlägige Diskurs dauert deshalb bis zum heutigen Tage an. Der Bogen der Stellungnahmen – die zu entsprechenden Kontroversen Anlass gegeben haben – spannt sich etwa von Max Ernst Mayer⁹ bis zu Eberhard Schmidhäuser¹⁰ und Norbert Hoerster¹¹.

Freilich hat Peter Noll in einer bedenkenswerten Analyse schon 1973 angemerkt, dass die auf die Imperativentheorie zurückgehende abstrakt gestellte (und beantwortete) Frage nach dem „richtigen“ Normadressaten keine weiterführenden Erkenntnisse zu vermitteln vermag. „Sowohl der Rechtsstab als auch der Rechtsunterworfenen sind in jeweils unterschiedlichem Maße bei der Verwirklichung von Rechtsnormen beteiligt oder gar von ihnen betroffen.“¹² Noll zog daher der Frage nach den Normadressaten die genetische (rechtssoziologische) Frage nach der jeweiligen Betroffenheit durch Regelungen, vor diesem Hintergrund aber namentlich diejenige „nach verschiedener Reichweite der Rechtskenntnis“ vor¹³. „Je häufiger jemand in die geregelten Situationen gelangt, desto eher muß er die Regeln kennen, die für diese Situationen gelten.“¹⁴

Im Umfeld des Themas ist auch die Frage angesiedelt, worauf sich die normative Geltung des Rechts gründet. Rechtsphilosophie und -theorie sind spätestens seit dem 19. Jahrhundert darum bemüht, den Anspruch des Rechts auf faktische Durchsetzung und Wahrung zu legitimieren. Um nur die markantesten Antipoden dieser Auseinandersetzung zu benennen: Anerkennung- und Machttheorien der verschiedensten Spielarten ringen um wissenschaftliche und gesellschaftliche Reputation und Akzeptanz¹⁵. Auch diese überaus grundsätzliche Fragestellung, die hier nicht weiter verfolgt werden kann, bedürfte natürlich einer vertiefenden Betrachtung.

Ein weiterer Aspekt, der mit dem Thema unmittelbar in Zusammenhang steht, stellt die Unterscheidung zwischen Teilnehmer- und Beobachterperspektive im Sinne Robert Alexys dar¹⁶. Die Differenzierung kreist um die Frage, von welcher Warte aus jeweils

das Recht betrachtet wird: aus der Sicht dessen, der in den Prozess der Rechtsverwirklichung aktiv eingreift und daran partizipiert, oder aus der Perspektive dessen, dem es „nur“ darum zu tun ist, das Recht – eines bestimmten Landes oder einer bestimmten Zeit – gleichsam von „außen“, als Unbeteiligter, kennenzulernen und zu analysieren.

Noch näher kommt dem Thema schon das alte Problem des Rechtsgefühls, des Rechtsempfindens des Einzelnen, die Frage also, worin die subjektive Quelle seiner Vorstellung vom Recht besteht, worauf sich sein Streben nach Gerechtigkeit stützt. Diese Fragestellung hat bereits vor der Epoche Jherings auf der Tagesordnung von Rechtstheorie und -philosophie gestanden. Sie hat ja vor allem durch Kleists Novelle „Michael Kohlhaas“ weit über die Literaturszene hinaus Beachtung gefunden. Auch sie hat gleichfalls eine Vielzahl von teils empirisch begründeten (psychologischen und anthropologischen), teils theoretischen Ansätzen hervorgerufen – die als solche freilich in literarischen Texten weniger zum Ausdruck gekommen sind¹⁷.

In literaturwissenschaftlicher Hinsicht bedarf es des ebenso klarstellenden wie einschränkenden Hinweises, dass die literarischen Werke, die in die folgende Betrachtung einbezogen werden, natürlich nur unter dem Vorzeichen der skizzierten Fragestellung in den Blick genommen werden. Daraus folgt denn auch zwangsläufig, dass andersartige Aspekte, die in der literatur- wie rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit diesen Texten eine zentrale Rolle spielen, in dem hier zugrunde gelegten Zusammenhang entweder in ein anderes Licht gerückt werden oder ganz zurücktreten. Dabei muss nicht eigens auf die bekannte (und von der Kritik fast schon totgerittene) Problematik aufmerksam gemacht werden, dass die Beschäftigung von Rechtswissenschaftlern mit literarischen Texten stets mit vielerlei, auch mangelnder Professionalität entspringenden Risiken behaftet und nicht selten ein recht fragwürdiges Unterfangen ist¹⁸. Zumal über den Erkenntnisgewinn, den die Befassung mit einer solchen Materie unter juristischem Vorzeichen verschaffen soll, zwar manche spekulativen Ansichten im Umlauf sind, denen aber nur vergleichsweise begrenzte theoretisch fundierte Ansätze gegenüberstehen. Auch vermitteln Rezeptionsbereitschaft und -freude für sich genommen natürlich noch keine hinreichend gesicherten Grundlagen.

Diese reichlich banale Erkenntnis gilt es im Auge zu behalten, obgleich sowohl Literatur- als auch Rechtswissenschaftler es ex professione stets mit Texten und ihrer sprachlich tragfähigen wie sachgerechten Interpretation zu tun haben. Also unter wenngleich wissenschaftlich verschiedenen Vorzeichen hermeneutische Fähigkeiten zu bestehen und deren Klippen zu umschiffen haben¹⁹. Dabei sei freimütig eingeräumt, dass das Aben-

9 Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903, S. 6 ff.

10 Schmidhäuser, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, Berlin 1964; ders., Form und Gehalt der Strafgesetze, Göttingen 1988; ders., JZ 1989, 419–425. Dazu Müller-Dietz, GA 1991, 368–377.

11 Hoerster, JZ 1989, 10–12, 425–427.

12 Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973, S. 176.

13 Noll (Fn. 12), S. 177.

14 Noll (Fn. 12), S. 178.

15 Vgl. etwa A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, 2. Aufl. Köln 1984, S. 209 ff.; ders., Rechtsphilosophie, 2. Aufl. München 1997, S. 202 ff., 216 f.

16 Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl. Freiburg i.Br. 1994, S. 47 f. (der sich damit auf ein verwandtes Konzept von H.L.A. Hart, Recht und Moral, Göttingen 1971, S. 14–57, bezieht, das aber mit seiner Sicht nicht identisch ist).

17 Zum Ganzen Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Opladen 1985; ders. (Hrsg.), Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein, Frankfurt a.M. 1997; Ch. Meier, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl. Themenvielfalt – Ergebnistrends – Forschungsperspektiven, Berlin 1986.

18 Vgl. namentlich Linder, in: SPIEL 9 (1990), 37–67; Halft, Die Szene wird zum Tribunal. Eine Studie zu den Beziehungen von Recht und Literatur am Beispiel des Schauspiels „Cyankali“ von Friedrich Wolf, Berlin 2007, S. 21 ff.

19 Die Auseinandersetzung mit (Rechts-) Sprache durchzieht wie ein roter Faden von Anbeginn an Hassemers Werk. Vgl. nur: Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Köln 1968; Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. München 1990, S. 80 ff., 177 ff.;

teuer des Geistes, das die Beschäftigung mit literarischen Texten zu bereiten vermag, seine eigene Faszination auf den Leser ausüben kann – ganz unabhängig von irgendwelchen Zwecken, die er mit der Lektüre verbinden mag.

III. Literarische Texte zur Durchsetzung subjektiver Rechte

1. Prolegomena

Die literarischen Texte, die in der folgenden Betrachtung im Blickwinkel des hier gewählten Themas vorgestellt werden, sind großenteils einem gebildeten Leserkreis vertraut. Sie haben auch eine mehr oder minder eingehende rechtswissenschaftliche Diskussion über die Gretchenfrage ausgelöst, wie weit der Untertan vergangener Epochen oder der Bürger der Gegenwart in der Durchsetzung seines Rechts gehen, welcher Mittel er sich dabei bedienen dürfe. Dass diese Frage je nach der (rechts-) geschichtlichen Epoche und gesellschaftlichen Lage, in der sie von Autoren aufgeworfen worden ist, behandelt worden ist, liegt auf der Hand. Dass die Grenzen individuellen Strebens nach Gerechtigkeit und Rechtsverwirklichung jeweils zeit-, gesellschafts- und rechtsabhängig gezogen werden, gehört längst zu den schlichten Einsichten, die eine solche Beschäftigung mit literarischen Texten vermittelt.

Doch ist der eigentliche Fokus des Themas darin zu sehen, was den Darstellungen im Hinblick auf den Beitrag juristischer Laien zur Analyse des Rechts, zur Rechtsfindung und gegebenenfalls zur Rechtsentwicklung entnommen werden kann. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass der Part des Individuums in der Konkretisierung und Erneuerung von Recht – der ja in der Vergangenheit, etwa zu Zeiten Jherings²⁰, im rechtswissenschaftlichen Diskurs eine beachtliche Rolle gespielt hat – sich unter grundlegend veränderten staatlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen gleichfalls anders darstellt. Dabei wäre nicht zuletzt der Frage nachzuspüren, ob insoweit ein Bedeutungsverlust – wie viele konstatieren mögen – oder nicht vielmehr ein Bedeutungswandel eingetreten ist.

Wahrscheinlich stehen wir, wenn wir Rechtsbehauptung und -durchsetzung durch den Einzelnen – ob den Untertan im absolutistischen Staat oder den Bürger im Rechtsstaat – ins Auge fassen, unter dem Eindruck von Kleists Novelle „Michael Kohlhaas“ – und natürlich auch der Vielzahl von Deutungen, die dieser einzigartige Text erfahren hat²¹. Der Jurist fühlt sich in diesem Zusammenhang ja auch sofort an Jherings Studie zum „Kampf ums Recht“ erinnert, die wiederum alles andere als zufällig auf Kleists Text

in: Grewendorf (Hrsg.), Rechtskultur und Sprachkultur. Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse, Frankfurt a.M. 1992, S. 71–92.

20 Maßgebend natürlich Jhering, Der Kampf ums Recht, hier zitiert nach der 4. Aufl. Wien 1874 (Sonderausgabe Darmstadt 1963).

21 Vgl. nur Bogdal, Heinrich von Kleist: „Michael Kohlhaas“, München 1981; Sandler, Über Michael Kohlhaas – damals und heute, Berlin 1985; Boockmann, in: Kleist-Jahrbuch 1985, S. 84–108; Diesselhorst, Frommel, Rückert, Bohnert, in: Kleist-Jahrbuch 1988/89, S. 334–356, 357–374, 375–403, 404–431; Scholdt, in: Jung (Hrsg.), Das Recht und die schönen Künste. Heinz Müller-Dietz zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1998, S. 115–131; Kleist, Michael Kohlhaas (1810). Mit Kommentaren von Wolfgang Naucke und Joachim Linder, Baden-Baden 2000; B. Hesse, NJW 2003, 621–626.

Bezug nimmt²². Die unerhörte Dramatik, die der Novelle innewohnt, übt ja nicht nur eine bleibende Faszination aus, sondern bedeutet zugleich eine Herausforderung beileibe nicht allein für Literatur- und Rechtswissenschaftler, sondern auch für jeden wachen, reflektierenden Leser.

Daran gemessen schrumpfen die alltäglichen Rechtskonflikte, die Bemühungen Einzelner, sich in Fällen, wie sie fast ständig, immer wieder, passieren, auf legalem Weg ihr Recht zu verschaffen, zu bloßen Episoden, die eigentlich keiner weiteren Betrachtung wert sind – obschon auch an scheinbar nachrangigen Fragen die Bedeutung von Recht sichtbar (gemacht) werden kann. Darüber geht leicht die Erkenntnis verloren, dass zwar keineswegs jedem solchen Bemühen, wohl aber manchem ein überindividueller, für das Recht selbst bedeutsamer Grundzug anhaften kann: der Umstand nämlich, dass die Verfolgung und Durchsetzung eigener Interessen auf dem Rechtsweg sowohl zur inhaltlichen Konkretisierung des geltenden Rechts als auch zu dessen mehr oder minder schöpferischer Fortentwicklung – etwa in Gestalt richterlicher Rechtsfortbildung²³ – beitragen kann. Diese banal erscheinende Erkenntnis ist gewiss nicht dem großen dramatischen Gestus in Kleists Text vergleichbar. Doch birgt sie gleichwohl einen Gehalt, dem nachzugehen und den zu entfalten lohnen kann.

Zwischen Heinrich von Kleists „Michael Kohlhaas“ und Martin Walsers „Finks Krieg“²⁴ existiert eine ganze Reihe literarischer Beiträge zum Thema der Rechtsbehauptung und Rechtsdurchsetzung. Das Sujet ist sowohl der deutschen als auch der ausländischen Literatur hinreichend vertraut. Mögen auch die einschlägigen Darstellungen nicht in gleichem Maße Publizität und Bekanntheitsgrad erreicht haben – von der wie stets unterschiedlichen literarischen Qualität ganz zu schweigen. Natürlich ist es hier – aus mehreren Gründen – nicht möglich, die Vielzahl einschlägiger Romane, Erzählungen und Dramen in den Blick zu nehmen, die sich mit dem Thema aus narrativer Perspektive auseinandersetzen. Doch mag eine gewisse, freilich aus subjektiver Perspektive getroffene Auswahl einen Eindruck davon zu vermitteln.

Dabei fällt auf, dass die Problematik fast durchweg mit einer schwergewichtigen Dramatik zur Sprache gebracht wird – die natürlich dem Ernst und der Bedeutung des Themas angemessen erscheint. Ironische, gar noch ins Scherzhafte gewendete Darstellungen sind selten. Wiewohl der juristische Altmeister Jhering, der mit seiner Schrift über den „Kampf ums Recht“ beileibe nicht nur den einschlägigen rechtswissenschaftlichen Diskurs belebt, sondern auch die literarische Szene angeregt hat, selbst Anklänge an eine solche Sichtweise keineswegs hat vermissen lassen. Hat er doch in seinem Werk „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ – dem man freilich trotz seiner vielen Auflagen nicht unbedingt Unsterblichkeit attestieren muss – an passender Stelle konstatiert: „Wer mit mir nicht übereinstimmt, dem spreche ich einfach das Erkenntnisvermögen für das Ver-

22 Jhering (Fn. 20), S. 21 ff.

23 Über Inhalt und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung z.B. Säcker, in: Kessal-Wulf/Martinek/Rawert (Hrsg.), Formale Freiheitsethik und materiale Verantwortungsethik, Berlin 2006, S. 39–63 (51 ff.); Foerste, JZ 2007, 122–135 (123 ff.).

24 Walsers, Finks Krieg, Frankfurt a.M. 1996. Hier zitiert nach der Taschenbuchausgabe Frankfurt a.M. 1998.

nünftige ab.“²⁵ Er hat natürlich nicht wissen – oder wenigstens voraussehen – können, dass sehr viel später (1973) der Schriftsteller Peter Handke mit dem Theaterstück „Die Unvernünftigen sterben aus“ reussieren würde – dessen Versprechen freilich bis heute nicht eingelöst ist. Sehr wahrscheinlich erfordert eine auch „nur“ ironische Einkleidung des gewiss nicht einfachen Themas – wie sie etwa ansatzweise im Schlussteil von „Finks Krieg“ anzutreffen ist²⁶ – eine besondere Gabe, über die mitnichten jeder Schriftsteller verfügt.

2. Zu Kleists „Michael Kohlhaas“

Man erinnert sich noch: Michael Kohlhaas figuriert bei Jhering gleichsam als der Auf-rührer, der im Wege der Selbsthilfe sein Recht in die Hand nimmt, „nachdem alle Mittel, zu seinem in schnödesten Weise missachteten Rechte zu gelangen, nachdem eine Art sündhafter Cabinetsjustiz ihm den Rechtsweg verschlossen, und die Gerechtigkeit bis zu ihrem höchsten Repräsentanten, dem Landesherrn, hinauf sich offen auf die Seite des Unrechts gestellt hat“²⁷. Was Kleist über diesen Entschluss zur Selbsthilfe gesagt hat, kann gleichsam im Sinne Kants als Aufkündigung des Rechtszustandes und Rückkehr zum Naturzustand begriffen werden. Jhering erblickt das Kohlhaas bewegende Handlungsmotiv in der „sittlichen Idee“, „sich Genugthuung für die erlittene Kränkung und seinen Mitbürgern Sicherheit gegen zukünftige zu verschaffen“²⁸. Es ist freilich eine Idee, der Kohlhaas schließlich alles, was lebenswert ist und sein privates Glück ausmacht, zum Opfer bringt²⁹. Jhering sieht in dem Unglücklichen, obgleich dieser selbst zum Rechtsbrecher wird, einen „Märtyrer des Rechtsgefühls“³⁰. „Was er verbrach, fällt mit verdoppelter und verdreifachter Wucht auf den Fürsten, seine Beamten und Richter zurück, die ihn gewaltsam aus der Bahn des Rechts in die der Gesetzlosigkeit drängten. Denn kein Unrecht, das der Mensch zu erdulden hat, und wiege es noch so schwer, reicht – wenigstens für das unbefangene sittliche Gefühl – von Weitem an das heran, welches die von Gott gesetzte Obrigkeit verübt, indem sie selber das Recht bricht. Der Justizmord, wie unsere Sprache treffend ihn bezeichnet, ist die wahre Todsünde des Rechts.“³¹

Wohl kaum engagierter und leidenschaftlicher ist am Beispiel des Michael Kohlhaas „der Kampf des Einzelnen um sein Recht“ je gewürdigt worden³². Es ist ungeachtet der vom Protagonisten ins Ungeheuerliche gesteigerten Ambivalenz seines Verhaltens – die Jhering ja sehr wohl erkannt und kritisch beurteilt hat – bei diesem selbst fast schon zu einer Art Apotheose des Helden geraten, die denn auch der „berühmten Gelegenheits-

schrift“³³ die Kritik der „Einseitigkeit“ und „Übertreibung“ eingetragen hat³⁴. Vielleicht kommt dieser Sicht noch am nächsten die Würdigung des Philosophen Ernst Bloch, der in Kohlhaas nicht nur den „rebellische(n) Rechthaber seiner Zeit“³⁵ und einen „paradox verfrühten Jakobiner“ erblickt, sondern ihm zugleich die Größe eines naturrechtlich inspirierten und fixierten Querulanten attestiert: „Kohlhaas ist der Immanuel Kant der Rechtslehre – als Don Quichotte“³⁶. Das entspringt einer Sichtweise und Sprache, die vom Wurzelgrund eines ebenso ungebrochenen und hoffnungsträchtigen, wenngleich klassenspezifisch eingefärbten Naturrechtsglaubens zehrt. Ob Walser jene Definition gekannt hat, als er in „Finks Krieg“ einen „Leibniz“ genannten Freund und Helfer dem Protagonisten den Rat hat geben lassen, den „Don Quijote“ zu lesen?³⁷

Die späteren Studien – seien sie literatur- oder rechtswissenschaftlicher Provenienz –, die über „Michael Kohlhaas“ geschrieben wurden und entstanden sind, sich an der Deutung der Kleistschen Novelle erprobt oder versucht haben, sind in ihrem Urteil vorsichtiger und zurückhaltender verfahren, haben sich freilich auch um weitergehende, tiefer dringende Differenzierungen in der Analyse des keineswegs glatten, die Brüche und Verwerfungen eines ein ungewöhnliches Leben widerspiegelnden Textes bemüht³⁸. Sie haben vor allem die „Widersprüche und Ambivalenzen“ der Novelle herausgearbeitet, welche „die Ästhetik des Autors“ prägen, dem es gelungen ist, der Paradoxie Ausdruck zu geben, „daß aus Gutem Böses erwächst und andererseits Schreckliches einem besseren Neuanfang dienen kann“³⁹. Wobei freilich das von Kleist so meisterhaft geschilderte Geschehen die Versuchung nahe legt, das Ganze in mehr oder minder einfache Antithesen aufzulösen – die sich ja denn auch so schön für plakative Charakterisierungen des Protagonisten eignen⁴⁰.

Vielleicht hat die Kunst Kleists in der Darstellung des Kohlhaas nicht zum Mindesten darin bestanden, die Fragen, die das Geschehen – vor allem im Hinblick auf die Behauptung und Durchsetzung eigenen subjektiven Rechts, das aber zunächst mit dem objektiven identisch ist – aufwirft, an den Leser weiterzugeben⁴¹. Ebenso wie jeder selbst Antworten auf die Frage finden muss, wie er auf das ihm wirklich oder vermeintlich angetane Unrecht oder auf die wirkliche oder vermeintliche Vorenthaltung des Rechts reagiert.

25 Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, 13. Aufl. Leipzig 1924, S. 310.

26 Walser (Fn. 24), S. 303 ff.

27 Jhering (Fn. 20), S. 60.

28 Jhering (Fn. 20), S. 9.

29 Jhering (Fn. 20), S. 61.

30 Jhering (Fn. 20), S. 63.

31 Jhering (Fn. 20), S. 62 f.

32 Jhering (Fn. 20), S. 65.

33 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 450.

34 Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft. Dritte Abteilung, München u. Berlin 1910, S. 815. Über die Schrift auch Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. Zweites Buch Erste Abt., Tübingen 1951, S. 134; E. Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl. Tübingen 1963, S. 646–650; Riezler, Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen, 3. Aufl. München 1969, S. 114 f.

35 Bloch, Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt a.M. 1961, S. 95.

36 Bloch (Fn. 35), S. 96.

37 Walser (Fn. 24), S. 92.

38 Vgl. Fn. 21.

39 Scholdt (Fn. 21), S. 131.

40 Vgl. nur Hesses Gegenüberstellung (Fn. 21): „Querulatorischer Terrorist oder Kämpfer um's Recht?“.

41 Scholdt (Fn. 21), S. 131.

3. Literarische Texte zwischen „Michael Kohlhaas“ und „Finks Krieg“

In den Kontext des Themas gehört nicht zuletzt die Erzählung „Dubrowskij“ des bedeutenden russischen Schriftstellers Alexander Puschkin (1799–1837), die in literaturwissenschaftlicher Hinsicht auch als „Romanfragment“ figuriert⁴². Das vergleichsweise schmale Werk erinnert in gewisser Weise an das Geschehen in Kleists Erzählung – wenngleich die Unterschiede im Verhalten des Protagonisten sowie in Ablauf und Gestaltung der Handlung nicht zu übersehen sind. Es schildert in realistischer Sprache Leben und Schicksal eines verarmten russischen Adligen, dessen Vater durch rechtswidrige Machenschaften eines reichen Nachbarn um seine ohnehin schon bescheidenen Güter gebracht worden ist. Der selbstherrliche, autoritäre und völlig von sich eingenommene Trojekurow hatte eine ihn kränkende Äußerung des Vaters Dubrowskij zum Anlass für einen Prozess genommen, in dem er mit Hilfe falscher Dokumente seinen vermeintlichen Anspruch auf dessen Güter vor Gericht durchzusetzen vermocht hat.

Der Sohn, der das Erbe seines alsbald nach dem Prozess verstorbenen Vaters angetreten hat, nimmt dieses Unrecht nicht hin. Als ihn Gerichtsbeamte von seinem angestammten Besitz vertreiben wollen, setzt er das eigene Haus in Brand; die angetrunkenen Beamten kommen in den Flammen um. Der junge Dubrowskij beginnt mit seinen Bauern ein Räuberleben. Den Behörden gelingt es nicht, ihn und seine weithin wegen ihrer Überfälle gefürchtete Bande zu fassen. Eines Tages verdingt er sich unerkannt als Hauslehrer französischer Herkunft bei seinem Widersacher Trojekurow. Er verliebt sich in dessen schöne Tochter Maja, der er heimlich seine Liebe – unter Offenbarung seiner wahren Identität – gesteht. Ein Akt der Selbsthilfe besteht darin, dass er dem Polizeichef mit vorgehaltener Pistole unrechtmäßig erworbenes Geld abnimmt. Der weitere Ablauf der Handlung erschöpft sich im Scheitern der Liebesbeziehung Dubrowskijs zu Maja und seiner schließlichen Flucht ins Ausland. Für die zunächst im Zentrum des Geschehens stehende gewaltsame Reaktion des Protagonisten auf das seinem Vater und ihm widerfahrene Unrecht erscheinen jene Vorgänge letztlich bedeutungslos.

In thematischer Hinsicht knüpft der galizische „Dichterjurist“ Karl Emil Franzos (1848–1904) – in dessen Werk *Leben und Schicksal des osteuropäischen Judentums* im Zentrum stehen – erklärtermaßen an Jhering und dessen Schrift über den „Kampf ums Recht“ an. Horst Sandler, der in einem der Persönlichkeiten und dem Wirken eindrucksvoll nachempfundenen Porträt den weitgehend vergessenen Literaten wieder in die Erinnerung zurückgerufen hat, hat ihn denn auch explizit als „Kämpfer ums Recht“ charakterisiert⁴³. In der Tat hat Jhering dem späteren Schriftsteller durch sein Pandektenkolleg in Wien das Jurastudium nähergebracht. Doch wandte sich Franzos früh schon nach der ersten juristischen Staatsprüfung anderen, namentlich politischen Aktivitäten zu, um schließlich ganz in literarischer Tätigkeit aufzugehen. Advokat wollte er und Richter durfte er

42 Hier wurde die Ausgabe *Alexander Puschkin, Erzählungen*, Braunschweig 1947, S. 5–94, zugrunde gelegt.

43 Sandler, NJW 1987, 1361–1369. Über Franzos ferner Bickel, in: Moses/Schöne (Hrsg.), *Juden in der deutschen Literatur. Ein deutsch-israelisches Symposium*, Frankfurt a.M. 1986, S. 152–161; Trösch, FAZ v. 31.1.2004, S. 36.

damals als Jude nicht werden. Als Autor bevorzugte er denn auch Stoffe, „in denen das Rechtsbewußtsein verletzt wird oder das gebeugte Recht nach seiner Wiederherstellung verlangt“⁴⁴. Das wohl markanteste Werk dieses Genres bildete sein zweibändiger Roman „Ein Kampf ums Recht“ (1882), in dem er sich nicht zuletzt an russischen Meistern wie Gogol und Turgenjew orientierte⁴⁵. In seinem Mittelpunkt steht eine Art Kohlhaas-Schicksal.

Die Zentralfigur des Romans bildet Taras Barabola, der als Dorfrichter am Rande der Karpaten tätig ist. Einem im Dorf Macht und Herrschaft besitzenden polnischen Grafen und seinem Verwalter gelingt es, sich auf betrügerische Weise den Gemeindeacker anzueignen. Barabola kann – im Vertrauen auf Recht und Justiz – die Bauern des Dorfes davon abhalten, sich ihr Recht gewaltsam zu verschaffen. Freilich scheitert er mit seinem Vorhaben bei den Gerichten. Auch seine persönliche Intervention beim Kaiser in Wien bleibt erfolglos. Im Gegenteil: Barabola wird noch ein „scharfer Verweis“ wegen „mutwilliger Behelligung des Monarchen“ erteilt.

Daraufhin nimmt das Kohlhaas-Schicksal seinen Verlauf: Barabola greift zum Mittel der Selbstjustiz. Er verlässt das Dorf, bildet eine Bande und überfällt die Unterdrücker des Volkes. Er schwingt sich sogar zum Richter über sie auf, der Todesurteile fällt und sie durch seine Leute vollstrecken lässt, bis er eines Tages einer Verleumdung aufsitzt und einen unschuldigen Menschen umbringen lässt. Dieses Vorkommnis erschüttert ihn, der sich bisher für unfehlbar gehalten hat, zutiefst. Er stellt sich selbst der Justiz und nimmt die gegen ihn wegen seiner Straftaten verhängte Todesstrafe auf sich. Ja, er weigert sich sogar, um einen ihm in Aussicht gestellten Gnadenweis zu bitten. Doch kann er es noch erleben, dass der erfolglos geführte Prozess wieder neu aufgenommen und den Bauern ihr Recht zuteil wird. Auch in diesem Werk hat Jherings gewiss nicht nur, aber eben auch und in besonderem Maße auf Kohlhaas gemünzte Metapher ihre narrative Wirkung getan.

Ein ganz anderes, hier deshalb nicht weiter zu verfolgendes Problem des literarischen Wirkens von Franzos hat zwar Teil am damaligen Zeitgeist, liegt aber außerhalb unserer Fragestellung: der Umstand nämlich, dass sich in den galizischen Erzählungen des Schriftstellers deutliche Anklänge an das im späten 19. Jahrhundert vielfach gepflegte und kolportierte Bild des „Verbrechermenschen“ – wie es etwa Peter Strasser 1984 eindrucksvoll herausgearbeitet hat⁴⁶ – wiederfindet⁴⁷.

Unter den literarischen Texten, die einen „Kampf ums Recht“ darstellen – der ja der Sache nach zugleich ein Ringen um Gerechtigkeit ist –, sind nicht wenige, in denen es um die Korrektur fehlerhafter oder falscher Gerichtsentscheidungen geht. Es sind also

44 Sandler (Fn. 43), S. 1363.

45 Sandler (Fn. 43), S. 1365 f. Über den Roman auch G. Jellinek, *Reden und Vorträge*, Bd. 1, Berlin 1911, S. 235–238.

46 Strasser, *Verbrechermenschen. Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen*, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 2005.

47 Schönert, in: ders. (Hrsg.), *Erzählte Kriminalität. Zur Typologie und Funktion von narrativen Darstellungen in Strafrechtspflege, Publizistik und Literatur zwischen 1770 und 1920*, Tübingen 1991, S. 508–511.

Fälle, in denen das einem vermeintlichen Straftäter durch ein der wahren Sach- und Rechtslage widerfahrenes Urteil durch ein neues Judiz aus der Welt geschafft werden soll. Ihnen sucht ja das deutsche Strafprozessrecht durch das Institut der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten Rechnung zu tragen. In literarischen Texten spiegeln sich die Bemühungen um Korrektur der falschen Entscheidung indessen meist in einem anders strukturierten Geschehensablauf, der von den Förmlichkeiten eines solchen Wiederaufnahmeverfahrens mehr oder minder stark abweicht.

Zu den Beispielen dieser Provenienz zählen vor allem die in der Zeit der Weimarer Republik erschienenen und jeweils auf reale Vorgänge zurückgehenden Romane Arnold Zweigs (1887–1968) „Der Streit um den Sergeanten Grischa“ (1927), Jakob Wassermanns (1873–1934) „Der Fall Maurizius“ (1928) und Lion Feuchtwangers (1884–1958) „Erfolg“ (1930)⁴⁸. Sie alle haben damals starke öffentliche Beachtung gefunden. Sie verkörpern auch in sprachlicher wie inhaltlicher Gestaltung je eigene Darstellungen fehlerhafter Gerichtsentscheidungen – bis hin zum „Justizmord“, wie er etwa in Zweigs Roman geschildert wird. Erzählt werden jeweils auf andere Art scheiternde Bemühungen um eine Rehabilitierung des unschuldig Verurteilten. Es sind Paraphrasierungen des von aufklärerischen Überzeugungen getragenen Kampfes um Gerechtigkeit, in dem letztlich die für den Verurteilten eintretenden Protagonisten der staatlichen oder militärischen Gewalt oder der Juristenmacht unterliegen. Die Werke atmen den Geist der uns zwar zeitgeschichtlich noch relativ nahen Weimarer Epoche. Doch erscheinen sie vor dem Hintergrund des einschneidenden gesellschaftlichen und rechtlichen Wandels, der sich danach vollzogen hat und über sie hinweggegangen ist, wie literarische Dokumente aus einer anderen, einfacher und überschaubarer strukturierten Welt. Ihnen liegt die Überzeugung zugrunde, dass das Wort des entschieden Position beziehenden Schriftstellers einen bedeutsamen Beitrag zur Realisierung von Recht und Gerechtigkeit in der gesellschaftlichen Wirklichkeit verkörpert.

Einmal mehr hat der norwegische Schriftsteller Ronald Fangen (1895–1946) in seinem 1936 in deutscher Übersetzung erschienenen Roman „Der Mann, der die Gerechtigkeit liebte“ an die Figur des Michael Kohlhaas angeknüpft⁴⁹. Der angesehene und tüchtige Schuhmachermeister Gottfried Stein verliert früh seine geliebte Frau im Kindbett. Er heiratet bald wieder, ohne freilich in seiner neuen Ehe das einstige Glück wieder zu finden. Unzufrieden mit seinem Leben wirft er sich zum Verteidiger der Gerechtigkeit auf, der er selbst beim kleinsten Anlass zur Verwirklichung verhelfen will. Im Rahmen einer verbalen Auseinandersetzung will er vom Zunftvorstand Hemmel das Eingeständnis erzwingen, Opfer eines täuschungsbedingten Irrtums geworden zu sein. Weil dieser sich entgegen der wahren Sachlage weigert, dies zuzugeben, beschimpft ihn Stein in grober Weise. Auf eine deshalb erfolgte Anzeige hin wird Stein dann zu einem Tag Haft und einer schriftlichen Entschuldigung verurteilt. Der Gefängnisaufenthalt trägt indessen

48 Vgl. Müller-Dietz, *Recht und Kriminalität in literarischen Spiegelungen*, Berlin 2007, S. 32–34 m. w. Nachw.; Wassermann, *Der Fall Maurizius. Roman* (1928) mit Kommentaren von Thomas Vormbaum und Regina Schäfer, Berlin 2003.

49 Vgl. Uecker, in: Jens (Hrsg.), *Kindlers Neues Literatur Lexikon*, Bd. 5, München 1988 (1996), S. 389 f.

nur dazu bei, ihn in seinem fast schon fanatisch wirkenden Gerechtigkeitsempfinden zu bestärken.

Anlässlich einer Begegnung weist ihn ein berühmter Richter des Landes darauf hin, dass er nicht nach dem absoluten Recht streben dürfe. Vielmehr gelte nur das, was sich auch beweisen lasse⁵⁰. Daraufhin will er auf eigene Faust das ihm widerfahrene Unrecht korrigieren und sein Recht durchsetzen. Er fordert den Richter, der ihn verurteilt hat, dazu auf ihn zu rehabilitieren, was dieser jedoch ablehnt. Aus seinem maßlosen Rechtsempfinden heraus erschießt er seinen Richter. Er wird aufgrunddessen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Nunmehr stellt sich heraus, dass Stein mit seinem an Hemmel gerichteten Ansinnen im Recht gewesen war. Die ganze Stadt tritt daher für seine Begnadigung ein, die denn auch drei Jahre später erfolgt. Die Gefängniszeit bringt Stein zum Bewusstsein, auf welche Abwege ihn sein bis zur Verwirklichung absoluter Gerechtigkeit gesteigertes Rechtsempfinden geführt hat.

Publikumswirksam hat der englische Schriftsteller Terence Rattigan (1911–1977) den Kampf eines Vaters um Gerechtigkeit für seinen Sohn in dem häufig gespielten Drama „The Winslow Boy“ (dt. „Der Fall Winslow“) in Szene gesetzt⁵¹. Das Schauspiel – das 1946 in London uraufgeführt worden ist – geht auf ein reales Geschehen zurück, das in England 1908 starkes öffentliches Aufsehen erregt hat. Der vierzehnjährige Ronnie Winslow, der sich in Ausbildung an einer königlichen Kadettenschule befindet, gerät in Verdacht, eine Postanweisung über fünf Schilling entwendet zu haben. Er wird deshalb relegiert. Der Vater, Bankdirektor Arthur Winslow, bemüht sich vergeblich darum, die Unschuld seines Sohnes darzutun. Admiralität und staatliche Instanzen lehnen eine öffentliche Gerichtsverhandlung ab, weil sie den Fall als abgeschlossen ansehen.

Mit einer an die Krone gerichteten „Petition of Rights“ will der Vater dennoch einen Prozess zur Rehabilitierung seines Sohnes durchsetzen. Dabei riskiert er sein ganzes berufliches und politisches Prestige. Ihm gelingt es, einen der berühmtesten Strafverteidiger des Landes, Sir Robert Morton, für dieses Vorhaben – und schließlich auch die öffentliche Meinung für sich – zu gewinnen. Unter ihrem Druck wird der Fall öffentlich verhandelt. Ronnie wird zwei Jahre nach seinem Ausschluss aus dem College für unschuldig befunden. Doch der Preis für den schließlichen Sieg der Gerechtigkeit ist hoch: Arthur Winslow ist gesundheitlich und finanziell stark angeschlagen; insgesamt trifft die Familie eine ganze Reihe negativer Folgen. Dennoch kann das Schauspiel gleichsam als überaus effektvolle Demonstration des jedem Bürger zustehenden Rechts verstanden werden, sein Recht notfalls auch gegen die Macht staatlicher Institutionen durchzusetzen.

50 Das erinnert an den Zusatz zu § 222, mit dem Hegel seine Feststellung, dass das Recht vor den Gerichten die Bestimmung erhalte, ein „erweisbares sein zu müssen“, erläutert hat: „Es mag den Menschen empören, daß er weiß, ein Recht zu haben, das ihm als ein unerweisbares abgesprochen wird; aber das Recht, das ich habe, muß zugleich ein gesetztes sein: ich muß es darstellen, erweisen können, und nur dadurch, daß das Ansichseiende auch gesetzt wird, kann es in der Gesellschaft gelten.“ (Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke 7, hrsg. von Moldenhauer u. Michel, Frankfurt a.M. 1970, S. 375).

51 Vgl. J.N. Schmidt, in: Jens (Fn. 49), Bd. 13, S. 969 f.

4. Die zeitgenössische Version von „Michael Kohlhaas“: „Finks Krieg“

Es liegt auf der Hand, dass Dramen von geradezu antiker Größe und Wucht weit mehr Anziehungskraft für künstlerische und wissenschaftliche Erkenntnisse bieten als das juristische Alltagsgeschäft, das freilich die Lebenswirklichkeit dominiert. Der Abstand lässt sich recht gut veranschaulichen an der Diskrepanz, die Kleists Novelle „Michael Kohlhaas“ von Walsers Roman „Finks Krieg“ trennt. Und zwar jenseits der leidigen Frage nach der jeweiligen literarischen Qualität der beiden Werke.

Aber auch wenn es richtig ist, dass die dramatische Konstellation, die dem legendären früheren Text zugrunde liegt, unvergleichbar erscheint und eben ureigene Klassizität schon von seiner sprachlichen Gestaltung her aufweist, so nährt doch das jüngere der beiden Werke – die so gerne in den bekannten Zusammenhang gebracht werden – die Erkenntnis, wie schwierig es selbst in den Verhältnissen eines demokratischen Rechtsstaates mit seinem denkbar weit ausgebauten Rechtsschutzsystem werden kann, die Rechtsposition des Einzelnen gegen Kräfte durchzusetzen, die am sog. Schalthebel der Macht sitzen. Zwar können diese beileibe nicht mehr die Rechte des Individuums mit der Machtfülle des absolutistischen Herrschers gleichsam vom Tisch wischen; doch zeigt die praktische Erfahrung, welcher dornige, steinige Weg gegebenenfalls von demjenigen zurückgelegt werden muss, der sich gegen reale oder vermeintliche öffentliche Interessen durchsetzen will. Dahinter muss gewiss nicht der vielzitierte „Übermut der Ämter“ stecken, der von Shakespeare bis Karl Kraus immer wieder in kritischer Absicht berufen worden ist⁵². Es können auch ganz handfeste politische, sogar wie immer geartete persönliche Zielsetzungen sein, gegen die sich der Bürger zur Wehr setzt, der sein subjektives Recht beansprucht.

Gewisse Parallelen zu Rattigans Darstellung sind – ungeachtet etlicher Unterschiede in der Gestaltung der Personen und der Handlung – in Walsers Roman, der ein halbes Jahrhundert später erschienen ist (1996), nicht zu übersehen. Auch dieses Werk geht bekanntlich auf einen authentischen Fall zurück und sucht ihn trotz weitgehender dokumentarischer Nähe zum wirklichen Geschehen literarisch einzuverwandeln. Freilich zeichnet sich der Fall des hessischen Ministerialbeamten Stefan Fink, der sein Recht gegen eine übermächtig erscheinende Bürokratie durchzusetzen bemüht ist, durch eine Vielzahl von Besonderheiten aus, die ihn doch von vergleichbaren Werken des Genres abheben. Dabei mag der Umstand, dass der Protagonist als Jurist selbst die einschlägige Rechtslage überblickt, noch den einfachsten Unterschied zu solchen Darstellungen ausmachen.

Der Schriftsteller Walser – der ja einst nicht zufällig über Kafka promoviert hat⁵³ – hat sich mit einer Akribie und Emphase in die juristischen Laien meist fremd, ja fast schon

undurchdringlich erscheinende Welt der Administration, ministerieller Verwaltungsabläufe – einschließlich der im Hintergrund getroffenen Absprachen, wenn nicht gar gesponnenen, durchaus realistischen Intrigen⁵⁴ – sowie der Verwaltungsgerichtsprozesse eingearbeitet, wie es gewiss nicht jedem Autor gegeben ist. Proben dieser Fähigkeit, Binnenstrukturen jener vielfach unbekanntes Rechtswelt zu entwerfen, hat Walser ja bereits mit seinem Roman „Die Verteidigung der Kindheit“ geliefert⁵⁵. Wengleich der Protagonist dieses Werkes von ungleich anderer, vergleichsweise schwächlich wirkender Gestalt ist – was denn von dem in seinem Gerechtigkeitsstreben befangenen Fink nun wirklich nicht gesagt werden kann.

Die Besonderheiten des jüngeren Romans können hier nur angedeutet werden. Sie sind überaus charakteristisch für das literarische Verfahren Walsers und die Rezeption, die sein Roman gefunden hat, namentlich für die äußeren Umstände, die sich um seine Aufnahme in der Öffentlichkeit ranken. Wenn sich auch der Beamte Fink in seinem Kampf ums Recht in ein schwer überschaubares Geflecht, ja Dickicht von Ereignissen und Handlungen verstrickt, so weist das ganze Geschehen gleichwohl keine kafkaesken Züge auf, wie es eben den legendären „Proceß“-Roman und – in gewisser Weise – die alptraumhaften Vorgänge im Roman „Bei schwebendem Verfahren“ (1973) des österreichischen Autors Peter Rosei kennzeichnet.

Absichtsvoll, ja fast schon in plakativer Weise arbeitet Walser mit Anleihen bei Kleists immer wieder bemühter Erzählung „Michael Kohlhaas“. Das zeigt sich keineswegs nur an einschlägigen Zitaten, mit denen der Autor immer wieder auf jenen Text und etwaige Parallelen zu sprechen kommt⁵⁶ (S. 47, 79, 82, 83, 93, 148, 163, 267, 275, 276 u. a. m.), sondern auch darin, dass der als maßgebender und einflussreicher Gegner Finks im Roman in Erscheinung tretende Staatssekretär den Namen „Tronkenburg“ trägt. Dieser erinnert ja an den „bösen Junker“, der im Falle Kohlhaas die bekannte unheilvolle Rolle spielt (S. 47, 26, 61). So bekennt der Protagonist denn auch in entsprechendem Zusammenhang: „Wenn ich Kohlhaas war, dann war mein Gegner Tronkenburg.“ (S. 48, 129). Das äußert sich ferner auch darin, dass Kleists Erzählung und Puschkinnovellen – „in denen Rechtshandel vorkommen“ – zur häufigen Lektüre Finks zählen (S. 163).

Was sich im Umfeld des Romans, vor allem seiner Rezeption und öffentlichen Resonanz abspielt, ist alles andere als alltäglich. Da meldet sich der Staatssekretär, der im Text den Namen „Tronkenburg“ führt, in einer bekannten Tageszeitung unter seinem wirklichen Namen „Gauland“ zu Wort⁵⁷ – noch bevor diese Zeitung eine Rezension des Werkes veröffentlicht⁵⁸. Er fühlt sich durch die Darstellung seiner Person ungerecht behan-

54 Von denen z.B. der Roman „Monrepos oder die Kälte der Macht“ (1996) von *Manfred Zach* handelt (vgl. *Kilian*, in: *Grenzfrevell. Rechtskultur und literarische Kultur*. Hrsg. von Koch, Rovagnati u. Oppermann, Bonn 1998, S. 242–268).

55 Vgl. *Müller-Dietz* (Fn. 48), S. 272–275. Zu diesem Roman auch *Lüderssen*, *Produktive Spiegelungen. Recht in Literatur, Theater und Film*, 2. Aufl. Baden-Baden 2002, S. 325–331.

56 Die folgenden, in Klammern gesetzten Seitenangaben im Text sind jeweils *Walsers* Roman „Finks Krieg“ (Fn. 24) entnommen.

57 *Gauland*, FAZ Nr. 53 v. 2.3.1996.

58 *Schulz*, FAZ Nr. 143 v. 22.6.1996.

52 *Shakespeare* zählt neben *Goethe* keineswegs zufällig zu den meistzitierten Autoren der „Fackel“. *Kraus* hat darüber hinaus Dramen und die Sonette *Shakespeares* „übersetzt“ – oder vielmehr nachgedichtet (*Flutter*, *Karl Kraus als Nachdichter Shakespeares*, Wien 1934). Über den Einfluss *Shakespeares* auf sein Werk *Kraft*, *Das Ja des Neinsagers*. *Karl Kraus und seine geistige Welt*, München 1974, S. 45–67; *Ribeiro*, in: *Strelka* (Hrsg.), *Karl Kraus. Diener der Sprache – Meister des Ethos*, Tübingen 1990, S. 237–265.

53 *Magenau*, *Martin Walser. Eine Biographie*, Reinbek 2005, S. 68 ff.

delt und wartet dementsprechend mit Belegen auf, die ihn selbst als das Opfer des rechtshaberischen Protagonisten erscheinen lassen. Da hält eine Pressenotiz in diesem Blatt die Versetzung des real existierenden Ministerialrats, der Walser die Vorlage für seinen Roman geliefert hat, in den Ruhestand fest⁵⁹. Das alles hat in summa dazu geführt, dass die Auseinandersetzung mit der literarischen Qualität des Werkes fast Gefahr gelaufen wäre, hinter den Begleitumständen seiner öffentlichen Wahrnehmung zu verschwinden⁶⁰.

An der Gegenüberstellung von Kleists Erzählung und Walsers Roman lässt sich – jenseits der leidigen Frage nach der Qualität der jeweiligen Texte – zeigen, dass die Einverwandlung realer Vorlagen in Literatur zugleich Ausdruck eines Geflechts gesellschaftlicher und rechtlicher Abhängigkeiten und Wechselbeziehungen verkörpert, die sowohl auf den historischen Charakter des Sujets als auch auf den ästhetischen Standort des Autors zurückverweisen. Das Zeitalter des Absolutismus bringt eben, was die Behauptung und Durchsetzung eigenen Rechts – wie des Rechts schlechthin – anlangt, andere Fragestellungen und Probleme hervor, als die Epoche des fortgeschrittenen Rechtsstaats. Jenseits persönlichkeitspezifischer Momente, die sich ungeachtet so mancher Parallelen in den Figuren des Kohlhaas und des Fink ausgeprägt finden, sind die Unterschiede in rechtlicher wie menschlicher Dramatik natürlich nicht zu verkennen.

Gewiss könnte man schon einen Vergleich beider Texte als unangemessen ansehen – eben weil die in ihnen geschilderten Abläufe in geschichtlich wie gesellschaftlich unvergleichbar erscheinenden Verhältnissen ihren Grund haben, ja wurzeln. Doch drängt sich gerade im Hinblick auf das hier zur Diskussion gestellte Thema der Gedanke auf, dass ein Vergleich den Blick auf die ganz „unkohlhaasische“ Wahrnehmung von Rechten durch Bürger im entwickelten Rechtsstaat zu lenken vermag. Natürlich muss man auch dann im Auge behalten, dass Fink da und dort an die ihm rechtlich gezogenen Grenzen geht oder zumindest in moralisch angreifbarer Weise rechtlich bestehende Möglichkeiten zur Durchsetzung seiner Rechte ausschöpft.

So liegt ihm etwa nach dem Scheitern gerichtlicher Möglichkeiten der Rechtswahrnehmung in seinem Sinne viel daran, durch die Presse öffentlichen Druck auf das (Entscheidungs-) Verhalten von Amtsträgern auszuüben – was freilich schon im 19. Jahrhundert ein mehr oder minder probates Mittel zur Durchsetzung von Rechten gewesen ist. Längst ist es ja kein ganz neues Phänomen mehr, dass Beteiligte – oder Betroffene – eines gerichtlichen Verfahrens (Massen-) Medien im Sinne ihrer Interessen zu beeinflussen, wenn nicht zu instrumentalisieren suchen. Das gilt sowohl im Falle von Bemühungen um Durchsetzung wirklicher oder vermeintlicher Persönlichkeitsrechte als auch von Bestrebungen, den Gang eines Strafverfahrens in die jeweils gewünschte Richtung (des

59 FAZ Nr. 126 v. 1.6.1996.

60 Vgl. etwa die Rezensionen von Hage (Der Spiegel Nr. 13 v. 25.3.1996, S. 231–233), Schmitter (Die Zeit Nr. 13 v. 22.3.1996, S. 51), Ebel (Bad. Zeitung v. 29.3.1996), Kosler (SZ Nr. 76 v. 30./31.3.1996, S. IV), Kunert, GA 1997, 92–95, und Schulz (Fn. 57). Vgl. auch Magenau (Fn. 53), S. 455–462.

Freispruchs oder der Verurteilung des Angeklagten) zu lenken⁶¹. Was hier im Einzelfall in aller Öffentlichkeit zur Beeinflussung von Prozessen geschieht, hat eine gewisse Parallele auf kollektiver Ebene in den Versuchen, mehr oder minder organisierte Interessen durch Einwirkung auf Amtsträger oder Abgeordnete im Vorfeld von Gesetzgebungsverfahren zur Geltung zu bringen.

Wenn es im Falle Fink auch nicht wie im Fall Kohlhaas schließlich um Leben oder Tod geht, so drohen dem Protagonisten angesichts seiner völligen Fixierung auf die Durchsetzung seines Rechts, die letztlich seine ganze Lebensführung für sich einnimmt und bestimmt, doch mehr oder minder gewichtige negative gesundheitliche und familiäre Folgen. Schlaflosigkeit und Alpträume suchen ihn angesichts der Erfolglosigkeit seiner Bemühungen heim. Die Beziehungen zur Ehefrau und Familie – die seine „Rechtsbesessenheit“ letztlich weder rational noch emotional restlos nachvollziehen können – werden durch seine Bestrebungen, alles dem Ziel der Rechtsdurchsetzung unterzuordnen, mehr und mehr belastet. Ebenso leidet sein Verhältnis zu Freunden und Bekannten darunter. Ein kundiger Interpret des Romans hat deshalb nicht ohne Grund die zunächst bizarr erscheinende, dann aber doch nachdenklich stimmende Frage aufgeworfen: „Kann es die Gesundheit und das Leben kosten, in einem Rechtsstaat sein Recht zu wollen?“⁶²

Gewiss liegen die Unterschiede zwischen den Geschichten, die in den beiden Texten erzählt werden, auf der Hand. Und dies gilt jenseits der formalen Klassifizierung des einen als Novelle und des anderen als Roman. Das trifft auch jenseits des keineswegs zufälligen Unterschieds in der Darstellungsweise zu, wonach Kleist in seinem Text als zwar innerlich keineswegs unbeteiligter, aber doch objektiv wirkender Chronist in Erscheinung tritt, während Walser eine Selbstdarstellung seines Protagonisten präsentiert. In inhaltlicher Hinsicht klaffen in den beiden Texten fast Rechtswelten auseinander: dort die bescheidene Stellung des Untertans, der seine Rechte im absolutistischen Staat nur in unvergleichlich geringerem Maße geltend machen kann, indes der Bürger im ausgebauten Rechts-, ja Richterstaat und in einer Mediengesellschaft über ganz andere Möglichkeiten auch öffentlicher Selbstdarstellung und Selbstbehauptung verfügt.

Da fällt natürlich auch ein grundlegender Unterschied im Geschehensablauf ins Gewicht, der die jeweiligen Eskalationsprozesse betrifft: Im älteren Text steigert sich die Entwicklung allmählich vom rechtskonformen zum rechtsfeindlichen Verhalten des Kohlhaas. Fink hingegen sucht allenfalls die ihm als Bürger zu- und offenstehenden Verfahrens- und Betätigungsmöglichkeiten bis hin zur Instrumentalisierung der (Fach-) Presse auszureizen. Er bleibt – cum grano salis – aller abweichender illegaler Anwendungen zum Trotz doch im Banne und Rahmen des geltenden Rechts, das Kohlhaas ja durch sein wachsendes gewaltsames Vorgehen immer mehr verlässt und missachtet.

61 J. Wagner, Strafprozeßführung über Medien, Baden-Baden 1987; Gatzweiler, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Kriminalität in den Medien, Mönchengladbach 2000, S. 212–222; Volk, in: Nelles/Vormbaum (Hrsg.), Strafverteidigung in Forschung und Praxis. Kriminalwissenschaftliches Kolloquium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Jürgen Welp, Berlin 2006, S. 47–55. Vgl. auch Bannenberg u.a., Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien (AE-StuM), München 2004.

62 Wahl, NJW 1999, 1920–1925.

Die Unterschiede zwischen dem einstigen und jetzigen Rechtsfall manifestieren sich nicht zuletzt in der normativen und administrativen Komplexität des heutigen Rechtsstaates, der für den Bürger nicht nur eine ganze Reihe von Rechtsschutzmöglichkeiten, sondern auch eine Vielzahl von Regelungen und Zuständigkeiten bereithält (die zuweilen doch den Eindruck einer, wenn nicht kafkaesken, so doch „neuen Unübersichtlichkeit“ [Habermas] nahe legen könnten). „Was rechtlich zuerst so eindeutig war, zerfloß allmählich in der Fülle des Materials.“ (S. 39)

Natürlich darf in „Finks Krieg“ auch die Berufung auf den „großen Juristen Jhering“ nicht fehlen. So wird dessen Maxime „Sich gegen Unrecht verteidigen ist eine Rechtsverpflichtung gegen sich selbst“ denn auch zitiert (S. 69)⁶³; „kein Schmerz reicht so tief in einen hinein, quält einen so durch und durch wie das Unrecht, das einem angetan wird.“ (S. 130) „Unrecht tut weh, wie Zahnweh weh tut. Der einzige Unterschied: gegen dessen Schmerz gibt es keine Tabletten.“ (S. 291)

Äußerungen, mit denen der Protagonist des Romans seinen Kampf ums Recht erläutert, begleitet, ja geradezu demonstriert – wenngleich gegen Ende immer mehr ironisch paraphrasiert –, sind gleichsam Legion. Relativ früh schon bekennt Fink seine ausschließliche Fixierung auf Durchsetzung seines Rechts: „Was nicht mit meinem Rechtsstreit zu tun hatte, interessierte mich nicht mehr. Auch an mir interessierte mich nur, was mit meinem Rechtsstreit zu tun hatte.“ (S. 37) Dabei erkennt Fink, analysiert sich selbst in durchaus treffender Weise – wenngleich nicht selten unter dem Vorzeichen unangemessen erscheinender Gleichsetzungen mit der Situation und Rolle von Kohlhaas. Er begreift, dass er nicht mehr aus seiner Haut herausfindet. Kritische Selbsteinschätzungen wechseln im Fortgang des Geschehens mit ironisch eingefärbten Selbstcharakterisierungen. Da ist – eben wegen des von ihm an den Tag gelegten „Rechtsfanatismus“ (S. 82) – von Selbsthass die Rede (S. 88). „Ich war von allen Menschen, die ich kannte, der unbelehrbarste.“ (S. 155) Sich selbst charakterisiert er als „Rechtshypochonder“ (S. 305). Ebenso wie er sein Rechtsgefühl – das er schließlich selbst als pathologisch kennzeichnet – auf die Spitze treibt, steigert er seine Selbsterkenntnis bis zum ironischen Pathos, mit dem er sein vorgebliches Empfinden für diejenigen zum Ausdruck bringt, die unter seinem „Rechtsfanatismus“ gelitten haben: „Daß ein Verschrobener sein maßloses Rechtsgefühl auslebe, mussten so viele doch eher Edle leiden. Ach, auch wenn sie nicht alle gleich edel waren – wer dürfte das fordern! –, es waren doch die, denen wir verdanken, daß die Welt sich erhält.“ (S. 306) Womit Fink eben die Mächtigen meint, denen er in seinem Kampf ums Recht am Ende unterlegen ist.

IV. Vom „Kampf ums Recht“ zur Partizipation an der Rechtsgestaltung

Der Aufklärer Johann Gottfried Seume hat in seinen „Apokryphen“ gemeint, das Verhältnis des Einzelnen zum Recht in das Wort fassen zu können: „Wer die Regel des

63 Im Original lautet das Zitat: „Der Widerstand gegen das Unrecht ist Pflicht, Pflicht des Berechtigten gegen sich selber“ (Jhering [Fn. 20], S. 20).

Rechts nicht in sich trägt, findet von außen wenig Leitung.“⁶⁴ Man muss diese Sentenz keineswegs überzeugend finden oder gar goutieren, um die Dynamik, wenn nicht gar Sprengkraft wahrzunehmen, die ihr innewohnt. Nimmt sie doch für das Verstehen und Verständnis des Rechts durch den juristischen Laien einen durchaus subjektiven Zugang des Individuums in Anspruch. Ganz einer Epoche entsprechend, wie sie für die Aufklärung charakteristisch ist, in der die Menschen- und Bürgerrechte gleichsam ihre erste Apotheose erlebten.

Wenn von Rechtsbehauptung und -durchsetzung die Rede ist, dann rekurriert man zu meist auf die faktische Geltung des Rechts im objektiven Verständnis. Womit in der Regel gemeint ist, wie das Recht von Juristen – namentlich Rechtspraktikern und Rechtswissenschaftlern – verstanden und gehandhabt wird. Es geht dann darum, dass Recht, das ja nach seinem Selbstverständnis realiter mit Leben erfüllt werden soll und muss, wenn es nicht bloß auf dem Papier stehen soll, in der Praxis des Rechtslebens seinen Anspruch auf Geltung verwirklicht. An diesem Prozess sind Gesetzgeber, Rechts-, namentlich Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft auf je eigene Weise beteiligt und nehmen auf ihn Einfluss. Aber gerade weil und insofern Rechtsdurchsetzung durch Parteien und Rechtsanwälte angestoßen und dann durch Gerichte bewirkt wird, sind Bürger in dieses Geschehen involviert. Dies gilt vor allem für Rechtsstreitigkeiten, die eines Klägers oder Antragstellers bedürfen, damit Gerichte überhaupt tätig werden können. Insofern haftet dem Prozess der Rechtsbehauptung und -durchsetzung auch eine subjektive Komponente an, die in dem Wort „Ohne Kläger kein Richter“ zum Ausdruck kommt⁶⁵.

Dieser Zusammenhang hat mit dem Ausbau der Rechtswege, der Entwicklung zu einem – freilich keineswegs unkritisch gesehenen⁶⁶ – „Richterstaat“ verstärkten Auftrieb erfahren. Die Mitwirkung des Bürgers hat durch die vielfältigen Möglichkeiten, vor Gericht sein Recht suchen zu können, in bisher nicht da gewesenem Umfang an Bedeutung gewonnen. Zu diesem Vorgang tragen freilich nicht zuletzt auch wachsende Expansion und Komplexität des modernen Rechts bei. Der Umstand, dass und auf welche Weise sich der Einzelne in seinem subjektiven Recht verletzt sieht oder einen Anspruch durchsetzen will, zieht also Konsequenzen nach sich, die zwangsläufig auf die Rechtsgestaltung und -handhabung abfärben. Es gibt prägnante Umschreibungen des Vorgangs, der auf die Rechtsverwirklichung im gerichtlichen Verfahren zielt. Es ist nicht nur der Jheringsche „Kampf ums Recht“, der bis heute den einschlägigen rechtswissenschaftlichen Diskurs prägt⁶⁷. Die Rede ist auch – noch weiter und grundsätzlicher ausgreifend – vom „Kampf

64 Seume, Apokryphen, Frankfurt a.M. 1966, S. 116.

65 „Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter.“ (Grundmann, Strich, Richey, Rechtssprichwörter, 2. Aufl. Leipzig 1982, S. 105).

66 Vgl. namentlich Rütters, JZ 2002, 365–371; ders., NJW 2005, 2759–2761. Vgl. aber Steiner, AnwBl 2004, 673–676.

67 Vgl. z.B. Mestmäcker, Rechtslehre 20 (1989), 273–288, der den „Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft“ thematisiert.

um Gerechtigkeit“⁶⁸. Jhering hat diesem Aspekt mit seinem engagierten, freilich nicht unproblematischen Vortrag ein eindrucksvolles Zeugnis gewidmet, das jenseits seiner rechtspolitischen Bedeutung für die allgemeine Fragestellung, wie Recht zu seiner Entfaltung gebracht werden kann, relevant (geblieben) ist.

Rechtswissenschaftliche Analysen des „Kampfes ums Recht“ haben gewiss nicht erst mit jener „Gelegenheitsschrift“ eingesetzt. Das Thema hat aber durch sie seine besondere Zuspitzung und Begründung erfahren. Man muss die keineswegs widerspruchsfreie, in mehrfacher Hinsicht anfechtbare Gedankenführung⁶⁹ gewiss nicht nachvollziehen, um dieser Schrift auch aus heutiger Sicht gewichtige Anregungen entnehmen zu können. Sie gelten natürlich nicht der „Überbeanspruchung des Kampfgedankens“⁷⁰ und den Anleihen bei einem entsprechend interpretierten Darwinismus⁷¹. Sie haben auch nicht die von Jhering behauptete und herausgestellte moralische Pflicht des Einzelnen zum Gegenstand, unter allen Umständen um sein Recht zu kämpfen⁷². Von solchen Vorstellungen muss man sich freimachen, um einen heute noch aktuellen rechtssoziologischen Kern seines Gedankengangs freizulegen. Er betrifft die faktische Geltung des Rechts, die sich namentlich, wenn auch keineswegs ausschließlich im Prozess in Gestalt der gerichtlichen Entscheidung manifestiert. Helfer etwa hat auf den „eigentümlichen Zustand der Latenz“, den unklaren Geltungsgrad, hingewiesen, in dem sich Rechtssätze befinden würden, solange sie nicht im gerichtlichen Verfahren angewendet, „aktualisiert“ würden. Er hat dabei auf verwandte Vorstellungen Durkheims rekurriert: Erst im Falle einer Störung biete sich die „nicht bloß erwünschte, sondern notwendige Gelegenheit“ dazu, „die Wirksamkeit der Norm zu prüfen“⁷³.

Diese Sichtweise klingt auch in späteren Analysen der Lebensleistung Jherings – namentlich seiner Schrift über den „Kampf ums Recht“ – an. So sieht etwa Herbert Hofmeister Jherings hohe Einschätzung der Rechtsdurchsetzung im Prozess (im Anschluss an Peter Böhm) sogar in der Nachfolge Hegels⁷⁴, der in § 222 seiner Rechtsphilosophie statuiert hat: „Vor den Gerichten erhält das Recht die Bestimmung, ein *erweisbares* sein zu müssen.“⁷⁵ Damit rekurriert der Philosoph – wie seine folgenden Darlegungen erkennen lassen – keineswegs nur auf Beweisführung und Beweislast in tatsächlicher Hinsicht, sondern auch und gerade auf das Erfordernis, dass derjenige, der sich auf sein Recht beruft, auch dartun kann, dass es auf seiner Seite ist.

68 E. v. Hippel, RuP 32 (1996), 187–196. Zur „konfliktträchtigen“ Rechtskommunikation auch Münch., Dialektik der Kommunikationsgesellschaft, Frankfurt a.M. 1991; Gephart, Gesellschaftstheorie und Recht. Recht im soziologischen Diskurs der Moderne, Frankfurt a.M. 1993, S. 593.

69 Helfer, in: Wieacker/Wollschläger (Hrsg.), Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering, Göttingen 1970, S. 79–88 (82).

70 Helfer (Fn. 69), S. 80.

71 Helfer (Fn. 69), S. 81.

72 Helfer (Fn. 69), S. 82.

73 Helfer (Fn. 69), S. 82. Zur Rechtskonkretisierung im Zuge der Anwendung Ecker, JZ 1969, 477–482.

74 Hofmeister, in: Behrends (Hrsg.), Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992, 2. Aufl. Göttingen 1993, S. 38–48 (45).

75 Vgl. Fn. 50.

An den grundlegenden Topos der Rechtsdurchsetzung durch den Einzelnen, den Jhering ins Zentrum gerückt hat, knüpft nicht zuletzt Helmut Coing in seiner Rechtsphilosophie an. Dort attestiert er dem Rechtssoziologen und -theoretiker, „recht gesehen“ zu haben, „wenn er in seiner Schrift ‚Der Kampf ums Recht‘ das Eintreten für das eigene Recht als wesentlicher Faktor der Rechtsentwicklung festgestellt hat“⁷⁶. Das unterscheidet diese Sichtweise denn auch von der Perspektive jener Beiträge, in denen Jherings Metapher als Grundlage dafür in Anspruch genommen wird, vornehmlich Juristen, ob Rechtspraktiker oder -wissenschaftler, für die Aufgabe der Gestaltung und Fortentwicklung des Rechts in die Pflicht zu nehmen.⁷⁷

Freilich fehlt es mitnichten an rechtssoziologischen Warnungen vor einer universalen „Verrechtlichung“ gesellschaftlichen Zusammenlebens, die in den Dienst einer übersteigerten „juridischen Gerechtigkeit“ gestellt wird. Wie gewichtig auch Behauptung und Durchsetzung des Rechts des Einzelnen als Bürger immer sein mögen – das Recht ist kein Allheilmittel für die Gebrechen der menschlichen Gesellschaft. Gerade in der Moderne droht es – vor allem angesichts des vielfach diagnostizierten Zerfalls der Institutionen⁷⁸ – an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit zu geraten, ja überstrapaziert zu werden. In diesem Sinne hat etwa Teubner Tendenzen kritisiert, die auf das „Verlangen der Menschen nach einer unteilbaren Gerechtigkeit“ mit unerfüllbaren „falschen Heilsversprechen“ reagieren. „Human Rights als das Ideal einer gerechten Gesellschaft“ – dieser heute sich ausbreitende Imperialismus einer entfesselten juridischen Gerechtigkeit produziert den totalen Gerechtigkeitssucher, den Michael Kohlhaas der Spätmoderne, der in seinen Rechtsausschweifungen die begrenzte Gerechtigkeit des Rechts auf die ganze Gesellschaft projiziert“⁷⁹.

76 Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. Berlin 1976, S. 147 f.

77 Vgl. z.B. v. Hippel (Fn. 68) und verschiedene Beiträge in der Festschrift für Ulrich Scharf zum 70. Geburtstag, München 2009.

78 Vgl. etwa Schlink, Vergewisserungen. Über Politik, Recht, Schreiben und Glauben, Zürich 2005, S. 297 ff.

79 Teubner, Ztschr. f. Rechtssoziologie 29 (2008), 9–36 (33).