

ERNST RABEL

Gesammelte Aufsätze

Band 1:
Arbeiten zum Privatrecht
1907–1930

Mohr Siebeck

ERNST RABEL
GESAMMELTE AUFSÄTZE
BAND I

ERNST RABEL
GESAMMELTE AUFSÄTZE

BAND I
ARBEITEN ZUM PRIVATRECHT
1907–1930

herausgegeben von
HANS G. LESER
Freiburg i. Br.



1965

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

eISBN 978-3-16-165282-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 1965.

© Ernst Rabel.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0).

Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter:

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

INHALTSVERZEICHNIS

<i>Geleitwort. Professor Dr. Ernst von Caemmerer, Vorsitzender des Vorstands der Gesellschaft für Rechtsvergleichung</i>	VII
<i>Einleitung des Herausgebers</i>	XI
<i>I. Ziel der Ausgabe</i>	
<i>II. Überblick über Rabels Werk</i>	
<i>III. Anordnung und Auswahl</i>	
<i>IV. Die Arbeiten zum Privatrecht</i>	
1. Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch	1
Aus römischem und bürgerlichem Recht.	
Festschrift für E. I. Bekker. Weimar: Böhlau 1907, 171–237	
2. Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis	56
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 3 (1911), 467–490	
3. Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht	79
Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Juni 1911. Bd. 2. Wien: Manz 1911, 821–846	
4. Die eigene Handlung des Schuldners und des Verkäufers	103
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1 (1909), 187–226	
5. Bürgerliches Gesetzbuch und Schweizerisches Zivilgesetzbuch . . .	141
Deutsche Juristen-Zeitung 15 (1910), 26–30	
6. Der sogenannte Vertrauensschaden im Schweizerischen Recht . . .	147
Zeitschrift für schweizerisches Recht NF 27 (1908), 291–328	
7. Streifgänge im Schweizerischen Zivilgesetzbuch I	179
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 2 (1910), 308–340	
8. Streifgänge im Schweizerischen Zivilgesetzbuch II	210
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 4 (1912), 135–195	

9. Einige bemerkenswerte Neuheiten im Schweizerischen Zivilgesetzbuch	268
Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 62 (1911), 161–168	
10. Rezension von: <i>Staudingers</i> Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. 7./8. Aufl. 1912–1914	293
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 7 (1915), 508–515	
11. Rezension von: <i>Nußbaum, Arthur</i> : Deutsches Hypothekewesen. 1913	303
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 7 (1915), 515–519	
12. Ausbau oder Verwischung des Systems? Zwei praktische Fragen.	309
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 10 (1919–20), 89–121	
13. <i>Joseph Kobler</i> †. (Nachruf)	340
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 10 (1919–20), 123–133	
14. Ratgeber für die Studierenden der Rechtswissenschaft der Universität München	351
Halle (Saale): Heller 1921, 16 S. (Hochschulschriften. Serie 9, Nr. 3)	
15. Die privatrechtliche Stellung der unehelichen Kinder.	355
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 15 (1921), 538–543	
16. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über den Preisumsturz.	361
Deutsche Juristen-Zeitung 26 (1921), 323–327	
17. Die Darmstädter Entscheidungen	367
Das Recht 27 (1923), 137–142	
18. Umstellung der Beweislast, insbesondere der prima facie-Beweis	375
Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 12 (1923), 428–442	
19. Zum 25. Geburtstag des Bürgerlichen Gesetzbuches	389
Deutsche Juristen-Zeitung 26 (1921), 515–521	
20. Le vicende del codice civile tedesco dal 1900 al 1925. (I)	397
Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 1 (1927), 24–64	
21. Le vicende del codice civile tedesco dal 1900 al 1925. (II)	447
Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2/3 (1929), 3–26	
22. – und <i>Eduard Wahl</i> : Le vicende del codice germanico dal 1900 al 1925. (III)	476
Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 4/5, I (1930), 3–19	

GELEITWORT

Am 7. September 1965 jährt sich der Todestag von *Ernst Rabel* zum zehnten Male. Das gibt Anlaß zu erneuter Besinnung auf sein Werk¹. *Ernst Rabel* hat von der Romanistik und Historie herkommend die moderne Pflege der Rechtsvergleichung in Deutschland begründet. Seine universale Anschauung der Probleme des Rechts ließ ihn weit über Deutschland hinaus auf internationaler Ebene wirken. Das gilt ebenso von seiner Arbeit in der rechtsvergleichenden Forschung und Lehre wie von dem Kampf um die Rechtsvereinheitlichung, um die Schaffung eines wahrhaft „internationalen“ Privatrechts als eines modernen „jus gentium“.

Im Jahre 1964 sind im Haag die beiden Abkommen zur Vereinheitlichung des Rechts der internationalen Warenkäufe fertiggestellt worden. Damit ist ein Werk zum Abschluß gekommen, dem *Rabel* durch Jahrzehnte seine ganze Kraft gewidmet hatte. *Rabel* hatte das Internationale Institut für Rechtsvereinheitlichung in Rom zuerst auf diese Aufgabe hingewiesen. Er legte 1929 einen ersten Entwurf einer umfassenden rechtsvergleichenden Darstellung des Kaufrechts vor. Auf seiner Grundlage konnte die Ausarbeitung eines international einheitlichen Kaufgesetzes in Angriff genommen werden. *Rabel* hatte, solange ihm die Mitwirkung vergönnt war, entscheidenden Anteil an der Schaffung dieses Gesetzgebungswerks. Aus dem schnell berühmt gewordenen *Blauen Bericht* von 1929² erwuchs dann *Rabels* monumentales Werk *Das Recht des Warenkaufs* (1936/1958). Diese grundlegende, weltweit angelegte Untersuchung, ein Meisterwerk rechtsvergleichender Forschung und Darstellung, bildete eine der wichtigsten Grundlagen für das endliche Zustandekommen des Haager Werks. Sie ist zugleich ein genialer Beitrag zum allgemeinen

¹ Vgl. über die Würdigungen zu *Rabels* 80. Geburtstag und anläßlich seines Todes die Angaben unten S. XIV, Anm. 7.

² Rapport sur le droit comparé en matière de vente, U. D. P. Etudes IV. S. d. N. 1929, C. D. 1929.

Vertrags- und Schuldrecht, dessen Einfluß sich in wachsendem Maße auch im innerdeutschen Schuldrecht auszuwirken beginnt.

Ähnliches dürfen wir von dem zweiten „magnum opus“ *Rabels*, dem vierbändigen rechtsvergleichenden System des internationalen Privatrechts *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, 1945–1958 sagen. Es zeigt die große Alterserfahrung *Rabels* und will der ihm so am Herzen liegenden Überwindung der Gräben dienen, die kontinentales und anglo-amerikanisches Rechtsdenken zu trennen scheinen. Aus einer Sicht, die über den Verschiedenheiten der Rechte steht, dieselben aber in ihren historischen, kulturellen, soziologischen und politischen Wurzeln begreift, werden die Lebensfragen, um die es im internationalen Privatrecht geht, aufgedeckt und mit erregender sachlicher Leidenschaft einer international annehmbaren Lösung zugeführt. Zugleich werden die materiellen Rechtsinstitute, die zu Grunde liegen, mit einer Meisterschaft skizziert, die als Frucht umfassender historischer und rechtsvergleichender Erfahrung eine klärende und bezwingende Sicht auf den Vorrat rechtlicher Formen und Lösungen, die sich in der Welt ausgebildet haben, eröffnet und mannigfache Anregung bietet. Auch dieses über den Rechtsordnungen stehende Werk beginnt seine Wirkungen mehr und mehr zu entfalten.

Auch im übrigen wird man sagen müssen, daß *Rabels* Werk, so vielfältige und fruchtbare Anregungen von ihm ausgegangen sind, bis heute nicht ausgeschöpft ist. Die vertiefte Beschäftigung damit stellt sich uns als Aufgabe. Als daher der Herausgeber, einer meiner Schüler, im Herbst 1963 zum ersten Mal mit dem Plan an mich herantrat, die Aufsätze und Arbeiten zum modernen Privatrecht und zum Kollisionsrecht in einer gesammelten Ausgabe wieder allgemein zugänglich zu machen, habe ich ihm meine Unterstützung und die Hilfe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung zugesagt. *Ernst Rabel* war Ehrenpräsident der Gesellschaft. Er hat auf ihrer ersten Tagung, die nach dem zweiten Weltkrieg stattfinden konnte, den Festvortrag gehalten, der später unter dem Titel *Deutsches und amerikanisches Recht*³ veröffentlicht wurde. Die Gesellschaft für Rechtsvergleichung hat es als ihre Aufgabe betrachtet, das Vorhaben zu unterstützen und seine Verwirklichung zu ermöglichen. Das Ziel der Ausgabe ist eine repräsentative Sammlung der Aufsätze, Beiträge und kleineren Schriften *Rabels* aus den Gebieten des Privatrechts, des internationalen Privatrechts und der Rechtsvergleichung. Die

³ *RabelsZ* 16 (1951), 340–359.

baldige Veröffentlichung auch der romanistischen Arbeiten, ohne die das Werk unvollständig wäre, darf erhofft werden. Möge durch diese Ausgabe der Zugang zu einem imposanten Lebenswerk erleichtert werden, das sich dem zeitgenössischen Leser nach den Anforderungen, die es stellte, offenbar nicht immer leicht erschlossen hat, aber bei dem Reichtum der Gedanken, dem tiefen Eindringen und der Weite der Sicht eine Wirkung von größter Intensität und Lebendigkeit entfaltet, die auch an Breite ständig zunimmt.

Die Verantwortung für Auswahl und Anordnung trägt allein der Herausgeber.

Freiburg i. Br., den 16. Juli 1965

Ernst von Caemmerer

EINLEITUNG DES HERAUSGEBERS

I

Der tiefe und weitreichende Einfluß *Ernst Rabel's* auf das Privatrecht und die Privatrechtsvergleichung unserer Zeit ist heute nicht mehr hinwegzudenken. Im Gegensatz dazu ist sein umfangreiches literarisches Lebenswerk nur zum Teil allgemein zugänglich. Zwar liegen die großen selbständigen Veröffentlichungen beinahe alle vor, manche davon in Neuauflagen¹. Die zahlreichen Aufsätze in Zeitschriften und Festschriften aber, die an Bedeutung den in Buchform erschienenen Arbeiten keines-

¹ *Grundzüge des Römischen Privatrechts*, ursprünglich in *Holtzendorff-Kohler*: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 7. Aufl., Bd. 1. München und Leipzig: Duncker & Humblot 1915, S. 399–540; selbständig als 2. Aufl. Basel: Schwabe 1955, VIII, 241 S.

Das Recht des Warenkaufs. Bd. 1. Berlin und Leipzig: de Gruyter 1936, XXXII, 533 S.; unveränderter Nachdruck Berlin: de Gruyter 1957, XXXII, 533 S.

Das Recht des Warenkaufs. Bd. 2. Berlin: de Gruyter 1958, unter Mitarbeit von *K. v. Dohnanyi* und *J. Käser*, nach dem Tode von *Ernst Rabel* veröffentlicht, XLII, 469 S.

The Conflict of Laws. A Comparative Study. Vol. 1. Chicago: Callaghan 1945, LVI, 745 S.; Vol. 2. Chicago: Callaghan 1947, XLI, 705 S.; Vol. 3. Chicago: Callaghan 1950, XLVI, 611 S.; Vol. 4. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Law School 1958, XXXVIII, 622 S. – posthum – (Michigan Legal Studies, ed. by Hessel E. Yntema).

Von der 2. Aufl., die vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, und der University of Michigan Law School gemeinsam betreut wird, ist erschienen: Vol. 1. Bearbeitet von *U. Drobnig*. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Law School 1958, LVI, 803 S.

Eine bedauerliche Ausnahme bildet die Habilitationsschrift: *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*. Leipzig: Veit 1902 (s. N. 4), deren dringend wünschenswerter Nachdruck bisher nicht zustande kam.

wegs nachstehen, sind nur zum Teil greifbar. Soweit sie in älteren Zeitschriften und Festschriften² oder an abgelegener Stelle in neuerer Zeit erschienen sind, ist der Zugang erschwert wenn nicht ausgeschlossen. Der Plan zu dieser Ausgabe entstand daher nicht zuletzt aus dem praktischen Bedürfnis, diesen Schwierigkeiten soweit wie möglich abzuweichen.

Damit eng verknüpft war das Ziel, den Überblick über das Gesamtwerk in seiner historischen Entwicklung und Entfaltung zu erleichtern. Zahlreiche Gedanken aus den früheren Arbeiten sind in „*Das Recht des Warenkaufs*“ oder in die große Darstellung des internationalen Privatrechts „*The Conflict of Laws. A Comparative Study*“ eingegangen. Sie haben dadurch ihre Bedeutung für das Gesamtwerk aber nicht verloren und teilweise sogar von ihrer Aktualität kaum etwas eingebüßt³. Für die Äußerungen zu Programm und Methode der Rechtsvergleichung fehlt es an einer vergleichbaren Gesamtdarstellung aus *Rabels* Feder. Hier war daher die Zusammenfassung der Stücke besonders notwendig. Denn neben den bleibenden Einzelergebnissen steht *Rabels* nachhaltige Wirkung auf die Methode der Privatrechtsvergleichung und heute auch des gesamten Privatrechts. Er überwand auf seine Weise den sterilen Kreis einer reinen Begriffsjurisprudenz, indem er nicht nur das kunstvolle Gebilde der rechtlichen Begriffe und Regeln in den Blick nahm, sondern den lebensnahen Sozialkonflikt, das „Lebensverhältnis“, das es zu regeln gilt, mit dazu. Im Richterspruch, im konkreten Einzelfall, fand er hierfür sein Material. Damit räumte er, lange vor den Kontakten mit dem anglo-amerikanischen Rechtskreis, der Rechtsprechung und ihren Ergebnissen einen neuen Platz ein, der ihr auch die Aufmerksamkeit der Wissenschaft sicherte. Auf diesem, der Rechtspraxis eng verbundenen Hintergrund sah *Rabel* die notwendig hochdifferenzierte Institution, deren Leistungsfähigkeit von der Schärfe und Angemessenheit ihrer Begriffe abhängt und die es in ihrer Eigengesetzlichkeit bei der Lösung des Sozialkonfliktes zu erkennen gilt. Das Recht wird funktionell betrachtet und damit der Anschluß an die Sozialwissenschaft hergestellt. Mit dieser funktionellen, um nicht zu sagen instrumentalen Auffassung war zugleich

² Das hängt einmal mit der geringen Auflagenhöhe dieser Publikationen und zum anderen mit den Verlusten infolge der Kriegsereignisse zusammen. Zum Beispiel die Vorläuferin von *Rabels*Z, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht (1909–1926 Mannheim, Berlin, Leipzig: Bensheimer), deren Mitherausgeber *Ernst Rabel* war, oder die Festschrift für E. I. Bekker. Aus Römischem und Bürgerlichem Recht, Weimar: Böhlau 1907, sind heute nicht mehr zu beschaffen.

³ Vgl. etwa die Beiträge 1–3 in diesem Band zur Unmöglichkeitstheorie.

ein *tertium comparationis* über das eigene positive Recht hinaus gewonnen, das es erlaubte, durch die Vielzahl der Lösungsmöglichkeiten eines Konfliktes in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen hindurchzusehen und sie scheinbar mühelos nebeneinander aufzureihen. Diese Universalität (*Husserl*) der Betrachtung mit der Bewältigung einer großen Stofffülle beruht auf dem Blick für die Typik der Ordnungsaufgaben, wie er *Rabel* in hervorragender Weise eigen war. Bereits in seiner Habilitationsschrift⁴ ist dies für die historische Dimension durchgeführt. Die spätere Anwendung auf den Vergleich zeitgenössischer Rechtsordnungen bringt nur Ergänzungen und Verfeinerungen. Die Einzelheiten der Methode wurden zwar schon mehrfach untersucht; ihre Wurzeln aber, die in den Zwecktheorien des 19. Jahrhunderts zu suchen sind, und die Zusammenhänge mit der in vielem gleichgelagerten Lehre von der Interessenjurisprudenz *Philipp Hecks*⁵ bedürfen noch der Bearbeitung, bei der auch auf die auffällige Parallele zur Entwicklung der Rechtstheorie im anglo-amerikanischen Bereich, insbesondere in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, mit ihrer Hinneigung zu Soziologie und Psychologie einzugehen wäre⁶. Auch hierfür bildet die Zugänglichkeit des gesamten literarischen Werkes eine Voraussetzung.

⁴ *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*. Teil 1: Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg. Leipzig: Veit 1902, XVI, 356 S.

⁵ Seine Schriften liegen nur wenig später: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen: Mohr 1914; *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen: Mohr 1932.

⁶ Vgl. die Darstellung von *Rabels* Methode bei *M. Rbeinstein*, „Comparative Law and Conflicts of Laws“, *University of Chicago Law Review* 2 (1935), 232–296, insbesondere S. 246 ff., und *ibidem* 5 (1938), 615–624, sowie die Literaturangaben bei *Jerome Hall*: *Comparative Law and Social Theory*. Louisiana State University Press 1963, insbesondere S. 10 ff. – Hier ist auch die weit ausholende Würdigung von *Husserl* (s. N. 7) zu erwähnen.

II

Eine Biographie von *Ernst Rabel* wurde bisher nicht veröffentlicht, doch fehlt es nicht an einer stattlichen Reihe von Würdigungen und Nachrufen⁷, die sich teilweise sehr eindringlich mit dem geistigen Standort *Rabels* und seinen Wirkungen auf römisches Recht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung befassen. Hier mag eine kurze Skizze der äußeren Lebensdaten als Hintergrund für den Über-

⁷ Würdigungen und Nachrufe für *Ernst Rabel* (Die Zusammenstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit):

Ernst von Caemmerer: Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung. Zum Tode von *Ernst Rabel*. Neue Juristische Wochenschrift 9 (1956) 569–571.

Ders.: *Ernst Rabel* †. Neue Juristische Wochenschrift 9 (1956), 582–583.

Hans Dölle: *Ernst Rabel* 80 Jahre. *RabelsZ* 18 (1953), 601.

Ders.: *Ernst Rabel* †. *RabelsZ* 20 (1955), 601–602.

Johannes G. Fuchs: *Ernst Rabel*. In: Professoren der Universität Basel aus fünf Jahrhunderten, hrsg. von *A. Staehelin*, Basel: Reinhardt 1960, 342–343.

Gerhart Husserl: *Ernst Rabel* – Versuch einer Würdigung. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Privatrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts. *Juristen-Zeitung* 11 (1956), 385–392 und 430–434.

Erich-Hans Kaden: *A Rabel* il premio dei Lincei. *Labeo* I (1955), 237–239.

Wolfgang Kunkel: *Ernst Rabel* als Rechtshistoriker. In: Festschrift für *Ernst Rabel*, Tübingen: Mohr 1954, Bd. II, 1–6.

Max Rheinstein: *Ernst Rabel*. In: Festschrift für *Ernst Rabel*, Tübingen: Mohr 1954, Bd. I, 1–4.

Ders.: In Memory of *Ernst Rabel*. *The American Journal of Comparative Law* 5 (1956), 185–196.

Ferdinand Stone: *Ernst Rabel*: In memoriam 1874–1955. *Tulane Law Review* 30 (1955/56), 320–321.

Hans Julius Wolff: *Ernst Rabel* †. *SavignyZ Rom. Abt.* 73 (1956), XI–XXVIII.

Hessel E. Yntema: In memoriam *Ernst Rabel*. *The American Journal of Comparative Law* 5 (1956), 173–174.

Konrad Zweigert: *Ernst Rabel* 80 Jahre. *Juristen-Zeitung* 9 (1954), 60–61.

Von biographischem Interesse ferner:

Ernst Rabels eigener Rückblick: In *der Schule von Ludwig Mitteis*. *Journal of Juristic Papyrology* 7–8 (1954), 157–161 (Abdruck in Band III).

William Draper Lewis (The American Law Institute): Vorwort zu *Ernst Rabel: The Conflict of Laws. A Comparative Study*. Vol. 1. Chicago: Callaghan 1945, S. VII–XI.
Hessel E. Yntema: ibidem S. XI–XIX.

Second rapport annuel de la Cour Permanente de Justice Internationale (Série E Nr. 2), Leyden: Sijthoff 1925/26, 18–19: Biographie des juges nationaux: „Le Dr. *Rabel*“.

blick über die zeitliche Gliederung des ausgedehnten Werkes⁸ dienen. Es umspannt einen Zeitraum von mehr als fünfzig Jahren⁹, unruhige Jahre grundstürzender politischer und wirtschaftlicher Umwälzungen. Erst diese zeitliche Dimension des Werkes läßt die Modernität seiner Gedanken und seiner Geschlossenheit deutlich werden.

Ernst Rabel ist seinem Geburtsdatum nach ein Kind des 19. Jahrhunderts. Er wurde in Wien am 28. Januar 1874 als Sohn des k. u. k. Hof- und Gerichtsadvokaten Dr. *Albert Rabel* und seiner Ehefrau *Berta geb. Ettinger* geboren und wuchs in der Metropole der Donaumonarchie auf. Das Studium der Rechte an der Universität Wien schloß er 1895 mit der üblichen Promotion ab. Eine Dissertation, sofern sie zu den Prüfungsleistungen gehörte, wurde nicht veröffentlicht. Nach dem Studium trat *Rabel* kurz in die väterliche Praxis ein¹⁰, verbrachte aber dann 1896 einen Studienaufenthalt in Paris und war anschließend wieder als Anwalt¹¹ in Wien tätig. Im Jahre 1899 ging er, auf Veranlassung von *Ludwig Mitteis*, der ihn von Wien her kannte, nach Leipzig. Dort entstand als erste Veröffentlichung „*Die Übertragbarkeit des Urheberrechts nach dem österreichischen Gesetze vom 26. Dezember 1895*“ (1900)¹². Bereits im Jahre 1902 habilitierte sich *Rabel* bei *Mitteis* und *Strohal* mit einer historischen Arbeit „*Die Haftung des*

⁸ Als Grundlage für den Überblick wie überhaupt für diese Ausgabe, diente die von *Dr. H. P. des Coudres* zusammengestellte Bibliographie in der Festschrift für Ernst Rabel, Tübingen: Mohr 1954, I, 685–704. Die bei dem Umfang des *Rabel'schen* Werkes unvermeidbaren Ergänzungen und Nachträge zur Bibliographie werden in Bd. III zusammengestellt werden.

⁹ Als erster Aufsatz erschien 1900: *Die Übertragbarkeit des Urheberrechtes nach dem österreichischen Gesetze vom 26. December 1895*, Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von C. S. Grünhut, 27 (1900), 71–182. Die letzte Veröffentlichung von *Rabel's* eigener Hand erschien 1954: *In der Schule von Ludwig Mitteis*, Journal of Juristic Papyrology 7–8 (1954), 157–161, nachdem er 1952 noch selbst den großen Bericht über die Haager Konferenz von 1951 in deutsch und englisch erstattet hatte: *Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts*, *RabelsZ* 17 (1952), 212–224; *The Hague Conference on the unification of sales law*, *The American Journal of Comparative Law* 1 (1952), 58–69; vgl. Bd. III dieser Ausgabe.

¹⁰ Vgl. die Advocaturs-Candidatenliste in Juristische Blätter (Österreich) 25 (1896), 139 und 26 (1897), 344.

¹¹ *Ibidem* 28 (1899), 191 und 324; Übertritt in eine andere Praxis *ibidem* 30 (1901), 523 und endgültiger Austritt *ibidem* 31 (1902), 55.

¹² Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von C. S. Grünhut 27 (1900), 71–182.

Verkäufers wegen Mangels im Rechte“ (1902)¹³. Ohne sich auf Vorbilder in ihrer Zeit stützen zu können, zeigt sie bereits die ganze Eigenart des *Rabel'schen* Stils einer universalen und vergleichenden Erfassung des historischen Stoffes in breiter Fülle, den er souverän handhabt. Während seiner Zeit als Dozent und ab 1904 als Extraordinarius in Leipzig erschienen ein Gutachten „*Die Haftpflicht des Arztes*“ (1904)¹⁴, das in seinem Stil, im Gegensatz zur Habilitationsschrift, noch sehr der Zeit verhaftet ist, und zwei romanistische Arbeiten „*Eine neue Studie über Ulpian*“ (1905)¹⁵, als Rezensionenabhandlung eines enzyklopädischen Artikels von *Jörs*, und „*Nachgeformte Rechtsgeschäfte*“ (1906 und 1907)¹⁶. Die erste Berufung, und zwar auf ein romanistisches Ordinariat, erfolgte 1906 nach Basel, wo er in den historischen Arbeiten „*Elterliche Teilung*“ (1907/1908)¹⁷ und „*Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*“ (1909)¹⁸ die in der Habilitationsschrift erstmals verwendete Methode einer universalen Betrachtung von Einzelfragen weiterführte. In diese Zeit fällt auch die erste Studie zum geltenden Recht „*Die Unmöglichkeit der Leistung*“ (1907)¹⁹, die eine umfassend fundierte und für die Zeit erstaunlich unvoreingenommene Kritik an einer dogmatischen Grundentscheidung des BGB übt, die noch durch die gleichzeitig veröffentlichte romanistische Untersuchung „*Origine de la Règle: Impossibilium nulla obligatio*“ (1907)²⁰ untermauert wird. Mit dem französischen Recht beschäftigt sich sein Beitrag „*Die eigene Handlung des Schuldners und des Verkäufers*“ (1909)²¹, mit dem *Rabel* seine Mitherausgeber Tätigkeit für die *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* (von 1909 bis 1926) aufnahm, die er

¹³ Sie erschien als Teil 1 mit dem Untertitel: *Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg*. Leipzig: Veit 1902, XVI, 356 S. Teil 2 ist nicht erschienen, doch ist im Recht des Warenkaufs die Untersuchung für das geltende Recht beispielhaft fortgeführt.

¹⁴ Leipzig: Veit 1904, VIII, 87 S.

¹⁵ Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 49 (1905), 88–96.

¹⁶ *Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injure-Zession und vom Pfandrecht*. SavignyZ Rom. Abt. 27 (1906), 290–335 und 28 (1907), 311–379.

¹⁷ In: Festschrift zur 49. Versammlung deutscher Philologen in Basel 1907. Leipzig: Beck 1908. S. 521–538.

¹⁸ *Mit einem Anhang: Eine unveröffentlichte Basler Papyrusurkunde* (Papyrus Basiliensis Inv. Nr. 7). Leipzig: Veit 1909, 116 S.

¹⁹ Untertitel: *Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. In: Aus römischem und bürgerlichem Recht. Festschrift für *E. I. Bekker*. Weimar: Böhlau 1907, 171–237. Auch selbständig: Weimar: Böhlau 1907, 67 S.

²⁰ In: *Mélanges Gérardin*. Paris: Larose & Tenin 1907, 473–512.

²¹ *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 1 (1909), 187–226.

bis zu deren Aufgehen in der (als „*Rabels Z*“ zitierten) *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* inne hatte. Zum Schweizer Recht entstanden in der Basler Zeit „*Der sogenannte Vertrauensschaden im schweizerischen Recht*“ (1908)²², die vergleichende Studie „*Bürgerliches Gesetzbuch und Schweizerisches Zivilgesetzbuch*“ (1910)²³ sowie die in zwei Folgen erschienenen „*Streifgänge im Schweizerischen Zivilgesetzbuch*“ (1910 und 1912)²⁴. Die zahlreichen Rezensionen, die sich auf Themen der Rechtsgeschichte und des geltenden Rechts annähernd gleich verteilen, spiegeln die Interessen *Rabels* in dieser Zeit²⁵.

Dem Ruf 1910 nach Kiel folgte rasch 1911 ein weiterer nach Göttingen. Hier entstanden, als Fortführung der Arbeiten über die Unmöglichkeit, der Vortrag „*Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis*“ (1911)²⁶ und „*Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach Österreichischem Recht*“ (1911)²⁷. Es folgten als weitere geschichtliche Arbeiten „*Zu den sogenannten Praetorischen Servituten*“ (1912)²⁸, „*Ein Ruhmesblatt Papinians*“.

²² *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 27 (1908), 291–328.

²³ *Deutsche Juristen-Zeitung* 15 (1910), 26–30.

²⁴ *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 2 (1910), 308–340 und 4 (1912), 135–195.

²⁵ Hervorzuheben etwa – unter Vernachlässigung der historischen Seite – die Rezensionen von *Paul Sokolowski*: *Die Philosophie im Privatrecht*. 1. Halle: Niemeyer 1902. 1. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung. XV, 616 S. In: *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie und Soziologie* 28 (1904), 108–112. *Max Rümelin*: *Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns* (Rede am 6. 11. 1908). Tübingen: Mohr 1908 40 S. In: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 1 (1909), 585–586. *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, hrsg. von *Egger* u. a. Zürich: Schulthess 1909–1916. In: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 1 (1909), 587–588; 2 (1910), 424–428; 3 (1911), 269; 5 (1913), 441–445; 9 (1917–18), 166–167. *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, hrsg. von *Gmür*. Bern: Stämpfli 1911 ff. In: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 3 (1911), 269–270; 5 (1913), 445–446; 11 (1921–22), 185. *Arthur Nußbaum*: *Deutsches Hypothekewesen*, Tübingen: Mohr 1913, XV, 365 S. In: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 7 (1915), 515–519. *J. v. Staudingers* *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, hrsg. von *Loewenfeld* u. a. 7./8. Aufl. München und Berlin: Schweitzer 1912–1914. In: *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 7 (1915), 508–514.

²⁶ *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 3 (1911), 467–490.

²⁷ In: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1. Juni 1911. Bd. II, Wien: Manz 1911, 821–846.

²⁸ In: *Mélanges P. F. Girard*, T. 2. Paris: Rousseau 1912, 386–413.

Die sogenannte *actio quasi institoria*“ (1913)²⁹ und „*Δίκη ἐξούλης und Verwandtes*“ (1915)³⁰. Mit den „*Grundzügen des Römischen Privatrechts*“ (1915)³¹ für die Enzyklopädie von *Holtzendorff-Kohler* gelang ihm ein großartiger Wurf, der „auch heute noch in keiner Zeile überholt ist“ (*Kunkel*).

Im Jahre 1916 wurde *Rabel* nach München berufen und, mitten im Krieg, mit der Errichtung eines Instituts für Rechtsvergleichung beauftragt, das zum Vorläufer des späteren Kaiser-Wilhelm-Instituts in Berlin werden sollte. In einem Vortrag berichtete er über Aufgaben und Ziele des Instituts (1919)³², damit zum ersten Mal zur modernen Rechtsvergleichung Stellung nehmend. In der Münchner Zeit gab er noch die „*Papyrusurkunden der öffentlichen Bibliothek der Universität zu Basel*“ (1917)³³ heraus, der nach dem Krieg die „*Gefahrtragung beim Kauf*“ (1921)³⁴ folgte. Damit treten die geschichtlichen Interessen etwas zurück, ohne allerdings je ganz aufgegeben zu werden. Es beginnt eine neue Phase in *Rabels* Schaffen, die zunächst durch die Hinwendung zum geltenden Recht und zu praktischen Fragen gekennzeichnet ist. Wie schon früher in Basel (am Appellationsgericht von 1907 bis 1910) wirkte er auch in München als Richter (1920 bis 1925). So entstanden in dieser Zeit „*Ausbau oder Verwischung des Systems? Zwei praktische Fragen*“ (1919)³⁵, die den Begriff der zweistufigen Solidarität und die Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Ehefrau zum Gegenstand haben, und die kleineren Stücke „*Zum 25. Geburtstag des Bürgerlichen Gesetzbuches*“ (1921)³⁶, „*Die privatrechtliche Stellung der unehelichen Kinder*“ (1921)³⁷ und eine prozessuale Studie „*Umstellung der Beweislast, insbesondere der prima facie-Beweis*“ (1923)³⁸

²⁹ In: Festschrift für *Ernst Zitelmann* zu seinem 60. Geburtstage, überreicht von Verehrern und Schülern. 2. Abt. 26 S. München und Leipzig: Duncker & Humblot 1913.

³⁰ SavignyZ Rom. Abt. 36 (1915), 340–390; dagegen Polemik von *Lipsius* *ibid.* 37 (1916), 1 ff.; darauf *Rabel* *ibid.* 38 (1917), 296ff. und nochmals *Lipsius* *ibid.* 39 (1918), 36ff.

³¹ s. oben N. 1.

³² *Das Institut für Rechtsvergleichung an der Universität München*. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 15 (1919), 2–6.

³³ 1. Urkunden in griechischer Sprache mit Beiträgen mehrerer Gelehrter. 2. Ein koptischer Vertrag, hrsg. von *W. Spiegelberg*. Berlin: Weidmann 1917, IV, 99 S. (= Abhandlungen der kgl. Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen. Philol. – hist. Kl. N. F. Bd. 16, Nr. 3).

³⁴ SavignyZ Rom. Abt. 42 (1921), 543–564.

³⁵ Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 10 (1919/20), 89–121.

³⁶ Deutsche Juristen-Zeitung 26 (1921), 515–521.

³⁷ Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 15 (1921), 538–543.

³⁸ Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 12 (1923), 428–442.

sowie als Gelegenheitsarbeit ein „*Ratgeber für die Studierenden der Rechtswissenschaft der Universität München*“ (1921)³⁹. Zur Inflation und dem Problem der Geldwertschuld äußerte sich *Rabel* zweimal, mit „*Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über den Preisumsturz. Ein Wort zur Verständigung*“ (1921)⁴⁰ und „*Die Darmstädter Entscheidungen*“ (1923)⁴¹.

Mit der Bestellung zum Richter am Deutsch-Italienischen Gemischten Schiedsgerichtshof 1921 (bis 1927) und später zum Mitglied des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Haag (1925 bis 1928) vollzieht sich die Hinwendung zum geltenden ausländischen Recht auch von der Praxis her, die der Methode nach in seinem Werk schon vorher angelegt war. Jetzt wird sie erst richtig fruchtbar, insbesondere für das internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung. Auf den bereits erwähnten Bericht über das Münchner Institut folgen „*Die Prozeßordnung des deutsch-italienischen gemischten Schiedsgerichtshofes*“ (1921)⁴² und die Besprechung der Entscheidung des Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgerichtshofs „*Die deutsche offene Handelsgesellschaft kann keine eigene Staatsangehörigkeit haben*“ (1922)⁴³. In der schnell danach erscheinenden Monographie „*Rechtsvergleichung vor den gemischten Schiedsgerichtshöfen*“ (1923)⁴⁴ wird,

³⁹ Selbständig: Halle (Saale): Heller 1921, 16 S. (Hochschulschriften Serie 9 Nr. 3).

⁴⁰ Deutsche Juristen-Zeitung 26 (1921), 323–327.

⁴¹ Das Recht 27 (1923), 137–142. Eine andere Fassung, ohne juristischen Apparat, erschien als „*Aufwertung durch den Richter*“ in Vossische Zeitung, Berlin. 14. Juni 1923.

Ferner hat *Rabel* zu diesem Thema besprochen: *Paul Oertmann*: Die Aufwertungsfrage bei Geldforderungen, Hypotheken und Anleihen, Berlin 1924, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13 (1924), 357–358; *Erich Midas*: Die Goldklausel im Währungsverfall unter besonderer Berücksichtigung der deutschen und französischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, Fürth 1924, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13 (1924), 359–360; *A. Zeiler*: Brennende Fragen der Aufwertung, Mannheim 1924, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13 (1924), 359; *Alfons Roth*: Die Aufwertung. Bd. I, Berlin 1925, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 14 (1926), 442 und einige ausländische Arbeiten von *Scaduto*, *Bournazos* und *Matesis*, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13 (1924), 360–362.

⁴² Juristische Wochenschrift 51 (1922), 341–344; Ergänzung in Juristische Wochenschrift 53 (1924), 1350–1351.

⁴³ Juristische Wochenschrift 51 (1922), 1161–1162.

⁴⁴ Selbständig: Berlin: Vahlen 1923, 112 S. (Abhandlungen zum Friedensvertrage H. 4).

Vgl. dazu auch die Rezensionen von: *Hermann Isay*: Die privaten Rechte und Interessen im Friedensvertrag. 3. Aufl. Berlin: Vahlen 1923, XVIII, 488 S. in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13 (1924), 121–125; *Hans Dölle*: Das mate-

ganz aus der Bedrängnis der Zeit geboren, die Rechtsvergleichung als praktische nationale Aufgabe begriffen. In dieser Zeit wird auch, nach dem Bericht über das Münchner Institut, die erste größere programmatische Schrift zur Rechtsvergleichung veröffentlicht, die weithin gewirkt hat, „*Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*“ (1924)⁴⁵. Die Summe der Erfahrungen aus der Tätigkeit als Richter in den beiden internationalen Gerichtshöfen findet sich etwas später in der abgewogenen Studie „*Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*“ (1927)⁴⁶, mit der *Rabel*, neben seinem Vorwort⁴⁷, den ersten Band der neuen, von ihm herausgegebenen „*Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*“ (seit 1927) einleitet. Mit dieser Zeitschrift war er eng verbunden, so daß sie schon früh als „*Rabels Zeitschrift*“ (*RabelsZ*) zitiert wurde. Seit 1961 trägt sie auch offiziell seinen Namen.

Die Berufung nach Berlin im Jahre 1926, zusammen mit dem Auftrag, ein neues Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht aufzubauen und zu leiten, brachte dem Zweiundfünfzigjährigen einen Höhepunkt äußerer Anerkennung. Durch die Wahl zum Mitglied des Rates und Exekutivausschusses des Römischen Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts (1927) neben der Tätigkeit als Mitglied in den ständigen Schiedskommissionen Deutschland-Italien und Italien-Norwegen (1929 bis 1936) fand dies seinen Ausdruck auch auf der internationalen Ebene. Das Kaiser-Wilhelm-Institut errang sich nicht nur sehr schnell einen vorzüglichen Namen im In- und Ausland, sondern erwies sich im Berlin der zwanziger Jahre auch bald als geistiger Sammelpunkt einer Gruppe junger, hervorragender Juristen, die dort eine einmalige Schulung genossen, die sie später in Lehre und Praxis weitergaben. Ausstrahlung und Wirkung des Instituts lassen sich daher mit den nach Umfang und Bedeutung gewichtigen Leistungen literarischer Art dieser Zeit allein nicht erfassen. Trotz der erheblichen Belastungen durch Lehrtätigkeit, Institut und internationale Gremien fand *Rabel* Zeit für schriftstellerische Aufgaben. Zusammen mit

rielle Ausgleichsrecht des Versailler Friedensvertrages. Berlin: Springer 1925, III, 107 S. in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 14 (1926), 436–439.

⁴⁵ Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13 (1924), 279–301; auch selbständig erschienen: München: Hueber 1925, 24 S. (Münchner Juristische Vorträge H.1.)

Eine Übersetzung ins Spanische von *R. Goldschmidt* und *C. P. Crespo* erschien unter dem Titel: *Tarea y necesidad del derecho Comparado* in: Boletín de la Fac. de Derecho de la Univ. Nac. de Cordoba 11 (1947), 103 ff.

⁴⁶ *RabelsZ* 1 (1927), 5–47.

⁴⁷ *Zur Einführung* *RabelsZ* 1 (1927), 1–4.

Levy betreute er die Herausgabe des „*Index interpolationum*“ (1929)⁴⁸ und bewies sein fortdauerndes Interesse am römischen Recht durch seine eingehende Kritik an der „*Erbrechtstheorie Bonfantes*“ (1930)⁴⁹ und durch „*Negotium alienum und animus*“ (1930)⁵⁰. Neben den zahlreichen Rezensionen⁵¹, in denen sich nun deutlich das Interesse für das ausländische Recht spiegelt, wobei aber auch die rechtsgeschichtliche Literatur immer noch einen beträchtlichen Platz einnimmt, entstand der breit angelegte Überblick über die ersten fünfundzwanzig Jahre Rechtsentwicklung des Bürgerlichen Gesetzbuches in italienischer Sprache „*Le vicende del codice civile tedesco dal 1900 al 1925*“ in drei Fortsetzungen, davon die letzte gemeinsam mit *Eduard Wahl* (1927, 1929, 1930)⁵². Es folgten mehrere, vorwiegend aus der Auseinandersetzung mit einzelnen Urteilen entstandene international-privatrechtliche Studien. In dem dem Reichsgericht gewidmeten Festheft der Zeitschrift des Instituts übernahm *Rabel* die Einleitung „*Die deutsche Rechtsprechung in einzelnen Lehren des internationalen Privatrechts*“ und den dritten Beitrag „*Vertretungsmacht für obligatorische Rechtsgeschäfte*“ (beide 1929)⁵³. Ferner gehören hierher „*Eine Entscheidung des Deutsch-Englischen Gemischten Schiedsgerichts über den Versendungskauf*“, gemeinsam mit *Ludwig Raiser* (1929)⁵⁴, „*Ein neues Urteil des Deutsch-Rumäni-*

⁴⁸ *Index Interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur*. Ed. a Ludovici Mitteis inchoatam . . . Cur. Ernestus Levy et Ernestus Rabel. T. 1–3, Weimar: Böhlau 1929–1935.

⁴⁹ SavignyZ Rom. Abt. 50 (1930), 295–332.

⁵⁰ In: Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento. Vol. 4. Milano: Treves 1930, 279–304.

⁵¹ Zu erwähnen sind, unter Vernachlässigung der historischen Seite, die Rezensionen: *Andreas von Tuhr*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Halbbd. 1. Tübingen: Mohr 1924, in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 13 (1924), 356–357; *Armin Ebrenzweig*: System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts. 2. Aufl. Bd. II, Hälfte 1 (Recht der Schuldverhältnisse), Wien: Manz 1928, VIII, 788 S. in: Deutsche Juristen-Zeitung 34 (1929), 779; *Paul Krückmann*: Gewährschaft, Gefahrtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes. Stuttgart: Enke 1936, VI, 88 S. (Abhandlungen aus dem ges. Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht H. 9) in: RabelsZ 10 (1936), 697–699; *Walter Wilburg*: Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau. Festschrift der Universität Graz 1933–34. Graz: Leuschner & Lubensky 1934, 168 S. in: RabelsZ 10 (1936), 424–429.

⁵² Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 1 (1927), 24–64; 2 (1929), 3–26 und mit leicht abgeändertem Titel *Le vicende del codice germanico dal 1900 al 1925* ibidem 4/5, I (1930), 3–19.

⁵³ RabelsZ 3 (1929), 752–757 und 807–836.

⁵⁴ RabelsZ 3 (1929), 62–81.

schen Schiedsgerichts über internationales Privatrecht“ (1931)⁵⁵ und „Aus der Praxis des deutschen internationalen Privatrechts – Internationales Adoptionsrecht, Internationales Wechsel- und Scheckrecht“ (1932)⁵⁶. Große Beachtung fand der Aufsatz „Das Problem der Qualifikation“ (1931)⁵⁷, der – nicht auf das Gebiet des internationalen Privatrechts beschränkt – zum Verständnis und zur Methode des Privatrechts Entscheidendes beigetragen hat.

Mit der Ernennung zum Mitglied des Römischen Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts (1927) beginnt ein neuer Abschnitt in *Rabels* Werk. Die dort von ihm angeregte Vereinheitlichung des Rechts des internationalen Warenkaufs stellte eine konkrete rechtsvergleichende Aufgabe, der er seine Kräfte in weitem Maße widmete. Nach seinem berühmt gewordenen „Blauen Bericht“ von 1929⁵⁸ begannen die Vorarbeiten und Beratungen, über die er in den „Mitteilungen über Sitzungen des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom“ (1929, 1931)⁵⁹ und im Jahresbericht vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin (1931)⁶⁰ sowie für eine breitere Öffentlichkeit in „Zwei Rechtsinstitute für die internationalen privatrechtlichen Beziehungen“ (1932)⁶¹ berichtete. Daneben traten internationale Verpflichtungen. Ein spani-

⁵⁵ Urteil vom 8. April 1930 Nr. 141: *RabelsZ* 5 (1931), 202–206.

⁵⁶ *RabelsZ* 6 (1932), 310–341.

⁵⁷ *RabelsZ* 5 (1931), 241–288. Dazu ein Zusatz: *Österreich: Prozeßkostenvorschuß an die Ehefrau*, *RabelsZ* 5 (1931), 882.

Auch selbständig nachgedruckt: Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1956, 73 S. (Reihe *Libelli* XXXI).

Übersetzungen: *Il problema della qualificazione*. *Revista italiana di diritto internazionale privato* 2 (1932), 97–156. *Le Problème de la qualification*. *Revue de droit international privé* 28 (1933), 1–62.

⁵⁸ *Rapport sur le droit comparé en matière de vente par l'Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Berlin* (Rom: Paletta, 119 Bl.). U. D. P. *Etudes*, IV. S. D. N., 1929, C. D. 1929.

Vgl. dazu *Rabels* Bemerkung in dem Bericht *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, *RabelsZ* 9 (1935), 1–79 und 339–363, S. 1, N. 3.

⁵⁹ *RabelsZ* 3 (1929), 402–406; 5 (1931), 206–207 und 880–881. Vorausgegangen waren die nicht namentlich gezeichneten Berichte in *RabelsZ* 1 (1927), 498–500 und 882; 2 (1928), 477–480.

⁶⁰ *Die Arbeiten zur Vereinheitlichung des Kaufrechts*. Jahresbericht der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 73 (1931).

Sonderdruck: Berlin: Loewenthal 1932, 17 S.

Eine spanische Fassung des Vortrags erschien 1931: *La unificación del derecho de venta de mercancías*. *Revista general de legislación y Jurisprudencia* 80 (1931), 470–482.

⁶¹ *Juristische Wochenschrift* 61 (1932), 2225–2228.

scher Vortrag „*El fomento internacional del derecho privado*“ (1931)⁶² entstand für einen Kongreß in Madrid, die neue griechische Zeitschrift *Ἀρχαίων Ἰδιωτικοῦ Δικαίου* (hrsg. von Zepos) wurde von ihm eingeleitet⁶³. Für den internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932 erstattete er drei Referate „*Internationale Quellensammlung*“, „*Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen*“ und „*Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge im allgemeinen*“ (alle 1932)⁶⁴. Zum internationalen Privatrecht erschienen in dieser Zeit „*Unwiderruflichkeit der Vollmacht*“ (1933)⁶⁵ und „*Golddollar-Anleihen mit Vereinbarung des New Yorker Rechts. Ein Rückblick auf die Anwendung des internationalen Privatrechts*“ (1936)⁶⁶. Auch einige, teilweise allerdings kürzere historische Arbeiten wurden veröffentlicht: „*Erbengemeinschaft und Gewährleistung. Rechtsvergleichende Bemerkungen zu den neuen Gaius-Fragmenten*“ (1934)⁶⁷, „*Katagraphé*“ (1934) als Untersuchung zum Willensproblem bei den römischen Juristen⁶⁸, „*Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom*“ (1934)⁶⁹, „*Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*“ (1935), ein Referat zum romanistischen Kongreß in Bologna 1934⁷⁰, „*Zum Besitzverlust nach klassischer Lehre*“ (1936)⁷¹ und schließlich „*Neue Vollmachtsurkunde*“ (1933) und „*Systasis*“ (1937)⁷².

Den Hauptteil seiner Schaffenskraft aber muß *Rabel* in dieser Zeit der Vereinheitlichung des Kaufrechts gewidmet haben. Denn bereits im

⁶² Revista de derecho privado 18 (1931), 321–332 und 363–375.

⁶³ *Das griechische Privatrecht und die Umwelt. Zur Begrüßung des Ἀρχαίων Ἰδιωτικοῦ Δικαίου* 1 (1934), 3–15.

⁶⁴ *Deutsche Landesreferate zum internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1932*, Kongreßthema Nr. 2: *Internationale Quellensammlung*; Kongreßthema Nr. 6: *Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen*; Kongreßthema Nr. 7: *Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge im allgemeinen*. Sonderheft zu *RabelsZ* 6 (1932), 1–9, 10–27 und 28–44.

⁶⁵ *RabelsZ* 7 (1933), 797–807.

⁶⁶ *RabelsZ* 10 (1936), 492–522.

⁶⁷ *Mnemosyna Pappoylia*. Athen 1934, 187–212.

⁶⁸ *SavignyZ Rom. Abt.* 54 (1934), 189–232.

⁶⁹ Istituto di studi romani. Atti del congresso internazionale di diritto romano. Roma. Vol. 1. Pavia: Fusi 1934, 237–242.

⁷⁰ Istituto di studi romani. Atti del congresso internazionale di diritto romano. Bologna. Vol. 2. Pavia: Fusi 1935, 185–190.

⁷¹ Studi in onore di Salv. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento. 4. Palermo: Castiglia 1936, 203–229.

⁷² *Aegyptus* 13 (1933), 374–380. – Archives d'Histoire du Droit Oriental, 1 (1937), 213–237.

Jahre 1935 kann er über den „*Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*“ (1935)⁷³ berichten, an dessen Zustandekommen er entscheidenden Anteil hatte. Im selben Jahr erschienen auch zwei Vorarbeiten für das Römische Institut; die eine stellt auf die Bedürfnisse des internationalen Handels im Kaufgesetz ab, die andere ist eine Übersicht für ein internationales Vertragsschlußgesetz⁷⁴, das sich als Ergänzung für das internationale Kaufgesetz als unentbehrlich erwiesen hatte. Nur ein Jahr später wird mit Band I von „*Das Recht des Warenkaufs*“ (1936)⁷⁵ ein Höhepunkt rechtsvergleichender Forschung erreicht. Der im Berliner Institut entstandene Band behandelt einen Großteil der Lehren des allgemeinen Schuldrechts in weltweiter Sicht und reicht in seiner Bedeutung weit über den Entwurf für das internationale Kaufrecht hinaus, dessen Grundlage und Begründung er bildete. Der Warenkauf und der große Bericht über die Tätigkeit des Instituts „*Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht*“⁷⁶ mit den Teilen „*Privatrechtliche Auslandsforschung und Rechtsvergleichung*“ und „*Internationales Privatrecht*“ sowie „*Anhang: Rechtsauskünfte des Instituts*“ sind die letzten Veröffentlichungen, die in Deutschland unter der Diktatur des Nationalsozialismus noch erscheinen konnten. Im Jahre 1937, also im Alter von dreiundsechzig Jahren, wurde *Rabel* auf dem Höhepunkt seiner Karriere aus Deutschland vertrieben. Er wandte sich nach den Vereinigten Staaten, wo er zunächst im American Law Institute, später an der University of Michigan Law School in Ann Arbor und an der Harvard Law School seine Arbeit mit ungebrochener Kraft wieder aufnahm. Sie konzentrierte sich auf sein letztes und umfassendstes Hauptwerk „*The Conflict of Laws. A Comparative Study*“, von dem Band I im Jahre 1945⁷⁷ erschien. Dazwischen hatte er kürzere Arbeiten an verschiedenen Orten im Ausland ver-

⁷³ *RabelsZ* 9 (1935), 1–79 und 339–363.

⁷⁴ *Observations sur l'utilité d'une unification de droit de la vente au point des besoins du commerce international. Appendice*. S. D. N. – U. D. P. – Projet I, 119–127; nachgedruckt in: *RabelsZ* 22 (1957), 117–123.

Société des Nations. Institut International de Rome pour l'unification du droit privé. *De la formation des contrats entre absents. Etudes préliminaires*. Rome: 1935, 155 Bl. = Société des Nations. Unification du droit privé. 1935. Etude 16. Contrat entre absents, DOC. 1.

⁷⁵ s. oben N. 1.

⁷⁶ In: 25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften. Bd. 3. Berlin: Springer 1937, 77–190.

⁷⁷ s. oben N. 1. Als Vorabdruck aus Band I war erschienen: *Divorce of foreigners*. *Iowa Law Review* 28 (1943), 190–224.

öffentlich. Aus den Arbeiten am *Recht des Warenkaufs* war hervorgegangen: „*Zu den allgemeinen Bestimmungen gegenseitiger Verträge*“ (1937)⁷⁸. Es folgten eine englische Fassung des Berichts über den Entwurf des internationalen Kaufgesetzes „*A Draft of an International Law of Sale*“ (1938)⁷⁹ und eine Studie über das Verhältnis zwischen dem Entwurf des Kaufgesetzes und den Vertragsmustern des internationalen Handels „*L'unification du droit de la vente internationale. Ses rapports avec les formulaires ou contrats-types des divers commerces*“ (1938)⁸⁰. Zum internationalen Privatrecht erschienen als „Nebenfrüchte“ des großen Werkes „*Eine Anregung zum Kollisionsrecht des Kaufes*“ (1940)⁸¹, „*The Revision of the Treaties of Montevideo on the Law of Conflicts*“ (1941)⁸², „*Situs Problems in Enemy Property Measures*“ (1945)⁸³ und die methodisch wichtige Rezensionsabhandlung über *Niboyet's Traité*, Band III (1946)⁸⁴. Neben zwei letzten kleinen romanistischen Arbeiten, „*Real Securities in Roman Law*“ (1943)⁸⁵, die von *Dean Wigmore* erbeten worden war, und „*In tema di delegazione*“ (1949)⁸⁶ für eine italienische Festschrift, erschien noch im Krieg eine theoretische Studie zur Rechtsvergleichung „*On Comparative Research in Legal History and Modern Law*“ (1944)⁸⁷, in der Rechtsgeschichte und Dogmatik des Privatrechts ausgesöhnt werden.

⁷⁸ In: Festschrift für Dolenc, Krek, Kušej und Škerlj zu ihrem 60. Geburtstage. Ljubljana: Jugoslovanska Tiskarna 1937, 703–742.

Auch selbständig: Ljubljana: Jugoslovanska Tiskarna 1937, 40 S.

⁷⁹ *The University of Chicago Law Review* 5 (1938), 543–565.

⁸⁰ In: Introduction a l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert. T. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1938, 688–703.

⁸¹ In: *Mélanges Streit*. Bd. 2. Athen: Pysros 1940, 269–282.

⁸² *Michigan Law Review* 39 (1941), 517–525.

⁸³ A symposium on enemy property. *Law and contemporary problems* 11 (1945), 118–134.

⁸⁴ *J. P. Niboyet: Traité de droit international privé français*. Vol. 3. Conflits des lois, d'autorités et des juridictions. Paris: Sirey 1944. In: *Harvard Law Review* 59 (1946), 1327–1334.

⁸⁵ Untertitel: *Reflections on a recent study by the late Dean Wigmore. Seminar*. An annual extraordinary number of the *Jurist* 1 (1943), 32–47. Auch selbständig: Washington, D. C.: The Catholic University 1943, 17 S.

⁸⁶ In: *Scritti in onore de Contardo Ferrini*, Bd. 4. Milano: Vita e Pensiero 1949, 218–219.

⁸⁷ *Quarterly Bulletin of the Polish Institute of Arts and Sciences in America* 1944, 1–14.

Nach Beendigung des Krieges kamen in schneller Folge Band II und III der großen rechtsvergleichenden Darstellung des internationalen Privatrechts „*Conflict of Laws. A Comparative Study*“ (1947, 1950) heraus⁸⁸, zu denen *Rabel* eine Selbstanzeige verfaßte „*An Interim Account on Comparative Conflicts Law*“ (1948)⁸⁹. Der vierte und letzte Band konnte zwar noch druckreif gemacht werden, erschienen ist er posthum⁹⁰. Auch in einigen kleineren Arbeiten äußerte sich *Rabel* noch zum internationalen Privatrecht; so in dem Bericht für die Association of American Law Schools „*Comparative Conflicts Law*“ (1949)⁹¹, in „*Suggestion for a Convention on renvoi*“ (1951)⁹² und schließlich in drei Vorlesungen des Summer Institute on International and Comparative Law, Ann Arbor, Michigan, 1949, über das Kollisionsrecht für Verträge, für die Stellvertretung und für das internationale Kaufrecht⁹³.

Nach Kriegsende wurden die Arbeiten am internationale Kaufrecht wieder aufgenommen, an denen auch *Rabel* wieder teilnahm. Für das Römische Institut erstattete er zwei Gutachten (1950)⁹⁴ und später den Bericht in einer deutschen und in einer selbständigen englischen Fassung „*Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts*“ (1952)⁹⁵, dem ein weiteres Gutachten (1952)⁹⁶ für das Römische Institut folgte. In diesen Zu-

⁸⁸ s. oben N. 1.

⁸⁹ Michigan Law Review 46 (1948), 625–638; eine spanische Fassung erschien 1948: *Sobre la situación actual del derecho internacional privado comparado*. Trad. del inglés por Matilde Pizarro Crespo. Boletín del Instituto de derecho civil 13 (1948), 273–300. Auch selbständig: Córdoba, Rep. Argentina 1949: Impr. de la Univ., 28 S.

⁹⁰ s. oben N. 1.

⁹¹ Indiana Law Journal 24 (1949), 353–362. Eine spanische Übersetzung erschien in: Revista jurídica de la Univ. de Puerto Rico 19 (1950), 157–168.

⁹² International Law Quarterly 4 (1951), 402–411.

⁹³ Summer Institute on international and comparative Law. *Lectures on the conflict of laws and international contracts*. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Law School 1951: *Conflicts rules on contracts* p. 127–141; *Agency* p. 82–89; *International sales law* p. 34–47.

⁹⁴ *Rapport à M. le Président de l'Institut sur les Codes entrés en vigueur depuis le Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente Internationale et en particulier les formulations italienne et américaine*. Institut International pour l'Unification du Droit Privé. U. D. P. 1950 – Etudes: IV Vente – Doc. 96, 25 S. hekt. – *Propositions d'Amendements au Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente Internationale*. Institut International pour l'Unification du Droit Privé. U. D. P. 1950 – Etudes: IV Vente – Doc. 97, 6 S. hekt.

⁹⁵ *RabelsZ* 17 (1952), 212–224; Englische Fassung: *The Hague Conference on the Unification of Sales Law*. The American Journal of Comparative Law 1 (1952), 58–69.

⁹⁶ *Propositions tendant à unifier et simplifier la structure du projet*. Institut International pour l'Unification du Droit Privé. U. D. P. 1952 – Etudes: IV Vente – Doc. 98 (1) 15 S. hekt.

sammenhang gehören auch seine Äußerungen zum Entwurf der wohl bedeutendsten amerikanischen privatrechtlichen Kodifikation unserer Zeit „*The sales law in the proposed commercial code*“ (1950)⁹⁷, den er im Zusammenhang mit dem Entwurf für das internationale Kaufrecht sah. Schon vorher hatte er zur kollisionsrechtlichen Seite des neuen Entwurfes kurz Stellung genommen zu einem Bericht von *Caldwell* u. a.: „*Choice of Law under the Uniform Commercial Code*“ als „*Addition*“ (1949)⁹⁸, und in seiner oben erwähnten Vorlesung in Ann Arbor „*International sales law*“ (1951)⁹⁹ ist der Vergleich zwischen den beiden Entwürfen weitergeführt. Den zweiten, abschließenden Band des „*Recht des Warenkaufs*“ hat *Rabel* nicht mehr selbst veröffentlicht, aber doch noch weitgehend zum Druck vorbereiten können. Er erschien 1955 posthum, nachdem 1950 und 1953 zwei zentrale Kapitel daraus in englischer Fassung veröffentlicht worden waren¹⁰⁰.

Neben dem Abschluß dieser beiden großen Themen, der *Rabel* gegönnt war, sind zunächst noch zwei kleinere Arbeiten zu erwähnen. „*On institutes for comparative law*“ (1947)¹⁰¹ erschien als Fortsetzung der Aufklärungsarbeit für die Rechtsvergleichung, nun für den anglo-amerikanischen Bereich, und in „*International tribunals for private matters*“ (1948)¹⁰² wird die alte Frage der internationalen privatrechtlichen Gerichtsbarkeit neu aufgenommen. In einem kurzen Geleitwort begrüßte er das Wiedererscheinen von *Rabels Zeitschrift* nach dem Krieg^{102a}.

Besonders aber sind die Alterswerke zur Rechtsvergleichung hervorzuheben, die mit weltweitem Horizont in universaler Betrachtung Brük-

⁹⁷ The University of Chicago Law Review 17 (1950), 427–440.

⁹⁸ Louisiana Law Review 10 (1949–1950), 291–293.

⁹⁹ s. oben N. 93.

¹⁰⁰ s. oben N. 1; Vorabdruck: *The nature of warranty of quality*. Tulane Law Review 25 (1950), 273–287. – *A Specimen of Comparative Law: The main remedies for the seller's breach of warranty*. Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico 22 (1953), 167–191; auch in Spanisch: *Problema de derecho Comparado: Los remedios principales en caso de incumplimiento por parte del vendedor de garantías legales de saneamiento*. Ibid. 23 (1954), 219–247.

¹⁰¹ Columbia Law Review 47 (1947), 227–237. Spanische Übersetzung: *Los institutos de derecho comparado*. Trad. del inglés por *Alfredo C. Rossetti*. Boletín del Instituto de Derecho Civil 14 (1949), 461–481; auch selbständig: Córdoba, Rep. Argentina: Impr. de la Univ. 1950, 31 S.

¹⁰² The Arbitration Journal 3 (1948), 209–212.

^{102a} *Zum Geleit*. *RabelsZ* 15 (1949–50), 1.

ken zwischen dem Common Law und dem Civil Law schlagen und darüber hinaus den Gegensatz zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte überwinden. So „*The statute of frauds and comparative legal history*“ (1947)¹⁰³, dann meisterhaft „*Private laws of western civilisation*“ (1949)¹⁰⁴, mit den Abschnitten „*Roman Law Significance*“, „*French Civil Code*“, „*The German and the Swiss Civil Codes*“, „*Civil Law and Common Law*“ und „*The Law in the World*“. Hierzu gehört auch „*Privatrecht auf internationaler Ebene*“ (1950)¹⁰⁵ als kurzer Beitrag zur Festschrift für *Erich Kaufmann*; der Gedanke wird noch vertieft in „*Deutsches und amerikanisches Recht*“ (1951)¹⁰⁶, dem Festvortrag für die erste Tagung der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung nach dem Krieg. Als persönlich gehaltene Erinnerung zum 50. Jahrestag der Habilitation erschien 1954, als letzte Veröffentlichung eigener Hand, „*In der Schule von Ludwig Mitteis*“¹⁰⁷.

Ernst Rabel war nach dem Krieg auch wieder nach Deutschland gekommen. Er war Emeritus der Freien Universität Berlin und Honorarprofessor der Universität Tübingen geworden und hatte Vorlesungen in Tübingen und Berlin gehalten. Zu einer endgültigen Rückkehr nach Deutschland konnte er sich aber nicht mehr entschließen. Er starb am 7. September 1955 in Zürich in einem Krankenhaus, das er erst kurz zuvor aufgesucht hatte.

Nach *Rabels* Tod konnten die für den Druck noch vorbereiteten Bände mit Hilfe des Max-Planck-Instituts, Hamburg, (das frühere Kaiser-Wilhelm-Institut) bzw. mit Unterstützung der Law School der University of Michigan, Ann Arbor, veröffentlicht werden, nämlich der bereits erwähnte Band II des „*Recht des Warenkaufs*“¹⁰⁸, dem bald ein unveränderter Nachdruck von Band I folgte¹⁰⁹, und Band IV des „*Conflict of Laws. A Comparative Study*“ (1958)¹¹⁰. Eine fortgeführte Neuauflage dieses Werkes ist mittlerweile im Erscheinen, Band I (1958)¹¹¹ liegt bereits vor. Auch

¹⁰³ The Law Quarterly Review 63 (1947), 174–187.

¹⁰⁴ Louisiana Law Review 10 (1949–50), 1–14; 107–119; 265–275; 431–460.

¹⁰⁵ In: Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann. Stuttgart und Köln: Kohlhammer 1950, 309–311.

¹⁰⁶ RabelsZ 16 (1951), 340–359.

¹⁰⁷ Journal of Juristic Papyrology 7–8 (1954), 157–161.

¹⁰⁸ *Das Recht des Warenkaufs*. Bd. 2. Berlin: de Gruyter 1958, XLII, 469 S., unter Mitarbeit von *K. v. Dobnanyi* und *J. Käser*, s. oben N. 1.

¹⁰⁹ Berlin: de Gruyter 1957, XXXII, 533 S., s. oben N. 1.

¹¹⁰ s. oben N. 1. Als Vorabdruck aus Band IV war erschienen: *The Form of Wills*. Vanderbilt Law Review 6 (1953), 533–544.

¹¹¹ s. oben N. 1.

die „Grundzüge des römischen Privatrechts“¹¹² sind 1955 in Neuauflage erschienen.

III

Der notwendig gedrängte Überblick, in dem die zahlreichen Rezensionen, Nachrufe und ähnliches bereits vielfach vernachlässigt werden mußten, vermittelt einen Eindruck vom Umfang des literarischen Gesamtwerkes und dem Gewicht der Aufsätze in diesem Rahmen. Sollte daher das Gesamtwerk wieder allgemein zugänglich gemacht werden, so war mit einer etwa einbändigen Auswahl – die nicht geringe Schwierigkeiten bereitet hätte – die Aufgabe allein nicht zu lösen. Eine Gesamtausgabe im strengen Sinne des Wortes erschien auf der anderen Seite weder erforderlich noch mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten derzeit vereinbar. So folgen die „Gesammelten Aufsätze“ – wobei Aufsätze im weitesten Sinne des Wortes verstanden werden – einem Mittelweg, der unter weitgehendem Verzicht auf die Nachrufe und Rezensionen in drei Bänden alle größeren Arbeiten bringt¹¹³. Ausgelassen sind zwei ganz frühe Arbeiten zum Privatrecht (dazu s. unten IV.), ferner die Übersetzungen oder fremdsprachlichen Fassungen deutscher Aufsätze. *Rabel*, der französisch, italienisch und englisch fließend sprach, hat allerdings bei den Übersetzungen seiner Arbeiten öfters Änderungen oder Ergänzungen vorgenommen. Im einzelnen ist dazu bei der Übersicht über jeden Band (hier unter IV.) Stellung genommen.

Eine tiefgreifende, aber wie zu hoffen steht, nur vorübergehende Einschränkung betrifft die gesamten historischen, insbesondere die romanistischen Arbeiten. Entsprechend den Zielen der Gesellschaft für Rechtsvergleichung konnte sie die wirtschaftliche Grundlage nur für den Nachdruck der Arbeiten zum geltenden Recht und zur Rechtsvergleichung bereiten. Eine Ausgabe der historischen Arbeiten plant bereits seit einiger Zeit Herr Professor *H. J. Wolff*, Freiburg i. Br., mit dem auch die Grundsätze der Abgrenzung besprochen wurden. Die vorliegende Ausgabe ist auf eine solche Ergänzung nach der historischen Seite hin völlig angewiesen. *Rabel* kam von der Rechtsgeschichte her und sein Gesamtwerk wäre ohne diesen – auch dem Umfang nach – bedeutenden Teil ein Torso. Es

¹¹² Selbständig als 2. Aufl. Basel: Schwabe 1955, VIII, 241 S., s. oben N. 1.

¹¹³ Der Weg zu einer Gesamtausgabe, die auch alle übrigen Stücke umfassen würde, blieb offen.

ist daher sehr zu hoffen, daß diese schmerzliche Lücke durch die Ausgabe der historischen Arbeiten bald geschlossen werden kann.

Durch den Verzicht auf die Aufnahme der romanistischen Arbeiten in diese Ausgabe war der Weg für eine rein zeitliche Anordnung der Stücke versperrt. Sie hätte zur Übersicht über das Werk auch wenig beigetragen. Statt dessen wurde eine behutsame Zuordnung der Arbeiten zu den Hauptthemen in *Rabels* Schaffen vorgenommen – dies aber nur unter der Prämisse, daß die Ausgabe als Einheit betrachtet wird, so daß der Anordnung nur begrenzte Bedeutung zukommt. Als Grundthema bot sich für die frühen Arbeiten, insbesondere bis zum Ersten Weltkrieg und in den zwanziger Jahren, das Privatrecht an, und zwar sowohl das deutsche wie auch das österreichische, das französische und das schweizerische in der Basler Zeit. Band I trägt daher die Überschrift „*Arbeiten zum Privatrecht 1907–1930*“, wobei die letzten Stücke schon in eine andere Periode überleiten. Zu Beginn besteht noch die engste Verbindung mit dem römischen Recht. Methodisch gesehen handelt es sich bereits auch hier weitgehend um Rechtsvergleichung; im Hinblick auf *Rabels* fast einheitlich und durchgehend verwendete vergleichende Methode war dieser Gesichtspunkt aber für die Gliederung des Werkes nur beschränkt brauchbar. Daher wurde der Terminus den programmatischen und methodischen Äußerungen zur Rechtsvergleichung sowie einigen späten Stücken historisch-rechtsvergleichenden Charakters in Band III vorbehalten.

Nach dem Ersten Weltkrieg trat die von Rabel bereits früh vorhergesehene Lage ein, daß die Kenntnis des ausländischen Rechts zur Existenzfrage für den deutschen Juristen wurde. Die aktive Berührung mit der internationalen Rechtsprechung gibt dieser Zeit auch literarisch das Gepräge. Aus ihr sind die rechtsvergleichenden Arbeiten in drei Richtungen hervorgewachsen, ohne daß sie sich im einzelnen immer scharf voneinander trennen lassen. Es sind die Stücke zum Kollisionsrecht, die zusammen mit dem literarischen Ertrag aus der Tätigkeit in den internationalen Gerichten in Band II der Ausgabe vereinigt wurden: „*Arbeiten zur internationalen Rechtsprechung und zum internationalen Privatrecht 1922 bis 1951*“. Zur gleichen Zeit beginnen die Äußerungen zu Programm, Methode und Einrichtungen der Rechtsvergleichung, mit denen *Rabel* sich zum Teil auch an ein breiteres Publikum wandte. Sie werden unter dem im engeren Sinne gebrauchten Stichwort „Rechtsvergleichung“ im ersten Teil von Band III der Ausgabe mit den Alterswerken zusammengefaßt, in denen Historie und Dogmatik in vergleichender Überschau dauernde

Grundlinien des Rechts deutlich machen. Der dritte Zweig schließlich, die Rechtsvereinheitlichung mit der zentralen Aufgabe der Vorbereitung eines internationalen Kaufgesetzes, bildet den zweiten Teil von Band III. Er soll unter dem Titel „*Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919–1954*“ im Jahr 1966 erscheinen und wird auch ein Inhaltsverzeichnis der gesamten Ausgabe sowie eine Übersicht über die zeitliche Folge der Stücke enthalten.

Die Wiedergabe der Texte folgt den Originalveröffentlichungen mit ganz wenigen Einschränkungen. Die Fundstellen sind jeweils zu Beginn eines jeden Stückes angegeben. Die Anmerkungen in eckigen Klammern sind Noten des Herausgebers. Die Schreibweise ist dem heutigen Gebrauch angepaßt, offensichtliche Druckfehler wurden berichtigt. Gekürzt ist in Band I nur Beitrag 14, worauf in der Herausgebernote hingewiesen ist. Die Seitenzahlen der Vorlagen sind in eckigen Klammern in den Text aufgenommen, und zwar bezeichnet die Originalseitenzahl jeweils den Beginn einer neuen Seite. Bei den Anmerkungen folgen die Vorlagen verschiedenen Prinzipien der Zählung. Soweit die Zählung jeweils nur für eine Seite erfolgte, ist sie nicht übernommen worden, da dies zu Verwirrungen geführt hätte. In diesen Fällen wurden die Anmerkungen durchgezählt, worauf aber in der Herausgebernote jeweils hingewiesen ist. Dennoch lassen sich alte Zitate auch hier unschwer mit Hilfe der Originalseitenzahlen entschlüsseln. Einheitlichkeit der Zitierweise in den Anmerkungen, insbesondere bei den Abkürzungen, ließ sich nicht herstellen, nur einige Druckfehler konnten ausgemerzt werden.

IV

Der Band mit den privatrechtlichen Arbeiten wird von der Studie über die Unmöglichkeit eingeleitet. Das ist aber nicht *Rabels* erste Veröffentlichung zum Privatrecht nach der historisch ausgerichteten Habilitationsschrift „*Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*“ von 1902. Davor liegen vielmehr zwei Stücke, die in diese Ausgabe nicht aufgenommen wurden. In „*Die Übertragbarkeit des Urheberrechts nach dem österreichischen Gesetze vom 26. Dezember 1895*“ (1900)¹¹⁴, der ersten Veröffentli-

¹¹⁴ Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von C. S. Grünhut 27 (1900), 71–182.

chung von *Rabel* überhaupt, gibt er einen Bericht über das neue Gesetz, das die damals noch junge Materie modern regelt. Das auf Einladung eines Ärztesverbandes verfaßte Gutachten „*Die Haftpflicht des Arztes*“ (1904)¹¹⁵ ist eine allgemein verständliche Übersicht über die Regelung der Fragen im neuen Bürgerlichen Gesetzbuch. Obwohl wenigstens „*Die Haftpflicht des Arztes*“ erst nach der Habilitationsschrift entstanden ist, zeigen beide Stücke noch wenig von *Rabels* späterem Stil und erschienen daher entbehrlich.

„*Die Unmöglichkeit der Leistung*“ (Beitrag 1) setzt gewisse Gedanken aus der „*Haftung des Verkäufers für Mangel im Rechte*“ fort. Sie ist 1907 in der Festschrift für *E. I. Bekker* erschienen, während die romanistische Fundierung der Thesen in dem Beitrag zur *Mélanges Gerardin* „*Origine de la règle: Impossibilium nulla obligatio*“¹¹⁶ gleichzeitig veröffentlicht wurde. *Rabel* hatte die Thesen schon 1904 in einem Leipziger Vortrag¹¹⁷ aufgestellt. Sie richten sich gegen die von *Mommsen* begründete und von *Windscheid* ausgebaut Theorie der Unmöglichkeit als einer juristischen Kategorie. Vom BGB übernommen, bewirkt sie, gleich einem der im 19. Jahrhundert entdeckten Naturgesetze, die Nichtigkeit der Obligation, indem sie irrigerweise Leisten-sollen und Leisten-müssen gleichsetzt. Weder historisch noch logisch läßt *Rabel* den Satz allgemein gelten, auf dem bis heute die Unterscheidung der subjektiven und objektiven Unmöglichkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch beruht, sondern er trennt zwischen Leistungshindernis und seinen verschiedenen Arten einerseits und dem Bestand der Obligation andererseits. Ein Leistungshindernis ist es für ihn, wenn die Leistung mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung nicht erbracht werden kann. Der Vertrag und das darin geschuldete Verhalten wird also zum Maß der Pflicht, nicht das naturwissenschaftliche Urteil. Dadurch gelangt er zu differenzierten Lösungsvorschlägen, die auf dem universalen Gedanken der Leistungsstörung aufbauen können und an Hand deren er in noch heute gültiger Weise darlegt, wie die vom Gesetzgeber verfügte Theorie, die er nur als solche hinnimmt, in der Praxis abzumildern ist. *Rabel*, der ja eigentlich vom

¹¹⁵ Selbständig: Leipzig: Veit 1904, VIII, 87 S.

¹¹⁶ *Mélanges Gerardin*: Paris. Larose & Tenin 1907, 473–512.

¹¹⁷ Vgl. den kurzen Bericht von *W. Kaufmann* in: *Recht* 8 (1904), 100. In diesem Zusammenhang ist auch die Rezension zu erwähnen von *Sokolowski*: Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung in: *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie und Soziologie* 28 (1904), 108–112.

österreichischen Recht herkommt, tritt dem BGB als einer Entscheidung des Gesetzgebers zwar mit großem Respekt entgegen, aber doch mit Unbefangenheit und scharfem Blick für die Zweckmäßigkeit der Grundentscheidungen. In dem Berliner Vortrag von 1911 „Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis“ (Beitrag 2) vertieft er insbesondere die praktischen Vorschläge, wie man innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen die Unzulänglichkeiten der Theorie von *Mommsen* und *Windscheid* zu überwinden vermag. Gleichzeitig mit dem Vortrag ist der Beitrag zur Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB „Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht“ (Beitrag 3) erschienen, in dem *Rabel* die Praxis in Österreich untersucht. Er hält die trotz der starken Einflüsse von *Windscheid* und der Pandektistik auch auf Österreich nicht berührten Wurzeln des ABGB für überlegen und zeigt dies an der Überwindung der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit in der Praxis. Die Nichtigkeit als Folge der Unmöglichkeit wird zur Ausnahme (absurde Geschäfte), in vielen Fällen hilft die Anfechtung wegen Irrtums, die allerdings weiter geht als im BGB. Im „*Recht des Warenkaufs*“ erfahren diese Ansichten später für den Kauf ihre Fortführung, insbesondere in der Auseinandersetzung mit dem anglo-amerikanischen umfassenden Begriff der Leistungsstörung des *breach of contract*¹¹⁸.

Nach dieser Gruppe folgt eine vergleichende Untersuchung zum französischen Recht von 1909, die wie die „*Unmöglichkeit der Leistung*“ zum weiteren Kreis der Probleme um die Haftung des Verkäufers wegen Mangel im Rechte gehört. In „*Die eigene Handlung des Schuldners und des Verkäufers*“ (Beitrag 4) versucht *Rabel*, die Begriffe des französischen Rechts des „*fait du débiteur*“ und „*fait personnel du vendeur*“ für das deutsche Recht nutzbar zu machen. Er stellt diese, dem deutschen Recht verlorengegangene, eigenartige Form der Haftung neben die Verschuldenshaftung und ihre Begründung aus den Vertragspflichten, deren Erweiterung über den Wortlaut der Obligation hinaus er für erforderlich und möglich hält. Es geht um eine obligationenrechtliche Ergänzung

¹¹⁸ Die Arbeiten zum Entwurf des internationalen Warenkaufgesetzes werden unter dem Thema der Rechtsvereinheitlichung in Bd. III der Ausgabe zusammengefaßt. Außer diesen Vorarbeiten im engeren Sinne finden sich dort auch der Bericht für den internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung 1932 Im Haag *Zustandekommen und Nichterfüllung schuldrechtlicher Verträge im allgemeinen* (s. oben N. 64) und *Zu den allgemeinen Bestimmungen gegenseitiger Verträge* in der Festschrift für *Dolenc* u. a. 1937 (s. oben N. 78).

der dinglichen oder quasi-dinglichen Rechtsstellung des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer. Für die Darlegung wird die Rechtsprechung in ihren konkreten Sachverhalten weitgehend herangezogen.

Mit der Berufung nach Basel (1906 bis 1910) gewinnt das Schweizer Recht an Bedeutung in *Rabels* Werk. Das junge Schweizerische Zivilgesetzbuch reizt zu einem Vergleich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch, das auf die ersten zehn Jahre Praxis zurückschauen kann. Die kleine Studie „*Bürgerliches Gesetzbuch und Schweizerisches Zivilgesetzbuch*“ (Beitrag 5), 1910 entstanden, führt diese Stücke an. Sprache, System und Geist des Zivilgesetzbuches finden zwar hohe Anerkennung, aber nicht zu Lasten des Bürgerlichen Gesetzbuches. *Rabel* folgt vielmehr *Zitelmanns*¹¹⁹ Alternative „Volkstümlich oder logisch scharf“ und stellt die konsequente und damit differenzierte Durchbildung der Institution höher, nicht zuletzt mit Blick auf die damals vordrängende freie Rechtsschule. Im nächsten Stück zum Schweizer Recht, einem Basler Vortrag von 1908, also zeitlich vor dem ersten liegend, packt *Rabel* eine exegetische Aufgabe im Zivilgesetzbuch durch Vergleich mit dem BGB an. „*Der sogenannte Vertrauensschaden im Schweizerischen Recht*“ (Beitrag 6) wird als eigene Form im Bereich von Irrtum, arglistiger Täuschung und Stellvertretungsrecht herausgearbeitet und damit geklärt, daß hier nur das negative Interesse zu ersetzen ist. Die „*Streifgänge im Schweizerischen Zivilgesetzbuch*“ (Beiträge 7 und 8) sind als eine breite Studie der neuen Kodifikation angelegt¹²⁰, die als Bericht über die Lösungen zugleich zur begrifflichen Durchdringung und Ausbildung der Institutionen beitragen will. Die erste Folge (Beitrag 7) setzt sich mit Stil und Form des ZGB auseinander, darin zahlreiche Parallelen zu Beitrag 5 aufweisend. Es werden die Ent-

¹¹⁹ *Zitelmann*: Die Kunst der Gesetzgebung, Dresden 1904, S. 15 f. vgl.; auch die Rezension von *Max Rümelin*: Das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns (Rede am 6. 11. 1908). Tübingen: Mohr 1908, 40 S. in: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1 (1909), 585–586. Auch später hat *Rabel* dieses Urteil beibehalten, vgl. *Private laws of western civilization*, Louisiana Law Review 10 (1949/50), 265–275, insbesondere 270 (Abdruck für Bd. III vorgesehen).

¹²⁰ Beitr. 8 endet im Original mit dem Versprechen „Fortsetzung folgt“, das aber nicht eingelöst wurde.

Vgl. aber noch die Rezensionen zum sogen. Züricher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, hrsg. von *Egger*, und zum sogen. Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, hrsg. von *Gmür*, die oben, Note 25, erwähnt sind. Dem folgte später noch eine Rezension der 2. Aufl. des Obligationenrechts im Züricher Kommentar von *Hugo Oser*, unter Mitwirkung von *W. Schönenberger*, Zürich: Schulthess 1929–1934, in: *RabelsZ* 9 (1935), 1003–1004.

stehungsgeschichte und die Wurzeln im germanischen und französischen Recht beleuchtet und der Geltungsbereich und das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen abgesteckt. Die zweite Folge (Beitrag 8) geht kurz auf Artikel 1 ein: „Ich denke, der – auch in Deutschland schon allbekannte – Artikel 1 wird in der Praxis den vortrefflichen Einfluß üben, auch den weniger nachdenklichen Richter auf die tiefgreifenden Probleme der Lücken im Recht und der soziologischen Gesetzesanwendung hinzuweisen und zugleich in die überall und gewiß gerade in der Schweiz tatsächlich stark getriebene Interessenwertung mehr Bewußtsein und bessere Methoden zu tragen“¹²¹. Es folgen Überblicke über die Handlungs-, Geschäfts- und Deliktsfähigkeit (Anerkennung einer partiellen Geschäftsfähigkeit), Verschollenheit (französische Lösung) und den Wohnsitz sowie einige Grundfragen aus dem Erbrecht. Die Streifgänge sind charakteristisch für die Art, wie *Rabel* eine Kodifikation im Überblick erfaßte, ohne die konkreten Fragen zu vernachlässigen. Sie wird ihm später bei der Bewältigung der Stofffülle bei den umfassend vergleichenden Arbeiten zustatten kommen. Ein Vortrag in Wien „*Einige bemerkenswerte Neuheiten im Schweizerischen Zivilgesetzbuch*“ (Beitrag 9) gehört thematisch eng zu den Streifgängen. Neben einem Blick auf das neue Obligationenrecht werden Erb- und insbesondere Sachenrecht behandelt, wobei die Sicherungsrechte im Vordergrund stehen. In der Einleitung des Vortrages, der auf die österreichischen Hörer zugeschnitten ist, klingen Töne des späteren rechtsvergleichenden Programmes an: „Die zivilistische Welt ist groß und weit geworden. Wie der Weltverkehr wirtschaftlich die Erde umspannt, so das mächtig ausgreifende internationale Recht die Rechtsgebiete der Erde. Nicht in gleicher Stärke, aber doch hoffnungsvoll hebt sich jetzt die wissenschaftliche Bearbeitung der fremden Rechte, steigert sich die gegenseitige Befruchtung der gerade im 19. Jahrhundert territorial abgeschlossenen Landesrechte, erhöht sich das lebendige Bewußtsein, daß jedes Volkes Rechtsbildung seine Fortschritte auch zu Gunsten der anderen gewinnt.“¹²²

Die folgenden Jahre, in Kiel und Göttingen, bis in den ersten Weltkrieg hinein, sind überwiegend dem römischen Recht gewidmet. Aus dieser Zeit sind ausnahmsweise zwei längere Rezensionen aufgenommen, die *Rabels* Denkweise kennzeichnen und auch seine fortdauernde Beschäftigung mit dem Privatrecht zeigen. Die Rezension von „*Staudingers*

¹²¹ Unten S. 211.

¹²² Unten S. 268.

Kommentar zum BGB“ (Beitrag 10) spiegelt seine Auffassung vom juristischen Schrifttum und der Rolle der Subjektivität dabei, während die positive Rezension von „*Nußbaums Deutsches Hypothekenwesen*“ (Beitrag 11) auf die Bedeutung der Rechtstatsachen und ihre Erforschung besonderes Gewicht legt. Erst nach dem Ende des Ersten Weltkrieges, als *Rabel* bereits längere Zeit in München wirkte, erschienen weitere Arbeiten zum Privatrecht, nun weniger der Exegese als mehr verschiedenen, vorwiegend praktischen Fragen gewidmet. „*Ausbau oder Verwischung des Systems*“ (Beitrag 12) von 1919 ist eine *Joseph Kohler* gewidmete Untersuchung zum Schadensausgleich und zur Haftung mehrerer. Für den Anspruch des Vaters, der sein durch Verschulden eines Dritten verletztes Kind ärztlich behandeln läßt, ist weder ein Bereicherungsanspruch noch ein Anspruch aus Geschäftsführung¹²³ gegeben, will man diese Institutionen als begrifflich überschaubare Instrumente nicht überfordern. Angemessen ist allein, soweit nicht eine der immer zahlreicher werden den Legalzessionen vorliegt, das mehrstufige Innenverhältnis zum Schaden, das dem Ausgleichsanspruch bei der Gesamtschuld (§ 426 BGB) ähnelt und ihm eine eigene Grundlage bietet. Der zweite Teil der Studie ist der Eigenhaftung der kraft Schlüsselgewalt handelnden Ehefrau gewidmet, in gewissem Sinne ein Gegenstück zur ersten Frage, die *Rabel* mit dem geltenden Recht ohne Eingreifen des Gesetzgebers nicht für lösbar hält.

Der „*Nachruf auf Joseph Kohler*“ (Beitrag 13) zeigt *Rabels* zwar abgewogenes aber keineswegs zurückhaltendes Urteil über den bekannten Zeitgenossen, wobei er auch – in gewissem Gegensatz zu späteren eigenen Äußerungen – kritisch und skeptisch zu *Kohlers* Programm einer Universalrechtsgeschichte und damit Universalrechtsvergleiche Stellung nimmt. Der „*Ratgeber für die Studierenden der Rechtswissenschaft der Universität München*“ (Beitrag 14), als Gelegenheitsarbeit für eine Reihe von Studienführern entstanden, zeigt *Rabels* Einstellung zum Studium, dessen Kern er in der methodischen Schulung nicht zuletzt durch Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie sieht. Die Wiedergabe in dieser Ausgabe beschränkt sich auf den theoretischen Teil, da die zeitgebundenen Literaturlisten und praktischen Hinweise entbehrlich erscheinen. Eine rechtspolitische Studie zum Familienrecht enthält „*Die privatrechtliche Stellung der unehelichen Kinder*“ (Beitrag 15), die den privatrechtlichen Schutz der Unehelichen sorgsam gegen den Schutz von Ehe

¹²³ *Negotium alienum und animus*. 1930, oben N. 50.

und Familie abwägt und im Ergebnis der öffentlichen Hand einen Großteil der Aufgaben zuschiebt. Für Vaterschaftsklage und Unterhaltspflicht finden sich praktische Vorschläge.

Die beiden folgenden Stücke befassen sich mit der unverschuldeten und nicht voraussehbaren grundstürzenden Veränderung der allgemeinen Verhältnisse durch die Inflation. „*Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über den Preisumsturz*“ (Beitrag 16) ist der Versuch, die Auswirkungen der allgemein kritisierten Urteile auf die alten Lieferverträge mit der Rechtsicherheit durch das Aufzeigen einer mehr oder weniger deutlichen Linie in der Entwicklung der Rechtsprechung zu versöhnen. Dabei gibt *Rabel* dem Weg über die Vertragsauslegung entschieden den Vorzug vor der direkten Anwendung des § 242 BGB, zumal nur dieser Weg auch eine Anpassung der Preise ermöglicht. Durch die Inflation ist zwei Jahre später die Entwicklung darüber weit hinausgegangen. In den „*Darmstädter Entscheidungen*“ (Beitrag 17) nimmt er, der in seiner Grundhaltung konservativ war, zu dem umstrittenen Beschluß des OLG Darmstadt vom 29. 3. 1923 zur Aufwertung¹²⁴ Stellung und bekennt sich demgegenüber als Anhänger der Nennwert-Theorie, ohne ihre Unbilligkeiten zu verkennen. Eine Fassung von Beitrag 17, ohne den Anmerkungsapparat, erschien kurz vorher in der Beilage „Recht und Leben“ in der Vossischen Zeitung¹²⁵. Die folgende Studie zur Beweislast ist eine der wenigen Äußerungen *Rabels* zum Zivilprozeßrecht. „*Umstellung der Beweislast, insbesondere der prima facie-Beweis*“ (Beitrag 18) will darlegen, daß trotz enger Verwandtschaft die Grenze zwischen Beweiswürdigung und Beweislastverteilung klar zu ziehen ist. Gegen die überwiegende Meinung wird der prima facie-Beweis, der von der Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze innerhalb der Beweiswürdigung zu unterscheiden ist, der Beweislastverteilung zugerechnet. Allein letztere kann erlauben, daß der Richter einen nur annähernd gewissen Umstand als Tatsache werten darf.

Ein im Jahre 1920 gehaltener Vortrag über die Situation des Privatrechts erscheint im Jahre 1921 unter dem Titel „*Zum 25. Geburtstag des Bürgerlichen Gesetzbuches*“ (Beitrag 19). Er zieht die Bilanz für die ersten einundzwanzig Jahre Praxis der Kodifikation. Der Not der Zeit

¹²⁴ Juristische Wochenschrift 52 (1923), 459.

Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. 11. 1923, RGZ 107, 78 brachte die auch von *Rabel* für möglich gehaltene Wendung zur Aufwertung der Nachkriegsverbindlichkeiten.

¹²⁵ s. oben N. 41.

entsprechend ist das entworfene Bild düster und die Liste der wünschenswerten Neuerungen, die heute noch geschrieben werden könnte (vom Persönlichkeitsrecht bis zur Bereinigung des Deliktsrechts), ist lang. Trotzdem warnt *Rabel* vor einer damals von der Reichsregierung angekündigten Reform des Gesetzbuches, zumal vor einer Totalreform, und will nur behutsame Ergänzungen zulassen.

Den Schluß dieses Bandes bildet der große Bericht über die Entwicklung des Bürgerlichen Gesetzbuches in den ersten 25 Jahren seiner Geltung, den *Rabel* für eine italienische rechtsvergleichende Zeitschrift verfaßte. „*Le vicende del codice civile tedesco dal 1900 al 1925*“ (Beiträge 20 und 21) und die Fortsetzung „*Le vicende del codice civile germanico dal 1900 al 1925*“, letztere zusammen mit *Eduard Wahl*, (Beitrag 22) sind 1927 bis 1930 im Berliner Institut entstanden und lösen in der für *Rabel* charakteristischen Weise des Überblicks ohne Verzicht auf konkrete Einzelheiten¹²⁶ eine echte rechtsvergleichende Aufgabe, damit bereits auch die Grenzen des Themas von Band I erreichend. Leider ist es nicht gelungen, die deutsche Fassung der drei Aufsätze zu beschaffen.

Auch später entstanden noch Arbeiten, die mindestens zugleich zum Privatrecht in diesem engeren Sinne gezählt werden können, insbesondere die Vorarbeiten und Entwürfe für den internationalen Warenkauf. Sie sind des inneren Zusammenhangs wegen im dritten Band der Ausgabe zusammengefaßt.

* * *

Für das Zustandekommen der Ausgabe habe ich vielfältigen Dank abzustatten. Er gilt in erster Linie meinen verehrten Lehrern, Professor *Ernst von Caemmerer*, Freiburg i. Br., und Professor *Max Rheinstein*, University of Chicago. Beide sind durch die Schule von *Ernst Rabel* gegangen und haben mir mit wertvollem und nie versagendem Rat zur Seite gestanden. Die Witwe von *Ernst Rabel*, Frau *Anny Rabel*, geb. *Weber*, Garmisch-Partenkirchen, hat mir in überaus liebenswürdiger Weise den Abdruck der Arbeiten ihres Gatten gestattet, wofür ich ihr herzlich danken möchte. Ebenso habe ich den Professoren *Eduard Wahl*,

¹²⁶ Vgl. Beitr. 7 und 8 und oben S. XXXIV u. XXXV.

Heidelberg und *Ludwig Raiser*, Tübingen, für die Genehmigung zum Abdruck der von ihnen mitverfaßten Beiträge zu danken.

Die Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Freiburg i. Br., hat in großzügiger Weise die Drucklegung der Gesammelten Aufsätze ermöglicht. Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, insbesondere sein Bibliotheksdirektor, Dr. *Hans-Peter des Coudres*, dessen Bibliographie der Schriften von *Ernst Rabel* eine wesentliche Voraussetzung für diese Ausgabe bildete, war mir bei der Beschaffung der Druckvorlagen behilflich. Frau *Lilly Melchior-Roberts*, Ann Arbor, Michigan, und Dr. *William B. Stern*, Los Angeles, California, unterstützten mich bei der Klärung einiger Fragen hinsichtlich der in den Vereinigten Staaten erschienenen Stücke. Ihnen allen darf ich meinen verbindlichen Dank an dieser Stelle abstaten. Schließlich möchte ich noch Gerichtsreferendar *Hans-Rudolf Dörrwächter*, Karlsruhe, für seine treue Hilfe beim Lesen der Korrekturen besonders danken.

Freiburg i. Br., den 13. Juli 1965

Hans G. Leser

Dr. iur., MCL (U. of Chicago)

1. UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG*

Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Inhalt:

- I. Das Dogma
- II. Das Verhältnis zwischen Leistungspflicht und Unmöglichkeit
- III. Geschichtlicher Ursprung der Lehre
- IV. Das Gesetzbuch
 - A. Begriffe und Rechtsfolgen
 - B. Ausnahmen
- V. Die entscheidenden Gesichtspunkte
- VI. Unsere Stellung zum Gesetzbuch

Die gemeinrechtliche Lehre von den Korreal- und Solidarobligationen scheint nunmehr eine würdige Nachfolgerin gefunden zu haben. Die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung gibt dem *Ribbentropschen* Irrgarten schwerlich an Verworrenheit etwas nach. Dort brachte, allzu spät, die neuere Rechtsgeschichte den ersten erlösenden Lichtstrahl, als man zu erfahren begann, inwiefern die klassischen Römer die ihnen zugeschriebene Unterscheidung machten. Vielleicht trägt auch hier, inmitten einer Fülle von Distinktionen, wieder einmal historische Erkenntnis ein wenig zur Klärung bei. Freilich, das Gesetz hat die gangbaren Grundanschauungen verewigt, und diese kritisieren bedeutet wohl jenes angreifen, bedeutet auch die das Gesetz anwendende Doktrin bemängeln. Aber von den vielen Wegen, die der 18. August 1896 dem deutschen bürgerlichen Rechte vorzeichnete, können nicht alle gleicherweise taugen. Eilt

* Aus: Aus römischem und bürgerlichem Recht. Festschrift *E. I. Bekker*. Weimar: Böhlau 1907, 171–237.

Auch als Sonderdruck: Weimar: Böhlau 1907, 67 p.

[Der Abdruck gibt in eckigen Klammern die Seitenzählung der Festschrift. Die Anmerkungen dagegen wurden durchgezählt.]

auf diesen Wegen die Wissenschaft mit raschen und machtvoll ausgreifenden Schritten vorwärts, so gehört es mit zu ihrem Ruhme, wenn sich in kürzerer Frist als je vordem erweist, da oder dort sei am Ausgangspunkte der Wegweiser falsch eingestellt gewesen. Mehr als jemals zuvor ist der Tadler gegenwärtig der Schuldner der Getadelten.

Der weitschauende Forscher, dem wir am heutigen festlichen Tage unsere Glückwünsche darbringen, beschrieb die römischen Aktionen, um uns den Unterschied zwischen den römischen und den modernen Rechtsanschauungen desto schärfer erkennen zu lassen. In seinem andern großen, der Jetztzeit unmittelbar zugewandten Werke hat er sich dann vorgesetzt, unserem Rechte, trotzdem es im römischen wurzelt, seine eigenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen, seine Gedanken und Begriffe zuzuerkennen. Und schon das [174] neue Gesetzbuch im Blicke, warnte er davor, die Fortbildung des Rechts in Stillstand geraten zu lassen: „Soll dieselbe eine gedeihliche sein, so muß die Entwicklung der Rechtswissenschaft ihr nicht bloß folgen, sondern vorausgehen.“ So wird er denn ein historisch-kritisches Bestreben nicht schelten, brächte es auch in diesem Fall keinen andern Gewinn als eine bescheidene Anregung.

I. Das Dogma

Mit imponierender Selbstverständlichkeit hat die durch *Friedrich Mommsen* ins Leben gerufene, durch *Windscheid* mit blanken Formeln ausgerüstete Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im Bürgerlichen Gesetzbuch ihren Platz eingenommen. Und welchen Platz! In der Mitte des allgemeinen Teils des Obligationenrechts aufgerichtet, wirft sie weithin in den speziellen Teil und ins Erbrecht ihre Schatten, und je mehr unsere Schriftsteller, ihre Bedeutung erkennend, sie pflegen, um so höher scheint sie zu wachsen. Der Grundgedanke dieser Lehre bleibt aber stets: Die Unmöglichkeit der Leistung ist eine *selbständige und einheitliche juristische Kategorie*; sie ist der Ausgangspunkt juristischer Betrachtung. Wir fragen: ist die Leistung möglich? Und danach beurteilen wir die Gültigkeit des Vertrages¹. Ist er gültig, so kennt das Gesetz von allen erdenklichen Fällen der Nichterfüllung nur die zwei Gruppen: Unmöglichkeit und Verzug. Dabei steht die Unmöglichkeit in jeder Hinsicht voran, und ist sie vorhanden, so ist gedankenmäßig sie es, die befreit oder belastet.

¹ Wie *Windscheid* § 315 spricht auch § 306 nur vom Vertrag.

In die zweite Linie gerückt ist die Nichterfüllung, die vor ihr liegt, und der Grund des Nichtleistenkönnens, der hinter ihr liegt.

So ist es nicht unbegreiflich, daß die Schriftsteller des bürgerlichen Rechts allenthalben auf den Grundsatz zurückgreifen, aus dem alles übrige herstammt: *impossibilium nulla obligatio*, zur Leistung des Unmöglichen keine Pflicht; ja, daß sie sich meist verbunden glauben, was *Windscheid* nur von der objektiven Unmöglichkeit lehrte, auf das Unvermögen zu übertragen, so daß sie heute allemal, wenn der Schuldner [175] nicht leisten kann, dessen Leistungspflicht leugnen. Das Forderungsrecht an einer unmöglichen Leistung kann nicht bestehen, es kann nicht entstehen, es kann nicht fortbestehen. Ich verkaufe dem A ein Haus formgültig nach § 313 und lasse es dem B auf; sofort oder, wie andere meinen, sobald B die Rückübertragung verweigert, bin ich das Haus nicht mehr schuldig. Ein Autor wenigstens ist bis zu dem Ende dieser Gedankenreihe gegangen. *Niedner*² findet durch die Unmöglichkeit nicht bloß den Gegenstand verändert, sondern das Schuldverhältnis vernichtet, und die Schuldverletzung sei eine neue *Kausa* (*culpa in solutione*). Die seit dem 1. Januar 1900 erfolgten Schuldverletzungen haben, so lehrt er, neue Schuldverhältnisse begründet, die somit grundsätzlich unter der Herrschaft des BGB stehen.

Eine lange Reihe tiefgründender Monographien, an ihrer Spitze die von *Titze* und *Kisch*³, viel wertvolle Arbeit der Kommentare und Lehrbücher, und die tatkräftige Rechtsprechung der Gerichte haben uns nunmehr erst, indem sie mit den Grundansichten, den begrifflichen Unterscheidungen

² *Niedner*, Einführ.-Ges. z. BGB, zu Art. 170, 3 a. – *Das Recht*, 4, 1900, 142 f.

³ Zu diesen zählen auch die bedeutenden Aufsätze, in denen *Kisch* und *Titze*, *Krit. Vierteljahresschr.* 44, 506 ff.; 45, 338 ff. einander rezensiert haben. Die Spezialliteratur ist bei *Windscheid-Kipp*⁹ 2, S. 92 verzeichnet. Hinzu treten *Siber*, *Jahrb. f. Dogm.* 50, 216–276 und fast in dem Augenblick, wo ich diese Blätter dem Druck übergebe, *Krückmann*, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß*, *Arch. f. ziv. Praxis* 101. Bd., 1. u. 2. Heft. Auf diese umfangreiche und gedankenreiche Abhandlung kann ich noch in einzelnen Anmerkungen hinweisen, namentlich betreffs eines Punktes (s. unten V), wo sie mit den hier vertretenen Ansichten erfreulich übereinstimmt. Die letzteren durfte ich bereits vor Jahren in der Leipziger Juristischen Gesellschaft darlegen (vgl. *Das Recht* 8, 1904, S. 100). Die seither überaus stattlich angewachsene Literatur läßt es nicht mehr ratsam erscheinen, die kritische Untersuchung der Grundlagen mit einer einläßlichen dogmatischen Darstellung, die notwendig auch auf alle zutage getretenen Meinungen eingehen müßte, zu verbinden. Muß ich daher bitten, den vielleicht allzu skizzenhaften Charakter dieser Studie zu entschuldigen, so wird man es noch eher verzeihen, daß aus der Literatur nur jeweils die Hauptvertreter genannt und polemische Auseinandersetzungen auf das geringste Maß beschränkt werden.

und den Rechtsfolgen der Lehre Ernst machten, deren [176] Umfang und Inhalt kennen gelehrt, zugleich aber schon häufig Verbesserungen versucht, noch häufiger schwerwiegende Zweifel enthüllt. Von demselben Boden aus ergeben sich ganz auseinanderstrebende Meinungen, deren Verschiedenheiten ein ausländischer Beobachter vielleicht noch nicht genügend würdigt, wenn er urteilt: *la letteratura – assai ricca in Germania – ponendosi da punti di vista diversi, si disperde in una miriade di opinioni, e giunge anche ai principî apparentemente più disparati, se pure in realtà punto dissonanti*⁴. Manches mißvergünstigte Tadelswort ist bereits gefallen; und immer öfter wird das gesetzliche Fundament für die Mängel der darauf errichteten Konstruktionen verantwortlich gemacht. Aber niemand hat noch auf den tiefsten Punkt nachgraben wollen.

Die ganze Lehre steht und fällt mit jenem Satz, der in § 306 zu ebenso lapidarem Ausdruck gelangt ist, wie in der *Celsinischen* Regel. *Impossibilium nulla obligatio*. Diesen Satz gilt es zu prüfen, logisch, historisch und praktisch. Mag für die Rechtsanwendung das Gebiet des Unvermögens und der teilweisen Unmöglichkeit die auffallendsten Schwierigkeiten bergen, an theoretischer Wichtigkeit steht obenan die eigentliche und dauernde Unmöglichkeit, zumal die anfängliche, der Ur- und Hauptsitz des Dogmas und damit der in den §§ 275, 280–283, 306–308, 323–325 und allen ihren Folgebestimmungen (bes. auch §§ 2171 f., 2192 in der gegenwärtigen Fassung) niedergelegten Doktrin.

II. Das Verhältnis zwischen Leistungspflicht und Unmöglichkeit

Es ist uns ein selbstverständliches Dogma geworden, daß der Satz *impossibilium nulla obligatio* in der natürlichen Logik gegründet sei. In der Regel⁵ erachtet man es für überflüssig, andere Gründe für dieses Theorem aufzustellen.

Die Obligation enthält ein ethisches Soll, sagt *Hartmann*⁶ in seiner berühmten, oft und oft angerufenen [177] Darstellung, „eine ethische Notwendigkeit. Also kann auch ebensowenig wie das, was notwendig eintreten muß, in obligatione sein das, was notwendig nicht eintreten kann. In diesem letzteren Sinne ist der Satz „*impossibilium nulla obligatio*“ ein bloßer Ausfluß des logischen Satzes vom Widerspruch“. „Unmögliches

⁴ (*Mario Ricca-Barberis*, *Rivista di diritto commerciale*, Marzo-Aprile 1907, p. 155.

⁵ Ausnahmen sind *Titze* (unten S. 180 [hier S. 7]) und *H. A. Fischer*, Unm. 1–6. Beide gründen den § 306 auf die Billigkeit.

⁶ *Hartmann*, *Die Obligation* 173; *Dogm. Jahrb.* 22, 418.

kann nicht geleistet, daher nicht geschuldet werden“, lehrt *Dernburg*⁷. Ja, heute leitet man, offenbar im Geiste der Redaktoren, sogar den § 306 – ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig – „aus der inneren vernünftigen Natur des Rechts“⁸ ab, und ein Autor erklärt, gar nicht eigens den § 306 zu brauchen, um dessen Inhalt anzuerkennen⁹. Das letztere ist aber zweifellos unrichtig. Man war doch im gemeinen Recht so ziemlich einig geworden, daß trotz Unmöglichkeit der Leistung der *Vertrag* bestehen könne, sofern nur an die Stelle der ursprünglichen Leistung deren Geldäquivalent trete. Das Gesetz selbst teilt diese Anschauung, indem es den Vertrag bei verschuldeter nachfolgender Unmöglichkeit andauern läßt (woran kein Zweifel statt hat), und mit dem Rechtsatz des § 437^{10,11}. Auch das gehört hieher, daß das anfängliche Unvermögen den Kontrakt unberührt läßt¹²; denn daß ein solches für den Schuldner „wahre“ Unmöglichkeit bedeute, wird überwiegend und mit Recht anerkannt. [178].

Ist es nun wenigstens natürliche Logik, wie alle Welt behauptet, daß das Unmögliche, z. B. die Leistung einer vernichteten Sache, nicht in obligatione sein kann? Es scheint mir, gegen diese Logik erhebt sich ein recht hausbackenes Bedenken. Woher wissen wir, daß die Obligation eine Notwendigkeit enthalte, nenne man sie nun ethisch oder wie immer? Die Sprache ist eine gute Logikerin. Die Obligation enthält ein Soll, und

⁷ *Dernburg*, Pnd. 2, § 16; Bürg. R. 2, § 60: „natürlicherweise und mit zwingender Kraft“. Ebenso z. B. *Kisch*, Kr. Vjschr. 44, 539 und neuestens *Krückmann*, S. 60, 119, allerdings mit eigenartiger näherer Ausführung S. 61 f.

⁸ *Rebberin*, BGB¹ 2, 152 n. 4. Vgl. Mot. z. E. I, 2, 45.

⁹ *Kleineidam*, Unm. 83 vgl. 35 u. Dogm. Jb. 43, 124.

¹⁰ Daß die Leistung einer nicht bestehenden Forderung objektiv unmöglich ist, sollte doch nicht mehr bestritten werden.

¹¹ Die Mehrheit der zweiten Kommission, der ähnliches, freilich in unzureichender Fassung entgegengehalten wurde, gewährte darauf den Orakelspruch: diese Fälle „beweisen nicht die Unrichtigkeit der Regel, sondern enthalten Einschränkungen derselben, das Verständnis der einschränkenden Bestimmung werde durch die Aufstellung der Regel gefördert“, (1, 449).

¹² Z. B. *Planck* 2³, 68. *Cosack* § 98. Abweichend *Titze*, Unm. 71; Krit. Vjschr. 45, 359, dessen Behandlung des Unvermögens mit Recht allgemein abgelehnt wird. In der Hauptsache stimme ich dennoch mit ihm bis hieher zu meiner Freude überein. Auf seine Ausführungen über die positivrechtliche Natur des Dogmas Unm. S. 239 bis 242 möchte ich nachdrücklich verweisen. Der Satz, daß bei Unvermögen der Schuldner ohne weiteres auf das Interesse hafte, ist neuerdings von *Siber*, Dgm. Jb. 50, 268 angegriffen. Vgl. aber gegen die Auslegung seiner Hauptstelle D. 19, 1 l. 55 *Mélanges Gérardin* (s. unten S. 193 [hier S. 18]) S. 485; und auch im übrigen dürfte seine Beweisführung nicht überzeugen.

Sollen ist nicht Müssen. Daraus, daß ich etwas nicht leisten kann, folgt notwendig, daß ich es nicht leisten *werde*¹³; oder besser gesagt, das eine ist dasselbe wie das andere, es sind verschiedene Ausdrucksweisen für das gleiche apodiktische Urteil. Mitnichten folgt aber daraus, daß ich es nicht schuldig sein kann. Die Obligation verläuft vielleicht im Sande, die Stipulation ist inutilis. Aber sie kann doch, rein *logisch* betrachtet, existieren, als das Band zwischen den Personen, das sie ist. Die Obligation enthält nur ein Soll; aber dieses auch, wenn der Schuldner insolvent ist und sein Konto im Schicksalsbuche lauter „Soll“ und gar kein „Haben“ verzeichnet.

Mit der reinen Logik hat unser Satz wohl auch weniger zu tun, als mit einem vagen Gefühl für die „Vernunft im Recht“. Klarer wird bisweilen auf den „Vertragszweck“ hingewiesen. Zweifellos beherrscht vernünftigerweise der Zweck das Recht. Die Gesellschaft als auf gemeinschaftlichen Interessen beruhende Organisation endigt, wenn die Erreichung ihres Zweckes unmöglich wird (§ 726). Aber die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Gesellschafter-Verpflichtung gibt auch nach dem Gesetz, § 723, nur ein Kündigungsrecht. Der Vertragszweck, den man bei obligatorischen Ansprüchen im Auge hat, läßt sich gar nicht anders als vom Standpunkte des Gläubigers aus fassen. Er [179] ist notwendig subjektiv charakterisiert und deckt sich mit demjenigen, was das Gesetz das Interesse des Gläubigers nennt, wenn es in §§ 280, 325 den Gläubiger berechtigt, bei teilweiser Unmöglichkeit den noch möglichen Teil der Leistung abzulehnen. Man mag nun allenfalls der Meinung sein, daß das Interesse fehle und daß dessen Mangel auf das Obligationsband selbsttätig einwirke, falls der Gläubiger das, was er aus der Obligation erhalten soll, bereits anderweitig hat oder erhält, obwohl ein allgemeiner Satz dieses Inhalts bereits auf naheliegende, durch die Lehre vom *Concursus duarum causarum* unterstützte Bedenken stoßen würde. Findet aber vollends das Interesse des Gläubigers an der Leistung auch außerhalb des Schuldverhältnisses keine Befriedigung, so ist es gar nicht selbstverständlich, daß die Undurchführbarkeit der Leistung ohne weiteres gegen den Gläubiger wirken soll. Ob es nicht vielmehr in der Hand des Gläubigers liege, daß er aus der durch die Umstände herbeigeführten Veränderung seines Interesses die Konsequenzen ziehe, das zu bestimmen, ist mindestens Sache

¹³ Nur in diesem Sinn paßt *Dernburgs* (a. a. O.): das Parlament kann aus einem Weib keinen Mann machen, und *Ulpianus* D. 50, 17 l. 31: *Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere.* – *Τῶν δ' ἀδοκίτων πόρον ἦρε θεός!* Eurip. *Medeia* 1415.

der gesetzlichen Ordnung. Dieser Gesichtspunkt führt zu der eben erwähnten Norm der §§ 280, 325 und vielleicht allgemeiner zu dem von manchen betonten Zurückweisungsrechte des Gläubigers wegen mangelnden Interesses¹⁴. Er könnte auch dem Gläubiger in der einen oder andern Weise dazu verhelfen, daß er von dem wegen gänzlicher Unmöglichkeit für ihn nutzlosen Anfangsverhältnis loskomme, insbesondere daß er statt der unmöglichen Leistung den Schadenersatz begehren oder den Rücktritt wählen dürfe. Entsprechendes gilt von der Wandelung nach § 634 Abs. 2.

Löst man aber den *Schuldner* ohne weiteres von der Obligation ab, so sprechen offenbar weniger rechtsphilosophische, als rechtspolitische Erwägungen mit. Der *Staat* darf unter Umständen ein Urteil oder die Zwangsvollstreckung, die sich auf Unmögliches richten, verweigern. Doch warum und wann? Kein spezifisch privatrechtlicher Grund schlägt hier ein, sondern das Prinzip der Ökonomik der Rechtspflege. Die Organe des Staates sollen nicht zu zwecklosen [180] Maßnahmen erhalten. Aus diesem Gesichtspunkt dürfte in der Tat denjenigen Rechtsgeschäften die Sanktion zu versagen sein, die handgreiflich widersinnige Versprechungen enthalten. Die *Stipulatio hippocentaurum* dari verdient keinen staatlichen Schutz¹⁵. Ferner hat die Exekutionsinstanz die Zwangsvollstreckung nur bis zur Feststellung der Unmöglichkeit zu treiben. Denkbar wäre es schließlich, auch für das Erkenntnisverfahren Entsprechendes abzuleiten. Wenn zweifellos *feststeht*, z. B. daß die geschuldete Sache untergegangen ist, so scheint es keinen Sinn zu haben, das Urteil noch auf die Sache zu richten. Würde diese Betrachtungsweise durchgreifen – und auf sie scheinen sich im Grunde die gegenwärtig verbreiteten Gedanken zu reduzieren – so wäre etwa eine prozeßhindernde Einrede gegen das klägerische Begehren auf Leistung am Platze. Allein, man darf sich doch nicht nur um das schuldnerische und das vermeintliche öffentliche Interesse kümmern. Für den Gläubiger ist anerkanntermaßen¹⁶ das auf eine unmögliche Leistung gerichtete Urteil nicht an sich wertlos, wie ein Blick auf § 283 BGB ergibt, welcher zugleich ein solches Urteil gestattet. Es fragt sich also nur, von welchen Fällen dies gelte. Ausgeschlossen ist es nicht, daß ein Gläubiger gar kein Interesse an dem Urteil habe; er *weiß*, daß die Leistung unmöglich ist und verlangt sie *lediglich*,

¹⁴ Dafür jetzt besonders *Krückmann* S. 238 ff. 285.

¹⁵ Vgl. unten S. 227 [hier S. 47].

¹⁶ Vgl. bes. *Titze*, Unm. 30 f. 113, der auch mit Recht behauptet, dieses Urteil sei nicht nichtig. Schon darin liegt indessen eine prinzipielle Abweichung von der römischen Schuldlehre, vgl. D. 49, 8 l. 3.

um den Schuldner in einen überflüssigen Prozeß zu verwickeln. Für einen solchen gewiß ungewöhnlichen Fall der *Chikane* braucht man aber keinen besonderen Rechtssatz. Nehmen wir an, daß es das *Recht* des Gläubigers ist, das Petit auf die ursprüngliche Leistung zu stellen, so ist die Ausübung grundsätzlich nicht an den Nachweis eines Interesses gebunden, scheidet aber trotzdem nach § 226 BGB, wenn die Ausübung nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen. – Hiervon abgesehen, erübrigt demnach als Hauptfrage: Ist es immer Sache des Prozesses, zu untersuchen, ob Unmöglichkeit vorliegt? Dagegen spricht vor [181] allem das Interesse des Gläubigers, sich erst in der Zwangsvollstreckung selber von der Sachlage zu überzeugen. Dagegen sprechen aber noch viel gewichtigere Umstände. Ich behaupte geradezu, der Prozeß habe sich der Natur der Sache nach, und auch im geltenden Recht, das hierfür an keine Norm gebunden ist – mit jener Untersuchung grundsätzlich nur zu befassen, sofern entweder der Gläubiger sich auf die Unmöglichkeit stützt¹⁷ oder der Schuldner auf ihrem Grunde seine völlige, ersatzlose Befreiung geltend macht. Wenn man heute mit all den weitwendigen und, wie dickleibige Bücher zeigen, unendlich schwierigen Fragen, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen oder Möglichkeit, ob dauernde oder zeitweilige, gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit bestehe, jeden Prozeß belasten will, wo es dem Schuldner beliebt, sich auf die Unmöglichkeit zu berufen, oder wenn man sogar das Versäumnisverfahren damit beschweren will, so ist doch gar nichts anderes maßgebend, als immer wieder die begriffliche Erwägung, daß eben die dauernde Unmöglichkeit und nur sie den Forderungsgegenstand verwandle. Mit den Früchten dieses Lehrsatzes müssen wir uns noch ein wenig befassen.

1. *Die Klage auf Naturalerfüllung* bei objektiver Unmöglichkeit wird jetzt wie im gemeinen Recht fast einstimmig abgelehnt¹⁸; soweit ich sehe, stets deshalb, weil das Forderungsrecht nicht auf Unmögliches gehen könne. Bleibt man dem Prinzip treu, und führt man nicht eine Abweichung „aus praktischen Gründen“¹⁹ ein, so gilt dann [182] die gleiche Ab-

¹⁷ Nach *Kisch*, Unm. 125, soll aus dem Fortbestand der Leistungspflicht notwendig folgen, daß der Gläubiger nicht auf Geld klagen darf. Deshalb lehnt *Kisch* die Grundanschauung selbst ab. Ich kann die Richtigkeit des Schlusses nicht einsehen. Der Gläubiger muß ja nicht immer nur ein einziges Recht haben; § 325 gibt ihm ein ganzes Bündel von Rechten.

¹⁸ Vgl. *Oertmann*, Schuldv. 2 84.

¹⁹ So *Kisch*, Unm. 126: „Die Erfüllungsklage ist statthaft, nicht weil das bestehende Unvermögen den Leistungsgegenstand unberührt läßt, sondern weil die Tatsache des Unvermögens erst noch mit allen Mitteln des Prozeß- und Zwangsvollstreckungs-

lehnung auch bei einem Unvermögen²⁰. Nun ist aber das Bedürfnis nach einer solchen Klage kaum bestreitbar. Es wird zwar bei den deutschen Gerichten nicht oft vorkommen, daß bei einer durch den Beklagten verschuldeten Unmöglichkeit nicht bloß die Klage auf die ursprüngliche Leistung abgewiesen, sondern der Kläger sogar in die Kosten verfällt wird²¹; obgleich man zu lehren pflegt, daß bei Wegfall des Anspruchs vor der Klageerhebung der Kläger die Kosten unbedingt trägt²². Auch mag die Änderung des klägerischen Vorbringens nach ZPO § 268 Z. 3 und die eventuale Verbindung der Ansprüche auf ursprüngliche Leistung und Schadensersatz arg. ZPO § 260 eine gewisse Abhilfe gewähren. Aber das Bedürfnis nach der Klage auf Naturalerfüllung bleibt unverkennbar, wenn man dem Gläubiger die Vorteile des § 283 voll sichern will; es stellt sich in größter Schärfe ein, wenn der Gläubiger den Geldersatz noch gar nicht will, z. B. weil er die Unmöglichkeit bestreitet oder sie für eine vorübergehende hält oder weil er seinen Schaden später besser nachweisen zu können glaubt²³. Mit welchem Rechte nimmt man ihm die [183] Befugnis, dennoch ein rechtskräftiges, den Beklagten verurteilendes und nicht bloß

verfahrens ermittelt werden soll.“ Aber: 1. Diese Feststellung kann bisweilen sofort geschehen und es fragt sich, ob man sie zulassen soll; 2. derselbe Grund paßt auf die objektive Unmöglichkeit.

²⁰ Oertmann a. a. O.

²¹ Dies ereignet sich aber in Österreich, was *Krasnopolski*, Die Verjährung der Entschädigungsklagen nach österr. Recht, Öst. Zentralblatt f. d. jur. Prax. 25, 1907, Heft 3 (Sep. A. 57) mit treffenden Worten als das Rechtsgefühl verletzend rügt. Vgl. zur Kostenfrage jetzt bes. *Krickmann* 185 ff., der S. 187 mit Recht darauf hinweist, daß auch bei befreiender Unmöglichkeit der Schuldner bis zum Beweise die Kosten tragen muß.

²² Vgl. *Stein*, ZPO, 8.–9. Aufl., 1906, zu § 91 N. 11 u. S. 260. Übrigens wird, wenn der Gläubiger seinen Antrag auf die Kosten beschränkt, die Analogie des § 268 Z. 3 ZPO angerufen. Man könnte also doch wohl den Gläubiger hiezu berechtigen, nicht bloß wegen der Ereignisse, die nach der Klageerhebung eintreten, sondern so, wie man es bei § 268, 3 tut, auch wegen der dem Gläubiger erst nach diesem Zeitpunkt *bekannt gewordenen* Ereignisse.

²³ Daß das Urteil auf Schadensersatz den Erfüllungsanspruch dauernd beendet, darin bin ich mit *Kisch*, Unm. 125 N. 6 einig. (And. Mein. freilich *Siber* 227.) Denn das Urteil geht bereits auf Geld, und soweit etwa dem Gläubiger ein Feststellungsurteil über das Bestehen des Ersatzanspruches ohne Angabe eines Betrages erreichbar wäre, dürfte man nicht unter dem „Schadensersatz“ nachträglich die tunliche Wiederherstellung verstehen. Auch nützt nicht einmal (einstweilen) in dem im Text zuletzt genannten Fall eine bejahende Vorabentscheidung über den Grund des Schadensersatzes gemäß ZPO § 304. Um eine solche zu fällen, muß das Gericht davon überzeugt sein, daß ein Schaden entstanden ist, *Stein* a. a. O. S. 720, N. 30.

dessen Verbindlichkeit als eine zukünftige oder bedingte anerkennendes Urteil zu erlangen? Ein Feststellungserkenntnis, das auf eine bloß zukünftige²⁴ Leistungspflicht gerichtet ist, wäre überdies geradezu materiell falsch, wenn sich hinterdrein herausstellt, daß die Unmöglichkeit gar nicht besteht. Am meisten zu bedauern sind bei all den Finessen der herrschenden Lehre die Gerichte. Das Einfachste ist bei weitem das Beste: so lange der Schuldner nicht seine endgültige völlige Befreiung nachgewiesen hat – in welchem Falle das Gesetz allerdings Aufschub der Entscheidung wegen der subjektiven Zweifel des Gläubigers nicht gestattet – muß dem Gläubiger auf sein Begehren das kondemnierende Urteil erteilt werden. Merkwürdigerweise ist dies gegenwärtig in einer sehr einsichtigen Reichsgerichtsentscheidung (E 54, 28) und zwar gerade in einem Falle objektiver Unmöglichkeit gebilligt, wo man meinen sollte, daß nach der Doktrin vom Ipso jure-Erlöschen der Verbindlichkeit jeder die Unmöglichkeit anrufende Beklagte den Klagegrund (qualifiziert) leugnet. Aber das Reichsgericht hat diesen Widerspruch²⁵ nicht hinreichend erkannt, wenn es meint, sich auf die „allseits anerkannte“ Fortdauer des ursprünglichen *Schuldverhältnisses* stützen zu dürfen.

Die Beklagte hatte Rotationsdruckpapier in specie zu liefern, stellte aber in der erstinstanzlichen Verhandlung unter Beweis, daß das Papier längst verbraucht sei. Sie wurde ohne Eingehen auf diese Behauptung zur Leistung verurteilt. Die Revision hebt hervor, daß der Kläger irgendwelchen Schaden nicht werde nachweisen können. Das RG verwirft die Revision. „Die Unmöglichkeit wäre“ – wenn die Tatangaben richtig sind – „von der Beklagten selbst nach Entstehung ihrer Verpflichtung durch eine vertragswidrige [184] Handlung herbeigeführt, und deshalb dürfte sie sich hierauf nicht berufen.“ „Die Vollstreckung eines Urteils, das nicht vollzogen werden kann, verbietet sich freilich von selbst, und ebenso ist es richtig, daß ein Urteil auf eine Leistung, dessen Unmöglichkeit bereits feststeht, nicht zu erlassen ist. Ganz anders liegt dagegen die Sache, wenn die Unmöglichkeit zwar behauptet, aber noch nicht erwiesen ist.“ Aber der Schuldner wird gar nicht zum Beweise zugelassen: „steht schon fest, daß der Schuldner die Unmöglichkeit, *wenn* solche vorliegen sollte, zu vertreten, vielleicht gar selbst herbeigeführt hat, so darf er sich hierauf nicht berufen, um den Gläubiger zu zwingen, seinen Schaden

²⁴ *Krückmann* 102: „Der Gläubiger kann *selbstverständlich* nicht auf die Leistung als auf eine gegenwärtige klagen.“

²⁵ Gegenteilig meint *Siber* 225, das RG halte die materiell- und prozeßrechtlichen Fragen noch nicht genug *auseinander*.