



This is the **accepted version** of the journal article:

Stagl, Jakob Fortunat. «Eine flucht nach Rom : der geistige Weg Ernst Rabels». *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis = Legal History Review*, Vol. 79 Núm. 3-4 (2011), p. 533-552. DOI 10.1163/157181911X596420

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/306019>

under the terms of the CC BY NC license

Eine Flucht nach Rom

Der geistige Weg Ernst Rabels

Priv.-Doz. Dr. jur. Dr. Jakob Fortunat Stagl

Fassung 25. Feb. 2011

I. Das Dilemma der Juden in der Habsburgermonarchie

„A Jew in *lederhosen* does not become a Tyrolean“, so ein Aperçu *Ernest Gellners* zum Dilemma der Juden in der Habsburgermonarchie¹. *Gellner*, ein Schüler des wegen seiner jüdischen Herkunft aus Wien vertriebenen *Karl Popper* und einer der bedeutendsten Soziologen und Philosophen des 20. Jahrhunderts wußte wovon er sprach, mußte doch auch er – gleichfalls wegen seiner jüdischen Herkunft – 1939 seine Prager Heimat verlassen. Was meinte er mit diesem absurd klingenden Satz?

1. Habsburgerischer Völkerzank

Die Habsburgermonarchie² war der übernationale Staat par excellence – mit seinen typischen Problemen. Die zwei großen Völker der Deutschen und Magyaren

* Der Artikel basiert auf einem Vortrag, den ich als „Antrittsvorlesung“ im Rahmen des Habilitationsverfahrens an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn im Dezember 2007 gehalten habe. Die Liste all derer, die mir geholfen haben, ist unendlich lang, fast so lang wie die Geschichte der Veröffentlichung dieser Arbeit.

¹ Ernest Gellner, *Language and solitude, Wittgenstein, Malinowski and the Habsburg Dilemma*, Cambridge 1998, 82.

² Zur Habsburger Monarchie am besten: Robert A. Kann, *A History of the Habsburg Empire 1526-1918*, Los Angeles, Calif./London 1974; und allgemein das Sammelwerk: *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Wien 1973-2006 (derzeit), Band I-VIII (derzeit) herausgegeben im Auftrag der Kommission für die Geschichte der österreichisch-ungarischen Monarchie von Adam Wandruszka, und Peter Urbanitsch; seit Band VII herausgegeben im Auftrag der Kommission für die Geschichte der Habsburgermonarchie von Helmut Rumpler, und Peter Urbanitsch. Zum Nationalitätenproblem ist das Standardwerk Robert A. Kann, *Das Nationalitätenproblem der Habsburgermonarchie*, 2 Bde., Graz 1964; nach wie vor wichtig Josef Redlich, *Das österreichische Staats- und Reichsproblem – geschichtliche Darstellung der inneren Politik der habsburgischen Monarchie von 1848 bis zum Untergang des Reiches*, Leipzig (1920); zur Kulturgeschichte Carl. F. Schorske, Wien: *Geist und Gesellschaft im „Fin de Siècle“*, München 1982.

beherrschten eine Reihe von kleineren Völkern. Diese kleineren Völker wollten den Staat verlassen, sei es, um neue Nationalstaaten zu gründen, sei es, um sich bestehenden Nationalstaaten anzuschließen, wie etwa die Italiener, die sich nicht ‚erlöst‘ fühlten, solange Teile von ihnen in der Monarchie lebten. Die beiden ‚Herrenvölker‘ wiederum waren nur unter der Bedingung bereit, weiter an der Monarchie teilzunehmen, dass ihnen die Möglichkeit geboten wurde, die kleinen Völker zu dominieren. Dies erhöhte im Gegenzug deren Neigung sich aus der Monarchie zu verabschieden. Der Katholizismus und die Treue zum Kaiserhaus verloren zusehends die Kraft, das Ganze zusammenzuhalten. Das hatte sich 1848 unmissverständlich gezeigt. Und während man darauf wartete, dass der Staat endlich auseinanderfallen würde, stritt man unablässig, um sich selbst auf Kosten anderer Völker und immer zu Lasten der Zentralgewalt möglichst autarke eigene Strukturen zu schaffen.

Grob gesagt gab es hier nur zwei Lösungen: Entweder die Monarchie würde auseinanderbrechen oder aber man müsste zu einer Einheit finden. Dementsprechend gab es in dieser Frage zwei Lager: Die wohl überwältigende Mehrheit dachte nationalistisch, war also nur auf das Schicksal ihres Volkes bedacht und damit der Monarchie feindlich gesonnen. Eine kleine Gruppe aber dachte übernational, weil sie wusste, dass sie in den neuen Nationalstaaten nur verlieren könnte. Zu dieser kleinen Gruppen gehörten die hohen Funktionsträger des Reiches, der höhere Adel und – mit besonderer Vehemenz – die Juden. Sie waren das „Staatsvolk“ der Monarchie³. Den Juden war die Gefahr bestens bekannt, dass der ethnisch, um nicht zu sagen rassistisch denkende Nationalismus sie als Fremde und damit als Menschen minderen Rechts behandelt würde, wenn er nach dem Untergang des Reiches zur Herrschaft kommen würde⁴. Zugleich bot ihnen das Reich nach 1848 fast unbeschränkte Entfaltungsmöglichkeiten, wobei im Staatsdienst *de*

³ Beller, Wien, 198; Gellner, Language, 11 f.

⁴ Mit reichen Nachweisen George V. Strong, Seedtime for Fascism – The disintegration of Austrian political culture, 1867-1918, New York/NY 1998, 77 f., 119 f. Sehr anschaulich Brigitte Hamann, Hitlers Wien, München 1996.

facto ein christliches Bekenntnis erforderlich war⁵: Joseph Unger zum Beispiel (1828-1913), Pandektisierer des österreichischen Zivilrechts und nachmals Präsident des Reichsgerichts von 1881 bis zu seinem Tode, ist ein glänzendes Beispiel für eine solche Karriere⁶ und erklärt die ansonsten schwer verständliche Koalition von Thron und politischem Liberalismus⁷. Ein sehr beeindruckendes Beispiel für die Haltung der Juden zur Habsburgermonarchie ist Eugen Ehrlich (1862-1922) – ein Jude aus Wien, von Hause aus Professor für Römisches Recht, aber weltberühmt geworden durch die von ihm begründete Rechtssoziologie⁸. Nach dem Ersten Weltkrieg vertrieb ihn die Studentenschaft mit antisemitischer Hetze von seinem Lehrstuhl in Czernowitz – vormals die östlichste Universität des Reichs, nunmehr ein Teil von Rumänien⁹. Das Wohlergehen der Juden – so musste es scheinen – war an den Bestand der übernationalen Monarchie geknüpft. So verteidigt *Ehrlich* während des ersten Weltkriegs die Monarchie gegen den Vorwurf, sie sei ein „Völkerkerker“:

„At the present moment there exists no Austrian nationality in the sense for instance, that English nationality is spoken of, as comprising English, Scotch, Welsh and some colonials [...] Nevertheless the Austrian nation [*sic!*] is growing steadily beneath our eyes [...] Poles, Bohemians, Serbs and German Austrians do not feel as strangers to one another [...] When Austrians of different races meet in a foreign country, they greet each other as countrymen [...] There is no doubt about it, that there exists something like an Austrian nation¹⁰“.

⁵ Steven Beller, Wien und die Juden 1867-1938, Wien u.a. 1993, 206-208.

⁶ Hierzu Jakob Fortunat Stagl, Die Rezeption der Lehre vom Rechtsgeschäft durch Josef Unger, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2007, 37-55 mit weiteren Nachweisen.

⁷ Gellner, Language, 32.

⁸ Zu Person und Werk Manfred Rehbinder, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, Berlin 1967; zu den erwähnten Ereignissen, 17 f., und Hugo Sinzheimer, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1953, 187-201, sowie Stefan Vogel, Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich(2003).

⁹ Zur besonders schwierigen Lage der Juden in Rumänien kurze Hinweise bei Dan Diner, Zweierlei Emanzipation – Westliche Juden und Ostjuden gegenübergestellt, in: Dan Diner, Gedächtniszeiten – Über jüdische und andere Geschichten, München 2003, 130, 255 f.

¹⁰ The National Problems in Austria, in: International Congress for the Study of the Principles of a Durable Peace, Berne 1916, Den Haag 1917, 39 f. In der gewaltigen Studie Kanns über das „Nationalitätenproblem“ kommt diese Idee einer „Habsburgischen Nation“ nicht vor; sie ist radikal und hätte gerade das vernichtet, was Kann teuer war: die Pluralität der Habsburgermonarchie.

Ehrlich versucht hier nichts anderes, als das gute Dutzend österreichischer Völker in eine Nation zusammenzufassen, die man, um Missverständnisse zu vermeiden, am besten als die ‚habsburgische Nation‘ bezeichnen sollte¹¹. Der hiermit gespannte Bogen ist so groß, dass er praktische alle Volksgruppen mit einbezieht (Slawen, Germanen und Romanen) und alle Buch-Religionen (Juden, Katholiken, Orthodoxe, Protestant, Reformierte und Muslime). Und das einzige, was all diese Menschen verbinden sollte, war der Wille und das Gefühl, eine Einheit zu bilden.

Für die Habsburgermonarchie war es eine Frage des Überlebens, das Allgemeine im Besonderen zu suchen, den erst romantischen und dann völkischen Nationalismus zu überwinden. Nur wenn dies gelang, war es möglich, diesen Staat zu retten. Und die Juden mussten als Gruppe ein besonderes Interesse hieran haben. Gellners einleitendes Aperçu bezog sich auf *Ludwig Wittgenstein* (1889-1951): Wie sollte ein Jude in der Monarchie seinen Platz in der Gesellschaft definieren, welche Tracht sollte er tragen in einer Zeit, in der alle Nationen begannen, sich in Tracht zu kleiden? Wenn man – wie gängig – das 19. Jahrhundert als das Jahrhundert des Nationalismus bezeichnet, dann wird man wohl damit meinen, dass ab diesem Jahrhundert die Bindung an das eigene Volk gegenüber anderen Bindungen wie Familie, Clan, Kirche, Stadt, historische Einheit (Böhmen!), Kaiserhaus überragende Bedeutung bekam; dies wohl vor allem wegen der Bedeutung der Sprache in der modernen Gesellschaft¹². Sprachkenntnis ist eine unerlässliche Voraussetzung für gutes Fortkommen in einer mobilen und aufgrund ihrer Wirtschaftsform großflächigen und standardisierten Gesellschaft, und Gemeinsamkeit der Sprache stiftet Zusammengehörigkeitsgefühl. Das zeigt sich in neuerer Zeit exemplarisch in der Geschichte Indiens: die historisch entstandenen Grenzen der Bundesstaaten wurden nach 1949 permanent nach

¹¹ Ein bedeutender Exponent dieser Richtung ist z.B. Constant von Wurzbach. In seinem von ihm alleine in titanischer Arbeit verfassten Werk „Biographisches Lexikon des Kaiserthums Österreich, enthaltend die Lebensskizzen der denkwürdigen Personen, welche 1750 bis 1850 im Kaiserstaate und in seinen Kronländern gelebt haben“, 60 Bde., Wien 1856-1891, finden sich nach einem ausstudierten, aber nicht pedantischen Proporzsystem Biographien von Personen aller Nationen, Stände und Berufsgruppen.

¹² Gellner, Nations, 19-38, ders., Language, 26-29, und Justin Stagl, Zur Phänomenologie der Nationalkulturen, in: „Dürfens's denn das?“ Die fortdauernde Frage zum Jahr 1848, Sigurd Paul Scheichl/Emil Brix (Hgg.), Wien 1999, 255-261.

sprachlich-nationalistischen Kriterien verändert¹³. Obwohl – oder gerade weil? – die Sprache das Entscheidende war, begriff man zumindest in den nationalistischen Ideologien auf dem Boden der Habsburgermonarchie die Sprachgemeinschaft als Abstammungsgemeinschaft (*ethnos*), als Zusammenschlüsse von Verwandten¹⁴. Und diese Gemeinschaften würden sich den Juden verschließen, wenn sie auch noch so fest und mit noch so großen Geschenken an ihre Türen klopfen würden.

Wenn man nach den Gründen sucht, warum sich die nationalen Gemeinschaften gegen die Juden verschließen wollten, wird man zum einen sagen müssen, dass sie, die Juden, in einer zumindest geglaubten Abstammungsgemeinschaft *per definitionem* immer nur Fremde sein konnten. Zum anderen waren die Juden soziologisch gesehen oftmals Träger und Symbol der Moderne und ihrer Begleiterscheinungen¹⁵: also der kapitalistischen Wirtschaftsform und der diese absichernden liberalen Weltanschauung. Und gegen die große, kalt-rationalistische, gestaltlose Welt der von den Juden getragenen Moderne sollten die alttümelnden Häuser der Nationalgemeinschaften ja gerade Schutz bieten¹⁶. Dritter Grund ist natürlich der traditionelle europäische Antisemitismus, wie er vor allem im religiös motivierten Antisemitismus der christlich sozialen Bewegung weiterlebte¹⁷: „Closed roots against universalism, *Blut und Boden* against bloodless cosmopolitanism“, war die Lösung dieser Zeit¹⁸.

Der im „Judenstaat“ des Budapesters *Theodor Herzl* (1860-1904) begründete Zionismus lässt sich als Reaktion auf diese Situation lesen: Wenn ihr uns nicht in Eure Abstammungsgemeinschaften eintreten lasst, dann machen wir eben unsere eigene, nämlich Israel¹⁹. Das war freilich zu Zeiten der Monarchie eine Utopie und keine politische Möglichkeit. Die einzige Möglichkeit für die Juden bestand darin, für den

¹³ Ramachandra Guha, India after Gandhi: The History of the World's Largest Democracy, New York (2007).

¹⁴ Derselben Einschätzung Diner, Gedächtniszeiten, 252 f.

¹⁵ Ernest Gellner, Nations and Nationalism, Ithaca, NY 1983, 104 f. Dan Diner, Kreisläufe, Berlin 1995, 17.

¹⁶ Gellner, Language, 19.

¹⁷ Hierzu Beller, Wien, 211-216.

¹⁸ Gellner, Language, 38. Man lese hierzu das einleitende Kapitel über die Donaumonarchie in Hitlers *Mein Kampf*, München 1941.

¹⁹ Gleichsinnig Dan Diner, Gedächtniszeiten, 127 u. 250.

Fortbestand der Monarchie zu kämpfen und, sollte diese nicht mehr bestehen, den Nationalismus ideologisch zu bändigen. Wie dies auf der Ebene der Jurisprudenz geschah, das sei im Folgenden am Beispiel *Ernst Rabels* untersucht.

2. Die Person Ernst Rabels

Rabel (1874-1955) war einer der großen Juristen des 20. Jahrhunderts. Er war ein Held zweier Welten: zunächst des Römischen Rechts, also des Studiums des Rechts des antiken Rom, später der Rechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts²⁰. Seine Schriften sind Klassiker der Jurisprudenz geworden²¹, nicht nur in Europa, sondern auch in seiner zweiten Heimat, den Vereinigten Staaten von

²⁰ Über Rabels Person und Werk: Ulrich Drobnig, Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung, Zum 50. Todestag von Ernst Rabel: ZEuP 2005, 821-831; David J. Gerber, Sculpturing the agenda of comparative law: Ernst Rabel and the facade of language, in: Anneliese Riles (Hg.), Rethinking the masters of comparative law, Portland, OR 2001, 190-209; Gerhart Husserl, Ernst Rabel – Versuch einer Würdigung, in: Juristenzeitschrift 1956, 385-392; 430-434; Max Kaser, Ernst Rabel, Iura 7 (1956) 621-625.; Gerhard Kegel, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 54 (1990) 2-23; ders., Ernst Rabel (1874-1955) – Vorkämpfer des Weltkaufrechtes, in: Helmut Heinrichs/ Harald Franzki/Klaus Schmalz/Michael Stolleis (Hgg.): Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, 572-581; Wolfgang Kunkel: Ernst Rabel als Rechtshistoriker, in: Hans Dölle, u.a. (Hgg.), Festschrift für Ernst Rabel, I, Tübingen 1954, 2-6; Hans G. Leser, Ein Beitrag Ernst Rabels zur Privatrechtsrechtsmethode: „Die wohltätige Gewohnheit, den Rechtsfall vor der Regel zu bedenken“, in: Claudius Ficker u.a. (Hgg.), Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, 891-906; Ernst Rheinstein, Gedächtnisrede für Geheimrat Professor Dr. Ernst Rabel, in: Juristische Rundschau 1956, 135-139; ders., In memory of Ernst Rabel, in: The American Journal of Comparative Law 5 (1956) 185-196; Hannes Rösler, Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel Werk- und Wirkgeschichtelgeborg, in: RabelsZ 70 (2006) Schwenzer, Development of comparative law in Germany, Switzerland, and Austria, in: M. Reimann/ R. Zimmermann (Hgg.), Oxford Handbook of comparative law, Oxford 2006, 69-106; Timo Utermark, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel, in: Ulrich Magnus (Hg.), Internationalrechtliche Studien, Bd. 38 (2005); Ernst Wolff: Ernst Rabel, SZRom 73 (1956) XI-XXVIII; Reinhard Zimmermann, „In der Schule von Ludwig Mitteis“ – Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 65 (2001) 1-38.

²¹ Zitierte Werke von Ernst Rabel: Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, Berlin 1902; Gesammelte Aufsätze (zit. GA), hrsg. v. Hans G. Leser I-IV (1965-1971); Das Recht des Warenkaufs – Eine rechtsvergleichende Darstellung Bd. I, Tübingen 1936, Bd. II Tübingen 1958; The conflict of laws I-IV (Oxford 1945-1958); Vorträge – Unprinted Lectures 1954, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 50 (1986) 287-295.; Verzeichnis der Schriften Ernst Rabels: Hans G. Leser, in GA III, 731-755.

Amerika²². *Rabel* stammte aus Wien und ist den Juden zuzurechnen. Diese blasse Formulierung haben wir nicht unbedacht gesetzt, wie das anschließende Zitat seines Schülers *Rheinstein* zu diesem heiklen Punkt deutlich macht:

„Dass *Rabel* zum Judentum keine positive Einstellung hatte, sollte ihm nicht vorgeworfen werden. Der Kontakt war schon von einer früheren Generation gelöst worden. Das Judentum war nicht seine Religion [...]“²³

Er war sich trotz des katholischen Bekenntnisses seiner jüdischen Wurzeln voll bewusst, auch bevor die rassistische Ideologie des Nationalsozialismus ihn an die jüdische Religion seiner vier Großeltern erinnerte. Angeblich sollen die Kinder *Rabels* nichts von seiner Abstammung gewusst haben²⁴. Das klingt plausibel, wenn man sich überlegt, warum die Eltern *Rabels* konvertiert waren und dass er im wilhelminischen Deutschland als ganz normaler Deutschösterreicher Karriere machen wollte. *Rheinstein* bemerkte über *Rabels* Verhältnis zu seiner Heimat:

„Sicher ist [...], dass *Rabel* ein deutscher Patriot war. Wie mancher andere der ins Reich gekommenen Österreicher war *Rabel* beeindruckt vom Glanz des Wilhelminischen Deutschland, von dem Gegensatz zwischen der disziplinierten Einheit und Arbeitsamkeit Deutschlands und dem Völkerzank Österreichs und der Leichtlebigkeit seiner Hauptstadt²⁵.“

Eine Haltung, die typisch war für die Wiener Juden: durch das Deutschtum mit seinen überwältigen Leistungen wollten sie in der Humanität aufgehen und ihre als peinlich empfundene Identität abstreifen²⁶. Nach einer glanzvollen akademischen Karriere mit Stationen in Leipzig, Basel, Kiel, Göttingen und München kam *Rabel* 1926

²² David S. Clark, The influence of Ernst Rabel on American law, in: Marcus Lutter et al. (Hg.), Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, Tübingen 1993, 107 f.

²³ Juristische Rundschau 1956, 138. Siehe hierzu die Broschüre des American Law Institute, A Treatise on Comparative Conflict of Laws by Ernst Rabel (o.J.); zit. nach Bernhard Großfeld/Peter Winship, Der Rechtsglehrte in der Fremde, in: Marcus Lutter et al. (Hg.), Der Einfluß deutscher Emigranten, 183, 191.

²⁴ So Werner Flume in einem Interview; zit. nach Anna-Maria Gräfin von Lösch, Der nackte Geist, Tübingen 1999, 366.

²⁵ Juristische Rundschau 1956, 138. Belege für diese Geisteshaltung bei Lösch, 367 f. Strong, Fascism 93, stellt zu Recht heraus, dass dieses Bekennen zum Deutschtum typisch für die Juden in der westlichen Reichshälfte war.

²⁶ Beller, Wien, 159-180

nach Berlin, der ersten Fakultät des Reiches. Dort wurde er zum Gründungsdirektor des Kaiser-Wilhelm-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht. 1933 war er Dekan der Juristischen Fakultät. 1935 wurde er zwangsweise in den Ruhestand versetzt, 1939 emigrierte er. Diese Vita ist in geradezu klassischer Ausprägung das Habsburg-Dilemma der Juden. Die Nationalgemeinschaft der Deutschen verweigerte *Rabe* den Zutritt, trotz seiner Erfolge und trotz vollständiger Anpassung, und die übernationale Heimat der Habsburger Monarchie konnte keinen Schutz mehr bieten. Wohin sollte er sich wenden?

Wenn die Jurisprudenz für trocken gilt, so meint das wohl, sie haben keinen Anteil an den großen Fragen der Politik, der Kunst oder gar des Herzens. Wie sich im Folgenden zeigen wird, trifft das für *Rabe* nicht zu. Der große weite Schwung seines Werkes lässt sich auch als zweckrationale Antwort auf das Dilemma der Juden in der Habsburger Monarchie lesen. Dieser These könnte man freilich *a limine* entgegenhalten, dass es widersprüchlich sei, eine Person aus ihrer jüdischen Herkunft heraus erklären zu wollen, wenn diese Person – nach einer der vielen möglichen Definitionen – kein Jude ist und wohl auch nicht sein will. Man würde, so ließe sich argumentieren, hiermit einen – wenn auch ungewollten, aber gleichwohl unvermeidlichen – rassistischen Nebensinn verbinden. Dieser Einwand ist nicht zutreffend, weil ja gerade der seit den 1870er Jahren sich endemisch verbreitenden rassistische Antisemitismus die Juden nicht das sein ließ, was sie sein wollten²⁷: Weder konnten sie in den Volksgemeinschaften ihrer Umgebung restlos aufgehen, noch einfach Juden bleiben. Wenn man nun davon absähe, wie sehr diese Einstellung ihres sozialen Umfeldes die Juden jener Zeit in ihrem Denken und Handeln zutiefst prägte, leugnete man ein sozialpsychologisches Faktum ersten Ranges. Ihre Herkunft war für die Juden ein Urteil, das jederzeit vollstreckt werden konnte, wenn die schützende Hand des Kaisers kalt geworden wäre. So wollte der berühmte Staatsrechtler *Bernatzik* den Konvertiten *Hans Kelsen* (1881-1973) davon abhalten, eine

²⁷ Beller, Wien, 209-211; aus europäischer Perspektive Léon Poliakov/Christian Delacampange/Patrick Girard, Über den Rassismus – Sechzehn Kapitel zur Anatomie, Geschichte und Deutung des Rassenwahns, Stuttgart 1976, 111-135.

akademische Karriere anzustreben, da er „Jude“ sei²⁸ - gemeint ist: da er ein evangelischer Christ jüdischer Herkunft sei. *Kelsen* ist, wie wir noch sehen werden, eine Parallele zu *Rabel* auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Meisterlich auf den Punkt gebracht hat diese Situation *Arthur Schnitzler* (1862-1932) in seiner Autobiographie, wenn er über die letzten Jahrzehnte des 19. Jh., also die Jugend *Rabels*, aus selbsterlittener Erfahrung schreibt:

„Es war nicht möglich, insbesondere für einen Juden, der in der Öffentlichkeit stand, davon abzusehen, dass er Jude war, da die anderen es nicht taten, die Christen nicht und die Juden noch weniger²⁹.“

Schon aus diesem Grunde war *Rabel* von seiner jüdischen Herkunft geprägt. Hinzu tritt, dass ein solcher Identitätswechsel, wie ihn die Vorfahren *Rabels* vollzogen hatten (in der modernen Forschung spricht man von ‚sekundärer Konversion‘), ein Prozess ist, der sich nicht von einem Tag auf den anderen vollzieht. Es ist nicht vorzustellen, wie es an *Rabel* vorübergegangen sein sollte, dass seine beiden Großelternpaare noch im Ghetto oder im Shtetl aufgewachsen waren³⁰: die Juden wurden ja in der Habsburgermonarchie erst nach 1848 voll emanzipiert.

Es drängt sich also geradezu auf, die jüdische Herkunft *Rabels* zum Fluchtpunkt seiner intellektuellen Biographie zu machen, obgleich er seine jüdische Herkunft abstreifen wollte. Derselbe Methode bedient sich z.B. *Beller* in seinem Standardwerk zur Geschichte der Juden Wiens. Er meint, jüdische Vorfahren bei einer bestimmten Person seien „gleichbedeutend mit einer Weltanschauung, die sich von jener der Mitbürger nicht-jüdischer Abstammung grundlegend unterschied³¹.“ Hiervon ausgehend behandelt er alle Personen als Juden, die jüdischer Abstammung sind. Dies tut ebenso *Landau* in seinem epischen Aufsatz über ‚Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik‘ aus dem lexikalischen Sammelwerk ‚Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft‘, das von *Heinrichs, Franzki, Schmalz* und *Stolleis* herausgegeben wurde³². Die Herausgeber verweisen in ihrem

²⁸ Mit Belegen Beller, Wien, 224.

²⁹ Spiegelbild 82.

³⁰ Zum „jüdischen Bewußtsein“ Beller, Wien, 85 -96

³¹ Beller, Wien, 21.

³² S. 133-214.

Vorwort (S. IX f.) auf das Dilemma, daß sie kaum umhin können, die Abgrenzungskriterien des Antisemitismus zu übernehmen, wenn sie dem Antisemitismus dadurch begegnen wollen, daß sie die von „Menschen jüdischer Herkunft für unsere Gesellschaft und Kultur erbrachten Leistungen würdigen“ (S. X). Genau dieses halten aber die Herausgeber für ein ehrenvolles und sinnvolles Unterfangen. Der Autor dieser Abhandlung schließt sich dem an. Denn einen noch größeren Triumph würde der Antisemitismus feiern, wenn man überhaupt nicht mehr davon zu sprechen wagte, wer jüdischer Herkunft war und wie diese Herkunft den einzelnen in seinem Schaffen prägte. Und daß die jüdische Herkunft den einzelnen in seiner Weltanschauung prägte ist wissensoziologisch gesehen kleine Münze. So verweist auch *Landau* in dem angeführten Beitrag auf eine Affinität der von ihm behandelten Juristen jüdischer Herkunft zu „weltbürgerlichen Ideen“³³ – eine Affinität, die auch bei *Rabel*/bestand, wie nun zu zeigen ist:

II. Der Gedanke einer Weltrechtsordnung

Das Lebenswerk *Rabels* ist beherrscht von einem großen Gedanken, dem Gedanken einer Weltrechtsordnung auf dem Gebiet des Privatrechts, also einer einheitlichen Ordnung für das Recht der privaten Rechtsverhältnisse (Verträge, Sachen, Familie, Erbrecht). Ein bedeutender Ansatz hierzu findet sich zunächst in seinen Lehren zum Internationalen Privatrecht³⁴:

1. Die Lehre von der autonomen Qualifikation im Internationalen Privatrecht

Das Internationale Privatrecht knüpft einen bestimmten Fall mit Auslandsberührung an eine bestimmte Rechtsordnung (so kann es etwa kommen, dass die Ehe zweier Türken vor einem deutschen Gericht nach türkischem und nicht deutschem Recht auf ihre Gültigkeit hin überprüft wird; das deutsche Gericht würde in diesem Fall türkisches Recht anwenden). Ausgewählt wird diese fremde Rechtsordnung durch die Kollisionsnormen, welche im Tatbestand sehr allgemeine

³³ *Landau*, in: ‚Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft‘, hrsg. v. Heinrichs et al. (1993) 133, 212 m.w.N.

³⁴ Gleichsinnig Bernhard Großfeld, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, Tübingen 1984, 49.

Begriffe haben, die sog. „Systembegriffe“. So verwendet zum Beispiel die Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts den Begriff der „Ehe³⁵“ und ordnet an, dass die Scheidung der Ehe dem Recht desjenigen Staates unterliege, der für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblich ist und dies wiederum sei in erster Linie der Staat, dem die Ehegatten angehören. Was aber ist eine „Ehe“ im Sinne des deutschen Internationalen Privatrechts? Würde hierunter z.B. auch ein *matrimonium* des klassischen römischen Rechts fallen, das ohne jede Formalität eingegangen werden konnte und ohne jeden wichtigen Grund völlig formlos durch Erklärung einer Seite aufgelöst werden konnte, so wie heute eine „nichteheliche Lebensgemeinschaft“³⁶? Damit ist das „*Problem der Qualifikation*“ angeschnitten³⁷ – so der Titel des berühmten Aufsatzes von *Rabel* hierzu. Als *Rabel* sich mit diesen Fragen beschäftigte³⁸, ging die Lehre davon aus, dass das Internationale Privatrecht die Aufgabe habe, *Rechtsverhältnisse* und nicht *Lebenssachverhalte* einer bestimmten Rechtsordnung zur Entscheidung zuzuweisen³⁹. Diesem Ansatz folgend, musste sich das Problem der Qualifikation aus der Sicht der damaligen Lehre als die Frage danach darstellen, welchem Sachrecht das anzuknüpfende Rechtsverhältnis untersteht. Es kamen nur zwei Möglichkeiten in Betracht: das Sachrecht der *lex fori* (also des Gerichtsorts) oder das der *lex causae* (also des Herkunftsortes)⁴⁰: ob ein *matrimonium* z.B. eine Ehe ist, konnte nur nach dem Recht des Staates X oder Y beurteilt werden, *tertium non datur*. Mit *Rabels* epochalem Aufsatz ändert sich die Perspektive: Für ihn geht es nicht mehr darum, die Begriffe des Kollisionsrechts an das ein oder andere

³⁵ Art. 13 EGBB.

³⁶ Zu vergleichbaren Problemen in der heutigen Zeit Staudinger-Mankowski IntEheR¹³ Anh. zu Art. 13 Rz. 58 f.

³⁷ Hierzu Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, 2003, § 7; Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, München⁹2004, § 7; Klaus Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, Berlin 1981, 215-220.

³⁸ Das Problem der Qualifikation, GA II, 189 ff.; ders., Conflict I, 47 ff.

³⁹ Nachweise bei *Rabel* und in der modernen Lit. zum Qualifikationsproblem (Fn. 35).

⁴⁰ Pointiert Kegel/Schurig, IPR, 583. Diese beiden Formen der Qualifikation führen zu erheblichen Schwierigkeiten, weshalb die Praxis heute – nicht zuletzt aufgrund *Rabels* – funktionell qualifiziert. Hierzu Erman-Hohloch, Handkommentar zum BGB, Berlin¹¹2004, Einl. Art. 3 Rz. 38 f. mwN.; Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, Berlin⁶2006, § 17 mwN. Illustrativ für diese Methode: BGHZ 47, 324 ff., und Dieter Henrich, Die Morgengabe und das Internationale Privatrecht, in: Michael Coester/Dieter Martiny/Karl August Prinz von Sachsen Gesaaphe (Hgg.), Privatrecht in Europa – Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger, München 2004, 389-400.

Sachrecht zu binden, vielmehr emanzipiert er das Kollisionsrecht vom Sachrecht. Sowohl das Kollisionsrecht als auch das Sachrecht haben ihm zufolge im Lebenssachverhalt denselben „Urstoff“, auf den sich die jeweiligen Tatbestände beziehen⁴¹. Mit dieser Emanzipation des Kollisionsrechts vom Sachrecht ist der Weg frei für eine autonome – d.h. nicht mehr durch das Sachrecht bestimme – Qualifikation der Lebenssachverhalte. Darauf folgt nun die Frage, wie die Begriffe des autonomen Kollisionsrechts auszufüllen sind, nach welchen Kriterien es zu bestimmen ist, ob das Verhältnis von Mann und Frau als Ehe zu qualifizieren ist. Nach *Rabels* Auffassung, ist zunächst durch eine vergleichende Sichtung der Rechtsordnungen der „westlichen Kulturvölker“ das Material zur Ehe zusammenzutragen und dann das Gemeinsame dieses Materials durch Induktion zu ermitteln⁴². Die solchermaßen gefundene Idee eines bestimmten Rechtsinstituts dient dann dazu, die Systembegriffe des Kollisionsrechts aufzuladen oder auszufüllen; *Rabel* gibt ein Beispiel:

„Unter Vormundschaft ist in Art. 23 füglich das zu verstehen, was nicht nur das Bürgerliche Gesetzbuch, sondern die ganze Kulturwelt darunter im allgemeinen begreift und genauer: alle Rechtsinstitute, die dazu bestimmt sind, die Vertretung oder persönliche Sorge für die nicht in väter- oder elterlicher Gewalt stehenden, nicht voll geschäftsfähigen Personen zu regeln...⁴³“.

Die auf diese Weise gefundenen Ideen der Rechtsinstitute gehören dann natürlich nicht mehr dem deutschen oder irgendeinem anderen positiven Recht an, sondern sind allen Kulturstaaten gemeinsam. Diese Methode mündet in eine über den nationalen Rechten waltenden Meta-Rechtsordnung. Und zwar um eine Rechtsordnung im vollen Sinn, denn die inhaltliche Bestimmung der Systembegriffe des Internationalen Privatrechts bedeutet eine, wenn auch indirekte, Anordnung von Rechtsfolgen für bestimmte Sachverhalte⁴⁴ – so fallen bestimmte Zusammenschlüsse

⁴¹ GA II, 193.

⁴² GA II 238.

⁴³ GA II 206.

⁴⁴ Rabel, GA II, 213: „Behaupten wir daher im allgemeinen Privatrecht, daß die Ziele de lege ferenda auch dem Richter als Leitsterne dienen, so weit das Gesetz ihn nicht gebunden hat, so eröffnet sich der

von Menschen unter den Begriff der Ehe und andere eben nicht, was die entsprechenden internationalprivatrechtlichen Konsequenzen nach sich zieht. Kollisionsnormen haben nicht nur denselben „Urstoff“ wie Sachrechtsnormen, sie treffen auch Wertungen genauso wie diese: „Erinnern wir uns“, schreibt *Rabel*, „was wir letzten Endes erhoffen, ist eine universale Rechtslehre mit eigenen Begriffen und Wertungsmaßstäben⁴⁵“.

2. Die wissenschaftliche Wurzel: römisches *ius gentium* (Völkerrecht)⁴⁶

Rabels bedeutendste Leistung auf dem Gebiete der Rechtsvereinheitlichung ist sein „Recht des Warenkaufs“, eine das Weltrecht vergleichende Untersuchung des Kaufes mit dem Ziel, ein einheitliches Recht für zwischenstaatliche Kaufverträge zu schaffen. Er lässt keinen Zweifel daran, worauf er hinaus will: Die nationalen Eigenheiten träten bei internationalen Kaufverträgen solchermaßen zurück, dass man glaube könne, sie seien überwunden. „Daraus folgt zunächst einmal“, so heißt es in einer 1932 verfassten Darstellung seines Projekts:

„dass auf diesem Gebiete sicherlich kein nationales Erbgut [sic] mehr zu retten ist. Wenn die historischen Verschiedenheiten unter den zivilrechtlichen Systemen verschwinden, so braucht man ihnen keine Träne nachzuweinen, und da der Zusammenhang mit den allgemeinen Lehren des Schuldrechts sehr enge ist, so ist auch das nationale allgemeine Obligationenrecht keineswegs zu verschonen [...] Dennoch wäre für ein Weltgesetz [sic] der Schritt von den nationalen Gesetzgebungen weg zu gewaltig, wollten wir diese jetzt schon abschaffen⁴⁷.“

Auslegungskunst gerade im internationalen Privatrecht in wenig strengen Grenzen dieselbe Aufgabe wie bei der Erfindung neuen Rechtes“; ders., GA II, 218: „Das Kollisionsrecht verfügt über den ganzen Reichtum an Mitteln, den ein Rechtssystem nur haben kann“. Zum wertenden Charakter der IPR-Normen Kropholler, IPR, 24 f.

⁴⁵ GA III, 362, Hervorhebung J. F. S.; siehe auch: ders., GA III, 379: „Die einzige befriedigende Lösung der [bei der Rechtsvereinheitlichung] auftretenden sprachlichen Schwierigkeiten erblicke ich in der Bildung der universalen Rechtsbegriffe, denen sich die Termini der nationalen Sprache von selbst anpassen werden“.

⁴⁶ Übersetzung des Begriffs Rolf Knütel/Berthold Kupisch/ Hans Hermann Seiler/Okko Behrends, Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung, Heidelberg 1990-2005 (1. bis 28. Buch).

⁴⁷ GA III, 498.

Zudem wären die Widerstände gegen eine Regelung auch des innerstaatlichen Kaufrechts zu groß, weshalb er sich auf den zwischenstaatlichen Kauf beschränkt und hierzu bemerkt:

„Der gewählte Weg wird [...] den Ländern die Gelegenheit geben, das neue und das alte Recht nebeneinander zu erproben. Es entsteht ein weiteres Stück des modernen *ius gentium*, das sich in jedem Land neben das *ius proprium civium* stellt und mit ihm um den Preis der Vollkommenheit ringt⁴⁸“

Um zu verstehen, was damit gemeint ist, muss man sich vergegenwärtigen, was unter *ius gentium* und *ius proprium* im römischen Recht zu verstehen ist. Dabei soll es im Folgenden nicht darum gehen, wie es sich tatsächlich damit im römischen Recht verhielt; das ist eine sehr umstrittene und schwierige Frage, sondern nur darum, welchen Begriff *Rabel*⁴⁹ vom *ius gentium* der Römer hatte⁵⁰. Seine Sicht ist auch nicht veraltet oder gar unvertretbar, sondern nach wie vor die herrschende Meinung⁵¹:

a) *Ius gentium* im Verständnis der damaligen Lehre

Das Recht der Stadt Rom galt ursprünglich nur für römische Bürger, Rechtsgenosse war nur derjenige, der Anteil an den Kulten der Stadt Rom hatte. Spätestens im dritten Jahrhundert vor Christus wurde dieser Zustand unerträglich, da die Stadt voll von Fremden war und der Handel Roms auf das ganze Mittelmeer ausgriff. Um die Rechtsbeziehungen mit Fremden (Peregrinen) bewältigen zu können,

⁴⁸ Rabels, Warenkauf, I 35.

⁴⁹ Rabels Vorstellung vom *ius gentium* ist zum einen aus seinen wenigen Bemerkungen darüber zu entnehmen und zum anderen aus Werken seiner Lehrer: Karl von Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Wien ¹1889, 29-31; Ludwig Mitteis, Das römische Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians, Leipzig 1908, 62 f.; Rudolph Sohm/Ludwig Mitteis/Leopold Wenger, Institutionen des römischen Rechts, Leipzig ¹⁷1949, 64 f. Herrn Prof. Dr. Franz-Stefan Meißel verdanke ich den Hinweis, dass in der Studienzeit Rabels das Lehrbuch von Czyhlarz in Wien verwendet wurde.

⁵⁰ So auch in Bezug auf genau diese Frage Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb, Römisches Recht, Berlin 1987, 59.

⁵¹ Etwa: Kaser, Max, *Ius gentium*, Köln/Wien 1993; Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, München ¹⁸2005, § 3 Rz. 12 f.; Wolfgang Waldstein/Johannes Michael Rainer, Römische Rechtsgeschichte, München ¹⁰2006, § 22 Rz. 12-16.

wurde um die Mitte des dritten Jahrhunderts ein zusätzliches Amt geschaffen⁵², das des Fremdenprätors (*praetor peregrinus*). Unter seine Zuständigkeit fielen zunächst Rechtsstreitigkeiten von Fremden untereinander, aber auch von Römern und Fremden, denn wegen des sakralen Ursprungs des Rechts war es für die Römer nicht denkbar, dass Rechtshandlungen eines Ausländer römischem Recht unterstehen können. Bei seiner Tätigkeit war der Fremdenprätor nicht an das heimische römische Recht gebunden. Er fand das anzuwendende Recht, indem er die Geschäftstypen des römischen Rechts von ihnen als typisch römisch empfundenen Förmlichkeiten entkleidete und auf Sachverhalte mit Bezug zu Fremden anwandte. Hinzu traten Einflüsse aus den fremden Rechten, namentlich aus Griechenland⁵³. Wesentliche Grundlage der rechtsschöpferischen Tätigkeit des Fremdenprätors war der Gedanke der *fides*, der Treue, von welcher man meinte, dass sie Römer und Nichtrömer gleichermaßen binde, da es sich hierbei um ein aus der natürlichen, d.h. allen Menschen gemeinsamen, Vernunft entsprungenes Prinzip handele. Das *ius gentium* steht damit in engem Zusammenhang mit dem aristotelischen Naturrecht, wie es von der Stoa aufgegriffen wurde und über die Vermittelung *Ciceros* Eingang in die römische Jurisprudenz gefunden hatte⁵⁴.

Der Fremdenprätor veröffentlichte die von ihm solchermaßen geschaffenen Rechtsschutzverheißen in einem eigenen Edikt. So konnten die Nichtrömer wissen, woran sie waren, wenn sie mit Römern oder anderen Nichtrömern Geschäfte machten⁵⁵. Dieses aus der Praxis entstandene Recht bezeichneten die Römer als *ius*

⁵² Hierzu monographisch: Feliciano Serrao, La „iurisdictio“ del pretore peregrino, Mailand 1954, und neuere Gesamtdarstellungen: Max Kaser/Karl Hackl, Das römische Zivilprozeßrecht, München 1996, 172 f.; Franz Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, München 1988, 443 f.

⁵³ Czyhlarz Institutionen 30.

⁵⁴ Ausführlich zu den philosophischen Hintergründen: Okko Behrends, Che cos'era il ius gentium antico?, in: Maria Pia Baccari und Cosimo Cascione (Hgg.) 50 anni Corte Costituzionale, Bd. I, 2006, 481-514, und Kaser, Ius gentium, 54-56; Wieacker Röm. Rechtsgesch., 642-650

⁵⁵ Für eine Trennung von *ius gentium* und Tätigkeit des *praetor peregrinus*: C. G. Bruns/Otto Lenel, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, in J. Kohler (Hg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung, München/Leipzig/Berlin⁷1915, 303, 330 f., 331; Wieacker, Röm. Rechtsgesch., 444.

gentium, was sich am besten mit Völkerrecht verdeutschen lässt⁵⁶. Diese Zusammenhänge sind deutlich formuliert in einer Passage aus den Institutionen des *Gaius* (1, 1):

Omnis populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur...

Alle Völker, die Gesetzen und Sitten gehorchen, befolgen teils eigenes Recht, teils solches Recht, das allen Menschen gemein ist. Denn dasjenige Recht, welches ein Volk sich selbst gibt, ist ihm eigen (*proprium*) und wird bürgerliches Recht genannt, da es das der Bürgerschaft eigene Recht ist; dasjenige Recht aber, das die natürliche Vernunft (*naturalis ratio*) bei allen Menschen in Geltung setzt, wird von allen Völkern gleichermaßen befolgt und wird Völkerrecht genannt, da alle Völker es befolgen. Das römische Volk befolgt also teils sein eigenes Recht (*ius proprium*), teils Völkerrecht (*ius gentium/ius commune omnium hominum*)

Die Römer lösten also das Problem des Konfliktes verschiedener Rechtsordnungen nicht wie wir, die wir mit hochkomplizierten Kollisionsnormen das maßgebliche Recht für den jeweiligen Sachverhalt finden müssen⁵⁷, sondern indem sie ein einheitliches Recht für Sachverhalte mit Bezug zu Fremden schufen. Über das Verhältnis dieses Völkerrechts zum nationalen Recht, zum *ius proprium*, schreibt *Mitteis*, der verehrte Lehrer⁵⁸ *Rabels*:

⁵⁶ Fritz Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, 88, bezeichnet dies für die republikanische Epoche als „bodenlose Phantasie“ und zitiert als Vertreter einer solchen justament *Mitteis*; siehe auch a.a.O. 162.

⁵⁷ Allerdings gab es auch bei den Römern Ansätze zu einem IPR: So gegen H. J. Wolff Sturm, Rez. zu H. J. Wolff, Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike, IURA 31 (1980) 131, 159-162; Laurens Winkel, Einige Bemerkungen über *ius naturale* und *ius gentium*, in: Martin J. Schermaier/Zoltán Végh (Hgg.), Ars boni et aequi – Festschrift für Wolfgang Waldstein, Stuttgart 1993, 443, 444 f.

⁵⁸ Zu dem Verhältnis der beiden ausführlich Zimmermann Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 65, 13-17.

„Das *ius gentium* war verjüngtes *ius civile*. Gerade infolge dieser Tatsache gewann es die Kraft, umgekehrt selbst wieder auf das *ius civile* umgestaltenden, fortbildenden Einfluss auszuüben. Wie bei uns das Handelsrecht auf unsere gesamte Privatrechtsentwicklung, so wirkte das *ius gentium* führend, reformierend auf das bäuerlich-agrarische *ius civile*⁵⁹“.

b) Das „Recht des Warenkaufs“ als modernes *ius gentium*

Das oben angeführte Zitat *Rabels* meint also, dass sein „Recht des Warenkaufs“ ein modernes Völkergemeinrecht begründen sollte und dass dieses der nationalen Eigenheiten entkleidete Recht wieder auf die jeweiligen nationalen Rechte, das *ius proprium*, zurückwirken werde. Das nationale Recht muss sich der Konkurrenz des Völkergemeinrechts stellen und wird dabei das, was nicht bewahrenswert ist, über kurz oder lang abstoßen.

Die pragmatische römische Lösung eines einheitlichen Rechts für ‚internationale Sachverhalte‘ setzte allerdings voraus, dass es ein Gemeinwesen gab, der mächtig genug war, seine Vorstellung vom Völkergemeinrecht den anderen Völkern verbindlich zu machen und der sich dementsprechend damit begnügen konnte, sein Recht in entschlackter Form als Ausdruck der *ratio iuris* zu präsentieren. *Rabels* Vorstellung von einem neuen Völkergemeinrecht ist indes weniger darauf gerichtet, ein bestimmtes Recht von seinen Eigenheiten zu befreien, als vielmehr darauf, im vorhandenen Material das Gemeinsame zu erkennen⁶⁰. Dementsprechend beruht *Rabels* Völkergemeinrecht nicht auf den Machtmitteln eines Staates, sondern auf der besseren Einsicht aller Juristen. Galt das römische Völkergemeinrecht kraft der Macht

⁵⁹ Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen, 67.

⁶⁰ Über das sprachliche Problem schreibt er, GA III, 379: „Freilich erschwert sich das sprachliche Problem, je weiter man sich aus der pandektistischen Gemeinde entfernt. Die einzige befriedigende Lösung der sprachlichen Schwierigkeiten erblicke ich in der Bildung der universalen Rechtsbegriffe, denen sich die Termini der nationalen Sprachen von selbst anpassen werden. Wie die internationale Lehre vom römischen Recht auf Grund des Corpus Iuris ein begrenztes Feld unmißverständlicher juristischer Fachausrücke geschaffen hat und deshalb so gern von Völkerrechtler zum Ansatzpunkt gewählt wurde, muß in Zukunft der universale Grundbegriff seine Ausdrucksmittel in den verschiedenen Sprachen finden. Nur ist der Grundbegriff selbst erst durch wissenschaftliche Rechtsvergleichung erfassbar und gilt daher den meisten Juristen als utopisch“.

Roms (*ex ratione imperii*), so sollte das *Rabelsche* Völkergemeinrecht kraft seiner Güte und besseren Einsicht gelten (*ex imperio rationis*)⁶¹.

3. Methodische Voraussetzungen der Weltrechtsordnung

Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Qualifikation stets suchte *Rabel* im Besonderen das Allgemeine⁶², vom Anfang seines Schaffens bis zum Ende:

„[C]omparison makes a great lot of historical national clothing [*Tracht*] of otherwise universal ideas disappear and also a still greater mass of accidental formalities and complications evoked by arbitrary law making... Yet there is, among others, a second experience which I esteem in my present situation most, and that is: however many differences there may be, right or wrong, between men and nations, there is but one legal science⁶³“.

Nach der Vorstellungen *Rabels* sollten diese Gesamtrechtswissenschaft in eine Art Allgemeinen Teil der rechtlichen Erscheinungen münden, der sich zur Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte so verhalten würde wie die Soziologie zur Geschichte⁶⁴.

„Künftig einmal wird die historische Rechtsvergleichung und mit ihr die Gesamtrechtsgeschichte ihre oberste Spitze in einem philosophischen Teil haben, in einer allgemeinen Theorie der Rechtserscheinungen als abstrakt betrachteter Erzeugnisse und Hebel der Kultur, einer Darlegung der Kausalität im Entstehen und Wirken des Rechts. Dieser Teil wird sich von der Rechtsgeschichte absondern und der Rechtsphilosophie einordnen lassen, wie die Soziologie, die Wissenschaft von den typischen Gesellschafterscheinungen, sich von der Geschichte abhebt und die in die allgemeine Geschichtsphilosophie einfällt⁶⁵“.

⁶¹ Rabel, GA III, 254: „It was plain, indeed, after the first world war, in innumerable diplomatic conferences, in the numerous international tribunals of that time, in rapidly growing literature fighting for vital interests of the various countries, that Roman law culture proved the only common language and the only undoubted measure for justice. We Romanists, for this reason had, per force, to become practitioners of ius gentium“.

⁶² So Rabel über sich selbst GA III, 211, 224; dies ist vielfach beobachtet worden: Kunkel, Fs. Rabel, 3; Kaser, Iura 7, 625; Leser, Fs. Caemmerer, 903 f.; Wolff, SZRom 73XXII, XXIV.

⁶³ Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 50, 302. Hervorhebung vom Verf.

⁶⁴ GA IV, 167 f. Dies lag durchaus in der Zeit; siehe den Bericht von David S. Clark, Nothing new in 2000?, Tulane Law Review 75 (2001), 871-875, 895, über den Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung 1900 in Paris.

⁶⁵ GA IV, 167 f. Dies lag durchaus in der Zeit; siehe den Bericht von David S. Clark, Nothing new in 2000?, Tulane Law Review 75 (2001), 871-875, 895, über den Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung 1900 in Paris.

Die Soziologie will, in einer Formulierung *Max Webers*, „soziales Handeln deutend verstehen und dadurch in seinem Ablauf und seinen Wirkungen ursächlich erklären“⁶⁶. Zu diesem Behufe sind aus der Geschichte im Wege der Induktion Idealtypen von Gesellschaftserscheinungen zu gewinnen⁶⁷. Da es der Soziologie nicht auf das einzelne historische Ereignis ankommt, sondern darauf, dass einzelne Ereignis aus sozialen Gesetzen zu erklären, gehört sie mehr zu Geschichtsphilosophie als zur Geschichtswissenschaft. Um jene „allgemeine Theorie der Rechtserscheinungen“ entwickeln zu können, braucht *Rabel* ein *tertium comparationis*. Dieses findet er in der sozialen Funktion der jeweiligen Rechtsinstitute. Sein Augenmerk richtet sich also gerade nicht auf die jeweiligen juristischen Konstruktionen und Dogmen, sondern auf die Funktion der Normen im sozialen Zusammenhang. Das sei anhand mehrerer Zitate belegt⁶⁸:

„Hier wird anerkannt, daß die Rechtsvergleichung genügend starke Verwandtschaften zwischen Rechtsinstituten verschiedener Länder aufdeckt, um eine fremde Norm an die Stelle einer bestimmten eigenen zu setzen. Kahn spricht von kommensurablen Rechtsverhältnissen, wenn der Kern eines Rechtsinstitutes aus den technischen Hüllen herausgeschält derselbe ist“⁶⁹.

„Wie weit haben wir uns dabei von der konkreten Erscheinung des Landesrechts entfernt; von seinen Rechtssätzen sowohl wie von seinen Rechtsinstituten! Wir nehmen aus ihm nur einen Grundgedanken, und diesen wegen seiner Wiederkehr in fremden Rechten“⁷⁰.

⁶⁶ Wirtschaft und Gesellschaft, Kap. 1, § 1 pr.

⁶⁷ Weber, Wirtschaft, Kap. 1, § 1, I, 11. Deren Verwendbarkeit für die Rechtsvergleichung betont neuestens Nils Jansen, Comparative law and comparative knowledge, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hgg.) Oxford Handbook of comparative law, Oxford 2006, 306, 315 f., 336.

⁶⁸ GA II, 205: „Hier wird anerkannt, daß die Rechtsvergleichung genügend starke Verwandtschaften zwischen Rechtsinstituten verschiedener Länder aufdeckt, um eine fremde Norm an die Stelle einer bestimmten eigenen zu setzen. Kahn spricht von kommensurablen Rechtsverhältnissen, wenn der Kern eines Rechtsinstitutes aus den technischen Hüllen herausgeschält derselbe ist“; GA II, 207: „Wie weit haben wir uns dabei von der konkreten Erscheinung des Landesrechts entfernt; von seinen Rechtssätzen sowohl wie von seinen Rechtsinstituten! Wir nehmen aus ihm nur einen Grundgedanken, und diesen wegen seiner Wiederkehr in fremden Rechten“. GA II, 231: „Funktionsgleichheit oder Verwandtschaft sind trefflichen Kriterien für die Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, dadurch mittelbar auch für den Aufbau des Tatbestandes der Kollisionsnormen“

⁶⁹ GA II, 205.

⁷⁰ GA II, 207.

„Funktionsgleichheit oder Verwandtschaft sind trefflichen Kriterien für die Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, dadurch mittelbar auch für den Aufbau des Tatbestandes der Kollisionsnormen⁷¹“.

“If comparative research teaches us anything, it is to look to the essentials. It ascertains throughout the world the facts common to all, the common life problems, the common functions of legal institutions⁷²“.

Man bezeichnet diese Methode dementsprechend als die der Funktionalität. Sie ist die herrschende Methode der Rechtsvergleichung geworden. Mit ihr einher geht die Vermutung, dass ähnlich verfasste Gesellschaften ihre Probleme der Sache nach auf ähnliche Art und Weise lösen, was man als „Vermutung der Ähnlichkeit“ (*praesumptio similitudinis*) bezeichnet⁷³.

Die Haltung *Rabels* zeigt große Nähe zum Naturrecht⁷⁴, also zu der Vorstellung, dass es ein aus der Natur der Dinge und damit letztlich aus göttlichem Gebot strömendes Recht gebe und dass dieses Recht von staatlicher Rechtssetzung unabhängig sei und sich im Falle der Kollision gegen diese sogar durchsetze⁷⁵. Diese Haltung *Rabels* ergibt sich zwangslässig aus dem bisher Gesagten, lässt sich aber noch deutlicher belegen. Das ‚Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch‘ für deutschen Erblande der Monarchie von 1811 ist eine der sog. ‚Naturrechtskodifikationen‘. Die Existenz eines Naturrechts wird von dieser Kodifikation vorausgesetzt. § 7 ABGB, lautet:

„Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit

⁷¹ GA II, 231.

⁷² GA II, 432.

⁷³ Wichtigste Vertreter: Max Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, München ²1987, 25-30, und Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen ³1996, § 3 II. Eine umfassende Analyse und Verteidigung des Funktionalismus findet sich bei Ralf Michaels, The functional method of comparative law, in: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hgg.), Oxford Handbook of comparative law, Oxford 2006, 339-382., und Jaako Husa, Functionalism or methodological tolerance, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 67 (2003) 419-447. Gegen den Funktionalismus Oliver Brand, Conceptual Comparisons: Towards a coherent methodology of comparative legal studies, Brook. J. Int'l L. 32 (2007) 405-466.

⁷⁴ So auch die Einschätzung von Grosswald Curran AJCL 46 66-77.

⁷⁵ Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit, Kap. II: Die Naturrechtslehre, in: Reine Rechtslehre, Wien ²1960, 402-444.

Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den *natürlichen Rechtsgrundsätzen* entschieden werden⁷⁶.

Rabel schreibt hierzu: „There ist something, after all, to the ‚nature of things‘ [natürliche Rechtsgrundsätze] to which the authors of the Austrian Civil Code ultimately referred the judges⁷⁷.

III. ,Eine Flucht nach Rom‘

Wir hatten uns die Frage gestellt, wie reagiert man als Jurist jüdischer Abstammung der Habsburger Monarchie auf die besondere politische Lage der eigenen Gruppe. Die Position *Rabels* ist klar: im Kleinen wie im Großen tritt er für ein Weltrecht auf naturrechtlicher Grundlage ein. Das ist ganz klar und *tout court* eine übernationale Position oder ins Bildliche gewendet: Toga statt Lederhose. Und dies ist ganz klar auch das exakte Gegenteil der Position der Feinde *Rabels*, wie sie einer der schärfsten Antisemiten des 19. Jahrhunderts, *Paul de Lagarde* (1827-1891), mit großer Deutlichkeit formulierte:

„Mit der Humanität müssen wir brechen: denn nicht das allen Menschen Gemeinsame ist unsere eigentliche Pflicht, sondern das nur uns Einigende ist es. Die Humanität ist unsere Schuld, die Individualität ist unsere Aufgabe⁷⁸“.

Natürlich ist der hier aufgezeigte Zusammenhang von Weltrechtsordnung und jüdischer Identität in der Habsburger Monarchie nicht zwingend, er ist aber zweckrational. Denn es ist ein positiver, visionärer, und beileibe nicht utopistischer Gegenentwurf zum damals vorherrschenden exegetischen Positivismus in der Zivilrechtswissenschaft. Damit sei gemeint, dass sich die deutsche Zivilistik – von Ausnahmen wie *Kohler* und der Freirechtsbewegung abgesehen – in jener Zeit vor

⁷⁶ Hierzu Wolfgang Waldstein, Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 17 (1967) 1-26, und Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1991, 483 f.

⁷⁷ GA III, 700.

⁷⁸ Programm für eine konservative Partei Preußens (1884); zit nach Thomas Nipperdey/Reinhard Rürup, Antisemitismus, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhard Kosellek (Hgg.) Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart (1972) II 3.

allem mit der Auslegung und Weiterentwicklung der eigenen nationalen Rechtsordnung widmete⁷⁹. Hierzu fühlte man sich um so mehr berechtigt, als gerade die Zivilrechtskodifikation Deutschlands, das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900, für den Juristenstand eine ähnliche national-symbolische Bedeutung hatte wie andere Errungenschaften ‚deutscher‘ Kultur auch. Eine solche Methode ist nichts anders als ins Abstrakte transponierter Nationalismus – wissenssoziologisch gesehen –, begnügt sie sich doch damit, sich mit sich selbst zu beschäftigen. Genau das ist aber aus einer nationalistischen Perspektive nicht nur ausreichend, sondern auch einzig legitim: ist doch aus Sicht des Nationalismus die Gemeinsamkeit der Kultur das, was eine Nation ausmacht⁸⁰. Glaubt man mit der Wissenssoziologie, dass Wissenschaft und damit auch ihre Methoden von der sozialen Lage der Individuen erheblich abhängen, die sie betreiben, dann gab es – zweckrationales Denken vorausgesetzt – für *Rabel* keinen Grund, gleich vielen seinen Kollegen exegetischer Positivist zu sein. Er hätte sich an der Selbstfeier der Gemeinschaft beteiligt, die ihm letztlich den Zutritt verwehrte.

Dem widerspricht es nicht, dass umgekehrt *Kelsen*⁸¹, gleichfalls ein Wiener und gleichfalls jüdischer Abstammung und aus derselben Generation, den Rechtspositivismus zur einzigen wahren Rechtswissenschaft erklären sollte. Hierunter ist die Lehre zu verstehen, dass die Geltung von Normen ausschließlich auf staatlicher Setzung und sozialer Akzeptanz beruhe, dass es also kein Naturrecht gebe, denn dieses sei vorpositiv. Als „rein“ bezeichnet sich diese Lehre insoweit, als den Anspruch darauf erhebt, auf jede Metaphysik zu verzichten. Seiner Lehre treu schrieb er noch 1965, der von ihm maßgeblich vertretene und entwickelte Rechtspositivismus habe die Trennung von Recht und Moral zur Folge, Normen seien daher auch dann verbindlich, wenn sie gegen das Sittengesetz verstießen. Die Rechtswissenschaft habe nur das geltende Recht zu beschreiben und dafür die nötigen Begriffe zu entwickeln. Die Frage, was Recht sein solle, sei demgegenüber eine Wertung und damit nicht

⁷⁹ Hierzu Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967, 430-458, 558-558. Rückert Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny (1997) 59 ff.

⁸⁰ Gellner, Nationalism, London 1997, 3.

⁸¹ Zu seiner Bedeutung Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, München 1999, 164-171.

wissenschaftlich⁸². Bekanntlich waren dieser Theorie zufolge wohl auch die Normen rechtens, aufgrund derer er seinen Lehrstuhl in Köln aufgeben und in die Vereinigten Staaten emigrieren musste. Das Anstoßige dieser Lehre verliert sich etwas, wenn man sich vor Augen hält, dass *Kelsen* einen der am stärksten wertgeladenen und damit emotionalisierten Begriffe überhaupt, Recht nämlich, vollkommen nüchtern sieht. Was die Umgangssprache mit Recht meint, ist nicht Recht im Sinne *Kelsens*. Vernünftig aus der Sicht *Kelsens* ist diese Lehre deshalb, weil sie extrem demokratisch ist: Staatliche Setzung und soziale Akzeptanz sind beide aus dem Volk abgeleitet und kontrolliert. Die Bestimmung dessen, was „die“ über dem Recht stehende und diesem sogar derogierende Moral sei, dass kann immer nur eine Minderheit treffen: Wenn diese Vorrang beanspruchende Moralvorstellungen allgemein geteilt würden, wären sie ja Gesetz und es käme gar nicht erst zum Konflikt von Moral und Recht. Das Naturrecht ist danach stets eine Sache der *happy few* und diese haben im System der Demokratie keinen Vorrang mehr. Der Rechtspositivismus *Kelsens* lässt sich somit als eine methodische Absicherung der Demokratie verstehen, und die Demokratie wiederum ist eine Absicherung gegen die Tyrannei. *Kelsen* war in der Zwischenkriegszeit unter den Staatsrechtlern einer ihrer wenigen echten Verteidiger⁸³. Diese Staatsform dient für ihn der Verwirklichung zweier Werte, dem der Freiheit und damit einhergehend der Gleichheit⁸⁴. Des ideologischen Charakters dieser Grundlage eingedenk, beruft er sich auf *Cicero*, den großen römischen Staatsmann und Juristen:

(*de re publica*, 1, 31):

Itaque nulla alia in civitate, nisi in qua populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet: qua quidem certe nihil potest esse dulcius et quae, si aequa non est, ne libertas quidem est

In keinem anderen Gemeinwesen als in einem solchen, bei dem die höchste Gewalt beim Volke liegt, hat die Freiheit eine echte Heimstatt: sie ist sicher das süßeste Gut und wenn sie nicht mit Gleichheit gepaart ist, ist sie keine wahre Freiheit

⁸² Was ist juristischer Positivismus, Juristen Zeitung 1965, 465, 468.

⁸³ Horst Dreier, The essence of Democracy – Hans Kelsen and Carl Schmitt Juxtaposed, in in Hans Kelsen and Carl Schmitt – A Juxtaposition, Dan Diner und Michael Stolleis (Hgg.) Gerlingen 1999, 72-74.

⁸⁴ Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1929, 3-13.

Auch die Position *Kelsens* ist zweckrational⁸⁵ – des Feld auf dem er stritt erforderte andere Methoden als *Rabels*. Im Übrigen haben gerade seine späteren Arbeiten weniger das Verfassungsrecht als das Völkerrecht zum Gegenstand und dort im Besonderen die Vereinten Nationen. Was beide anstrebten, war eine Rechtswissenschaft „ohne Eigenschaften“⁸⁶, der eine wollte die Metaphysik aussondern, der andere die nationalen Eigenheiten.

Damit schließt sich der Kreis zu *Rabe*/ und seiner rätselnd so genannten ‚Flucht nach Rom‘. Rom ist das historische Vorbild eines übernationalen Staates und einer die ganze Welt umfassenden einheitlichen Zivilisation. Die Habsburger Monarchie hatte diesen Gedanken als Erbin des Heiligen Römischen Reiches bis in das 20. Jahrhundert getragen. Dieses Zusammenhangs war *Rabe*/ sich auch wohl bewusst:

„On the main gate of the Imperial Palace of Vienna, the seat of the House of Habsburg who ruled the core of Europe for six hundred years, the inscription reads: *Justitia Fundamentum Regnum*. In these three words “justice is the fundament of government” which has significance for international life as well as internal administration, the function of law was summarized exactly as under the Roman emperors. It was not by accident that the motto was in Latin. In the origin and consolidation of the European monarchies at the dawn of the modern state, Roman law was an essential factor⁸⁷“.

Als dieses Reich auseinanderbrach, weil es für vollkommen unzeitgemäß galt, begab *Rabe*/ sich nicht wie andere in wehmütige Trauer, sondern wandte sich kraftvoll noch einen Schritt weiter zurück, zu den Wurzeln, zurück nach „Rom“. Hier suchte und fand er einen Gegenentwurf zu den nationalistischen Tendenzen seiner Zeit. Geistig war die Flucht nach Rom eine Flucht nicht in die Vergangenheit, sondern in die Zukunft⁸⁸. Mit seinen Studien zum Kaufrecht wurde er zum geistigen Vater („master-mind“) der

⁸⁵ Zu anderen Auswirkungen der politisch-soziologischen Hintergründe auf das Werk Kelsens überzeugend Manfred Baldus, Hapsburgerian Multiethnicity and the „Unity of State“ – On the Structural Setting of Kelsen’s Legal Thought, in Hans Kelsen and Carl Schmitt – A Juxtaposition, Dan Diner und Michael Stolleis (Hgg.) Gerlingen 1999, 13-25.

⁸⁶ Nach Beller, Wien 229-231, eine typische jüdische Strategie.

⁸⁷ GA III, 278 f.

⁸⁸ Zur Affinität vormoderner, d.h. auch vornationalistischer, und postmoderner Tendenzen in der Geschichte der europäischen Judenheit Dan Diner, Gesichte der Juden – Paradigma einer europäischen Gesichtsschreibung, in: Gedächtniszeiten 246 f.

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods von 1980⁸⁹. Hiermit war sein Traum eines Welt-Kaufrechtes positives Recht geworden, für mittlerweile über 70 Staaten.

Schon dreimal zuvor hatte Rom der Welt Gesetz und Einheit gegeben: in Gestalt des Römischen Reiches, des Christentums und des Römischen Rechts⁹⁰. Im 20. Jahrhundert wiederholte sich Roms Schöpferkraft ein viertes Mal: im Gedanken einer Weltrechtsordnung, eines neuen *ius gentium*⁹¹. Warum gerade ein Wiener jüdischer Abstammung hierbei Geburtshelfer war, das hatten wir gesehen: In der vormodernen Internationalität der Judenheit und der Habsburger Monarchie, verbundenen mit der Universalität des Römischen Rechts lagen die hierfür notwendige Haltung und Kenntnis bereit⁹²:

„Tausendfältig schillert und zittert unter Sonne und Wind das Recht jeden entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden ein noch von niemanden mit Anschauung erfaßtes Ganzes⁹³“.

⁸⁹ Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, München 2008, Einleitung I.

⁹⁰ Rudolph von Jhering. Zitat bei Kaser/Knütel, RPR § 1/1.

⁹¹ Zu diesem Phänomen und seinen Problemen Mathias Schmoeckel, Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung, Köln u.a. 2005, 512-527.

⁹² Gleichsinnig die Einschätzung Bellers, Wien 265 f., zur Bedeutung der Juden als Treibsatz der Moderne im Wien der Jahrhundertwende

⁹³ GA III 5.