

Neuenbäumer, Anke: Ernst Zitelmann – Die Begründung der Rechtsvergleichung als Wissenschaft. (Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2010.) – Hamburg: Kovač 2014. 294 S. (Rechtsgeschichtliche Studien. 71.)

Wer, wie der Rezensent, vor mehr als 50 Jahren das Glück hatte, die Vorlesungen „Römisches Recht“ und „IPR“ bei *Leo Raape* (1878–1964) zu hören, der erinnert sich heute noch an den hinreißenden Vortragstil dieses Dozenten und dessen Bemerkungen über „meinen sehr verehrten Lehrer Ernst Zitelmann“, bei dem Raape studiert, promoviert und sich in Bonn habilitiert hatte. Auch Ernst Zitelmann (1852–1923) war Romanist, Zivil-, Kollisions- und Völkerrechtler sowie außerdem ein begnadeter Förderer und Lehrer von Übungen, Praktika und Seminaren,¹ der an seinem Schüler *Leo Raape* und dessen Ausspruch „Der Fall ist unser größter Lehrmeister“ seine wahre Freude gehabt hätte.² Auch ein anderer Schüler von Ernst Zitelmann, *Max Gutzwiller* (1889–1989), Professor in Heidelberg und in Fribourg, schwärmt in seinen Erinnerungen von den Vorlesungen und Übungen bei Ernst Zitelmann.³ Er zitiert dessen Ausspruch „Und nun, meine Herren, das Entscheidende: der Kellner [der den Irrtum der Gäste erkannte, aber nicht korrigiert hatte] hat gegrinst“ und beschreibt den Glanz, der von Ernst Zitelmann ausging. Doch welcher Glanz ist hiermit gemeint? Gepriesen werden meistens seine dogmatischen Schriften, seine kollisionsrechtlichen Einsichten⁴ und seine damals fortschrittlichen Anregungen für eine praktische und spannende Unterrichtsmethode des juristischen Studiums.⁵ Aber war das alles? Ist der Poet und schöngeistige Schriftsteller gemeint?⁶ Nein, es ist der Glanz eines Rechtsvergleichers der frühen Stunde.

1. *Anke Neuenbäumer* widmet sich in ihrer Dissertation, die in Regensburg von Professor *Sibylle Hofer* (jetzt Universität Bern) betreut wurde, diesem bislang vernachlässigten Thema und behandelt in vier Teilen die Beiträge von Ernst Zitelmann zur Rechtsvergleichung um das Jahr 1900, also in der Zeit vor dem Wirken von *Ernst Rabel* (1874–1955). Nach einer kurzen Einleitung, insbesondere über die Person von Ernst Zitelmann, gliedert die Verfasserin ihre Arbeit nach den Thesen, die Zitelmann auf dem ersten Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Jahr 1900 in Paris unter dem Titel „Des différentes rôles et de la portée à attribuer au droit comparé“ vorgetragen hatte.⁷ Abge-

¹ Hierzu *Ernst Zitelmann*, in: Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen, hrsg. von Hans Planitz, Bd. I (1924) 177 ff., 186–191, 204f.

² *Leo Raape*, in: Staudingers Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetz², Bd. VI/2 (1931) VII.

³ *Max Gutzwiller*, Siebzig Jahre Jurisprudenz – Erinnerungen eines Neunzigjährigen (1989) 25 ff.

⁴ *Hans Dölle*, Ernst Zitelmann, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 105 (1949) 510–521; *Max Gutzwiller*, Zitelmans völkerrechtliche Theorie des Internationalprivatrechts, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 16 (1922/23) 468–481 = *ders.*, Elemente der Rechtsidee – Ausgewählte Aufsätze und Reden (1964) 182–193.

⁵ Hierzu u. a. *Max Gutzwiller*, Ernst Zitelmann 1852–1923, Basler Nachrichten vom 4.12.1923, Nr. 567 = *ders.*, Elemente der Rechtsidee (vorige Fn.) 9–14, 11 f.

⁶ Vgl. u. a. *Ernst Zitelmann*, Gedichte (1881); *ders.*, Totentanz und Lebensreigen (1908).

⁷ *Ernst Zitelmann*, in: Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Procès-verbaux des séances et documents, Bd. I (1905) 189–198; eine deutsche

druckt im Band der Sitzungsberichte, der sich wie ein internationaler Kürschner aus dem Jahr 1900 liest,⁸ hatte Zitelmann drei Bereiche erwähnt, in denen die Rechtsvergleichung eine Rolle spielt: die Forschung als Wissenschaft, die Gesetzgebung als Rechtsschöpfung und die Praxis der Rechtsanwendung.

2. Als Referendar verfasste der 23/24-jährige Zitelmann den Aufsatz „Der Materialismus in der Geschichtsschreibung“, der 1876 in den Preußischen Jahrbüchern in vier Folgen veröffentlicht wurde.⁹ Auf ca. 200 Seiten untersucht die Verfasserin diese grundlegende, fast 80-seitige Arbeit von Zitelmann, die unter den Augen seines Habilitationsvaters *Rudolf von Jhering* (1818–1892) in Göttingen entstanden ist. Angeregt durch den Materialismusstreit¹⁰ und nach Lektüre von *Oskar Peschels* „Völkerkunde“ (1874), von *Albert Hermann Posts* Schriften zum „Naturgesetz des Rechts“ (1867) und von *Friedrich von Hellwalds* „Culturgeschichte“ (1875), unternimmt es Zitelmann, die Erkenntnisse der damaligen Naturwissenschaften auf die Rechtswissenschaft zu übertragen und zu ergänzen. Denn auch die Rechtswissenschaft habe als Teil der allgemeinen Kultur- oder Universalwissenschaften von den Einsichten der Naturwissenschaften zu profitieren, sie aufzunehmen und anzuwenden. Das geschehe in der vergleichenden Rechtswissenschaft, wie die Rechtsvergleichung lange Zeit genannt wurde.¹¹ Diese vergleichende Rechtswissenschaft betrachte auf empirischer Grundlage historischer Rechtsordnungen¹² und gegenwärtiger Entwicklungen in verschiedenen Staaten, wie diese Systeme auf Faktoren wie Umwelt, Klima, Gesellschaft und andere Gegebenheiten reagieren, ihre Rechtsnormen diesen Faktoren anpassen und weiterentwickeln. Also nicht spekulativ wird vorgegangen, sondern empirisch wird geforscht. Ebenso drückt der Ordinarius der Uni-

Fassung dieser Thesen ist in der Deutschen Juristen-Zeitung erschienen: *Ernst Zitelmann*, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, DJZ 1900, 329–332.

⁸ An dem Kongress nahmen teil u. a. aus Belgien: Henri Rolin; aus Deutschland: Ludwig von Bar, Franz Kahn, Joseph Kohler, Rudolph Sohm, Ernst Zitelmann; aus Frankreich: Adhémard Esmein, François Geny, Armand Lainé, Raymond Saleilles; aus Griechenland: Georgios Streit; aus Italien: Francesco Contuzzi; aus der Schweiz: Eugen Huber; aus den USA: Ernest G. Lorenzen und aus dem Vereinigten Königreich: Frederick Pollock.

⁹ *Ernst Zitelmann*, Der Materialismus in der Geschichtsschreibung, Preußische Jahrbücher 37 (1876) 176–196, 217–241; 38 (1876) 513–531, 650–663. Zitelmann wollte es wohl seinem älteren Vetter Otto Gierke (1841–1921), der im Jahr 1868 den ersten Band des Genossenschaftsrechts als seine Dissertation geschrieben hatte, an akademischen Schriften gleichtun (die Mutter von Gierke war die Schwester von Zitelmanns Vater, und Gierke wuchs in Stettin bei Verwandten (bei der Familie Zitelmann?) auf, nachdem seine Eltern im Jahr 1855 an der Cholera verstorben waren).

¹⁰ Der Materialismus-Streit, hrsg. von Kurt Bayertz/Myriam Gerhard/Walter Jaeschke (2012); *Frederick Gregory*, Scientific Materialism in Nineteenth Century Germany (1977) 13 ff.

¹¹ Der Ausdruck „Rechtsausgleichung“, den Zitelmann später in seiner Schrift „Die Möglichkeit eines Weltrechts“ benutzt, bezeichnet einen Vorgang der Rechtsangleichung durch spontanes Gleichwerden, Rezeption oder Vereinbarung, siehe *Ernst Zitelmann*, Die Möglichkeit eines Weltrechts, Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung 1888, 193–195, 201–203, 209–212 (S. 193, 211); unveränderter Abdruck als Monographie mit Nachwort erschienen bei Duncker & Humblot, München und Leipzig 1916.

¹² So z. B. *Franz Böhler/Ernst Zitelmann*, Das Recht von Gortyn (1885, Neudruck 1974) 47 ff.

versität Rostock *Franz Bernhöft* dies in seinem Einführungsaufsatz für die von ihm begründete Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft aus: „So will also die vergleichende Rechtswissenschaft lehren, wie Völker gemeinsamer Abstammung die überkommenen Rechtsbegriffe selbständig ausarbeiten, wie ein Volk die Institute eines anderen übernimmt und seinen eigenen Anschauungen gemäss umformt, wie endlich auch ohne jede thatsächliche Verbindung die Rechtssysteme verschiedener Nationen sich nach gemeinsamen Entwicklungsgesetzen fortbilden. Sie sucht, mit Einem Worte, in den Rechtssystemen die Rechtsidee.“¹³ Auch Zitelmann belässt es schon zwei Jahre vorher nicht bei einer rein mechanischen oder materialistischen Betrachtungsweise der vergleichenden Rechtswissenschaft. Er hört „im Gange der Weltgeschichte [...] den Schritt Gottes.“¹⁴ Er nennt diese teleologische zweckgerichtete Dimension seiner Betrachtungsweise und mit „Blick auf das Ganze“ „geläuterten Idealismus“ und versteht darunter – hier scheint er *Hegel* zu folgen – den Fortschritt der Menschheit zum Ideal einer vollkommenen Rechtsordnung der Vernunft. Dass Zitelmann für diese Betrachtungsweise auch noch die Naturwissenschaften beruft und glaubt, sich hierbei auf *Charles Darwin* und seine Schrift „On the Origin of Species by Means of Natural Selection“ (1859) verlassen zu können, beruht wohl auf einem Missverständnis. Denn *Darwin* hatte gerade nicht behauptet, dass sich die Lebewesen auf das Ideal einer Kreatur hin bewegen, sondern hatte lediglich festgestellt, dass sich die Evolution nach dem Prinzip der Selektion, dem Grundsatz der Überlebensfähigkeit vollzieht. Am Ende seines Lebens fasste Zitelmann seine Lehre folgendermaßen zusammen: Zunächst sei die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft der Wirklichkeit, der empirischen Daten; dann müsse versucht werden, dieses Material auf höhere gesetzliche Zusammenhänge mit dem Recht anderer Kulturthaten wie Religion und Recht zurückzuführen; schließlich sei es Aufgabe der Rechtswissenschaft, aus dieser vorhergehenden Arbeit und mit Hilfe der Rechtsvergleichung rechtsphilosophische Schlüsse für die Einordnung dieser Erkenntnisse zu ziehen.¹⁵

All dies stellt die Verfasserin sorgfältig und ausführlich zusammen. Dabei geht sie auf die Lehren der damaligen Zeit ein, erwähnt unmittelbare Einflüsse auf Zitelmann, erörtert die philosophischen Strömungen des Materialismus, des Darwinismus und der Ethnologie sowie Soziologie, zeichnet somit ein zutreffendes Bild der Zeit nach 1871 in Deutschland und der Welt. Ihr Resümee ist, dass Zitelmann zum einen das Recht als Kulturerscheinung wahrgenommen und zum anderen den Vergleich von Rechtsordnungen befürwortet habe.

3. Die Rolle, welche die Rechtsvergleichung bei der Gesetzgebung spielt, wird ebenfalls angesprochen. Dass sie auch hier bedeutungsvoll sein kann, ist die zweite These, die Zitelmann auf dem Pariser Kongress für Rechtsvergleichung im Jahr 1900 aufgestellt hatte. Wie die Rechtsvergleichung allerdings in der Praxis angewandt wird, zeigt Zitelmann weder bei seinen Arbeiten zum

¹³ *Franz Bernhöft*, Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft, ZVglRWiss 1 (1878) 1–38, 36f.

¹⁴ *Zitelmann*, Preußische Jahrbücher 37 (1876) (Fn. 9) 180.

¹⁵ *Ernst Zitelmann*, Recht und Wirklichkeit, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 17 (1923/24) 521–523.

künftigen BGB noch in seiner Schrift zur „Möglichkeit eines Weltrechts“. Zitelmann wäre jedoch nicht der praktische Jurist, der neben hochfliegenden Ideen und Projekten die praktische Brauchbarkeit seiner wissenschaftlichen Erkenntnisse außer Acht ließe; denn auch er hätte sich *Wilhelm Raabe* und seinen Worten „Sieh nach den Sternen! Gib acht auf die Gassen!“¹⁶ die sein Schüler *Leo Raabe* der 5. Auflage seines IPR-Lehrbuches voranstellte, angeschlossen. Zitelmann nämlich warnt vor einer vorschnellen Gesetzgebung, welche die „soziale Funktion“ des Rechts missachtet. Damit ist nicht etwa das Verbraucher- oder Sozialrecht im heutigen Sinne gemeint, sondern die Funktion, die das Recht als zweckmäßige Reaktion auf tatsächliche Zustände in einer Gesellschaft ausübt. Vor jeder neuen Gesetzgebungsinitiative müsse also geprüft werden, ob sie zweckmäßig sei im Sinne seines Lehrers *Rudolf von Jhering* und ob – hier zitiert er im Nachwort zur Neuauflage seiner „Möglichkeiten eines Weltrechts“ *Eugen Ehrlich* (1862–1922) und dessen „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (erschienen 1913)¹⁷ – die tatsächliche Übung und Praxis in einer Gesellschaft einen gesetzgeberischen Eingriff erfordere. Auf lange und globale Sicht gesehen setze sich jedoch die zweckmäßigste und fortschrittlichste Gesetzgebung durch und lasse alle anderen Zivilisationen weit hinter sich.

4. Der dritte Anwendungsbereich der Rechtsvergleichung bezieht sich auf die Rechtsanwendung. Diese These von 1900 hat Zitelmann nur sehr spärlich ausgearbeitet. Der nennt als Beispiele das IPR, wo bei Anwendung der Vorbehaltsklausel¹⁸ (Art. 30 EGBGB a.F.) rechtsvergleichend vorgegangen werden müsse, ebenso wie bei Günstigkeits- und Gegenseitigkeitsklauseln (vgl. Art. 12 EGBGB a.F. und Art. 16 II EGBGB a.F.). Außerdem wendet er sich gegen die Praxis der Gemischten Schiedsgerichtshöfe des Versailler Vertrags, aus einer „Vergleichung der Hauptkulturrechte“ diejenigen Grundsätze herauszufinden, die bei ihren Entscheidungen angewandt werden müssten.¹⁹

5. Die Zusammenfassung der Verfasserin beschränkt sich vor allem auf die vorher vorgetragenen Erkenntnisse und geht kaum auf die Rechtsvergleichung in der Zeit nach Zitelmann ein. Das ist schade bei einer sonst so schönen Arbeit. Ein solcher Ausblick könnte folgendermaßen aussehen und dabei die Thesen von Zitelmann zum Ausgangspunkt wählen:

a) Rechtsvergleichung ist heute eine allgemein anerkannte Methode, die im akademischen Unterricht eine feste, wenngleich zu geringe Bedeutung hat, die ein gewaltiges monographisches und pädagogisches Schrifttum hervorgebracht

¹⁶ *Wilhelm Raabe*, Sämtliche Werke (Braunschweiger Ausgabe), Bd. V: Die Leute aus dem Walde² (1971) 160.

¹⁷ *Zitelmann*, Die Möglichkeit eines Weltrechts (Fn. 11, Nachdruck) Nachwort auf S. 47. Hierzu *Manfred Rehbinder*, Internationales Privatrecht als Weltrecht, Das Plädoyer des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich für die Lehre von Ernst Zitelmann, in: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Istanbul 2003, 619–621, mit dem Neuabdruck von Eugen Ehrlichs Aufsatz „Internationales Privatrecht“ auf S. 622–641 (ursprünglich in: Deutsche Rundschau 1906, 419–433).

¹⁸ Diese heute noch gängige Bezeichnung hat Zitelmann geprägt: *Ernst Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Bd. I (1897) 317.

¹⁹ *Ernst Zitelmann*, Zwischenstaatliche Gerichtsbarkeit und die Gemischten Schiedsgerichtshöfe des Versailler Vertrags, NiemZ 30 (1923) 305–329, 320.

hat und die in international anerkannten Forschungsinstituten gepflegt und angewandt wird. Richtig hat Zitelmann erkannt, dass diese rechtsvergleichende Methode nur zutreffend befolgt werden kann, wenn man zuvor die einzelnen Rechtsordnungen, die miteinander verglichen werden sollen, exakt und sauber erfasst sowie verstanden hat. Diese empirische Grundlage genügt uns meistens, und wir verzichten heute auf die Suche nach dem „Schritt Gottes“ oder auf den von Zitelmann notwendig empfundenen Fortschritt im Sinne einer perfekten Rechtsordnung. Die Rechtsvergleichung ist heute primär eine horizontale Rechtsvergleichung und keine vertikale mehr, wie sie vor 140 Jahren noch häufig auf ethnologischer Grundlage gepflegt wurde. In unserer Zeit mit mehreren Katastrophen und wichtigen Erkenntnissen streben wir heute zwar immer noch nach optimalen rechtlichen Lösungen, vermeiden es jedoch, die gefundenen Lösungen als die besten zu benennen.²⁰ Kurz: Wir verfolgen heute keinen „geläuterten Idealismus“, sondern begnügen uns mit einem „lauteren Realismus“, der stets das Beste will, jedoch wohl selten erreicht.

b) Dass die Rechtsvergleichung bei der Gesetzgebung eine wichtige Rolle spielt, ist heute allgemein anerkannt. Jedoch sind wir heute nüchterner als Zitelmann, der am Ende seines Lebens selbst bekannte, dass ein Weltprivatrecht, „für das ich bereits in der Jugend, da ich noch mehr Träume als Erkenntnis hatte, mit Leidenschaft eingetreten bin“,²¹ in absehbarer Zeit wohl unmöglich ist. Kleinere Projekte genügen uns heute. EU-Richtlinien und EU-Verordnungen, die auf rechtsvergleichender Grundlage zustande kommen, harmonisieren oder vereinheitlichen das Recht in den Mitgliedstaaten. Jedoch wird ein Europäisches Zivilgesetzbuch, an dem verschiedene Gruppen arbeiten, wohl noch einige Zeit auf sich warten lassen. Auch nationales Recht wird heutzutage nach rechtsvergleichenden Forschungen gesetzgeberisch fortentwickelt.

c) Schließlich hat die Rechtsvergleichung auch bei der Rechtsanwendung zunehmende Bedeutung. Hatte noch Zitelmann in seiner Festrede zum Kaisergeburtstag 1896 die Befürchtung anklingen lassen, dass das BGB die Rechtswissenschaft in Zukunft in stumpfem Positivismus erstarren lassen könnte,²² so kann man heute in der höchstrichterlichen Rechtsprechung beobachten, dass auch fremde Normen und Erkenntnisse zur Fortentwicklung des heimischen Rechts benutzt werden. Das versteht sich bei Europäischem Recht von selbst, wird zwischen nahe verwandten Rechtsordnungen (Schwesterrechtsordnungen oder Mutter- und Tochterrechtsordnungen) praktiziert²³ und gilt auch für die Weiterentwicklung des sonstigen autonomen nationalen Rechts.²⁴

²⁰ Vgl. *Stefan Vogenauer*, Sources of Law and Legal Method in Comparative Law, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, hrsg. von Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (2008) 869–898.

²¹ *Zitelmann*, *NiemZ* 30 (1923) 305, 320.

²² *Ernst Zitelmann*, *Die Gefahren des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Rechtswissenschaft* (1896) 14 ff.

²³ Vgl. etwa *Kurt Siehr*, *Die Zeitschrift für Schweizerisches Recht und das schweizerische Privatrecht in der deutschen Rechtspraxis*, *ZSR* n.F. 100 (1981) I, 51–64.

²⁴ Vgl. z.B. *White v Jones* [1995] 2 AC 207 (HL), und hierzu *Basil S. Markesinis*, *Five Days in the House of Lords: Some Comparative Reflections on White v. Jones* (1995); BVerfG 27.5.2008 – 1 BvL 10/05, BVerfGE 121, 175, und hierzu das rechtsvergleichende Gutachten

6. Ernst Zitelmann war ein großer Gelehrter, und zwar nicht nur des deutschen Privatrechts, sondern auch des Internationalen Privatrechts. Er war außerdem ein Förderer und früher Befürworter der Rechtsvergleichung. Dass die Verfasserin diese Seite seines Schaffens so schön und vollständig dargestellt hat, dafür gebührt ihr Dank und Anerkennung.

Hamburg

KURT SIEHR

des MPI Hamburg: Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht – Entwicklungen in Europa, Amerika und Australien, hrsg. von Jürgen Basedow/Jens M. Scherpe (2004).

