

# Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel

## Werk- und Wirkgeschichte

Von HANNES RÖSLER, Hamburg\*

### I. Hintergründe

Im Jahr 2006 feiert Band I von Ernst Rabels »Das Recht des Warenkaufs: Eine rechtsvergleichende Darstellung« sein 70. Erscheinungsjahr, ein Jahr nach dem 50. Todestag des 1874 in Wien geborenen Autors<sup>1</sup>. Rabel, der sich achtundzwanzigjährig 1902 an der Universität Leipzig bei Ludwig Mitteis (1859–1921) als Romanist habilitiert hatte<sup>2</sup>, wandte sich zunehmend dem Vergleich gegenwärtiger Rechtsordnungen zu<sup>3</sup>. Gemeinsam mit Karl Neumeyer (1869–1941) begründete er – mitten im Ersten Weltkrieg – 1916 das Institut für Rechtsvergleichung der Universität München, das erste seiner Art weltweit<sup>4</sup>. Dieses Jubiläum, gemeinsam mit dem 2006 anstehenden 80. Grün-

---

\* Abgekürzt werden zitiert: Rolf-Ulrich Kunze, Ernst Rabel und das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 1926–1945 (2004); Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze I: Arbeiten zum Privatrecht 1907/1930, hrsg. von Leser (1965) (zitiert: Aufsätze I), III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919/1954, hrsg. von Leser (1967) (zitiert: Aufsätze III); Ernst Rabel (unter Mitwirkung der früheren und jetzigen wissenschaftlichen Mitarbeiter des Instituts), Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung I (1936), unveränderter Neudruck 1957 (zitiert: Warenkauf I); Timo Utermark, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel (2005).

<sup>1</sup> Aus diesem Anlaß die Würdigung von Ulrich Drobnig, Die Geburt der modernen Rechtsvergleichung, Zum 50. Todestag von Ernst Rabel: ZEuP 2005, 821–831.

<sup>2</sup> Erweiterte Habilitationsschrift: Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg (1902); ebenfalls ein Klassiker: ders., Grundzüge des römischen Privatrechts<sup>2</sup> (1955) (1. Aufl. 1915).

<sup>3</sup> Zu den Hintergründen Reinhard Zimmermann, In der Schule von Ludwig Mitteis, Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge: RabelsZ 65 (2001) 1–38.

<sup>4</sup> Sowohl der Forschung wie auch der Lehre gewidmet (der erste Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung war bereits 1869 in Oxford errichtet worden); Max Rheinstein, Vierzig Jahre Kaiser-Wilhelm-Institut und Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, in: Die Anwendung ausländischen Rechts im Internationalen Privatrecht, bearb. von Dierk Müller (1968) 3–13 (7) (zitiert: Vierzig Jahre); El-

dungstag des Kaiser-Wilhelm- bzw. inzwischen Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, gibt Anlaß, Rabels berühmteste deutschsprachige Arbeit in diesem Forum wissenschaftsgeschichtlich zu reflektieren und ihre Bedeutung für die Gegenwart auszuloten.

Das Werk stammt aus der Berliner Phase des Instituts: bis 1944 war es gemeinsam mit dem 1924 gegründeten Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht zur Bewältigung der Kriegsfolgen und zur Überwindung der Isolation deutscher Rechtswissenschaft im ehemaligen Königlichen Schloß (dem späteren Standort des abgerissenen Volkspalastes der DDR) untergebracht<sup>5</sup>. Die Arbeit ist 1936 als Sonderheft des neunten Jahrgangs der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht erschienen, die seit 1961 auch offiziell den Namen seines Gründers trägt. Der zweite Band konnte erst nach dem Krieg erscheinen<sup>6</sup>.

Mitte Februar 1937 wurde Rabel – obwohl getaufter Katholik – wegen der Nürnberger Rassegesetze zur Niederlegung seines Amtes als Institutsdirektor gezwungen<sup>7</sup>. Vorher waren bereits Hans Lewald (1883–1963) und Martin Wolff (1872–1953) als wissenschaftliche Berater ausgeschieden. Der aus München gefolgte Max Rheinstein (1899–1977) war einer Entlassung durch seinen Verbleib in den USA (1933) zuvorgekommen, wo er 1935 eine langjährige Lehrtätigkeit in Chicago aufnahm<sup>8</sup>. Im März 1939 verließ Rabel Ber-

---

*mar Wädle*, Einhundert Jahre Rechtsvergleichende Gesellschaften in Deutschland (1994) 48f. erwähnt noch das vom Öffentlichrechtler Theodor Niemeyer (1857–1939) 1914 gegründete Kieler Seminar (später Institut) für Internationales Recht; weiter *Dagmar Coester-Waltjen*, Ernst Rabel, in: Große jüdische Gelehrte an der Münchener Juristischen Fakultät, hrsg. von *Landau/Nehlsen* (2001) 77–96; zur (institutionellen) Entwicklung der Rechtsvergleichung auch *Kunze* 22f.; *Ralf Michaels*, Im Westen nichts Neues?: RabelsZ 66 (2002) 97–115 (98–102); *Hannes Rösler*, Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung, Folge 1: JuS 1999, 1084–1089 (1084–1086).

<sup>5</sup> Zu den Ursachen der Gründung des Kaiser-Wilhelm-Instituts *Jürgen Basedow*, Der Standort des Max-Planck-Instituts, Zwischen Praxis, Rechtspolitik und Privatrechtswissenschaft, in: *Aufbruch nach Europa*, FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (2001) 3–16 (3–8).

<sup>6</sup> *Rabel*, unter Mitwirkung von *v. Dohnanyi* und *Käser*, Das Recht des Warenkaufs II (1958) (zitiert: *Warenkauf II*).

<sup>7</sup> Dies dokumentiert *Kunze* 164–170; zum Wandel nach 1933 auf S. 63–131. Zur Arbeit des Nachfolgers Ernst Heymann (1870–1946), Direktor von 1937 bis 1946, *Kunze* 170–229, auch 71–91.

<sup>8</sup> Zu den Biografien siehe *Gerhard Dannemann*, Martin Wolff (1872–1953), in: *Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, hrsg. von *Beatson/Zimmermann* (2004) 441–461. Zu Rheinstein siehe *Wolfgang Freiherr v. Marschall*, Max Rheinstein, in: *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, hrsg. von *Lutter/Stiefel/Hoeflich* (1993) 333–341 (zitiert: *Der Einfluß deutscher Emigranten*); *Konrad Duden*, Max Rheinstein, Leben und Werk, in: *Ius privatum gentium*, FS Rheinstein I (1969) 1–14; zur Entziehung der Lehrbefugnis 1933/34 *Anna-Maria Gräfin v. Lösch*, Der nackte Geist, Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933 (1999) 214f., 209; *Kunze* 133f.

lin, wo er 1935 von seinem Lehramt enthoben worden war, ab 1937 einem Publikationsverbot und auch sonst vielen Widrigkeiten unterlag<sup>9</sup>. Nach kurzem Zwischenaufenthalt in Belgien emigrierte er 65jährig im September 1939 und damit sehr spät ebenfalls in die USA. Dort forschte er mit Stipendien des American Law Institute, der University of Michigan in Ann Arbor und der Harvard Law School<sup>10</sup>.

## II. Ziel- und Umsetzung des Konzepts: Angewandte Rechtsvergleichung als Grundlage der Rechtsvereinheitlichung

Rabel betrachtet das Recht als Spiegelung der Lebensverhältnisse<sup>11</sup>, was bereits bei seinem Lehrer Mitteis als dem Begründer einer neuen rechtswirklichkeitsorientierten Auffassung des antiken Rechts angelegt war<sup>12</sup>. Seine Denkweise zeigt Bezüge zur Interessenjurisprudenz von Philipp Heck (1858–1943)<sup>13</sup> und vor allem zur anglo-amerikanischen *case-law*-Methode<sup>14</sup>. Die pragmatisch-funktionelle, induktiv-fallorientierte Denkart macht verschiedene Rechtsordnungen, sowohl frühere als auch gegenwärtige, vergleichbar. Rabel, der auch als Richter und Gutachter tätig war<sup>15</sup> und sich – ähnlich wie Levin Goldschmidt (1829–1897) – um die Einbeziehung der Handelsbräuche in das Recht des Warenkaufs bemühte<sup>16</sup>, stand lebensferner Dogmatik in-

<sup>9</sup> Zu den zwei Jahren zwischen Entlassung und Emigration *Jürgen Thieme*, Ernst Rabel (1874–1955), Schriften aus dem Nachlaß, »Vorträge – Unprinted Lectures«: Einführung: *RabelsZ* 50 (1986) 251–281 (263–266).

<sup>10</sup> *Gerhard Kegel*, Ernst Rabel, Werk und Person: *RabelsZ* 54 (1990) 1–23 (21) = Vorkämpfer des Weltkaufrechts, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, hrsg. von *Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis* (1993) 571–593 (588); *David S. Clark*, The Influence of Ernst Rabel on American Law, in: *Der Einfluß deutscher Emigranten* (oben N. 8) 107–126 (109f.).

<sup>11</sup> *Kegel* (vorige Note) 16 = *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* 583f.

<sup>12</sup> Zu Rabels historisch geprägter Methode ausführlich *Utermark* 55–118; *Gerhart Husserl*, Ernst Rabel, Versuch einer Würdigung: *JZ* 1956, 385–392, 430–434 (386–389); *Zimmermann* (oben N. 3); *Kunze* 24–26, 41f., 45–47. Dem Rechtshistoriker Rabel ist der zweite Band der 1954 zu seinen Ehren vorgelegten Festschrift gewidmet (Festschrift für Ernst Rabel II: *Geschichte der antiken Rechte und allgemeine Rechtslehre* [1954]).

<sup>13</sup> *Philipp Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz: *AcP* 112 (1914) 1–318; *ders.*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932).

<sup>14</sup> *Hans Georg Leser*, Ein Beitrag Ernst Rabels zur Privatrechtsmethode: »Die wohlthätige Gewohnheit, den Rechtsfall vor der Regel zu bedenken«, in: *FS Caemmerer* (1978) 890–906 (905); bezüglich Heck ebenfalls *Utermark* 127–131, 161, 170, 174, dann allerdings 184, 218.

<sup>15</sup> Etwa an den vom Versailler Friedensvertrag vorgesehenen Gemischten Schiedsgerichtshöfen, die u.a. private Rechtsstreitigkeiten entscheiden sollten, die sich aus der Abwicklung der kriegsbedingt gestörten Vorkriegsverträge ergaben. Zu seiner Richter Tätigkeit *Rabel*, Vorträge – Unprinted Lectures II: [Courts]: *RabelsZ* 50 (1986) 287–295; *Kunze* 54–58.

<sup>16</sup> Vgl. *Utermark* 162f., 171.

dessen skeptisch gegenüber, auch wenn er sich nicht in Gegensatz zur Begriffsjurisprudenz setzte<sup>17</sup>. Rabel verstand, wieviel Neuland rechtsvergleichend zu entdecken ist, sofern man sich um eine Entprovinzialisierung der Betrachtungsweise bemüht<sup>18</sup>.

Der Vorgang des abenteuerlichen Entdeckens ist auch Ausgang seines berühmten Zitats, mit dem er vielleicht die deutsche ethnologische Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts spiegelt: »Rechtsvergleichler sind gewohnt, in fremde Dickichte einzudringen, und darauf gefaßt, daß unter jedem Busch ein Eingeborener mit Pfeilen lauert.«<sup>19</sup> Doch die Einzelteile sollen sich zu einem organischen Ganzen formen. Der Glaube an die Möglichkeit einer universalistischen Rechtswissenschaft und einer im Kern bestehenden Einheit des Rechts als Kulturleistung<sup>20</sup> klingt 1924 an: »Tausendfältig schillert und zittert unter Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden ein noch von niemandem mit Anschauung erfaßtes Ganzes.«<sup>21</sup> Darum können seines Erachtens *civil and common law* – anders als beim recht kontinentalen Einheitsrecht zum Scheck und Wechsel von 1930 und 1931 – mittels rechtsvergleichend »gereinigt«<sup>22</sup> universeller Rechtsbegriffe zusammengeführt werden. Dies ermöglicht dann auch die von Rabel begründete und energisch vorangetriebene Kaufrechts-

<sup>17</sup> *Max Rheinstein*, Gedächtnisrede für Geheimrat Professor Dr. Ernst Rabel: JR 1956, 135–138 (136) (zitiert: Gedächtnisrede).

<sup>18</sup> Über die Bereitschaft hierzu *Rabel*, Vorträge – Unprinted Lectures III: [Institutes]: Rabelsz 50 (1986) 296–302 (299) recht elitär: »The comparative method is the most intricate sort of research; I think it gives us the crown of jurisprudence – yet there seemed not to be a lot of people aiming at that crown.«

<sup>19</sup> *Rabel*, Deutsches und amerikanisches Recht: Rabelsz 16 (1951) 340–359 (340) = Aufsätze III Nr. 14, S. 342–363 (342).

<sup>20</sup> Siehe *Josef Kohler*, Das Recht als Kulturerscheinung, Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft (1885). Dazu *Anna Babette Stier*, »Richtiges Recht« zwischen Entwicklungs- und Kulturgedanken, Prinzipien der Rechtsgestaltung in der Rechtstheorie um 1900 (2006). Die Universalrechtsgeschichte Kohlers (1849–1919) bezeichnete *Rabel*, Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, in: 25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften III (1937) 77–190 (81) = Aufsätze III Nr. 9, S. 180–234 (187) (zitiert: Fachgebiete) dagegen als unerfüllbar. Siehe auch *ders.*, Josef Kohler †: RheinZ 10 (1919–20) 123–133 = Aufsätze I Nr. 13, S. 340–350; *Utermark* 124–127; *Gerhard Kegel*, Ernst Rabel, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, FS Börner (1992) 835–840 (838) hält Rabels »fast naturrechtliche« Vision fest.

<sup>21</sup> *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung: RheinZ 13 (1924) 279–301 (283) = Aufsätze III Nr. 1, S. 1–21 (5).

<sup>22</sup> Es gelte, den »Kern der Rechtserscheinungen von der Hülle der Paragraphen und Konstruktionen« zu befreien, *Rabel*, Fachgebiete (oben N. 20) 80 = Aufsätze III 185. So weist er etwa die Ähnlichkeiten bei der Antragsbindung bzw. –widerruflichkeit nach, obwohl die Ausgangspositionen des englischen und kontinentalen Rechts unterschiedlich sind, siehe *Rabel*, Warenkauf I 88. Gleiches gilt für die *specific performance*, siehe *Rabel*, Warenkauf I 376; auch *Hannes Rösler/Grit Tüngler*, Modalitäten der Ersatzleistung im englischen und deutschen Vertragsrecht: JuS 2002, 782–786.

vereinheitlichung. Die hier »neugelesenen« Bände sollten für eine derartige »universale Rechtslehre mit eigenen Begriffen und Wertungsmaßstäben«<sup>23</sup> die Grundlage bilden.

Rabel, der bekanntlich als der Begründer moderner Rechtsvergleichung in Deutschland gilt, hat mit dem Recht des Warenkaufs musterergütig den Beweis für die Richtigkeit der bis heute maßgeblichen funktionalen Methode erbracht<sup>24</sup>. Ähnlich – wenn auch in geringerem Maße – wie die Großwerke »Rechtsvergleichendes Handwörterbuch«<sup>25</sup> und »Die Zivilgesetze der Gegenwart«<sup>26</sup> ist die hier wiedergelesene Monographie eine Teamleistung, und zwar des schon zu jener Zeit in Länderreferate gegliederten Privatrechtsinstituts. Anlaß zur Abfassung des Werks in Berlin bot der an Rabel ergangene »Auftrag« des 1926 in Rom angesiedelten Institut international pour l'unification du droit privé des Völkerbundes (UNIDROIT), die Vereinheitlichung des Warenkaufsrechts vorzubereiten.

Hintergrund war: Ein römisches Institut sollte nach Vorstellung der Mussolini-Regierung eine führende rechtsvergleichende Stellung in der Welt einnehmen. Jedoch fehlten dem sodann eingerichteten und dem Völkerbund übergebenen Institut Stab und Mittel. Daher bot Rabel als das deutsche Direktoriumsmitglied am UNIDROIT seine Hilfe an. Dort hatte er 1928 – also weniger als dreißig Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB – die weltweite Vereinheitlichung des internationalen Kaufrechts als Großprojekt selbst angeregt. In den Sitzungen des Kaufrechtsausschusses war Rabel die treibende und vor allem durch die Arbeit des Berliner Instituts auch ausführende Kraft<sup>27</sup>. Die Folge von Berichten und Entwürfen bis zur kriegsbedingt unterbrochenen Arbeit ist hinreichend dokumentiert<sup>28</sup> und soll hier nur in Form von Stichworten erwähnt werden: Der erste vorläufige Bericht Rabels von 1929<sup>29</sup>, der Blaue Bericht<sup>30</sup>, der vom international besetzten Komitee ab 1930 erarbeitete

<sup>23</sup> Rabel, Deutsches und amerikanisches Recht (oben N. 19) 358 = Aufsätze III 362.

<sup>24</sup> Oben N. 22; Franz Gamillscheg, Ernst Rabel (1874–1955), Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, in: Rechtswissenschaft in Göttingen, hrsg. von v. Loos (1987) 456–470 (466).

<sup>25</sup> Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, hrsg. von Schlegelberger I–VII (1927–1940). Dazu Kunze 146–150, 157, 197f.

<sup>26</sup> Die Bände erscheinen von 1927–1939; hierüber Kunze 153–155.

<sup>27</sup> Rheinsteint, Vierzig Jahre (oben N. 4) 7; ders., Gedächtnisrede (oben N. 17) 137; Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes: RabelsZ 9 (1935) 1–79 und 339–363 = Warenkauf I 522–529.

<sup>28</sup> Peter Schlechtriem, Bemerkungen zur Geschichte des Einheitskaufrechts, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, hrsg. von dems. (1987) 27–36 (28f.); Leser, Einleitung des Herausgebers, in: Rabel, Aufsätze III, S. XXVII–XXXIII; Staudinger(-Ulrich Magnus), Kommentar zum BGB, Neubearb. 2005 Wiener UN-Kaufrecht (CISG) Einl. Rz. 20; Utermark 159f.

<sup>29</sup> Rabel, Internationales Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (Sitzungsberichte): RabelsZ 3 (1929) 402–406 (405f.) = Aufsätze III Nr. 22, S. 485–491 (490).

<sup>30</sup> Rabel, Rapport sur le droit comparé en matière de vente par l'Institut für ausländi-

erste Entwurf von 1935, der Entwurf zum Kaufabschluß von 1936<sup>31</sup> und der 1939 unterbreitete zweite Entwurf zum materiellen Kaufrecht<sup>32</sup>.

Von Interesse ist vorliegend das Werk, welches parallel zu den Entwürfen entstand. Nach rund fünfjähriger Vor- und Mitarbeit<sup>33</sup>, insbesondere von Eduard Wahl (1903–1985), Ernst v. Caemmerer (1908–1985) und Arwed Blomeyer (1906–1995), erschien 1936 der erste Band. Dieser enthält – in einer erstaunlichen Detailgenauigkeit – die allgemeinen Lehren des Schuldrechts, vor allem zum Zustandekommen von Kaufverträgen und den Verkäuferpflichten. Rabel umreißt 1936 die Programmatik im Vorwort und in einer Selbstanzeige sendungsbewußt wie folgt: »Doch ist die Vereinheitlichung nicht der einzige Zweck dieser Rechtsvergleichung gewesen. Es galt vielmehr, zum ersten Mal im Mittelpunkt des Schuldrechts Gedanken und Ergebnisse der heutigen Rechtsordnungen miteinander in Bezug zu setzen, ein Beginnen, das allen theoretischen und praktischen Bestrebungen, die nur immer sich an die Rechtsvergleichung anknüpfen, Förderung verspricht.«<sup>34</sup>

Der erste Teil ist Umfang und Zielen einer möglichen Vereinheitlichung gewidmet. Der zweite Teil stellt den Abschluß und die Form des Kaufvertrages dar. Der dritte Teil enthält Allgemeines über die Kaufvertragspflichten, wie etwa zum Synallagma. Den Schwerpunkt und Rest des Bandes bildet der vierte Teil zu den Pflichten des Verkäufers einschließlich der Rechtsbehelfe: Hier finden sich im ersten Abschnitt ausführliche Länderberichte zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861, zum Deutschen Reich, zu Österreich, der Schweiz, Frankreich und seiner »Rechtsgruppe«, zu den spanisch-portugiesischen Ländern, den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen und schließlich zu Skandinavien<sup>35</sup>. Abgetrennt hiervon folgt im zweiten Abschnitt eine ausführliche rechtsvergleichende Würdigung der Systemlösungen<sup>36</sup>.

---

ches und internationales Privatrecht« de Berlin (1929) = Aufsätze III Nr.20, S.381–476.

<sup>31</sup> Der Kaufabschluß war in letzter Stunde vom 1935er Entwurf abgespalten worden. Der Entwurf zum Kaufabschluß findet sich abgedruckt bei *Rabel*, Warenkauf I 116.

<sup>32</sup> Der Entwurf von 1935 findet sich auf französisch u. a. in: *Rabel*, Warenkauf II 374–394 (inoffizielle deutsche Fassung von Rabel, in: Aufsätze III Nr. 25, S. 530–546); der Entwurf von 1939/1951 folgt auf S. 395–415. Der Haager Entwurfstext von 1956 schließt sich auf S. 416–441 an. Eine Synopse zu allen drei Entwürfen bieten S. 442–444.

<sup>33</sup> *Gerhard Kegel*, 50 Jahre Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, in: Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht, GS Rödiger (1978) 302–312 (305).

<sup>34</sup> *Rabel*, Selbstanzeige: Das Recht des Warenkaufs I (1936): *Rabelsz* 10 (1936) 408–411 (408) = Aufsätze III Nr. 24, S. 516–529 (516).

<sup>35</sup> *Rabel*, Warenkauf I 139–312.

<sup>36</sup> *Rabel*, Warenkauf I 313–533; zur Vorgehensweise – zunächst Berichte in der Systematik des Auslandsrechts, dann eigene Bewertung – siehe *Utermark* 175f., 181.

Von den zahlreichen Materien aus dem Teil zu den Verkäuferpflichten<sup>37</sup> soll hier exemplarisch für den (sogleich behandelten) Einfluß Rabels auf das Einheits- und das deutsche Recht seine Analyse der Unmöglichkeit kurz Erwähnung finden. Rabel hatte sich schließlich bereits 1907 und 1911 intensiv mit den Hindernissen beschäftigt, die den Verkäufer von seiner Leistung befreien<sup>38</sup>. Im Recht des Warenkaufs greift Rabel hierauf zurück<sup>39</sup>. Er formulierte in Ablehnung von § 306 BGB a.F.<sup>40</sup> über die objektive Unmöglichkeit: »Die Unmöglichkeit als solche ist eben kein Grund, den ganzen Vertrag einschließlich der Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu vernichten [...].«<sup>41</sup> Das englische Recht – das bei sonst vergleichbaren Tatbestandsvoraussetzungen für eine Nichtigkeit einen Irrtum des Verkäufers voraussetzt<sup>42</sup> – erscheint ihm hier teils vorzugswürdig<sup>43</sup>. Die Nichtigkeit des Vertrages bei anfänglicher Unmöglichkeit sollte auf die Fälle absurder Leistungsversprechen begrenzt werden. Damit sollte Rabel Recht behalten, wie sogleich erörtert wird.

<sup>37</sup> Insbesondere Pflicht zur Lieferung (um den Eigentumsbegriff zu vermeiden), Zurechnung, Verzug, Gleichstellung von Sach- und Rechtsmangel, Kumulation von Schadensersatz und Rücktritt, Schadensberechnung, Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung sowie Nebenpflichten; gewürdigt von *Utermark* 181–217. *H. C. Gutteridge*, Rezension von Rabel, *Das Recht des Warenverkaufs I* (1936): *Mod.L.Rev.* 1 (1937) 249ff. (250) charakterisiert das Werk als enzyklopädisch und schwierig zu besprechen. Es zeige zudem »a certain over-elaboration of detail and an undue compression of argument which makes the text somewhat difficult to follow«.

<sup>38</sup> Rechtshistorisch und –vergleichend *Rabel*, Unmöglichkeit der Leistung, Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1907) = Aufsätze I Nr. 1, S. 1–55; *ders.*, Origine de la règle »Impossibilium nulla obligatio«, in: *Mélanges Gérardin* (1907) 473–512; *ders.*, Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis: *RheinZ* 3 (1911) 467–490 = Aufsätze I Nr. 2, S. 56–78; *ders.*, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht, in: *FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches 1. Juni 1911 II* (1911) 821–846 = Aufsätze I Nr. 3, S. 79–102. Zu den Hintergründen des § 306 BGB a.F. auch *Reinhard Zimmermann*, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996) 686–697.

<sup>39</sup> Vgl. *Utermark* 184–194, 218; *Husserl* (oben N. 12) 392.

<sup>40</sup> Die Schuldrechtsmodernisierung strich die Bestimmung. Verträge sind nun auch bei anfänglicher (objektiver oder subjektiver) Unmöglichkeit nach § 311a I BGB wirksam. Auch wenn das CISG die Unmöglichkeit nicht als eigene Vertragsbruchkategorie erwähnt, hat die Schuldrechtsmodernisierung – entgegen dem Diskussionsentwurf von 2000 – an diesem eigenständigen Tatbestand festgehalten; siehe vor allem § 275 BGB; ebenso Art. 9:102 Abs. 2 lit. a PECL und Art. 7.2.2 lit. a UNIDROIT-Prinzipien.

<sup>41</sup> *Rabel*, *Warenkauf I* 122.

<sup>42</sup> Heute s. 6 Sale of Goods Act 1979; dazu *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*<sup>3</sup> (1996) 508.

<sup>43</sup> *Rabel*, *Warenkauf I* 123.

### III. Fortgang und Fortwirken des Projekts

Im Herbst 1950 kehrte Rabel aus dem Exil zurück. Nach dem ihm widerfahrenen Unrecht während der deutschen Selbstzerstörungsphase fand er für seine letzten fünf Lebensjahre Wiederaufnahme am Institut und erhielt eine Ehrenprofessur in Tübingen. »The Conflict of Laws«<sup>44</sup>, sein im Auftrag des American Law Institute erstelltes zweites Hauptwerk, wurde in vier Bänden 1945 bis 1958 von der Michigan Law School verlegt, also noch weit vor der »conflicts revolution« in den USA<sup>45</sup>. Ann Arbor war neben der Harvard Law School (und zwar während seiner drei letzten Lebensjahre) Rabels Hauptarbeitsstätte in den USA<sup>46</sup>. Der zweite Band vom Recht des Warenkaufs – mit einem Register zu beiden Bänden – erschien posthum 1958 als Sonderveröffentlichung in Kooperation von de Gruyter, dem Verlag des ersten Bandes, und Mohr Siebeck, wobei letzterer in der Tübinger Evakuierungszeit des Instituts<sup>47</sup> gleichsam zum Hausverlag des Instituts geworden war. Der zweite Band stammt somit bereits teils aus der 1956 beginnenden Hamburger Phase des Max-Planck-Instituts, wie die Einrichtung seit 1949 heißt. Rabel hatte in Tübingen – auf Grundlage einer in den USA gefertigten umfangreichen Skizze<sup>48</sup> – mit Hilfe von Klaus v. Dohnanyi und Jörg Käser das Manuskript erstellt, das er dann im Herbst 1951 bei der Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des internationalen Kaufrechts vorlegen konnte<sup>49</sup>. Bis in seine letzten Lebenstage hat Rabel die Arbeit an dem Werk fortgesetzt. Einige Lücken wurden von den besagten Mitarbeitern nach seinem Tode gefüllt<sup>50</sup>. Der Band behandelt hauptsächlich die Pflichten des Käufers, die Sachmängelhaftung und den Gefahrübergang. Ein letzter Teil zu den gesetzlichen Sicherungen des vorleistenden Verkäufers konnte nicht mehr von ihm ausgeführt werden.

<sup>44</sup> Rabel, *The Conflict of Laws, A Comparative Study I*<sup>2</sup> (1958) (prepared by Ulrich Drobnig); *II*<sup>2</sup> (1960) (prepared by Drobnig); *III*<sup>2</sup> 1964 (prepared by Herbert Bernstein); Vol. IV (1958).

<sup>45</sup> Dazu Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*<sup>5</sup> (2004) 88–92.

<sup>46</sup> Clark (oben N. 10) 110.

<sup>47</sup> In Tübingen war das Institut von April 1944 bis Sommer 1956 untergebracht. Dadurch konnte der Großteil des Bibliotheksbestandes – anders als beim besagten Münchener Institut – vor Zerstörung gerettet werden; vgl. Kunze 225f.

<sup>48</sup> Zudem plante er eine englische Übersetzung; siehe Thieme (oben N. 9) 273. Aus dem zweiten Band wurden bereits zwei Abschnitte vorab gedruckt: Rabel, *The Nature of Warranty of Quality*: Tulane L. Rev. 24 (1950) 273–287; ders., *A Specimen of Comparative Law, The Main Remedies for the Seller's Breach of Warranty*: Rev. Jur. Univ. Puerto Rico 22 (1953) 167–191.

<sup>49</sup> Rabel, *Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts*: RabelsZ 17 (1952) 212–224 = *Warenkauf II* (oben N. 6) 359–373.

<sup>50</sup> Zu den Hintergründen des zweiten Bandes der Direktor von 1946–1963, Hans Dölle, Vorwort, in: Rabel, *Warenkauf II* (oben N. 6) S. III f.

Die von Rabel maßgeblich geförderte Vereinheitlichung des internationalen Kaufrechts hat sich dann in beträchtlichem Umfang durchzusetzen vermocht. Die Arbeiten hieran wurden 1950 unter seiner Mithilfe wiederaufgenommen. Insbesondere galt es, neu aufgekommenen Handelsbräuchen gerecht zu werden. Das daraus entstandene Haager Kaufrechtsübereinkommen von 1964 ist nach der fünften Ratifikation 1972 in Kraft getreten. Zu den insgesamt neun Vertragsstaaten zählte auch die Bundesrepublik Deutschland, für die es von 1974 bis Ende 1990 galt. Dem Haager Kaufrecht war freilich nur verhaltener Erfolg beschieden, schließlich wollten es Frankreich, die nordischen Länder, die sozialistischen Staaten und die Entwicklungsländer ebenso wenig ratifizieren wie die USA, die – anders als Großbritannien – das anglo-amerikanische Recht nicht hinreichend berücksichtigt sahen<sup>51</sup>. Doch mit dem jetzigen Stand des 1980 paraphierten UN-Kaufrechts ist die Lage bei weitem nicht mehr so hoffnungslos, wie es Hein Kötz 1986 beschrieb: Die Rechtsvereinheitlichung als Rechtsvereinfachung befinde sich »in der Lage des Herakles [...], der der Hydra den einen Schlangenkopf abschlug, nur um statt seiner drei neuen gegenüberzustehen«. <sup>52</sup> Heute gilt die von der Wiener UN-Kommission für internationales Handelsrecht (UNCITRAL) entwickelte Konvention (1988 in Kraft getreten, für die BRD 1991)<sup>53</sup> für 69 Vertragsstaaten, die rund zwei Drittel des Welthandels und etwa zwei Drittel ihrer Außenhandelsgeschäfte erfassen<sup>54</sup>. Zudem schafft die »United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods« (CISG) eine von allen Vertragsstaaten genutzte *lingua franca*<sup>55</sup>.

Das CISG baut stark auf dem Kaufgesetz von 1964 auf. Doch politisch wird das neue Übereinkommen von erheblich mehr Staaten getragen, die sich bei dem ersten Einheitskaufrecht noch nicht hinreichend berücksichtigt

---

<sup>51</sup> *Schlechtriem* (oben N. 28) 30 verweist indes darauf, daß in der BRD immerhin mehr als 200 Entscheidungen zum Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (EKG) vom 1. 7. 1964 (BGBl. 1973 II 886) und dem Einheitlichen Gesetz über den Abschluß von Internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen (EAG) vom 1. 7. 1964 (BGBl. 1973 II 919) ergingen.

<sup>52</sup> *Hein Kötz*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele: *RabelsZ* 50 (1986) 1–18 (7); vgl. hingegen *Ulrich Magnus*, Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht: *RabelsZ* 59 (1995) 469–494; zur Erfolgsgeschichte des völkerrechtlichen Vertrags als Instrument der Privatrechtsvereinheitlichung *Jürgen Basedow*, Das Konventionsprivatrecht und das Völkerrecht der Staatsverträge, in: *Völkerrecht und IPR*, hrsg. von *Leible/Ruffert* (2006) 154–173 (159–165); *Jan Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren (1975) 93ff.; *Urs Peter Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts (2004).

<sup>53</sup> BGBl. 1989 II 586.

<sup>54</sup> *Ulrich Magnus*, 25 Jahre UN-Kaufrecht: *ZEuP* 2006, 96–123 (97).

<sup>55</sup> *Jan Hellner*, The UN Convention on International Sales of Goods, in: *Ius inter nationes*, FS *Riesenfeld* (1983) 71–102 (76). Siehe für einen Vergleich zum Gemeinschaftsprivatrecht *Jürgen Basedow/Hannes Rösler*, Einführung in das internationale Recht: Wege zur Privatrechtseinheit in Europa: *Jura* 2006, 228–233.

sahen<sup>56</sup>. Ein sachlicher Grund für das Scheitern des Haager Übereinkommens liegt in dessen Anwendungsbereich: Es erfaßte – im Unterschied zum CISG<sup>57</sup> – auch den Zivilkauf. Dies entspricht besagtem Einheitsdenken von Rabel, der den Handelskauf als integralen Teil des bürgerlichen Rechts behandelte<sup>58</sup> und ein Sonderrecht des Handelskaufs damit ablehnte<sup>59</sup>. Allerdings sollte sich das aufkeimende Verbraucherschutzrecht als einer der Gründe für Einwände gegen das Haager Kaufrecht erweisen<sup>60</sup>. In einem weiteren Punkt folgt das CISG ebenfalls nicht Rabels Vorstellung: Anders als noch beim Haager Kaufrecht können nach Art. 7 II CISG Lücken in der Konvention unter Rückgriff auf das nationale materielle Recht als einer *ultima ratio* geschlossen werden, das nach Regeln des IPR anwendbar ist<sup>61</sup>.

Freilich hat Rabel mit dem Kaufvertrag (nach dem Muster des erfolgreichen ADHGB<sup>62</sup>) das zentrale Rechtsinstrument des Wirtschaftslebens herausgegriffen und Eigentumsfragen ausgeklammert<sup>63</sup> – so wie es heute auch das CISG handhabt. Zudem ließ er die innerstaatlichen Käufe unberührt. Rabel hegte dennoch die berechtigte Hoffnung, das Einheitsrecht möge sich im Wettbewerb der Ideen auch für die Reform des nationalen Rechts als hilfreich erweisen. Er schreibt: Mit dem internationalen Kaufrecht »entsteht ein weiteres Stück des modernen jus gentium, das sich in jedem Lande neben das jus proprium civium stellt und mit ihm um den Preis der Vollkommenheit ringt«<sup>64</sup>. Auch für solchen mittelbaren Erfolg des Einheitskaufrechts hat das hier beleuchtete Werk die entscheidenden Arbeitsgrundlagen gelegt. Rabel ist es mit seinen Vorarbeiten gelungen, wie er es sich wünschte, »eine Bresche zu schlagen für die Vereinheitlichung des Schuldrechts, für die Annäherung der Rechtssysteme, wo kein sachlicher Grund es rechtfertigt, dasselbe Problem verschiedenen Lösungen zuzuführen«.<sup>65</sup>

<sup>56</sup> G. Beate Czerwenka, Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht (1988) 121f.

<sup>57</sup> Art. 2 lit. a CISG; Hannes Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung (2004) 132, 241, 91.

<sup>58</sup> Darauf weist Husserl (oben N. 12) 389 hin.

<sup>59</sup> Rabel, Warenkauf I 35; Gert Reinhard, Entspräche das Kaufrecht der Vereinten Nationen den Erwartungen Ernst Rabels?, in: FS Niederländer (1991) 353–362 (358).

<sup>60</sup> Immerhin hatten nach Art. 5 II EKG zwingende nationale Vorschriften über den Schutz des Käufers bei Abzahlungsgeschäften Vorrang vor dem EKG.

<sup>61</sup> Zu diesem Rückschritt Reinhard (oben N. 59) 357.

<sup>62</sup> Reinhard (oben N. 59) 357.

<sup>63</sup> Das Kaufrecht soll »Versuchsfeld für die Angleichung auf weiteren Gebieten« sein, Rabel, Die Arbeiten zur Vereinheitlichung des Kaufrechts (1932) = Aufsätze III Nr. 23, S. 496–515 (498) (zitiert: Arbeiten).

<sup>64</sup> Rabel, Warenkauf I 35.

<sup>65</sup> Rabel, Arbeiten (oben N. 63) 5 = Aufsätze III 500f.

Das Fortwirken des einheitlichen Kaufrechts zeigt sich denn auch beim deutschen allgemeinen Schuldrecht<sup>66</sup> und insbesondere bei der Schuldrechtsmodernisierung. Sie setzte u. a. die Richtlinie 1999/44/EG zum Verbrauchsgüterkauf um<sup>67</sup>, für die – trotz der unterschiedlichen Ausrichtungen – das CISG teilweise Pate stand<sup>68</sup>. Nicht voraussehen konnte der »Transatlantiker« Rabel, inwieweit es im Rahmen der europäischen Regionalintegration zur Annäherung der Privatrechtssysteme kommen sollte, so daß in der Europäischen Union bei 21 Konventionsstaaten eine Koexistenz von zwei international geprägten Kaufrechten existiert<sup>69</sup>. Nebenbei sei erwähnt: Das CISG ist auch das eng befolgte Vorbild für den seit 1998 bestehenden »Acte uniforme sur le droit commercial général« von 16 Staaten der afrikanischen OHADA<sup>70</sup>, die für das – zudem zwingende – Abkommen sogar einen gemeinsamen Gerichtshof geschaffen und damit das Strukturdefizit des CISG<sup>71</sup> überwunden haben<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> Bereits früh *Ernst v. Caemmerer*, Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, Zum Tode von Ernst Rabel: NJW 1956, 569–571.

<sup>67</sup> Vom 25. 5. 1999, ABl. EG L 171/12.

<sup>68</sup> Unter anderem zu den Parallelen von Art. 2 der Richtlinie mit Art. 35 CISG (Fehlerbegriff) *Ulrich Magnus*, Der Stand der internationalen Überlegungen, Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in: Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, hrsg. von *Grundmann/Medicus/Rolland* (2000) 79–91 (87–91); *Dirk Staudenmayer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf: NJW 1999, 2393–2397; *Norbert Reich*, Die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in das deutsche Recht: NJW 1999, 2397–2403; *Stefan Grundmann*, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?: AcP 202 (2002) 40–71 (45–57); *Urs Verweyen*, Die Käuferrechtsbehelfe des UN-Kaufrechts im Vergleich zu denen des neuen internen deutschen Handelskaufrechts aus Sicht eines deutschen Warenexporteurs (2005).

<sup>69</sup> Bis auf die Nicht-CISG-Vertragsstaaten Irland, Portugal, Malta und Großbritannien (allerdings: *Lord Sainsbury of Turville*, Parliamentary Under-Secretary of State: »The United Kingdom intends to ratify the convention, subject to the availability of parliamentary time« Lords Hansard Vol. 669 [2005], 7. 2. 2005, Column WA87); vgl. *Ulrich G. Schroeter*, UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht (2005), der die Konkurrenz und Wechselwirkung ausleuchtet. Vgl. zum Universal- und Regionalismus *Jürgen Basedow*, Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration, General Report: Unif.L.Rev. 8 (2003) 31–49 (32–36).

<sup>70</sup> Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

<sup>71</sup> *Hannes Rösler*, Die Entgrenzung des Nationalprivatrechts, Potenzialanalyse von Unionsprivatrecht, CISG und Prinzipien: The European Legal Forum (D) 2003, 207–213; exemplarisch zu Auslegungsdivergenzen *Gerhard Lubbe*, Fundamental breach under the GISG: RabelsZ 68 (2004) 444–472; *Patrick C. Leyens*, CISG and Mistake, in: Review on the Convention for the International Sale of Goods 2002–2003, hrsg. von der Pace International Law Review (2005) 3–52.

<sup>72</sup> *Nicolas Hagege*, Das einheitliche Kaufrecht der OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) (2004); *Ulrich Schroeter*, Das einheitliche Kaufrecht der afrikanischen OHADA-Staaten im Vergleich zum UN-Kaufrecht: Recht in Afrika 2001, 163–176 (167–175).

Der stärkste Einfluß Rabels auf das neue BGB zeigt sich beim zentralen neuen Pflichtverletzungstatbestand in § 280 BGB, der sich an das einheitliche Konzept der Vertragsverletzung<sup>73</sup> des CISG anlehnt<sup>74</sup>, obwohl er auch nichtvertragliche Ansprüche erfaßt. *Insoweit* unterscheiden beide Regelungen nicht zwischen (anfänglicher, nachträglicher, objektiver und subjektiver) Unmöglichkeit<sup>75</sup>, Verzug<sup>76</sup>, positiver Vertragsverletzung und *culpa in contrahendo*. Dies geht auf Rabel zurück, der sich gegen die im historischen BGB angelegte, teils wertungswidersprüchliche Unterscheidung<sup>77</sup> zwischen besonderem (kauf- und werkvertraglichen) Gewährleistungsrecht<sup>78</sup> und allgemeinem Leistungsstörungenrecht ausspricht und sich der umfassenden Lehre vom *breach of contract* anschließt<sup>79</sup>. Sie stellt nicht auf das Schicksal der Sache ab, sondern auf die objektive Nichterfüllung der Vertragspflicht. Einmal mehr kommt hier zum Ausdruck, daß Rabel den Lösungen des anglo-amerikanischen Rechts besondere Beachtung schenkt<sup>80</sup>.

Konkret geschieht die 2002 vollzogene Integration des Gewährleistungsrechts durch die Normierung einer Pflicht zur mangelfreien Lieferung des Vertragsgegenstandes bzw. zur mangelfreien Werkherstellung (§§ 433 I 2, 633 I BGB n.F.; vgl. Artt. 35 I, 42 I CISG). Beide Rechtswerke stellen zudem Sachmangel mit aliud- sowie Mindermengenlieferung gleich (§ 434 III BGB n.F.; vgl. Art. 35 I CISG). Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen bestehen ge-

<sup>73</sup> Vgl. Artt. 45, 61 CISG. Die sachlich ähnlichen Artt. 24ff., 41ff., 51, 52, 55 EKG führten dagegen unterschiedliche Vertragswidrigkeiten auf (z.B. Nichterfüllung in bezug auf Zeit, Ort oder Qualität) und behandelten die Rechtsfolgen jeweils für sich.

<sup>74</sup> Auch Art. 8:101 Abs. 1 PECL und Art. 7.1.1 UNIDROIT-Grundregeln; Art. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie; Ulrich Huber, Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz I (1981) 647–909 (699ff.); Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz (1992) 128ff., 195ff., 250; zur Annäherung bereits Peter Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland: ZEuP 1993, 217–246; auch Reinhard Zimmermann, The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives (2005) 96–99.

<sup>75</sup> §§ 280, 306, 325 BGB a.F.

<sup>76</sup> §§ 284, 326 BGB a.F.

<sup>77</sup> Zu den Ursachen im römischen Marktrecht Martin Josef Schermaier, Rechtsangleichung und Rechtswissenschaft im kaufrechtlichen Sachmängelrecht, in: Verbraucherkauf in Europa: altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG, hrsg. von dems. (2003) 3–25 (14f.).

<sup>78</sup> §§ 459ff., 635ff. BGB a.F.

<sup>79</sup> Ulrich Magnus, Der Tatbestand der Pflichtverletzung, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, hrsg. von Schulze/Schulte-Nölke (2001) 67–79 (70, 73); siehe auch rechtsvergleichend Jürgen Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts, Rechtsvergleichendes Gutachten (1988) 35f.; Dieter Medicus, Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, hrsg. von Basedow (2000) 179–193 (180–185).

<sup>80</sup> Die »Entdeckung« des common law werten Zweigert/Kötz (oben N. 42) 60, neben der funktionalen Methodik als größte Leistung Rabels, für die ihm – ebenso wie Edouard Lambert (1866–1947) – Anerkennung gebührt.

wisse Parallelen: Art. 3 III Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und (recht verdeckt) §§ 437 Nr. 1, 439 BGB n.F. sehen den Vorrang der Nacherfüllung vor. Im Ansatz vergleichbar, aber ohne Rangverhältnis hat der Verkäufer nach Art. 48 CISG die *Möglichkeit*, andere Rechtsbehelfe auszuschließen, indem er zumutbare Nacherfüllung anbietet<sup>81</sup>. Wie beim CISG kann nach neuem deutschen Recht der Schadensersatzanspruch mit weiteren Ansprüchen auf Erfüllung oder Rücktritt kombiniert geltend gemacht werden<sup>82</sup>. Sowohl die Richtlinie als auch das BGB und CISG sehen eine Verjährungsfrist von zwei Jahren vor (Art. 5 I, § 438 I Nr. 3 n.F., Art. 39 II).

Die amtliche Begründung der Schuldrechtsmodernisierung betont Rabels Beitrag zum neuen Unmöglichkeitensrecht:<sup>83</sup> »Der Hauptmangel des [...] Rechts [vor der Reform] besteht in der Heraushebung der Unmöglichkeit (neben dem Schuldnerverzug) als eine der beiden Säulen des Rechts der Leistungsstörungen. Hierdurch ist insbesondere die von der h.M. angenommene Regelungslücke entstanden, die üblicherweise durch die im allgemeinen Schuldrecht nicht vorgesehene positive Forderungsverletzung gefüllt wird. Die Fragwürdigkeit der [von Friedrich Mommsen (1818–1892) vorbereiteten und von Bernhard Windscheid (1817–1892) ausgebauten<sup>84</sup>] zentralen Rolle der Unmöglichkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch ist schon 1907 von Ernst Rabel hervorgehoben worden.<sup>85</sup>« Zusammenfassend hat das Vorstehende die faszinierende Kontinuität im kühn und breit angelegten Gesamtschaffen von Rabel aufgezeigt. Sein Einfluß erstreckt sich – mit dem Recht des Warenkaufs als wissenschaftlichem Kristallisationspunkt – über das Einheits- und Gemeinschaftskaufrecht bis in das rechtsvergleichend reformierte BGB, und geht in Raum und Zeit doch weit darüber hinaus.

<sup>81</sup> *Magnus* (oben N. 68) 89; siehe freilich Art. 48 I 2; rechtsvergleichend *Uta Gutknecht*, Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers bei Kauf- und Werklieferungsverträgen (1997).

<sup>82</sup> Vgl. *Rabel*, Warenkauf I 434; *Basedow* (oben N. 79) 42f.

<sup>83</sup> BT-Drucksache 14/6040 vom 14. 5. 2001, 127.

<sup>84</sup> Nachgezeichnet bei *Reinhard Zimmermann*, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts: JZ 1995, 477–491 (480); *Léontin-Jean Constantinesco*, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (1960) 427f.

<sup>85</sup> Siehe oben N. 38.

