auf die besonders lesenswerten Erläuterungen *Karsten Schmidts* zu Art. 2 (Beweislast) und *Ritters* zu Art. 10 (Feststellung der Nichtanwendbarkeit) genügen. Zum Schluss sollte auch ein Hinweis auf *Basedows* umfassende Kommentierung des Verkehrskartellrechts nicht fehlen. Die Materie steht typischerweise nicht im Mittelpunkt des Interesses am Kartellrecht, sie betrifft jedoch einen überaus wichtigen Industriezweig und wirft zahlreiche interessante Einzelfragen auf, auf die *Basedow* keine Antwort schuldig bleibt. Dieser Abschnitt ist daher ein weiteres Beispiel für die allgegenwärtige Qualität der Bearbeitung auch vermeintlich abgelegener Gebiete, die die Neuauflage von *Immenga/Mestmäcker* insgesamt auszeichnet. Wer umfassende und verlässliche Information zum europäischen Kartellrecht braucht, kommt an der vierten Auflage des Kommentars von *Immenga/Mestmäcker* nicht vorbei.

York STEFAN ENCHELMAIER

Unberath, Hannes: Die Vertragsverletzung. (Zugl.: München, Univ., Habil.-Schr., 2006.) – (Tübingen:) Mohr Siebeck (2007). XVIII, 409 S. (Jus Privatum. Bd. 120.)

I. Den Leserinnen und Lesern dieser Zeitschrift ist *Hannes Unberath* vor allem als Koautor von *Markesinis/Unberath/Johnston*, The German Law of Contract[1] und *Markesinis/Unberath*, The German Law of Torts[2] sowie als Kenner des englischen Rechts bekannt. Wer seine von *Stephan Lorenz* betreute Münchener Habilitationsschrift mit dem Titel »Die Vertragsverletzung« zur Hand nimmt, wird also eine rechtsvergleichende Arbeit erwarten. Seine Schrift ist indes sehr viel weiter ausgerichtet: Die heutige deutsche Privatrechtswissenschaft pflege in erster Linie das Erbe des 19. Jahrhunderts, die in das BGB gegossenen Ergebnisse der Pandektenwissenschaft. Ihre Projekte seien überwiegend rein dogmatisch. Die im 19. Jahrhundert selbstverständliche »Einheit von Dogmatik, Philosophie und Geschichte« (S. 3), die uns erst dieses Erbe ermöglicht habe, existiere so nicht mehr. Diese Einheit will *Unberath*, freilich nicht vollständig, wiederherstellen. Unter Ausblendung der Rechtsgeschichte als Dogmengeschichte möchte er Dogmatik und Rechtsphilosophie – genauer: Dogmatik und Vertragstheorie – in Dialog treten lassen. Dabei geht es ihm nicht (nur) um sogenannte Vertragstheorien »mittlerer Reichweite«, denen sich schon heute die deutsche Zivilrechtswissenschaft widme, sondern zunächst um Vertragstheorien »großer Reichweite«. Die verschiedenen Vertragstheorien seit *Kant* und *Bentham* sowie deren Vorläufer möchte er kritisch darstellen. Insoweit weist die Arbeit also durchaus eine historische Perspektive auf. *Unberath* will dabei insbesondere zwei Fragen beantworten, nämlich wie die verschiedenen Theorien die Bindung an den Vertrag begründen und wie sie diese jeweils begrenzen. Als Ergebnis möchte er eine eigene Vertragstheorie vorstellen.

Dies ist jedoch nicht das einzige Ziel der Arbeit, wäre doch so auch noch

[1] 2. ed. 2006.
[2] 4. ed. 2002, besprochen von *Stoll*, RabelsZ 68 (2004) 211–217.

nicht der angestrebte Dialog zwischen Dogmatik und Vertragstheorie hergestellt. *Unberath* will vielmehr seine Vertragstheorie als Folie nutzen, vor deren Hintergrund das reformierte Leistungsstörungsrecht nicht nur, wie dies in der dogmatisch ausgerichteten Literatur üblich ist, auf seine innere Stimmigkeit, sondern auf seine materielle Richtigkeit hin überprüft werden kann. Freilich muss *Unberath* dafür seine zunächst als Vertragstheorie »großer Reichweite« formulierten Prinzipien konkretisieren, um ihnen als Theorie »mittlerer Reichweite« eine größere Nähe zu den einzelnen juristischen Problemen des Leistungsstörungsrechts zu geben. Der Dialog zwischen Dogmatik und Vertragstheorie soll nach *Unberath* dabei in beide Richtungen erfolgen. Idealerweise sollten sich die Sätze des positiven Rechts einerseits aus einer Vertragstheorie ableiten lassen. Andererseits müsse sich die Vertragstheorie gerade bei der Lösung konkreter juristischer Probleme bewähren.

Die Rechtsvergleichung will *Unberath* vor allem bei der Übersetzung der Vertragstheorie »großer Reichweite« in eine solche »mittlerer Reichweite« und bei der Anwendung dieser Theorie auf konkrete Einzelfragen berücksichtigen. Bei diesen Übersetzungs- und Anwendungsprozessen bestehe nämlich Spielraum. Bei Beantwortung der Frage, wie dieser zu nutzen sei, könne die Rechtsvergleichung helfen. Aber auch bei Darstellung der Vertragstheorien geht *Unberath* über die deutsche Literatur hinaus, stammen die modernen Vertragstheorien doch vornehmlich aus dem englischsprachigen Raum.

Der zweite Kontext, in dem *Unberath* den Dialog zwischen Dogmatik und Vertragstheorie als gewinnbringend ansieht, ist die Entwicklung eines künftigen europäischen Vertragsrechts: »Systemimmanente Argumente verlieren […] definitionsgemäß ihre Überzeugungskraft, sobald das System […] mit anderen Systemen verglichen werden soll« (3). Die funktionale Methode der Rechtsvergleichung allein könne hier nicht weiterhelfen. Denn ohne eine Vertragstheorie als normative Grundlage liefere sie eine nur empirische Beschreibung von Lösungsmöglichkeiten eines Lebenssachverhalts, ohne darüber Auskunft geben zu können, welches die vorzugswürdige Lösung sei. Eine Diskussion auf der Ebene von Vertragstheorien verspreche auch deshalb gewinnbringend zu sein, weil hier aufgrund des Einflusses kontinentaleuropäischer Philosophen bis heute eine Verbindung zwischen *civil law* und *common law* bestehe.

Mit diesem ambitionierten Arbeitsprogramm, das *Unberath* in einer prägnanten Einleitung (1–4) ausbreitet und im ersten Kapitel (6–31) vertieft, füllt er in der Tat eine Lücke in der modernen deutschen Literatur. Während deutsche Juristen insbesondere bei einem Blick auf das US-amerikanische Recht gern den Mangel an Dogmatik beklagen, scheint es sie nicht zu stören, dass hierzulande der theoretischen Fundierung der Dogmatik nur wenig Raum eingeräumt wird.

II. *Unberath* geht in drei Schritten vor: Er widmet sich zunächst den Vertragstheorien »größerer Reichweite«, sodann denen »mittlerer Reichweite« und schließlich der Vertragsrechtsdogmatik. Den ersten Schritt unternimmt der Verfasser in seinem ersten mit dem Titel »Die Bindung an den Vertrag« überschriebenen Teil (6–179). Die beiden anderen Schritte fasst er im zweiten Teil unter dem Titel »Leistungsstörungsrecht« zusammen (182–378). Dieser zweite Teil ist in Betrachtungen zum Primäranspruch, zum Sekundäranspruch und zur

Vertragsaufhebung gegliedert. Die beiden Schritte spiegeln sich in den Unterteilungen dieser Betrachtungen jeweils in einen Abschnitt »Grundlagen« (= Vertragstheorie »mittlerer Reichweite«) und in einen Abschnitt »Dogmatik« wider. Das Buch schließt mit einer detaillierten Zusammenfassung der Ergebnisse der einzelnen Kapitel (379–393).

III. Der erste Teil der Arbeit ist in sieben Kapitel untergliedert. Im ersten Kapitel (6–31) vertieft *Unberath* die in der Einleitung angedeuteten Ziele seiner Arbeit, schafft die begrifflichen Grundlagen für die nachfolgende Darstellung, stellt sein Vorhaben in einen größeren Kontext und deutet bereits die Grundzüge seiner eigenen Vertragstheorie an.

Bereits im ersten Kapitel schließt er sogenannte interpretative Vertragstheorien von seiner weiteren Betrachtung aus. Diese versuchten eine Vertragstheorie aus dem positiven Recht abzuleiten, wobei das Verhältnis der so gewonnenen Theorie und der ihr zugrundeliegenden Dogmatik offenbleibe. Als Beispiel stellt *Unberath* die Theorie des in Kanada lehrenden *Stephen A. Smith* vor. *Unberath* selbst geht es um die Formulierung einer normativen und daher unabhängig von einem geltenden Recht zu bildenden Theorie. Über die verschiedenen normativen Vertragstheorien gibt er sodann einen ersten Überblick. Er unterscheidet vier verschiedene Typen normativer Vertragstheorien, die er in zwei große Gruppen einteilt, einerseits Einheitstheorien und andererseits Kombinationsmodelle.

Die Kombinationsmodelle, zu denen *Unberath* auch die Topik rechnet, behandelt er bereits im ersten Kapitel abschließend (20–23). Ihnen ordnet er den in den USA lehrenden *Melvin A. Eisenberg*, den in Israel lehrenden *Roy Kreitner* sowie *Theodor Viehweg* zu. Die Kombinationsmodelle zeichneten sich dadurch aus, dass sie selbst keine inhaltliche Vertragstheorie formulierten, sondern dem Gesetzgeber für die Schaffung von Regeln nur Faktoren, wie z.B. Fairness, Nützlichkeit oder ökonomische Faktoren, aufzeigten, die dieser zu berücksichtigen habe, die sie aber nicht systematisieren oder in eine Rangordnung bringen. Dies sei der entscheidende Nachteil dieser Modelle.

Die Einheitstheorien vertieft *Unberath* sodann in den verbleibenden Kapiteln des ersten Teils. Zu ihnen zählt er zunächst diejenigen, die den Schutz subjektiver Rechte zum Ausgangspunkt ihrer Betrachtungen wählen. Ihnen widmet er gleich zwei Kapitel (19, 32–70, 71–88). Großen Raum nimmt dabei die Darstellung der privatrechtlichen Grundlagen in *Kants* »Metaphysik der Sitten« ein (33–51). *Unberath* erörtert mit den Konzeptionen von *Grotius*, *Pufendorf* die zwei wichtigsten Vorläufer *Kants* (51–57), wendet sich dem Einfluß *Kants* im 19. Jahrhundert, insbesondere auf *v. Savigny*, zu (57–70), um sich sodann im zweiten der beiden Kapitel modernen angloamerikanischen Theorien zu widmen, die, ganz im Sinne *Kants*, die Sicherung subjektiver Rechte in den Mittelpunkt ihrer Erörterungen stellen (71–88). Hierzu zählt *Unberath* die in den USA lehrenden *Charles Fried* und *Randy E. Barnett* sowie die in Kanada lehrenden *Ernest Weinrib* und *Peter Benson*. Im folgenden Kapitel (19–20, 89–106) erörtert *Unberath* teleologische Theorien. Ihnen sei eigen, dass sie nicht allein den Schutz subjektiver Rechte zur Aufgabe des Privatrechts erklärten und »dass der Staat nicht inhaltlich neutrale Autonomie gewähren […], sondern die ›autonome‹ Verfolgung ›guter‹ Zwecke fördern und die ›schlechter‹ verhindern« solle (89). Den teleolo-

gischen Theorien rechnet *Unberath* den in den USA lehrenden *James Gordley* und den in England lehrenden *Dori Kimel* zu. Ebenfalls als teleologische Theorien versteht *Unberath* den Utilitarismus und die ökonomische Analyse des Rechts, denen er ein eigenes Kapitel widmet (20, 107–142). Hier seien die außerhalb des Rechts stehenden Werte, die als Bewertungsmaßstab dienten, der Nutzen oder das Glück der Mitglieder einer Gesellschaft bzw. die Effizienz. *Unberath* spannt den Bogen von *Bentham* über *Mill* bis zu den zahllosen Vertretern einer ökonomischen Analyse des Rechts.

Diese Darstellung ist klar und gut lesbar geschrieben. Sie belästigt den Leser nicht mit überflüssigen Details und ist dennoch facettenreich, was im Rahmen dieser Besprechung nicht einmal angedeutet werden kann. Sie sollte zudem selbst für den Leser verständlich und ausgesprochen informativ sein, der sich bis dahin nicht mit dieser Thematik beschäftigt hat und der eine erste Einführung sucht. Doch handelt es sich nicht um eine bloße Nacherzählung der verschiedenen Vertragskonzeptionen. Vielmehr behält *Unberath* seine Ausgangsfragen – Wie begründen die einzelnen Theorien die Bindung an den Vertrag? Welchen Einschränkungen ist diese Bindung unterworfen? – immer im Auge, bewertet und kritisiert die erörterten Vertragskonzeptionen und bereitet so die Entwicklung seiner eigenen Theorie vor, die er anschließend in den letzten beiden Kapiteln des ersten Teils entwirft.

Im ersten dieser beiden Kapitel (143–159) verfolgt er zunächst die Frage, wie und ob »zwischen der deontologischen These und der konsequentialistischen Antithese eine ›Synthese‹ denkbar« sei (143), ob, mit anderen Worten, eine deontologische Theorie auch teleologische, utilitaristische und ökonomische Erwägungen in sich aufnehmen könne. Er geht von einem zweistufigen Modell aus. Die erste Stufe betreffe die Frage der Normrechtfertigung, nämlich in erster Linie die Frage nach der Rechtfertigung der Regel der Vertragsbindung. Hier wählt er den Schutz subjektiver Rechte und die damit einhergehende unbedingte Bindung an den Vertrag als Basis seiner Vertragstheorie. Doch bedeute dies nicht, dass teleologische, utilitaristische und ökonomische Erwägungen überhaupt keine Funktion erfüllten. Sie seien auf der zweiten Stufe, der Durchsetzung des Vertrages, von Bedeutung. Bei der Durchsetzung des Vertrages komme es auf die Ermittlung des Willens an, und hier sei »die folgenorientierte Methode der ökonomischen Analyse (wie ganz allgemein des Utilitarismus) von nicht zu unterschätzender Bedeutung« (157). Das gelte jedoch nicht nur für die Auslegung im Einzelfall, sondern auch für die Rechtfertigung des dispositiven Rechts, dessen Geltung *Unberath* allein aus einem typisierten Willen der Parteien herleiten will. Im letzten Kapitel des ersten Teils (160–179) zeigt *Unberath* die Folgen für die Strukturen des positiven Rechts auf, die sich aus seiner Vertragstheorie ergeben. Er unterscheidet drei Ebenen: »Auf der abstraktesten und höchsten Ebene sind die subjektiven Rechte als möglich gedacht. […] Auf der mittleren Ebene sind subjektive Rechte möglich und wirklich. Dieser Fall tritt ein, wenn zwei Parteien tatsächlich einen Vertrag schließen […]. Die beiden Ebenen werden durch eine dritte Ebene ergänzt« (162–163); sie betreffe die Rechtsdurchsetzung.

Diese Vertragstheorie wirft freilich Folgefragen auf: (1) § 307 II Nr. 1 BGB beruht auf dem Gedanken, dass auch dem dispositiven Recht ein Gerechtig-

keitsgehalt innewohnt, von dem, zumindest durch allgemeine Geschäftsbedingungen, unter den Voraussetzungen des § 307 BGB nicht abgewichen werden darf. Wie ist dies erklärbar, wenn man das dispositive Recht, so wie es *Unberath* tut, allein auf den typisierten Vertragswillen zurückführt? War es nicht deshalb erst möglich, auch dem dispositiven Recht einen Gerechtigkeitsgehalt zuzusprechen, weil man in Deutschland der Herleitung des dispositiven Rechts aus dem Willen der Vertragsparteien seit Beginn des 20. Jahrhunderts kritisch gegenüberstand? (2) Welche Auswirkungen hat die verstärkte Berücksichtigung teleologischer, utilitaristischer und ökonomischer Aspekte auf der zweiten Stufe, also im Rahmen der Auslegung? Besteht nicht die Gefahr einer ungehinderten Ausdehnung der ergänzenden Auslegung, die am Ende auch zulasten des dispositiven Rechts gehen könnte? (3) Schließlich ist mir nicht klar, ob es *Unberaths* Vertragstheorie widerspricht, teleologische, utilitaristische und ökonomische Aspekte bereits bei der Frage nach dem Ob des Vertragsschlusses – und damit eben auch bei der Frage nach dem Ob der Vertragsbindung – zu berücksichtigen. So werden bei der Frage, ob ein vertragliches Schuldverhältnis oder ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vorliegt, auch die Folgen einer vertraglichen Haftung berücksichtigt: Würde sich eine Partei bei Annahme eines Vertragsverhältnisses einer existenzgefährdenden Haftung aussetzen, weil sie es unterlassen hat, eine unentgeltliche Handlung ordnungsgemäß auszuführen, so geht man regelmäßig von einem Gefälligkeitsverhältnis aus. Hier wird folgenorientiert ein Vertragsverhältnis verneint. Dass ich diese Fragen aufwerfe, soll nicht als Kritik an *Unberaths* Vertragstheorie missverstanden werden. *Unberath* diskutiert diese Fragen im weiteren Verlauf seiner Arbeit deshalb nicht, weil er seine Vertragstheorie nur auf dem Gebiet des Leistungsstörungsrechts in Dialog mit der Dogmatik treten lässt. Ein Dialog mit der Dogmatik (und der Rechtsgeschichte!), scheint mir aber auch auf dem Gebiet der Rechtsgeschäftslehre reizvoll und, will *Unberath* mit seiner Vertragstheorie erfolgreich sein, notwendig zu sein.

IV. Im zweiten Teil seiner Arbeit wendet *Unberath* sich dem Leistungsstörungsrecht zu. Dieser Teil ist in sechs Kapitel unterteilt. Das erste Kapitel ist den Grundlagen des Leistungsstörungsrechts gewidmet (181–209). In den folgenden beiden Kapiteln wendet er sich dann dem Primäranspruch (210–240, 241–282) und in den darauf folgenden zwei Kapiteln dem Sekundäranspruch zu (283–321, 322–358), wobei jeweils in dem ersten dieser Kapitel die Grundlagen des Primäranspruchs und des Sekundäranspruchs und in dem zweiten Kapitel deren Dogmatik thematisiert wird. Das letzte Kapitel behandelt die Vertragsaufhebung (359–378). Es zerfällt in zwei Teile, wiederum mit einem Teil zu den Grundlagen der Vertragsaufhebung und einem zu ihrer Dogmatik. Die Abschnitte zu den Grundlagen erfüllen dabei jeweils den Zweck, die im ersten Teil der Arbeit als Theorie »großer Reichweite« formulierten Prinzipien auf eine Theorie »mittlerer Reichweite« herunterzubrechen.

Die Darstellung ist wiederum ausgesprochen weitgespannt und facettenreich, und *Unberath* bezieht aus dem Blickwinkel seiner Vertragstheorie zu zahlreichen Grundfragen, Einzelproblemen und Aspekten des Leistungsstörungsrechts Stellung, so zum Beispiel zur dogmatischen Einordnung der Schadensersatzhaftung wegen Vertragsverletzung (187 f.) und der Haftung wegen Schutzpflichtverlet-

zungen (188 ff.), zur unterschiedlichen Bedeutung des Erfüllungsanspruchs in Deutschland und England (210 ff.), zur *efficient breach*-Theorie (232 ff.), zum Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs beim Stückkauf (252 f.) und zu § 275 BGB (271 f.). Zudem kritisiert er auf Grundlage seiner Vertragstheorie das Nachfristmodell des reformierten deutschen Leistungsstörungsrechts: Dass vom Vertrag nicht vor dem erfolglosen Ablauf der Nachfrist zurückgetreten werden könne, sei berechtigt, der völlige Ausschluss aller Gläubigerrechte dagegen nicht (243 ff.). Insbesondere vermag es *Unberath*, in diesem Zusammenhang die Diskussion um die eigenmächtige Mängelbeseitigung aus einem neuen Blickwinkel zu betrachten. Bei der Diskussion des Sekundäranspruchs lehnt er zum Beispiel die vom Obersten Gerichtshof Israels zugelassene Möglichkeit, den durch einen Vertragsbruch erzielten Gewinn des Schuldners durch den Gläubiger abschöpfen zu lassen, ebenso ab wie Ansprüche auf *punitive damages* (290 ff.) und diskutiert die Zurechnungsproblematik (323 ff.).

Insgesamt wird *Unberath* in diesem zweiten Teil seiner Arbeit seinem in der Einleitung vorgelegten Programm gerecht: Es gelingt ihm, seine im ersten Teil formulierte Vertragstheorie in Beziehung zur Dogmatik zu setzen, auf diese Weise das Leistungsstörungsrecht auf seine Richtigkeit hin zu bewerten und so aktuellen Diskussionen neue Argumente hinzuzufügen. Allerdings, und das ist der einzige Kritikpunkt, den ich anbringen kann, nimmt er die Darstellung des deutschen Leistungsstörungsrechts auch zum Anlass für rein dogmatische Ausführungen. So hält *Unberath* die in §§ 280 ff. BGB vorgenommene Auffächerung der Schadensersatzansprüche für gelungen und legt die einzelnen Normen aus (338 ff.). Doch vertieft er die dabei auftretenden Auslegungsprobleme nicht, sondern bekennt sich meistens nur zur herrschenden Lehre, ohne die Gegenansichten zu würdigen. Denjenigen Leser, der die Ansichten von *Unberath* teilt, wird das nicht weiter stören. Doch derjenige, der das nicht tut, wird einwenden, dass dies den kontroversen Diskussionen nicht gerecht wird. Zudem, und das ist der Haupteinwand, stellt *Unberath* nicht den Bezug dieser Ausführungen zur zuvor formulierten Vertragstheorie her, und so scheinen sie mir außerhalb seines Untersuchungsgegenstandes zu liegen. Der Lesefreude tut das freilich keinen Abbruch.

V. Zu Beginn seiner Arbeit weist *Unberath* auf die im 19. Jahrhundert selbstverständliche Einheit von Dogmatik, Philosophie und Geschichte hin. In den letzten Jahren sind bereits zahlreiche Beiträge erschienen, die das geltende Recht aus historischer Perspektive kritisch beleuchten und das Potential aufzeigen, die die Rechtsgeschichte für die Schaffung einer europäischen Privatrechtswissenschaft haben kann. *Unberath* hat mit seiner Arbeit eindrucksvoll bewiesen, dass einer Vertragstheorie als praktische Philosophie gleiche Bedeutung zukommt. Es bleibt zu hoffen, dass *Unberath* den eingeschlagenen Weg fortschreitet und neben dem Leistungsstörungsrecht weitere Teile des Privatrechts auf diese Weise durchdringt.

Hamburg PHILLIP HELLWEGE