

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 568

**Struktur und Analyse
der abstrakten Schadensberechnung
im Kauf- und Mietrecht**

Von

Fritz Stenger



Duncker & Humblot · Berlin

FRITZ STENGER

Struktur und Analyse der abstrakten Schadensberechnung
im Kauf- und Mietrecht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 568

Struktur und Analyse
der abstrakten Schadensberechnung
im Kauf- und Mietrecht

Von

Fritz Stenger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18989-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58989-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Mutter

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden im Wesentlichen bis Mitte 2022 berücksichtigt.

Die Arbeit befasst sich mit grundlegenden schadensrechtlichen Fragen rund um den vielfältig verwendeten Begriff der „abstrakten Schadensberechnung“. Dabei werden die für den Kaufvertrag gewonnenen Erkenntnisse auf den Mietvertrag übertragen und beide Vertragstypen im Lichte einer ökonomischen Analyse betrachtet.

Allen voran möchte ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Wolfram Buchwitz danken, dass er mich an seinem Lehrstuhl aufgenommen und mich die letzten Jahre stets gefördert und unterstützt hat. Ihm und dem gesamten Lehrstuhlteam danke ich für viele schöne Erinnerungen. Weiterhin möchte ich auch Frau Prof. Dr. Inge Scherer für die überaus rasche Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Ein ganz besonderer Dank gebührt meinen geschätzten Kollegen Erik Schlereth und Katharina Starz für den scharfsinnigen, fachlichen Austausch, der meine Arbeit an vielen Stellen bereichert hat. Ebenso danke ich meiner Lebensgefährtin Lena Markert für die liebevolle Unterstützung. Auch danke ich meiner guten Freundin Tamara Mundorff für das Korrekturlesen und die vielen wertvollen Hinweise.

Abschließend möchte ich meiner Familie, insbesondere meiner Mutter Andrea Stenger, meinem Großvater Dr. Heinrich Stenger, der den Abschluss des Promotionsverfahrens leider nicht mehr erleben konnte, sowie meiner Großmutter Gisela Stenger für die unermüdliche Unterstützung danken, die sie mir in jeder Lebenslage entgegengebracht haben.

Würzburg, im Juli 2023

Fritz Stenger

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Forschungsgegenstand	19
II. Einführung in die Thematik	20
1. Der Begriff der „abstrakten“ Schadensberechnung	20
2. Die zugrunde liegenden Fragestellungen im Überblick	24
a) Der Kaufvertrag	24
b) Der Mietvertrag	27

1. Kapitel

Der abstrakt berechnete Käuferschaden 29

A. Der abstrakt berechnete Käuferschaden in seinen Anfängen	29
I. Die Rechtslage vor der Einführung des ADHGB	29
II. Die Rechtslage zwischen 1861 und 1900	32
B. Der abstrakt berechnete Käuferschaden als Weiterveräußerungsvermutung .	35
I. Die Entstehung und Entwicklung der Weiterveräußerungsthese	35
II. Die Rechtsnatur des § 252 S. 2 BGB und deren Auswirkungen	40
III. Die Unvereinbarkeit einer abstrakten Schadensberechnung mit § 252 S. 2 BGB	46
IV. Die Berechnungsparameter	48
1. Der maßgebliche Marktpreis	49
a) Die Bestimmung des Marktpreises	49
b) Markteinkaufs- oder Marktverkaufspreis	52
aa) Die ökonomische und schadensrechtliche Bedeutung von Marktstufen	52
bb) Der Marktpreis bei einem entgangenen Gewinn	56
c) Waren ohne Markt- oder Börsenpreis	58
2. Der maßgebliche Zeitpunkt	62
a) Das Wahlrecht des Käufers und die damit verbundene Spekulationsgefahr	62
aa) Definitionsversuch	63
bb) Die Bewertung des Wahlrechtes	67
b) Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des Markt- preises	68
3. Der maßgebliche Ort	76

4. Weitere Berechnungsmodalitäten bei der Nicht- und Schlechtleistung	78
a) Nichtleistung des Verkäufers	78
b) Schlechtleistung des Verkäufers	81
5. Zusammenfassung der Ergebnisse	85
V. Der personelle Anwendungsbereich	86
1. Die „Militärfiskusfälle“	87
2. Die „Eigenbedarfsfälle“	90
3. Die Voraussetzungen eines typischen Geschehensablaufes	92
VI. Einschränkende Faktoren	95
1. Verstoß gegen gesetzliche Verbote und die guten Sitten	96
a) Grundsatz	96
b) Preisverordnungen	98
aa) Ökonomischer Ausgangspunkt und die Folgen staatlichen Eingreifens	99
bb) Begrenzung des entgangenen Gewinnes	101
cc) Weitere Einschränkungsmöglichkeiten bei Marktpreisbewegungen	105
2. Auswirkungen eines getätigten oder unterlassenen Deckungskaufes	107
a) Auswirkungen eines tatsächlich vorgenommenen Deckungskaufes	107
b) Auswirkungen eines unterlassenen Deckungskaufes	112
3. Ausschluss der Weiterveräußerungsvermutung bei Weiterverarbeitung der Ware	117
4. Zusammenfassung der Ergebnisse	118
VII. Fazit	120
C. Der abstrakt berechnete Käuferschaden als stets zu ersetzender Mindestschaden	121
I. Die objektivierende Lehre und deren Parallelen zum „allgemeinen“ Interesse	121
II. Bedenken	125
III. Bewertung und Fazit	130
D. Der abstrakt berechnete Käuferschaden als nicht zugeflossener Vertragswert	131
I. Die abstrakte Schadensberechnung bei Nichtleistung	131
1. Die Ermittlung des Verkehrswertes	132
a) Der Verkehrswert vertretbarer Waren	133
b) Der Verkehrswert von Unikaten	135
2. Schadensrechtliche Grundlage	139
a) Der Verkehrswert als Ergebnis eines typischen Geschehensablaufes	139
b) Der Verkehrswert als Teil des positiven Interesses	141
3. Die „Abschöpfung“ des Mehrwertes als Ergebnis spekulativen Handelns	144

4. Die Parameter der abstrakten Schadensberechnung „im weiteren Sinne“	147
a) Der maßgebliche Zeitpunkt	147
b) Der maßgebliche Ort	150
5. Einschränkende Faktoren	151
a) Auswirkungen eines tatsächlichen Deckungsgeschäftes	152
b) Auswirkungen eines unterlassenen Deckungsgeschäftes	153
6. Zusammenfassung der Ergebnisse	156
II. Die abstrakte Schadensberechnung bei nicht vertragsgemäßer Leistung	157
1. Der mangelbedingte Minderwert	157
2. Die fiktiven Mangelbeseitigungskosten	159
a) Ausgangslage und Entwicklung	160
b) Die Bedeutung des § 249 Abs. 2 S. 1 BGB	161
c) Allgemeine schadensrechtliche Erwägungen	163
d) Der Vorschussanspruch als Differenzierungskriterium	166
3. Der merkantile Minderwert	170
4. Die abstrakte Schadensberechnung im Lichte des „großen“ Schadensersatzes	175
5. Zusammenfassung der Ergebnisse	176
E. Der abstrakt berechnete Käuferschaden nach § 376 Abs. 2 HGB	177
I. § 376 Abs. 2 HGB in seiner direkten Anwendung	177
II. Kein Handelsgeschäft aufseiten des Käufers	182
III. Erweiterung des Anwendungsbereiches als Produkt der Rechtsfortbildung	184
1. Vorliegen einer Gesetzeslücke innerhalb des Handelsverkehrs	184
a) Der gesetzgeberische Wille als Ausgangspunkt	185
b) Objektive teleologische Erwägungen	188
c) Schlussfolgerungen	192
2. Vorliegen einer Gesetzeslücke außerhalb des Handelsverkehrs	198
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	200

2. Kapitel

Der abstrakt berechnete Verkäuferschaden	201
A. Der abstrakt berechnete Verkäuferschaden in seinen Anfängen	201
B. Der abstrakt berechnete Verkäuferschaden als entgangener Gewinn	204
I. Der entgangene Gewinn als Ausdruck des gewöhnlichen Verlaufes der Dinge	204
II. Die Parameter des Differenzanspruches	207
III. Weitere Berechnungsmodalitäten	209
IV. Der personelle Anwendungsbereich	212
V. Einschränkende Faktoren	214

1. Die Widerlegbarkeit der Typizität	214
a) Anforderungen an die Beschaffenheit der Ersatzware	214
b) Anforderungen an den Preis und die Verfügbarkeit der Ersatzware	218
2. Das Unterlassen eines Deckungsverkaufes	220
3. Der Sachbesitz des Verkäufers und dessen Auswirkung	222
VI. Zusammenfassung der Ergebnisse	224
C. Der abstrakt berechnete Verkäuferschaden als nicht zugeflossener Vertragswert	225
I. Die Grundlage des Differenzanspruches	225
II. Die Parameter des Differenzanspruches	227
III. Einschränkende Faktoren	231
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	234
D. Der abstrakte Verkäuferschaden als stets zu ersetzender Mindestschaden	235

3. Kapitel

Der abstrakt berechnete Mieterschaden	238
A. Der abstrakte Mieterschaden als entgangener Gewinn	239
I. Gewinneinnahmen als Ergebnis eines typischen Geschehensablaufes	240
1. Untervermietungseinnahmen	240
2. Gewerberaumüberlassung	245
II. Parameter	247
III. Einschränkende Faktoren	251
1. Die tatsächlich durchgeführte Ersatzanmietung	252
2. Die Schadensminderungsobligenheit des Mieters nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB	252
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	256
B. Der abstrakt berechnete Mieterschaden als nicht zugeflossener Vertragswert	257
I. Die schadensrechtliche Grundlage	258
1. Die Grundlage im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung	258
2. Die Grundlage im Rahmen des Verzugsschadens	262
II. Parameter	266
1. Die Ermittlung des geschuldeten Leistungswertes	267
a) Der Verkehrswert im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung	267
b) Die vermögensrechtlichen Elemente einer verspäteten Überlassung	270
2. Die Bestimmung des maßgeblichen Zeitraumes und des maßgeblichen Ortes	274
III. Einschränkende Faktoren	278
1. Auswirkungen einer Ersatzanmietung	278

2. Mitwirkendes Verschulden nach § 254 Abs. 1 BGB	280
3. Auswirkungen einer unterlassenen Ersatzanmietung	282
IV. Die fiktive Schadensberechnung des Mieters	284
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	286

4. Kapitel

Der abstrakt berechnete Vermieterschaden 289

A. Die abstrakte Schadensberechnung des Vermieters als Mietausfallschaden	289
I. Der Kündigungsfolgeschaden bei ordnungsgemäßer Rückgabe des Mietobjektes	289
1. Die Höhe des Mietausfallschadens	290
2. Einschränkende Faktoren	292
II. Der Mietausfallschaden bei Nicht- und Schlechterfüllung der Rückgabepflicht	295
1. Die Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB	296
a) Rechtsnatur des § 546a Abs. 1 BGB und deren Auswirkungen	296
b) Die Bestimmung der ortsüblichen Miete	300
c) Der Einfluss des Rücknahmewillens auf die Entschädigungshöhe	301
2. Die Berechnung des Mietausfallschadens nach § 252 S. 2 Alt. 1 BGB bei Nicht- und Schlechterfüllung der Rückgabepflicht	306
a) Anwendungsbereich und Verhältnis zu § 546a Abs. 1 BGB	306
b) Die Weitervermietung als typischer Geschehensablauf	308
c) Schadensmindernde Faktoren	311
aa) Die Weitervermietungsobliegenheit	312
bb) Die Begrenzung des Schadensersatzanspruches nach § 571 Abs. 1 S. 2 BGB	314
III. Zusammenfassung der Ergebnisse	316
B. Der abstrakt berechnete Vermieterschaden als nicht zugeflossener Vertragswert	318
I. Der Anwendungsbereich neben dem Kündigungsfolgeschaden	318
II. Eigenständige Bedeutung aufgrund eines „abstrakt-normativen“ Elementes?	320
III. Die fiktive Schadensberechnung des Vermieters	322
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	325
Schluss	326
Literaturverzeichnis	329
Stichwortverzeichnis	349

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes
BauGB	Baugesetzbuch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater
BeckOGK	beck-online.Grosskommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Bek.	Bekanntmachung
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BOHG	Bundesoberhandelsgericht
BOHGE	Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichts (ab dem dritten Band: „Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts“)
Bolz	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen
BRVO	Bundesratsverordnung
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BtMG	Betäubungsmittelgesetz

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
bzw.	beziehungsweise
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DM	Deutsche Mark
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
Erg.	Ergebnis
f.	folgender
ff.	folgende
fl.	Gulden (florin)
Fn.	Fußnote
fr.	Franken
FS	Festschrift
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung (Hauptblatt)
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk	Handkommentar
Holdheim	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer und Stempelfragen (Begründet von Paul Holdheim)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. e. S.	im engeren Sinne
ImmoWertV	Immobilienwertermittlungsverordnung
insb.	insbesondere
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts

jM	juris – Die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
Jr.	Junior
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Handels- Konkurs- und Versicherungsrecht (ab 1914: „Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht“)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-MietR	NJW-Entscheidungsdienst Mietrecht
No.	number
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZM	Neue Zeitschrift für Wohn- und Mietrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OAG	Oberappellationsgericht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (1900–1928)
PK	Praxiskommentar
pr.	principium
Recht	Das Recht; Juristisches Zentralblatt für Praktiker (begründet von Soergel)
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	Reichsoberlandesgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (vor dem dritten Band: „Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichts“)
RR	Rechtsprechungsreport
r+s	recht und schaden
S.	Seite

Sab.	Sabinus
SeuffA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
sog.	sogenannten
u. a.	unter anderem
Ulp.	Ulpian
UStG	Umsatzsteuergesetz
Urt.	Urteil
v.	vom
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht
Vor	Vorbemerkung
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts soweit sie nicht in der Sammlung des Reichsgerichts abgedruckt ist; herausgegeben von Otto Warneyer
WertV	Wertermittlungsverordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Einleitung

I. Forschungsgegenstand

Wie kann die Höhe des zu ersetzenden Schadens berechnet werden? Eine Frage, die für das Schadensrecht kaum fundamentaler sein könnte. Zur Ermittlung der Schadenshöhe bieten sich zwei Berechnungsmethoden an: Die *konkrete* und die *abstrakte* Schadensberechnung. Letztere beschäftigt seit über 150 Jahren sowohl die Gerichte als auch die Wissenschaft und reicht dabei sogar in die Zeit des Römischen Rechts zurück. Trotz unzähliger Gerichtsentscheidungen sowie einer Fülle an wissenschaftlichen Beiträgen, bestehen auch heute noch immer wiederkehrende Unklarheiten, die im Zusammenhang mit der abstrakten Berechnungsmethode auftreten. Daher nimmt sich die vorliegende Arbeit zum Ziel, den Themenkreis rund um diese Schadensberechnung zu beleuchten, einen umfassenden Überblick über die damit zusammenhängenden Fragen zu gewährleisten und vor allem Lösungsansätze für die Problemstellungen zu entwickeln, die im Zuge der abstrakten Schadensbemessung auftreten. So soll neben den verschiedenen Erscheinungsformen der abstrakten Berechnungsmethode auch die schadensrechtliche Grundlage erforscht und die Berechnungsparameter eines entsprechenden Schadensersatzanspruches ergründet werden. Die dabei zu Tage tretenden Fragestellungen und Erkenntnisse werden aufzeigen, dass sich die abstrakte Schadensbemessung wie ein roter Faden durch einen Großteil des Schadensrechtes zieht und bis in das „Herz“ dieses Rechtsgebietes, dem Schadensbegriff, vordringt. Neben diesen juristischen Faktoren sollen auch die ökonomischen Hintergründe, die einer abstrakten Schadensberechnung zugrunde liegen, dargestellt und deren Bedeutung für diese Berechnungsmethode skizziert werden.

Basis der nachfolgenden Untersuchungen werden der Kauf- und der Mietvertrag bilden. Die Bedeutung des erstgenannten Vertragstypus erklärt sich damit, dass die abstrakte Schadensberechnung maßgeblich im Rahmen von Handelsgeschäften entwickelt und auch dort – gemessen an der Vielzahl der Gerichtsentscheidungen – am häufigsten angewandt wurde. Der Mietvertrag soll in der vorliegenden Arbeit als Repräsentant der Dauerschuldverhältnisse dienen. Hierbei wird zu klären sein, inwieweit die für den Kaufvertrag entwickelten Grundsätze zu übertragen sind und welche Besonderheiten – aufgrund des dem Mietvertrag immanenten Zeitelementes – in der Schadensbe-

rechnung zu berücksichtigen sind. Des Weiteren wird sich die folgende Untersuchung primär auf die Rechtsfolgenseite des Schadensersatzanspruches fokussieren. Fragestellungen, die sich auf Tatbestandsseite stellen, werden nur insoweit tangiert, als sie für die Berechnung der Schadenshöhe relevant sind.

II. Einführung in die Thematik

Bevor eine tiefere Auseinandersetzung mit den Problemkreisen der abstrakten Schadensberechnung erfolgt, sollen zunächst die der Diskussion zugrunde liegenden Ausgangspunkte, insbesondere terminologische Aspekte, erläutert werden.

1. Der Begriff der „abstrakten“ Schadensberechnung

Die ersten Schwierigkeiten stellen sich bereits bei der naheliegenden Frage: Was ist unter einer „abstrakten“ Schadensberechnung zu verstehen? Der Terminus der „abstrakten“ Schadensberechnung wird seit jeher in unterschiedlichster Form von Rechtsprechung und Literatur verwendet. Diese uneinheitliche Praxis erschwert bis heute die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dieser Thematik. Im Wesentlichen lassen sich drei Kategorien der abstrakten Schadensbemessung unterscheiden:

Die erste Gruppe kann als „abstrakte Schadensberechnung *im engeren Sinne*“ bezeichnet werden.¹ Das Kernelement dieser Kategorie stellt die völlige Abstrahierung des konkreten Einzelfalles dar, sodass bei der Schadensermittlung bewusst von den individuellen Verhältnissen des Geschädigten abgesehen wird. In welcher Höhe dem Schadensersatzgläubiger tatsächlich ein Schaden entstanden ist, spielt hier keine Rolle.² Ein Gegenbeweis, dass der Anspruchsgläubiger doch keinen Schaden erlitten hat, ist nicht möglich.³ Diese Form der Schadensberechnung bedient sich wertender respektive schadensobjektivierender Elemente. Daher ließe sich diese erste Gruppe auch als „abstrakt-objektive“ beziehungsweise „abstrakt-normative“⁴

¹ MünchKomm/Emmerich, 9. Aufl., 2022, Vor § 281 Rn. 25.

² Staudinger/Höpfner, BGB, 2021, § 252 Rn. 19; MünchKomm/Oetker, BGB, 9. Aufl., 2022, § 252 Rn. 45; Grüneberg/Grüneberg, 82. Aufl., 2023, § 288 Rn. 4.

³ Huber, Reformgutachten, Band 1, 1981, S. 647 (848); Hopt/Leyens, HGB, 42. Aufl., 2023, § 376 Rn. 13.

⁴ So die Bezeichnung von: Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967, S. 76 Fn. 76. Der formlose Begriff des „normativen“ Schadens wird als Sammelbegriff für all diejenigen Fälle verwendet, in denen aus Wertungsgründen von dem starren Gesamtvermögensvergleich im Rahmen der Differenzhypothese

Schadensermittlung bezeichnen. Das primäre Ziel dieses Berechnungsmodus liegt damit in der Nichtanrechnung schadensmindernder Faktoren. Daher verwundert es nicht, dass Kritiker dieser Schadensbemessungsform eine Unvereinbarkeit mit der Differenzhypothese und tragenden schadensrechtlichen Grundsätzen diagnostizieren.⁵ Für die im Zuge dieser Arbeit zu untersuchenden Vertragstypen findet man im deutschen Privatrecht eine ausdrückliche Normierung dieses Berechnungsmodus lediglich bei § 376 Abs. 2 HGB. Diese, auf Handelsgeschäfte beschränkte, Vorschrift gewährt dem Käufer oder dem Verkäufer im Falle einer Nichtleistung einen Differenzanspruch zwischen Vertragspreis und Marktpreis zur Zeit und am Ort der geschuldeten Leistung, sofern der Kaufvertrag einen Fixcharakter aufweist.⁶ Dadurch soll dem Gläubiger der Verkehrswert der ausgebliebenen Leistung durch die Zahlung des Differenzbetrages ersetzt werden, wobei schadensmindernde Einwendungen des Schuldners ausgeschlossen sind.⁷ Außerhalb des § 376 Abs. 2 HGB fand diese Berechnungsweise vor allem bei Vertretern des objektiven Schadens Anklang.⁸ So könne – bezogen auf den Kaufvertrag – der nicht belieferte Käufer bei Anwendung dieses Schadensbegriffes stets den objektiven Wert der geschuldeten Sache verlangen, sodass ihm in jedem Fall die Differenz zwischen Vertragspreis und höherem Verkehrswert der nicht gelieferten Sache unabhängig davon zu ersetzen sei, ob ein Vorteilsausgleich oder ein schuldhafter Verstoß gegen die in § 254 Abs. 2 S. 1 BGB normierte Schadensminderungsobliegenheit vorlag.⁹ Weitere Formen einer abstrakten Schadensberechnung im engeren Sinne findet man im deutschen Privatrecht bei § 288 Abs. 1, Abs. 2 BGB, der für bestimmte Fälle

these abzusehen ist (exemplarisch: *Magnus*, Schaden und Ersatz, 1987, S. 288 f.; *Staudinger/Höpfner*, BGB, 2021, Vor § 249 Rn. 41). Da aber letztlich jeder Schadensbegriff auf der Anwendung von Gesetzesnormen basiert, ist jeder Schaden zwangsläufig als „normativ“ zu bezeichnen (*Spickhoff*, JZ 2002, 970 (973); *MünchKomm/Oetker*, BGB, 9. Aufl., 2022, § 249 Rn. 23 m. w. N.). Insofern erscheint der Terminus „wertende“ Schadensberechnung überzeugender.

⁵ Siehe hier nur: *MünchKomm/Emmerich*, 9. Aufl., 2022, Vor § 281 Rn. 25. Dazu unter: 1. Kap. C. II.

⁶ Siehe zur Frage, ob tatsächlich eine Fixkomponente nötig ist, unter: 1. Kap. B. V. 3.

⁷ Exemplarisch: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Achilles*, HGB, 4. Aufl., 2020, § 376 Rn. 37.

⁸ So beispielsweise: *Neuner*, AcP 133 (1931), 277 (293 f., 302); *Wilburg*, JherJb 1932, 51 (125 ff., 144 f.).

⁹ Zur Nichtbeachtung eines Vorteilsausgleiches: *Lange/Schiemann/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, § 9 III 6, S. 498; *Soergel/Ekkenga/Kuntz*, BGB, 2014, 13. Aufl., Vor § 249 Rn. 293; zum schuldhaften Verstoß gegen eine mögliche Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB: *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB, 5. Aufl., 1982, § 376 Rn. 24; *Soergel/Wiedemann*, BGB, 11. Aufl., 1986, § 325 Rn. 43.