

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 119

**Die „abstrakte“ Berechnung des
Schadenersatzes wegen Nichterfüllung
beim Kaufvertrag**

Von

Ulrike Bardo



Duncker & Humblot · Berlin

ULRIKE BARDO

**Die „abstrakte“ Berechnung des Schadenersatzes
wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 119

Die „abstrakte“ Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag

Von

Ulrike Bardo



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Bardo, Ulrike

Die „abstrakte“ Berechnung des Schadenersatzes wegen
Nichterfüllung beim Kaufvertrag / von Ulrike Bardo. – Berlin:
Duncker u. Humblot, 1989

(Schriften zum Bürgerlichen Recht; Bd. 119)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06675-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-06675-8

Vorwort

Die Arbeit hat im Wintersemester 1987/88 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vorgelegen. Neuere Rechtsprechung und Literatur wurden, soweit möglich, bis April 1989 berücksichtigt.

Herrn Prof. Dr. *Herbert Wiedemann*, der die Dissertation angeregt und in vielfältiger Weise unterstützt hat, möchte ich an dieser Stelle herzlich danken. Dank schulde ich auch dem Korreferenten der Arbeit, Herrn Prof. Dr. *Herbert Kronke*, für wertvolle Hinweise. Mein Dank gilt ferner dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme meiner Arbeit in seine Schriftenreihe.

Köln, im April 1989

Ulrike Bardo

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
1. Gegenstand der Untersuchung	17
2. Einführung in die Problematik	18

1. Teil

Entwicklung der abstrakten Schadensberechnung in Rechtsprechung und Literatur

A. Rechtslage im 19. Jahrhundert	21
I. Vor 1861 (Erlaß des ADHGB)	21
1. Käuferschaden	21
2. Verkäuferschaden	22
II. Nach 1861 (Verabschiedung eines Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs)	23
1. Entstehung	23
2. Überlegungen der Verfasser des ADHGB	24
3. Auslegung des Art. 357 Abs. 3 ADHGB	25
a) Käuferschaden	25
b) Verkäuferschaden	28
B. Rechtslage nach 1900 (unter Geltung des BGB und des HGB)	28
I. Gesetzliche Regelung der abstrakten Schadensberechnung	28
II. Rechtsprechung und Literatur zum Käuferschaden	28
1. Rechtsprechung: abstrakte Schadensberechnung als Ersatz entgan- genen Gewinns	28
a) Reichsgericht	28
b) Bundesgerichtshof	31
c) Oberlandesgerichte	32
aa) Vor 1945	32
bb) Nach 1945	34

2. Literatur	35
a) Abstrakte Schadensberechnung als Ersatz entgangenen Gewinns	35
aa) Vor 1945	35
bb) Nach 1945	37
b) Abstrakte Schadensberechnung als Ersatz der Kosten für einen hypothetischen Deckungskauf und sonstige Ansichten	40
aa) Vor 1945	40
bb) Nach 1945	42
III. Rechtsprechung und Literatur zum Verkäuferschaden	44
1. Rechtsprechung: abstrakte Schadensberechnung als Ersatz entgangenen Gewinns	44
a) Reichsgericht	44
b) Bundesgerichtshof	46
c) Oberlandesgerichte	47
aa) Vor 1945	47
bb) Nach 1945	48
2. Literatur	48
a) Abstrakte Schadensberechnung als Ersatz entgangenen Gewinns	48
aa) Vor 1945	48
bb) Nach 1945	50
b) Abstrakte Schadensberechnung als Ersatz des Verlustes bei einem Deckungsverkauf und sonstige Ansichten	51
aa) Vor 1945	51
bb) Nach 1945	53

2. Teil

Eigener Ansatz zum Schaden des Käufers

A. Erklärungsmodelle zur abstrakten Schadensberechnung	55
I. Prozessualer Ansatz: Abstrakte Schadensberechnung als Beweiserleichterung?	55
1. Abstrakte Schadensberechnung als Ersatz entgangenen Gewinns	56
a) Entstehung der herrschenden Meinung	57
b) Unhaltbarkeit der Weiterveräußerungsvermutung	57
c) Nichtbeachtung eines Deckungskaufs	60
d) Beweisanforderungen	61

2. Abstrakte Schadensberechnung als sonstige Beweiserleichterung	62
3. Folgerungen	64
II. Materiell-rechtliche Ansätze	65
1. Abstrakte Schadensberechnung als Ersatz des objektiven Schadens?	65
2. Abstrakte Schadensberechnung als Ersatz des normativen Schadens?	67
3. Abstrakte Schadensberechnung als fiktives Deckungsgeschäft?	68
4. Abstrakte Schadensberechnung als Interesseersatz?	69
5. Abstrakte Schadensberechnung als Pauschalierung?	69
6. Abstrakte Schadensberechnung als Gewohnheitsrecht?	72
III. Ergebnis und Folgerungen	72
B. Inhalt des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung	73
I. Formeln zur Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung	73
1. Schaden als Vermögenseinbuße	73
2. Vorenthaltung der Kaufsache als Schaden	76
II. Nachweis der These: Schaden = entgangener „Mehrwert“ der Kaufsache	78
1. Entstehungsgeschichte	78
a) Verfasser des BGB	78
b) Verfasser des HGB	78
c) Fazit	79
2. Folgerungen aus den §§ 249 ff., 325 f. BGB	80
a) § 249 Satz 1 BGB	80
aa) Schaden nur bei Vermögenseinbuße?	80
(1) Vergleich des Istzustands mit dem Sollzustand	80
(2) Bedeutung des Schadensbegriffs	82
bb) Schaden ohne Vermögenseinbuße	85
cc) Naturalrestitution oder Geldersatz?	86
dd) Zusammenfassung	87
b) § 252 Satz 1 BGB	87
c) §§ 325 f. BGB	88
3. Schadenersatz wegen Nichterfüllung und gegenseitiger Vertrag	89
a) Ziel des Vertrages: Vermögenserweiterung	89
b) Vertragliche Vermögensdisposition	91

4. Prävention und Gerechtigkeit	92
a) Prävention	92
b) Gerechtigkeitsüberlegungen	93
5. Ergebnis	93
C. Berechnung des Käuferschadens	93
I. Ersatz des „Mehrerts“: Ermittlung des Werts der Kaufsache	94
1. Einkaufs- oder Verkaufspreis?	94
2. Berechnung nach dem Marktpreis	98
a) Bedeutung des Marktpreises	98
b) Zeit und Ort des Marktpreises	100
aa) Maßgeblicher Zeitpunkt	100
bb) Maßgeblicher Ort	103
3. Bedeutung eines Deckungskaufs	104
a) Vorliegen eines Deckungskaufs	104
aa) Begriff des Deckungskaufs	104
bb) Kauf einer höherwertigen Ware	104
cc) Eindeckung aus eigenen Vorräten	105
dd) Sonstige Fälle	106
b) Deckungskauf über dem Marktpreis	106
aa) Interessenlage	106
bb) Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 BGB	108
cc) Vorliegen eines Mitverschuldens	109
dd) Beweislast	110
c) Deckungskauf unter dem Marktpreis	112
d) Modalitäten des Deckungskaufs	116
aa) Maßgeblicher Zeitpunkt	116
bb) Maßgeblicher Ort	118
cc) Geltung des § 376 Abs. 3 und 4 HGB?	119
4. General- und Spezialunkosten	119
5. Grenzfälle	120
a) Weitergabe zum Selbstkostenpreis	120
b) Weiterverkauf mit Verlust	121
c) Verschenken der Sache	122
6. Zusammenfassung	122
II. Entgangener Gewinn	123
1. Verhältnis zum Ersatz des „Mehrerts“ der Sache	123

a)	Kein kumulativer Ersatz	123
b)	Bedenken gegen den Ersatz des entgangenen Gewinns	123
c)	Grundsätzliche Ersatzfähigkeit des entgangenen Gewinns ...	124
2.	Anforderungen an den Nachweis entgangenen Gewinns	125
a)	Bedeutung des §252 Satz 2 BGB	125
b)	Möglichkeit des Weiterverkaufs	126
c)	Weiterverkaufsabsicht	127
d)	Höhe des Weiterverkaufsgewinns	128
aa)	Weiterverkaufspreis	128
bb)	Maßgeblicher Zeitpunkt	129
cc)	Maßgeblicher Ort	131
e)	Zusammenfassung und Beweislast	132
3.	Grenzen des Ersatzes entgangenen Gewinns	133
a)	Pflicht zum Deckungskauf nach §254 Abs. 2 BGB	133
aa)	Meinungsstand	134
bb)	Eignung eines Deckungskaufs zur Abwendung des Gewinn- entgangs	135
cc)	Pflicht zur Eindeckung	137
dd)	Zusammenfassung und Beweislast	139
b)	Ersatz entgangenen Gewinns trotz eines Deckungskaufs	140
aa)	Vorliegen eines Deckungskaufs	140
bb)	Beweislast	141
4.	Zusammenfassung	141
III.	Auslegung des §376 Abs. 2 HGB	142

3. Teil

Eigener Ansatz zum Verkäuferschaden

A.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Käuferschaden	144
B.	Erklärungsmodelle zur abstrakten Schadensberechnung	146
I.	Beweiserleichterung nach §252 Satz 2 BGB	146
II.	Sonstige Ansätze	148
C.	Inhalt des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung des Verkäufers	149
I.	Der durch die Nichterfüllung verursachte Schaden des Verkäufers ..	149
II.	Ersatz des „Mehrwerts“: Feststellung des Werts der Kaufsache	150
1.	Einkaufs- oder Verkaufspreis?	150

2. Berechnung nach dem Marktpreis	152
a) Feststellung des Sachwerts	152
b) Maßgeblicher Zeitpunkt	153
c) Maßgeblicher Ort	154
3. Berechnung nach einem Deckungsverkauf	155
a) Eignung zur Schadensfeststellung	155
b) Vorliegen eines Deckungsverkaufs	155
aa) Verkauf der Ware an den Verkäufer selbst	155
bb) Noch nicht ausgesonderte Ware	157
c) Deckungsverkauf unter dem Marktpreis	157
aa) Interessenlage	157
bb) Mitverschulden nach §254 Abs.2 BGB	158
cc) Beweislast	160
d) Deckungsverkauf über dem Marktpreis	161
e) Modalitäten eines Deckungsverkaufs	164
aa) Maßgeblicher Zeitpunkt	164
bb) Maßgeblicher Ort	165
cc) Geltung des §376 Abs. 3 und 4 HGB?	165
4. General- und Spezialunkosten	165
5. Zusammenfassung	165
III. Ersatz entgangenen Gewinns	166
1. Verhältnis zum Ersatz des „Mehrerts“	166
2. Anforderungen an den Nachweis entgangenen Gewinns	167
a) Einkauf zum Selbstkostenpreis	167
b) Feststellung des Selbstkostenpreises	167
aa) Selbstkostenpreis des Verkäufers	167
bb) Selbstkostenpreis des Verkäufers, der die Ware selbst her- stellt (Werkunternehmer)	168
cc) General- und Spezialunkosten	169
c) Maßgeblicher Zeitpunkt	169
d) Maßgeblicher Ort	170
e) Beweislast	170
3. Grenzen des Ersatzes entgangenen Gewinns	171
a) Ersatz entgangenen Gewinns neben einem „Deckungsverkauf“	171
aa) Argument des zusätzlichen Verkaufs	171
bb) Vorliegen eines zusätzlichen Verkaufs	173
cc) Unwahrscheinlichkeit eines zusätzlichen Verkaufs	174

(1) Unmöglichkeit der Eindeckung mit derselben Ware	174
(2) Lieferfrist	176
(3) Gestiegene Selbstkosten	176
(4) Beweislast	177
b) Ausschluß wegen Unterlassens eines Deckungsverkaufs	178
aa) Eignung eines Deckungsverkaufs zur Schadensabwehr ..	179
bb) Verschulden	179
cc) Beweislast	181
c) Bedeutung des Verbleibs der Sache beim Verkäufer	181
aa) Dogmatische Einordnung der Anrechnung des Sachbesitzes	182
bb) Gründe für den Ausschluß des Gewinnersatzes	183
cc) Voraussetzung und Folgen der Anrechnung	185
dd) Beweislast	186
4. Zusammenfassung	186
IV. Auslegung des §376 Abs. 2 HGB	187
Ergebnis	188
Literaturverzeichnis	189

Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
a. E.	am Ende
Alternativ-	
kommentar	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des BAG)
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BOHG	Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichts (ab Bd. 3: ROHG)
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von Bolze
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Ed.	Edition
Einl.	Einleitung
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. 7. 1973
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GS	Großer Senat
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
HansRGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
HGB-Groß-	
kommentar	1. Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Begründet von Hermann Staub, 3. Aufl. 2. HGB. Staub. Großkommentar, 4. Aufl.
HGB-RGRK	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Aufl.

Holdheim	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, herausgegeben von Holdheim
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
v. Kübel	Schubert, Werner (Hrsg.): Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u. a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Münch-Komm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAG	Oberappellationsgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (1900 - 1928)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Recht	Das Recht, begründet von Soergel
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	1. Reichsoberhandelsgericht 2. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rz..	Randziffer
S.	Seite
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	Spalte
UCC	Uniform Commercial Code
UN-Kaufrecht	Abkommen der Vereinigten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
USA	Uniform Sales Act
VersR	Versicherungsrecht
WarnR	Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, herausgegeben von Warneyer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, begründet von Goldschmidt
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

Einleitung

1. Gegenstand der Untersuchung

Thema der Untersuchung soll die abstrakte Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung sein, wie sie insbesondere beim Kaufvertrag angewendet wird. Abstrakte Schadensberechnung ist hier in dem Sinne gemeint, daß dem geschädigten Gläubiger als Nichterfüllungsschaden die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem für ihn ungünstigeren Marktpreis der Kaufsache ersetzt wird. Da die abstrakte Schadensberechnung die Differenz zum Marktpreis ersetzt, ist nur die Schadensberechnung bei marktgängigen Waren, d. h. bei regelmäßig im Umsatz befindlicher und zu einem Durchschnittspreis verwertbarer Ware¹, Gegenstand der Untersuchung. Nicht untersucht wird insbesondere der Schaden, der bei Nichtlieferung oder -abnahme von Sonderanfertigungen entsteht.

Nach allgemeiner Ansicht ist diese Berechnungsart grundsätzlich zulässig. Sie wurde schon lange vor Geltung des ADHGB praktiziert. Auch zahlreiche ausländische Rechtsordnungen, nicht zuletzt das Einheitliche Kaufgesetz (Art. 84 Abs. 1), das UN-Kaufrecht (Art. 76) und der Uniform Commercial Code der USA (§§ 2-708 und 2-713), wenden die abstrakte Schadensberechnung an.² Trotzdem ist noch vieles ungeklärt, angefangen von der Grundlage der abstrakten Berechnung, bis zu verschiedenen Einzelfragen, z. B. ob der Marktpreis eines Deckungsgeschäfts oder eines Gewinngeschäfts einzusetzen ist, ob der Beweis zulässig ist, daß ein geringerer Schaden eingetreten ist, beispielsweise durch ein günstiges Deckungsgeschäft, ob auch Nichtkaufleute den Schaden abstrakt berechnen können oder ob die abstrakte Schadensberechnung auf den Handelsverkehr beschränkt ist.

Ihren Höhepunkt erlebte die abstrakte Schadensberechnung — der Zahl der veröffentlichten Entscheidungen nach zu urteilen — während des Ersten Weltkriegs und der Großen Inflation. Heute wird dieser Problemkomplex meistens in den Schadenspauschalierungsklauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt, so daß sich der Gläubiger nicht auf die abstrakte Schadensberechnung berufen muß. Bei der Prüfung der Wirksamkeit dieser Klauseln, d. h. ob sie den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden wiedergeben, oder bei dem Einwand, daß der pauschalierte Schaden widerlegt ist (§ 11 Nr. 5 a

¹ ROHG 7, 174 Nr. 43 (175).

² Zusammenstellungen bei Rabel, *Recht des Warenkaufs I*, 1936/1957, unter IV (S. 139 ff.); Treitel in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, 1976, Ch. 16-69 und 16-72; Hager, *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers*, 1975, S. 32 ff. und 209 ff. (zum US-Recht und zum EKG).

und b AGBG) tauchen jedoch dieselben Fragen auf, die sich auch bei der Begründung des abstrakten Schadens stellen.³

2. Einführung in die Problematik

Zur Begründung eines Schadens bieten sich zwei Ansatzpunkte. Käufer und Verkäufer können dadurch geschädigt sein, daß ihnen mit der Nichterfüllung die Vorteile des Vertrages entgehen, die darauf beruhen, daß sie besonders günstige Vertragspreise ausgehandelt, d. h. billig eingekauft (Käufer) bzw. besonders teuer verkauft haben (Verkäufer), während sich diese günstigen Preise bei einem Ersatzgeschäft nicht erzielen lassen. Zum anderen kann ihnen infolge der Nichterfüllung der Gewinn entgehen, der mit dem Einsatz der Kaufsache verdient werden sollte: dem Käufer entgeht der Gewinn aus dem Weiterverkauf der Ware, der durch die Vorenthaltung der Ware unmöglich geworden ist, der Verkäufer wird um den Vertragsgewinn, d. i. die Differenz zwischen seinen Kosten und dem Vertragspreis, gebracht.

Der erste Schaden läßt sich in der Differenz zwischen dem günstigen Vertragspreis und dem Preis, zu dem der Gläubiger ein Ersatzgeschäft abschließen könnte (Deckungsgeschäft), ausdrücken; der zweite Schaden besteht in dem Unterschied zwischen Vertragspreis und dem Weiterverkaufs- (Käufer) bzw. Selbstkostenpreis (Verkäufer). Bei der Schadensberechnung nach einem Deckungsgeschäft fällt der Schadenersatz weniger hoch aus als bei dem Ersatz entgangenen Gewinns, da bei ersterem nur Preisveränderungen auf derselben Marktstufe ausgeglichen werden, während bei letzterem mit dem Unterschied zwischen zwei Marktstufen (Einkaufs- und Verkaufsmarkt) die Gewinnspanne hinzukommt.

Daß sich für die Festlegung des Marktpreises unterschiedliche Märkte anbieten, wurde weder von der früheren Rechtsprechung noch vom Gesetzgeber⁴ gesehen. So setzte das Reichsgericht den Marktpreis, zu dem sich der Käufer tatsächlich hätte eindecken können (konkrete Schadensberechnung), mit dem Marktpreis, für den er hätte weiterverkaufen können (abstrakte Schadensberechnung), gleich.⁵ Richtig daran ist, daß der Verkaufspreis des Verkäufers, d. i. der Preis, zu dem er an den Käufer verkauft, mit dem Einkaufspreis des Käufers identisch ist, zu dem dieser die Ware beim Verkäufer einkauft, denn diese Vorgänge finden auf derselben Marktstufe statt. Den Weiterverkaufspreis fordert der Käufer jedoch auf der nächsthöheren Marktstufe. Zumindest im Regelfall kann der Weiterverkaufspreis nicht mit dem Einkaufspreis übereinstimmen: ein Kaufmann, der Ware zum Weiterverkauf anschafft, setzt sie meistens mit Gewinn ab. Der Gewinn besteht in dem Betrag, den der Weiterverkaufspreis den Einkaufspreis übersteigt. Es wird daher kaum vorkommen, daß der Kaufmann die

³ Z. B. BGH NJW 1970, 29 = LM Nr. 26 zu § 138 BGB (Bb); BAG NJW 1967, 751 = AP Nr. 26 zu § 138 BGB.

⁴ Denkschrift zum Entwurf eines HGB, 1896, S. 219 und 222.

⁵ RGZ 6, 58 (59); 101, 421 (423).

Ware zu demselben Preis verkauft, zu dem er sie eingekauft hat; gleichsetzen darf man beide Preise also nicht. Da Marktverkaufspreis und Markteinkaufspreis nicht übereinstimmen, muß man sich zur Schadensberechnung für den einen oder anderen entscheiden. Ist damit der Ansatzpunkt für die abstrakte Schadensberechnung gefunden, so sind damit noch nicht alle aufgeworfenen Fragen beantwortet.

Berechnet man nämlich den Schaden aus dem Deckungsgeschäft oder Gewinngeschäft anhand des jeweiligen Marktpreises, so fragt sich, ob und in welchem Umfang dabei die wirkliche Entwicklung zu berücksichtigen ist, z. B. ob bei der Berechnung nach dem Deckungsgeschäft der wirklich erzielte Deckungspreis oder der Marktpreis eingesetzt wird. Ähnlich ist es bei der Berechnung nach einem Gewinngeschäft, wenn der Gläubiger den Entgang des Gewinns durch ein Deckungsgeschäft verhindert, beispielsweise wenn der Käufer Ersatz für die nicht gelieferte Ware beschafft, diese statt der Ware des Verkäufers weiterverkauft und damit den vorgesehenen Gewinn erzielt. Die Lösung hängt davon ab, ob man die abstrakte Schadensberechnung als Ersatz eines fiktiven Mindestschadens oder als Beweiserleichterung auffaßt. Berechnet man den Schaden generell anhand eines Deckungsgeschäfts, so ist weiter unklar, warum der Ersatz des in § 252 BGB vorgesehenen Gewinns ausgeschlossen sein soll.

§ 376 Abs. 2 HGB, obwohl die einzige gesetzliche Regelung zur abstrakten Schadensberechnung in dem hier gemeinten Sinne, hilft nicht bei der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen. Die Vorschrift geht auf den fast gleichlautenden Art. 357 Abs. 3 ADHGB zurück, der aus dem Gemeinen Recht hervorgegangen ist. Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht übernahmen die abstrakte Schadensberechnung nach Erlaß des Art. 357 Abs. 3 ADHGB bzw. der § 376 HGB, §§ 325 f. BGB als fortgeltende allgemeine Grundsätze, die durch die neuen Gesetze nicht geändert werden sollten⁶, d. h. die Vorschriften sagen nichts über die Grundlagen der abstrakten Berechnung aus. Im übrigen herrscht über die Auslegung beider Vorschriften ebenso Streit wie über die abstrakte Schadensberechnung allgemein. So war und ist zwar für § 376 Abs. 2 HGB ebenso wie für Art. 357 Abs. 3 ADHGB so gut wie unbestritten, daß auch bei Nichtfixgeschäften der Schaden abstrakt berechnet werden kann.⁷ Unklar ist dagegen bereits, ob nach § 376 Abs. 2 HGB der Schaden auf der Basis des entgangenen Weiterverkaufsgewinns oder eines fingierten Deckungsgeschäfts zu berechnen ist. Die Vertreter beider Ansichten legen § 376 Abs. 2 jeweils in ihrem Sinne aus.⁸

⁶ ROHG 8, 14 Nr. 3 (20); 9, 311 Nr. 93 (316); 11, 182 Nr. 60 (183); RG LZ 1909, Sp. 143 Nr. 19 = Holdheim 1910, 178; RG LZ 1909, Sp. 320 Nr. 3 (321).

⁷ Zu Art. 357 Abs. 3 ADHGB: z. B. ROHG 7, 376 Nr. 100 (377); 8, 14 Nr. 3 (20); zuletzt 24, 153 Nr. 46 (155); RGZ 1, 241; zu § 376 Abs. 2 HGB: RG LZ 1909, Sp. 143 Nr. 19 (Fn. 6); RG LZ 1909, Sp. 320 Nr. 3 (321); RG LZ 1909, Sp. 321 Nr. 4 (322); v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität, 1962, S. 8 = Gesammelte Schriften I, 1968, S. 411 (419); Keuk, Vermögensschaden und Interesse, 1972, S. 113f.; Oertmann in: Ehrenberg (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts IV 2, 1918, § 64,2 (S. 445).