Die abstrakte Schadensberechnung und ihr Verhältnis zum Anspruch auf den entgangenen Gewinn am Beispiel von Artikel 74 und 76 CISG

Yeşim M. Atamer

I. Einleitung

Einem Wissenschaftler, der gerade kürzlich eine über tausend Seiten lange Kommentierung[1] zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) im Alleingang neu aufgelegt hat, mit einem Beitrag zum CISG noch eine Freude machen zu können, wäre wohl eine zu große Erwartung. Doch war es gerade das UN Kaufrecht, das Professor Magnus und mich nun seit fast 10 Jahren bei jedem Treffen in Hamburg oder Istanbul immer wieder beschäftigte und – zumindest auf meiner Seite – für anregende Diskussionen sorgte. Ich hoffe deswegen, dass der Jubilar es mir nachsieht, wenn ich wieder auf das Kaufrecht zurückgreife und ihm einige Gedanken zur abstrakten Schadensberechnung in Dankbarkeit für seine stete Unterstützung und Inspiration herzlich widme.

Die zentrale Vorschrift zum Schadensersatzrecht des CISG, Art. 74, geht vom Prinzip der Totalreparation aus. Der gesamte Verlust einschließlich eines entgangenen Gewinns ist zu ersetzen. Der Gläubiger hat Anspruch auf vollen Ausgleich aller Nachteile, die ihm durch die Vertragsverletzung entstanden sind. Er soll durch Schadensersatz wirtschaftlich soweit wie möglich in diejenige Lage versetzt werden, in der er sich bei vertragskonformer Erfüllung befände.[2] Das Erfüllungsinteresse (*expectation interest*) sowie das Integritätsinteresse (*indemnity interest*) sind geschützt.[3] Die spezielle Erwähnung der Erstattungsfähigkeit des entgangenen Gewinns (*loss of profit*) soll für Staaten, nach deren nationalem Recht der entgangene Gewinn kein zu ersetzender Schadensposten ist, klarstellende Funktion haben.[4] Zur Berechnungsweise des Schadensersatzes sagt jedoch Art. 74 CISG nichts weiter aus. Es wer-

---

1 *Magnus*, Wiener UN-Kaufrecht, Staudinger, Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2013, XVIII + 1127 S.

2 *Text of Secretariat Commentary on article 70 of the 1978 Draft* (http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html) Rn. 3: „… the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed".

3 *Magnus,* in: Staudinger (Fn. 1), Art. 74 Rn. 16; *Brölsch*, Schadensersatz und CISG, 2007, 42-43. Zur Frage wieweit auch das Vertrauensinteresse (*reliance interest*) geschützt ist vgl. *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 1), Art. 74 Rn. 21; *Saidov*, The Law of Damages in International Sales, The CISG and Other International Instruments, 2008, 30 ff.

4 *Secretariat Commentary on article 70* (Fn. 2), Rn. 3; so auch *Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales Law, 2011, Rn. 44.121 ff., 44.204; *Schwenzer* in: Schlechtriem/Schwenzer (Hg.), Kommentar zum einheitlichen UN Kaufrecht, 5. Aufl. 2008, Art. 74 Rn. 3.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

den nur die zwei im Kaufrecht weitverbreiteten Schadensberechnungsmethoden,[5] nämlich die abstrakte und konkrete Berechnung in Art. 75 und 76 für den Fall der Vertragsaufhebung normiert. Wie sich diese Berechnungsmethoden zur allgemeinen Vorschrift verhalten, wird durch den Zusatz, dass „jeder weitere Schadenersatz nach Art. 74 verlangt" werden kann, klargestellt.

Die Grenze des Schadensersatzes ist die Überkompensation.[6] Der Geschädigte hat nur das Recht auf „…*a sum equal to the loss*". Schadensersatz hat eine Kompensationsfunktion. Daraus ergibt sich, dass prinzipiell nur dem Gläubiger tatsächlich entstandene und somit auch bilanzierbare Verluste zu ersetzen sind. Dieser Gedanke kommt der Differenzhypothese nahe,[7] wird jedoch in Bezug auf das CISG in den letzten Jahren immer mehr hinterfragt. Vorgeschlagen wird z.B. den Verlust einer Gewinnchance (*loss of a chance*) oder Reputationsschäden auch im Rahmen von Art. 74 als materielle Schadensposten zu entschädigen.[8] Die Diskussion darum, den Begriff des materiellen Schadens weit zu deuten, soll hier nicht weiterverfolgt werden. Wichtig ist nur festzustellen, dass als unterstützendes Argument dafür manchmal Art. 76 herangezogen wird mit der Begründung, es handele sich um die einzige Norm im CISG, die eine abstrakte Schadensberechnung unabhängig von einem Schadensbeweis und sogar einem tatsächlich erlittenen Schaden erlaube.[9]

In diesem Beitrag soll hauptsächlich der Frage nachgegangen werden, wieweit die abstrakte Schadensberechnung wirklich einen Schaden kompensiert und damit die geschädigte Person wirtschaftlich in die gleiche Position versetzt, wie wenn vertragskonform erfüllt worden wäre. Insbesondere soll hinterfragt werden, ob diese Methode, zu einer Überkompensation führen kann und deswegen einer Korrektur bedarf; d.h. ob man den entgangenen Gewinn vielleicht als eine Höchstgrenze für die abstrakte Schadensberechnung sehen muss. Eine Diskussion dazu ist in manchen Rechtsordnungen zu verfolgen, auch wenn sie nicht spezifisch auf das UN-Kaufrecht geführt wird.[10] Da jedoch in der Literatur zum UN-Kauf-

---

5 Für rechtsvergleichende Hinweise vgl. *Notes* zu Art. III.–3:706 und 3:707 DCFR, in: von Bar/Clive (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), Full Edition, 2009, V. I, 942-943; *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 4), Rn. 44.225, Fn. 440.

6 *Brölsch* (Fn. 3), 43; *Brunner*, UN-Kaufrecht – CISG, 2004, Art. 74 Rn. 18; *Zeller*, Damages under the CISG, 2nd ed. 2009, 115; kritisch aber dazu *Schwenzer* in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 4), Art. 74 Rn. 8; *M. Schmidt*, Profiting from Substitute Transactions – Offsetting Losses and Benefits under the CISG, FS Schwenzer, 2011, 1499 ff.

7 *Magnus,* in: Staudinger (Fn. 1), Art. 74 Rn. 26.

8 Vgl. z.B. *Schwenzer/Hachem*, The Scope of the CISG Provisions on Damages, in: Saidov/Cunnington (Hg.), Contract Damages – Domestic and International Perspectives, 2008, 91 ff.; *Saidov*, Damages: The Need for Uniformity, 25 Journal of Law and Commerce (2005-06), 393 ff.

9 *Schwenzer/Hachem* (Fn. 8), 94.

10 Für das deutsche Recht vgl. *Bardo*, Die „abstrakte" Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989, passim; *U. Huber*, Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, in: FS K.Schmidt, 2009, 795 ff.; zum englischen Recht vgl. *McLauchlan*, Expectation Damages: Avoided Loss, Offsetting Gains and Subsequent Events, in: Saidov/Cunnington (Hg.), Contract Damages – Domestic and International Perspectives, 2008, 349 ff.; *Goode* on Commercial Law, 4th edn, ed by McKendrick, 2010, 418 ff., 439; *Adams*, Damages in Sale of Goods: A Critique of the Provisions of the Sale of Goods Act and Article 2 of the Uniform Commercial Code, [2002] J.B.L. 553 ff.; zum US-amerikanischen Recht: *Scott*, The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle, 57 U. Chi. L. Rev. 1155 (1990); *Clark,* The Proposed Revisions

© sellier european law publishers
www.selllier.de

recht die Beziehung von abstrakter Schadensberechnung und entgangenem Gewinn teilweise uneinheitlich dargelegt wird, kann die – wenn auch nur skizzenhafte – Darstellung dieser Diskussion ein gewisses Licht auf die Beziehung von Art. 76 und 74 werfen.

II. Rechtsvergleichung: Problemfälle bezüglich der abstrakten Schadensberechnung

Die hier exemplarisch untersuchten Rechtsordnungen (*civil law*: Deutschland, Schweiz; *common law*: England,[11] USA) haben alle in Bezug auf den Kaufvertrag die abstrakte Schadensberechnungsmethode im Gesetz sowie in der Rechtsprechung anerkannt.[12] Dies geschah meist im 19. Jahrhundert bzw. schon Ende des 18. Jahrhunderts. Doch die Diskussion um diese Berechnungsmethode hielt bis heute in Rechtsprechung und Lehre an.

Die Hauptkritik gegen die abstrakte Schadensberechnungsmethode konzentriert sich darauf, dass sie nicht den eigentlichen Schaden des Gläubigers errechnet und die Umstände des Einzelfalls außer Betracht lässt. Es wird z.B. hinterfragt, ob diese Methode überhaupt angebracht ist, falls der Käufer gar keine gewinnbringende Weiterveräußerungsabsicht hatte; oder ob sie angewandt werden kann, falls ein Deckungskauf zu einem Preis unter dem Marktpreis getätigt worden war.[13] Problematisch sind auch Fallkonstellationen, in denen der Gewinn des Geschädigten bei vertragsgemäßer Erfüllung scheinbar geringer ausfallen würde; d.h. durch die Vertragsverletzung und die abstrakte Schadensberechnung dem Geschädigten ein angeblicher Vermögensvorteil zufließt. Insbesondere diese letzten Fälle sollen hier näher erläutert werden, da sie die mit der abstrakten Schadensberechnung verbundenen Probleme wohl am besten wiedergeben. Einige Beispiele aus der Rechtsprechung zur Illustration:

In einer Entscheidung vom *United States Court of Appeals, Fifth Circuit*[14] ging es um folgenden Sachverhalt: Koppers schloss mit Nobs Chemicals einen Vertrag über den Kauf von 1.000 metrischen Tonnen Kumol (ein aromatischer Kohlenwasserstoff) zu 540.000 $ (540

---

to Contract-Market Damages of Article two of the Uniform Commercial Code: A Disaster not a Remedy, 46 Emory L.J. 807 (1997).

11 Obwohl Großbritannien kein CISG Vertragsstaat ist, wurde diese Rechtsordnung hier auch einbezogen, da sie bis heute noch eine nicht zu leugnende Wirkung auf die Rechtsprechung vieler *common law* Länder hat.

12 Das deutsche Recht: in § 376 Abs. 2 HGB, das erste Mal in Art. 357 Abs. 3 ADHGB von 1861. Das schweizerische Recht in Art. 191 Abs. 3 OR (Verzug des Verkäufers), Art. 215 Abs. 2 OR (Verzug des Käufers), das erste Mal aufgenommen in den Entwurf Konkordat Munzinger über Handels- und Verkehrsrecht, 1863, § 208 (*Fasel*, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, 2000, 129). Das englische Recht in Sec. 50 (non-acceptance) und 51 (non-delivery) Sale of Goods Act 1979, so aber schon in *Barrow v Arnaud*, (1846) 8 Queen's Bench Reports 604, 115 E.R. 1004 und das US Amerikanische Recht in § 2-708 Uniform Commercial Code (UCC) (non-acceptance), § 2-713 UCC (non-delivery) das erste Mal in den Entscheidungen aus dem Jahre 1790, siehe unten Fn. 31 und Text. Alle Entscheidungen aus dem anglo-amerikanischen Bereich wurden über www.westlaw.com abgerufen.

13 Zur Diskussion z.B. im deutschen Recht im Detail *U. Huber* (Fn. 10), 725 ff.; *Bardo* (Fn. 10), passim. Zum US-amerikanischen Recht vgl. *White/Summers*, Uniform Commercial Code, 5th ed. 2000, § 7-7, 269 ff.

14 *Nobs Chemical, U.S.A., Inc. v Koppers Co., Inc.*. 616 F2d 212 (5th Cir 1980). Vgl. für eine Ent-

© sellier european law publishers
www.selllier.de

$/Tonne). Nobs wiederum schloss einen Vertrag mit seinem brasilianischen Lieferanten über die Lieferung der gleichen Menge Kumol zum Preis von 445.000 $ (445 $/ Tonne). Doch erklärte Koppers noch vor dem Liefertermin, dass er vom Vertrag Abstand nehmen möchte. Nobs schaffte es noch, den Vertrag mit seinem Lieferanten rückgängig zu machen, ohne je die Ware annehmen oder für sie zahlen zu müssen. Bei der folgenden Klage legte Nobs seinem Schadensersatzanspruch gegen Koppers die abstrakte Schadensberechnungsmethode zugrunde und kam auf 320.000 $, was die Differenz zwischen seinem Vertragspreis mit Koppers und dem Marktpreis zum Lieferungszeitpunkt war. Denn der Marktpreis für Kumol war inzwischen auf 220 $/Tonne zurückgegangen (540-220 X 1.000 = 320.000 $). Koppers argumentierte jedoch, dass Nobs nur sein entgangener Gewinn von 95.000 $ zustehe; d.h. die Preisdifferenz zwischen dem Vertrag mit dem brasilianischen Lieferanten und dem Vertrag mit Koppers. Das Gericht hat den Einwand von Koppers mit der Begründung angenommen, dass die abstrakte Schadensberechnung in diesem Fall dem Gedanken widerspreche, der Geschädigte müsse durch den Schadensersatz in die Lage versetzt werden, die bestünde, wäre die vertragsgemäße Lieferung erfolgt.[15] Hätte Koppers die Annahme der Ware nicht verweigert, so hätte Nobs seinen brasilianischen Lieferanten zahlen müssen und deswegen nur einen Gewinn von 95.000 $ gemacht. Nur dieser entgangene Gewinn stehe ihm zu.

Einer Entscheidung des *California Court of Appeal* lag der folgende – umgekehrte – Sachverhalt zu Grunde, bei dem der Käufer bei vertragskonformer Erfüllung einen niedrigeren Gewinn gemacht hätte.[16] Allied Canners hatte mit Victor Packing, die in der Gegend von Fresno Früchte bearbeitete und verpackte, einen Vertrag für die Anschaffung von 262.500 Pfund Rosinen für 29,75 Cents pro Pfund abgeschlossen. Allied hatte die Rosinen wiederum an verschiedene japanische Firmen zu einem Festpreis weiterverkauft. Hätte Victor geliefert, hätte sich der Gewinn aus den weiterführenden Geschäften auf 4.462 $ belaufen. Da jedoch starker Regen die noch trocknende Ernte beschädigte und somit in der Gegend von Fresno die Lieferung von Rosinen erschwerte, konnte Victor nicht pünktlich liefern. Der Marktpreis von vergleichbaren Rosinen war inzwischen auf 87 Cent pro Pfund gestiegen. Allied hatte in viele der Verträge mit seinen japanischen Abnehmern eine entsprechende Klausel eingebaut und musste wegen Nichtlieferung nicht einstehen. Im Nachhinein verklagte Allied Victor auf Schadensersatz und verlangte die Anwendung der abstrakten Berechnung nach UCC § 2-713. Dies hätte einen Schadensersatz von ca. 150.000 $ bedeutet. Das kalifornische Berufungsgericht entschied, dass nur der entgangene Gewinn von 4.462 $ eingeklagt werden kann, da eine abstrakte Schadensberechnung dem „*full performance compensation principle*" widersprechen würde. Der Richter machte vom Ermessen Gebrauch, das ihm in § 1-106 UCC in Bezug auf die Anwendung der jeweiligen Rechtsbehelfe eingeräumt war.[17]

Obwohl die amerikanischen Gerichte schon im 19. Jahrhundert bei der Entwicklung des Prinzips der abstrakten Schadensberechnung feststellten, dass die spezifischen Umstände

---

scheidung, in welcher in der gleichen Konstellation, der Unterschied zum Marktpreis jedoch voll zuerkannt wurde *United States v. Burton Coal Co.*, 273 U.S. 337, 47 S.Ct. 351 (1927).

15 Dies ist als allgemeine Regel in § 1-106 UCC niedergelegt: „(1) The remedies provided by this Act shall be liberally administered to the end that the aggrieved party may be put in as good a position as if the other party had fully performed."

16 *Allied Canners & Packers, Inc. v Victor Packing Co.*, 162 Cal App 3d 905, 209 Cal Rptr 60 (1984). Sehr kritisch dazu *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*, 36 Cal.App.4th 376, 42 Cal.Rptr.2d 286 (1995).

17 Vgl. oben Fn. 15.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

des Geschädigten und insbesondere Weiterverkaufsmöglichkeiten bei der Berechnung nicht in Betracht gezogen werden dürfen,[18] sind doch ähnliche Zweifel in der Gerichtspraxis immer wieder aufgetreten.[19] Die Wirkung dieser Entscheidungen ging sogar so weit, dass in den neunziger Jahren eine Revision des UCC diskutiert wurde, in der vorgeschlagen wurde, folgenden Text zu übernehmen:[20] „*(A) seller cannot choose subsection (a) if market damages (objective) puts it in a better position than full performance by the buyer would have done (subjective).*" Diese Formulierung fand zwar keinen Eingang ins Gesetz, doch die Diskussion um die abstrakte Schadensberechnung setzte sich fort.[21]

Die englischen Gerichte, die sich wie die US-amerikanischen schon im 19. Jahrhundert mit dieser Frage beschäftigt hatten, verfolgten die gleiche Linie: Seit der Entscheidung *Rodocanachi, Sons & Co. v Milburn Brothers* des Court of Appeal im Jahre 1886[22] war es selbstverständlich, dass der Schädiger von einem eventuellen Weiterverkauf zu einem niedrigerem Preis als der Marktpreis nicht profitieren konnte. Er musste, unabhängig von der Absicht des Geschädigten, die Sache weiterzuverkaufen oder zu behalten oder gar zu vernichten, den Unterschied zwischen Marktpreis und Vertragspreis ausgleichen. Doch genau wie in den USA wurde diese Regel in neueren Entscheidungen und Veröffentlichungen in England in Frage gestellt.[23]

In einer schon etwas älteren Entscheidung aus der Schweiz ist das gleiche Problem zu erkennen: auch hier wurde der Geschädigte daran gehindert, den Marktwert-Vertragswert-Unterschied zu verlangen, weil eine schon vorhandene Weiterverkaufsmöglichkeit bei der Schadensberechnung mitberücksichtigt wurde. Das Bundesgericht entschied im Jahre 1917:

---

18 *Simon/Novack*, Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts, 92 Harv. L. Rev. 1395 (1979), 1405.

19 Für eine Liste der Entscheidungen vgl. *Scott* (Fn. 10), Fn. 38.

20 Für die Details des Vorschlags siehe *Clark* (Fn. 10), 818 ff.

21 Vgl. z.B. *Farnsworth*, Contracts, 4th ed. 2004, § 12.12, 795; *Barnes/Zalesne*, A Unifying Theory of Contract Damage Rules, 55 Syracuse L. Rev. 495 (2005), 512 ff.; *Schwartz/Scott*, Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy, 108 Colum. L. Rev. 1610 (2008), die die abstrakte Schadensberechnung auch auf Arbeitsleistungen anwenden wollen, wenn die zu leistende Arbeit auf dem Markt eingekauft werden kann. Auch in diesen Fällen soll der Schaden im Unterschied zwischen dem Einkaufswert der verbliebenen Arbeit und dem Vertragspreis liegen. Vgl. zur Kritik des *Restatement 2nd of Contracts* in Bezug auf die Änderungen zur abstrakten Schadensberechnung *Simon*, The Critique of the Treatment of Market Damages in the Restatement (Second) of Contracts, 81 Colum. L. Rev. 80 (1981).

22 (1886) 18 QBD 67. Weitergeführt durch *Williams Bros v Ed T Agius Ltd,* 1914 WL 18400, [1914] A.C. 510.

23 So z.B. *Oxus Gold Plc v Templeton Insurance Ltd*, [2007] EWHC 770 (Comm), Rn. 80. In den Fällen, in denen die Anwendung der abstrakten Schadensberechnung bei verspäteter oder mangelhafter Lieferung im aufrecht gehaltenen Vertrag diskutiert wurde, haben die englischen Gerichte öfters den Ansatz von *Rodocanachi* nicht verfolgt. Doch da das UN-Kaufrecht die abstrakte Schadensberechnung nur im Falle der Aufhebung des Vertrages zulässt, soll hier dieser Aspekt nicht weitergeführt werden. Siehe dazu im Detail *McLauchlan* (Fn. 10), 349 ff.; *Anson's* Law of Contract, 29th edn., ed. by Beatson/Burrows/Cartwright, 2010, 557 ff.; *Harris*, in: Benjamin's Sale of Goods, 8th edn., ed. by Bridge, 2010, Rn. 17-039 und 17-057 ff.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

„Unbehelflich ist es allerdings, wenn der Kläger in erster Linie anbringt, der Verkaufspreis für schweizerische Haushaltungschokolade habe im massgebenden Zeitpunkt in Deutschland 7 Fr. 30 Cts. das Kg. betragen. Der Kläger hatte nämlich bereits zu 6 Fr. an Bollag verkauft und war also verpflichtet die Ware zu niedrigem Preise nach Deutschland weiterzugeben, so dass ein allfällig höherer Marktpreis für die Berechnung des entgangenen Gewinns außer Betracht fällt."[24]

In der Lehre wurde dieser Entscheid, soweit ersichtlich, nicht weiter diskutiert, aber teilweise kommentarlos übernommen.[25]

Obwohl im deutschen Recht keine vergleichbare Entscheidung gefunden werden konnte, verfolgt der BGH im Rahmen von § 252 BGB offenbar den gleichen Ansatz:[26]

„Im Fall der abstrakten Schadensberechnung ist die volle Gewissheit, dass der Gewinn gezogen worden wäre, nicht erforderlich; vielmehr genügt der Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Ist ersichtlich, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, wird vermutet, dass er erzielt worden wäre; dem Ersatzpflichtigen obliegt dann der Beweis, dass er nach dem späteren Verlauf oder aus irgendwelchen anderen Gründen dennoch nicht erzielt worden wäre."[27]

Demnach kann der Schädiger z.B. beweisen, dass ein Deckungsgeschäft zum günstigeren Preis als der Marktpreis abgeschlossen wurde, oder wahrscheinlich auch, dass der entgangene Gewinn im weiterführenden Geschäft geringer ausgefallen wäre. Der BGH lässt nur Vorteile, die auf „überobligationsmäßige Bemühungen des Gläubigers" beruhen, nicht dem Schuldner zugutekommen.[28]

---

24 BGE 43 II 784, 794-795.

25 So z.B. *Koller*, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, Honsell/Vogt/Wiegand (Hg.), 5. Aufl., 2011, Art. 191 Rn. 24 und 29; *Giger,* in: Berner Kommentar, Band 6 OR, 1979, Art. 191 OR Rn. 51. Anders aber z.B. *Schönle*, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Gesetzbuch, Gauch (Hg.), Band V/2a, 1993, Art. 191 Rn. 38.

26 Vgl. zum deutschen Recht detailliert *Bardo* (Fn. 10), 21 ff; *U.Huber* (Fn. 13), 727 ff. Kritisch schon *Rabel*, Recht des Warenkaufs, 1. Band, 1957, § 59, 455 ff. Diese Diskussion wird vor allem im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung unter § 252 BGB geführt, also in Bezug auf die Berechnung des entgangenen Gewinns. § 376 Abs. 2 HGB ist für Fixgeschäfte klar formuliert: der Gläubiger kann den Schaden abstrakt berechnen, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, ohne dass der Schuldner den Gegenbeweis antreten kann, dass der Schaden geringer ausgefallen ist (Vgl. *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 35. Aufl. 2012, § 376 Rn. 13; *Grunewald*, Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 376 Rn.22-24). In allen Fällen jedoch, in denen kein Fixgeschäft vereinbart ist und deswegen § 376 HGB nicht angewandt werden kann, wird die abstrakte Schadensberechnung gemäß § 252 BGB erfolgen. Im Rahmen dieser Berechnung kann ein Gegenbeweis in Bezug auf den tatsächlich erlittenen Schaden gebracht werden. Vgl. dazu *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 252 BGB Rn. 45.

27 BGH, 19.10.2005, NJW-RR 2006, 243; vgl. auch BGH 19.11.1997, WM 1998, 931-932; BGH 2.3.1988, WM 1988, 781, 786.

28 BGH, 19.11.1997, WM 1998, 932.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

III. Die Entwicklung der abstrakten Schadensberechnungsmethode und ihre ratio legis

Wenn man die historische Entwicklung der abstrakten Schadensberechnung verfolgt, fällt es auf, dass sie in Ländern wie Deutschland, England und die USA zum Ende des 18. und hauptsächlich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zum ersten Mal Anwendung fand.[29] Häufig ging es dabei um An- und Verkauf von Wertpapieren. Ausschlaggebend war die Entwicklung von organisierten Märkten, in denen Angebot und Nachfrage im Rahmen eines Vertrags aufeinandertrafen, und diese mit freiem Willen abgeschlossenen Verträge von Gerichten durchgesetzt wurden. Wichtig war es natürlich auch, dass der Gattungskauf immer mehr in den Vordergrund trat und Handelsgeschäfte dominierte. Der Gattungskauf ist ein „Leerkauf", bei dem der Verkäufer die Sache oft noch beschaffen muss.[30] Deswegen wohnt ihm auch ein Spekulationselement inne. Gemäß *Horwitz* war es in den USA das *South Caroline Supreme Court,* das zum ersten Mal diese spekulative Seite wahrnahm und die abstrakte Methode in der Entscheidung *Davis v. Richardson* von 1790 explizit ausdrückte: „*Whenever a contract is entered into for the delivery of a specific article, the value of that article, at the time fixed for delivery is the sum a plaintiff ought to recover*".[31] Diese und die in den folgenden Jahren parallel entschiedenen Fälle qualifiziert *Horwitz* als die Entscheidungen, die eine moderne Vertragslehre in den USA begründen, da sie den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse (*expectation damages*) anerkennen.[32] In England wurde diese Berechnungsmethode wohl zum ersten Mal im Jahre 1826 in dem Werk von *Chitty* erwähnt, und dem Geschädigten die Differenz zwischen Vertragspreis und dem Wert zuerkennt, den vergleichbare Güter zum Zeitpunkt der geplanten Lieferung haben.[33] Somit wurde unterstrichen, dass Güter keinen immanent allgemeingültigen Wert haben, sondern einen Marktwert, der sich nach Ort und Zeit ändern konnte.[34] Dadurch änderte sich auch die Rolle des Vertrages. Dieser war nicht mehr nur ein Mittel, Eigentum zu übertragen, sondern vor allem auch ein Dispositionsmittel in Bezug auf zukünftige Marktrenditen.[35]

Wie lässt sich dieses Spekulationselement im Kaufvertrag erklären? Die abstrakte Schadensberechnungsmethode findet bei Termingeschäften Anwendung. Zwischen Abschluss und Erfüllung von Verträgen liegt eine gewisse Zeitspanne und in dieser Zeit wird der Preis

---

29 Vgl. *Bardo* (Fn. 10), 21 ff.; *Horwitz*, Historical Foundations of Modern Contract Law, 87 Harv. L. Rev. 917 (1974), 937 ff.; *Scott/Triantis*, Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law, 104 Colum. L. Rev. 1428 (2004), 1439 Fn. 40.

30 Dazu und zum Gattungskauf im Detail *Ernst*, Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf, ZEuP 1999, 583 ff. und 615-619.

31 *Davis v. Richardson's Ex'rs*, 1 Bay 105, 1790 WL 173, S.C.Com.Pl.Gen.Sess 1790. Vgl. auch die Entscheidung des Supreme Court of America von 1880: *Shepherd v. Hampton*, 16 U.S. 200, 1818 WL 2440 U.S.,1818. Vgl. aber auch *Ernst*, der für Kontinentaleuropa schon in der spanischen Spätscholastik des 16. und 17. Jahrhunderts eine Legitimierung der Warenspekulation feststellt, *Ernst* (Fn. 30), 618.

32 *Horwitz* (Fn. 29), 937 ff.

33 A practical Treatise on the Law of the Contracts, Not Under Seal, 1826, 132, hier wiedergegeben aus *Horwitz* (Fn. 29), 940-941, Fn. 124. Entscheidungen in diesem Sinne sind schon von Anfang des 19. Jahrhunderts, z.B. *Shepherd v Johnson*, (1802) 2 East 211, 102 E.R. 349.

34 *Simon/Novack* (Fn. 18), 1398 ff.

35 *Simon/Novack* (Fn. 18), 1399; *Scott/Triantis* (Fn. 29), 1439.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

der Vertragsgüter von Marktentwicklungen beeinflusst. Falls der Marktpreis fällt, wird der Käufer es bereuen, sich frühzeitig gebunden zu haben. Sollte der Marktpreis steigen, verliert der Verkäufer. Obwohl das Risiko der Preisänderung durch Marktentwicklungen von beiden Parteien vorausgesehen werden kann und die selbe Ware, da vertretbar, wohl auf dem Spotmarkt auch zum späteren Zeitpunkt noch erworben werden könnte, ziehen sie es trotzdem vor, ein Termingeschäft zum Festpreis abzuschließen.[36] Auf der Käuferseite ist der Grund dafür manchmal, eine ununterbrochene Zufuhr von Gütern zu sichern. Aber oft ist es auch Spekulation bezüglich des Preises. Der Käufer spekuliert darauf, dass die Preise sich erhöhen werden und deckt sich deswegen zu einem Zeitpunkt ein, zu dem der Marktpreis für ihn günstig liegt. Der Verkäufer wiederum macht Termingeschäfte hauptsächlich mit dem Hintergedanken der Spekulation. Er hofft, dass die Preise gleich bleiben oder sogar sinken werden und verkauft seine Ware noch heute zu einem guten Preis. Beide Parteien möchten sich gegen Preisschwankungen absichern.[37] Somit wohnt dem Termingeschäft immer ein Spekulationsmoment inne und die Parteien nehmen *ex ante* eine Risikoverteilung vor. In stark volatilen Märkten oder bei risikoscheuen Parteien ist zu erwarten, dass durch Vertragsanpassungsklauseln, Schadenspauschalierungsklauseln oder durch Ausfallsklauseln die Parteien versuchen, außerordentliche Preisschwankung zu kompensieren und das Risiko zu verteilen.

Sollte nun aber in einem Kaufvertrag mit Lieferdatum in drei Monaten keine besondere Bestimmung bezüglich Preisanpassung gegeben sein, so ist davon auszugehen, dass beide Parteien das Risiko ihrer Spekulation tragen wollen. Gehen die Preise in die Höhe und weigert sich der Verkäufer zu liefern, so wird der Käufer nach dem Marktwert zur Zeit der Aufhebung[38] Schadensersatz verlangen können. Fallen die Preise und der Käufer möchte den Vertrag nicht aufrechterhalten, so wird der Verkäufer bei Vertragsbruch seinen Schaden als Differenz zum neuen Marktwert berechnen können. Die abstrakte Schadensberechnung sichert damit der geschädigten Partei den Wert der Festpreisoption zur Zeit der Aufhebung des Vertrages. Die Parteien eines Kaufvertrages, die über Güter auf einem geregelten Markt disponieren, verhandeln somit um eine „Position" im Markt.[39] In diesem Sinne muss man der Aussage von *Bridge* zustimmen, dass ein solcher Kaufvertrag eigentlich einem Differenzgeschäft sehr nahe kommt.[40] Die abstrakte Schadensberechnung gibt den Parteien somit genau das, wofür sie den Vertrag abgeschlossen hatten: den Mehrwert der Kaufsache.[41] Der Schaden liegt in solchen Fällen nicht in einer Vermögensminderung sondern in einem verhinderten Zuwachs des Vermögens.[42] Und dieser steht dem Geschädigten zu, unabhängig

---

36 Zu den Gründen vgl. *Scott* (Fn. 10), 1173 ff.; *Horwitz* (Fn. 29), 941.

37 *Gordley*, The Origins of Sale: Some Lessons from the Romans, 84 Tul. L. Rev. 1437 (2010), 1463; *Horwitz* (Fn. 29), 941; *Clark* (Fn. 10), 812; vgl. dazu auch *Ernst* (Fn. 30), 615.

38 Die Entscheidung in Art. 76 CISG den Zeitpunkt der Aufhebung für die Bestimmung des Marktpreises und somit für die Berechnung des abstrakten Schadens festzulegen, wird hier nicht weiter hinterfragt. Vgl. dazu rechtsvergleichend *Rabel* (Fn. 26), 462 ff.

39 *Bridge*, The Market Rule of Damages Assessment, in: Saidov/Cunnington (Hg.), Contract Damages – Domestic and International Perspectives, 2008, 450.

40 *Bridge* (Fn. 39), 436.

41 *Clark* (Fn. 10), 835; *Bardo* (Fn. 10), 78 ff.; 149 ff.; *Rabel* (Fn. 26), 455 ff.

42 Ob dieser Verlust auch als einen „entgangenen Gewinn" qualifiziert werden kann, ist umstritten. Da diese Frage aber nur geringe praktische Bedeutung für die hier wiedergegebene Diskussion hat, soll sie nicht weiter ausgeführt werden. Vgl. dazu z.B. *Bardo* (Fn. 10), 80 ff.; *U. Huber* (Fn. 10),

© sellier european law publishers
www.selllier.de

davon was er mit der Sache vorhatte. Ob oder wie er sie weiterverwerten wollte ist bei dieser Betrachtung nicht ausschlaggebend. Wie *Bardo* m.E. richtig feststellt: „Abstrakte Schadensberechnung bedeutet nicht einen eventuell nicht entstandenen abstrakten Schaden zu ersetzen, sondern den dem Geschädigten zustehenden Sachwert abstrakt festzusetzen."[43]

IV. Sollte der entgangene Gewinn eine Obergrenze für die abstrakte Schadensberechnung darstellen?

Die Erläuterungen im III. Abschnitt deuten schon auf die hier bevorzugte Antwort hin. Aber zuerst sollen kurz die oben wiedergegebenen Fälle noch einmal durchdacht werden: Koppers, der für 540 $/Tonne einen Vertrag abgeschlossen hatte, weigerte sich, den Vertrag einzuhalten, als der Preis pro Tonne auf 220 $ zurückging. Er hatte erkannt, dass er sich viel zu teuer eingedeckt hatte. Diese Fehlkalkulation wäre ihn teuer zu stehen bekommen, hätte nicht das Glück mitgeholfen und er von dem brasilianischen Zulieferer und den Einkaufspreis von Nobs erfahren. Ein anderer glücklicher Zufall war, dass der brasilianische Zulieferer Nobs nicht wegen Vertragsbruch einklagte. Doch fragt man sich, warum diese glücklichen Zufälle alle dem vertragsbrüchigen Koppers zu Gute kommen und ihm 225.000 $ Schadensersatz ersparen? Warum darf er jetzt auf dem Markt sich für 220 $/Tonne eindecken und den Preissturz nutzen?

Im zweiten Fall war es der Verkäufer Victor, der den Vertrag nicht einhielt. Die Preise von Rosinen waren von 30 Cent pro Pfund auf 87 Cent pro Pfund gestiegen. Es stellen sich die gleichen Fragen wieder: Warum kann Victor mit einer Zahlung von 4.462 $ davonkommen, nur weil Allied so vorsichtig gewesen war und in seine Verträge mit den japanischen Abnehmern eine Ausfallklausel eingebaut hatte? Warum sollte Victor überhaupt davon profitieren, dass Allied schon Weiterveräußerungsverträge abgeschlossen hatte und diese wegen Besonderheiten der Exportregelungen Victor bekannt waren? Mit nur 4.462 $ Schadensersatz war es nun der vertragsbrüchigen Partei freigestellt, neue Ware auf dem Markt für 87 Cent pro Pfund zu verkaufen.[44] Interessant ist es, dass in dieser Entscheidung das Gericht ausführlich die Literatur zu dieser Diskussion aufarbeitete und wiederholt betonte, dass die Entscheidung anders hätte ausfallen können, falls Victor den Vertrag „*in bad faith*" nicht erfüllt hätte. Aber zu diesem Punkt wurde nicht klar Stellung bezogen. Offen blieb auch, wie eine Schadensberechnung durchgeführt worden wäre, falls Allied keine Weiterveräußerungsverträge (Forward-Geschäfte) abgeschlossen hätte. Dann hätte wohl das Gericht keine andere Möglichkeit gehabt, als den Unterschied zum Marktpreis zuzuerkennen.

Diese Beispiele zeigen, dass man bei Kaufverträgen, die einen späteren Liefertermin haben, davon ausgehen muss, dass die Parteien oft eine „Wette" eingehen. Sie wetten um den Preis zur Zeit der Lieferung.[45] Die Partei, die die Wette verliert, wird entweder trotzdem erfüllen (also liefern/Kaufpreis zahlen) oder vom Vertrag Abstand nehmen und stattdessen die Differenz zum Marktpreis zahlen. Dies bedeutet nicht, dass der Geschädigte einen unverhoff-

738 ff.; *Knütel*, Die Schwächen der „konkreten" und „abstrakten" Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), 555, 575 ff.

43 *Bardo* (Fn. 10), 100.

44 Es wurde auch tatsächlich von Allied vorgebracht, dass Victor andere Käufer mit Rosinen für einen höheren Preis beliefert hatte, doch konnte dies nicht rechtkräftig bewiesen werden.

45 *Simon/Novack* (Fn. 18), 1436; *Simon* (Fn. 21), 91-92.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

ten Gewinn (*windfall profit*) macht,[46] sondern genau den Gewinn, auf den er spekuliert hat.[47] Allied war vorsorglich genug, in seine Verträge die entsprechenden Klauseln einzubauen und sein Risiko zu minimieren. Victor hatte dies unterlassen.[48] Es wäre selbstverständlich, dass er die Folgen dieses Unterlassens trägt.[49] Deswegen überzeugt es nicht, dass die Voraussicht, die Allied gezeigt hat, in dieser Entscheidung Victor zugutekam.[50]

Letztendlich ist die hier vertretene Interpretation der abstrakten Schadensberechnung auch Ausdruck des *pacta sunt servanda* Prinzips. Diese Methode verhindert, dass der Schädiger von Spekulationen des Geschädigten in Drittgeschäften profitiert, bzw. je nach Inhalt der Drittgeschäfte zu einem Vertragsbruch verleitet wird. Der Anspruch auf die Preisdifferenz schafft somit einen Anreiz zur Erfüllung, zumal der Schädiger dann weiß, dass er im Falle eines Vertragsbruchs mit einer Schadensersatzpflicht rechnen muss, die seinem durch Vertragsbruch erlangten Gewinn gleichkommt.[51]

Da die abstrakte Schadensberechnung eine Berechnung *ex ante* vornimmt, d.h. Entwicklungen nach Vertragsschluss nicht in die Berechnung einbezogen werden, fördert sie auch Verhandlungen über eventuelle Risiken.[52] Die Allokation von Marktrisiken bei Vertragsschluss misst Risiken einen „Wert" zu und macht diese Risiken dadurch auch versicherbar – sollte dies von den Parteien erwünscht sein.[53] Den Parteien steht es natürlich auch frei, etwaige Weiterverkaufsoptionen und ihren Preis in ihren Vertrag aufzunehmen. Dann ist es selbstverständlich, dass auch der Schadensersatz im Falle einer Nichtlieferung in dem ersten Geschäft durch den erwarteten Gewinn in diesem Weiterveräußerungsgeschäft begrenzt sein wird.[54] Genau diese Art von vertraglicher Risikoallokation ist wiederum willkommen.[55]

---

46 So z.B. *McLauchlan* (Fn. 10), 367.

47 *Farnsworth*, Damages and Specific Relief, 27 Am. J. Comp. L. 247 (1979) spricht von "benefit of the bargain".

48 Es ist nicht Thema dieses Aufsatzes, ob eine vertragliche Risikoverteilung im Nachhinein einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden muss, weil sie z.B. in allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgenommen wurde. Vgl. dazu z.B. *Stomps*, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Eine Untersuchung des deutschen Rechts und dem DCFR am Beispiel von Haftungsklauseln, 2011.

49 *Clark* (Fn. 10), 826.

50 Falls dieser Gedanke weitergeführt werden sollte, müsste man dem Schädiger auch die Möglichkeit geben zu beweisen, dass die nichtgelieferte Sache in den Händen des Geschädigten einen Wertverlust erlitten haben würde, weil z.B. kein Weiterverkauf beabsichtigt und der Markt inzwischen stark gesunken war. Dass man dadurch spekulativen Vertragsbrüchen Tür und Tor öffnet ist offensichtlich. Kritisch auch *U. Huber* (Fn. 10), 741; *Simon/Novack* (Fn. 18), 1417 ff. Paralleler Gedanke bei *Schwenzer/Hachem* (Fn. 8), 101.

51 Zur Präventionsfunktion der abstrakten Schadensberechnung vgl. *Simon/Novack* (Fn. 18), 1438; *Bardo* (Fn. 10), 92; ähnlich auch *Rabel* (Fn. 26), 460. Vgl. zur Präventionsfunktion unter dem CISG allgemein *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 4), Art. 74 Rn. 6.

52 *Clark* (Fn. 10), 865-866.

53 *Clark* (Fn. 10), 827.

54 Vgl. dazu *Simon/Novack* (Fn. 18), 1408 und die dort genannten Entscheidungen.

55 *McLauchlan*'s Aussage (Fn. 10, 386), dass die vertraglichen Bestimmungen bei der Bewertung, ob der Geschädigte einen Schaden erlitten hat und falls ja, wie hoch dieser ist, überhaupt keine Bedeutung haben sollen, ist überraschend. Schadensersatz im Vertragsrecht versucht vor allem

© sellier european law publishers
www.selllier.de

V. Welche Schlussfolgerungen können für das CISG gezogen werden?

1. Die Beziehung zwischen Artikel 74 und 76 CISG

Das CISG sagt zu der Beziehung von Art. 74 und Art. 76 nur aus, dass „jeder *weitere* Schaden" nach Art. 74 beansprucht werden kann. Wieweit jedoch der entgangene Gewinn den nach Art. 76 berechneten Schadensersatz begrenzen kann, kommt aus dieser Bestimmung nicht hervor. [56] In der Literatur zum CISG wurde das Problem auch oft von einer anderen Perspektive her betrachtet: nämlich ob trotz abstrakter Schadensberechnung ein entgangener Gewinn als weiterer Schaden beansprucht werden kann. Hier sind die Meinungen geteilt: Der Sekretariatskommentar zum Vorschlag von 1978 sagt bezüglich der Vorgängernorm von Art. 76 (Art. 72) aus, dass der entgangene Gewinn durch die „*basic formula*", d.h. die abstrakte Schadensberechnung, nicht kompensiert werden kann. Demnach muss dieser Gewinn gemäß Art. 74 zusätzlich beansprucht werden.[57] Mehrere Stimmen in der Literatur und auch der CISG Advisory Council scheinen diese Meinung zu teilen.[58] Ein anderer Ansatz in der Literatur, der auch vom Jubilar vertreten wird, nimmt jedoch an, dass der Gläubiger den unmittelbaren Nichterfüllungsschaden entweder abstrakt nach Art. 76 oder insgesamt konkret nach Art 74 berechnen muss.[59] Eine Vermengung der Berechnungsmethoden hinsichtlich desselben Schadenspostens soll nicht möglich sein.[60]

Die in diesem Beitrag dargelegte Position in Bezug auf die abstrakte Schadensberechnung stimmt in dieser Hinsicht mit der zweiten Auffassung überein. Diese Berechnungsmethode versetzt den Geschädigten in eine Lage, als ob der Vertrag erfüllt worden wäre, da er den Mehrwert der Sache, der sich durch Preisschwankungen ergeben hat, erhält. Der Geschädigte ist so zu betrachten, als ob er die Sache erhalten hätte. Ein weitergehender Scha-

---

das Erfüllungsinteresse des Geschädigten zu ersetzen. Und dieses Interesse muss im Grunde dem Vertrag, also dem gemeinsamen Willen der Parteien entnommen werden.

56 Vgl. dazu *Bridge*, der eine solche Interpretationsmöglichkeit als gegeben sieht: „the express reference to loss of profit in Article 74 will probably steer tribunals to an award of damages calculated by reference to a sub-sale price rather than the market", *Bridge* (Fn. 40), 457.

57 http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/newsecomm/secomm-76.html.

58 CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting on 15 November 2008, Rn. 6.4. So wohl auch *Gotanda* in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Hg.), UN Convention on Contracts for the Sale of goods (CISG), 2011, Art. 76 Rn. 26; *Schwenzer*, in: Schlechriem/Schwenzer (Fn. 3), Art. 76 Rn. 13; *Honnold/Flechtner*, Uniform Law for International Sales Under the 1980 UN Convention, 4th ed., 2009, Art. 75/76, Rn. 415; *Saenger*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth (Hrsg.), 2013, 28 Ed., Art. 76 CISG, Rn. 3; *P.Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, Art. 76 Rn. 14; *Yovel*, Measurement of damages when contract avoided, in: An International Approach to the Interpretation of the CISG as Uniform Sales Law, Felemegas (Hg.), 481-482.

59 *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 1), Art. 76 Rn. 24; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, Art. 76 Rn. 12; *Brunner* (Fn. 6) Art. 74 Rn. 26; *Lüderitz/Dettmeier*, in: Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, Art. 76 CISG Rn. 6; *Schönle/Koller*, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Honsell (Hg.), 2. Aufl. 2010, Art. 76 Rn. 27; Oberster Gerichtshof (OGH), 28.04.2000, CISG online 581. Siehe auch zum deutschen Recht *Bardo* (Fn. 10), 123 ff., 166.

60 *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 1), Art. 76 Rn. 24.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

densposten, der nach Art. 74 beglichen werden könnte, wäre z.B. zusätzliches Liegegeld, das wegen einer Verspätung bezahlt werden musste.[61] Aber eine Koppelung von entgangenem Gewinn und abstrakter Schadensberechnung ist nicht möglich, da dies zu einer Überkompensierung führen würde.[62] Dem Geschädigten steht es immer frei, noch ein Deckungsgeschäft abzuschließen und die Sache gewinnbringend zu veräußern.

Der Geschädigte kann natürlich alternativ seinen Schadensersatz nach Art. 74 berechnen.[63] Doch dann ist es selbstverständlich, dass auch die Voraussetzungen dieser Schadensberechnungsmethode Anwendung finden. Der beanspruchte entgangene Gewinn muss also vor allem vorhersehbar gewesen sein.[64] Außerdem ist es möglich, dass eventuelle Entwicklungen im Bereich des Geschädigten bei der Schadensberechnung mitberücksichtigt werden. Wie es *von Caemmerer* ausdrückt, ist die abstrakte Schadensberechnung eine objektive Methode, bei der das subjektive Interesse nicht angerechnet wird. Hingegen ist Ersatz des Weiterveräußerungsgewinns eine subjektive Berechnungsmethode, bei der dem Geschädigten auch entgegengehalten werden kann, dass z.B. eine Weiterveräußerung gar nicht in Betracht kam.[65] Diese Bewertung erfolgt *ex post*.[66]

Als Beispiel für die Berechnung des entgangenen Gewinns nach Art. 74 soll der Fall *Allied v Victor*[67] etwas revidiert werden: Falls Allied (diesmal eine kanadische Firma) sich bei Victor für 30 Cent pro Pfund eingedeckt und die Rosinen für 150 Cent pro Pfund an japanische Abnehmer weiterverkauft hätte, und der Marktpreis am Lieferort (Port of Oakland) auf 87 Cent pro Pfund gestiegen wäre, würde Allied es sicherlich vorziehen, seinen entgangenen Gewinn nach Art. 74 einzuklagen. Nun stellt sich die Frage der Vorhersehbarkeit. In der Literatur zum CISG wird meist angenommen, dass weitere Verkaufsgewinne für handelbare Ware regelmäßig vorhersehbar sind, solange sie sich im Rahmen der üblichen Gewinnspanne halten.[68] Was genau ist aber eine „übliche" Gewinnspanne und fällt 120 Cent pro Pfund in diesen Rahmen? Dies müsste m. E. verneint werden. Allied und Victor haben in ihrem Vertrag den Hafen von Oakland als Lieferort definiert und müssen für eine Marktpreisänderung dort einstehen, auch wenn sie diese nicht voraussehen konnten. Aber so lange Victor nicht bei Vertragsschluss besonders darauf hingewiesen worden ist, dass ein Weiterverkauf mit

---

61 *Atiyah* (Fn. 10), 535.

62 *Bardo* (Fn. 10), 123.

63 Fälle, in denen die Anwendung von Art. 76 nicht möglich ist, weil kein Markt für diese Ware vorhanden ist, werden hier nicht weiter ausgeführt. Vgl. dazu *P. Huber*, in: MünchKommBGB (Fn. 58), Art. 76 CISG Rn. 4; *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 1), Art. 76 Rn. 14.

64 Vgl. dazu dass die Vorhersehbarkeitsregel auf die abstrakte Schadensberechnung keine Anwendung findet: *Faust*, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß § 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), 1996, 25 f., 255 ff., zur Rechtsvergleichung vgl. auch 167 ff.; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 4), Art. 76 Rn. 6; *P.Huber*, in: MünchKommBGB (Fn. 58), Art. 76 CISG Rn. 11; *Saenger*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 58), Art. 76 CISG Rn. 3; *Mankowski*, in: MünchKommHGB (Fn. 59), Art. 76 CISG Rn. 13; *Yovel* (Fn. 58), 481.

65 *v. Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, in: Gesammelte Schriften, Leser (Hg.), Band I, 411, 419; *Bardo* (Fn. 10), 125 ff; 167 ff.

66 Vgl. dazu im Detail *Scott* (Fn. 10), 1158 ff.

67 Vgl. oben Fn. 16.

68 *Saenger*, in: Bamberger/Roth (Fn. 58), Art. 74 CISG Rn. 11; *P. Huber*, in: MünchKommBGB (Fn. 58), Art. 74 CISG Rn. 36; *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 1), Art. 76 Rn. 40; *Schönle/Koller*, in: Honsell (Fn. 59), Art. 74 Rn. 37.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

einer sehr hohen Gewinnspanne beabsichtigt wird, kann man nicht annehmen, dass er auch dieses Risiko vertraglich übernommen hat.[69] So gesehen ist der Markpreis oft die Grenze des vorhersehbaren entgangenen Gewinns und nicht andersrum.[70]

Dieses Resultat lässt sich auch dadurch bekräftigen, dass die Schadensminderungspflicht das gleiche diktiert. Falls die Sache auf dem Markt erhältlich ist, muss sich der Geschädigte auch eindecken, um seinen Weiterveräußerungsschaden auf einem Minimum zu halten.[71] Tut er das nicht, dann wird ihm nur der abstrakte Schaden zuerkannt. Diese Sichtweise führt auch zu einer weitgehenden Gleichschaltung der beiden Berechnungsmethoden. Für alle Wirtschaftsgüter, die einen Markt haben, wird es somit keinen allzu großen Unterschied machen, ob der Geschädigte nach Art. 74 oder 76 seinen Schaden berechnet haben möchte – er wird immer ungefähr den Unterschied von Vertragspreis zum Marktpreis zuerkannt bekommen.[72]

---

69 Vgl. rechtsvergleichend *Faust* (Fn. 64), 167-172; 265-266. Die Rechtsprechung zum CISG ist in dieser Hinsicht uneinheitlich: CIETAC Arbitration, 14.03.1996, CISG-online 1523 (Der Geschädigte hatte seinen Schaden nach dem entgangenen Gewinn berechnet. Das Gericht führte aus, dass eigentlich Art. 76 angewandt werden müsste, doch der Schädiger diesbezüglich keinen Einspruch erhoben hat); Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 6.6.2000, CISG-online 1249 (Ein entgangener Gewinn im Weiterverkauf war für den Schädiger nicht vorhersehbar, da er von dem Weiterverkauf nichts wissen musste); CIETAC Arbitration, 29 9.2004, CISG-online 1600 (Ein entgangener Gewinn im Weiterverkauf war für den Schädiger nicht voraussehbar, deswegen muss der Schaden nach der abstrakten Methode berechnet werden); Federal District Court, Florida, 7.11.2011, CISG-online 2241 (Der entgangene Gewinn ist voraussehbar, ohne weitere Erklärungen warum); Murcia Provincial High Court, 15.07.2010, CISG Online 2130 (entgangener Gewinn ist zuerkannt, da der Verkäufer nicht dargelegt hat, dass dieser Schaden nicht voraussehbar war und auch nicht dass ein Deckungskauf möglich gewesen wäre).

70 Vgl. zum englischen Recht *Benjamin's Sale of Goods* (Fn. 23), Rn. 17-004.

71 Vgl. *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 1), Art. 77 Rn. 11; zum englischen Recht *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 4), Rn. 44.206; *Benjamin's Sale of Goods* (Fn. 23), Rn. 17-004. Zum schweizerischen Recht: BGE 44 II 50, 51. Zum deutschen Recht, *U. Huber* (Fn. 10), 732; *Bardo* (Fn. 10), 137 ff. Fraglich ist, wieweit eine Berechnung nach Art. 74 vorgenommen werden muss, falls in dem zweiten Kaufvertrag genau die Sache, die im ersten Kaufvertrag geschuldet ist, weiterverkauft wurde. Obwohl die Sache selbst einen Marktpreis haben mag, ist hier die Erfüllung durch andere Ware nicht möglich. Deswegen wird man hier gezwungenermaßen auf Art. 74 zurückgreifen und einen Weiterverkaufspreis in einer normalen Marge als vorhersehbar bewerten. Vgl. dazu z.B. *Saidov* (Fn. 3), 228; *Goode* (Fn. 10), 403.

72 Ausgelassen wird hier die Berechnung nach der konkreten Methode. Doch auch bei dieser Methode wird oft ein angemessenes Deckungsgeschäft für Güter, die einen Marktpreis haben, auf eben diesen Marktpreis hinauslaufen. Es müsste natürlich aber hinterfragt werden, warum im Falle eines Deckungskaufs, der vielleicht unter dem Marktpreis lag, der Geschädigte nicht dennoch den Unterschied zum Marktwert verlangen darf. Wenn einmal angenommen wird, dass die abstrakte Schadensberechnung dem Geschädigten den berechtigten Mehrwert an der Sache gibt, dann müssten im Grunde die Details eines Deckungsgeschäfts nicht wichtig sein. *Huber* z.B. unterstreicht für § 252 BGB, dass bei der Wahl der abstrakten Schadensberechnung ein Einwand, der Deckungskauf sei zu einem günstigeren Preis als der Marktpreis abgeschlossen worden, nicht zugelassen werden sollte (*U. Huber* (Fn. 10), 738). Vgl. dazu auch *Nicholas*, The Vienna Convention on International

© sellier european law publishers
www.selllier.de

2. Die Schadensminderungspflicht im Rahmen von Art. 74 und 76 CISG

In der Lehre wird teilweise ausgedrückt, dass „eine gewichtige Einschränkung" des Art. 76 sich aus der Schadensminderungsobliegenheit des Gläubigers nach Art. 77 ergibt, da der Gläubiger diese Pflicht verletzen wird, falls er ein angemessenes und zumutbares Deckungsgeschäft unterlässt. Die abstrakte Berechnung nach Art. 76 ist dann durch eine konkrete Schadensberechnung zu korrigieren.[73] Diese Aussage dürfte jedoch in ihrer Allgemeinheit nicht ganz stimmen. Da die abstrakte Schadensberechnung zu einem festen Zeitpunkt (Aufhebung) auf den Marktpreis schaut, kann im Grunde ein besseres Deckungsgeschäft zu dem Zeitpunkt nicht gegeben sein. *McGregor* spricht insoweit von einer „eingebauten/*built-in*" Schadensminderung. In der abstrakten Schadensberechnung ist der Gedanke der Minderung schon gegeben.[74]

Die Schadensminderung wird erst dann eine Rolle spielen, wenn man gemäß Art. 74 den entgangenen Gewinn im Weiterverkauf beansprucht und dieser höher ist als die Marktpreis-Vertragspreisdifferenz zu Zeit der Aufhebung des Vertrages. Dann erst stellt sich die Frage, ob der Käufer im ersten Geschäft seinen entgangenen Gewinn aus dem zweiten Geschäft voll verlangen kann. Wie oben schon angesprochen, sollte man hier immer zu einem parallelen Ergebnis kommen: Entweder zieht man unter Art. 76 den Weiterverkauf nicht in Betracht und erkennt nur den Unterschied zum Marktpreis als Schaden an (braucht also keine Schadensminderungspflicht zu berücksichtigen). Oder man erlaubt den Anspruch auf den entgangenen Gewinn, setzt ihn allerdings auf den Marktpreis herab, da der Käufer im ersten Geschäft für die Erfüllung des zweiten Vertrags sich leicht am Markt hätte eindecken und somit seinen Gewinn sichern könnte.[75]

Sales, 105 L. Quarterly Rev. 201 (1989) 230; *M. Schmidt* (Fn. 6), 1505-1509; für das US-amerikanische Recht *Simon/Novack* (Fn. 18), 1420-1421. Im englischen Recht werden Deckungsgeschäfte, die der Geschädigte abgeschlossen hat, als *res inter alios acta* bewertet und deswegen bei der Schadensersatzberechnung grundsätzlich nicht berücksichtig, vgl. *Goode* (Fn. 10), 400.

Die gegenteilige Entscheidung in Art. 76, dass nämlich die abstrakte Schadensberechnung nur angewandt werden darf, falls ein Deckungskauf nicht vorgenommen worden ist, kann aber vielleicht dadurch erklärt werden, dass dem Geschädigten nicht die Vorteile einer abstrakten sowie konkreten Berechnung allein zu Gute kommen dürfen. Falls der Geschädigte bei einem günstigen Deckungsgeschäft (unter dem Marktpreis) auf die abstrakte Methode nach Art. 76, bei einem noch angemessenen aber ungünstigen Deckungsgeschäft (über dem Marktpreis) auf die konkrete Methode nach Art. 75 zurückgreifen könnte, dann würden dem Schädiger die ganzen Risiken der Markentwicklung aufgebürdet. Dies würde jedoch dem Prinzip der Gleichbehandlung widerlaufen. Entweder muss dem Geschädigten nur die Differenz zum Marktpreis zuerkannt (also nur die abstrakte Methode angewandt) werden oder bei einer alternativen Anwendung dem Schädiger konsequenterweise der Einwand erlaubt sein, dass der Geschädigte in Wirklichkeit ein günstigeres Deckungsgeschäft getätigt hat.

73 So z.B. *Mankowski*, in: MünchKommHGB (Fn. 59), Art. 76 CISG Rn. 11.

74 *McGregor*, The Role of Mitigation in the Assessment of Damages, in: Saidov/Cunnington (Hg.), Contract Damages – Domestic and International Perspectives, 2008, 332 ff.; parallel *Benjamin's Sale of Goods* (Fn. 23), Rn. 17-004; *Saidov* (Fn. 3), 194, der betont, dass die abstrakte Schadensberechnung weitgehend eine hypothetische Schadensminderung mit sich bringt

75 Die gleiche Überlegung gilt auch für den Fall des Produktionsausfallschadens, der durch Anschaffung eines Ersatzes auf dem Markt hätte verhindert werden können. Falls z.B. der Käufer

© sellier european law publishers
www.selllier.de

Aber natürlich gibt es auch die seltenen Varianten, in denen ein Deckungsgeschäft günstiger als zum Marktpreis abgeschlossen werden kann. Der CIETAC musste sich gleich zwei Mal mit einem ähnlichen Problem auseinandersetzen. In beiden Entscheidungen hatte die vertragsbrüchige Partei eine Kaufpreisänderung vorgeschlagen, die beim ersten Fall unter dem Vertragspreis (Käufer will Anpassung) ,[76] beim zweiten Fall über dem Vertragspreis (Verkäufer will Anpassung)[77] lag. In beiden Fällen wäre der Unterschied Marktpreis-Vertragspreis oder Preis im Deckungsgeschäft-Vertragspreis höher gewesen, somit auch der zu verlangende Schadensersatz. Es stellte sich die Frage, ob die Schadensminderungspflicht so weit geht, dass man gezwungen ist, ein solches Angebot der vertragsbrüchigen Partei anzunehmen.[78] Eine allgemeine Regel lässt sich hier wohl nicht aufstellen. Eine solche Pflicht sollte aber eher die Ausnahme sein und auf Fälle beschränkt werden, in denen es offensichtlich ist, dass der Schuldner nicht eine Nachverhandlung (*renegotiation*) in Bezug auf den Preis anstrebt und der Gläubiger sich nicht der Gefahr aussetzt, im Nachhinein den Unterschied zwischen diesem Deckungsgeschäft (mit dem Schuldner) und dem Vertragspreis nicht mehr beanspruchen zu können.[79]

Der zweite Anwendungsfall der Schadensminderungspflicht im Rahmen von Art. 76 betrifft die Frage, ob der Vertrag auch rechtzeitig aufgehoben worden ist.[80] Doch muss man auch hier vorsichtig sein und nach objektiven Kriterien entscheiden. Es kann z.B. nicht ausschlaggebend sein, ob bei der tatsächlichen Aufhebung der Marktpreis niedriger lag als zu dem Zeitpunkt, zu dem die Aufhebung hätte vorgenommen werden müssen. Der Käufer kann drei Monate die Aufhebung verzögert haben mit dem Erfolg, dass die Preise gefallen oder aber gestiegen sind. Im ersten Fall (also beim Preissturz) zu sagen, dass die Aufhebung mit drei Monaten Verspätung zur richtigen Zeit vorgenommen wurde, nicht jedoch

---

den Vertrag aufhebt, weil Tomaten nicht zum richtigen Zeitpunkt geliefert wurden, und er deswegen weniger als normal Tomatenmark produzieren konnte, so kann er sicherlich seinen entgangenen Gewinn beanspruchen. Doch wäre dieser Anspruch dem Widerspruch ausgesetzt, dass der Käufer sich am Markt mit Tomaten eindecken und somit den Produktionsausfall verhindern hätte können. Der Schaden würde sich dann auf die Differenz von Marktpreis-Vertragspreis z.Z. der Vertragsaufhebung belaufen.

76 CIETAC Arbitration, 1.3.1999, CISG-online 1136. Die Behauptung des Käufers, dass er eine Revision des Kaufpreises vorgeschlagen hatte, die noch über dem Marktpreis lag, wurde nicht berücksichtigt. Doch wurde auch die konkrete Schadensberechnung nicht benutzt, da der Verkäufer zu einem sehr niedrigen Preis einen Deckungsverkauf gemacht hatte. Das Gericht nahm den Marktpreis zur Zeit der Aufhebung als Maß und verglich diesen mit dem Vertragspreis.

77 Im Mai 2006 entschied der CIETAC anders: der Käufer habe seine Schadensminderungspflicht dadurch verletzt, dass er das Angebot vom Verkäufer, die Ware zu liefern, falls der Vertragspreis erhöht wird, abgelehnt hat, sich aber danach zu einem noch höheren Preis auf dem Markt eingedeckt hat (1.5.2006, CISG-online 1917).

78 Vgl. zu diesem Problem *Schwenzer/Manner*, The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies, in: FS Kritzer, Andersen/Schroeter (Hg.), 2008, 470, 486-487; *Magnus*, in: Staudinger (Fn. (Fn. 1), Art. 77 Rn. 11; *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 4), Rn. 44.263. Vgl. zum englischen Recht *McGregor* (Fn. 74), 335.

79 *Schwenzer/Hachem/Kee* (Fn. 4), Rn. 44.263.

80 Dazu *Magnus*, in: Staudinger (Fn. 1), Art. 77 Rn. 6; *Brölsch* (Fn. 3), 100; *Brunner* (Fn. 6), Art. 77 Rn. 2; *Mankowski*, in: MünchKommHGB (Fn. 59), Art 77 CISG Rn. 4; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (Fn. 4), Art. 77 Rn. 4; *Schönle/Koller*, in: Honsell (Fn. 59), Art. 76 Rn. 21.

© sellier european law publishers
www.selllier.de

im zweiten Fall, in dem die Preise in die Höhe gingen, würde für den Schuldner immer eine Gewinnlage bedeuten. Dies kann nicht angehen. Der Gewinn sowie der Verlust einer Spekulation in Bezug auf das Aufhebungsdatum dürfen nur dem Geschädigten zugutekommen. Der richtige Zeitpunkt für die Aufhebung muss unabhängig vom Verhalten des Geschädigten objektiv festgelegt werden. Die Differenz Marktpreis-Vertragspreis an diesem objektiv richtigen Aufhebungsdatum wird die Schadensersatzsumme bestimmen.

V. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich Folgendes feststellen: Gesetzliche Regelungen in Bezug auf die Schadensberechnung haben eine Risikoallokationsfunktion. Deren Erfolg hängt weitgehend davon ab, dass sie die Lösungen reflektieren, die auch vernünftige Parteien im Vertrag vereinbart hätten. Art. 76, der den Parteien die Möglichkeit der abstrakten Schadensberechnung zuerkennt, entspricht im Grunde dem vertraglichen Konsens der Parteien, den Mehrwert der Kaufsache der Gegenpartei zukommen zu lassen. In diesem Sinne ist Art. 76 eine richtige dispositive Norm, um das Erfüllungsinteresse von einer *ex ante* Betrachtung zu berechnen. Der abstrakten Schadensberechnung setzt der entgangene Gewinn keine Ober- oder Untergrenze. Die Marktpreis-Vertragspreis Differenz wird objektiv bestimmt. Hingegen gibt Art. 74 der geschädigten Partei die Möglichkeit eine *ex post* Bewertung durchzuführen, wonach auch der entgangene Gewinn beansprucht werden kann. Doch ist bei einer solchen Bewertung dem Schädiger auch der Einwand erlaubt, dass der Schaden nicht vorhersehbar gewesen ist, oder in diesem Umfang gar nicht entstanden ist, da z.B. kein Weiterverkauf beabsichtigt wurde. Eine Schadensminderungspflicht des Geschädigten kommt hauptsächlich im Rahmen der Berechnung nach Art. 74 in Frage. Die Wahl der Berechnungsmethode steht dem Geschädigten frei, aber eine kumulative Anwendung sollte vermieden werden, da sie zu einer Überkompensierung führen würde.

© sellier european law publishers
www.selllier.de