

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 609

# Schaden, Interesse und Differenzhypothese

Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte des Schadensrechts

Von

Marco Birkholz



Duncker & Humblot · Berlin

MARCO BIRKHOLZ

# Schaden, Interesse und Differenzhypothese

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 609

# Schaden, Interesse und Differenzhypothese

Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte des Schadensrechts

Von

Marco Birkholz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam hat diese Arbeit  
im Jahre 2024 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.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0  
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version  
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59690-4> abrufbar



Alle Rechte vorbehalten  
© 2026 Marco Birkholz  
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar  
Druck: Prime Rate Zrt., Budapest, Ungarn

ISSN 0720-7387  
ISBN 978-3-428-19690-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-59690-4 (E-Book)  
DOI 10.3790/978-3-428-59690-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die Frage was ein Schaden ist könnte für trivial, längst geklärt oder sonst für obsolet gehalten werden. Die Triebfeder mich dennoch damit zu befassen, war der Wunsch danach, dogmatische Zusammenhänge besser zu verstehen und eine wahrgenommene Unordnung zu strukturieren.

Üblicherweise erhöht sich zunächst der Grad an Unschärfe, wenn man sich einer interessanten Thematik nähert. So auch in diesem Fall. Denn viele der aufgeworfenen, teilweise ungeklärten Fragen, befinden sich *dazwischen*: Zwischen Dogmatik und Rechtsgeschichte, zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, zwischen Gesetzesrecht und Fallrecht. Das genauer auszuloten war Anspruch, Ziel und Motivation der vorgelegten Arbeit.

Eine ganz besondere Rolle hat dabei meine Doktormutter Frau Prof. Dr. Susanne Hähnchen eingenommen. Ich bin dankbar für alles, was ich in der Zeit an ihrem Lehrstuhl lernen durfte. Für sein wohlwollendes Zweitgutachten danke ich auch Herrn Prof. Dr. Jens Petersen. Mein Dank gilt ebenso Herrn Prof. Dr. Björn Steinrötter für die angenehme Gestaltung des Prüfungsgesprächs im Rahmen der Disputation.

Für die Auszeichnung mit dem Wolf-Rüdiger-Bub-Preis 2025 durch den Verein der Freunde und Förderer der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam danke ich stellvertretend dem Vorsitzenden Herrn Prof. Dr. Klaus Herrmann.

Ohne die beständige Begleitung und Unterstützung meines Umfelds wäre mir vieles so sicher nicht möglich gewesen. Dafür möchte ich hier meine Dankbarkeit ausdrücken. Gewidmet habe ich diese Arbeit meiner Familie, meinen Eltern, Petra und Ralf Birkholz, sowie meiner Schwester, Stefanie Birkholz, denen ich so viel zu verdanken habe. Danken möchte ich auch Maren Repohl, Christian Wittrahm und Daniel Warkentin, die mich zu unterschiedlichen Zeiten, in unterschiedlicher Weise maßgeblich unterstützt haben. Ganz besonders dankbar bin ich schließlich Christoph Lachner und Jan Breede, Dr. Melanie Rüter und Jan Hockenholz – für die vielen Gespräche, das gemeinsame Laut-Denken und den Rückhalt, den Ihr mir in all der Zeit gegeben habt. Es ist nicht in Worte zu fassen, was Ihr mir bedeutet.

Potsdam, im November 2025

*Marco Birkholz*



# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einleitung</b> .....	15
I. Ziel der Untersuchung .....	15
II. Forschungsstand und Überblick über die höchstrichterliche Rechtsprechung ...	18
1. Literatur .....	18
2. Höchststrichterliche Rechtsprechung .....	21
III. Gang der Darstellung .....	24
<b>§ 2 Ein unordentlicher Rechtszustand</b> .....	26
I. Systematik, Prinzipien und Funktionen des Schadensrechts .....	27
1. §§ 249–254 BGB .....	27
2. Prinzipien .....	29
a) Totalreparation .....	29
b) Grundsatz der Wirtschaftlichkeit .....	30
c) Bereicherungsverbot .....	30
3. Funktionen des Schadensersatzes .....	31
a) Ausgleich .....	31
b) Strafe und Prävention? .....	31
II. Begriffe und Definitionen – eine Annäherung .....	33
1. Differenzhypothese .....	34
a) „Substrat des Vergleichs“? .....	36
b) Gesamtvermögensvergleich? .....	37
c) Anwendungsbereich und dessen Grenzen? .....	37
2. Interesse .....	38
a) Positives – negatives Interesse .....	40
aa) Haftung der Anfechtenden und des <i>falsus procurator</i> .....	41
bb) <i>Culpa in contrahendo</i> .....	42
cc) Weitere Schadensersatzbestimmungen .....	43
b) Erfüllungs- und Integritätsinteresse .....	43
aa) Naturalrestitution .....	44
bb) Schadensersatz statt oder neben der Leistung .....	44
cc) Deliktsrecht .....	46
c) Zwischenergebnis .....	46
3. Schadensbegriff .....	47
a) Definition .....	47

b) Schadensformen .....	48
c) Natürlicher, normativer und dualistischer Schadensbegriff .....	49
III. Schadensrechtliche Problemfelder im Überblick .....	50
1. Aufwendungen als Schäden? .....	51
a) Schadensersatz statt der Leistung und Aufwendungsersatz, §§ 281, 284 BGB .....	52
aa) Deckungskauf .....	52
bb) Aufwendungsersatzanspruch, § 284 BGB .....	54
b) Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB .....	57
2. Vertrag als Schaden .....	58
3. Vermögensschäden – Nichtvermögensschäden .....	60
4. Drittschadensliquidation .....	63
5. Vorteilsausgleichung .....	67
6. Kausalität .....	69
IV. Zwischenergebnis .....	71
<b>§ 3 Römisches Recht .....</b>	<b>73</b>
I. Vorbemerkungen .....	73
II. Zum römischen Prozessrecht .....	75
III. Schadensersatz und Buße .....	77
IV. „Quanti ea res“ .....	80
V. Bedeutung des „id quod interest“ in den Quellen .....	82
1. Differenz .....	83
a) Etymologie .....	83
b) Sachmängelstipulation .....	84
c) De eo quod certo loco dari oportet .....	86
d) Zwischenergebnis .....	91
2. Verteilungsprinzip .....	91
3. Leistungszuschlag .....	92
4. Hauptbedeutung: Leistungsinhalt .....	92
a) Restitutio und quod interest? .....	93
b) Quod interest im Anwendungsbereich der emptio venditio .....	94
aa) Nichterfüllung und Verzögerung der Leistung ( <i>mora</i> ) .....	96
(1) Ulpian (28. ad Sab.) D. 19, 1, 1, pr. ....	96
(2) Paulus (33. ad edictum) D. 19, 1, 21, 3 .....	98
(3) Pomponius (9 ad Sab.) D. 19, 1, 3, 3 .....	103
(4) Julian (13. Dig.) D. 19, 1, 23 .....	105
(5) Neraz (3 membr.) D. 19, 1, 31, 1 .....	107
(6) Zwischenergebnis .....	108
bb) Eviktion .....	109

cc) Sachmängelhaftung .....	114
VI. Zwischenergebnis .....	119
<b>§ 4 Allgemeines Recht I: Insbesondere mittelalterliche Rechtsentwicklung bis in die Spätscholastik</b> .....	122
I. Von <i>quod interest</i> zu Interesse .....	123
1. <i>circa – extra rem</i> .....	125
2. <i>Singulare – conventum – commune</i> .....	127
3. Zwischenergebnis .....	131
II. <i>Damnum emergens et lucrum cessans</i> – insbesondere zum entgangenen Gewinn	132
III. Affektionsinteresse .....	136
IV. Naturalrestitution .....	137
1. Von der Geldkondemnation zur Sachkondemnation .....	138
2. Vom Bußsakrament zur Naturalrestitution – insbesondere zur Restitutionslehre .....	140
a) Theologische Perspektive .....	141
b) Rechtswissenschaftliche Perspektive .....	143
V. Zwischenergebnis .....	147
<b>§ 5 Einflüsse des (säkularen) Naturrechts</b> .....	149
I. Relevanz eines explizit naturrechtlichen Interessebegriffs? .....	149
1. Überblick: Naturrechtliches Haftungsrecht .....	150
a) <i>neminem laedere</i> .....	150
b) Imputation .....	151
c) Entpönalisierung .....	152
d) Zu Hugo Grotius .....	152
e) Zwischenergebnis .....	155
2. Zurück zum Interesse-Begriff .....	156
II. Naturalrestitution .....	158
1. Christian Thomasius .....	159
2. Joachim Georg Darjes .....	160
3. Zwischenergebnis .....	161
III. Regelungen im ALR als Beispiel für die naturrechtlichen Kodifikationen .....	162
1. Schadensbegriff .....	162
2. Interesse .....	163
3. Art des Schadensersatzes – Naturalrestitution .....	164
4. Zwischenergebnis .....	165
<b>§ 6 Allgemeines Recht II: Entwicklungen im 19. Jahrhundert und Entstehung des BGB</b> .....	167
I. Zum Verhältnis von Schaden, Interesse und Schadensersatz .....	168

II.	Interesse	170
1.	Definition	171
2.	Einteilungen des Interessebegriffs	173
a)	Interesse circa – extra rem	173
b)	Interesse commune – conventum – singulare	176
III.	Naturalrestitution	177
IV.	Zwischenergebnis	179
V.	Vorarbeiten zum BGB und Begründung des historischen Gesetzgebers	180
1.	Schaden, entgangener Gewinn und außerordentlicher Wert (§§ 218, 220)	181
2.	Naturalrestitution (§ 219)	183
3.	Ersatz von Nichtvermögensschäden (§ 221)	184
4.	Zwischenergebnis	185
VI.	Schadensbegriff, Interesse, Naturalrestitution im BGB	185
VII.	Kritik in der Literatur: Die Position Heinrich Degenkolbs	188
<b>§ 7</b>	<b>Entwicklung der Diskussion bis heute</b>	<b>191</b>
I.	Schaden und Interesse	191
1.	Tatbestand oder Rechtsfolge	192
a)	Allgemein zur Systematik im Haftungsrecht	192
b)	Sonderfall: Differenzhypothese	195
2.	Schadensrechtliche Theoriebildung	196
a)	Überblick zum Theoriebegriff	197
b)	Schadensbegriff	198
aa)	Einbuße	199
bb)	Unfreiwilligkeit	202
cc)	Zwischenergebnis	205
c)	Einzelne schadensrechtliche „Theorien“ und Konzeptionen	207
aa)	Natürlicher Schadensbegriff	207
bb)	Neuners Rechtsverfolgungsgedanke	210
cc)	Gegliedertem Schadensbegriff	213
dd)	Normativer Schadensbegriff	216
ee)	Dualistischer Schadensbegriff	218
ff)	Versatzstücke schadensrechtlicher „Theorien“	220
gg)	Zwischenergebnis	223
3.	Interesse	224
a)	Schaden = Interesse?	225
b)	Lehre vom Interesse seit 1900	226
aa)	Hans Albrecht Fischer	226
bb)	Hans Möller	228
cc)	Brigitte Keuk	228

dd) Burkhard Wilk .....	230
ee) Einteilungen des Interessebegriffs .....	230
ff) Zwischenergebnis .....	230
c) Interesse und Totalreparation .....	231
II. Differenzhypothese ohne Interesse – Theorie ohne Fundament? .....	232
1. Eine kleine Genealogie .....	233
a) Von Friedrich Mommsen über Philipp Heck zur herrschenden Meinung .....	234
b) Die herrschende Meinung .....	235
2. Kritik an der herrschenden Meinung .....	236
3. Zwischenergebnis: Was bleibt übrig? .....	240
<b>§ 8 Ergebnisse .....</b>	<b>241</b>
I. Beobachtungen und Erkenntnisse .....	241
1. Rechtsschichten .....	241
2. Interesse .....	242
3. Schadensbegriff .....	242
4. Differenzhypothese .....	243
5. Naturalrestitution .....	244
II. Schlussfolgerungen und Lösungsvorschläge .....	245
1. Periodisierung und Verdichtungen der schadensrechtlichen Diskurse .....	245
2. Kein Interesse im schadensrechtlichen Sinn .....	246
3. Wiederbelebung eines „natürlichen Schadensbegriffs“ .....	247
4. Differenzhypothese in § 251 BGB? .....	248
 <b>Literaturverzeichnis .....</b>	 <b>249</b>
<b>Quellenverzeichnis .....</b>	<b>267</b>
<b>Personenverzeichnis .....</b>	<b>268</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>269</b>



## § 1 Einleitung

„Jedermann weiß, was Schaden ist – nur die Juristen offenbar nicht“.<sup>1</sup>

Tatsächlich scheint die Frage nach dem Schadensbegriff im juristischen Schrifttum kaum zu beantworten zu sein. Auch darüber hinaus sind die Zusammenhänge des Schadensrechts trotz des überschaubaren Normmaterials in den §§ 249 ff. BGB in ihren dogmatischen Grundlagen erstaunlich unklar. Ausgangspunkt der vorgelegten Untersuchung war die Frage nach der Bedeutung der Differenzhypothese und der ihr zugrundeliegende Interesse-Begriff Friedrich Mommsens<sup>2</sup>.

In der Auseinandersetzung damit werden die Verbindungen zu weiteren Problemfeldern des Haftungs- und Schadensrechts schnell offenbar: Dogmatisch eingebettet sind sie in die Feststellung des Schadens selbst sowie die Beurteilung von Kausalität und Zurechnung. Ernst Wolf geht sogar so weit, darin eine Ursache für die problematische Begriffsarbeit am Schadensbegriff zu sehen.<sup>3</sup> Aufgrund der engen Vernetzung der bisher benannten Grundbegriffe, die sich mit Blick auf den Grundsatz in § 249 BGB noch um den der Naturalrestitution erweitern ließe, bedarf es einer sorgsamem Strukturierung und Systematisierung. Dabei geht es um Klärstellungen und Präzisierungen in den dogmatischen Fundamenten und weniger um die Einzelfragen der Schadensregulierung, die in der Praxis im Vordergrund stehen.

### I. Ziel der Untersuchung

Aus einer dogmengeschichtlichen Perspektive soll anhand jener Grundbegriffe ein Beitrag zur Ordnung der schadensrechtlichen Dogmatik geleistet werden. Es wird dabei stets auch das Ziel verfolgt, einen reflektierten Umgang mit praktischen, richterrechtlich-kasuistischen Lösungen schadensrechtlicher Probleme zu ermöglichen. Die Arbeiten an den Grundlagen sollen auch praktisch anschlussfähig bleiben.

Dreh- und Angelpunkt ist dabei der bereits lange geführte Streit um den Schadensbegriff.<sup>4</sup> Ohne Schaden kein Schadensersatzanspruch, so die Prämisse dieser

---

<sup>1</sup> *Schlechtriem*, ZEuP 1997, 232, 232.

<sup>2</sup> *S. Mommsen*, Lehre vom Interesse, 3 et passim. Weiter dazu unter § 6 I., II.

<sup>3</sup> *Wolf*, in: FS Schiedermaier, 545, 545.

<sup>4</sup> Vgl. im Überblick nur *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 1 I–III; *Staudinger/Höpfner*, Vorb. zu §§ 249–254 Rn. 35–42.

Untersuchung der Begrifflichkeiten von Schaden, Interesse und Differenzhypothese.

Indes soll nicht der als überwunden anzusehende Versuch unternommen werden, im Sinne der sog. Begriffsjurisprudenz einzig aus abstrakten Begriffen Recht abzuleiten, um so zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen.<sup>5</sup> Die Auseinandersetzung mit dem Schadensbegriff erfolgt überdies in dem Bewusstsein und in Abgrenzung dazu, dass die Debatte um Schaden und Interesse bereits in den 1970/80er Jahren „en vogue“ war und die Annahme von „*einem* Schadens-,Begriff“ zu sprechen“ bereits damals von Einzelnen als „Jugendsünde“ eingeordnet wurde.<sup>6</sup>

Derartigen Einwänden zum Trotz erscheint in der verworrenen Dogmatik des Schadensrechts<sup>7</sup> die Frage: „Was ist ein Schaden?“ als Epizentrum für einen nach wie vor bestehenden Zustand der Rechtsunordnung<sup>8</sup> im deutschen Schadensrecht. Es wird sich zeigen, dass aufgrund einer unzureichenden begrifflichen Differenzierung und mangelnder Reflexion und Rezeption der historischen Traditionslinien die Rechtsanwendenden vor mannigfaltige Probleme gestellt sind, was in konkrete dogmatische Streitigkeiten mündet.<sup>9</sup>

Nur aus der historischen Entwicklung lassen sich wiederkehrende Problemstellungen herausarbeiten, besser verstehen und im Bewusstsein ihrer *Gewachsenheit* einer überzeugenderen Lösung zuführen. Ziel insbesondere der dogmengeschichtlichen Untersuchung wird sein, die verschiedenen Diskussionsstränge zu ordnen und zu systematisieren<sup>10</sup>, um – wo erforderlich – komplex erscheinende Fragen auf

---

<sup>5</sup> Vgl. *Schiemann*, Argumente und Prinzipien, 175, der „das Gegeneinander der Begriffe“ als „fruchtlos“ bewertet. Das Bemühen um Deduktion aus Begriffen macht auch *Brinker*, Vermögensschadensersatz, 187 ff., 187 als Ursache für „begriffliche Wirrnisse“ im Schadensersatzrecht aus.

<sup>6</sup> *Selb*, AcP 173 (1973), 366, 367.

<sup>7</sup> Das stellt schon *Lieb*, JZ 1971, 358, 358 („desolater Zustand“) fest; s. auch *Stoll*, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 5; *Köndgen*, AcP 177 (1977), 1, 5 („Krise des traditionellen Schadensbegriffs“), 14 („Misere des Schadensrechts“, die vom historischen Gesetzgeber „vorprogrammiert“ gewesen sei); *Brinker*, Vermögensschadensersatz, 13; *Magnus*, Schaden und Ersatz, 1 („seit Jahren unverändert kritischen Zustand“); vgl. auch *Schiemann*, Argumente und Prinzipien, 159 f. („Unübersichtlichkeit“); *Meder*, Schadensersatz, 22 m. w. N.; *Honsell/Harrer*, JuS 1991, 441, 441; *Roussos*, Schaden und Folgeschaden, 1 (Zustand des Schadensrecht werde als „kritisch beurteilt“); *HKK/Jansen*, §§ 249–253, 255 Rn. 5; *Schulz*, Geldbuße und Schadensersatz, 179 f.

<sup>8</sup> Der Begriff der „Rechtsunordnung“ ist *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 5 entlehnt.

<sup>9</sup> S. insbes. unter § 2 III. Gegen die Hypothese des Verfassers *Schiemann*, Argumente und Prinzipien, 303, 309 et passim, der primär nach den erforderlichen Argumenten zur Rechtsfortbildung fragt; *Magnus*, Schaden und Ersatz, 2, der die „unbefriedigende Lage“ im Wesentlichen auf „technischen und gesellschaftlichen Wandel“ zurückführt. Vgl. auch die Analyse bei *Roussos*, Schaden und Folgeschaden, 2 ff., die vor allem auf die Grundprobleme von Kodifikationen und den Herausforderungen im Umgang mit Richterrecht abstellt.

<sup>10</sup> Mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH forderte dies auch schon *Lieb*, JZ 1971, 358, 358 f.

ihren eigentlichen Kern zurückzuführen. Diese Perspektive wird eingenommen, weil die Probleme, die den Zustand der Rechtsunordnung bilden, sich in der historischen Entwicklung sukzessive angelagert haben. Am Ende kann eine theoretisch-dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung „der Geschichte dieses Rechtsgebiets“ vielleicht kein „Patentrezept“ liefern<sup>11</sup>, aber immerhin eine Basis für dogmatisch tragfähige und überzeugende Begründungen sein.

Alle dogmatischen Konstruktionen, die keinen Beitrag zu einer systematischen wie dogmatischen Klärung und Vereinfachung innerhalb des Schadensrechts leisten, sind kritisch zu hinterfragen und im Zweifel zu überwinden. Nach dieser Maßgabe können folgende, im Einzelnen zu prüfenden Annahmen formuliert werden:

- (1) Als Schaden ist jede unfreiwillige Einbuße an einem rechtlich geschützten Gut zu verstehen.<sup>12</sup> Auf Grundlage der tatbestandlichen Feststellung, dass ein Schaden entstanden ist, kann rechtsfolgenseitig mit den entsprechenden gesetzlichen Vorgaben, insbesondere §§ 249 ff. BGB, gearbeitet werden. Um unter das Tatbestandsmerkmal „Schaden“ subsumieren zu können, ist zunächst eine klare Definition erforderlich.<sup>13</sup> Daher sollte schon aus grundlegenden methodischen Erwägungen die Befassung mit dem Schadensbegriff nicht *per se* für entbehrlich gehalten werden. Schließlich bedarf es sowohl auf Tatbestandsebene als auch auf Rechtsfolgenseite mitunter wertenden Entscheidungen durch die Rechtsanwendenden. Diese Wertungen können und müssen jedoch nachvollziehbar systematisiert und dogmatisch transparent verortet werden.
- (2) Ein explizit schadensrechtliches Interesse hat innerhalb des Schadensrechts keine Bedeutung mehr. Aufzuzeigen ist, welche Bedeutung das Interesse für das Schadensrecht in der Vergangenheit hatte und wie viel davon auf die heutige Dogmatik übertragbar ist. Es wird vermutet, dass das Interesse als eigenständiges dogmatisches Konzept im Schadensrecht jede Bedeutung eingebüßt hat.
- (3) Der Differenzhypothese fehlt es bereits an einem tragfähigen Fundament und sie ist daher für die Dogmatik des heutigen Schadensrechts obsolet. Ohne die Klärung der Frage nach dem Interesse kann keine belastbare Aussage über die Differenzhypothese getroffen werden. Hat das Interesse tatsächlich seine dogmatische Bedeutung eingebüßt, entfielen auch die Grundlage für die Differenzhypothese. Fraglich ist sodann, ob § 249 I BGB die Differenzhypothese beinhaltet oder vielmehr die Anwendung des Grundsatzes der Naturalrestitution

---

<sup>11</sup> *Medicus*, Unmittelbarer und mittelbarer Schaden, 43.

<sup>12</sup> S. dazu im Einzelnen unter § 2 II. 3., § 7 I. 2. b) je m. w. N.

<sup>13</sup> Vgl. zum Erfordernis der Definition innerhalb des Subsumtionsvorgangs *Lüdeking/Sa-mari*, ZfPW 2022, 425, 425 ff.