

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 565

Erfüllung in Geld

**Ein vertragsrechtlicher Ansatz
zur Schadensberechnung**

Von

Jan Gadinger



Duncker & Humblot · Berlin

JAN GADINGER

Erfüllung in Geld

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 565

Erfüllung in Geld

Ein vertragsrechtlicher Ansatz
zur Schadensberechnung

Von

Jan Gadinger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18959-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58959-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Für meinen lieben Bruder Marc

„Und nicht nur in der Zeit sind wir ausgebreitet. Auch im Raum erstrecken wir uns weit über das hinaus, was sichtbar ist. Wir lassen etwas von uns zurück, wenn wir einen Ort verlassen, wir bleiben dort, obgleich wir wegfahren. Und es gibt Dinge an uns, die wir nur dadurch wiederfinden können, daß wir dorthin zurückkehren.“

(*Pascal Mercier*, Nachzug nach Lissabon, S. 285)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte (Professor Dr. Hans-Dieter Spengler) der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und wurde im Wintersemester 2022 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Die Nachweise auf Rechtsprechung und Literatur befinden sich (im Wesentlichen) auf dem Stand von Oktober 2022.

Es ist mehreren Personen dafür „Danke!“ zu sagen, dass ich meine bereits seit langem gehegten Zweifel an einem tradierten Dogma des deutschen Schuldrechts mit diesem Band zur Diskussion stellen kann. An erster Stelle danke ich Herrn Professor Dr. Michael Grünberger für seine Bereitschaft, im Nachgang zu einer spontanen wissenschaftlichen Begegnung in Bielefeld mein Doktorvater geworden zu sein. Als solcher entdeckte er nicht nur das Potential meiner Themenstellung, die ich anfangs nur für das Format eines kleinen Ausbildungsaufatzes vorgesehen hatte. Seinem nachhaltigen Zuspruch, seiner konzisen Anleitung und seiner Begeisterungsfähigkeit ist es namentlich zu verdanken, dass sich diese Arbeit um Fallbezug, um eine schlichte Sprache und einen überschaubaren Umfang bemüht. An allen entscheidenden Weichenstellungen konnte ich mich jederzeit auf seinen Beistand verlassen, der sich nicht nur in zahlreichen, gleichermaßen engagierten und ergebnisorientierten, Diskussionen, sondern auch in seiner Ermunterung niederschlug, eine eigene juristische Stimme zu finden. Herrn Professor Dr. André Meyer danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Entstehung dieser Arbeit wäre nicht möglich gewesen ohne die geistige Heimat, zu welcher sich der Erlanger Lehrstuhl von Professor Dr. Hans-Dieter Spengler seit meiner Aufnahme als studentische Hilfskraft entwickelt hat. Allergrößten Dank empfinde ich nicht nur für seine zu jeder Zeit aufrichtige, geduldige und bedingungslose Unterstützung während des gesamten Entstehungsprozesses dieser Arbeit. Sein seit Beginn meines Studiums in mich investiertes Vertrauen, die von ihm gewährte Freiheit und seine uneigennützige Großherzigkeit waren die Grundlage dafür, dass ich Begeisterung für die fallbezogene Lehre ent-

wickeln und meine Leidenschaft für präzises dogmatisches Denken im Zivilrecht entdecken und verwirklichen konnte.

Von meinen Freunden erwähne ich namentlich Angela Kutsche und Bastian Müller. Ihnen danke ich für verlässliche Unterstützung und treue Begleitung. Infolge ihrer jederzeit offenen Ohren und ihrer tatkräftigen redaktionellen Unterstützung reichen deren Beiträge zu dieser Arbeit weit über die Mühen des Korrekturlesens hinaus. Dank ihnen war ich insbesondere auch in den zähen Momenten des Fertigstellens niemals allein.

Einen unverzichtbaren Anteil an der Erfüllung, die ich im juristischen Studium finden konnte, und als deren Ergebnis ich diese Arbeit ansehe, hat schließlich meine Familie. Die vorbehaltlose Unterstützung meiner Eltern Claudia und Thomas Gadinger reicht weit über ihren zentralen Beitrag zu meinem Bildungsweg hinaus. Nicht nur auf sie beide, sondern auch auf meinen Bruder Marc konnte ich mich mein ganzes bisheriges Leben lang ohne jede Einschränkung verlassen.

Nürnberg, im August 2023

Jan Gadinger

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Inkompatibilität von Schadensersatz statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung und „allgemeinem“ Schadensrecht	13
A. Untersuchungsgegenstand: Vollständige Nichterfüllung des Kaufvertrages über marktgängige Waren	15
B. Ausgangspunkt: Einheit des Schadensrechts trotz Verschiedenheit im Haftungszweck	18
I. Verschiedenheit im Haftungszweck: Schutz vor Einbußen vs. Zuführung der Leistung	19
II. Einheit des Schadensrechts: Ersatz von Einbußen	21
C. Neukonzeption: Erfüllung in Geld statt Ersatz von „Schäden“	22
I. These: Ausrichtung der §§ 249 ff. BGB an der Haftung für Einbußen ..	23
II. Vorschlag: Ausrichtung der vertraglichen Schadensberechnung am Leistungsanspruch	25
D. Stand der Forschung und jüngste Entwicklung in der Rechtsprechung	26
I. Unterschiede von Schadens- und Interessenhaftung	26
II. Insbesondere: „Marktaustausch“ und „monetärer Wert des Vertrages“ ..	28
III. Abkehr vom „allgemeinen“ Schadensrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs?	30
E. Methode und Gang der Darstellung	33
I. Methode	33
II. Gang der Darstellung	34
§ 2 Das vollständige Ausbleiben der Leistung im Kaufvertrag: Drei grundlegende Fragen zur Anspruchsbestimmung	36
A. Die beiden Grundkonstellationen und jeweils drei grundlegende Fragen ..	36
I. Der nicht belieferte Käufer	36
II. Der nicht bezahlte Verkäufer	37
B. Fiktiver Parteivortrag zur Anspruchsbestimmung	38
I. Anspruch des Käufers: Zwischen Deckungskauf und gescheitertem Anschlussgeschäft	38
1. Nachweis eines Deckungskaufs oder abstrakte Preisdifferenz? ..	38
2. Beschränkung auf Deckungskosten oder Rückgriff auf Gewinn- entgang?	39
II. Anspruch des Verkäufers: Zwischen Deckungsverkauf und gescheiter- tem Absatzgeschäft	40
1. Nachweis eines Deckungsverkaufs oder abstrakte Preisdifferenz? ..	41

2. Beschränkung auf Mindererlös oder Rückgriff auf Gewinnspanne?	42
§ 3 Bisherige Konzeptionen: „Konkrete“ und „abstrakte“ Schadensberechnung	45
A. Schaden als negativer Vermögenssaldo (Differenzhypothese)	45
B. Grundsatz der „konkreten“ Schadensberechnung	47
C. „Abstrakte“ Schadensberechnung des Käufers	49
I. Rechtsprechung: Ersatz entgangenen Gewinns auf Grundlage des § 252 S. 2 BGB	49
1. Struktur der Weiterveräußerungsvermutung	50
2. Konkurrenzverhältnis zum Deckungsgeschäft	52
a) Vereinzelter Systembruch: Mehrkosten eines „fiktiven“ Deckungsgeschäftes	52
b) Ersatzfähigkeit tatsächlich angefallener Deckungskosten	53
II. Literatur: Ersatz fiktiver Deckungskosten als materiellrechtlicher „Mindestschaden“	54
1. Inhalt: Fiktive Deckungskosten statt entgangener Gewinn	54
2. Dogmatische Begründung: Ersatz des objektiven Wertes der Leistung	55
3. Konkurrenzverhältnis zu tatsächlich angefallenen Deckungskosten ..	58
D. „Abstrakte“ Schadensberechnung des Verkäufers	59
I. Rechtsprechung und Literatur: Ersatz des vollen Absatzgewinns	60
1. Vorteilsausgleichung als Begründung des Reichsgerichts	61
2. Absatzvermutung des § 252 S. 2 BGB als Begründung von BGH und Literatur	63
II. Konkurrenzverhältnis zum Deckungsgeschäft	65
E. Lösung der Beispieldfälle	65
I. Der nicht belieferte Käufer	65
1. Die drei Fragen der Anspruchsbemessung	65
2. Rechtsprechung	67
3. Literatur	67
II. Der nicht bezahlte Verkäufer	68
1. Die drei Fragen der Anspruchsbemessung	68
2. Rechtsprechung und Literatur	69
III. Offene Fragen	70
§ 4 Neukonzeption: Erfüllung in Geld statt Ersatz von Schäden	72
A. Modell der Marktstufen	72
B. Anspruchsbemessung: Ersatz der Marktpreisdifferenz	75
I. Anspruch des Käufers	77
1. Deckungskosten statt Gewinnentgang	77
2. Unabhängigkeit der Deckungskosten von ihrem tatsächlichen Anfall ..	79

II.	Anspruch des Verkäufers	81
1.	Deckungskosten statt Gewinnentgang	81
2.	Unabhängigkeit der Deckungskosten von ihrem tatsächlichen Anfall	84
C.	Lösung der Beispieldfälle	84
I.	Der nicht beliebte Käufer	84
II.	Der nicht bezahlte Verkäufer	85
§ 5	Der Mythos von den §§ 249 ff. BGB als wirklich allgemeiner Teil des Schadensrechts	86
A.	Fünf Fragen der Anspruchsbemessung an die §§ 249 ff. BGB	86
B.	§§ 249, 251 BGB als untaugliche Ansätze zur Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung	87
I.	§ 249 I BGB: Naturalrestitution und Differenzhypothese	88
II.	Allgemeine Meinung: Ausschluss „lediglich“ des § 249 I BGB	89
III.	These: Umfassender Ausschluss der §§ 249, 251 BGB	91
1.	Bisherige Begründung als Ausdruck verkürzter Problemerfassung ..	92
2.	Herstellungs- und Wertinteresse als – aufeinander bezogene – Grundpfeiler des Schadensrechts	93
a)	§ 251 BGB als Regelung zum Ersatz des Veräußerlichkeitswertes	94
b)	Abweichende Auffassung: Bemessung nach dem Wiederbeschaffungswert	96
c)	Abgrenzung des „Veräußerlichkeitswertes“ nach § 251 BGB zum Ersatz entgangenen Gewinns nach § 252 S. 1 BGB	98
3.	Keine Übertragbarkeit von Herstellungs- und Wertinteresse zur Definition des Leistungsinteresses	99
a)	Äußerliche Parallele beim Anspruch des Käufers	99
b)	Keine Parallele beim Anspruch des Verkäufers	101
c)	Leistungsanspruch als abschließende Festlegung der Interessenrichtung	103
IV.	Zusammenfassung	106
C.	§ 252 BGB keine Grundlage für den Ersatz von Weiterveräußerungs- oder Absatzgewinnen	107
I.	Problemstellung: Verhältnis von entgangenem Gewinn und Marktpreisdifferenz	107
II.	Regelungszweck des § 252 BGB: Komplettierung der Haftung für Einbußen	109
III.	Unterschiede „entgangenen Gewinns“ i. S. d. § 252 BGB zum Gewinninteresse im Kaufvertrag	110
1.	(Weiterveräußerungs-)Gewinn des Käufers	111
2.	(Absatz-)Gewinn des Verkäufers	113
D.	Differenzhypothese als (außervertragliches) Hilfsinstrument ohne eigene Abgrenzungsfunktion	115

I.	Keine Regelungsaussage zur Bewertung der (ausbleibenden oder einbehaltenen) Kaufsache	116
II.	Keine Regelungsaussage zum Erfordernis einer Vermögenseinbuße	116
E.	Gescheiterte Anwendung der §§ 249 ff. BGB zur Beantwortung der drei grundlegenden Fragen der Anspruchsbemessung	118
I.	Unergiebigkeit der Debatte um Differenz- und Surrogationstheorie	119
1.	Allgemeine Ansicht und eigener Standpunkt	119
2.	Bewertung der Kaufsache anstatt Schicksal der Gegenverpflichtung als zentrale Fragestellung	121
a)	Einbehalt der Kaufsache beim Anspruch des Verkäufers	122
b)	Ausbleiben der Kaufsache beim Anspruch des Käufers	123
II.	Anspruch des Käufers	125
1.	Ordnungsfunktion der §§ 249, 251 BGB: Deckungsgeschäft als Herstellungsmaßnahme	125
2.	Abgrenzung von Deckungskosten und entgangenem (Weiterveräußerungs-)Gewinn	126
a)	Regelmäßiges Wertverhältnis von Restitution und Kompensation	127
b)	Vorrang des Deckungsgeschäftes als Vorrang der Naturalrestitution?	128
c)	§ 251 I Alt. 2 BGB keine Grundlage für das Konkurrenzverhältnis	129
d)	Ein möglicher Einwand: Ausnahmsweise umgekehrtes Wertverhältnis	131
3.	Abstrakter Ersatz von Deckungskosten	132
a)	Dispositionsfreiheit des geschädigten Sacheigentümers	133
b)	Dispositionsfreiheit des Käufers?	135
4.	Verhältnis des abstrakten Ersatzes von Deckungskosten zum konkreten Deckungsgeschäft	137
5.	Ordnungsfunktion der Differenzhypothese („alles, was anfällt“)	138
a)	Vielfältige Ersatzzustände ohne Beantwortung der Grundsatzfragen	138
b)	§ 254 BGB als nachgelagertes Korrekturinstrument	139
c)	Ausrichtung des § 254 BGB an der Haftung für Einbußen	140
III.	Anspruch des Verkäufers	141
1.	Differenzhypothese als zentrales Ordnungsinstrument („alles, was anfällt“)	142
2.	Abgrenzung von Deckungskosten und entgangenem (Vertrags-)Gewinn	143
a)	Anrechnung der einbehaltenen Absatzkapazität im Wege der Vorteilsausgleichung	143
aa)	Austausch der Berechnungsmethode statt Abzug eines Vor-teils	145

bb) Freiwerden einer Absatzkapazität als <i>regelmäßige</i> Folge der käuferspezifischen Nichterfüllung	146
b) Obliegenheit zum Deckungsverkauf aus § 254 BGB	146
c) Vermutung „ständiger Absatzgeschäfte“ nach § 252 S. 2 BGB ..	147
3. Abstrakter Ersatz von Deckungskosten und Verhältnis zum konkreten Deckungsgeschäft	147
F. Keine Beantwortung der fünf Fragen der Anspruchsbemessung von den §§ 249 ff. BGB	148
I. Keine Grundlage für Deckungsaufwand und Vertragsgewinn (Fragen I. und II.)	148
II. Keine Grundlage für die Abgrenzung der verschiedenen Ersatzzustände (Fragen III.–V.)	149
§ 6 Eine leistungsstörungsrechtliche Perspektive auf den Schadensersatz statt der Leistung	151
A. Anspruch des Käufers	152
I. Die drei Strukturelemente der Marktpreisdifferenz	153
1. Vorrang des – kostenneutralen – Deckungskaufs	153
2. Geltendmachung des Anspruchs als maßgeblicher Zeitpunkt	154
3. Unabhängigkeit von einer tatsächlichen Vermögensentwicklung ...	156
4. Unabhängigkeit der – auf § 281 IV i.V.m. § 280 III BGB gestützten – Marktpreisdifferenz von § 376 II HGB	158
a) § 376 HGB als handelsrechtliche Spezialregelung ohne Abschlusswirkung	159
b) Kein Erfordernis einer analogen Anwendung des § 376 II HGB ..	160
c) § 281 IV i.V.m. § 280 III BGB als normativer Anknüpfungspunkt	161
II. Bisheriger Problemfall: „Vorzeitiges“ Deckungsgeschäft	162
1. Bisheriger Diskussionsstand zur „Abgrenzung der Schadensarten“ ..	162
a) Nachholung der Leistung	162
b) Endgültiges Ausbleiben der Leistung	163
c) Defizite des bisherigen Diskussionsstandes	164
2. Auflösung des Problemfalls bei Ersatz der Marktpreisdifferenz	166
III. Ersatz entgangenen Gewinns als Verzögerungsschaden (§§ 280 I, II, 286 BGB)	167
1. Konsequente Trennung von Marktpreisdifferenz und verbleibenden Verzugsschäden	168
2. Verhältnis dieser Einordnung zur „Abgrenzung der Schadensarten“ ..	169
a) Schadensphänomenologische Abgrenzung	169
b) Zeitpunktbezogene Abgrenzung	170
c) Defizite beider Abgrenzungsformeln	170
3. Zur Bedeutung der Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 BGB	171

a) Zeitraum nach Fristablauf und nach Geltendmachung des Anspruchs i. S. d. § 281 IV BGB	172
b) Zeitraum bis zum Ablauf einer nach § 281 I S. 1 BGB erforderlichen Nachfrist	172
c) Exkurs: Ersatzfähigkeit eines „vorzeitigen“ Deckungsgeschäftes als Schadensabwendungsmaßnahme	173
B. Anspruch des Verkäufers	173
I. Begründung der Marktpreisdifferenz aus ihrer Ablehnung des Ersatzes entgangenen Gewinns	174
1. Struktur und Binnenlogik der Gewinnvermutung	174
2. Grenzen innerhalb der Binnenperspektive: Stabile Einkaufspreise ..	175
3. Differenzhypothese als zugrunde liegende Perspektive der Problem-erfassung	176
4. Differenzhypothese als ungeeignete Perspektive	178
II. Ergebnis: Deckungsobligieheit auch des Verkäufers	179
§ 7 Zusammenfassung	181
Literaturverzeichnis	185
Stichwortverzeichnis	195

§ 1 Inkompatibilität von Schadensersatz statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung und „allgemeinem“ Schadensrecht

Die Ausgangsfrage der vorliegenden Untersuchung ist, ob die §§ 249 ff. BGB auch auf die Bemessung des (vertraglichen) Schadensersatzes statt der Leistung anwendbar sind. Die Arbeit entwickelt hierzu am Beispiel der (vollständigen) Nickerfüllung im Kaufvertrag die These, dass die §§ 249 ff. BGB, einschließlich der hierzu entwickelten Schadensdogmatik, auf die *außervertragliche* Haftung und die hiermit vergleichbare Vertragshaftung für *Integritäts- und Verzugsschäden* zugeschnitten sind. Nach der hier vertretenen These sind die §§ 249 ff. BGB kein allgemeines Schadensrecht. Deshalb enthält die Arbeit das Plädoyer, die Wertungsfragen der Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der vollständig ausbleibenden Leistung – als eines *genuin vertraglichen* Schadensersatzanspruchs – aus der Mitte des Vertragsrechts selbst zu beantworten.

Nach dem Wortlaut finden die §§ 249 ff. BGB auf Rechtsfolgenseite Anwendung. So spricht § 280 I S. 1 BGB als Grundnorm des vertraglichen Schadensersatzes ausdrücklich vom Ersatz des „hierdurch entstehenden *Schadens*“. § 249 I BGB als Grundnorm des Schadensrechts greift diese Formulierung mit der tatbestandlichen Anknüpfung an eine Schadensersatzpflicht („wer zum Schadensersatz verpflichtet ist“) auf. Auch nach der Gesetzesystematik sind die §§ 249 ff. BGB als (abstrakt gefasste) Normen des allgemeinen Schuldrechts auf sämtliche Schadensersatzverpflichtungen des Vertragsrechts anwendbar („Klammerprinzip“). Das Gesetz differenziert nicht zwischen dem Ersatz von Integritätschäden (§§ 280 I, 241 II BGB), Verzugsschäden (§§ 280 I, II, 286 BGB) und Mängelfolgeschäden (§ 280 I BGB) einerseits, sowie von „Schäden“ statt der Leistung (§§ 281, 283, 311a II BGB) andererseits. Es gibt mithin erhebliche Widerstände gegen die hier vertretene These von der fehlenden Einheit des Schadensrechts.

Dennoch ist es keine zwangsläufige Folge von Gesetzesystematik und Terminologie, die §§ 249 ff. BGB auch zur Haftungsausfüllung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung heranzuziehen. Ob es sich bei den §§ 249 ff. BGB, einschließlich der hierzu entwickelten Schadensdogmatik, um allgemeines Schadensrecht handelt, entscheidet sich nicht danach, ob dies nach der Vorstellung des (historischen) Gesetzgebers,¹ die (zudem) im Wortlaut des § 249 I BGB,

¹ Motive II, 17 = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II (1899), S. 10 („mit der Regelung einiger all-

der §§ 280 ff. BGB sowie des § 823 I BGB (u. a.) einen deutlichen Niederschlag gefunden hat, der Fall sein soll. Nach dem zentralen methodischen Ansatz dieser Arbeit steht und fällt die Allgemeinheit des Schadensrechts mit der *tatsächlichen Anwendbarkeit* der §§ 249 ff. BGB zur wertungsgerechten und zweckorientierten Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung. Lassen sich aus den schadensrechtlichen Normen des BGB keine derart allgemein gültigen Regeln ableiten, ist die Nichtanwendung dieser Normen – um an einen in anderem Zusammenhang gefallenen Ausspruch *Gottfried Schiemanns* anzuknüpfen – Ein-sicht in die „*Dürftigkeit* der gesetzlichen Regelung und der vielen Aporien der schadensrechtlichen Diskussion“.²

In dieser Arbeit soll die These verteidigt werden, dass die §§ 249 ff. BGB am Zweck der außervertraglichen Haftung, ebenso wie an der hiermit vergleichbaren vertraglichen Haftung für Integritäts- und Verzugsschäden, ausgerichtet sind. Sie konkretisieren die Rechtsfolge, dass eine beim Ersatzgläubiger entstandene Einbuße zu ersetzen ist. Demgegenüber eignen sich die §§ 249 ff. BGB nicht zur Inhaltsbestimmung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der vollständig ausbleibenden Leistung.

Das Ziel dieser Arbeit ist der Nachweis, dass eine Inhaltsbestimmung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung anhand der §§ 249 ff. BGB, einschließlich der hierzu entwickelten Schadensdogmatik, der falsche Weg ist. Hiervon bleiben wichtige Fragen der Anspruchsbemessung unbeantwortet. Vorzugswürdig ist ein Konzept, das sich am inhaltlich klar definierten *Leistungsanspruch* orientiert. Diesem soll auch bei der Bemessung des „Schadens“-Ersatzes statt der Leistung das entscheidende Gewicht zukommen.

gemeiner den Schadensersatzanspruch, insb. den *Inhalt und Umfang des zu leistenden Schadensersatzes* betreffender Fragen“, Hervorh. vom Verf.); im Zusammenhang mit der Vorteilsausgleichung Motive II, 19 = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II (1899), S. 10 („Allein der Versuch einer Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetze wäre *insbes. für Deliktsfälle bedenklich*.“, Hervorh. vom Verf.); Motive II, 20 = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II (1899), S. 11 („Der *Grundsatz*, daß zum Zwecke des Schadensersatzes zunächst Naturalrestitution zu leisten (...) leidet *nur scheinbar eine Ausnahme* in den Fällen, in denen dem Gläubiger wegen theilweiser Unmöglichkeit der Leistung oder wegen Verzuges des Schuldners das Recht zusteht (...) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.“, Hervorh. vom Verf.); Motive II, 49 = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II (1899), S. 27 („Bezüglich des Schadensersatzes gelten die *allgemeinen Bestimmungen* in §§ 218–223.“, Hervorh. vom Verf.). Der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung beschränkte sich bei der Schaffung der §§ 280 ff. BGB auf die Voraussetzungen der Schadensersatzhaftung, verhält sich jedoch nicht zu der Frage, wie der Anspruch auf Schadensersatz statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung zu bemessen ist; zur allenfalls beiläufigen Erwähnung von „*Ersatzbeschaffungskosten*“ in BT-Drs. 14/6040 v. 14.05.2001, 139 f. jüngst BGH NJW 2021, 53, 58 (Rn. 34, 36).

² Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), Vor § 249 Rn. 40.

Die zentralen Fragen der Anspruchsbemessung sind Grundfragen des Vertragsrechts. Deshalb sollten sie unter unmittelbarem Zugriff auf das in §§ 280 I, III, 281 BGB geregelte Verhältnis von Erfüllung und Schadensersatz statt der Leistung beantwortet werden. Bei der vollständig ausbleibenden Leistung sind Erfüllung und Schadensersatz statt der Leistung *lediglich zwei modi* zur Realisierung *ein und desselben Interesses*: des Interesses am Erhalt der vertraglich versprochenen Leistung.³

Die Arbeit schlägt für den Fall der vollständig ausbleibenden Leistung vor, nicht weiter die §§ 249 ff. BGB, sondern den Haftungszweck des Schadensersatzes statt der Leistung als maßgeblichen Parameter der Anspruchsbemessung heranziehen. Der Anspruch ist hiernach so zu bemessen, dass er dem Gläubiger ein *kostenneutrales Ersatzgeschäft* ermöglicht. Der Vertragsgläubiger soll von einem sich im Nachhinein als für ihn günstig erweisenden Vertragsschluss weiterhin profitieren. Er soll so gestellt werden, als ob er das Geschäft zum vereinbarten Vertragspreis abgewickelt hätte. Im Zentrum der hier vorgeschlagenen Neukonzeption steht mithin der *Vergleich* des (ursprünglich) vereinbarten *Preises* mit dem *Marktpreis* im Zeitpunkt des berechtigten Ersatzverlangens.

A. Untersuchungsgegenstand: Vollständige Nichterfüllung des Kaufvertrages über marktgängige Waren

Wesentliche Funktionsbedingung für den hier vertretenen Ansatz ist die Marktähnlichkeit der ausbleibenden Leistung. Als Prototyp eines marktbezogenen Geschäfts legt die Arbeit den *Kaufvertrag* über marktgängige Waren zugrunde. Es wird sowohl die Perspektive des Käufers als auch diejenige des Verkäufers behandelt.⁴

Diese Beschränkung entspricht dem Schwerpunkt der bisherigen Diskussion um die richtige Form der Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung im Bürgerlichen Recht, wie sie entlang der Begriffe von „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung geführt wird.⁵ Ob ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung anhand *konkreter* Umstände des einzelnen Falles oder anhand

³ Dieses Verständnis greift der Titel dieser Arbeit auf, der auf eine Formulierung von Knütel, AcP 202 (2002), 555, 558, 590 zurückgeht.

⁴ Für eine einheitliche Erfassung der Schadensberechnung (im Kaufvertrag) andeutungsweise Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 I 1 (S. 232).

⁵ Für die besondere Bedeutung des Kaufvertrages bei der Diskussion um „konkrete“ und „abstrakte“ Schadensberechnung Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 76; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 legt seinen Ausführungen ohne weiteres den Kaufvertrag zugrunde; Lange/Schiemann, Schadensersatz (3. Auflage 2003), § 6 X 6 (S. 345 ff.) beginnen die Ausführungen mit dem Zinsschaden von Geschäftsbanken, legen sodann jedoch ebenfalls ohne weiteres den Kaufvertrag zugrunde; s. auch Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 17.

einer *Abstraktion* von diesen Umständen berechnet werden kann, worin die Berechnungsformen normativ gründen und wie sie sich zueinander verhalten, kann ebenso bei vielen anderen (entgeltlichen) Verträgen diskutiert werden.⁶ Beispielsweise wurde über die richtige Form der vertraglichen Schadensberechnung auch für den Fall der Nichtleistung des Mieters auf die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen diskutiert.⁷ Das hier entwickelte Konzept stellt dabei nicht auf ein Spezifikum gerade des Kaufvertrages ab. Indem es den vertraglich vereinbarten Preis in ein Verhältnis zum Marktpreis der vollständig ausbleibenden Leistung setzt, knüpft es vielmehr an die allgemeine Struktur eines jeden entgeltlichen Vertrages an. Gleichwohl gehört die Frage, ob sich das hier am Beispiel des Kaufvertrages entwickelte Konzept auf die (vollständige) Nichterfüllung anderer (entgeltlicher) Verträge übertragen lässt, nicht mehr zum Forschungsgegenstand dieser Arbeit.

Die Anwendung des hier entwickelten Konzepts setzt voraus, dass die Kaufsache *jenseits* des gestörten Vertrages marktgängig ist. Die mit dem Erfordernis der Marktgängigkeit verbundene Beschränkung des Anwendungsbereichs der vhier vorgeschlagenen Neukonzeption ist für die Konstellation des (nicht belieferten) Käufers einschneidender als für die Konstellation des (nicht bezahlten) Verkäufers. Für den Käufer endet der Anwendungsbereich, wenn für ihn eine Ersatzbeschaffung nicht möglich ist. Solange allein der Verkäufer über die individuell bestimmte – als „echte“ Stückschuld geschuldete⁸ – Kaufsache verfügt, kann sich der Käufer diese selbst dann nicht anderweitig beschaffen, wenn sie, wie etwa bei Werken eines bestimmten Künstlers, einen Marktpreis hat. Für den Verkäufer steht demgegenüber auch die Vereinbarung einer „echten“ Stückschuld der Anwendung der Neukonzeption nicht entgegen. Erforderlich und ausreichend ist die Marktgängigkeit der Kaufsache. Eine *Ersatzveräußerung* der vom Käufer nicht abgenommenen Kaufsache setzt – im Unterschied zur *Ersatzbeschaffung* – nicht voraus, dass die Kaufsache mehrmals vorhanden ist; es ge-

⁶ Ähnlich *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 109 (Sternchen-Fußnote). Ebenso will *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 561 (Sternchen-Fußnote) seine Ausführungen zu den „Schwächen der ‚konkreten‘ und ‚abstrakten‘ Schadensberechnung“ „stellvertretend für alle Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung“ verstanden wissen; auch *Flume*, AcP 215 (2015), 282 deutet mit seiner Überschrift „Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrags“ an, dass seine am Kaufvertrag ausgerichteten Erkenntnisse generalisierbar seien; andeutungsweise auch *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 89; mit Einschränkungen auch *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung (2006), 97f.

⁷ Gegen die Zulassung einer abstrakten Schadensberechnung *Frotz*, NJW 1963, 884, 886 (Anm. zu KG NJW 1963, 349); zustimmend OLG Hamm, NJW 1964, 1373, 1374. Für eine abstrakte Schadensberechnung KG NJW 1964, 725 f.; BGH NJW 1968, 491, 492 f. stützt sich zur Beantwortung der Rechtsfrage auf das Institut der Vorteilsausgleichung; vertiefend zu dieser Entscheidung *Rückert*, AcP 184 (1984), 105.

⁸ Zu diesem Problemkreis in anderem Zusammenhang (Ersatzlieferung beim Stückkauf) *Gsell*, JuS 2007, 97, 100 ff., mit einigen plastischen Beispielen; zum hier besprochenen Anwendungsbereich des vollständigen Ausbleibens der Leistung andeutungsweise *ebd.*, 99 f.

nügt, dass – wie beispielsweise bei Kunstwerken oder einem Grundstück – ein Marktpreis im Wege der (sachverständigen) Schätzung ermittelt werden kann.⁹

Die Arbeit beschränkt sich auf das *vollständige Ausbleiben* der Leistung.¹⁰ Umfasst sind davon auch die Fälle, in denen der Gläubiger i.S.d. § 281 I S. 2, S. 3, IV BGB „großen“ Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung verlangt. Er nimmt in diesen Fällen eine teilweise oder mangelhafte Leistung zum Anlass, vom *gesamten Vertrag* Abstand zu nehmen. Im Zuge der ihn nach § 281 V BGB treffenden Verpflichtung zur Rückgabe der bereits erhaltenen (teilweisen oder mangelhaften) Leistung steht der Gläubiger so, wie wenn der Schuldner überhaupt nicht erfüllt hätte.¹¹

Demgegenüber kann hinsichtlich des „kleinen“ Schadensersatzes statt der mangelfreien Leistung an der allgemeinen Geltung der §§ 249 ff. BGB festgehalten werden; deren zwei Zentralkategorien von Herstellung (§ 249 BGB) und Wertersatz (§ 251 BGB) können auch die Inhaltsbestimmung dieses Schadensersatzes wertungsgerecht regulieren.¹² Es geht in diesen Fällen, anders als im Anwendungsbereich dieser Arbeit, tatsächlich um den Ersatz eines „Schadens“ – und nicht wie im Anwendungsfall des vollständigen Ausbleibens der Leistung um eine Form der Interessenhaftung, das heißt „Erfüllung in Geld“.¹³

Tatbestandlich behandelt die Arbeit nur den Anspruch auf Schadensersatz statt der *möglichen* Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB. Die an die Unmöglichkeit der Leistung anknüpfenden Tatbestände, §§ 280 I, III, 283 BGB sowie § 311a II BGB, werden ausgeklammert. Dabei gibt es bei der Verschaffungsschuld des Verkäufers (§ 433 I S. 1 BGB) – anders als bei der für die Kategorie der Unmöglichkeit in der Regel ungeeigneten Geldschuld des Käufers (§ 433 II BGB) – durchaus einen Anwendungsbereich von Fällen, in denen trotz (zu vertretender) Unmöglichkeit der Leistung eine Ersatzbeschaffung möglich ist. In diesen Fällen lässt sich der vereinbarte Kaufpreis mit dem für eine anderweitige Beschaffung aufzuwendenden Marktpreis der ausbleibenden Kaufsache vergleichen. Bei einer ent-

⁹ Flume, AcP 215 (2015), 282, 317f.; ders., Marktaustausch (2019), 72f.; s. auch Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 II 2 (S. 237f.). Hat die Sache keinen Marktpreis und wird dennoch erneut veräußert, ist die Schadensbemessung eine Frage des Einzelfalls. Dies gehört freilich nicht mehr zum Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit.

¹⁰ Der Terminus „Schadensersatz statt der Leistung“ bezieht sich im Folgenden regelmäßig auf das vollständige Ausbleiben der Leistung. Zum „kleinen“ Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung s. freilich noch § 1 D. III.

¹¹ Zu dieser Struktur bereits zum alten Schuldrecht deutlich BGH NJW 1958, 1284, 1285.

¹² Hierfür bereits MüKo/Ernst (6. Auflage 2012), § 281 Rn. 128ff.; ebenso Picker, JZ 2018, 676, 679; Mohr, JZ 2019, 917, 920; Riehm, NZM 2019, 273, 279ff. S. vertiefend noch die weiteren Nachweise in Fn. 296.

¹³ S. hierzu den Nachweis in Fn. 3.

sprechend § 243 I BGB geschuldeten Leistung ist dies namentlich bei vereinbarter Beschränkung der Gattungsschuld denkbar, da hiernach die Verpflichtung des Verkäufers weniger weit reicht als die objektive Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung. Bei Unmöglichkeit einer Stückschuld ist der Vergleich mit dem Marktpreis einer Ersatzbeschaffung möglich, wenn die Beschränkung der geschuldeten Leistung auf eine konkrete Sache nicht auf deren Singularität beruht, sondern entweder auf nachträglich eingetretener Konkretisierung i. S. d. § 243 II BGB oder einer allein aus Praktikabilität getroffenen Entscheidung der Vertragsparteien.¹⁴

B. Ausgangspunkt: Einheit des Schadensrechts trotz Verschiedenheit im Haftungszweck

Schadensersatz statt der Leistung einerseits und außervertragliches Haftungsrecht und vertragliche Integritäts- und Verzugshaftung andererseits unterscheiden sich grundlegend in ihrem jeweiligen Regelungszweck.¹⁵ Nach dem bisher herrschenden Verständnis hat die unterschiedliche Zwecksetzung indes keinen Einfluss auf die *allgemeine* Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB. Beide Haftungsfälle werden unter Rückführung auf dieselben Normen und dieselbe Dogmatik reguliert. Nicht nur in der Studienliteratur¹⁶ wird zur Einordnung der §§ 249 ff. BGB in das Gesamtgefüge des Schuldrechts auf das „Klammerprinzip“ verwiesen. Auch in der schadensrechtlichen Literatur¹⁷ hat folgender Satz seinen festen, und

¹⁴ Zu geeigneten Abgrenzungskriterien *Gsell*, JuS 2007, 97, 102f.

¹⁵ Zu dieser grundlegenden Unterscheidung prägnant *Stoll*, JuS 1968, 504, 510f. unter Bezugnahme auf die Lehre von der Rechtsfortsetzungsfunktion bei *Neuner*, AcP 133 (1931), 277; *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 110f., 191f.; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 89f.; andeutungsweise *Flume*, Juristische Blätter 2020, 502, 515 („in einer vollkommen anderen ‚Welt‘“); s. noch *Schulte*, Schadensersatz in Geld für Entbehrungen (1978), 116f.

¹⁶ *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (19. Auflage 2021), § 43 Rn. 1 spricht immerhin von einer „besondere[n] Bedeutung“ der §§ 249 ff. BGB für die deliktische Haftung; ohne Eingehen auf diese Frage *Brox/Walker*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (46. Auflage 2022), § 31 mit lediglich kurzem Verweis auf „konkrete und abstrakte Schadensberechnung“ in Rn. 19f. ohne Problembewusstsein; skeptischer, wenn auch gleichwohl am Grundsatz der Allgemeinheit festhaltend, *Larenz*, Schuldrecht I (14. Auflage 1987), § 27 I (S. 422); gleichfalls skeptisch und dennoch am Grundsatz festhaltend *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2 (8. Auflage 2000), Vor § 32 (S. 197f.).

¹⁷ Die Rechtsprechung äußert sich zur allgemeinen Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB beim Schadensersatz wegen Nichtenfüllung respektive statt der Leistung nur vereinzelt, explizit s. etwa BGH NJW 1987, 831, 834 (Stadthalle). Für den „kleinen“ Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung BGH NJW 2013, 370, 371 (Rn. 9ff.); implizit auch BGH NJW 2018, 1463, 1464f. (Rn. 23f.); dezidiert gegen eine Anwendung der §§ 249 ff. BGB freilich jüngst BGH ZIP 2020, 1073, 1075 (Rn. 14); demgegenüber für eine Anwendung zumindest der schadensrechtlichen Dogmatik vom Ersatz des Vermögensschadens BGH NJW 2021, 53, 56f. (Rn. 24ff.). Zu ihrer Form der Anspruchsbemessung bei vollständig ausbleibender Leistung rekuriert die Rechtsprechung – mit Ausnahme von §§ 252, 254 BGB – ohne Normbezug auf die schadensrechtliche Dogmatik, hierzu ausführlich § 3.

(bis vor kurzem) nahezu unbestrittenen Platz: Auf die vertragliche und außervertragliche Haftung auf Schadensersatz sind die §§ 249 ff. BGB als Normen des allgemeinen Schuldrechts, einschließlich der hierzu entwickelten Dogmatik, weitgehend gleichförmig anzuwenden.¹⁸ Das Schadensrecht zeichne sich gerade durch seine „Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit“ aus.¹⁹ Auch rechtshistorische Analysen des Schadensrechts gelangen zu dem Ergebnis, dass dieses insgesamt von der „restitutorische(n) Maxime des vollständigen Ausgleichs teleologisch zusammengehalten“ werde; auch „wo die Antworten im Ergebnis unterschiedlich ausfallen (...), beruhen sie doch auf strukturell gleichartigen Überlegungen“.²⁰

I. Verschiedenheit im Haftungszweck: Schutz vor Einbußen vs. Zuführung der Leistung

Zweck des außervertraglichen Haftungsrechts – ebenso wie der vertraglichen Haftung für Integritätsschäden gem. §§ 280 I, 241 II BGB sowie für Verzugschäden gem. §§ 280 I, II, 286 BGB – ist der Schutz eines unbeeinträchtigten Güter- bzw. Vermögensbestandes. Dessen Beeinträchtigung ist das haftungsbegrundende Ereignis der entsprechenden Anspruchsgrundlagen. Das außervertragliche Haftungsrecht dient damit dem *Ausgleich* eines „Weniger“.²¹ Gleichermaßen gilt für die Vertragshaftung für Integritätsschäden gem. §§ 280 I, 241 II BGB und für

¹⁸ Vgl. statt vieler Soergel/Mertens (12. Auflage 1990), Vor § 249 Rn. 17; Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), Vor § 249 Rn. 4, verbunden mit dem Hinweis auf die Abhängigkeit des schadensfreien Zustands vom Normbereich der Anspruchsgrundlage; Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 27, freilich unter Hinweis auf „Besonderheiten, die teils Abweichungen, teils Konkretisierungen, teils Ergänzungen der allgemeinen Regeln (§§ 249 ff.) und allgemeinen Dogmatik sind“; ähnlich juris-Praxiskommentar BGB/Rüfmann (Stand: 08.09.2021), § 249 Rn. 12; s. daneben noch Erman/Ebert (16. Auflage 2020), Vor § 249 Rn. 2, 4; Dauner-Lieb/Langen/Magnus (4. Auflage 2021), Vor § 249 Rn. 3; Staudinger/Höpfner (Neubearbeitung 2021), Vor § 249 Rn. 5; MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 249 Rn. 1f.; Schulze, NJW 1987, 3097, 3098; Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 109; Jaggy, Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB (2001), 34ff. Grundlegend aus neuerer Zeit Riehm, GS Unberath (2015), 363, 367f., 369ff.; s. auch ders., Naturalerfüllung (2015), 25f., 397f.; ders., NZM 2019, 273, 279ff.; Picker, JZ 2018, 676, 678ff.; Mohr, JZ 2019, 917, 919f.; Christmann, JuS 2019, 843, 844f.; Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1, 11, 17f.; Walesch/Athie, NZBau 2020, 136, 137f. Im Ergebnis auch Popescu, BauR 2014, 1685, 1690f.; Dauner-Lieb, FS Christian Huber (2020), 97, 112; Schiemann, JZ 2021, 939, 947; Böffel, GVRZ 2022, 14 Rn. 96, 140.

¹⁹ Soergel/Ekkenga/Kuntz (13. Auflage 2014), Vor § 249 Rn. 13, s. auch Rn. 44 unter dem Stichwort „Begründungslast“; Staudinger/Höpfner (Neubearbeitung 2021), Vor § 249 Rn. 4; Gregor, Das Bereicherungsverbot (2012), 11ff.

²⁰ HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 161, freilich mit der Forderung nach einem stärkeren Blick auf den Zusammenhang von Haftungsgrund und Haftungsfolgen.

²¹ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 (13. Auflage 1994), § 75 I 2 (S. 354); Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts (2003), 33ff.; ders., JZ 2005, 160, 162ff.; MüKo/Wagner (8. Auflage 2020), Vor § 823 Rn. 43 (freilich kritisch zur Eignung des Ausgleichsgedankens als normatives Prinzip des Haftungsrechts).

Verzugsschäden gem. §§ 280 I, II, 286 BGB; auch letztere betreffen nicht das Interesse am Erhalt der Leistung selbst, sondern das Interesse daran, dass nicht das übrige Vermögen des Gläubigers davon beeinträchtigt wird, dass die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt.

Der Anspruch auf Schadensersatz „statt der Leistung“ tritt dagegen bereits nach seiner Bezeichnung an die Stelle des wegfallenden Leistungsanspruchs.²² Er substituiert das darin geschützte Interesse in Form einer Geldzahlung. Zweck des Schadensersatzes statt der Leistung ist die Zuführung des (positiven) Interesses an der Vertragserfüllung.²³ Es geht nicht um den Ausgleich eines von einem Dritten verursachten „Weniger“, sondern um die Zuführung eines vom Vertragschuldner versprochenen „Mehr“; geschützt wird nicht das Interesse an einem unbeeinträchtigten Güterbestand, sondern das Interesse an einer zukünftigen Gütererweiterung infolge des Erhalts der vertraglich versprochenen Leistung.²⁴ Deinen endgültiges Ausbleiben ist der Haftungsgrund eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung.

Der Vertragsschuldner begeht – anders als derjenige, der Rechtsgüter oder Schutzgesetze verletzt – (schon gar) keine Handlung, die das bestehende Vermögen des Vertragsgläubigers verringert.²⁵ In den Fällen des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB bewirkt allein die Nichtleistung noch keinen Rechtsverlust. Der Schuldner verzögert zunächst lediglich die Erfüllung. Die endgültige *Entscheidung* gegen die Naturalleistung liegt nach § 281 IV BGB beim Gläubiger. Der Wegfall des Leistungsanspruchs ist kein von außen kommendes Ereignis. Entstehungsgrund eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung ist die *Abstandnahme* des Gläubigers vom vertraglich vereinbarten Leistungsaustausch. Materiellrechtlicher Haftungsgrund ist die (wegen des Fristsetzungserfordernisses aus § 281 I S. 1 BGB grundsätzlich fortgesetzte) Nichterbringung der versprochenen Leistung. Dass der Schuldner die Leistung nicht erbringt, ist kein Umstand,

²² Zur terminologischen Schieflage eines Anspruchs auf „Schadensersatz statt der Leistung“, der an die Stelle der ausbleibenden Leistung treten und gleichermaßen Ausgleich eines Schadens sein soll, HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 45; Knütel, AcP 202 (2002), 555, 581.

²³ Hierfür etwa BGH NJW 1980, 1742, 1743; NJW 1984, 2570, 2571; NJW 1994, 2480; NJW 1998, 2901, 2902; BGH JZ 2010, 44, 45 (Rn. 20); BGH NJW 2018, 1463, 1465 (Rn. 24); BGH ZIP 2020, 1073, 1077f. (Rn. 34f.); BGH NJW 2021, 53, 56f. (Rn. 26f.). Für die Verwendung dieser Formel in der Literatur statt aller Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 37, 39 und § 325 Rn. 30; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 36 I 2 (S. 178); ders., AcP 210 (2010), 319, 335 ff.; Staudinger-Eckpfeiler/Kaiser (Neubearbeitung 2020), H (Leistungsstörungen) Rn. 173 („Erfüllungersatz“); MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 1, 3.

²⁴ Grundlegend zu dieser Perspektive Keuk, Vermögensschäden und Interesse (1972), 109 ff.; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 89 ff.; Sutschet, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung (2006), 127 f.; s. auch Popescu, BauR 2014, 1685, 1691.

²⁵ Ähnlich Dauner-Lieb, FS Christian Huber (2020), 97, 111.

der ihn insgesamt davon befreit, den Gläubiger zu befriedigen. Das rechtlich zunächst vom Erfüllungsanspruch gesicherte Interesse des Gläubigers ist nach der gläubigerseitigen Entscheidung, vom Leistungsaustausch Abstand zu nehmen, von einem wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzanspruch geschützt.

II. Einheit des Schadensrechts: Ersatz von Einbußen

Die §§ 249 ff. BGB sind am Ersatz von Einbußen ausgerichtet.²⁶ Auch wenn sie den Begriff des „Schadens“ nicht explizit als Einbuße definieren, lässt sich ihrer Terminologie implizit entnehmen, dass es sich hierbei um eine vom ersatzbegründenden Umstand ausgelöste Einbuße handelt.²⁷ Hierin stimmen sie mit dem Zweck des außervertraglichen Haftungsrechts, der – ebenso wie der Zweck der Vertragshaftung für Integritätsschäden gem. §§ 280 I, 241 II BGB und für Verzugsschäden gem. §§ 280 I, II, 286 BGB – gerade im Schutz vor Einbußen besteht, überein.

Die §§ 249, 251 BGB und § 252 BGB sind Instrumente, die aus je unterschiedlicher Perspektive auf den Ersatz einer solchen Einbuße gerichtet sind.²⁸ Das von diesen Normen gebildete – und von § 254 BGB flankierte – System ist dazu in der Lage, die außervertragliche Haftung inhaltlich auszufüllen und die Tatbestandsstruktur ihrer Haftungsnormen um zwei grundlegende Aussagen zu ergänzen: den Vorrang der Naturalrestitution und den Grundsatz der Totalreparation. Während der restitorische § 249 BGB vorrangig die gegenständliche Integrität der verletzten Rechte und Rechtsgüter in den Blick nimmt, ist der nach § 251 BGB subsidiäre Geldersatz auf einen kompensatorischen Ausgleich in Geld gerichtet. Die §§ 249 I, 251 I BGB sind daneben die normative Grundlage für die Differenzhypothese. Nach der Differenzhypothese wird der vermögensmäßige Unterschied zwischen dem tatsächlichen Zustand infolge der Einbuße und dem hypothetischen Zustand ohne die Einbuße ersetzt. Die Differenzhypothese setzt den haftungsrechtlichen Grundsatz der Totalreparation um, wonach – auch

²⁶ Honsell/Harrer, JuS 1991, 441, 443; Escher-Weingart, Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz (1993), 19, 30 ff.; ausführlich Esser/Schmidt, Schuldrecht 1/2 (8. Auflage 2000), § 30 II 3 (S. 172 ff.); HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 161; Popescu, BauR 2014, 1685, 1691; Dauner-Lieb, FS Christian Huber (2020), 97, 100; Dauner-Lieb/Langen/Magnus (4. Auflage 2021), Vor § 249 Rn. 9; Staudinger/Höpfner (Neubearbeitung 2021), Vor § 249 Rn. 3.

²⁷ „Zustand herzustellen“ (§ 249 I BGB), „Verletzung einer Person“, „Beschädigung einer Sache“, „Herstellung“ (§§ 249 II S. 1, 250 BGB), „Entschädigung“, „entschädigen“ (§ 251 BGB); für diese Auslegung explizit Escher-Weingart, Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz (1993), 23. Nachweise zum Verständnis des Schadens als Einbuße bei Hagen, JuS 1969, 61, 64 in Fn. 26 f.; Fabricius, JuS 1962, 224, 225 in Fn. 9 f.

²⁸ Für dieses Verständnis einstweilen nur Escher-Weingart, Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz (1993), 30 ff. m.w.N. S. noch die Nachweise in Fn. 117, 121.

jenseits der insofern weit gefassten §§ 280 I, 241 II BGB, §§ 280 I, II, 286 BGB und §§ 823 II, 826 BGB – sämtliche vom haftungsbegründenden Tatbestand ausgelöste Einbußen zu ersetzen sind. Diejenigen Anspruchsgrundlagen des Haftungsrechts, die tatbestandlich auf die Verletzung von Rechten und Rechtsgütern beschränkt sind, werden hierdurch um eine grundlegende Aussage ergänzt: Ist ein Haftungstatbestand verwirklicht, ist der Kreis der ersatzfähigen Einbußen nicht auf das (unmittelbar) beeinträchtigte Recht oder Rechtsgut selbst beschränkt, sondern bezieht sich der vom Schadensersatzanspruch ausgelöste Schutz auf das gesamte Vermögen des Geschädigten. § 252 S. 1 BGB ist ein besonderer, gesetzlich geregelter, Anwendungsfall dieser Vergleichsbetrachtung. Hiernach werden zum hypothetischen Zustand ohne das schädigende Ereignis auch die Gewinne gezählt, die der Geschädigte ohne Dazwischentreten des haftungsbegründenden Ereignisses erzielt hätte. Auch dies zeigt, dass der haftungsrechtliche Schutz dieser Positionen (Rechte, Rechtsgüter und Interessen²⁹) umfassend ist, insbesondere auch hinsichtlich einer gewinnbringenden Verwendung.

Geht man ungeachtet der unterschiedlichen Zwecksetzung davon aus, dass die §§ 249 ff. BGB auch auf den Schadensersatz statt der Leistung anwendbar sind, unterliegt das Interesse des *Vertragsgläubigers* einer grundlegenden Veränderung, sobald er gem. § 281 IV BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Vorher hat er einen Anspruch auf Erhalt der ihm zustehenden *Leistung* – nachher hat er (nur noch) Anspruch auf Ersatz eines ihm entstandenen *Schadens*. Es geht nach verbreiteter Definition um das (positive) Interesse an der Vertragserfüllung;³⁰ der Gläubiger ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde.³¹ Auch wenn die dem Gläubiger zustehende Leistung nach dieser Formel der inhaltliche Kern des Ersatzanspruchs bleibt, ändert sich doch die äußere Form des Begehrens, das heißt die Art des Anspruchs, grundlegend. Der *Gläubiger* verlangt nicht weiter die Realisierung seines Leistungsinteresses, sondern tritt als *Geschädigter* auf. Zur Ermittlung des Anspruchsumfangs bedarf es – im Unterschied zum Anspruch auf die Leistung – der Feststellung eines (Vermögens-)Schadens (§§ 249, 251 f. BGB).

C. Neukonzeption: Erfüllung in Geld statt Ersatz von „Schäden“

Die §§ 249 ff. BGB sind nach der hier vertretenen These am Zweck von Haftungstatbeständen ausgerichtet, die den Ausgleich einer Einbuße – einschließlich deren Folgewirkungen im Vermögen des Ersatzgläubigers – zum Gegenstand ha-

²⁹ Einschließlich des von den §§ 280 I, II, 286 BGB geschützten Interesses, die Leistung rechtzeitig zu erhalten.

³⁰ Hierzu die Nachweise in Fn. 23.

³¹ Hierzu die Nachweise in Fn. 122.

ben.³² Mit dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung sind sie indes strukturell nicht kompatibel.³³ Dies äußert sich sowohl darin, dass sich wesentliche Normaussagen der §§ 249 ff. BGB nicht auf den Schadensersatz statt der Leistung anwenden lassen, als auch darin, dass eine gleichwohl erfolgende Anwendung den Anspruch grundlegend von seiner Zwecksetzung entfremden würde. Diese Arbeit schlägt deshalb eine Neukonzeption der vertraglichen Schadensberechnung vor, die sich nicht am Ersatz eines „Schadens“ und den hierfür geltenden §§ 249 ff. BGB, sondern am Erfüllungsinteresse des Vertragsgläubigers orientiert.³⁴

I. These: Ausrichtung der §§ 249 ff. BGB an der Haftung für Einbußen

Die §§ 249 ff. BGB, einschließlich der hierzu entwickelten Schadensdogmatik, lassen sich auf den Schadensersatz statt der Leistung nur in einem geringen Umfang tatsächlich anwenden. Zudem enthalten sie aufgrund ihrer Ausrichtung an der Haftung für Einbußen keine Aussagen zu den zentralen Fragen der vertraglichen Anspruchsbemessung beim vollständigen Ausbleiben der Leistung. Genuin vertragliche Wertungsfragen werden fortan unter Rückgriff auf haftungsrechtlich geprägte Kategorien gelöst. Ein an die Wertungen des vertraglichen Leistungsaustausches angepasster Zugriff auf den Anspruchsinhalt wird auf diese Weise

³² Andeutungsweise *Baur*, FS Raiser (1974), 119, 121, 125; *Tolk*, Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden (1977), 85. Für explizitere Hinweise *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 750 in Fn. 130; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 80 ff., die zwar am Grundsatz der allgemeinen Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB festhält, jedoch kritisch würdigt, dass die Besonderheiten des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung in der Entstehungsgeschichte der Normen nicht berücksichtigt wurden; *Escher-Weingart*, Nutzungsauftakt als Schaden und sein Ersatz (1993), 17 f., mit der Feststellung einer fehlenden Vergleichbarkeit von „Schäden aus deliktschen Eingriffen in absolute Rechte und aus der Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten“, *ebd.*, 24. Explizit für einen Zuschnitt der §§ 249 ff. BGB auf die außervertragliche Haftung jüngst *Deppenkemper*, jM 2018, 222, 224 f.; *Dauner-Lieb*, FS Christian Huber (2020), 97, 98, 110 f., 116; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (19. Auflage 2021), § 44 Rn. 9; *ders.*, NJW 2021, 1501, 1502. Zu prägenden Vertretern der These, dass sich die §§ 249 ff. BGB nicht gleichermaßen zur Regulierung der Integritätshaltung und des Schadensersatzes statt der Leistung anwenden lassen § 1 D.I.

³³ *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 575; *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung (2006), 83 f.; *HKK/Schermairer* (2007), §§ 280–285 Rn. 64 (andeutungsweise); *Flume*, Marktaustausch (2019), 170 f.; expliziter *Bamberger/Roth/ders.* (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 277 f.

³⁴ Hierfür jüngst der (vorsichtige) Vorschlag von *Schiemann*, JZ 2021, 939, 947 („Daher lässt sich der Schadensersatz statt der Leistung (...) vielleicht als grundlegend anderer Anspruchsinhalt betrachten als der Ersatz für eine Sachbeschädigung.“, Hervorh. vom Verf.), der freilich große Bedenken formuliert („Ungelöst bleibt (...), wie sich die dann erst recht hervortretende Divergenz der Schadensersatzregime zwischen Vertragsverletzung einerseits und Sachbeschädigungen andererseits mit der Einheit der Rechtsordnung vertragen soll.“, *ebd.*).

verhindert. Die §§ 249 ff. BGB verfehlten die Interessenlage des nicht befriedigten Vertragsgläubigers und münden in einer unzutreffenden Anspruchsbemessung.³⁵

Die Anwendung der §§ 249 ff. BGB auf den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bewirkt einen grundlegenden Perspektivwechsel: Weg vom (Erfüllungs-)Interesse des Vertragsgläubigers und hin zum Ersatz eines diesem infolge der Nichtleistung entstandenen Schadens.³⁶ Dieser Perspektivwechsel (Erhalt der Leistung vs. Ersatz von Schäden) widerspricht dem Zweck des Schadensersatzes statt der Leistung. Dieser besteht in der Zuführung der Mittel, die zur eigenverantwortlichen Beschaffung der versprochenen Leistung auf Grundlage der aktuellen Marktlage benötigt werden: für den Käufer der Mehraufwand eines Deckungskaufs und für den Verkäufer der Mindererlös eines Deckungsverkaufs. Das gläubigerseitige Interesse ist bereits von der vertraglichen Einigung definiert.³⁷ Es bleibt auch infolge der i. S. d. § 281 IV BGB endgültigen Nichtleistung weiterhin darauf gerichtet, die Kaufsache zum vereinbarten Preis zu erhalten oder abzusetzen, wenn auch von nun an nicht mehr vom beziehungsweise an den Schuldner selbst.

Anders als im außervertraglichen Haftungsfall (oder der in Hinblick auf die Art der Beeinträchtigung vergleichbaren Haftung für Integritäts- und Verzugs schäden im bestehenden Vertrag) bedarf es keiner dem Haftungsgrund nachgelagerten³⁸ Definition dieses Interesses entlang der Kriterien von Herstellung (§ 249 BGB) und Wertersatz (§ 251 BGB). Auch auf die Differenzhypothese kommt es für den Ersatz des Leistungsinteresses nicht an. Die Differenzhypothese vergleicht den Zustand infolge eines schädigenden Ereignisses mit dem hypothetischen Zustand, der ohne dieses Ereignis bestünde. Der bei (vollständiger) Nichterfüllung im Vertragsrecht relevante Unterschied zur Situation bei ordnungsgemäßer Erfüllung steht unabhängig von einer solchen Vergleichsbetrachtung bereits fest: die Nichterfüllung des Leistungsanspruchs.

³⁵ Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 112, 116, 119 f., 124 f.; Knütel, AcP 202 (2002), 555, 581 f.

³⁶ Grundlegend für die Kritik an diesem Perspektivwechsel Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 111 f., 119 f., 125, 128 f., 189 f.; auf Grundlage einer gesetzes historischen Analyse auch Knütel, AcP 202 (2002), 555, 581 f.; ebenso HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 65; aus der Perspektive der Rechtsvergleichung Flume, Marktaustausch (2019), 153, 156 f.; s. auch ders., ÖJZ 2022, 657, 658 („Der prekäre Perspektivenwechsel der deliktischen Betrachtungsweise“).

³⁷ Knütel, AcP 202 (2002), 555, 575 f., 581; pointiert HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 71 („Maßgeblich für den Umfang des Interesseanspruchs ist nicht der Vertragsbruch, sondern der Vertragsschluss.“).

³⁸ Ähnlich ebd. Rn. 65 („Im Leistungsstörungsrecht hat der Interessenausgleich (...) bereits stattgefunden.“).

II. Vorschlag: Ausrichtung der vertraglichen Schadensberechnung am Leistungsanspruch

Die hier vorgeschlagene Neukonzeption tritt dem von einer Anwendung der §§ 249 ff. BGB bewirkten Perspektivwechsel entgegen. Anders als nach der bisherigen, schadensrechtlichen Konzeption des Anspruchs inhalts, steht nach der erfüllungsbezogenen Neukonzeption die Kontinuität des vertraglich fixierten Leistungsinteresses im Mittelpunkt der Anspruchsbemessung.³⁹ Nicht den Ausgleich von Einbußen begehrst der Vertragsgläubiger, sobald er Schadensersatz statt der Leistung verlangt, sondern weiterhin den Erwerb (Käufer) oder den Warenabsatz (Verkäufer) *zum vereinbarten Preis*.⁴⁰ Mit dem Leistungsanspruch lässt sich die Interessenlage des Vertragsgläubigers sachgerechter beschreiben als mit den §§ 249 ff. BGB und der zu diesen Vorschriften entwickelten Schadensdogmatik.⁴¹ Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung beseitigt keine Einbuße, sondern führt dem Gläubiger die ihm versprochene Leistung zu. Er ist ein alternatives – auf einen Geldbetrag gerichtetes – Instrument zur ersatzweisen Befriedigung des Interesses an der Zuführung der vertraglich versprochenen Leistung. Er gewährleistet eine zumindest monetäre Erfüllung des Vertrages (Pekuniärerfüllung).⁴² Erfüllung kraft Leistung und Schadensersatz statt der Leistung unterscheiden sich nur im *modus*, nicht aber im gemeinsam verfolgten Ziel. Die vom Gläubiger nach § 281 IV BGB zum Ausdruck gebrachte Abstandnahme vom Schuldverhältnis bezieht sich lediglich auf den Leistungsaustausch selbst: Beschränkt sich der Gläubiger nicht auf den Rücktritt vom Vertrag, sondern macht zusätzlich Schadensersatz statt der Leistung geltend, bringt er gerade zum Ausdruck, dass er sein Leistungsinteresse im weiteren Sinne aufrechterhält. Das Leistungsinteresse des Vertragsgläubigers ist bei marktgängigen Sachen nicht nur mittels Leistung *gerade seitens des Schuldners* erfüllbar. Der Käufer kann die Kaufsache *ersatzweise* erwerben, der Verkäufer kann sie *ersatzweise* veräußern. Es ist jedoch für den derart auf den Markt verwiesenen Vertragsgläubiger nicht gewährleistet, dass er abermals den mit dem säumigen Schuldner vereinbarten Kaufpreis erzielt. Dies kann entweder darauf beruhen, dass der Marktpreis zwischenzeitlich gestiegen (Käufer) oder gesunken ist (Verkäufer), oder darauf,

³⁹ Hierzu bereits *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 450 f., 453; ausführlich auch *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 109, 111 f.; pointiert *Knüttel*, AcP 202 (2002), 555, 575 f., 583; s. auch *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung (2006), 83 f., 103 f., 128, 311; *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 335; *Flume*, Marktaustausch (2019), 171 f. Dezidiert entgegengesetzt, für einen grundlegenden Perspektivwechsel zwischen Erfüllungs- und Schadensersatzverlangen, *Roussos*, Schaden und Folgeschaden (1992), 303 f., 315 f.

⁴⁰ Zur vertraglichen Funktion der Preisabsicherung grundlegend *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 287 ff., 299 ff.; *ders.*, Marktaustausch (2019), 114 ff., insb. 121 ff.

⁴¹ Als Postulat formuliert von *Schiemann*, JZ 2021, 939, 943.

⁴² Zum Begriff *Weller*, Die Vertragstreue (2009), 31; *Flume*, Marktaustausch (2019), 156 f.

dass der Kaufpreis – bei konstanten Marktpreisen – seinerzeit besonders „günstig“ vereinbart war. Ein nach der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem zwischenzeitlichen Marktpreis bemessener Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ersetzt dem Gläubiger den (spezifischen) Vorteil, um den der vereinbarte Kaufvertrag für ihn „günstiger“ ist als ein Deckungsgeschäft zu Marktpreisen.⁴³ Einzig relevanter Zeitpunkt ist die *Geltendmachung* des Ersatzanspruchs i. S. d. § 281 IV BGB, da diese Bestimmung dem Gläubiger die Entscheidung darüber zuweist, wann er von der Naturalerfüllung auf den Schadensersatz statt der Leistung übergeht.⁴⁴ Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist *allein davon abhängig*, ob sich *zu diesem Zeitpunkt* eine zugunsten des Gläubigers ausfallende Marktpreisdifferenz ergibt. Mithin erhält *jeder Gläubiger* – ohne Rücksicht auf seine (subjektive) Verwendungsabsicht – einen zu seinen Gunsten ausfallenden Differenzbetrag unabhängig davon ersetzt, ob, wann, und zu welchem Kaufpreis er tatsächlich ein Ersatzgeschäft vornimmt.⁴⁵

D. Stand der Forschung und jüngste Entwicklung in der Rechtsprechung

I. Unterschiede von Schadens- und Interessenhaftung

Das Verständnis einer auf den Leistungsaustausch bezogenen Ersatzfunktion des Schadensersatzes statt der Leistung (beziehungsweise des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung) ist nicht neu. *Keuk* bezeichnete „Naturalleistung und Leistung des notwendigen Geldäquivalentes“ bereits 1972 als „zwei Formen der Verwirklichung des vertraglichen Rechts des Gläubigers“.⁴⁶ Sie lenkte den Blick auf die fortbestehende Funktion des „*auf eine Erweiterung* des bisherigen Rechtszustandes“ gerichteten Erfüllungsinteresses für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.⁴⁷ Hiernach bleibt zentraler Legitimationsgrund der Sekundärhaftung das vertragliche Leistungsversprechen selbst. Es erfolgt lediglich eine kraft Fristsetzung zur möglichen Leistung (beziehungsweise kraft zu verantwortender Unmöglichkeit der Leistung) bewirkte Umstellung von der das Vertragsrecht beherrschenden Natural- auf die Gelderfüllung.⁴⁸

⁴³ Grundlegend zu einer solchen Anspruchsbemessung *ders.*, AcP 215 (2015), 282, 287 ff., 299 ff.; *ders.*, Marktaustausch (2019), 114 ff., 172 ff.

⁴⁴ Hierzu § 6 A.I.2.

⁴⁵ Ebenso bereits *Keuk*, *Vermögensschaden und Interesse* (1972), 112 f., 117 f.; *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 586; *HKK/Schermaier* (2007), §§ 280–285 Rn. 65, 67.

⁴⁶ *Keuk*, *Vermögensschaden und Interesse* (1972), 112; ähnlich *Weller*, *Vertragstreue* (2009), 31; *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 335; *Flume*, *Marktaustausch* (2019), 156 f.

⁴⁷ *Keuk*, *Vermögensschaden und Interesse* (1972), 110 f., Hervorh. vom Verf.

⁴⁸ Für ein solches Verständnis auch *Ehmann*, *FS Canaris I* (2007), 165, 172.

„Nicht dem Schutz vor Rechtsverletzungen, nicht dem Schutz vor einer Schädigung des Vermögens dient der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, nicht eine Pflichtverletzung, nicht eine schuldhafte Schädigung des Vermögens des Gläubigers ist der Verpflichtungsgrund. Der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse ist wie der Anspruch auf Erfüllung durch das Schuldverhältnis begründet. Der Gläubiger fordert das Erfüllungsinteresse kraft seines vertraglichen Rechtes auf Leistung, ersatzweise anstelle der Naturalleistung (...).“⁴⁹

Näher an der hier vertretenen These von der fehlenden allgemeinen Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB ist die folgende Beobachtung von *Schermaier* – die dieser indes nicht dogmatisch vertieft, sondern vielmehr als zusammenfassendes Ergebnis einer begriffshistorischen Rückschau⁵⁰ formuliert.

„Die Gleichbehandlung von Interesse- und Schadensersatz seit *Mommsen* schien eine allgemeine Regelung des Schadensrechts (§§ 249–255) zu rechtfertigen. Das hat die Vermengung besonderer Probleme des Leistungsstörungsrechts mit allgemeinen, aus dem deliktischen Schadensersatzrecht stammenden, Gedanken zusätzlich gefördert – und umgekehrt.“⁵¹

Knütel schlägt demgegenüber konkret vor, das „allgemeine Interesse“ des Vertragsgläubigers vom Schadensbegriff, der Schadensdogmatik und den §§ 249 ff. BGB zu lösen. Hierzu stützt auch er sich auf die historisch tradierte Unterscheidung von Schadens- und Interessenersatz. Der Ersatz des „allgemeinen Interesses“ sei von den Voraussetzungen der §§ 249 ff. BGB unabhängig und habe die Funktion eines „Leistungsersatz(es)“⁵². Dessen Ersatz diene dazu, ein vertragliches Versprechen zwangswise durchzusetzen.⁵³ *Knütel* spitzt seine These zum Ersatz des allgemeinen Interesses dahingehend zu, dass der Gläubiger insofern nicht Schadensersatz begeht, sondern „Erfüllung in Geld“.⁵⁴ *Knütel* argumentiert vor allem rechtshistorisch-dogmengeschichtlich.⁵⁵ Insofern *Knütel* dogmatisch begründet, stützt er sich maßgeblich auf die Theorie vom Fortbestand der Obligation, wie sie seiner Ansicht nach dem Recht der Unmöglichkeit im alten Schuldrecht zugrunde lag; zum Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit gehört die Haftung wegen Unmöglichkeit der Leistung gerade nicht.⁵⁶ Zudem ist die

⁴⁹ *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 111 f., vertiefend *ebd.*, 124 ff.

⁵⁰ HKK/*Schermaier* (2007), §§ 280–285 Rn. 46 ff.

⁵¹ *Ebd.* Rn. 64, zweite Hervorh. vom Verf.

⁵² *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 583.

⁵³ *Ebd.*, 576.

⁵⁴ *Ebd.*, 558, Hervorh. vom Verf.

⁵⁵ *Knütel* bezeichnet seine Untersuchung selbst als im Wesentlichen auf einen „historischen und rechtsvergleichenden Rückblick“ gestützt, *ebd.*, 581.

⁵⁶ *Ebd.*, 576 ff.; zum beschränkten Untersuchungsgegenstand § 1 A.

Ansicht von der „Einheit der Obligation“ zumindest für das modernisierte Schuldrecht nicht haltbar.⁵⁷

Vertiefte Kritik erfährt die allgemeine Gleichsetzung des positiven Interesses mit einem Schaden auch von *Sutschet*. Dieser schließt sich der These an, dass der Schadensersatz wegen Nichterfüllung – in seinem Kernbereich⁵⁸ – auf die Leistung des Interesses gerichtet sei.⁵⁹ Auch er sieht dessen Funktion in der Gewährung eines Geldäquivalents für die ausbleibende Leistung.⁶⁰ Er gibt dem gläubigerseitigen Interesse (an der Erfüllung) folgende Definition:

„Interesse bezeichnet denjenigen Wert, um den das Vermögen des Gläubigers erhöht werden soll. Im Falle der Nichterfüllung tritt ein Geldäquivalent an die Stelle des Leistungsgegenstandes, um diesem Interesse zu genügen.“⁶¹

Ebenso explizit wie *Knütel* stellt sich *Sutschet* gegen die Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung:

„Die Substituierung des Leistungsgegenstandes durch Geld hat mit einem ‚Schaden‘ nichts zu tun und also auch nicht mit einem ‚Schadensersatzanspruch‘.“⁶²

In Übereinstimmung mit *Knütel* konzentriert sich auch *Sutschet* auf den Nachweis, dass der Tatbestand des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung mit demjenigen des Leistungsanspruchs identisch sei („Einheit der Obligation“).⁶³ Ungeachtet der hiergegen bestehenden Einwände zumindest für das modernisierte Schuldrecht⁶⁴ folgt die hier vertretene These aus der entgegengesetzten Richtung: Es geht nicht um eine *tatbestandliche* Nähe von Leistungsanspruch und Schadensersatz statt der Leistung, sondern um den – *rechtsfolgenbezogenen* – Nachweis der fehlenden Eignung der §§ 249 ff. BGB zur Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung.

II. Insbesondere: „Marktaustausch“ und „monetärer Wert des Vertrages“

Die größte Nähe zur Forschungsfrage weisen die Arbeiten von *J. W. Flume* auf. Sie legen das theoretische Fundament für die hier vertretene These. *Flume* unter-

⁵⁷ Für eine umfassende Kritik *Kirsten*, Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf? (2009), 386 ff.; daneben noch *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen (3. Auflage 2022), § 25 Rn. 1.

⁵⁸ Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung könne daneben auch auf den Ersatz von Schäden gerichtet sein, *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung (2006), 103 f. sowie *ebd.*, 277 f. zum BGB n. F.

⁵⁹ *Ebd.*, 83.

⁶⁰ *Ebd.*, 83, 90 sowie *ebd.*, 276 ff. zum BGB n. F.

⁶¹ *Ebd.*, 90.

⁶² *Ebd.*, 83; explizit auch *ebd.*, 103 f.

⁶³ *Ebd.*, 90 ff. sowie vertiefend *ebd.*, 104 ff., 249 ff.

⁶⁴ Hierzu die Nachweise in Fn. 57.

legt die Interpretation des Schadensersatzes statt der Leistung als ein auf die Reproduktion des Leistungsaustausches gerichtetes Instrument mit einer historisch-rechtsvergleichenden Untersuchung zur vorkodifikatorischen Handelsrechtspraxis⁶⁵ sowie einer Analyse der ökonomischen Struktur des Kaufvertrages.⁶⁶ Er vertritt zum Inhalt des Anspruchs die These, dass er nach dem „monetären Wert des Vertrages“ zu bemessen sei. Dieser ergebe sich aus einer Gegenüberstellung des vereinbarten Kaufpreises mit dem (der Gläubigerstellung entsprechenden) Marktpreis. Zweck des Anspruchs sei die kostenneutrale Durchführung eines Deckungsgeschäftes.⁶⁷

„Infolge der Differenzbildung zwischen Marktpreis und Kaufpreis wird quasi automatisch die Risikoverteilung, die durch die Festlegung des Kaufpreises zwischen den Parteien verteilt wurde, reproduziert und zum bestimmenden Faktor der Höhe des Pekuniarinteresses.“⁶⁸

Flume entwickelt nicht nur ein theoretisches Konzept, sondern wandte dieses auch konkret auf die Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung (am Beispiel des Kaufvertrages) an. Die hier vertretene Neukonzeption deckt sich mit den von *Flume* vertretenen Ergebnissen. Von ihm ist die Verschiedenheit von Handelsstufen nachdrücklich betont worden.⁶⁹ Auch nach seinem Modell ist vorrangig die Marktpreisdifferenz zu ersetzen; dies führt ihn bei marktgängigen Waren zu einem weitgehenden Ausschluss entgangenen Gewinns.⁷⁰ Überdies plädiert *Flume* für die Unabhängigkeit der Marktpreisdifferenz von der tatsächlichen Vornahme eines Deckungsgeschäftes sowie einen generellen Vorrang dieses „abstrakten Wertansatzes“.⁷¹

Lediglich kurz weist *Flume* indes darauf hin, dass sich die von ihm vorgeschlagene Form der Anspruchsbemessung nicht mit der vom Gesetzgeber gewählten „Einheitslösung“ der §§ 249 ff. BGB verträgt.⁷² Im Unterschied hierzu

⁶⁵ *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 292 ff. zur Bedeutung des Wertes einer Sache und zum Verständnis des Kaufvertrages als Wertaustausch im juristischen Diskurs und *ebd.*, 299 ff. zur juristischen Umsetzung in Form der handelsrechtlichen Klage auf die Preisdifferenz; hierzu auch *ders.*, *Marktaustausch* (2019), 168 f.; *ders.*, *Juristische Blätter* 2020, 502, 510.

⁶⁶ *Ders.*, *Marktaustausch* (2019), 121 ff.

⁶⁷ *Ebd.*, 180; s. auch *ebd.*, 181 f., 147.

⁶⁸ *Ebd.*, 173; ausführlicher zur (ökonomischen) Risikostruktur des Kaufvertrages *ders.*, AcP 215 (2015), 282, 287 ff.

⁶⁹ *Ebd.*, 312 ff.

⁷⁰ *Ebd.*, 313, 316 f.; vertiefend zu einem neben der Marktpreisdifferenz geltend gemachten Verzögerungsschaden *ders.*, *Marktaustausch* (2019), 189 ff.

⁷¹ Zum „Verhältnis von abstraktem und konkretem Wertansatz“ *ders.*, AcP 215 (2015), 282, 319 ff.

⁷² *Ders.*, *Marktaustausch* (2019), 170 f.; expliziter Bamberger/Roth/*ders.* (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 277 f.; s. auch *ders.*, *Juristische Blätter* 2020, 502, 509 f., 513, 515.

weist diese Arbeit die fehlende Eignung der §§ 249 ff. BGB im Einzelnen nach. Sie setzt sich zu diesem Zweck mit den bisherigen dogmatischen Konzeptionen „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung auseinander. Ihr Schwerpunkt liegt auf der inhaltlichen Argumentation zu den zentralen Fragestellungen der Anspruchsbemessung.⁷³ Die Erkenntnisse *Flumes* werden mit diesem methodischen Ansatz insbesondere hinsichtlich der Rechtfertigung einer von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungsgeschäftes losgelösten Anspruchsbemessung, des generellen Vorrangs der Marktpreisdifferenz, sowie speziell in Hinblick auf den Anspruch des *Verkäufers* vertieft. Bezuglich letzterem gilt es, die vor allem dogmengeschichtliche Argumentation *Flumes* um eine präzise dogmatische Widerlegung der auf § 252 BGB gestützten Argumentation der Rechtsprechung zu verstärken.

III. Abkehr vom „allgemeinen“ Schadensrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs?

Zwischen 2018 und 2021 fand zwischen dem V. und dem VII. Senat des BGH eine viel beachtete Diskussion über die Zulässigkeit fiktiver Schadensberechnung in der kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungshaftung statt.⁷⁴ Es geht um Fälle, in denen die Nacherfüllung unterbleibt und der Sachleistungsgläubiger auf der Grundlage der *bereits erhaltenen* (mangelhaften) Leistung „kleinen“ Schadensersatz statt der *Nachbesserung* geltend macht. Das vordergründige Ergebnis der Auseinandersetzung ist eine fortan unterschiedliche Beantwortung der Zulässigkeit fiktiver Schadensberechnung im Werkvertragsrecht⁷⁵ einerseits sowie dem übrigen Vertragsrecht, insbesondere dem Kaufrecht,⁷⁶ und dem außervertraglichen Haftungsrecht⁷⁷ andererseits. Diese inhaltliche Spaltung der §§ 249 ff. BGB entlang der unterschiedlichen Beantwortung einer spezifischen Sachfrage fand im Schrifttum viel Beachtung.⁷⁸

Systematisch bedeutsamer ist es hingegen, wenn der V. Senat des BGH im Zusammenhang dieser Diskussion vom Dogma der allgemeinen Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB abrückt. Das Gericht führt aus, es

⁷³ Zu diesen Fragen § 2 A.

⁷⁴ BGH NJW 2018, 1463 (Urteil des VII. Senats); BGH ZIP 2020, 1073 (Anfragebeschluss des V. Senats); BGH NJW 2021, 53 (Antwortbeschluss des VII. Senats); NJW 2021, 1532 (Urteil des V. Senats).

⁷⁵ Hierzu die Entscheidungen des VII. Senats in Fn. 74.

⁷⁶ Hierzu die Entscheidungen des V. Senats in Fn. 74.

⁷⁷ Hierzu die beiden Entscheidungen des VI. Senats, BGH NJW 2019, 852, 853 (Rn. 6) und (implizit) BGH NJW-RR 2019, 144 (Rn. 6).

⁷⁸ Heinemeyer, NJW 2018, 2441; Popescu, BauR 2018, 1599; Seibel, MDR 2019, 263; Mohr, JZ 2019, 917; Riehm, NZM 2019, 273; ders., NJW 2021, 27; Walesch/Athie, NZBau 2020, 136; Looschelders, NJW 2021, 1501; Lorenz, JZ 2021, 630; Schieemann, JZ 2021, 939; Weiss, NJW 2021, 1047; Böffel, GVRZ 2022, 14.

„lässt sich den §§ 249 ff. BGB nicht entnehmen, wie der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht bemessen werden soll“.⁷⁹

Die Bemessung dieses Anspruchs müsse stattdessen anhand der Wertungen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts erfolgen.⁸⁰ Dies entspricht im Kern – ungeteilt der knappen Begründung – der zentralen These dieser Arbeit, wenn auch freilich die Bemessung des „kleinen“ Schadensersatzes statt der mangelfreien Leistung außerhalb ihres Untersuchungsgegenstandes liegt.⁸¹

Bisher ging die höchstrichterliche Rechtsprechung davon aus, dass lediglich § 249 I, II BGB auf den Schadensersatz statt der Leistung keine Anwendung finden könne.⁸² Diese Begründung setzt der V. Senat konsequent fort:⁸³ Die tatbestandliche Bezogenheit der §§ 250 f. BGB auf § 249 I BGB führt dazu, dass sich die Unanwendbarkeit des § 249 BGB auf diese Normen erstreckt.⁸⁴ Die Abkehr von der Einordnung der §§ 249 ff. BGB als *allgemeines* Schadensrecht wird vom V. Senat mit den folgenden Worten zusammengefasst:

„Obwohl die §§ 249 ff. BGB allgemein auf Schadensersatzansprüche anwendbar sind und die darauf bezogenen Normen ergänzen (...), regeln sie vor allem den Ausgleich des Integritätsinteresses. Dagegen dient der Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 BGB dem Ausgleich des Äquivalenzinteresses (...).“⁸⁵

Als Bezugspunkt des Äquivalenzinteresses hebt der V. Senat die im modernisierten Schuldrecht zentrale Stellung des Nacherfüllungsanspruchs hervor.⁸⁶ Das mit dessen Vorrang verbundene Ziel, dem Käufer zur versprochenen Leistung zu verhelfen, müsse zum Zwecke einer effektiven Umsetzung auch für den Schadensersatz statt der Leistung gelten.⁸⁷ Der V. Senat tritt mithin für einen Gleich-

⁷⁹ BGH ZIP 2020, 1073, 1075 (Rn. 14) unter expliziter Ablehnung anderslautender Stimmen im Rezensionsschrifttum, ebd. (Rn. 12); bestätigt in BGH BeckRS 2021, 45192 (Rn. 39).

⁸⁰ Ebd., 1075 f. (Rn. 19 f.).

⁸¹ Zum Untersuchungsgegenstand § 1 A.

⁸² Zweifelnd noch BGH NJW 1962, 390; für Ausschluss des § 249 BGB dagegen BGH NJW 1974, 143, 144 m.w.N.; NJW 2013, 370, 371 (Rn. 9); NJW 2018, 1463, 1464 f. (Rn. 23). Der Ausschluss der Naturalrestitution wird in der Rspr. regelmäßig auf § 249 II BGB erstreckt, BGH NJW 1987, 645, 646; NJW 2010, 3085, 3086 (Rn. 10, 12); BGH ZIP 2020, 1073, 1075 (Rn. 15); BGH NJW 2021, 53, 56 (Rn. 22).

⁸³ BGH ZIP 2020, 1073, 1075 (Rn. 15 ff.) mit einer knappen Analyse der §§ 249 I, II, 250, 251 I, II BGB.

⁸⁴ Ebd. (Rn. 15 f.); bestätigt in BGH NJW-RR 2022, 1307, 1308 f. (Rn. 14 f.).

⁸⁵ Ebd. (Rn. 13), Hervorh. vom Verf., mit Verweis auf BGH NJW 1983, 810 (Gaszug), worin das Äquivalenzinteresse vom Schutzzweck der deliktischen Verkehrssicherungspflichten abgegrenzt wird; bestätigt in BGH BeckRS 2021, 45192 (Rn. 39).

⁸⁶ BGH ZIP 2020, 1073, 1078 (Rn. 39) spricht beim „Vorrang des Erfüllungsanspruchs“ von einem „wesentliche(n) Strukturmerkmal“.

⁸⁷ Ebd. (Rn. 40).

lauf des Nacherfüllungsanspruchs mit dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ein.⁸⁸ Es sei zu beachten,

„dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach dem Konzept der Schuldrechtsreform den ausgebliebenen Erfüllungserfolg (...) ausgleichen soll; durch die Ersatzfähigkeit der Mängelbeseitigungskosten unabhängig von deren Aufwendung wird der Vorrang des Erfüllungsanspruchs schadensrechtlich umgesetzt“.⁸⁹

Indem sie den Zuschnitt der §§ 249 ff. BGB auf die außervertragliche Haftung behauptet, ist die Entscheidung des V. Senats eine wichtige Absatzbewegung von den §§ 249 ff. BGB. Der V. Senat schränkt sein Plädoyer für eine Schadensbemessung anhand der Wertungen des Leistungsstörungsrechts jedoch erheblich ein, wenn er seine Entscheidung für den Ersatz fiktiver Herstellungskosten ausdrücklich mit der Dispositionsfreiheit, einem Grundsatz der Schadensdogmatik, begründet.

„Die Dispositionsfreiheit des Geschädigten zählt für Sachschäden zu den anerkannten Grundsätzen des deutschen Schadensersatzrechts (...). Selbst die Entscheidung, von der Mängelbeseitigung ganz abzusehen, wird von der Dispositionsfreiheit des Käufers gedeckt.“⁹⁰

Der VII. Senat schließt sich der These des V. Senats zur umfassenden Unanwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB nicht an. Er lehnt – in Übereinstimmung mit der bisher allgemeinen Meinung⁹¹ – lediglich die Anwendbarkeit des § 249 BGB ab.⁹² Der Sache nach spricht er sich freilich gegen die Ersatzfähigkeit fiktiver Herstellungskosten aus. Seine diesbezügliche Argumentation stützt auch der VII. Senat – neben Besonderheiten des Werkvertragsrechts⁹³ – maßgeblich auf schadensrechtliche Wertungen.⁹⁴

⁸⁸ Ebd., 1077f. (Rn. 34) in Abgrenzung zur mangelhaften Leistung. Mit der Rückführung der Ersatzfähigkeit von Herstellungskosten auf den Nacherfüllungsanspruch knüpft der V. Senat explizit an seine vorangehende Rechtsprechung an, hierzu BGH NJW 2012, 2793 (Rn. 31); NJW 2015, 468 (Rn. 33).

⁸⁹ BGH ZIP 2020, 1073, 1078 (Rn. 40), Hervorh. vom Verf.

⁹⁰ Ebd., 1079 (Rn. 44, 46), Hervorh. vom Verf.; vgl. hierzu noch ebd. (Rn. 48) mit Verweis auf BGHZ 99, 81 (= BGH NJW 1987, 645), der Grundsatzentscheidung des VII. Senats für die Ersatzfähigkeit fiktiver Herstellungskosten im Werkvertragsrecht sowie ebd. (Rn. 50f.).

⁹¹ Hierzu ausführlich § 5 B. II.

⁹² BGH NJW 2021, 53, 56ff. (Rn. 22, 33); ebenso zuvor NJW 2018, 1463, 1464f. (Rn. 23).

⁹³ BGH NJW 2021, 53, 56ff. (Rn. 23, 32, 39, 41ff., 58ff.); knapp auch NJW 2018, 1463, 1465 (Rn. 34).

⁹⁴ Ebd., 1465ff. (Rn. 24ff., 32f., 38f., 41, 44ff.); NJW 2021, 53, 56ff. (Rn. 25, 29, 37, 40).

E. Methode und Gang der Darstellung

Nach der hier vertretenen These geht es bei der Bemessung des Schadensersatzes statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung darum, sich umfassend vom Normenbestand der §§ 249 ff. BGB sowie der hierzu entwickelten schadensrechtlichen Dogmatik zu lösen. Diese Arbeit hat den Nachweis zum Gegenstand, dass sich beides aufgrund seiner Ausrichtung an der außervertraglichen Haftung, einschließlich der hiermit vergleichbaren Integritäts- und Verzugshaftung im bestehenden Vertrag, nicht dazu eignet, den Anspruch auf Schadensersatz statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung zu bemessen.

I. Methode

Zum Nachweis dieser These legt die Arbeit einen ausschließlich rechtsdogmatischen Ansatz zugrunde;⁹⁵ insbesondere erfolgt weder eine ökonomische Analyse der Interessenlage bei Nichterfüllung im Kaufvertrag über marktgängige Waren noch eine Untersuchung zum Marktpreis (einschließlich des Zugangs der Parteien zu demselben) als Funktionsbedingung der hier vorgeschlagenen Neukonzeption.⁹⁶ Positiv gewendet zielt das in dieser Arbeit zugrunde gelegte Verständnis von Dogmatik darauf ab, zur Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der Leistung ein Modell zu entwickeln, das die Interessenlage des nicht befriedigten Vertragsgläubigers anhand dreier grundlegender Fragestellungen besser erfasst und ordnet⁹⁷ als die *schadensrechtlich* konzipierten Modelle von „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung.

⁹⁵ Ernst, Gelehrtes Recht, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 3, 15 („strictly legal point of view“); s. noch zum Theoriebegriff im Sinne eines Grund- und Gesamtverständnisses für einen Normenkomplex oder eine einzelne Norm *ebd.*, 40 ff.; Lobinger, AcP 216 (2016), 28, 79. Für einen groben Überblick über Begriffsdefinitionen von Dogmatik Waldhoff, Kritik und Lob der Dogmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), 17, 22 ff.; Lennartz, Dogmatik als Methode (2017), 149 ff.

⁹⁶ Ausführlich zu den (ökonomischen) Grundlagen des Marktpreises Flume, Marktaustausch (2019), 49 ff., 59 ff.; *ders.*, JZ 2020, 594, 598 ff.; *ders.*, Marktermöglichung durch Recht im digitalen Zeitalter (2023), 83, 87 ff.; zur Entwicklung des Marktpreises als Referenzpunkt in der juristischen Literatur *ders.*, Marktaustausch (2019), 64 ff. In der Offenlegung der Beschränkung des eigenen Ansatzes ist sich diese Arbeit der Gefahren eines allein nach dem „strictly legal point of view“ (Ernst, Gelehrtes Recht, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 3, 15) verfahrenden Verständnisses von Rechtswissenschaft bewusst, hierzu statt vieler Jestaedt, Wissenschaftliches Recht, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), 117, 131 ff. Explizit zu den Defiziten einer *ausschließlichen* Konzeption von Rechtswissenschaft nach dem „strictly legal point of view“ Grünberger, AcP 218 (2018), 213, 243 f., spezifisch im Kontext des Vertragsrechts *ebd.*, 239 f.; *ders.*, AcP 219 (2019), 924, 927 f.

⁹⁷ Zu diesem Verständnis von Rechtsdogmatik allgemein Bumke, Rechtsdogmatik (2017), 51 f., 53; zu den „juridischen Funktionen“ als Zielen von Rechtsdogmatik *ebd.*, 91 f., 96; zur juristischen Argumentation rechtsdogmatischer Texte *ebd.*, 130, 132; zur

Gegenstand der Kritik, die §§ 249 ff. BGB als ausnahmslos allgemeines Schadensrecht anzuwenden, ist mithin der bisherige dogmatische Zugriff auf die Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der Leistung. Der methodische Ansatz dieser Arbeit nimmt das von der allgemeinen Meinung *lediglich behauptete* Dogma von der allgemeinen Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB, einschließlich der hierzu entwickelten Schadensdogmatik, ernst. Mit dem Nachweis der These, dass die §§ 249 ff. BGB an der Haftung für Einbußen ausgerichtet sind, wird die bisherige Grundannahme widerlegt, dass es (auch) bei der Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung um den Ersatz eines Schadens geht. Auf die von der Anspruchsgrundlage unabhängige Geltung des Schadensrechts beruft sich die allgemeine Meinung bisher als eines dogmatischen Lehrsatzes, von dem sich die konkreten Konzepte zur Anspruchsbemessung weitgehend lösen und von dem diese nur noch in geringem Umfang gesteuert werden.

Mittelpunkt der vertraglichen Schadensberechnung sollte nicht ein abstrakter Lehrsatz sein, sondern die in Fragen gekleidete Interessenlage des nicht befriedigten Vertragsgläubigers. Die §§ 249 ff. BGB können kein *allgemeines Schadensrecht* sein, wenn ihre Normaussagen diese Interessenlage nicht erfassen und die Fragen zur Anspruchsbemessung weitgehend unbeantwortet lassen. Es schadet nicht nur der Transparenz und Konsistenz vertraglicher Schadensberechnung, wenn sie ungeachtet der fehlenden Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB in eben diesen Normen ihre Grundlage findet. Der Rückbezug auf das Schadensrecht führt auch zu Ergebnissen, die sich mit dem Anspruchszweck nicht vereinbaren lassen, und lediglich „von außen“ aus einer ungeeigneten Perspektive an diesen herangetragen werden.

II. Gang der Darstellung

Den Leitfaden der Untersuchung bilden für beide Vertragsparteien drei grundlegende Fragen zur Anspruchsbemessung, die in § 2 vorgestellt werden. Bevor in § 3 die bisherigen Lösungsansätze beschrieben werden, dient ein fiktiver Parteivortrag zur Anspruchsbemessung dazu, die Interessenlage beider Vertragsgläubiger in Bezug auf die drei grundlegenden Fragen argumentativ auszuleuchten. Die sich anschließende Beschreibung der *schadensrechtlichen* Modelle, nach denen Rechtsprechung und Literatur den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bemessen, ist noch frei von der Kritik, wonach sich weder die Normen noch die Dogmatik des „allgemeinen“ Schadensrechts dazu eignen, die grundlegenden Fragen der Anspruchsbemessung zu adressieren. Gleichermassen wird in § 4 die hier vorgeschlagene Neukonzeption vorgestellt, ohne Bezug auf deren Verhältnis

Erarbeitung alternativer Konzepte als Gegenstand von Rechtsdogmatik *ebd.*, 102 f., 120 f. Pointiert dazu, dass Dogmatik über die Auslegung von Normen hinausgeht, *Lenhart*, Dogmatik als Methode (2017), 132 ff.; knapp auch *Bumke*, Rechtsdogmatik (2017), 49 mit Fn. 174.

zum Schadensrecht sowie auf ihre eigenen normativen Grundlagen zu nehmen. Eine sowohl die bisherigen Modelle als auch die Neukonzeption jeweils abschließende Lösung der Beispielefälle stellt sicher, dass die drei grundlegenden Fragen zur Anspruchsbemessung der zentrale Bezugspunkt der Untersuchung bleiben.

Im Hauptteil (§§ 5f.) führt die Arbeit in § 5 den Beweis, dass die §§ 249 ff. BGB die Interessenlage des nicht befriedigten Vertragsgläubigers nicht in den Blick nehmen, da sowohl der Normenbestand als auch die Differenzhypothese als zentraler Grundsatz der schadensrechtlichen Dogmatik an Haftungstatbeständen ausgerichtet sind, die den Ausgleich von Einbußen zum Gegenstand haben. Indem die Ausrichtung der §§ 249 ff. BGB und deren fehlende Eignung zur Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung anhand der drei grundlegenden Fragen nachgewiesen werden, wird den bisherigen Ansätzen die von ihnen lediglich behauptete normative Grundlage entzogen. Der entscheidende methodische Unterschied zwischen dem hiesigen Ansatz und den bisherigen Modellen zur Anspruchsbemessung liegt darin, dass letztere das Schadensrecht normativ zugrunde legen, ohne den Bezug zwischen Modell und Normtext zu reflektieren und zu begründen.

Im Anschluss an den Nachweis, dass die §§ 249 ff. BGB kein allgemeines, auch die Sachfragen des Schadensersatzes statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung einschließendes Schadensrecht sind, wird in § 6 der eigene Vorschlag zur Anspruchsbemessung argumentativ entwickelt. Die (am Beispiel des Kaufvertrages entwickelte) Neukonzeption erfasst den Anspruchsinhalt nicht weiter aus der unzutreffenden Perspektive einer aus der Nichtleistung resultierenden Vermögenseinbuße, sondern unter unmittelbarem Zugriff auf die ausbleibende Leistung. Es soll dem Gläubiger ermöglicht werden, die ausbleibende Kaufsache ersatzweise zu erhalten (Käufer) oder den ausbleibenden Kaufpreis ersatzweise zu erzielen (Verkäufer). Mit einem nach diesem Zweck konzipierten Anspruchsinhalt können die drei grundlegenden Fragen zur Anspruchsbemessung für beide Vertragsgläubiger entsprechend der in § 4 vorgestellten Neukonzeption beantwortet werden.

§ 2 Das vollständige Ausbleiben der Leistung im Kaufvertrag: Drei grundlegende Fragen zur Anspruchsbestimmung

In Umsetzung des beschränkten Untersuchungsgegenstandes behandeln die folgenden Beispiele Fälle die vollständige Nichterfüllung des Kaufvertrages über marktgängige Waren. Sie adressieren die Bemessung des käufer- und verkäuferseitigen Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung. In § 2 werden die drei zentralen Fragen und die maßgeblichen Argumentationsmuster zu ihrer Beantwortung vorgestellt. Dies bildet die Grundlage, auf der in § 3 die bisher vertretenen Lösungsansätze und in § 4 das eigene Modell zur Lösung der Beispiele Fälle vorgestellt werden.

A. Die beiden Grundkonstellationen und jeweils drei grundlegende Fragen

I. Der nicht beliebte Käufer

Fall: Käufer K und Verkäufer V schließen in den Wintermonaten einen Kaufvertrag über die Lieferung von 100 Kisten Wein zum Preis von jeweils 500 Euro. K vertreibt alkoholische Getränke in einem eigenen Ladengeschäft, V ist Importeur eines Herstellers aus Italien. Von den 100 Kisten Wein sind zehn Kisten für den eigenen Verzehr, die übrigen 90 Kisten für den Verkauf im Ladengeschäft vorgesehen.

Zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt im Herbst des Folgejahres liefert V nicht. Dies ändert sich auch nach einer von K gesetzten Nachfrist nicht. K erwägt nun sein weiteres Vorgehen. Der Kaufpreis auf dem für K zugänglichen Einkaufsmarkt beträgt mittlerweile 800 Euro. Der Marktpreis der Weiterveräußerung beträgt mittlerweile 1.000 Euro, zum Fälligkeitszeitpunkt hätte die Kiste Wein für 900 Euro abgesetzt werden können.

Frage 1: Kann K von V „lediglich“ den Mehrbetrag verlangen, den er aufwenden muss, um sich die zum Absatz bestimmten Kisten ersatzweise am Markt zu beschaffen (300 Euro), oder stattdessen unmittelbar auf den Betrag seiner Händlerspanne (400/500 Euro) zugreifen?

Frage 2: Kann K die nach dem Marktpreis anfallenden Mehrkosten eines Deckungskaufs (300 Euro) von V ersetzt verlangen, auch wenn noch unklar ist, ob

solche tatsächlich anfallen, oder muss er stattdessen abwarten, bis er eine Ersatzbeschaffung tatsächlich vornimmt, und ist mithin auf die Berechnung der Mehrkosten nach dem Preis eines tatsächlich abgeschlossenen Deckungskaufs beschränkt?

Frage 3: Kann K die nach dem Marktpreis anfallenden Mehrkosten (300 Euro) von V auch dann noch ersetzt verlangen, wenn er bereits vor dem Schadensersatzverlangen ein Deckungsgeschäft zu einem günstigeren Preis abgeschlossen hat oder ein solches jedenfalls vor Erfüllung des Schadensersatzanspruchs noch abschließt – und ist er im umgekehrten Fall eines teureren Deckungsgeschäftes auf die nach dem Marktpreis anfallenden Mehrkosten beschränkt?

II. Der nicht bezahlte Verkäufer

Fall: Verkäufer V einigt sich mit Käufer K über die Lieferung von fünf Kisten Wein zum Preis von jeweils 1.000 Euro. Seinerseits angeschafft hat V die Kisten zu jeweils 500 Euro, was auch noch der zwischenzeitliche Marktpreis des Einkaufs ist.

Bei Fälligkeit des Zahlungsanspruchs zahlt K nicht, auch eine Fristsetzung verstreicht fruchtlos. V möchte nun von K „anstelle des Kaufpreises“ Schadensersatz verlangen. Er verbindet hiermit das Ziel, die Weinkisten nicht weiter für K vorhalten zu müssen; er will nicht weiter darauf warten, ob dieser noch irgendwann leistet. Er will über die Ware anderweitig disponieren und unter das Vertragsverhältnis mit K einen Schlussstrich ziehen. Der Marktpreis eines Deckungsverkaufs beträgt mittlerweile nur noch 800 Euro.

Frage 1: Kann V von K „lediglich“ den Mindererlös verlangen, der für ihn mit einem ersatzweisen Warenabsatz der fünf Kisten an einen anderen Abnehmer zum Marktpreis einhergeht (200 Euro), oder kann er stattdessen unmittelbar auf den Betrag seiner Händlerspanne, das heißt den für ihn mit dem Verkauf an K verbundenen Absatzgewinn (500 Euro) zugreifen?

Frage 2: Kann V den nach dem Marktpreis anfallenden Mindererlös eines Deckungsverkaufs (200 Euro) von K ersetzt verlangen, auch wenn noch unklar ist, ob ein solcher tatsächlich anfällt, oder muss er stattdessen abwarten, bis er eine Ersatzveräußerung tatsächlich vornimmt, und ist mithin auf die Berechnung des Mindererlöses nach dem Preis eines tatsächlich abgeschlossenen Deckungsverkaufs beschränkt?

Frage 3: Kann V den nach dem Marktpreis anfallenden Mindererlös (200 Euro) von K auch dann noch ersetzt verlangen, wenn er bereits vor dem Schadensersatzverlangen ein Deckungsgeschäft zu einem höheren Preis abgeschlossen hat oder ein solches jedenfalls vor Erfüllung des Schadensersatzanspruchs noch abschließt – und ist er im umgekehrten Fall eines geringeren Deckungsverkaufspreises auf den nach dem Marktpreis anfallenden Mindererlös beschränkt?

B. Fiktiver Parteivortrag zur Anspruchsbemessung

I. Anspruch des Käufers: Zwischen Deckungskauf und gescheitertem Anschlussgeschäft

V ist bereit, an K pro Kiste Wein 300 Euro zu zahlen. Hierdurch sei K im Falle einer ersatzweisen Beschaffung – trotz des zwischenzeitlich gestiegenen Marktpreises – so gestellt, als hätte er die Kisten von ihm (V) für 500 Euro erworben: Wirtschaftlich betrachtet sei es kein Unterschied, ob K die 500 Euro an ihn (V) zahlt und hierfür die Waren erhält, oder ob er die Waren ersatzweise zum Marktpreis von 800 Euro von einem anderen Verkäufer erwirbt, hierfür aber mit 300 Euro von ihm (V) ausgeglichen wird.⁹⁸

1. Nachweis eines Deckungskaufs oder abstrakte Preisdifferenz?

V fragt sich freilich, ob K für die Erstattung der 300 Euro nachweisen müsse, dass er die Waren tatsächlich anderweitig – zu dem gestiegenen Marktpreis i. H. v. 800 Euro – erworben hat, oder ob es genügt, dass der Marktpreis zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens um 300 Euro über dem Kaufpreis liegt. Immerhin sei es möglich, dass K entweder, dem gestiegenen Marktpreis zum Trotz, eine Beschaffung zu besonders günstigen Konditionen gelingt, oder dass der Marktpreis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme einer Ersatzbeschaffung (wieder) gefallen ist.⁹⁹ Es sei zur Beantwortung dieser Frage wohl entscheidend, ob bereits die bloße Tatsache der gescheiterten Vertragsabwicklung, in Verbindung mit einem gestiegenen Marktpreis zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens, als „Schaden“ beziehungsweise ersatzbegründender Umstand eingeordnet werden könne.¹⁰⁰ Es komme immerhin auch in Betracht, dass ein „Schaden“ erst nach Durchführung einer ersatzweisen Beschaffung (endgültig) feststeht – wenn sich erwiesen hat, um wie viel teurer K die Waren anderweitig erwerben konnte.

K meint, dass es nicht auf den tatsächlichen Abschluss eines *Deckungskaufs* ankommen könne. Mit Abschluss des Kaufvertrages habe er sein Erwerbsinteresse hinreichend „dokumentiert“.¹⁰¹ Der Anspruch auf Schadensersatz statt der

⁹⁸ Diese Funktion der „Marktpreisdifferenz“ wurde am prägnantesten beschrieben von Flume, AcP 215 (2015), 282, 290; es geht – wie auch dessen Fn. 22 auf S. 290 zeigt – nicht um einen Wertersatz für die Kaufsache, sondern um den „monetären Wert des (Kauf-)Vertrages“, so auch der Titel des Archivaufsatzes. Vertiefend zum historischen und wirtschaftlichen Kontext der Marktpreisregel *ders.*, Marktaustausch (2019), 167 ff.

⁹⁹ Einen guten Überblick zu diesem Einwand des „günstigen“ Deckungsgeschäftes gibt Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 112 ff. (mit eigenem Lösungsvorschlag auf S. 115 f.).

¹⁰⁰ Für eine solche (schadensrechtliche) Deutung in der Form entgangenen Mehrwertes *ebd.*, 78 ff.

¹⁰¹ *Ebd.*, 97.

Leistung habe den Zweck, ihm eine Ersatzbeschaffung zu ermöglichen. Der Anspruch diene nicht dazu, einen Nachteil auszugleichen, sondern ihm den andernfalls ausbleibenden Vorteil des für ihn „günstigen“ Vertrages zuzuführen. Es sei vor dem Hintergrund dieser Zwecksetzung hinzunehmen, dass die Mehrkosten unter Umständen auch ausgeglichen werden, obwohl sie tatsächlich nicht angefallen sind.

Im Regelfall des fortbestehenden Erwerbsinteresses bewirke die Bemessung des Anspruchs nach Marktpreisen lediglich eine ausgeglichene Risikozuweisung. Es komme nicht mehr auf den für die Parteien zeitlich „zufälligen“ Abschluss eines Deckungskaufs, sondern darauf an, wann er (K) sich für den Übergang (§ 281 IV BGB) vom Erfüllungsanspruch auf die Ebene der ersatzrechtlichen Befriedigung seines Leistungsanspruchs entscheidet. Eine solche Entkopplung des Ersatzanspruchs von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungskaufs erlaube es ihm (K) einerseits, auf fallende Einkaufspreise zu spekulieren, weise ihm jedoch als Kehrseite auch das Risiko zu, dass diese weiter steigen und er von V dennoch keinen höheren Ersatzbetrag verlangen kann.

2. Beschränkung auf Deckungskosten oder Rückgriff auf Gewinnentgang?

Letztlich interessiert sich K freilich für diese Fragen nicht. Er gibt sich mit dem Betrag von 300 Euro nicht zufrieden. Er macht geltend, dass die von V geschuldete Lieferung ihm einen noch größeren wirtschaftlichen Vorteil bringen würde. Der Zahlung des Kaufpreises von jeweils 500 Euro stünde ein (gegenwärtiger) Weiterveräußerungspreis von jeweils 1.000 Euro gegenüber. Er (K) hätte mithin pro Kiste Wein einen Gewinn von 500 Euro erwirtschaftet. V müsse ihm deshalb 500 Euro pro Kiste ersetzen, da ihm dieser Betrag allein infolge des Umstands entgehe, dass V nicht leistet. Nur der Ersatz entgangenen Gewinns stellte ihn so, als ob der Kaufvertrag mit V ordnungsgemäß abgewickelt worden wäre. Es spreche in seinem Tätigkeitsbereich als Kaufmann auch unabhängig von einem konkret geplanten Absatzgeschäft eine Vermutung (§ 252 S. 2 BGB) dafür, dass er mit jeder Kiste Wein einen Gewinn von 500 Euro erzielt hätte.

Hiergegen wendet V ein, dieser Gewinn sei K nicht endgültig entgangen. Vielmehr habe dieser die Möglichkeit, die Weinkisten ersatzweise zu beschaffen und anschließend (anderweitig) abzusetzen. Ein im Wege der Weiterveräußerung erzielbarer Geschäftsgewinn könne, gerade auch bei zwischenzeitlich gesunkenen Marktpreisen, zumindest teilweise nachgeholt werden; von einem „endgültigen“ Gewinnentgang könne bei marktgängigen Waren angesichts der Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung keine Rede sein.¹⁰² Wie auch im Falle der ordnungsgemäß

¹⁰² Zu diesem Einwand des Verkäufers Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 184 f.; Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 327 f.; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 133 ff., insb. 137 ff.; Flume, AcP 215 (2015), 282, 313 f., 316.

ßen Erfüllung liege das Absatzrisiko allein in der Sphäre des K. Diesen treffe eine Deckungsobligation. Führte K eine Weiterveräußerung mittels ersatzweise beschaffter Waren tatsächlich durch, erhielte er den Gewinn doppelt; verzichtete er auf ein Ersatzgeschäft, erhielte er einen Gewinn ersetzt, der ihm nicht infolge der Nichtleistung, sondern erst aufgrund eigener Untätigkeit entgangen sei.

K denkt zur Abwehr dieses Einwands über die Behauptung „ständiger Anschlussgeschäfte“ nach.¹⁰³ Er fragt sich demnach, ob er gegen die von V behauptete Deckungsobligation einwenden könne, *ständig* Weinkisten der vereinbarten Art weiterzuveräußern. Unter Zugrundelegung dieser Prämisse sei ihm die Nachholung eines gegenüber einem seiner Abnehmer geplatzten Gewinneschäftes verwehrt: Es könne nicht durch „nachträgliche Dispositionen im Terminkalender“ wieder „herein gewirtschaftet“ werden. Sämtliche „ersatzweise“ beschafften Weinkisten hätte er (K) ohnehin beschafft und anschließend weiterveräußert. Der hierbei erzielbare Geschäftsgewinn sei mithin von einer „Ersatzbeschaffung“ unabhängig; für zusätzliche Geschäfte sei aufgrund der „ständigen Auslastung“ schlicht kein Raum.

V hält diese Erwiderung für nicht stichhaltig. Die Argumentation des K helfe nicht darüber hinweg, dass *nicht aus einer Kaufsache zweimal Gewinn* erwirtschaftet werden könne. Er (V) bestreite gar nicht, dass K auch im Falle ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung eine bestimmte Anzahl an Weiterveräußerungsgeschäften ohnehin vorgenommen hätte. Dies sei aber nicht mit der Behauptung gleichzusetzen, der aus einem geplatzten Geschäft erzielbare Gewinn sei *insgesamt nicht mehr* nachholbar. Eine „Nachholung“ sei immer schon dann möglich, wenn (irgend-)ein zusätzliches Geschäft an die Stelle eines geplatzten Weiterveräußerungsgeschäftes treten kann. Grundsätzlich davon auszugehen, eine solche Option bestünde nicht, komme der Fiktion gleich, jeder Verkäufer marktgängiger Waren habe sein Umsatzlimit bereits erreicht.¹⁰⁴

II. Anspruch des Verkäufers: Zwischen Deckungsverkauf und gescheitertem Absatzgeschäft

K ist bereit, an V pro Kiste Wein 200 Euro zu zahlen. Hierdurch sei V im Falle einer ersatzweisen Veräußerung – trotz des zwischenzeitlich gesunkenen Markt-

¹⁰³ Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 459 bezeichnet dies als „überall wohlbekannte[.] Erwägung“; dieselbe Überlegung findet sich auch bei Staub/Heichen, Handelsgesetzbuch (14. Auflage 1933), Anhang zu § 374 Rn. 60 a.E.; hierzu auch Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 60 und ausführlicher *ebd.*, 135 ff.; das Argument vom „zusätzlichen Absatz“ verwenden auch Bach, ZJS 2013, 1, 7; Gsell, FS Canaris zum 80. Geburtstag (2017), 451, 464 in Fn. 39.

¹⁰⁴ In Hinblick auf die Absatzkapazität entgegengesetzt Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 136 („Als Regel muß aber von Sachverhalten ausgegangen werden, in denen der Käufer laufend einkauft, um weiterzuverkaufen.“).

preises – so gestellt, als hätte er die Kisten an ihn (K) für 1.000 Euro veräußert: Wirtschaftlich betrachtet sei es kein Unterschied, ob V die 1.000 Euro von ihm (K) erhält und hierfür die Kisten an ihn abgibt oder ob er die Kisten ersatzweise zum Marktpreis von 800 Euro an einen anderen Käufer abgibt, hierfür aber mit 200 Euro von K ausgeglichen wird.¹⁰⁵

1. Nachweis eines Deckungsverkaufs oder abstrakte Preisdifferenz?

K fragt sich freilich, ob V für die Erstattung der 200 Euro nachweisen müsse, dass er die Waren tatsächlich anderweitig – zu dem gesunkenen Marktpreis i. H. v. 800 Euro – veräußert hat, oder ob es genügt, dass der Marktpreis zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens um 200 Euro unterhalb des Kaufpreises liegt. Immerhin sei es möglich, dass V, dem gesunkenen Marktpreis zum Trotz, eine Veräußerung zu besonders günstigen Konditionen gelingt, oder dass der Marktpreis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme einer Ersatzveräußerung wieder angestiegen ist.¹⁰⁶ Es sei zur Beantwortung dieser Frage nach der Abstraktion des Ersatzbeitrages von der tatsächlichen Vornahme einer Ersatzveräußerung wohl entscheidend, ob bereits die bloße Tatsache der gescheiterten Vertragsabwicklung zwischen ihm und V als „Schaden“ eingeordnet werden könne, falls nur der Marktpreis zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens entsprechend gesunken ist.¹⁰⁷

Näher liege es für ihn (K), dass ein „Schaden“ erst nach Durchführung einer ersatzweisen Veräußerung (endgültig) feststeht – wenn sich erwiesen hat, um wie viel weniger V die Ware anderweitig absetzen konnte. Es handele sich beim Differenzbetrag zwischen Kaufpreis und (gesunkenem) Marktpreis um einen Schaden in der Form *entgangenen Gewinns*: Anders als geplant, habe V einen bestimmten Betrag des im Vertrag mit ihm (K) vorgesehenen *Geschäftsgewinns* nicht realisieren können.¹⁰⁸ Ein solcher Gewinnentgang stehe freilich erst fest, nachdem V eine ersatzweise Veräußerung tatsächlich durchgeführt hat. Erst dann wisse er (K), wie viel weniger V als Kaufpreis erzielt hat, als wenn er erfolgreich an ihn (K) veräußert hätte. Entscheidend sei das „ob“, „wann“ und „wie viel“

¹⁰⁵ Diese Funktion der „Marktpreisdifferenz“ wurde am prägnantesten beschrieben von Flume, AcP 215 (2015), 282, 290; knapp auch Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 151 („Die Abnahme ist nicht an die Person des Käufers gebunden“); ähnlich Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 186. Vertiefend zum historischen und wirtschaftlichen Kontext der Marktpreisregel Flume, Marktaustausch (2019), 167 ff.

¹⁰⁶ Einen guten Überblick zu diesem Einwand des „günstigen“ Deckungsgeschäftes gibt Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 161 ff. (mit eigenem Lösungsvorschlag auf S. 163 f.).

¹⁰⁷ Für eine solche (schadensrechtliche) Deutung in der Form entgangenen Mehrwertes *ebd.*, 149 f.

¹⁰⁸ Für eine solche Einordnung Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 317 („Gewinnminderungsschaden“), 319 („Minderpreisdifferenz“).

einer Ersatzveräußerung. Entgangener Gewinn unabhängig von einer tatsächlichen, von einer Ersatzveräußerung bedingten, Vermögensentwicklung sei wohl nur auf der Grundlage und in den Grenzen einer gesetzlich anerkannten Vermutung (§ 252 S. 2 BGB) möglich.

V meint hingegen, dass es auf die tatsächliche Durchführung eines *Deckungsverkaufs* nicht ankommen könne. Bei dem Ersatz der 200 Euro handele es sich um die monetäre Umsetzung seines Leistungsinteresses. Dieses bilde sich jedenfalls darin ab, um wie viel für ihn (im Zeitpunkt des Ersatzverlangens) eine Veräußerung zu den Konditionen des mit K geschlossenen Kaufvertrages „günstiger“ ist als eine Veräußerung zu Marktpreisen. Dieser Vorteil sei etwas anderes als entgangener Gewinn i. S. d. § 252 BGB. Diesbezüglich gehe es um den Ersatz von Folgeauswirkungen, die ein schädigendes Ereignis auf das übrige Vermögen des von einem bestimmten Haftungsergebnis „Geschädigten“ nimmt. Die Differenz i. H. v. 200 Euro sei keine solche Folgewirkung, sondern unmittelbarer Ausdruck dessen, was ihm (V) bereits aufgrund seines Leistungsanspruchs zusteht.

Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung diene nicht dazu, einen Nachteil auszugleichen, sondern ihm (V) den andernfalls ausbleibenden Vorteil des *für ihn „günstigen“ Vertrages* zuzuführen. Es sei vor dem Hintergrund dieser Zwecksetzung hinzunehmen, dass unter Umständen ein Mindererlös ausgeglichen wird, der tatsächlich nicht anfällt. Die Veräußerung sei schließlich nicht an ihm (V) gescheitert. In der Regel bewirke die Bemessung des Anspruchs nach Marktpreisen denn auch lediglich eine ausgeglichene Risikozuweisung. Es liege an seiner Entscheidung als Gläubiger, nach welchem Zeitpunkt der Anspruch bemessen wird. Damit komme es nicht mehr auf den für die Parteien zeitlich „zufälligen“ Abschluss eines Deckungsverkaufs, sondern darauf an, wann er (V) sich für den Übergang (§ 281 IV BGB) vom Erfüllungsanspruch auf die Ebene der ersatzrechtlichen Befriedigung seines Leistungsanspruchs entscheidet. Eine solche Entkopplung des Ersatzanspruchs von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungsverkaufs erlaube es ihm einerseits, auf steigende Verkaufspreise zu spekulieren, weise ihm jedoch als Kehrseite auch das Risiko zu, dass diese weiter sinken und er von K dennoch keinen höheren Ersatzbetrag verlangen kann.

2. Beschränkung auf Mindererlös oder Rückgriff auf Gewinnspanne?

Letztlich interessiert sich V freilich für diese Fragen nicht. Er gibt sich mit dem Betrag von 200 Euro nicht zufrieden, sondern macht geltend, dass die von K geschuldete Kaufpreiszahlung für ihn einen noch größeren wirtschaftlichen Vorteil bedeute. Der Zahlung des Kaufpreises von jeweils 1.000 Euro stünden Einkaufskosten von jeweils 500 Euro gegenüber. Er (V) hätte mithin pro Kiste Wein einen Gewinn von 500 Euro erwirtschaftet. K müsse ihm deshalb 500 Euro pro Kiste ersetzen. Dieser Betrag entgehe ihm allein infolge des Umstands, dass K

nicht zahlt.¹⁰⁹ Nur der Ersatz entgangenen Gewinns stellte ihn so, als ob der Kaufvertrag mit K ordnungsgemäß abgewickelt worden wäre.

Hiergegen wendet K sogleich ein, dieser Gewinn sei V nicht endgültig entgangen. Vielmehr habe dieser die Möglichkeit, die im Zuge der Nichterfüllung des Vertrages *einbehaltenen* Kisten Wein anderweitig abzusetzen. Der Geschäftsgewinn könne hierdurch – auch bei gesunkenen Marktpreisen – zumindest teilweise nachgeholt werden; von einem „endgültigen“ Gewinnentgang könne demnach zum jetzigen Zeitpunkt noch keine Rede sein.¹¹⁰ Gegen das Argument des V, er sei im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung so zu stellen, wie er auch *bei ordnungsgemäßer Erfüllung* stünde, und ihm sei mithin die volle Gewinnspanne von 500 Euro zu ersetzen, wendet K ein, in diesem Fall hätte V sich auch der Kaufsache begeben müssen. Infolge dessen Schadensersatzverlangens entfalle nun aber die Pflicht des V, die Kaufsache zu übergeben und zu übereignen, und V behalte die Kaufsache zunächst ein.¹¹¹ Dieser Umstand stehe einem Ersatz der „vollen“ Gewinnspanne entgegen. Veräußerte V die Weinkisten anderweitig, erhielte er einen Gewinn ersetzt, der ihm tatsächlich nicht entgeht; verzichtete er auf eine solche Veräußerung, sei er selbst für den Entgang des Absatzgewinns verantwortlich.

V denkt zur Abwehr des Einwands vom Einbehalt der Kaufsache über die Behauptung „ständiger Anschlussgeschäfte“ nach.¹¹² Er fragt sich demnach, ob dieser mit dem Vorbringen erwidert werden könne, er (V) *veräußere* Weinkisten der vereinbarten Art *ständig weiter* – eine Nachholung des wegen K geplatzten Geschäftsgewinns sei ihm vor diesem Hintergrund verwehrt. Das einmal geplätzte Geschäft mit K könne nicht durch „nachträgliche Dispositionen im Terminkalender“ ersetzt werden. Die Vertragsabschlüsse über die Anzahl an einbehaltenen Kisten Wein hätte er (V) ohnehin vorgenommen, auch dann, wenn K die für ihn bestimmten Kisten bezahlt und abgenommen hätte. Für diesen Fall hätte er sich anstelle der einbehaltenen Kisten Wein entweder zusätzliche Waren beschafft oder auf seinen Warenbestand zurückgegriffen. Der bei der Veräußerung der einbehaltenen Kisten Wein erzielte Geschäftsgewinn sei deshalb unabhängig vom

¹⁰⁹ Grundlegend BGH JZ 1961, 27 (Wein); BGH NJW 1994, 2478 f. (Gebrauchtwagen).

¹¹⁰ Zu diesem Einwand des Käufers *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 171; *Roussos*, Schaden und Folgeschaden (1992), 317 f.

¹¹¹ Pointiert zur zentralen Bedeutung des Einbehalts der Kaufsache für die Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 322 („Die Bestimmung des Nichterfüllungsschadensersatzes des Verkäufers bereitet erheblich größere Schwierigkeiten als der spiegelbildliche Fall des Anspruchs des Käufers, da der Verbleib der Kaufsache beim Verkäufer zunächst Rätsel aufgibt.“).

¹¹² Zur Funktion der „Absatz- und Erfüllungsvermutung“, den Einwand des Deckungsverkaufs zu „entkräften“, *ebd.*, 336.

Einbehalt der Kaufsache¹¹³ – aus diesem resultiere für ihn kein Vorteil.¹¹⁴ Es habe somit bei einem endgültig eingetretenen Schaden – in der Form entgangenen Gewinns (500 Euro) – sein Bewenden.¹¹⁵

K hält diese Erwiderung für nicht stichhaltig. Die Argumentation des V helfe nicht darüber hinweg, dass nicht aus einer Kaufsache zweimal Gewinn erwirtschaftet werden könne. Er (K) bestreite gar nicht, dass V auch im Falle ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung eine bestimmte Anzahl an weiteren Absatzgeschäften ohnehin vorgenommen hätte. Dies sei aber nicht mit der Behauptung gleichzusetzen, der aus dem Geschäft mit ihm (K) geplante Gewinn könne nicht nachgeholt werden. Eine Nachholung sei immer schon dann möglich, wenn V *ein* zusätzliches Geschäft abschließen kann, das bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages mit ihm (K) nicht abgeschlossen worden wäre. Die Verneinung einer solchen Option komme der Fiktion gleich, jeder Verkäufer marktgängiger Waren habe sein Umsatzlimit bereits erreicht.¹¹⁶

¹¹³ Hierzu *ebd.* („Sie (die Argumentation, *Anm. des Verf.*) beruht auf dem nicht einfach zu greifenden Gedanken, dass die einzelnen Verkaufsgeschäfte in keiner Verbindung stehen, da sie unabhängig voneinander abgeschlossen und zumeist auch unabhängig vom Warenbestand des Verkäufers erfüllt werden können.“).

¹¹⁴ Für eine Argumentation mittels Vorteilsausgleichung etwa *Pohlmann*, NJW 1995, 3169 f.; *Franz*, NJW 1966, 2342, 2343.

¹¹⁵ BGH NJW 1994, 2478 (unter Verweis auf BGH JZ 1961, 27f. (Wein) sowie auf die Einordnung von gebrauchten Kraftfahrzeugen als marktgängige Waren in BGH NJW 1970, 29, 32) gewinnt dieses Ergebnis aus der Kombination zweier Vermutungen: einer Vermutung „daß er marktgängige Waren jederzeit zum Marktpreis absetzen kann“ und einer „weitere(n) Vermutung, daß dieser bei ordnungsmäßiger Erfüllung des Kaufvertrages auch mit dem zweiten Käufer einen Vertrag über die von ihm vertriebenen Waren geschlossen und zu dessen Erfüllung imstande gewesen wäre“. Zur Kombination beider Vermutungen eingehend *Pohlmann*, NJW 1995, 3169 f.

¹¹⁶ Zumindest für Zurückhaltung bei der Geltendmachung entgangenen Gewinns des Verkäufers *Roussos*, Schaden und Folgeschaden (1992), 317f. („Eine solche Vermutung läßt sich allenfalls bei Abnahmemengen einer bestimmten Größenordnung aufstellen.“).

§ 3 Bisherige Konzeptionen: „Konkrete“ und „abstrakte“ Schadensberechnung

Die Ansätze von Rechtsprechung und Literatur haben gemeinsam, dass sie sich – entgegen der hier vertretenen These – zur Bemessung des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB auf Normenbestand und Dogmatik des Schadensrechts stützen. Deren Anwendung äußert sich darin, dass zwischen „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung differenziert wird. Hiernach setzt ein Ersatzanspruch grundsätzlich voraus, dass zum haftungsbegründenden Tatbestand der Nichtleistung eine hieraus resultierende Vermögenseinbuße (= Schaden) hinzutritt.¹¹⁷ Eine Schadensberechnung, die dieses Erfordernis umsetzt, ist „konkrete“ Schadensberechnung. Bei der „abstrakten“ Schadensberechnung wird dem Gläubiger diese Darlegungslast abgenommen.

A. Schaden als negativer Vermögenssaldo (Differenzhypothese)

Die normativen Grundlagen für das Erfordernis einer zum haftungsbegründenden Tatbestand hinzutretenden Vermögenseinbuße sind § 251 BGB und die dogmatische Figur der Differenzhypothese.¹¹⁸ Letztere ist nach allgemeiner Meinung in der Vorschrift des § 249 I BGB enthalten und wird – im Unterschied zum Regelungsgehalt der Naturalrestitution – auch zur Bemessung des Schadensersatzes

¹¹⁷ Präsent hierzu HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 111. Für die allgemeine Meinung Düringer/Hachenburg/Werner, HGB Band IV (3. Auflage 1932), Einleitung Ann. 351 f., 361; Staub/Heinichen, Handelsgesetzbuch (14. Auflage 1933), Anhang zu § 374 Rn. 25, 60 a.E.; Larenz, Schuldrecht I (14. Auflage 1987), § 29 III a (S. 511); Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), § 325 Rn. 50 und (allgemeiner) Vor § 275 Rn. 37; Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2 (8. Auflage 2000), § 32 III (S. 216); Harke, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 313; Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 35 f., 71, 96, 98, 132, 135; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 39. Kritisch zu dem aus der Differenzhypothese abgeleiteten Erfordernis einer Vermögenseinbuße HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 66; s. auch Knütel, AcP 202 (2002), 555, 566.

¹¹⁸ Exemplarisch Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2 (8. Auflage 2000), § 32 III 1 (S. 216); Bamberger/Roth/Lorenz (4. Auflage 2019), § 280 Rn. 39; Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 96; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 39; MüKo/Ernst (9. Auflage 2022), § 325 Rn. 23; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 281 Rn. 25, 30. Zum Zusammenhang von Differenzhypothese und „konkreter“ Schadensberechnung bereits Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 449.

statt der Leistung eingesetzt.¹¹⁹ Nach der Differenzhypothese ist ein Schaden das beim Gläubiger entstandene „Weniger“ des jetzigen Vermögenszustands im Vergleich zu dessen hypothetischem Zustand ohne das haftungsgrundende Ereignis.¹²⁰ Dieses Verständnis deckt sich mit der herkömmlichen Definition des Schadensbegriffs.¹²¹

Teilweise, insbesondere von der Rechtsprechung, wird die Anwendung der Differenzhypothese auf den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auch (leicht modifiziert) dahingehend umschrieben, dass der Gläubiger *wirtschaftlich so zu stellen sei, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde*.¹²² Diese Formulierung deutet darauf hin, dass die Differenzhypothese nicht zwingend als Formel zur Bemessung eines negativen Vermögenssaldo interpretiert werden muss. Ihre Anwendung beim Schadensersatz statt der Leistung könnte auch bedeuten, dass der Vertragsgläubiger *unabhängig von einem negativen Vermögenssaldo so zu stellen ist, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde*.¹²³ Der maßgebliche Unterschied im Vergleich zweier Vermögenszustände bestünde nach diesem Verständnis bereits im Ausbleiben der Leistung selbst – und nicht erst in einer hieraus resultierenden Vermögenseinbuße.

¹¹⁹ Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 36 I 2 (S. 178 bei und in Fn. 10); Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E Rn. 27; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 3, 39. Aus der Rspr. BGH JZ 2010, 44, 45 (Rn. 20); für das alte Schuldrecht bereits NJW 1951, 918; ebenso NJW 1981, 1834; NJW 1987, 831, 834; NJW 1998, 2901, 2902; NJW 1999, 3625 f., letzteres trotz unmittelbaren Rekurses auf das „Erfüllungsinteresse“.

¹²⁰ Statt aller MüKo/Oetker (9. Auflage 2023), § 249 Rn. 19; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), Vor § 249 Rn. 10.

¹²¹ Hierzu bereits Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (1903), 1, 25 ff., 38 ff. zur Entwicklung des Schadensbegriffs; einen guten Überblick über verschiedene Schadensbegriffe gibt Hagen, JuS 1969, 61, 64 m.w.N. zu grundlegenden Theorien zum Schadensbegriff.

¹²² Hierfür etwa BGH NJW 1951, 918; NJW 1980, 1742, 1743; NJW 1983, 1605; NJW 1984, 2570, 2571; NJW 1994, 2480; NJW 1998, 2901, 2902; BGH JZ 2010, 44, 45 (Rn. 20); BGH ZIP 2020, 1073, 1077f. (Rn. 34); BGH NJW 2021, 53, 57 (Rn. 29). Für die Verwendung dieser Formel in der Literatur Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen (3. Auflage 2022), § 25 Rn. 16; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 3.

¹²³ Zu diesem – alternativen – Verständnis der Differenzhypothese ausführlich Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 73 ff. im Zuge einer Auswertung (insbesondere) der reichsgerichtlichen Rechtsprechung; zu ihrem eigenen Vorschlag insb. *ebd.*, 76 f., 80 f., 84 f., 89 f., 93 sowie 96, 124 f. Gegen diese Interpretation der Differenzhypothese von Bardo auch Knütel, AcP 202 (2002), 555, 581. Bardo selbst gesteht letztlich zu, dass der Diskussion um „konkrete“ und „abstrakte“ Schadensberechnung das Verständnis einer zum Ausbleiben der Leistung hinzutretenden Einbuße zugrunde liegt, Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 74 f., insb. bei Fn. 11 bis 13. Inhaltlich entsprechend dem Vorschlag von Bardo knapp Flessner/Kadner, JuS 1989, 879, 882 („Schaden ist die Einbuße, die im Widerspruch steht zu der vom Recht für eine bestimmte Person vorgesehenen Güterlage. Der Schaden der Gläubiger (...) lag also schon darin, daß sie das, was das Recht (der Vertrag) ihnen versprach, nicht hatten.“).

Eine derart (weit) verstandene Differenzhypothese *scheint* sich als Grundlage eines am Erfüllungsinteresse ausgerichteten Anspruchsinhalts zu eignen. Dem Gläubiger wäre der spezifische Wert zu ersetzen, den das kaufvertragliche Leistungsversprechen für ihn im Verhältnis zum Marktwert seiner Vertragsleistung hat: für den Käufer der „günstige“ Einkaufswert, für den Verkäufer der (ihm) „günstige“ Verkaufswert.¹²⁴

Eine solche Interpretation der Differenzhypothese ist jedoch vereinzelt geblieben; sie ist nicht die Grundlage der allgemeinen Meinung. Das Begriffspaar von „konkreter“ und „abstrakter“ Berechnung impliziert, dass sich die Bemessung des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB grundsätzlich nach einer zur Nichtleistung hinzutretenden Vermögensveränderung richtet – und nicht regelmäßig, sondern nur *ausnahmsweise* von diesem Erfordernis abstrahiert werden kann.¹²⁵ Die begriffliche Unterscheidung zwischen „konkreter“ und „abstrakter“ Berechnung ergebe keinen Sinn, wenn – entsprechend der oben beschriebenen, modifizierten Lesart der Differenzhypothese – bereits das bloße Ausbleiben der Leistung als Schaden eingeordnet würde. In diesem Fall wäre *jede* Berechnung von Schadensersatz statt der Leistung zwingend „konkret“. Der Nichterhalt der Leistung ist schließlich ein Umstand, der die Zusammensetzung des Gläubigervermögens, im Vergleich zur Lage bei ordnungsgemäßer Erfüllung, *in allen Fällen* verändert.

B. Grundsatz der „konkreten“ Schadensberechnung

Einigkeit besteht darin, dass der Vertragsgläubiger seinen Anspruch anhand einer im Einzelfall vorgetragenen, zur Nichtleistung hinzutretenden Vermögenseinbuße bemessen kann. Hierfür gibt es zwei Möglichkeiten. Die erste besteht darin, der Schadensberechnung ein tatsächlich abgeschlossenes *Deckungsgeschäft* zugrunde zu legen. Ersetzt wird hiernach dem Käufer der Betrag der Mehrkosten, dem Verkäufer der Betrag des Mindererlöses, der sich aus dem Vergleich des Kaufpreises eines Ersatzgeschäfts mit dem vereinbarten Kaufpreis ergibt.¹²⁶ Es handelt sich bei diesen Kosten um eine Position, die zum (schlichten)

¹²⁴ So auch der Vorschlag zur Anspruchsbemessung von *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 96 f. für den Käufer und *ebd.*, 151 für den Verkäufer (gerade auch in Gegenüberstellung zum Käufer). Für eine solche Anspruchsbemessung jüngst *Flume*, Marktaustausch (2019), 167 ff. sowie *ders.*, AcP 215 (2015), 282, 299 ff.

¹²⁵ Zur Beschreibung des Verhältnisses von „konkreter“ und „abstrakter“ Berechnung als Verhältnis von Regel und – unter Geltung der Differenzhypothese schwerlich begründbarer – Ausnahme bereits *Neuner*, AcP 133 (1931), 277, 285; *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 458. Aus jüngerer Zeit grundlegend *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 566, 570 f., 572, 581 f.; prägnant auch *Jansen*, JZ 2005, 160, 165; *HKK/Schermaier* (2007), §§ 280–285 Rn. 64, 66 f.; s. dazu noch *MüKo/Emmerich* (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 25.

¹²⁶ *Soergel/Wiedemann* (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 45 f. sowie § 325 Rn. 57 (Verkäufer), 59 (Käufer); *Bamberger/Roth/Lorenz* (4. Auflage 2019), § 281 Rn. 42

Ausbleiben der Leistung hinzutritt. Insofern ist der allgemeine dogmatische Grundsatz gewahrt, wonach der Schaden eine eigenständige, vom Tatbestand der Nichtleistung unabhängige, Bedeutung hat.¹²⁷

Ebenfalls „konkrete“ Berechnung ist nach beiden Konzeptionen der Ersatz eines dem Gläubiger *nachweislich* entgangenen Gewinns.¹²⁸ Es handelt sich dabei nur solange um „konkrete“ Schadensberechnung, wie sich der Gewinnbetrag an den tatsächlich eingetretenen Umständen des Einzelfalls orientiert. Beim Anspruch des Käufers setzt dies ein konkretes Weiterveräußerungsgeschäft voraus, welches er über die nicht erhaltene Ware tatsächlich abgeschlossen hat;¹²⁹ beim Anspruch des Verkäufers bedarf es eines konkret vorgetragenen Beschaffungsvorgangs, einschließlich eines bestimmten Einkaufspreises.¹³⁰ Der Anwendungsbereich der „konkreten“ Schadensberechnung ist verlassen, sobald die Vermutung des § 252 S. 2 BGB zur Anwendung kommt. Diese ermöglicht einen Ersatz, der sich von den konkreten Umständen des Einzelfalls loslöst – eine Abstraktion, der insbesondere die Rechtsprechung die Bedeutung „abstrakter“ Schadensberechnung zuerkennt.¹³¹

(Käufer), 44 (Verkäufer); MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 41 (Verkäufer), 45 (Käufer); Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen (3. Auflage 2022), § 25 Rn. 18 f.; zum Deckungsgeschäft als anerkannte Position „konkreter“ Schadensberechnung auch Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 281 Rn. 26 f.

Aus der Rechtsprechung zum Anspruch des Verkäufers bereits RGZ 53, 11, 14 f.; 57, 105, 107; 110, 155, 157; BGH NJW 1951, 918 (Paraffingatsch); NJW 1989, 1215, 1216 (Käse); NJW 1998, 2901, 2902 f. (Hölzer, hierzu auch OLG München NJW 1995, 2363 f.).

Aus der Rechtsprechung zum Anspruch des Käufers RGZ 52, 150, 152 f.; 90, 160, 161 f.; 91, 99, 102 f.; 93, 133, 134; 98, 271, 272 f.; 101, 217, 218; 105, 285, 286; BGH NJW 1970, 29, 30 (LKW); NJW 1994, 2480 (Grundstück); NJW 1998, 2901, 2902 f. (Hölzer, hierzu auch OLG München NJW 1995, 2363 f.).

¹²⁷ Hierzu die Nachweise in Fn. 117.

¹²⁸ Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), Vor 275 Rn. 47 sowie § 325 Rn. 57 (Verkäufer), 59 (Käufer); für den Anspruch des Käufers Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 1 (S. 242 f.); Bamberger/Roth/Lorenz (4. Auflage 2019), § 281 Rn. 42 (Käufer), 44 (Verkäufer); Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 102 (Käufer), 111 (Verkäufer); MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 44 (Verkäufer), 45 (Käufer); Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 281 Rn. 26 (Käufer), 28, 30 (Verkäufer).

¹²⁹ Aus der Rechtsprechung (es handelt sich vor allem um eine Unterscheidung des Bundesgerichtshofs) RGZ 68, 163, 165; BGH NJW 1951, 918 (Paraffingatsch); NJW 1959, 1079 f. (Getreide); NJW 1974, 895, 896 (Banken); NJW 1998, 2901, 2902 (Hölzer); BGH WM 1998, 931 (Himbeeren); BGH NJW-RR 2001, 1542; NJW-RR 2006, 243. Für die Unterscheidung einer „abstrakten“ von einer „konkreten“ Form der Berechnung entgangenen Weiterveräußerungsgewinns bereits Düringer/Hachenburg/Werner, HGB Band IV (3. Auflage 1932), Einleitung Anm. 361, 365 f.; Staub/Heinichen, Handlungsgesetzbuch (14. Auflage 1933), Anhang zu § 374 Rn. 65 f.

¹³⁰ Aus der Rechtsprechung RGZ 89, 282, 283 f. (gesalzener Speck); RG WarnR 1918, Nr. 184 (S. 271 f.) (Hölzer); implizit auch BGH NJW 1994, 2478 (Gebrauchtwagen) und NJW 1995, 587, 588 (Grundstücke); ebenso BAG NJW 1967, 751, 752.

¹³¹ Hierzu § 3 C.I. 1. (Käufer) und § 3 D.I. 2. (Verkäufer).

C. „Abstrakte“ Schadensberechnung des Käufers

Rechtsprechung und Literatur wählen zur „abstrakten“ Schadensberechnung des Käufers zwei grundlegend verschiedene Konzeptionen. Während die Rechtsprechung an die Vorstellung eines entgangenen Weiterveräußerungsgeschäftes anknüpft, setzt die Literatur an einem hypothetischen Deckungskauf an.¹³²

I. Rechtsprechung: Ersatz entgangenen Gewinns auf Grundlage des § 252 S. 2 BGB

„Abstrakte“ Berechnung des Käuferschadens ist für die Rechtsprechung der Ersatz eines dem Käufer auf Grundlage des § 252 S. 2 BGB entgangenen Gewinns.¹³³ Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass dem Gläubiger der Gewinn entgeht, der nach den gewöhnlichen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Vorkehrungen und Anstalten, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Beim Käufer knüpft die Vermutung entgangenen Gewinns an ein zum Kaufvertrag hinzutretendes Anschlussgeschäft an. Dies ist ein Geschäft, mit dem der Käufer die erworbene Ware weiterveräußert hätte.¹³⁴ Absicht und Fähigkeit, ein solches Anschlussgeschäft über die (nicht erhaltene) Ware zum *Marktpreis*¹³⁵ zu realisieren, entspreche *bei Kaufleuten* dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und könne deshalb gem. § 252 S. 2 BGB vermutet werden.¹³⁶ Hinsichtlich des maß-

¹³² Knobbe-Keuk, VersR 1976, 401, 403 ff.; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 2, (S. 241) für den Verkäufer und § 38 III 4 (S. 255 f.) für den Käufer. Für einen ersten Überblick zu den beiden Konzeptionen Gebauer, Hypothetische Kaufsalität und Haftungsgrund (2007), 249 f. einerseits und 251 f. andererseits; genauer zu den einzelnen Konzeptionen jeweils sogleich § 3 C.I. und § 3 C.II.

¹³³ Anders – mit Rekurs auf einen *Deckungskauf* – noch RGZ 6, 58, 59 (Kohle); RG LZ 1908, 160 (Nr. 20); jedenfalls mehrdeutig RGZ 105, 285, 286 f. (Saftschinken); offen gelassen in RGZ 101, 421, 423 (Teeröl). Zum Ausgangspunkt der Entwicklung in der Rechtsprechung, anstelle des Preises eines Deckungskaufs denjenigen eines Weiterveräußerungsgeschäftes zugrunde zu legen, Flume, AcP 215 (2015), 282, 310 ff.

¹³⁴ Kritisch in Hinblick auf diese Anknüpfung des Weiterveräußerungsgeschäftes an § 252 BGB Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 87 f.

¹³⁵ Nach RGZ 68, 163, 165 (Kartoffelschneidemaschinen) soll es nicht darauf ankommen, dass die Ware marktgängig ist, sondern „die Möglichkeit des Verkaufs“ genügen; an die Stelle des Marktpreises trete der „Verkäuflichkeitswert“.

¹³⁶ Für die Vorstellung einer Weiterveräußerung bereits RG LZ 1909, 320 f. (Nr. 3); LZ 1909, 321 f. (Nr. 4); grundlegend RGZ 99, 46, 48 f. (Rumverschnitt); 101, 217, 218 ff. (Erbsen); 101, 240, 242 (Gefangenentalager); 105, 293, 294 (Saftschinken); BGH NJW 1951, 918 (Paraffingatsch); NJW 1959, 1079, 1080 (Getreide); NJW 1974, 895 f. (Banken); NJW 1995, 587, 588 (Grundstücke); BGH WM 1998, 931 (Himbeeren). Für umfangreiche Nachweise aus der Rspr. des Reichsgerichts Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 2 b (S. 245 in Fn. 53); Flume, Marktaustausch (2019), 162 f. in Fn. 336 ff.

gebliebenen Zeitpunktes besteht nach der (reichsgerichtlichen)¹³⁷ Rechtsprechung grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen dem Eintritt des Verzuges und der Entstehung des Ersatzanspruchs.¹³⁸

1. Struktur der Weiterveräußerungsvermutung

Im konzeptionellen Ausgangspunkt ist eine solchermaßen „abstrakte“ Schadensberechnung auf der Grundlage des § 252 S. 2 BGB keine Anerkennung eines „Mindestschadens“. Es handelt sich nicht um eine eigenständige dogmatische Kategorie, sondern lediglich um die Verwendung eines vermuteten anstelle eines – wie nach der Differenzhypothese grundsätzlich erforderlich – tatsächlich eingetretenen Geschehensablaufs.¹³⁹ Inwiefern der Käufer unabhängig von den tatsächlich eingetretenen Umständen des Einzelfalls Schadensersatz für die ausbleibende Leistung verlangen kann, entscheidet sich nicht an einem bestimmten inhaltlichen Argument, sondern hängt entscheidend von der Reichweite der auf § 252 S. 2 BGB gestützten Weiterveräußerungsvermutung ab.¹⁴⁰ Diese ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert.

Zwar liegt es gerade im Rahmen der Vermutungswirkung des § 252 S. 2 BGB, dass der Ersatz entgangenen Gewinns nicht davon abhängig ist, ob ein Anschlussgeschäft *tatsächlich* abgeschlossen wurde und ob dem Käufer mithin aus der Nichtleistung (und dem dadurch bedingten Fehlschlag seiner Planung) *tatsächlich* ein Gewinn entgangen ist. Es zeichnet eine widerlegbare¹⁴¹ Vermutung jedoch aus, dass demjenigen, der von der Vermutungswirkung belastet ist, die Möglichkeit zum Gegenbeweis offensteht. Die Rechtsprechung versteht denn auch – im theoretischen Ausgangspunkt – § 252 S. 2 BGB lediglich als eine solche widerlegbare Vermutung.¹⁴² Gleichwohl gesteht sie dem Verkäufer einen Ge-

¹³⁷ Für die Beobachtung, dass sich nahezu ausschließlich das Reichsgericht mit der Frage des maßgeblichen Zeitpunktes auseinandersetzte, ders., AcP 215 (2015), 282, 340 mit Fn. 228 f.

¹³⁸ RGZ 90, 423, 424 f. (grundlegend); 91, 30, 31; 91, 99, 102 f.; 98, 213, 214; 103, 292, 293. Für den Zeitpunkt der Fälligkeit (im Falle der Unmöglichkeit) BGH NJW 1951, 918; für einen bestimmten Zeitpunkt (ohne diesen jedoch zu bestimmen) auch BGH NJW 1980, 1742, 1743; offen gelassen wurde der maßgebliche Zeitpunkt von BGH NJW 1998, 2901, 2903.

¹³⁹ Präzise zum Umfang einer Vermutung im Unterschied zu „echte(r) abstrakte(r) Schadensberechnung“ Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), § 252 Rn. 21, 23; zum Unterschied daneben noch Knobbe-Keuk, VersR 1976, 401, 404; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 4 (S. 255 f.).

¹⁴⁰ Allgemein zur Grenze der Vermutungsreichweite (in Anlehnung an § 287 ZPO) RGZ 90, 423, 425 (Sonnenblumenkuchenmehl); BGH NJW 1959, 1079 (Getreide); im Überblick Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 79.

¹⁴¹ Zur allgemeinen Einordnung des § 252 S. 2 BGB als widerlegbare Vermutung statt aller MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 252 Rn. 31; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 252 Rn. 6.

¹⁴² RGZ 99, 46, 49 (Rumverschnitt); 101, 217, 218 f. (Erbsen); 101, 240, 242 (Gefangenenglager); BGH NJW 1951, 918 (Paraffingatsch); NJW 1959, 1079 (Getreide);

genbeweis in praktischer Hinsicht nur sehr eingeschränkt zu.¹⁴³ Schon an diesem Umgang mit der Möglichkeit zum Gegenbeweis deutet sich an, dass die Rechtsprechung § 252 S. 2 BGB entgegen der Wirkweise einer Vermutung als materiellrechtliche Bestimmung des Schadensumfangs anwendet. Die Vermutung des § 252 S. 2 BGB dient hierfür als lediglich äußerlicher Anknüpfungspunkt im Gesetz.¹⁴⁴

Die Rechtsprechung beschränkt sich bei der Anwendung des § 252 S. 2 BGB nicht auf eine weitreichende Abstraktion von den tatsächlichen Umständen des einzelnen Falles. Sie kann den Gewinnentgang als regelmäßige Folge der verkäuferseitigen Nichtleistung nur deshalb zugrunde legen, weil sie eine Deckungsobliegenheit des Käufers ablehnt: Er sei regelmäßig nicht dazu angehalten, sich die ausbleibende Ware ersatzweise zu beschaffen.¹⁴⁵ Dabei ist ein solches Ersatzgeschäft grundsätzlich geeignet, den Entgang eines Gewinns aus Anschlussgeschäften abzuwenden. Eine bloße *Weiterveräußerungsvermutung* genügt vor diesem Hintergrund noch nicht, um davon auszugehen, dass dem Käufer Gewinn entgeht. Es muss zusätzlich vermutet werden, dass der Gewinnentgang aus einem (vermuteten oder konkret nachgewiesenen) Anschlussgeschäft nicht mittels einer ersatzweise beschafften Sache nachgeholt werden kann.

Vereinzelt wird eine Deckungsobliegenheit – und damit eine Begrenzung des Ersatzanspruchs auf die Mehrkosten eines Deckungskaufs – dadurch abgelehnt, dass die Vermutung des § 252 S. 2 BGB erweitert wird: Der Käufer könne das (vermutete oder konkret nachgewiesene) geplätzte Anschlussgeschäft deshalb nicht mit einer ersatzweise beschafften Ware nachholen, weil er dieses bei Hinwegdenken der Nichtleistung *zusätzlich* zu einer solchen Veräußerung „ersatzweise“, bei Hinwegdenken der Nichtleistung ohnehin beschaffter, Ware durchgeführt hätte.¹⁴⁶ Diese Argumentation könnte vor allem in den Fällen greifen, in

NJW 1974, 895, 896 (Banken); BGH WM 1998, 931 (Himbeeren); BGH JR 2007, 27 (Baumaschinen).

¹⁴³ Zur Grenze der Vermutungsreichweite allgemein RGZ 99, 46, 49 (Rumverschnitt); abgelehnt wurde eine auf § 252 S. 2 BGB gestützte Schadensberechnung ausnahmsweise auch in RGZ 101, 112, 113 (Militärstiefel). Reichhaltige Fallsammlung der weiten Erstreckung der Vermutung des § 252 S. 2 BGB und der dadurch bewirkten Beschränkung der Möglichkeit zum Gegenbeweis bei Flume, AcP 215 (2015), 282, 309 f.

¹⁴⁴ Für pointierte Kritik an der Anwendung des § 252 S. 2 BGB Knobbe-Keuk, VersR 1976, 401, 404 f.

¹⁴⁵ Formelhaft gegen eine regelmäßige Deckungsobliegenheit BGH NJW 1974, 895 f. (Banken); NJW 1989, 290, 291 (Fischteich); NJW-RR 1990, 432, 434. Für eine Deckungsobliegenheit des *Verkäufers* beim Grundstücksgeschäft BGH NJW 1997, 1231, 1232; s. noch die Nachweise in Fn. 147.

¹⁴⁶ Düringer/Hachenburg/Hoeniger, HGB Band V 1 (3. Auflage 1932), Einleitung Anm. 125a; Staub/Heinichen, Handelsgesetzbuch (14. Auflage 1933), Anhang zu § 374 Rn. 60 a.E.; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 137ff., insb. 140 f. Zu diesem Argument auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 1382, 1383. Zur Anwendung einer entsprechenden Vermutung beim Anspruch des *Verkäufers* § 3 D.I.2.

denen eine Veräußerung ersatzweise beschaffter Ware tatsächlich stattgefunden hat. Die Erstreckung der Vermutung entkräftete den verkäuferseitigen Einwand, der Käufer habe seinen Gewinn mit Veräußerung dieser Waren *ersatzweise* nachgeholt.

In vereinzelten Stellungnahmen zur Deckungsobliegenheit rekurriert die Rechtsprechung auf die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 BGB. Der Käufer sei nur ausnahmsweise dazu angehalten, einen Deckungskauf durchzuführen.¹⁴⁷ Diese Argumentation kann sowohl in den Fällen greifen, in denen eine Veräußerung ersatzweise beschaffter Waren unterblieben ist als auch in den Fällen, in denen sie stattgefunden hat. Während im erstgenannten Fall das Unterlassen eines Deckungskaufs regelmäßig nicht obliegenheitswidrig wäre, handelte es sich im zweitgenannten Fall entsprechend um überobligationsmäßige Anstrengungen, die nicht dem Schuldner zugutekommen sollen.¹⁴⁸ Die Argumentation anhand einer aus § 254 BGB abgeleiteten Deckungsobliegenheit kann aufgrund eines ansonsten entstehenden Widerspruchs mit dem konzeptionellen Ansatz der Rechtsprechung nur eine einzelfallbezogene Wirkung entfalten.¹⁴⁹ Sie adressiert die Grenzen der Weiterveräußerungsvermutung des § 252 S. 2 BGB nicht direkt; die Einschränkung erfolgt erst auf „zweiter Stufe“.

2. Konkurrenzverhältnis zum Deckungsgeschäft

Für die Mehrkosten eines Deckungskaufs fehlt eine der Weiterveräußerungsvermutung des § 252 S. 2 BGB entsprechende Regelung. Bei konsequenter Anwendung des Grundsatzes „konkreter“ Schadensberechnung dürften solche Kosten nur ersatzfähig sein, wenn sie tatsächlich angefallen sind. „Abstrakte“ Schadensberechnung beschränkt sich nach dem Ansatz der Rechtsprechung auf den Ersatz entgangenen Gewinns.¹⁵⁰

a) Vereinzelter Systembruch: Mehrkosten eines „fiktiven“ Deckungsgeschäftes

Nach drei vereinzelt gebliebenen Entscheidungen der jüngeren Rechtsprechung wurde es gleichwohl als eine auf § 252 S. 2 BGB gestützte „abstrakte“ Schadensberechnung angesehen, den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leis-

¹⁴⁷ RG JW 1910, 613 (Nr. 4); JW 1910, 948 (Nr. 31); RG LZ 1914, 1804 (Nr. 2); LZ 1919, 1073 (Nr. 4); BGH NJW 1974, 895 f. (Banken); NJW 1988, 1967, 1969 f. (Banken II); NJW 1989, 290, 291 (Fischteich); noch offen gelassen in BGH WM 1965, 102 (Schrott). Entgegen der ständigen Rechtsprechung für eine (auch) aus § 254 BGB abgeleitete Deckungsobliegenheit OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 1382, 1383.

¹⁴⁸ RG LZ 1909, 321 (Nr. 4); RG JW 1910, 613 (Nr. 4); JW 1910, 948 (Nr. 31); RG LZ 1914, 1804 (Nr. 2); BGH NJW 1988, 1967, 1970 (Banken II).

¹⁴⁹ Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 134 f.

¹⁵⁰ Explizit Düringer/Hachenburg/Werner, HGB Band IV (3. Auflage 1932), Einleitung Anm. 351, 361 f.

tung nach einem hypothetischen *Deckungskauf* zu bemessen: Die Weiterveräußerungsvermutung wird hierzu ohne nähere Begründung auf einen Deckungskauf erstreckt.¹⁵¹ Der mit diesen Entscheidungen einhergehende Systemwechsel – Ersatz der Mehrkosten eines fiktiven Deckungsgeschäftes *unter den Voraussetzungen* für den Ersatz entgangenen Gewinns – wird nicht begründet und ist auch nicht nachvollziehbar. Die Mehrkosten eines Deckungskaufs sind zwar rechnerisch ein Teilbetrag des entgangenen Gewinns, die gedanklichen Ansätze für den Ersatz der Mehrkosten eines Deckungsgeschäftes einerseits und den Ersatz eines Gewinnentgangs andererseits sind jedoch grundverschieden.¹⁵² Eine Abgrenzung zwischen den beiden Positionen wird unmöglich, wenn sie auf dieselbe Vorschrift (§ 252 BGB) gestützt werden.

Ohne jede Stellungnahme zur Schadensberechnung bestätigte der Bundesgerichtshof in zwei Fällen eines im Rahmen einer eBay-Auktion zustande gekommenen Kaufvertrages Entscheidungen der Instanzgerichte, welche die Differenz aus dem im Gebotsverfahren erreichten Kaufpreis und dem „Marktwert“ der Sache für ersatzfähig hielten.¹⁵³ Es bleibt unklar, ob hiermit auf den Gedanken eines entgangenen Weiterveräußerungsgewinns oder eines Deckungskaufs rekuriert wird. Zur Analyse der dogmatischen Struktur vertraglicher Schadensberechnung nach der Rechtsprechung sind diese Entscheidungen deshalb ohne Wert.¹⁵⁴

b) Ersatzfähigkeit tatsächlich angefallener Deckungskosten

Der Käufer hat nach der Rechtsprechung ein dreifaches Wahlrecht. Neben den Ersatz des nach den „gewöhnlichen Umständen“ erzielbaren Weiterveräußerungsgewinns als Ergebnis „abstrakter“ Schadensberechnung nach § 252 S. 2 BGB oder alternativ des nach den „getroffenen Vorkehrungen“ erzielbaren Weiterveräußerungsgewinns als Ergebnis „konkreter“ Schadensberechnung nach § 252 S. 1 BGB tritt als zusätzliche Option, die Mehrkosten eines tatsächlich durchgeführten Deckungskaufs zu verlangen. Dessen Vornahme ist nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt festgelegt, sondern steht lediglich unter der Einschränkung,

¹⁵¹ BGH NJW 1995, 587, 588 (Grundstücke); BGH WM 1998, 931, 932 (Himbeeren); BGH NJW 1998, 2901, 2902 (Hölzer); für eine kritische Einordnung der beiden letztgenannten Urteile Huber, FS Schmidt (2009), 725, 728 f.; zurückhaltender freilich noch ders., Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 2 (S. 247). Wiederum übereinstimmend mit der traditionellen Linie vom Ersatz entgangenen Gewinns BGH JR 2007, 27 f. m. (insofern kritischer) Anm. Spallino, JR 2007, 28 f.

¹⁵² Hierzu ausführlich § 4 A. Die Argumentation der Rechtsprechung übernimmt dagegen Müko/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 26.

¹⁵³ BGH NJW 2015, 548, 549 (Rn. 12); NJW 2017, 468, 471 f. (Rn. 44).

¹⁵⁴ Für einen dogmatischen Wert der beiden Entscheidungen hingegen Flume, AcP 215 (2015), 282, 285 f.; Dauner-Lieb, FS Christian Huber (2020), 97, 99 f., 105 f. („bewusste oder unbewusste Distanzierung von der Anknüpfung der abstrakten Schadensberechnung an einen entgangenen Gewinn“, S. 106); Schiemann, JZ 2021, 939, 943.

kung, dass die Wahl des Zeitpunktes nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf.¹⁵⁵ Der Maßstab von Treu und Glauben erstreckt sich auf den beim Deckungsgeschäft vereinbarten Preis und die weiteren Modalitäten.¹⁵⁶

II. Literatur: Ersatz fiktiver Deckungskosten als materiellrechtlicher „Mindestschaden“

Für den Anspruch des Käufers lehnt die Literatur eine Anspruchsbenennung anhand des § 252 BGB überwiegend ab.¹⁵⁷ Sie kritisiert nicht nur eine ihrer Ansicht nach zu weitgehende Anwendung der Vermutung des § 252 S. 2 BGB, sondern wendet sich daneben auch grundsätzlich gegen den Ersatz entgangenen Gewinns nach § 252 S. 1 BGB.

1. Inhalt: Fiktive Deckungskosten statt entgangener Gewinn

Der Käufer marktgängiger Waren sei aufgrund einer aus § 254 I BGB abgeleiteten Obliegenheit dazu angehalten, sich ersatzweise einzudecken; ihm seien deshalb vorrangig die hierbei anfallenden Mehrkosten zu ersetzen.¹⁵⁸ Diese könne er jedoch „abstrakt“ nach Marktpreisen bemessen, das heißt unabhängig davon verlangen, ob er sich tatsächlich ersatzweise eindeckt und zugleich die dabei anfal-

¹⁵⁵ RGZ 46, 407, 408 (vor Geltung des BGB); 61, 279, 281 („Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“); 91, 99, 102f.; 101, 90, 91ff.; 102, 348f. Für eine allein aus prozessualen Gründen eingeschränkte Maßgeblichkeit jeden beliebigen Zeitpunktes bei der konkreten Schadensberechnung BGH NJW 1980, 1742, 1743.

¹⁵⁶ Staub/Heinichen, Handelsgesetzbuch (14. Auflage 1933), Anhang zu § 374 Rn. 68, 71f. m.w.N. für die Rspr. des Reichsgerichts. Aus der Rspr. des Bundesgerichtshofs knapp BGH WM 1965, 102, 104.

¹⁵⁷ Für einen Überblick zu den Argumenten vor allem Gebauer, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund (2007), 251f.; daneben noch Jansen, JZ 2005, 160, 164f.; Huber, FS Schmidt (2009), 725, 732f., 743 (s. daneben *ebd.*, 730f.); Müller, WM 2013, 1, 4f.; Dauner-Lieb, FS Christian Huber (2020), 97, 102ff. Grundlegend für die Kritik am Ansatz der Rechtsprechung Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 170, 172f., 455f., 457f., 460, 461f.; knapp bereits Adler, ZHR 86 (1923), 1, 46f.

¹⁵⁸ Steindorff, AcP 158 (1959/60), 431, 460ff., insb. 460f.; Schlegelberger/Hefemehl, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 25; Halfpap, Der entgangene Gewinn (1999), 159f.; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 4 (S. 254f., freilich mit Einschränkung auf S. 256 bei Fn. 107f.), s. daneben noch *ebd.*, § 38 III 2 (S. 243); Lange/Schiemann, Schadensersatz (3. Auflage 2003), § 6 X 6 (S. 347f.); Soergel/Ekkenga/Kunz (13. Auflage 2014), § 252 Rn. 50; Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 82; Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), § 252 Rn. 23; MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 252 Rn. 48; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vör § 281 Rn. 34, 36, 47; Dauner-Lieb/Langen/Spallino (4. Auflage 2021), § 252 Rn. 21. Ausführlich zur Anwendung des § 254 BGB Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 135ff., insb. 138f., freilich unter Ablehnung einer Deckungsobligation zumindest „bei einem Händler, der laufend zum Absatz einkauft“ (S. 138). Gegen eine aus § 254 BGB abgeleitete Begrenzung des Anspruchsumfangs Prölss, Beweiserleichterungen (1966), 44f.

lenden Kosten – unter Offenlegung seiner alternativen Lieferbeziehung – der Schadensberechnung zugrunde legt.¹⁵⁹

Als Anspruchsinhalt wird dem Käufer hiernach der (positive) Unterschiedsbetrag zwischen dem Kaufpreis und dem Preis eines hypothetischen *Deckungskaufs* gewährt. Das „abstrakte“ Moment dieser Berechnungsart liegt darin, dass die Mehrkosten eines Deckungskaufs ersetzt werden, obwohl sie tatsächlich (noch) nicht angefallen sind, oder der Käufer ihren Anfall jedenfalls nicht konkret nachweist. Die Bestimmung des abstrakten Aufwands erfolgt dabei anhand des für den Käufer relevanten *Marktpreises*; es ist nicht erforderlich, dass der Käufer ein Deckungsgeschäft tatsächlich durchführt.¹⁶⁰ Maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des relevanten Marktpreises ist nach überwiegender Ansicht das Erlöschen des Leistungsanspruchs.¹⁶¹

2. Dogmatische Begründung: Ersatz des objektiven Wertes der Leistung

Die Ersatzfähigkeit der Mehrkosten eines fiktiven Deckungskaufs wird häufig damit begründet, dass dem nicht beliefernten Käufer mindestens der (*objektive*) Wert der Kaufsache zu ersetzen sei.¹⁶² Der Wertbegriff stützt sich auf die Er-

¹⁵⁹ Umfangreiche Aufbereitung entsprechender Ansichten bei *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 40 ff.

¹⁶⁰ *Adler*, ZHR 86 (1923), 1, 45; *Steindorff*, JZ 1961, 12, 13; ausführlicher *ders.*, AcP 158 (1959/60), 431, 459 ff.; *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 24; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 90 f., 97 ff. (s. auch S. 113); *Soergel/Wiedemann* (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 45 und § 325 Rn. 46; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 (S. 248 ff.); *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 575, 584 f.; *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 312 f., 316 f.; *Ebenroth/Boujong/Strohn/Müller*, HGB (3. Auflage 2015), § 376 Rn. 68 f.; *Staudinger/Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 280 E 77; *MüKo/Emmerich* (9. Auflage 2022), Vor 281 Rn. 34. Deziidiert gegen einen von der tatsächlichen Durchführung unabhängigen Ersatz der Mehrkosten eines Deckungskaufs *Roussos*, Schaden und Folgeschäden (1992), 315 f. (s. daneben noch *ebd.*, 362 Fn. 272).

¹⁶¹ Für die im Folgenden zitierten Autoren vor der Schuldrechtsreform ist dies der Zeitpunkt des Ablaufs einer (erforderlichen) Nachfrist, s. hierzu *Adler*, ZHR 86 (1923), 1, 60 ff.; *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 464 f.; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 102 f.; *Soergel/Wiedemann* (12. Auflage 1990), § 325 Rn. 49; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 (S. 250 f.). Deziidiert für den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs dagegen *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 584 f.; *Giesen*, FS Huber (2006), 263, 283 f.; *Huber*, FS Schmidt (2009), 725, 735; *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 341 f.; *ders.*, Marktaustausch (2019), 180; weiterhin für den Zeitpunkt des Fristablaufs dagegen *MüKo/Emmerich* (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 38. Ausführlich zum Streitstand *Giesen*, FS Huber (2006), 263, 279 ff.

¹⁶² *Wilburg*, JherB 82 (1932), 51, 143 ff.; *Neuner*, AcP 133 (1931), 277, 293, 302; *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 171, 450 f.; *Steindorff*, AcP 158 (1959/60), 431, 444 f. (im rechtsvergleichenden Kontext); v. *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität (1962), 1, 8 (zitiert nach: Gesammelte Schriften I (1968), 411, 420); *Stoll*, JuS 1968, 504, 510; *Keuk*, Vermögensschäden und Interesse (1972), 112, 114 f., 127 f.; *dies.*, VersR 1976, 401, 405; *Schlegelberger/Hefermehl* (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 24; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 89 f., 93 f.; *Huber*,

werbsperspektive des Käufers: Er knüpft nicht an eine Weiterveräußerung, sondern an eine Ersatzbeschaffung an.¹⁶³ Tragendes Begründungselement für die Unabhängigkeit des Ersatzes der Deckungsdifferenz von einer hiermit tatsächlich korrespondierenden Vermögensentwicklung ist der – mehr oder weniger explizit formulierte – Gedanke der Rechtsverfolgung, wonach der Ersatz des (objektiven) Wertes der Kaufsache bereits vom kaufvertraglichen Leistungsanspruch legitimiert sei.¹⁶⁴ Dem Käufer stehe beim Ausbleiben der Leistung das Recht zu, den für ihn mit dem Vertrag verbundenen Vorteil ersatzweise zu realisieren.¹⁶⁵ Weder dürfe der Verkäufer bei Vertragsbruch günstiger stehen als bei ordnungsgemäßer Lieferung¹⁶⁶ noch sei es dem Käufer zumutbar, gegenüber dem säumigen Verkäufer erst ersatzberechtigt zu sein, nachdem er die für einen Deckungskauf erforderlichen Mehraufwendungen (konkret) verauslagt hat.¹⁶⁷

Die Abstraktion liegt nach diesem Verständnis nicht darin, dass dem Käufer eine für ihn günstige Differenz zwischen dem (niedrigeren) Kaufpreis und dem (höheren) Marktpreis ersetzt wird, obwohl es an einem tatsächlich durchgeführten Deckungsgeschäft fehlt. Abstrakt ist „lediglich die Festsetzung des Sachwertes des dem Gläubiger vorenthaltenen Leistungsgegenstandes“.¹⁶⁸ Der (abstrakte)

Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 a (S. 248 f.); Knütel, AcP 202 (2002), 555, 575; zur historischen Entwicklung HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 65 f.; für Nachweise zur Zeit vor Geltung des BGB Jansen, JZ 2005, 160, 164.

¹⁶³ Explizit Adler, ZHR 86 (1923), 1, 46 f.; Wilburg, JherJb 82 (1932), 51, 144 f.; Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 170 f., 457; Knütel, AcP 202 (2002), 555, 575; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 95 f.; Jansen, JZ 2005, 160, 165.

¹⁶⁴ Grundlegend Neuner, AcP 133 (1931), 277, 293, 302; Wilburg, JherJb 82 (1932), 51, 145; Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 450 f., 453; Stoll, JuS 1968, 504, 510; Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 52 ff., 111 f.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 24; Knütel, AcP 202 (2002), 555, 575 ff., 581 f.

¹⁶⁵ Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 171; Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 111 f., 128 f.; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 a (S. 248 f.); Knütel, AcP 202 (2002), 555, 581 ff.; HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 65.

¹⁶⁶ Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 460; Wilburg, JherJb 82 (1932), 51, 145; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 a (S. 248).

¹⁶⁷ Adler, ZHR 86 (1923), 1, 46, 48; Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 456 f. („nicht gezwungen werden soll“); Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 98.

¹⁶⁸ Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 115, Hervorh. vom Verf.; ähnlich bereits Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 456 f. („denn der Gläubiger weist den *ihm tatsächlich treffenden Schaden* nach, indem er sich den allgemeinen Verhältnissen und dem Verfahren des Marktes unterordnet“, Hervorh. vom Verf.); Stein-dorff, AcP 158 (1959/60), 431, 444 („Sein regelmäßiger Schaden besteht (...) darin, daß er sich zu höherem Preis *eindecken muß*.“, Hervorh. vom Verf.); Schlegelberger/Hefermehl, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 24 („eine abstrakte Feststellung des konkreten Schadens“, Hervorh. vom Verf.); s. auch Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 99 f.; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 I (S. 232 f.); Flume, AcP 215 (2015), 282, 320.

Marktpreis beschreibe den „objektiven Wert der Leistung einfach und anschaulich“.¹⁶⁹ Erweist sich der vereinbarte Kaufpreis im Vergleich zum aktuellen Marktpreis als günstiger, bildet der Ersatz der Differenz das für den Käufer vorteilhafte Ergebnis des Leistungsaustausches monetär nach.¹⁷⁰ Der Käufer ist auf diese Weise vor zwischenzeitlich eingetretenen Preissteigerungen geschützt, und auch bei unveränderter Marktlage kommt dem Käufer die Vereinbarung eines „günstigen“ Kaufpreises weiterhin zugute.¹⁷¹ Er erhält sich den mit dem Kaufvertrag für ihn verbundenen Vorteil auch dann, wenn es nicht zur Naturalerfüllung kommt.¹⁷² In praktischer Hinsicht kann der Käufer den vom Verkäufer zu ersetzenenden Differenzbetrag dazu einsetzen, sich ersatzweise zum Marktpreis einzudecken.¹⁷³

Mit der Einordnung des fiktiven Deckungsgeschäftes als Instrument zur Ermittlung des dem Käufer zustehenden Sachwertes der ausbleibenden Leistung (als des ihm mindestens zu ersetzenenden Schadens) ist der Unterschied zwischen „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung nicht konzeptioneller, sondern bloß modaler Natur: Es werden lediglich unterschiedliche Werte verwendet, um den vom Ausbleiben der Leistung bewirkten Schaden zu *bemessen*. Gleichwohl ist die abstrakte Schadensberechnung nach diesem Konzept nicht der Grundtypus des Anspruchsinhalts des Schadensersatzes statt der Leistung.¹⁷⁴ Indem sich die Literatur auf eine explizite Ausnahme vom Grundsatz der konkreten Schadensberechnung beruft, bezieht sie sich zugleich auf diesen und erkennt ihn in der Folge als solchen überhaupt erst an. Insofern steht die Einordnung, der Wert der ausbleibenden Leistung sei der dem Käufer – abzüglich des Kaufpreises – zu ersetzende Mindestschaden, dem von der Differenzhypothese implizierten Erfordernis einer Vermögenseinbuße entgegen. Einzelne Vertreter einer solchen Schadensberechnung berufen sich denn auch explizit darauf, dass es *zwei verschiedene Schadensbegriffe* gebe.¹⁷⁵

¹⁶⁹ *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 451.

¹⁷⁰ *Flume*, Marktaustausch (2019), 173 („Es geht also auch nicht darum, einen Mindestschaden zu bestimmen, sondern das Ergebnis des Leistungsaustausches monetär zu replizieren.“).

¹⁷¹ *Ders.*, AcP 215 (2015), 282, 289 („Hedge-Effekt“); *ders.*, Marktaustausch (2019), 122 f. (s. auch 127, 137, 154).

¹⁷² Dieser Gedanke verwirklichte sich bereits in der „handelsrechtliche(n) Klage auf die Preisdifferenz“, hierzu *ders.*, AcP 215 (2015), 282, 299 f.

¹⁷³ *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 170; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 96, 99 f.; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 (S. 248); *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 290.

¹⁷⁴ Treffend die Bezeichnung „Anomalie“ bei *MüKo/Ernst* (9. Auflage 2022), § 325 Rn. 23; s. zum Regel-Ausnahme-Verhältnis die Nachweise in Fn. 125.

¹⁷⁵ *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 452, 454; *Steindorff*, JZ 1961, 12, 13 f.; *Schlegelberger/Hesermehl*, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 24.

Die Begründungsansätze der Literatur wirken sich darauf aus, auf welche Personen ihr Verständnis der „abstrakten“ Schadensberechnung anwendbar ist. Ein Ersatz des Unterschiedsbetrages des Kaufpreises zum Marktpreis eines (fiktiven) Deckungskaufs kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Käufer Kaufmann ist oder sonst gewerblich handelt.¹⁷⁶ Der Ansatz der Deckungskosten richtet sich am Interesse des Käufers aus, die versprochene Kaufsache – zumindest ihrem Wert nach – zu erhalten. Dieses Interesse hängt nicht davon ab, ob der Käufer zum Zwecke des Handeltreibens oder zu privaten Zwecken eingekauft hat.

3. Konkurrenzverhältnis zu tatsächlich angefallenen Deckungskosten

Nach dem überwiegenden¹⁷⁷ Ansatz der Literatur ist die „abstrakte“ Bemessung des Deckungsaufwandes eine Erleichterung, auf die sich der Käufer berufen kann, aber nicht berufen muss. Es bleibt ihm unbenommen, sich anstelle des Marktpreises auf den tatsächlich angefallenen Preis eines „konkreten“ durchgeführten Deckungskaufs zu berufen.¹⁷⁸

Diese Wahlfreiheit erfährt freilich nach teilweise vertretener Ansicht zwei wesentliche Ausnahmen. Erstens soll sich der Käufer an einem tatsächlich abgeschlossenen Deckungsgeschäft festhalten lassen, wenn es zu einem günstigeren Preis als dem maßgeblichen Marktpreis zustande gekommen ist.¹⁷⁹ Zweitens könne der Käufer weder mit dem tatsächlichen Abschluss eines Deckungskaufs

¹⁷⁶ Adler, ZHR 86 (1923), 1, 48, 50; Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 170 f., 457 ff. (grundlegend); Steindorff, ACP 158 (1959/60), 431, 462 f.; Knobbe-Keuk, VersR 1976, 401, 403 f.; ausführlicher *dies.*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 111 f., 124 ff.; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 95 ff.; Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), § 325 Rn. 43; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 (S. 248 f.).

¹⁷⁷ Für eine alleinige Maßgeblichkeit der „abstrakten“ Bemessung nach dem Marktpreis dagegen (knapp) Steindorff, JZ 1961, 12, 13; grundlegend Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 116 f.; Knütel, AcP 202 (2002), 555, 586, 591; Flume, AcP 215 (2015), 282, 321 f.; ausführlich *ders.*, Marktaustausch (2019), 181 ff. (Marktpreis als „yardstick“ der Bewertung).

¹⁷⁸ Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 135 und § 281 B 141; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 39, 45; Adler, ZHR 86 (1923), 1, 44 f., 54 ff.; Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 168 f., 456 f.; v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität (1962), 1, 8 (zitiert nach: Gesammelte Schriften I (1968), 411, 420); Schlegelberger/Hefermehl, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 26; ausführlich Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 106 ff.; Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 45, 50 und § 325 Rn. 43, 56, 59; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 (S. 249); *ders.*, FS Schmidt (2009), 725, 744.

¹⁷⁹ Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 50 und § 325 Rn. 43 („Grundsatz der schonenden Schuldnerbehandlung“); Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 114 f. (differenzierend); MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 34; für die gegenteilige Auffassung Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 (S. 251 f. mit Fn. 88).

so lange zuwarten, dass er mit dessen Geltendmachung gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstößt,¹⁸⁰ noch könnte er ein Deckungsgeschäft in Rechnung stellen, dessen Konditionen in einem Ausmaß von der Marktlage abweichen, das gegen die Grundsätze der gebotenen Sorgfalt verstößt.¹⁸¹ Andernfalls treffe den Käufer eine Mitverantwortlichkeit an der Entstehung des „konkreten“ Schadens i. S. d. § 254 BGB.¹⁸² Ihm verbleibt hiernach ein prinzipiell weit gefasster Spielraum: Weder muss es dem Käufer bei den Verhandlungen mit dem Drittverkäufer gelingen, exakt den Marktpreis zu erzielen, noch ist er hinsichtlich einer etwaigen Preisentwicklung an den Zeitpunkt gebunden, nach dem ihm die fiktiv bemessenen Mehrkosten eines Deckungskaufs ersetzt werden.

D. „Abstrakte“ Schadensberechnung des Verkäufers

Für den Anspruch des Verkäufers besteht zwischen Rechtsprechung¹⁸³ und Literatur¹⁸⁴ überwiegend¹⁸⁵ Einigkeit, dass „abstrakte“ Schadensberechnung jeden-

¹⁸⁰ Differenzierend *Adler*, ZHR 86 (1923), 1, 54 f., 60 f.; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 116 ff.; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 1 (S. 242 mit Fn. 40) und ausführlich § 35 VI (S. 164 ff.); *Staudinger/Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 280 E 101.

¹⁸¹ Differenzierend *Adler*, ZHR 86 (1923), 1, 54 ff. (allgemein für beide Vertragsparteien); differenzierend auch *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 108 ff.; *Soergel/Wiedemann* (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 50; *Staudinger/Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 280 E 101; *MüKo/Emmerich* (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 46.

¹⁸² Für diesen Maßstab *Adler*, ZHR 86 (1923), 1, 54; *Steindorff*, AcP 158 (1959/60), 431, 461 in Fn. 100; *Soergel/Wiedemann* (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 50; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 108; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 1 (S. 242 mit Fn. 40) und § 38 III 5 (S. 256); *Staudinger/Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 280 E 101; *MüKo/Emmerich* (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 46.

¹⁸³ Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts grundlegend RGZ 89, 282, 283 f. (gesalzener Speck) und RG WarnR 1918, Nr. 184 (S. 271 f.) (Hölzer); RG JW 1919, 445 f. (Nr. 5); RGZ 110, 155, 159 f. (Dachpappe). Grundlegend aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs BGH JZ 1961, 27, 28 (Wein); bestätigt in BGH NJW 1970, 29, 32 (LKW); NJW 1988, 2234, 2236. Wiederum grundlegend BGH NJW 1994, 2478 (Gebrauchtwagen); bestätigt in BGH NJW 1995, 587, 588; NJW 2000, 1409, 1410; NJW 2012, 601, 602.

¹⁸⁴ *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 137 ff.; *Hager*, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware (1975), 163 ff., insb. 165 ff.; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 171 ff., insb. 173, 174 f., 180, 185 f.; *Soergel/Mertens* (12. Auflage 1990), § 252 Rn. 17; *Soergel/Wiedemann* (12. Auflage 1990), § 325 Rn. 45; *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 165, 170 f.; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 II 3 (S. 239 f.); *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 598, 602; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz (3. Auflage 2003), § 6 X 6 c (S. 349 f.); *Soergel/Ekkenga/Kunz* (13. Auflage 2014), § 252 Rn. 51; *Staudinger/Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 280 E 87, 89; *Staudinger/Höpfner* (Neubearbeitung 2021), § 252 Rn. 22; *Dauner-Lieb/Langen/Spallino* (4. Auflage 2021), § 252 Rn. 20; *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 252 Rn. 46, 48.

¹⁸⁵ S. zu abweichenden Stimmen die Nachweise in Fn. 197 a. E.

falls den Ersatz entgangenen Absatzgewinns bedeutet.¹⁸⁶ Insbesondere¹⁸⁷ die Literatur gesteht dem Verkäufer zu, den Anspruch alternativ nach dem Mindererlös eines hypothetischen Deckungsverkaufs nach dem Marktpreis zu bemessen.¹⁸⁸

I. Rechtsprechung und Literatur: Ersatz des vollen Absatzgewinns

Der „abstrakt“ bemessene Schadensersatzanspruch des Verkäufers besteht nach allgemeiner Meinung in der Differenz aus dem vereinbarten Kaufpreis und dessen *nach Markt- oder Durchschnittspreisen* bemessenen eigenen Einkaufs- oder Herstellungskosten.¹⁸⁹ Dem Ersatz dieser Differenz steht es nicht entgegen, dass der Verkäufer im Zuge des Schadensersatzverlangens auch von der eigenen Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache befreit wird und folglich die bereits angeschaffte oder noch anzuschaffende Kaufsache an einen Dritten absetzen kann, um den Absatzgewinn ersatzweise zu erzielen.

Der argumentative Kern der „abstrakten“ Schadensberechnung des Verkäufers ist die Begründung dafür, weshalb dem Käufer der Einwand versagt wird, der Verkäufer könne die zum Verkauf bestimmte Kaufsache anderweitig absetzen und den mit der Veräußerung verbundenen Geschäftsgewinn hierdurch ersatzweise erzielen. Zur Rechtfertigung, dem Verkäufer nicht nur den Differenzbetrag zwischen Kaufpreis und (niedrigerem) Marktpreis einer Ersatzveräußerung, sondern den (vollen) Absatzgewinn, die Differenz zwischen Kaufpreis und eigenen Anschaffungskosten, zu ersetzen, gibt es zwei unterschiedliche Begründungsansätze.

¹⁸⁶ Für die Beobachtung, dass sich die Kritik der Literatur an der „abstrakten“ Schadensberechnung der Rechtsprechung (weit) überwiegend auf den Anspruch des Käufers beschränkt, *Flume*, Marktaustausch (2019), 162 f., 186 f. sowie bereits *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 144.

¹⁸⁷ Aus der Rspr. vereinzelt RGZ 50, 255, 262, 267 f. (implizit); RG LZ 1909, 478 f. (Nr. 4).

¹⁸⁸ Düringer/Hachenburg/Hoeniger, HGB Band V (3. Auflage 1932), Einleitung Anm. 145; Staub/Heinichen, Handelsgesetzbuch (14. Auflage 1933), Anhang zu § 374 Rn. 29a; Rabel, Das Recht des Warenkaufs 2. Band (1958), 58, 60 f.; Hager, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware (1975), 149 ff., insb. 152, 156, 159 ff.; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 150 ff. (zum entgangenen Gewinn *ebd.*, 166 ff., zusammenfassend *ebd.*, 186 f.); Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), § 325 Rn. 43, 45; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 II 2 (S. 236 ff.). Knapp auch Steindorff, JZ 1961, 12 f.; v. Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität (1962), 1, 8 f. (zitiert nach: Gesammelte Schriften I (1968), 411, 419 f.); Schlegelberger/Hefermehl, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 32; Lange/Schiermann, Schadensersatz (3. Auflage 2003), § 6 X 6 c (S. 349).

¹⁸⁹ Zum maßgeblichen Zeitpunkt RGZ 60, 346, 347 f. (Ablauf der Nachfrist).

1. Vorteilsausgleichung als Begründung des Reichsgerichts

Das Reichsgericht behandelte den käuferseitigen Einwand vom Einbehalt einer Verkaufsoption mit dem schadensdogmatischen Institut der Vorteilsausgleichung. Legte der Verkäufer seinem Anspruch konkret angefallene Einkaufs- oder Herstellungskosten zugrunde, wurde der Verkaufswert der Kaufsache anspruchsmindernd in Abzug gebracht. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung war in der Folge auf den Mindererlös eines Deckungsverkaufs beschränkt. Verwendete der Verkäufer hingegen anstelle tatsächlich angefallener Kosten abstrakte Preise, wurde eine Vorteilsausgleichung abgelehnt und dem Verkäufer der (volle) Differenzbetrag zwischen dem Kaufpreis und den derart abstrakt bemessenen Anschaffungskosten zugesprochen.¹⁹⁰

Als Vorteil wurde spezifisch der Umstand in Rechnung gestellt, dass der Verkäufer Eigentümer der bereits angeschafften Kaufsache geblieben sei und sich deshalb deren (Verkaufs-)Wert anspruchsmindernd entgegenhalten lassen müsse.¹⁹¹ Der Verkäufer war dazu angehalten, die einbehaltene Kaufsache anderweitig abzusetzen und auf diese Weise den mit einer Veräußerung verbundenen Absatzgewinn ersatzweise zu erzielen. Die Vorteilsausgleichung wirkte sich rechnerisch darin aus, dass dem Verkäufer nur noch ein etwaiger Unterschiedsbetrag ersetzt wurde, um den der vereinbarte Kaufpreis den gegenwärtigen Verkaufswert überstieg. Im konzeptionellen Ansatz handelt es sich bei dieser Differenz um einen mittels Vorteilsausgleichung gekürzten Gewinnentgang, im praktischen Ergebnis um den Mindererlös eines fiktiven Deckungsverkaufs.

Der vordergründige Unterschied zwischen „konkreter“ und „abstrakter“ Berechnung besteht darin, dass nach dem Tatbestand der letzteren Berechnungsform keine bestimmte Kaufsache im Vermögen des Verkäufers zurückbleibt. Diese Differenzierung scheint auf den ersten Blick zu verhindern, dass der Verkäufer aus ein und derselben Kaufsache zweimal Gewinn erzielt. Für den Fall, dass eine bestimmte Kaufsache bereits angeschafft worden ist, wird der Verkäufer auf den (gegebenenfalls fiktiven) Mindererlös einer ersatzweisen Veräußerung verwiesen; fehlt es an der Anschaffung der Kaufsache, kann er hingegen den Absatzgewinn verlangen, ohne dass er sich die Sache beschafft und in der Folge ein (weiteres) Veräußerungsgeschäft abschließt.

Diese Beschreibung ist indes ungenau und verfehlt die rechtsgerichtliche Differenzierung: Unter der Voraussetzung, dass eine entsprechende Berechnung *dem*

¹⁹⁰ Grundlegend RGZ 89, 282, 283 f. (gesalzener Speck) und RG WarnR 1918, Nr. 184 (S. 271 f.) (Hölzer); bestätigt in RGZ 110, 155, 159 f. (Dachpappe). Eine hier von abweichende Terminologie verwendete noch RG LZ 1911, 850 (Nr. 3) (Garn). Für den Ersatz der Differenz zwischen Kaufpreis und Einkaufskosten bereits RGZ 60, 346, 347 (Schmelzkoks), jedoch noch ohne Bezug auf das schadensdogmatische Institut der Vorteilsausgleichung.

¹⁹¹ RGZ 89, 282, 284; RG WarnR 1918, Nr. 184 (S. 271 f.); RGZ 110, 155, 159.

gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, stand es dem Verkäufer frei, sich anstelle konkret angefallener Anschaffungskosten auf den Marktpreis der eigenen Beschaffung oder den Durchschnittspreis eigener Herstellung zu berufen.¹⁹² Den hiermit sprachlich hergestellten Bezug zu § 252 S. 2 BGB macht das Reichsgericht freilich nicht explizit. Ebenso wenig gibt das Reichsgericht eine ausdrückliche Begründung dafür, weshalb bei einer Anspruchsbemessung anhand des gewöhnlichen Laufs der Dinge der volle Absatzgewinn gefordert werden kann. Es wird jedoch deutlich, dass zentraler Tatbestand der Vorteilsausgleichung nicht der Einbehalt einer bereits angeschafften Kaufsache als solcher, sondern die Geltendmachung dieser Anschaffung mittels konkret angefallener Kosten ist. Verzichtete der Verkäufer hierauf und legte – ungeachtet einer etwaigen vorherigen Anschaffung – die für einen Ankauf oder eine Herstellung aktuellen Marktpreise (Beschaffung) oder Durchschnittskosten (Herstellung) zugrunde, gereichte ihm der bloße Umstand der tatsächlichen Anschaffung allein noch nicht zur Kürzung des Ersatzanspruchs.

Ein wirtschaftliches Interesse am Ansatz der tatsächlich angefallenen Anschaffungskosten besteht vor diesem Hintergrund nur dann, wenn diese *niedriger* sind als die bei der abstrakten Berechnung anzusetzenden Marktpreise. Lediglich auf die Geltendmachung dieser Differenz zielt die Rechtsprechung des Reichsgerichts ab, indem sie es dem Verkäufer verwehrt, entgangenen Gewinn auf der Grundlage tatsächlich angefallener Anschaffungskosten zu berechnen. Sie trägt damit dem Umstand Rechnung, dass der tatsächlich angefallene, besonders günstige Anschaffungspreis in der Vergangenheit liegt, und es angesichts der gegenwärtigen Preise gerade nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, dass sich der Verkäufer erneut derart günstig eindecken kann. Erhielte der Verkäufer die Differenz des Kaufpreises zu seinen tatsächlichen Anschaffungskosten ersetzt, profitierte er von einem Anschaffungsvorgang doppelt. Er würde so behandelt, als ob er dieselbe Kaufsache zweimal veräußert hätte. Zum einen würde der günstige Anschaffungspreis bei der Berechnung der im Wege des Schadensersatzes zu ersetzenen Gewinnspanne berücksichtigt, zum anderen definierte eben dieser Preis auch die Gewinnspanne einer abermaligen Veräußerung der im Zuge der käuferseitigen Nichteinbehaltung der Sache. Ein besonderes Gewicht

¹⁹² RGZ 89, 282, 283 („hat sie eine Berechnung aufgestellt, die ausschließlich begründet ist in der Besonderheit des gegebenen Falles und in Verhältnissen, die nicht bloß als *dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entsprechende* berücksichtigt werden sollen“, Hervorh. vom Verf.); RG WarnR 1918, Nr. 184 (S. 271 f.) („Die Schadensberechnung stützt sich demnach auf die bes. Beschaffenheit des Falles u. nicht auf eine Gestaltung der Verhältnisse, die *nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten gewesen wäre*.“, Hervorh. vom Verf.); RG JW 1919, 445 f. (Nr. 5) („Für gewöhnlich ist die Annahme berechtigt, daß der Verkäufer in der Lage war, noch weitere Mengen derselben Warengattung zu dem gleichen Selbstkostenpreise herzustellen und mittels dieser Mengen alle übrigen sich ihm bietenden Verkaufsgelegenheiten auszunutzen.“, Hervorh. vom Verf.).

nahm dieser Umstand in der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts ein, in welcher die historischen Anschaffungspreise die gegenwärtigen Einkaufspreise deshalb erheblich unterschritten, weil sie auf eine Beschaffung des Verkäufers noch vor Ausbruch des Ersten Weltkrieges zurückgingen.¹⁹³

2. Absatzvermutung des § 252 S. 2 BGB als Begründung von BGH und Literatur

Ein entscheidendes Element seiner Argumentationskette deutet das Reichsgericht nur an. Es stellt die „abstrakte“ Berechnung des verkäuferseitigen Gewinnentgangs unter die Voraussetzung, dass diese dem „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ entspricht.¹⁹⁴ Die hiermit hergestellte Verbindung zum Wortlaut des § 252 S. 2 BGB unterlegt das Gericht weder mit einem Normzitat noch mit einer näheren Begründung. Eine Ausnahme bildet eine Entscheidung des Reichsgerichts, wonach „für gewöhnlich (...) die Annahme berechtigt (ist), daß der Verkäufer in der Lage war, noch weitere Mengen derselben Warengattung zu dem gleichen Selbstkostenpreise herzustellen und mittels dieser Mengen alle übrigen sich ihm bietenden Verkaufsgelegenheiten auszunutzen“.¹⁹⁵

Die hierin enthaltene Anknüpfung an zusätzliche Verkaufsgelegenheiten (einschließlich der hiermit korrespondierenden Anschaffungsvorgänge) steht im Zentrum der neueren Begründungsansätze. Sowohl die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁹⁶ als auch die weit überwiegende Literatur¹⁹⁷ stützen den Ersatz des verkäuferseitigen Absatzgewinns – mehr oder weniger explizit – auf die Ge-

¹⁹³ RGZ 89, 282, 284; RG WarnR 1918, Nr. 184 (S. 271 f.) erging ebenfalls im Ersten Weltkrieg und differenziert zwischen den tatsächlichen Anschaffungskosten und „denjenigen, zu denen er die Ware nach dem Stande des Marktpreises zur Erfüllungszeit hätte anschaffen können“, betrifft mithin ebenfalls einen Fall, in dem sich diese Preise (erheblich) unterscheiden.

¹⁹⁴ RGZ 89, 282, 283; RG WarnR 1918, Nr. 184 (S. 271 f.); RG JW 1919, 445 f. (Nr. 5).

¹⁹⁵ RG JW 1919, 445, 446 (Nr. 5), Hervorh. vom Verf.; ähnlich RG WarnR 1918, Nr. 73 (S. 108 f.). In beiden Entscheidungen bleibt freilich die (terminologische) Zuordnung dieses Einwands zu „konkreter“ oder „abstrakter“ Anspruchsbestimmung offen.

¹⁹⁶ Grundlegend BGH JZ 1961, 27, 28 (Wein); bestätigt in BGH NJW 1970, 29, 32 (LKW). Ebenfalls grundlegend BGH NJW 1994, 2478 (Gebrauchtwagen) mit instruktiver Besprechung von Pohlmann, NJW 1995, 3169 f.; bestätigt in NJW 2000, 1409. Zur Rechtsprechung des BGH daneben noch BGH NJW 1988, 2234, 2236 sowie (knapp) NJW 1995, 587, 588.

¹⁹⁷ Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 137 ff.; Hager, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware (1975), 163 f., 167 ff.; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 171 ff., insb. 173, 174 f., 180, 185 f.; Soergel/Mertens (12. Auflage 1990), § 252 Rn. 17; Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), § 325 Rn. 45; Halßpap, Der entgangene Gewinn (1999), 165, 170 f.; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 II 3 (S. 239 f.); Knütel, AcP 202 (2002), 555, 598, 602; Lange/Schiemann, Schadensersatz (3. Auflage 2003), § 6 X 6 c (S. 349 f.); Soergel/Ekkenga/Kunz (13. Auflage 2014), § 252 Rn. 51; Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), § 252 Rn. 23; Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 87, 89; Dauner-

winnvermutung des § 252 S. 2 BGB und lehnen es ab, den gewerblichen Verkäufer marktgängiger Waren auf den Mindererlös eines Deckungsverkaufs zu beschränken.

Zur Begründung eines dem Verkäufer zustehenden Anspruchs auf Ersatz seines Absatzgewinns lässt sich die aus § 252 S. 2 BGB zum Anspruch des Käufers entwickelte *Weiterveräußerungsvermutung* nicht unmittelbar übertragen.¹⁹⁸ Anders als beim Käufer steht eine Weiterveräußerung auch ohne eine Vermutung in allen Fällen fest. Der Verkäufer hätte die Kaufsache bereits im Rahmen des gestörten Kaufvertrages selbst weiterveräußert und hierdurch den Gewinn erzielt, den der Käufer erst mit einer an den Kaufvertrag anschließenden Weiterveräußerung erhalten kann. Für den Verkäufer als die veräußernde Partei ist bereits der gestörte Kaufvertrag selbst die Ebene der Weiterveräußerung, die der Käufer erst noch erreichen muss.¹⁹⁹ Einer Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach dem Betrag des verkäuferseitigen Absatzgewinns steht jedoch – parallel zur Frage nach einer den Käufer als Gläubiger treffenden Deckungsobligie – der Einwand entgegen, dass der Verkäufer die Kaufsache an einen Dritten veräußern kann, um den geplanten Gewinn ersatzweise zu erzielen.

Der Bundesgerichtshof überwindet diesen Einwand ebenfalls mithilfe einer Vermutung: Der Verkäufer marktgängiger Ware hätte zukünftige Geschäfte, die zu einer Nachholung des gescheiterten Vertrages führen könnten, auch im hypothetischen Fall ordnungsgemäßer Erfüllung durchgeführt.²⁰⁰ Auf dieser Grundlage begründet der weitere Warenabsatz keine Ersatz-, sondern *Zusatzgeschäfte*

Lieb/Langen/*Spallino* (4. Auflage 2021), § 252 Rn. 20; MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 252 Rn. 46, 48.

Demgegenüber für eine regelmäßige Beschränkung (auch) des Verkäufers auf den Mindererlös eines Deckungsgeschäfts *Adler*, ZHR 86 (1923), 1, 45 f., 48; *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 334 f., 337 f.; *ders.*, *Marktaustausch* (2019), 164 ff., 172 ff., 187 f.; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 31 f., 42. Guter Überblick zu Vertretern einer solchen Beschränkung zu Beginn des 20. Jahrhunderts *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 328 f. m.w.N. Im Ansatz auch *Bardo*, Die „*abstrakte*“ Berechnung (1989), 151 f., die jedoch hierdurch den Ersatz entgangenen Gewinns gerade nicht ausschließt („Den entgangenen Gewinn zu liquidieren, wird ihm nicht versagt; nur müssen dann die Voraussetzungen des § 252 BGB vorliegen.“, S. 151, s. daneben *ebd.*, 146).

¹⁹⁸ In einer (vereinzelt gebliebenen) Entscheidung rekurrierte der BGH freilich unmittelbar auf die Weiterveräußerungsvermutung beim Käufer, BGH NJW 1988, 2234, 2236.

¹⁹⁹ Dieser Gedanke findet sich bereits explizit bei *Bardo*, Die „*abstrakte*“ Berechnung (1989), 145, 166.

²⁰⁰ BGH JZ 1961, 27, 28 („ist auch die Annahme begründet, daß sich der Absatz der Kl. bei Abnahme und Bezahlung der restlichen an die Bekl. verkauften Ware um einen entsprechenden Betrag gesteigert haben würde“); BGH NJW 1970, 29, 32 („eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß (...) dem Verkäufer deshalb Gewinn entgeht, weil er bei Erfüllung des ersten Kaufvertrages auch den zweiten Kaufvertrag durch Lieferung anderweit beschaffter Ware abgewickelt und dabei Gewinn erzielt hätte“); BGH NJW 1994, 2478 („Vermutung, daß dieser bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Kaufvertrages auch mit dem zweiten Käufer einen Vertrag über die von ihm vertriebene Ware geschlossen und

und kann nicht verhindern, dass dem nicht bezahlten Verkäufer *eine* Gewinnspanne entgeht.

II. Konkurrenzverhältnis zum Deckungsgeschäft

Der Ersatz entgangenen Absatzgewinns ist nicht die einzige für den Verkäufer anerkannte Form der Schadensberechnung. Alternativer Anspruchsinhalt ist – als Ergebnis „konkreter“ Schadensberechnung – der Mindererlös eines Deckungsverkaufs; anders als beim Anspruch des Käufers ist hierbei – in Übereinstimmung von Rechtsprechung und überwiegender Literatur – die Bemessung nach einem *tatsächlich abgeschlossenen* Deckungsgeschäft die einzige anerkannte Form, den Mindererlös eines Deckungsverkaufs geltend zu machen.²⁰¹ Die Anspruchsbemessung nach einem Deckungsverkauf steht nach allgemeiner Meinung unter dem Vorbehalt des § 254 BGB.²⁰²

E. Lösung der Beispiele

Im Folgenden werden die Konzeptionen von Rechtsprechung und Literatur auf die in § 2 vorgestellten Beispiele angewendet. Zunächst wird auf einer abstrakteren Ebene benannt, welche Antworten die bisherigen Konzeptionen auf die drei grundlegenden Fragen zur Anspruchsbemessung geben. Anschließend werden die Fälle gelöst.

I. Der nicht beliebte Käufer

1. Die drei Fragen der Anspruchsbemessung

Es gibt mit der Berechnung nach einem *Deckungsgeschäft* und der Berechnung nach einem *entgangenen Weiterveräußerungsgewinn* zwei verschiedene Richtungen „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung. Aufgeworfen ist hiervon die erste grundlegende Frage der Anspruchsbemessung: Ist der Käufer dazu angehalten, einen Deckungskauf durchzuführen, indem er sich die Sache ersatzweise beschafft, oder kann er unmittelbar auf den für ihn mit einer Weiterveräußerung verbundenen Gewinn zugreifen? In der Anspruchsbemessung äußert sich der Unterschied zwischen diesen beiden Ersatzrichtungen darin, ob der Käufer

zu dessen Erfüllung imstande gewesen wäre, so daß ihm der entsprechende Gewinn aus diesem Zweitgeschäft entgangen ist.“), hierzu eingehend Pohlmann, NJW 1995, 3169 f.

²⁰¹ Zur „konkreten“ Schadensberechnung die Nachweise in § 3 B., zur teilweise anerkannten Bemessung nach einem fiktiven Deckungsverkauf s. die Nachweise in Fn. 197 a. E.

²⁰² RGZ 50, 255, 268; 53, 11, 15; speziell zum maßgeblichen Zeitpunkt RGZ 57, 105, 107; 83, 176, 178; BGH NJW 1968, 985; NJW 1997, 1231, 1232. Differenzierend Adler, ZHR 86 (1923), 1, 54 ff. (allgemein für beide Vertragsparteien); differenzierend auch Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 158 ff.; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 II 1 (S. 234), speziell zum Zeitpunkt *ebd.*, § 35 VI (S. 164 ff.); ähnlich Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 109 f.

auf den Differenzbetrag des Kaufpreises zu einem höheren Einkaufspreis beschränkt ist, oder ob er stattdessen auf die „volle“ Differenz zwischen dem Kaufpreis und einem noch über einem zwischenzeitlich gestiegenen Einkaufspreis liegenden Weiterveräußerungspreis zugreifen kann. Diese Abgrenzungsfrage stellt sich nicht nur nach dem Ansatz der Rechtsprechung, die als „abstrakte“ Schadensberechnung in Anwendung der Vermutung des § 252 S. 2 BGB entgangenen Weiterveräußerungsgewinn gewährt. Auch ohne Anwendung der Vermutung könnte der Käufer einen ihm entgehenden Gewinn auf dessen allgemeine Anerkennung in § 252 S. 1 BGB stützen, indem er vorträgt, dass ihm ein konkret geplantes Weiterveräußerungsgeschäft entgeht.

Ein von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungsgeschäftes unabhängiger Ersatz der Mehrkosten eines Deckungskaufs – entsprechend der zweiten grundlegenden Frage der Anspruchsbemessung – ist lediglich nach dem Ansatz der Literatur möglich. Diese sieht hierin gerade das Wesen „abstrakter“ Schadensberechnung des Käufers. Im Konzept der Rechtsprechung ist eine solche Bemessung nicht vorgesehen. Anders als die These der Literatur zum Ersatz eines materiellrechtlichen „Mindestschadens“ bleibt die Rechtsprechung (im theoretischen Konzept) konsequent bei dem Grundsatz, dass Schadensersatz statt der Leistung eine zur Nichtleistung hinzutretende Vermögenseinbuße voraussetzt. Eine nicht „konkrete“, sondern ausnahmsweise „abstrakte“ Anspruchsbemessung ist für sie nur in den Grenzen des § 252 S. 2 BGB möglich. Diese Vermutungsregelung sieht nicht materiellrechtlich vom Erfordernis der Vermögenseinbuße ab, sondern erleichtert nur deren prozessualen Nachweis. An die Stelle einer tatsächlich eingetretenen Vermögenseinbuße tritt nicht der fiktive Ersatzbetrag der Mehrkosten eines Deckungskaufs, sondern wiederum ein tatsächlicher – wenn auch freilich nur vermuteter – Geschehensablauf. Die auf die Gewinnerzielung bezogene Vermutung des § 252 S. 2 BGB beschränkt sich jedoch für den Käufer auf die Weiterveräußerungsperspektive. Für die Einkaufsperspektive hält sie keine Abstraktionsmöglichkeit bereit. Die Rechtsprechung erkennt demnach – abgesehen von drei vereinzelt gebliebenen, nicht in die Struktur des § 252 S. 2 BGB eingepassten Entscheidungen²⁰³ – den „abstrakten“ Ersatz dieser Kosten nicht an.

Die dritte grundlegende Frage der Anspruchsbemessung, wie sich der Ersatz „konkret“ angefallener zum Ersatz von „abstrakt“ nach dem Marktpreis bemessenen Mehrkosten eines Deckungskaufs verhält, stellt sich deshalb nur nach dem Ansatz der Literatur. Das Konkurrenzverhältnis ist entscheidend für die Reichweite des „abstrakten“ Ersatzes von Deckungskosten und hat zwei Richtungen: Der Preis eines tatsächlich durchgeführten Deckungskaufs kann den Marktpreis sowohl unter- als auch überschreiten. Im erstgenannten Fall geht es darum, ob der Käufer die nach dem Marktpreis bemessenen Mehrkosten auch dann verlan-

²⁰³ Hierzu die Nachweise bei § 3 C.I.2.a).

gen kann, wenn feststeht, dass sie in dieser Höhe tatsächlich nicht angefallen sind; im zweitgenannten Fall geht es darum, ob der Käufer die tatsächlich angefallenen Mehrkosten eines Deckungskaufs auch verlangen kann, wenn sie die nach dem Marktpreis bemessenen Mehrkosten überschreiten. Vorausgesetzt, dass sich der nach dem Marktpreis bemessene Ersatz nach einem bestimmten Zeitpunkt richtet, gewinnt das Konkurrenzverhältnis – neben der Fallgruppe des besonders guten oder schlechten Verkaufsgeschicks – besondere Bedeutung aufgrund der Veränderung der Einkaufspreise im Laufe der Zeit. Es geht darum, ob die Festsetzung eines bestimmten, für den Marktpreis relevanten, Zeitpunktes infolge der tatsächlichen Durchführung eines früheren oder späteren Deckungskaufs verändert werden kann.

2. Rechtsprechung

K kann auf Grundlage der Weiterveräußerungsvermutung für die 90 zum Weiterverkauf bestimmten Kisten Wein als ihm entgangenen Gewinn den Unterschiedsbetrag des Kaufpreises (500 Euro) zum Marktpreis der Weiterveräußerung verlangen. K hat dabei die Wahl zwischen dem Marktpreis zum Zeitpunkt des Verzugseintritts (900 Euro) und zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs (1.000 Euro).

K ist nicht dazu angehalten, sich ersatzweise einzudecken und den Entgang eines Weiterveräußerungsgewinns hiermit abzuwenden. Er hat freilich die Wahl, sich freiwillig auf die Differenz des Kaufpreises (500 Euro) zum darüber liegenden Preis eines Deckungskaufs zu beschränken. Hierzu muss er einen solchen jedoch auch tatsächlich durchführen. Der Ersatz richtet sich – vorbehaltlich einer Anwendung des § 254 BGB hinsichtlich des Zeitpunktes und der Modalitäten des Deckungskaufs – nach dem tatsächlich anfallenden Preis.

Ein Ersatz der Mehrkosten eines Deckungskaufs anhand des Unterschiedsbetrages zwischen dem Kaufpreis (500 Euro) und dem Marktpreis eines Deckungskaufs (800 Euro) ist im Konzept der Rechtsprechung nicht vorgesehen. Deshalb erübrigt sich auch das Konkurrenzverhältnis des nach dem Marktpreis bemessenen Ersatzbetrages zu den tatsächlich angefallenen Mehrkosten eines Deckungskaufs. Der Marktpreis eines Deckungskaufs hat lediglich mittelbare Bedeutung als Maßstab zur Beurteilung eines K treffenden Mitverschuldens i. S. d. § 254 BGB, wenn er diesen nicht nur unerheblich und vorwerfbar überschreitet.

3. Literatur

Nach dem Ansatz der Literatur ist K als Käufer marktgängiger Ware auf die Mehrkosten eines Deckungskaufs beschränkt. Um den Geschäftsgewinn im Sinne des Unterschiedsbetrages des Kaufpreises (500 Euro) zum (Markt-)Preis eines Weiterveräußerungsgeschäftes (900/1.000 Euro) zu erzielen, ist er dazu angehalten, sich die Kaufsache anderweitig zu beschaffen und diese anschließend seinerseits weiterzuveräußern. Anders als die Rechtsprechung gesteht die Litera-

tur dem Käufer jedoch zu, die Mehrkosten eines Deckungskaufs abstrakt nach dem Marktpreis zu bemessen. K kann demnach die Differenz zwischen dem Kaufpreis (500 Euro) und dem Marktpreis eines Deckungskaufs (800 Euro) unabhängig davon verlangen, ob, wann und zu welchem Preis er sich die Ware tatsächlich ersatzweise beschafft. Maßgeblich ist der Preis im Zeitpunkt des Erlöschens des Leistungsanspruchs (800 Euro) im Zuge der Entscheidung i. S. d. § 281 IV BGB.

K kommt dabei – vorbehaltlich einer Anwendung des § 254 BGB hinsichtlich des Zeitpunktes und der Modalitäten des Deckungskaufs – ein Wahlrecht zu, sich alternativ auf den Preis eines tatsächlich abgeschlossenen Deckungskaufs zu be rufen. Nur nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht ist er umgekehrt dazu angehalten, sich am Preis eines solchen Geschäftes festhalten zu lassen, wenn der dabei vereinbarte Preis den Marktpreis eines Deckungskaufs (800 Euro) unterschreitet.

II. Der nicht bezahlte Verkäufer

1. Die drei Fragen der Anspruchsbemessung

Zwar besteht zwischen Rechtsprechung und Literatur – anders als beim Anspruch des Käufers – überwiegend Einigkeit, dass „abstrakte“ Schadensberechnung des Verkäufers den Ersatz entgangenen Weiterveräußerungsgewinns bedeutet. Dennoch wird dem Verkäufer zugestanden, seinen Anspruch „konkret“ zu berechnen und einen tatsächlich durchgeführten Deckungsverkauf zugrunde zu legen. Es gibt demnach auch beim Anspruch des Verkäufers zwei verschiedene Richtungen „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung. Aufgeworfen ist hiervon die erste grundlegende Frage der Anspruchsbemessung: Ist der Verkäufer dazu angehalten, einen Deckungsverkauf durchzuführen, indem er die Sache ersatzweise absetzt, oder kann er unmittelbar auf den für ihn mit dem Kaufvertrag verbundenen Gewinn zugreifen? In der Anspruchsbemessung äußert sich der Unterschied zwischen diesen beiden Ersatzrichtungen darin, ob der Verkäufer auf den Differenzbetrag des Kaufpreises zu einem niedrigeren Verkaufspreis beschränkt ist, oder ob er stattdessen auf die „volle“ Differenz zwischen dem Kaufpreis und den noch unterhalb eines zwischenzeitlich gesunkenen Verkaufspreises liegenden Anschaffungskosten zugreifen kann.

Ein von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungsgeschäftes unabhängiger Ersatz des Mindererlöses eines Deckungsverkaufs – entsprechend der zweiten grundlegenden Frage der Anspruchsbemessung – ist von der allgemeinen Meinung nicht anerkannt. Lediglich vereinzelte Stimmen aus der Literatur halten einen solchen Ersatz für die zutreffende Form „abstrakter“ Schadensberechnung des Verkäufers.²⁰⁴ Die allgemeine Meinung zur Bemessung des verkäuferseitigen

²⁰⁴ Zu diesen Vertretern Fn. 197 a. E.

Anspruchs bleibt hingegen (im theoretischen Konzept) konsequent bei dem Grundsatz, dass Schadensersatz statt der Leistung eine zur Nichtleistung hinzutretende Vermögenseinbuße voraussetzt. Eine nicht „konkrete“, sondern ausnahmsweise „abstrakte“ Anspruchsbemessung ist für sie nur in den Grenzen des § 252 S. 2 BGB möglich. Diese Vermutungsregelung sieht nicht materiellrechtlich vom Erfordernis der Vermögenseinbuße ab, sondern erleichtert nur deren prozessualen Nachweis. An die Stelle einer tatsächlich eingetretenen Vermögenseinbuße tritt wiederum ein tatsächlicher – wenn freilich auch nur vermuteter – Geschehensablauf. Die auf die Gewinnerzielung bezogene Vermutung des § 252 S. 2 BGB beschränkt sich für den Verkäufer auf den beim Verkauf erzielbaren Absatzgewinn. Dieser bildet sich aus dem Unterschiedsbetrag von vereinbartem Kaufpreis und eigenen Anschaffungskosten. Für die Perspektive eines Deckungsverkaufs hält die Gewinnvermutung des § 252 S. 2 BGB keine Abstraktionsmöglichkeit bereit.

Die dritte grundlegende Frage der Anspruchsbemessung, wie sich der Ersatz „konkret“ angefallener zum Ersatz eines „abstrakt“ nach dem Marktpreis bemessenen Mindererlöses eines Deckungsverkaufs verhält, stellt sich deshalb nach der allgemeinen Meinung nicht.²⁰⁵

2. Rechtsprechung und Literatur

Sind in der Person des V die Voraussetzungen der „Absatzvermutung“²⁰⁶ erfüllt, ist er nach der allgemeinen Meinung nicht dazu angehalten, die Weinkisten ersatzweise abzusetzen, um den Entgang eines Absatzgewinns hierdurch abzuwenden. Er kann als ihm entgangenen Gewinn für jede Kiste Wein den Unterschiedsbetrag zwischen dem mit K vereinbarten Kaufpreis (1.000 Euro) und den nach dem Marktpreis des Einkaufs bemessenen Anschaffungskosten (500 Euro) verlangen.

V kann sich jedoch freiwillig dazu entscheiden, sich auf die Differenz des mit K vereinbarten Kaufpreises (1.000 Euro) und einem niedrigeren Verkaufspreis mit einem Dritten zu beschränken. Der Ersatzbetrag richtet sich – vorbehaltlich einer Anwendung des § 254 BGB hinsichtlich des Zeitpunktes und der Modalitäten eines Deckungsverkaufs – nach dem tatsächlich anfallenden Preis.

Ein Ersatz des Mindererlöses eines Deckungsverkaufs anhand des Unterschiedsbetrages zwischen dem vereinbarten Kaufpreis (1.000 Euro) und dem zwischenzeitlichen Marktpreis (800 Euro) ist in den Konzepten von Rechtsprechung und Literatur nicht vorgesehen. Deshalb erübrigts sich auch das Kon-

²⁰⁵ Ausführlich zum Konkurrenzverhältnis *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 157ff., die sowohl zur Behandlung des Deckungsverkaufs unterhalb als auch oberhalb des Marktpreises auf § 254 II BGB zurückgreift; *Flume*, Marktaustausch (2019), 181 ff. (Marktpreis als „yardstick“ der Bewertung).

²⁰⁶ Begriff von *Pohlmann*, NJW 1995, 3169.

kurrenzverhältnis des nach dem Marktpreis bemessenen Ersatzbetrages zu dem tatsächlich angefallenen Mindererlös eines Deckungsverkaufs. Der Marktpreis eines Deckungsverkaufs hat lediglich mittelbare Bedeutung als Maßstab zur Beurteilung eines V treffenden Mitverschuldens i. S. d. § 254 BGB, wenn er diesen nicht nur unerheblich und vorwerfbar unterschreitet.

III. Offene Fragen

Ob sich der Ersatzbetrag auf das *Interesse am Erhalt* (Käufer) oder *Absatz* (Verkäufer) der Kaufsache zum vereinbarten *Kaufpreis* beschränkt oder auf den vermögensmäßigen Vorteil erstreckt werden kann, der sich für den Gläubiger aus der geplanten (Käufer) oder vollzogenen (Verkäufer) *Verwendung* der Kaufsache (zur Weiterveräußerung) ergibt, ist eine grundlegende Frage des Anspruchsinhalts. Es ist unsystematisch, beides, sowohl das unmittelbare Leistungsinteresse (Deckungskosten) als auch die gläubigerseitige Leistungsverwendung (Gewinnentgang), als potenzielle Schadenspositionen anzuerkennen und die Abgrenzung allein aus einer zur Fiktion geratenden Vermutung nach § 252 S. 2 BGB, einer aus § 254 BGB abgeleiteten Obliegenheit zur Durchführung eines Deckungsgeschäftes, oder dem schadensdogmatischen Institut der Vorteilsausgleichung abzuleiten; eine systematische Abgrenzung kann nur anhand der zentralen Wertungen des Vertragsrechts erfolgen.²⁰⁷

Ob die Mehrkosten oder der Mindererlös eines Deckungsgeschäftes unabhängig von ihrem tatsächlichen Anfall nach einem hypothetischen Vertragsschluss des Gläubigers zum Marktpreis ersetzt werden können, ist eine weitere grundlegende Frage des Anspruchsinhalts. Es ist unsystematisch, sie auf der Grundlage deliktsrechtlich verhafteter Institute des Schadensrechts, der (vom Gedanken der Totalreparation geprägten)²⁰⁸ Differenzhypothese oder des (vom Gedanken der Rechtsverfolgung geprägten) objektiven Schadensbegriffs zu beantworten. Statt dessen bedarf es wiederum einer Rückführung der Antwort auf zentrale Wertungen des Vertragsrechts.

Ob neben einer „abstrakt“ durchgeföhrten Berechnung ein vom Gläubiger getätigtes, im Vergleich zum Marktpreis ungünstigeres Deckungsgeschäft berücksichtigt werden kann, und ob sich der Gläubiger umgekehrt an einem tatsächlich vorgenommenen, verglichen zum Marktpreis für ihn günstigeren Deckungsgeschäft festhalten lassen muss, ist ebenfalls eine grundlegende Frage vertraglicher Schadensberechnung. Es ist unsystematisch, ein konkret durchgeföhrtes De-

²⁰⁷ Zur Kritik auch Flume, AcP 215 (2015), 282, 315 f. Für eine Rückführung der Abgrenzungsfrage auf die Vertragsinterpretation bereits Steindorff, AcP 158 (1959/60), 431, 459 ff.

²⁰⁸ Zur Totalreparation als der Differenzhypothese zugrunde liegender Gedanke HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 40 f.; Halfpap, Der entgangene Gewinn (1999), 38 ff. Zur deliktsrechtlichen Verhaftung der Differenzhypothese § 5 D.

ckungsgeschäft und das schlichte Ausbleiben der Leistung anhand nach dem Marktpreis bemessener Deckungskosten zunächst gleichermaßen als Grundlage der Schadensberechnung zuzulassen und den Bezugspunkt der Deckungsdifferenz dadurch in das grundsätzlich freie Belieben des Gläubigers zu stellen, das lediglich in Anwendung der deliktsrechtlich verhafteten Kriterien des § 254 BGB und der Vorteilsausgleichung wieder eingeschränkt wird.²⁰⁹ Eine systematische Lösung für das Konkurrenzverhältnis von „abstraktem“ und „konkretem“ Ansatz von Deckungskosten kann nur unter Rückführung auf zentrale vertragsrechtliche Wertungen erfolgen. Hierdurch kann auch transparent bestimmt werden, auf welchen Zeitpunkt es zur Bemessung des Mehraufwandes ankommt, anstatt diesen zunächst dadurch ins Belieben des Gläubigers zu stellen, dass im Grundsatz jeder Mehraufwand beziehungsweise Mindererlös als Schaden eingeordnet wird, um sodann wiederum Einschränkungen für besonders „spekulative“ oder „unsorgfältige“ Deckungsgeschäfte vorzunehmen.²¹⁰

²⁰⁹ Zur Anwendung der Vorteilsausgleichung in diesem Zusammenhang ausführlich Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen (3. Auflage 2022), § 25 Rn. 23. Zur deliktsrechtlichen Verhaftung der Vorteilsausgleichung § 5 E.III.2.a).

²¹⁰ Gegen eine Anwendung des § 254 BGB auch HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 65 sowie knapp Knütel, AcP 202 (2002), 555, 586; in der Tendenz ebenso, wenn auch zurückhaltender, Flume, Marktaustausch (2019), 183. Zur deliktsrechtlichen Verhaftung des § 254 BGB § 5 E.II.5.c).

§ 4 Neukonzeption: Erfüllung in Geld statt Ersatz von Schäden

Die hier vorgeschlagene Neukonzeption der Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der Leistung löst sich von Normenbestand und Dogmatik des Schadensrechts. Dies äußert sich darin, dass nicht weiter zwischen „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung differenziert wird.

Hiernach setzt der Anspruch nach §§ 280 I, III, 281 BGB nicht mehr voraus als das endgültige Ausbleiben der Leistung und die sich hieran anschließende Entscheidung des Gläubigers i. S. d. § 281 IV BGB, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen. Eine solche Anspruchsbemessung entbindet den Gläubiger davon, ein bestimmtes Deckungsgeschäft vorzutragen. Gleichzeitig ist der Anspruchsinhalt des Schadensersatzes statt der Leistung auf den fiktiven Mehraufwand eines Deckungsgeschäftes beschränkt und erstreckt sich nicht auf den entgangenen Gewinn. Beschränkt auf den Käufer sieht die Neukonzeption vor, dass der mit einer Weiterveräußerung der Kaufsache erstrebte Gewinn als Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB geltend gemacht werden kann.²¹¹ Dies setzt freilich voraus, dass die Gewinnerzielung unter Verwendung einer ersatzweise beschafften Sache nicht mehr nachgeholt werden kann.

A. Modell der Marktstufen

Die Geltendmachung von Deckungskosten und die Geltendmachung von entgangenem Gewinn liegen jeweils auf einer unterschiedlichen Marktstufe.²¹² Das Deckungsgeschäft befindet sich auf der Stufe des Kaufvertrages selbst. Für den Käufer geht es um die Perspektive des Erwerbs, für den Verkäufer um die Perspektive der Veräußerung; die Marktstufe des Deckungsgeschäftes ist die gemeinsame Marktstufe beider Parteien.²¹³ Der dem Gläubiger entgehende Gewinn be-

²¹¹ Hierzu § 6 A.III.

²¹² Konzise Beschreibung bei Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 45, 47; Flume, AcP 215 (2015), 282, 312f.; ders., Marktaustausch (2019), 74ff. Plastischer Überblick über das Phänomen unterschiedlicher Marktstufen (am Beispiel des Transportrechts) bei Koller, 50 Jahre Bundesgerichtshof (2000), 181, 183 f. sowie (allgemein) Toussaint, Naturalherstellung und Geldersatz (1992), 120f.; Bamberger/Roth/Flume (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 88f.; auf die Bedeutung unterschiedlicher Marktstufen weist auch MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 22 hin.

²¹³ Zur Idee des gemeinsamen Marktpreises bereits Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 45; vom „Markt, an dem Verkäufer und Käufer zusammengetrof-

zieht hingegen eine zusätzliche Marktstufe mit ein. Für den Käufer geht es um die Perspektive der Weiterveräußerung, für den Verkäufer um die Perspektive des ursprünglichen Erwerbs der Kaufsache.²¹⁴ Die Marktstufe der Weiterveräußerung und des eigenen Einkaufs ist die jeweils eigene Marktstufe des Gläubigers.²¹⁵ Die gemeinsame Marktstufe der Parteien ist im Einzelfall, insbesondere hinsichtlich des maßgeblichen (geographischen) Referenzortes, im Wege der Auslegung zu ermitteln.²¹⁶

Die Perspektive des Deckungsgeschäftes beschreibt das *spezifische Interesse* des Gläubigers an der Durchführung des Kaufvertrages. Für den Käufer geht es um den Erhalt der Ware *gerade* zum vereinbarten (unterhalb der Marktlage liegenden) Kaufpreis, für den Verkäufer um den Erhalt *gerade* des vereinbarten (oberhalb der Marktlage liegenden) Kaufpreises gegen Abgabe der Kaufsache. Es handelt sich um das Interesse, die Sache im Wege des (gestörten) Kaufvertrages „besser“ gekauft beziehungsweise „besser“ verkauft zu haben, als es der Marktlage im Zeitpunkt des Ersatzverlangens (§ 281 IV BGB) entspricht.²¹⁷

Stattdessen kommt es im Rahmen des Gewinnentgangs auf das *Verwendungsinteresse* des Gläubigers an.²¹⁸ Für den Käufer geht es um eine sich an den Erwerb der Sache anschließende Weiterveräußerung. Der erzielbare Gewinn ist für ihn der Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem (darüber liegenden) Preis einer seinerseits vorgenommenen Weiterveräußerung. Für den Verkäufer geht es bei der Geltendmachung entgangenen Gewinns um den der Veräußerung an den Käufer vorgelagerten Beschaffungsvorgang. Der erzielbare Gewinn ist für ihn der Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und den (darunter liegenden) eigenen Anschaffungskosten.

Praktisch gewendet enthält der entgangene Gewinn im Vergleich zu den Mehrkosten (Käufer) oder dem Mindererlös (Verkäufer) eines Deckungsgeschäftes einen Mehrbetrag:²¹⁹ beim Käufer die (zusätzliche) Differenz zwischen dem – im

fen sind“ spricht Huber, ZHR 161 (1997), 160, 172; ebenso Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 94.

²¹⁴ Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 47 („man kann insoweit von einem *Zwei-Märkte-Modell* sprechen: beim Kauf sind Beschaffungs- oder Absatzpreis (...) zu berücksichtigen“, Hervorh. vom Verf.).

²¹⁵ Von der „nächsthöheren“ und der „nächsttniedrigeren“ Marktstufe spricht Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 145.

²¹⁶ Vertiefend Flume, Marktaustausch (2019), 71 ff., insb. 75 f.; ders., Marktermöglichung durch Recht im digitalen Zeitalter (2023), 83, 100 f. Speziell zum Referenzort ders., Marktaustausch (2019), 177 ff.; zu letzterem auch ders., AcP 215 (2015), 282, 346 f.; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 103 f. (Käufer), 154 (Verkäufer).

²¹⁷ Grundlegend Flume, AcP 215 (2015), 282, 287 ff., insb. 289 f.; ders., Marktaustausch (2019), 167 ff., insb. 173 f.

²¹⁸ Ähnlich Dauner-Lieb, FS Christian Huber (2020), 97, 114.

²¹⁹ Dieser Gedanke findet sich bereits explizit bei Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 94 f., 145 f.

Verhältnis zum Kaufpreis *höheren* – Ersatz-Einkaufspreis und dem *noch darüber* liegenden Weiterveräußerungspreis; beim Verkäufer die (zusätzliche) Differenz zwischen dem – im Verhältnis zum Kaufpreis *niedrigeren* – Ersatz-Verkaufspreis und den *noch darunter* liegenden eigenen Einkaufs- oder Herstellungskosten.

K aus dem Beispielsfall von § 2 erhielt als Mehrkosten eines Deckungskaufs 300 Euro, die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis (500 Euro) und dem zwischenzeitlichen Markteinkaufspreis (800 Euro). Der Ersatz entgangenen Gewinns bedeutete für K hingegen den Ersatz von 500 Euro, die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis (500 Euro) und dem Marktverkaufspreis (1.000 Euro). Die kleinere Differenz der Mehrkosten eines Deckungskaufs (300 Euro) ist in der größeren Differenz entgangenen Gewinns (500 Euro) rechnerisch enthalten.

V aus dem Beispielsfall von § 2 erhielt als Mindererlös eines Deckungsverkaufs 200 Euro, die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis (1.000 Euro) und dem zwischenzeitlichen Marktverkaufspreis (800 Euro). Der Ersatz entgangenen Gewinns bedeutete für V hingegen den Ersatz von 500 Euro, die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis (1.000 Euro) und den nach dem Markteinkaufspreis bestimmten Anschaffungskosten (500 Euro). Die kleinere Differenz des Mindererlöses eines Deckungsverkaufs (200 Euro) ist in der größeren Differenz des entgangenen Gewinns (500 Euro) rechnerisch enthalten.

Ein solcher „rechnerischer Einschluss“ der Marktpreisdifferenz im Betrag des entgangenen Gewinns ist nicht zwingend: Er setzt voraus, dass die Marktpreisdifferenz überhaupt zu Gunsten des Gläubigers ausfällt – und nicht „null“ beträgt, weil der vereinbarte Kaufpreis dem gegenwärtigen Marktpreis eines Deckungsgeschäftes entspricht, oder für den Gläubiger sogar ungünstiger ist.

Ungeachtet dieses rechnerischen Zusammenhangs sind die beiden Beträge dogmatisch streng voneinander zu unterscheiden. Die Marktpreisdifferenz ist kein Teilbetrag des entgangenen Gewinns.²²⁰ Sie ist dogmatisch eigenständig.²²¹ Je nach Verwendung eines dieser beiden Werte wird der zwischen den Parteien

²²⁰ So aber *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 111, 186 f. (Käufer); *Rousos*, Schaden und Folgeschaden (1992), 362 in Fn. 272, implizit auch *ebd.*, 316; *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 156; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 274 f. mit Fn. 107–109. Für den Anspruch des Verkäufers MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 41 (im Rahmen „konkreter“ Berechnung); implizit Schlegelberger/Hefermehl, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 32; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 II 2 (S. 237 f.), der freilich zuvor noch die dogmatische Unabhängigkeit der Marktpreisdifferenz erklärt (S. 236 f.).

²²¹ Gegen eine Zuordnung des Betrages der Marktpreisdifferenz zum entgangenen Gewinn auch *Adler*, ZHR 86 (1923), 1, 46 f.; *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 170 f. (Käufer); *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 96, 123 (Käufer), 151, 166 (Verkäufer); *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 581 (Käufer); grundlegend *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 308 f., 313 f.; *ders.*, Marktaustausch (2019), 164 ff., 184 ff.; *Danner-Lieb*, FS Christian Huber (2020), 97, 114.

vereinbarte Kaufpreis in ein anderes Bezugssystem gesetzt. Der Unterschiedsbetrag zwischen dem Kaufpreis der Parteien und demjenigen eines Deckungsgeschäftes vergleicht zwei Geschäfte, die auf derselben Marktstufe stehen. Der Unterschiedsbetrag zwischen dem von den Parteien vereinbarten Kaufpreis und dem darüber liegenden Weiterveräußerungspreis (Käufer) oder dem Kaufpreis und den darunter liegenden Anschaffungskosten (Verkäufer) vergleicht demgegenüber jeweils zwei Geschäfte, die auf unterschiedlichen Marktstufen stehen. Dem Kaufvertrag wird jeweils ein „externes Zusatzgeschäft“ gegenübergestellt.²²²

Allein die erstgenannte Differenz macht sichtbar, zu wessen Gunsten der „monetäre Wert“²²³ des Vertrages ausfällt. Rechtliche Relevanz für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung entfaltet dieser Betrag dann, wenn der Kaufvertrag für den Gläubiger im Vergleich mit einem Deckungsgeschäft zum Marktpreis das wirtschaftlich günstigere Geschäft ist; andernfalls kommt dem Gläubiger die Nichtleistung des Schuldners zugute.²²⁴ Er kann eine Ersatzeindeckung (Käufer) beziehungsweise Ersatzveräußerung (Verkäufer) zu dem für ihn (im Verhältnis zum Kaufpreis) günstigeren Marktpreis vornehmen.

B. Anspruchsbemessung: Ersatz der Marktpreisdifferenz

Nach dem hier vorgeschlagenen Modell soll die Marktpreisdifferenz der zentrale und alleinige Inhalt des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung sein. Diese besteht im Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis, als der gemeinsamen Bewertung der Kaufsache beider Parteien, und dem Marktpreis eines Deckungsgeschäftes. Die Marktpreisdifferenz beschreibt den wirtschaftlichen Wert des Leistungsanspruchs für den Gläubiger. Insofern gibt es zwischen Käufer und Verkäufer keinen Unterschied in der Stellung als Ersatzgläubiger. Einkaufs- und Verkaufsmarktpreis sind insofern zwei Bezeichnungen ein und desselben Preises aus jeweils unterschiedlicher Perspektive. Es ist der Preis, zu dem der Käufer kauft und der Verkäufer verkauft. Der Anspruch bleibt dem ursprünglichen Ziel des Leistungsversprechens verhaftet, sich den Erwerb (Käufer) oder Absatz (Verkäufer) der Kaufsache *gerade zum vereinbarten Preis* gesichert zu haben. Die Marktpreisdifferenz ermöglicht dem Käufer, die Sache

²²² Dieser Gedanke findet sich bereits explizit bei *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 145, 166.

²²³ So der Titel des Aufsatzes von *Flume*, AcP 215 (2015), 282 „Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrags“; s. auch *ders.*, Marktaustausch (2019), 173.

²²⁴ Hierzu (für den Verkäufer) schon *Staub/Heinichen*, Handelsgesetzbuch (14. Auflage 1933), Anhang zu § 374 Rn. 28 („Alle diese Berechnungen sind gegenstandslos, wenn die Preise gestiegen sind, was der Käufer zu beweisen hat; denn der Verkäufer hat in diesem Falle keinen Schaden, weil er die Ware behält.“); systematische Übersicht bei *Flume*, Marktaustausch (2019), 174 f.

zum Marktpreis zu erwerben, ohne hierbei anfallende Mehrkosten aus eigenen Mitteln zu bestreiten, und dem Verkäufer, die Sache zum Marktpreis zu veräußern, ohne einen hierbei realisierten Mindererlös aus eigenen Mitteln zu kompensieren.²²⁵

Die Marktpreisdifferenz dient nicht dazu, dem Gläubiger einen Nachteil auszugleichen, den dieser im Zuge des endgültigen Ausbleibens der Leistung erleidet. Sie reagiert nicht auf ein vergangenes Ereignis, sondern ist – parallel zu den Erfüllungsansprüchen aus § 433 I S. 1 BGB und § 433 II BGB – in die Zukunft gerichtet. Der Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB ist für den Gläubiger mit diesem Inhalt ein Instrument, zu einem von ihm – erforderlichenfalls nach Fristsetzung gem. § 281 I S. 1 BGB – frei gewählten Zeitpunkt den *modus* zu ändern, mit dem ihm der wirtschaftliche Wert des Leistungsanspruchs zugeführt wird. Es erfolgt eine Umstellung vom naturalen Leistungsaustausch auf die Geltendmachung eines Differenzbetrages. Der Schuldner trägt ab diesem Zeitpunkt nur noch monetär dazu bei, das Leistungsinteresse des Gläubigers zu verwirklichen. Dieses ändert sich mit der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung nicht: Es ist vorher wie nachher dasselbe.

Der Vertragsgläubiger wird allein als Teilnehmer der Marktstufe des Kaufvertrages betrachtet. Ein derart begrenzter Inhalt gibt dem Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB die Funktion einer ersatzweisen „*Erfüllung in Geld*“: Er ermöglicht eine wirtschaftliche Nachbildung des Kaufvertrages und führt zu einer monetären Übersetzung des kaufvertraglichen Leistungsaustausches.²²⁶ Der Ersatz der Marktpreisdifferenz versetzt den Gläubiger grundsätzlich in die Lage, den mit der jeweils zusätzlichen Marktstufe verbundenen Gewinn weiterhin zu erzielen. Der Käufer kann die effektiv zum Kaufpreis erworbene Kaufsache weiterveräußern; der Verkäufer kann bei effektiver Erzielung des vereinbarten Kaufpreises zugleich den Unterschiedsbetrag zwischen diesem und den eigenen Einkaufskosten aufdecken. Der Ersatz der Marktpreisdifferenz geht deshalb zugleich damit einher, den Betrag des entgangenen Gewinns aus dem Anspruchsinhalt des Schadensersatzes *statt* der Leistung auszuschließen.

Entgangener Gewinn kann ausnahmsweise Gegenstand eines Anspruchs auf Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB sein. Ausgangspunkt eines solchen Ersatzes ist freilich der Umstand, dass die Marktpreisdifferenz den Gläubiger grundsätzlich in die Lage versetzt, den mit dem Kaufvertrag für ihn – unter Einbezug einer zusätzlichen Marktstufe – verbundenen Gewinn

²²⁵ *Ders.*, AcP 215 (2015), 282, 290, 301 f.; präzise zu dieser Funktion auch *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 123 (Käufer), 151 (Verkäufer), wenn auch ohne expliziten Rekurs auf die Marktpreisdifferenz.

²²⁶ Begriff der „*Erfüllung in Geld*“ von *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 558, 590; zur beschriebenen Funktion des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung *Flume*, Marktaustausch (2019), 173, wonach es darum gehe, „das Ergebnis des Leistungsaustausches monetär zu replizieren“; s. auch *ders.*, AcP 215 (2015), 282, 290 f.

weiterhin zu erzielen. Der Ersatz entgangenen Gewinns setzt voraus, dass dieser entgeht, obwohl dem Gläubiger die Mittel zu einer ersatzweisen und kostenneutralen Beschaffung (Käufer) oder Veräußerung (Verkäufer) zur Verfügung gestellt werden. Nach dem hier vorgeschlagenen Konzept ist ein solcher zur Marktpreisdifferenz hinzutretender Ersatz entgangenen Gewinns dem Käufer vorbehalten.

I. Anspruch des Käufers

Der Käufer erhält als Inhalt des Schadensersatzes statt der Leistung den Betrag einer zu seinen Gunsten ausfallenden Marktpreisdifferenz, des Unterschiedes zwischen dem Kaufpreis und dem darüber liegenden Marktpreis eines Deckungskaufs, ersetzt. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Bemessung der Marktpreisdifferenz ist die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung i. S. d. § 281 IV BGB.²²⁷ Das zunächst im Anspruch aus § 433 I S. 1 BGB abgesicherte Erwerbsinteresse des Käufers, sowie der mit dem Kaufpreis im Vergleich zur Marktlage verbundene *Vorteil*, die Kaufsache gerade zum vereinbarten Kaufpreis verlangen zu können, bleibt die zentrale Richtschnur auch des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB. Der Vorteil der „günstigen“ Beschaffung soll dem Käufer auch dann erhalten bleiben, wenn er gem. § 281 IV BGB vom naturalen Leistungsaustausch Abstand nimmt.

1. Deckungskosten statt Gewinnentgang

Nach der hier vertretenen Ansicht trifft den nicht belieferten Käufer eine *Deckungsobliegenheit*. Anstatt sich darauf zu berufen, dass ihm im Zuge der verkäuferseitigen Nichtleistung ein Gewinn entgeht, ist der Käufer dazu angehalten, sich die Kaufsache ersatzweise zu beschaffen. Den Gewinn aus einer Weiterveräußerung kann er mittels der ersatzweise beschafften Kaufsache im Grundsatz, wenn auch nicht stets der gesamten Höhe nach, weiterhin erzielen.²²⁸ Die Geltendmachung entgangenen Gewinns ist dem Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB vorbehalten und einer strukturell erhöhten Begründungslast ausgesetzt. Entgangener Gewinn kann nur insofern und in

²²⁷ *Ebd.*, 321, 340f., 344ff.; *ders.*, Marktaustausch (2019), 179f. Parallel auf Grundlage des Konzepts vom Ersatz des „allgemeinen Interesses“ *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 584f.; ausführlicher auf Grundlage desselben Konzepts *Giesen*, FS Huber (2006), 263, 279ff., insb. 281f. (s. daneben noch *ebd.*, 283f.). Vergleichbar zum Zeitpunkt „abstrakter“ Schadensberechnung nach einem hypothetischen Deckungskauf auf Grundlage der Rechtslage nach § 326 BGB a.F. (Ablauf der Nachfrist als Entstehungszeitpunkt des Anspruchs) *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 102f. (s. freilich *ebd.*, 116ff. zur von ihr anerkannten Bemessung anhand eines *zu einem späteren Zeitpunkt* tatsächlich abgeschlossenen Deckungskaufs); *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 III 3 b (S. 250) m.w.N., der diese zeitliche Fixierung ebenfalls nur für die „abstrakte“ Schadensberechnung anerkennt, nicht jedoch für die Anspruchsbemessung nach einem tatsächlich abgeschlossenen Deckungskauf (*ebd.*, § 38 III 1 (S. 242)).

²²⁸ Hierzu kurz § 6 A. III. 2.c) bei Fn. 574.

der Höhe verlangt werden, als er trotz anderweitigen Erwerbs der marktgängigen Kaufsache nicht nachgeholt werden kann.

Das in der Beschränkung des Anspruchs auf die Marktpreisdifferenz umgesetzte Erfordernis, die Kaufsache weiterzuveräußern, um Gewinn zu erzielen, korrespondiert mit der Stellung des Käufers im Vertrag: Die Realisierung einer gewinnbringenden Weiterveräußerung liegt in seinem eigenen Verantwortungsbereich. Der Käufer kann einen Gewinn von vornherein nur dadurch erzielen, dass er die eingekaufte Sache weiterveräußert oder verwertet. Der Ersatz entgangenen Gewinns ohne diese Anstrengungen ist daher auch im Falle der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung nicht gerechtfertigt. Unternimmt der Käufer die Anstrengung eines Weiterverkaufs und nimmt hierfür einen Deckungskauf vor, erhielt er den Gewinnbetrag doppelt: zum einen im Zuge eines nach dem Betrag entgangenen Gewinns bemessenen Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, zum anderen im Zuge der Veräußerung der ersatzweise beschafften Kaufsache. Es würde Ersatz für einen Gewinn geleistet, der in Wirklichkeit nicht entgangen ist.²²⁹ Unterlässt der Käufer die Verwendung der Marktpreisdifferenz zur ersatzweisen Beschaffung der Kaufsache, um diese sodann mittels eines Anschlussgeschäftes weiterzuveräußern, ist er selbst für den Gewinnentgang verantwortlich.²³⁰

Die Beschränkung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung auf die Marktpreisdifferenz ermöglicht eine parallele Behandlung der Situation des Käufers bei (endgültiger) Nichtleistung zur Situation bei ordnungsgemäßer (wenn auch gegebenenfalls verspäteter) Erfüllung. Es gibt keinen Grund, den Käufer im Falle der endgültigen Nichterbringung der Leistung seitens des Verkäufers auf dessen Kosten von dieser Anstrengung zu befreien. Die Bemessung des Anspruchs nach der Marktpreisdifferenz bildet den Fall der Erfüllung im Wege des naturalen Leistungsaustausches nach. Sie ermöglicht dem Käufer, sich die Kaufsache – unter Zuhilfenahme eines Drittverkäufers – ersatzweise zu beschaffen. Er befindet sich in der Folge in derselben Situation, wie wenn er die Leistung schlussendlich erhalten hätte. Der Ersatz der Marktpreisdifferenz lässt bei marktgängigen Waren keinen Raum für die Behauptung des endgültigen Ausfalls der verkäuferseitigen Leistung.²³¹

²²⁹ *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 61; *Roussos*, Schaden und Folgeschäden (1992), 314, s. auch *ebd.*, 327.

²³⁰ *Ebd.*, 327f.; *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 123; *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 588f., der zur Begründung jedoch nicht auf sein Konzept einer „Erfüllung in Geld“ (*ebd.*, 558, 590), sondern auf die Formel eines „möglichen und zumutbaren Deckungskauf(s)“ zurückgreift.

²³¹ Für diese Argumentation bereits *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 313f., 316; *ders.*, Marktaustausch (2019), 183f., 185; ähnliche Argumentation bei *Keuk*, Vermögensschäden und Interesse (1972), 184f., jedoch mit Einschränkungen *ebd.*, 186f.; für eine gleichermaßen grundsätzliche Argumentation auch *Steindorff*, AcP 158 (1959/60), 431,

Der inhaltliche Einwand gegen die Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach dem Betrag eines dem Käufer entgehenden Gewinns, der behauptete Vorrang des Deckungsgeschäftes, beruht zusammenfassend darauf, dass dem Käufer mit dem entgangenen Gewinn ein Betrag ersetzt würde, den er – zumindest in weiten Teilen – weiterhin durch eigene *und* ihm auch normativ zugewiesene Anstrengungen erzielen kann. Nur von der darüber hinaus gehenden Anstrengung, sich um eine Beschaffung unterhalb des Marktpreises zu bemühen, bleibt der Käufer befreit: Die Marktpreisdifferenz wird ihm ungeachtet der tatsächlichen Dispositionen für einen Deckungskauf ersetzt.

Gewinn aus einer Weiterveräußerung der marktgängigen Ware kann auf Grundlage des Ersatzes der Marktpreisdifferenz nur noch deshalb entgehen, weil die Leistung des Verkäufers *nicht rechtzeitig* erfolgt ist. Haftungsgrund ist der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, §§ 280 I, II, 286 BGB.²³² Regelmäßig wird ein solcher Anspruch darin begründet sein, dass der Käufer bei einer Weiterveräußerung der von ihm ersatzweise beschafften Ware nicht mehr denselben Preis erzielen kann, den er ursprünglich mit einem bestimmten Abnehmer vereinbart hat oder den er nach dem Marktpreis im vereinbarten Erfüllungszeitpunkt hätte erzielen können.²³³ Im Unterschied zur Marktpreisdifferenz geht es insofern um einen echten Schaden i. S. d. §§ 249 ff. BGB, der als „Gewinnminderungsschaden“ bezeichnet werden kann.²³⁴ Ein solcher Schaden resultiert nicht aus dem endgültigen Ausbleiben der Leistung – der Ersatz der Marktpreisdifferenz hat gerade die Funktion, ein solches endgültiges Ausbleiben zu vermeiden: Er ist wirtschaftlich betrachtet „*Erfüllung in Geld*“.²³⁵ Die bezeichneten Schadenspositionen sind allein Folge des verspäteten Leistungserhalts; sie beruhen auf dem Verzug und sind deshalb nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB und nach Maßgabe der auf diesen Anspruch uneingeschränkt anwendbaren §§ 249 ff. BGB ersatzfähig.²³⁶

2. Unabhängigkeit der Deckungskosten von ihrem tatsächlichen Anfall

Die hier vertretene Deckungsobliegenheit bedeutet nicht, dass der Käufer ein Deckungsgeschäft nachweisen muss, um Ersatz der dabei anfallenden Mehr-

462, der den Ersatz entgangenen Gewinns aufgrund von „Vertragsinterpretation“ beschränkt; s. auch MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 252 Rn. 48.

²³² Flume, Marktaustausch (2019), 189.

²³³ Ders., AcP 215 (2015), 282, 313. Zu denkbaren Ausnahmen hiervon, in denen der gesamte Weiterveräußerungsgewinn geltend gemacht werden könnte, kurz § 6 A.III.2.c) bei Fn. 574.

²³⁴ Begriff von Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 317.

²³⁵ Knütel, AcP 202 (2002), 555, 558, 590, Hervorh. vom Verf.

²³⁶ Explizit für Anwendung der §§ 249 ff. BGB auf diesen Anspruch („Ersatz des besonderen Interesses“) *ebd.*, 575.

kosten zu verlangen.²³⁷ Von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungsgeschäftes ist der Ersatzbetrag gerade unabhängig. Die Marktpreisdifferenz wird dem Käufer nicht gewährt, um ihm bereits angefallene Mehrkosten als „Schaden“ auszugleichen, sondern eine Ersatzeindeckung zu ermöglichen. Der Käufer soll mit dem Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB in den Stand versetzt werden, sein Interesse am Erhalt der Leistung zu befriedigen. Ob er die Marktpreisdifferenz dafür einsetzt, ein Deckungsgeschäft durchzuführen, ist ebenso seiner freien Entscheidung überlassen, wie die Frage nach dem Zeitpunkt eines solchen Ersatzgeschäftes. Der Käufer, der die Marktpreisdifferenz unmittelbar nach Geltendmachung des Ersatzanspruchs einsetzt, steht nicht anders als derjenige, der zunächst auf eine alternative Eindeckung verzichtet und auf fallende Preise spekuliert, oder der Käufer, der bereits vor Geltendmachung des Ersatzanspruchs eine „faktische Deckung“ vorgenommen hat. Der letztgenannte Käufer geht freilich zwei Risiken ein. Erstens kann der Fall eintreten, dass er die Leistung tatsächlich noch erhält – Schadensersatz *statt* der Leistung kann er für diesen Fall nicht geltend machen. Zweitens kann er wiederum nur den Betrag ersetzt verlangen, um den der Marktpreis den Kaufpreis *im Zeitpunkt des Ersatzverlangens* übersteigt.

Sinkt der Marktpreis nach Geltendmachung des Anspruchs wieder und deckt sich der Käufer erst zu diesem gesunkenen Marktpreis tatsächlich ein, kann er dennoch den gesamten Betrag der Marktpreisdifferenz behalten. Ebenso erhält der Käufer die gesamte Marktpreisdifferenz, wenn es ihm gelingt, sich wegen besonders geschickter Verhandlungsführung oder besonderen Einkaufsgeschicks unterhalb des Marktpreises einzudecken. Die Kehrseite ist, dass der Käufer umgekehrt ein (weiteres) Steigen des Marktpreises nach Geltendmachung des Anspruchs selbst tragen muss, wenn er sich erst zu diesem gestiegenen Preis tatsächlich eindeckt. Auch trägt er selbst die Mehrkosten, um den ein von ihm tatsächlich abgeschlossenes Geschäft den Marktpreis überschreitet.

Die Absicherungsfunktion des vereinbarten Kaufpreises ist auf den im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs bestehenden Marktpreis bezogen und wird von diesem begrenzt. Das Risiko, diesen Preis beim Ersatzgeschäft zu überschreiten, trifft den Käufer in gleichem Umfang wie das ursprüngliche Risiko, bei Vertragsschluss mit dem säumigen Verkäufer den seinerzeitigen Marktpreis (zum eigenen Nachteil) zu verfehlten. Das Bezugssystem zur Bewertung des Rechts, die Kaufsache gerade zum vereinbarten Preis verlangen zu können, ist der von beiden Parteien geteilte Markt und nicht der Preis irgendeines Drittvertrages.²³⁸

²³⁷ Ebenso *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 90 ff., 96 f.; *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 575, 586; *Flume*, Marktaustausch (2019), 185.

²³⁸ *Ders.*, AcP 215 (2015), 282, 319 ff., insb. 321 f.; *ders.*, Marktaustausch (2019), 166, 172 f. und insb. 181 ff.; instruktiv *ders.*, Juristische Blätter 2020, 502, 517 ff., insb. 518 f.

II. Anspruch des Verkäufers

Der Verkäufer erhält als Inhalt des Schadensersatzes statt der Leistung den Betrag einer zu seinen Gunsten ausfallenden Marktpreisdifferenz, des Unterschiedes zwischen dem Kaufpreis und dem darunter liegenden Marktpreis eines Deckungsverkaufs, ersetzt. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung der Marktpreisdifferenz ist die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung i.S.d. § 281 IV BGB.²³⁹ Das zunächst im Anspruch aus § 433 II BGB abgesicherte (entgeltliche) Absatzinteresse des Verkäufers sowie der mit dem Kaufpreis im Vergleich zur Marktlage verbundene *Vorteil*, die Kaufsache gerade zum vereinbarten Kaufpreis absetzen zu können, bleiben die zentrale Richtschnur auch des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB. Der Vorteil des „günstigen“ Warenabsatzes soll dem Verkäufer auch dann erhalten bleiben, wenn er gem. § 281 IV BGB vom naturalen Leistungsaustausch Abstand nimmt.

Die Abstraktion des Ersatzbetrages von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungsgeschäftes ist, neben der Ablehnung des Ersatzes entgangenen Gewinns, der Kern des hier vertretenen Ansatzes: Anspruchsinhalt ist auch beim Verkäufer die Marktpreisdifferenz. Diese kann bemessen werden, sobald er gem. § 281 IV BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Maßgeblich ist *allein* der Marktpreis zu diesem Zeitpunkt.

1. Deckungskosten statt Gewinnentgang

Nach der hier vertretenen Ansicht trifft auch den nicht bezahlten Verkäufer eine *Deckungsobligie*. Anstatt sich darauf berufen zu können, dass ihm im Zuge der käuferseitigen Nichtleistung ein Gewinn entgeht, ist der Verkäufer dazu angehalten, die Kaufsache ersatzweise abzusetzen. Den nach Ersatz der Marktpreisdifferenz verbleibenden Restbetrag der gesamten Gewinnspanne aus einer Weiterveräußerung, den Differenzbetrag zwischen dem Marktverkaufspreis und den eigenen Anschaffungskosten, kann der Verkäufer gerade dadurch erzielen, dass er die Sache an einen Dritten ersatzweise veräußert. Die Geltendmachung entgangenen Gewinns scheidet für den Verkäufer – im Unterschied zum Käufer – nicht nur als Inhalt des Schadensersatzes statt der Leistung, sondern auch als Inhalt des Schadensersatzes neben der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB aus. Die Marktpreisdifferenz stellt als Alternative zur Erfüllungsklage ausreichend sicher, dass der Verkäufer die gesamte Gewinnspanne eines Absatzgeschäftes weiterhin erzielen kann.

Der *zentrale* Einwand gegen den Ersatz der „großen“ Differenz zwischen Kaufpreis und Beschaffungskosten besteht darin, dass hiermit ein Betrag ersetzt

²³⁹ Knütel, AcP 202 (2002), 555, 584f.; ausführlich Giesen, FS Huber (2006), 263, 279 ff., insb. 281 f. (s. daneben noch *ebd.*, 283f.); Flume, AcP 215 (2015), 282, 321, 340 f., 344 ff.; ders., Marktaustausch (2019), 179 f.

würde, der noch nachgeholt werden kann – und vom Verkäufer auch nachzuholen ist. Die Deckungsobliegenheit verlangt vom Verkäufer, dass er *zusätzlich* zu seinen ursprünglich geplanten Absatzgeschäften ein weiteres durchführt, um den Absatz aus dem Vertrag mit dem Käufer (ersatzweise) nachzuholen. Die Deckungsobliegenheit ist die rechtliche Formulierung der These, dass der Verkäufer *allein im Wege einer solchen Veräußerung* die Spanne zwischen dem Weiterveräußerungsmarktpreis und dem eigenen Einkaufspreis „verdient“.

Die im Begriff der Deckungsobliegenheit ausgedrückte Anforderung an den Verkäufer, die Kaufsache ersatzweise an einen Dritten zu veräußern, liegt parallel zum Fall der Erfüllung des Kaufvertrages durch Zahlung des Kaufpreises gegen Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Der Unterschied zwischen dem Beharren auf der Vertragsabwicklung einerseits und der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung andererseits besteht allein in der Person des Abnehmers und einer Aufspaltung des ursprünglich einheitlichen Zahlungsanspruchs: Während im Falle des Leistungsaustausches der Käufer selbst die Sache abnimmt und vollständig bezahlt, fällt diese Funktion im Falle der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung einem Drittkauf zu.²⁴⁰ Die Marktpreisdifferenz besteht demnach nicht in der („großen“) Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und den verkäuferseitigen Einkaufskosten, sondern in der („kleinen“) Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Marktpreis einer ersatzweisen Veräußerung.

Ein derart bemessener Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gibt dem Verkäufer eine zusätzliche Option, den vereinbarten Kaufpreis zu erhalten. Anstatt auf das Erfüllungsverlangen beschränkt zu sein, kann er sich zum Zwecke der Erfüllung eines Dritten bedienen. Der Anspruchsinhalt reagiert auf die Konstellation, dass die Bewertung der Kaufsache im Kaufvertrag nicht mehr ihrer aktuellen Bewertung am Markt entspricht. Der Käufer haftet auf die bei einer ersatzweisen Veräußerung zum Marktpreis verbleibende Differenz zum vereinbarten Kaufpreis. Im wirtschaftlichen Ergebnis wird hiermit der ursprünglich vereinbarte Kaufvertrag aufrechterhalten: Die Kaufsache wird zum vereinbarten Kaufpreis abgesetzt. In dogmatischer Hinsicht wird der Kaufvertrag in seiner (rein) monetären Funktion der Vermittlung eines Geldwertes aufrechterhalten; von der Gütertauschfunktion wird er gelöst. Ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung wirken beide Parteien daran mit, den vereinbarten Kaufpreis ersatzweise zu realisieren.

Der Verkäufer ist auch bei Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung weiterhin dazu angehalten, die Kaufsache *abzusetzen*, um den Teil des Kauf-

²⁴⁰ Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 151. Etwas anderes ergäbe sich nur, wenn auf die Bemessung des verkäuferseitigen Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung (unzutreffenderweise) die Surrogationstheorie Anwendung fände, wonach er weiterhin zur Übergabe und Übereignung verpflichtet bliebe, hierzu § 5 E.I.1.

preises zu erlangen, der dem aktuellen Marktpreis entspricht. Es ändert sich nur die Richtung des Warenabsatzes: Anstatt an den Käufer wird die Kaufsache an einen Drittkaufmann abgesetzt. Die Deckungsobligation verlangt vom Verkäufer nichts anderes als dasjenige, wozu er auch vor dem Übergang auf den Schadensersatz statt der Leistung verpflichtet war.

Ein Mehraufwand im Vergleich zum Fall der ordnungsgemäßen Erfüllung liegt freilich darin, dass der Verkäufer einen neuen Käufer finden muss. Dies ist indes keine Anforderung, die von Gesetzes wegen an ihn herangetragen wird. Sie ist Kehrseite seiner eigenen Entscheidung, gem. § 281 IV BGB von der Vertragserfüllung mit dem Käufer Abstand zu nehmen. Er kann stattdessen auch daran festhalten, den Käufer – gegen Übergabe und Übereignung der Kaufsache – auf Zahlung des Kaufpreises zu verklagen. Die Entscheidung für eines der beiden gesetzlichen Instrumente, um wirtschaftlich den vereinbarten Kaufpreis und in der Folge den geplanten Absatzgewinn zu erzielen, wird der Verkäufer daran ausrichten, was für ihn wirtschaftlich vorteilhafter ist.

Das Festhalten am Zahlungsanspruch bringt ihm im Erfolgsfall die gesamte Gewinnspanne ein. Seinen eigenen Anschaffungskosten steht der volle Betrag des Kaufpreises gegenüber. Es bedarf zur Realisierung des Kaufpreises keiner weiteren Absatzanstrengung. Die Entscheidung für ein solches Aufrechterhalten des Zahlungsbegehrns kann sich dagegen auch als nachteilhaft erweisen. Sie bindet beim Verkäufer eine Kaufsache: Er bleibt im Gegenzug zur Zahlung des Kaufpreises zu deren Übergabe und Übereignung verpflichtet.²⁴¹ Der Verkäufer bleibt außerdem in Höhe des gesamten Kaufpreises auf den Käufer angewiesen. Das Schadensersatzverlangen i.S.d. § 281 IV BGB verschafft ihm vor diesem Hintergrund Flexibilität. Im Zuge des Schadensersatzverlangens fällt seine eigene Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache weg. Er kann fortan eine bereits angeschaffte oder eine noch anzuschaffende Sache für eine ersatzweise Veräußerung einsetzen. In der Folge ist er nicht mehr in der Höhe des vollen Kaufpreises auf den Käufer angewiesen. Er kann sein Freiwerden dazu nutzen, einen Teilbetrag des Kaufpreises im Zuge einer Ersatzveräußerung an einen Dritten zu erzielen. Das damit verbundene Risiko, nicht erneut den mit dem Käufer vereinbarten Kaufpreis erzielen zu können, ist dem Verkäufer bis zur Grenze des gegenwärtigen Marktpreises abgenommen.

²⁴¹ Anders verhält es sich in Vorleistungsfällen: Hier ist eine bestimmte Kaufsache bereits an den Käufer abgegeben, der Verkäufer kann über sie zunächst nicht anderweitig verfügen. Hierzu müsste er sie erst vom Käufer zurückfordern. In der überwiegenden Zahl der Fälle wird es für den Verkäufer ökonomisch vorteilhafter sein, die Kaufsache nicht zurückzufordern und stattdessen auf den Kaufpreis (einschließlich Verzugszinsen) zu klagen.

2. Unabhängigkeit der Deckungskosten von ihrem tatsächlichen Anfall

Es ist ein zentraler Vorzug des hier vorgeschlagenen Konzepts, dass es auf das weitere Schicksal der einbehaltenen Kaufsachen nicht ankommt. Ein ersatzweiser Absatz der Kaufsache ist gerade keine Voraussetzung dafür, die Marktpreisdifferenz geltend zu machen. Ihr Ersatz ist *keine Reaktion* auf einen geringeren Erlös aus dem Drittgeschäft. Die Marktpreisdifferenz ist vielmehr *intentional darauf gerichtet*, dem Verkäufer ein solches Drittgeschäft zu ermöglichen.

Der Verkäufer erhält den Betrag der Marktpreisdifferenz auch dann, wenn er keine Veräußerung zum Marktpreis vornimmt oder nachweist; etwa, weil er auf steigende Marktpreise setzt und den Differenzbetrag einstweilen anderweitig einsetzt, oder, weil er seine Geschäfte dem Käufer nicht offen legen will, oder, weil er die Kaufsachen bereits vor Geltendmachung der Marktpreisdifferenz veräußert hat. Indem der Verkäufer die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Marktverkaufspreis *unabhängig von der tatsächlichen Durchführung* einer Ersatzveräußerung verlangen kann, wird er von dem bloßen *Risiko* eines Verlustes befreit. Die Risikozuweisung der Preisentwicklung ist dabei auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Ersatzanspruchs (§ 281 IV BGB) fixiert. Ein diesem Zeitpunkt nachgelagertes Steigen oder Sinken des Marktpreises der Weiterveräußerung wird nicht mehr berücksichtigt.

Als Folge der Abstraktion des Ersatzbetrages ist dem Verkäufer – spiegelbildlich zum Anspruch des Käufers²⁴² – die Marktpreisdifferenz auch dann zu ersetzen, wenn es ihm gelingt, (erneut) einen Kaufpreis oberhalb des Marktpreises zu vereinbaren. Als Kehrseite muss er einen über die Marktpreisdifferenz hinausgehenden Mindererlös selbst tragen.

C. Lösung der Beispieldfälle

I. Der nicht belieferte Käufer

Nach dem hier vertretenen Vorschlag erhält K 300 Euro als Differenz zwischen dem Kaufpreis (500 Euro) und dem Marktpreis eines Deckungskaufs im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs (800 Euro). Um den Geschäftsgewinn im Sinne des Unterschiedsbetrages des Kaufpreises (500 Euro) zum (Markt-)Preis eines Weiterveräußerungsgeschäftes (900/1.000 Euro) zu erzielen, ist er – wie auch nach dem Ansatz der Literatur²⁴³ – dazu angehalten, sich die Kaufsache anderweitig zu beschaffen und diese anschließend seinerseits weiterzuveräußern. Im Unterschied zur Literatur ist die Bemessung der Mehrkosten eines Deckungskaufs nach dem Marktpreis keine Ausnahme von einer an sich

²⁴² Hierzu § 4 B.I.2. bei Fn. 238.

²⁴³ Hierzu § 3 C.II.1. und § 3 E.I.3.

gebotenen „konkreten“ Berechnung, sondern der einzige Anspruchsinhalt. K kann demnach die Differenz zwischen dem Kaufpreis (500 Euro) und dem Marktpreis eines Deckungskaufs (800 Euro) stets und ohne weiteres verlangen, unabhängig davon, ob, wann und zu welchem Preis er sich die Ware tatsächlich ersatzweise beschafft.

Die verbleibende Differenz des Marktpreises eines Deckungskaufs (800 Euro) zum (Markt-)Preis der Weiterveräußerung (900/1.000 Euro) kann K nur unter der zusätzlichen Voraussetzung ersetzt verlangen, dass er ein bestimmtes Weiterveräußerungsgeschäft nicht mehr nachholen kann, obwohl ihm die Marktpreisdifferenz ermöglicht, sich die Kaufsache nachträglich zu beschaffen. In diesem Fall entgeht ihm ein Gewinn. Dessen Ersatz ist ausschließlich dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB zugeordnet. Der Nachweis, dass eine bestimmte Weiterveräußerungsgelegenheit auch mit einer ersatzweise beschafften Ware insgesamt nicht mehr nachgeholt werden kann, ist schwer zu erbringen. Leichter nachzuweisen ist ein Gewinnentgang, der darauf beruht, dass die Kaufsache zwischenzeitlich nicht mehr zu dem Preis weiterveräußert werden kann, zu dem der Käufer ein Weiterveräußerungsgeschäft ursprünglich in Aussicht hatte.

II. Der nicht bezahlte Verkäufer

Nach dem hier vertretenen Vorschlag erhält V 200 Euro als Differenz zwischen dem Kaufpreis (1.000 Euro) und dem Marktpreis eines Deckungsverkaufs im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs (800 Euro) – unabhängig davon, ob, wann und zu welchem Preis er die Ware ersatzweise veräußert.

Abgelehnt wird der Ersatz entgangenen Gewinns als Inhalt des Schadensersatzes statt der Leistung. Dieser Betrag besteht in der Differenz des Kaufpreises (1.000 Euro) zu den Einkaufskosten des K (500 Euro). Im Vergleich zu einem hiernach bemessenen Ersatzanspruch bleibt beim Ersatz der Marktpreisdifferenz (200 Euro) ein Betrag i.H.v. 300 Euro offen; er wird vom Schadensersatz statt der Leistung nicht erfasst. Um die volle Gewinnspanne aus dem gescheiterten Geschäft mit K, das heißt auch die übrigen 300 Euro zu erzielen, wird V nach dem hier vorgeschlagenen Modell die Obliegenheit auferlegt, die Sache ersatzweise an einen Dritten zu veräußern.

Für V scheidet es nach dem hier vorgeschlagenen Konzept nicht nur aus, entgangenen Gewinn als Inhalt des Schadensersatzes statt der Leistung zu verlangen. Er kann – anders als der Käufer – die zusätzliche Differenz des Marktpreises eines Deckungsverkaufs (800 Euro) zu den Einkaufskosten (500 Euro) auch nicht als Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB ersetzt verlangen.

§ 5 Der Mythos von den §§ 249 ff. BGB als wirklich allgemeiner Teil des Schadensrechts

Die §§ 249 ff. BGB setzen eine Einbuße im gegenständlichen Sinne weder ausdrücklich voraus noch stellen sie hierfür eine Definition zur Verfügung.²⁴⁴ Sie gehen vielmehr stillschweigend von einer bereits mit dem Haftungstatbestand verwirklichten, feststehenden Einbuße aus. Sie nehmen eine „Assistentenrolle“²⁴⁵ ein und regeln – auch ausweislich der Normüberschrift des § 249 BGB („Art und Umfang des Schadensersatzes“) – *auf welche Art und Weise* diese Einbuße zu ersetzen ist. Während sich die §§ 249, 251 BGB der Bewertung der vom haftungsbegründenden Tatbestand gegenständlich bewirkten Einbuße zuwenden, erweitert § 252 S. 1 BGB den Ersatzumfang (zumindest deklaratorisch) auf den aufgrund der Einbuße entgangenen Gewinn. Diese – um die dogmatische Figur der Differenzhypothese ergänzte – Erweiterung nimmt (ausdrücklich) in den Blick, dass ein Vermögensgut für den Inhaber auch mit dem Vorteil einer gewinnbringenden Verwendung (als Wirtschaftsgut) einhergehen kann.

Im Anwendungsbereich des Schadensatzes statt der Leistung laufen hingegen die (wesentlichen) Aussagen der §§ 249 ff. BGB leer. Beim von der Nicterfüllung aufgeworfenen Ersatzgeschehen können sie das ihnen inhärente Steuerungspotential nicht entfalten. In der Folge ergibt sich aus einer an diesen Normen ausgerichteten Anspruchsbemessung lediglich der Schein einer normativen Rückbindung. Dies gilt nicht nur für §§ 249 f., 251, 254 BGB, sondern insbesondere auch für den Ersatz entgangenen Gewinns sowie die Differenzhypothese.

A. Fünf Fragen der Anspruchsbemessung an die §§ 249 ff. BGB

Zum Nachweis dieser These nimmt § 5 die drei grundlegenden Fragen der Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der Leistung aus der *Perspektive des schadensrechtlichen Normenbestandes* der §§ 249 ff. BGB sowie der hierzu

²⁴⁴ Zum Fehlen einer Schadensdefinition *Fabricius*, JuS 1962, 224, 225 mit Fn. 8; Motive II, 19 = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II (1899), S. 10.

²⁴⁵ *Esser/Schmidt* Schuldrecht I/2 (8. Auflage 2000), § 30 II (S. 169); ebenso MüKo/*Oetker* (9. Auflage 2022), § 249 Rn. 1; ähnlich *Roussos*, Schaden und Folgeschäden (1992), 109 („technische(n) Hilfsfunktion der §§ 249 ff. BGB“); ebenso *Staudinger/Schiemann* (Neubearbeitung 2017), Vor § 249 Rn. 4 („Hilfsnormen“).

entwickelten *schadensrechtlichen Dogmatik* in den Blick.²⁴⁶ Die Anwendung dieser Perspektive auf die drei Grundsatzfragen führt zu den folgenden fünf Fragestellungen:²⁴⁷

I. Gibt es in den §§ 249 ff. BGB eine Grundlage für den Ersatz des Mehraufwandes eines Deckungsgeschäftes – sind insbesondere § 249 II BGB oder § 251 BGB solche Vorschriften?

II. Gibt es in den §§ 249 ff. BGB eine Grundlage für den Ersatz eines dem Vertragsgläubiger entgangenen Gewinns – ist insbesondere § 252 BGB eine solche Vorschrift?

III. Gibt es in den §§ 249 ff. BGB eine Grundlage für die Abgrenzung des Ersatzes des Mehraufwandes eines Deckungsgeschäftes vom Ersatz entgangenen Gewinns?

IV. Gibt es in den §§ 249 ff. BGB eine Grundlage für den abstrakten (nach Marktpreisen bemessenen) Ersatz des Mehraufwandes eines Deckungsgeschäftes – ist insbesondere der zu § 249 II BGB entwickelte Grundsatz der Dispositionsfreiheit eine solche Grundlage?

V. Gibt es in den §§ 249 ff. BGB eine Grundlage für die Abgrenzung eines abstrakt (nach Marktpreisen) bemessenen von einem konkret (nach einem Deckungsgeschäft) bemessenen Ersatz?

Das Ziel von § 5 ist der Nachweis, dass die fünf soeben aufgeworfenen Fragen – entgegen dem Dogma vom „allgemein“ anwendbaren Schadensrecht – anhand der §§ 249 ff. BGB nicht beantwortet werden können. Zunächst erfolgt der Nachweis, dass diese Normen auf Haftungstatbestände zugeschnitten sind, deren Zweck der Ersatz von Einbußen ist, und sie die sich im Zuge der Nichterfüllung (eines Kaufvertrages über marktgängige Waren) einstellende Interessenlage nicht in den Blick nehmen. Aufbauend auf diesem Nachweis wird gezeigt, dass sich die §§ 249 ff. BGB zur Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung auch in tatsächlicher Hinsicht nicht eignen.

B. §§ 249, 251 BGB als untaugliche Ansätze zur Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung

§§ 249, 251 BGB sind im Anwendungsbereich der Verletzung vermögenswerte Rechte und Rechtsgüter das zentrale Instrument der §§ 249 ff. BGB. In dieser Funktion setzen sie auf der infolge des haftungsbegründenden Tatbestandes verwirklichten Einbuße auf. Sie grenzen zwei verschiedene Ersatzrichtungen voneinander ab: Herstellung (§ 249 BGB) und Wertersatz (§ 251 BGB). Ein und

²⁴⁶ Zu den drei grundlegenden Fragen anhand von Beispielsfällen § 2.

²⁴⁷ Eine vergleichbare, wenn auch etwas weniger ausdifferenzierte, Gliederung nach Fragestellungen unternimmt Riehm, GS Unberath (2015), 363.

dieselbe feststehende Einbuße wird entweder auf die eine oder auf die andere Weise ersetzt. Die Naturalrestitution knüpft unmittelbar an die Einbuße selbst an und legt dem „Schädiger“ auf, diese zu beseitigen; der Wertersatz setzt eine vermögensmäßige Umrechnung der vorhandenen, und nicht im Wege der Naturalrestitution beseitigten, Einbuße in Geld voraus.

In dieser Bedeutung zweier verschiedener Ersatzrichtungen sind die §§ 249, 251 BGB auf den außervertraglichen Haftungsfall bezogen. Sie eignen sich daneben auch für vertragliche Haftungstatbestände, die an die Verletzung einer auf das Integritäts- (§ 241 II BGB) oder Rechtzeitigkeitsinteresse (§ 286 BGB) bezogenen Pflicht anknüpfen und den Ausgleich einer hiervon verursachten Einbuße zum Gegenstand haben. Zur Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung eignet sich die Abgrenzungsleistung der §§ 249, 251 BGB jedoch nicht. Als Referenzfall der Verletzung vermögenswerter Rechte und Rechtsgüter wird in diesem Unterkapitel die substanzbezogene Eigentumsverletzung zugrunde gelegt.

I. § 249 I BGB: Naturalrestitution und Differenzhypothese

Die mit dem haftungsbegründenden Tatbestand einhergehende Einbuße an Rechten oder Rechtsgütern ist in der Literatur als Kern eines „natürlichen“ Schadensbegriffs konsentiert.²⁴⁸ Hiernach bedeutet die Rechtsfolge „Herstellung“ die *gegenständliche Restitution* (Naturalrestitution) des verletzten Rechtsguts, während die Geldentschädigung des § 251 BGB auf den kompensatorischen Ausgleich der erlittenen Einbuße gerichtet ist. Die Rechts- oder Rechtsgutsverletzung als gegenständliche Einbuße ist hiernach Schaden i. S. d. §§ 249, 251 BGB.

Gleichwohl beschränkt sich die Bedeutung der §§ 249, 251 BGB nach der schadensrechtlichen Dogmatik nicht auf die Regulierung von gegenständlichen Einbußen an Rechten oder Rechtsgütern. Der „natürliche“ (Rechtsguts-)Schaden ist nicht der allein maßgebliche Anknüpfungspunkt für das Schadensrecht der §§ 249 ff. BGB.²⁴⁹ Bei weiter Lesart ist § 249 I BGB (ein) Sitz der Differenzhypothese.²⁵⁰ Der Begriff des herzustellenden „Zustands“ bezieht sich bei dieser

²⁴⁸ Exemplarisch Larenz, Schuldrecht I (14. Auflage 1987), § 27 II a (S. 426 f.); instruktiv Würtheim, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 235 ff. mit vielen weiteren Nachweisen; kritischer Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 104 ff., jedoch ebenso für eine weitgehende begriffliche Korrespondenz („denn beim Vorliegen einer Rechts- oder Rechtsgutsverletzung wäre es müßig zu untersuchen, ob sich der eingetretene Verletzungserfolg als mehr oder weniger nachteilig oder gar vorteilhaft erweist“, *ebd.*, 106).

²⁴⁹ Zu den Einwänden eingehend *ebd.*, 101 ff.

²⁵⁰ Die Formulierung der Differenzhypothese stammt von Mommsen, Zur Lehre vom Interesse (1855), 3. Instruktiv zur Differenzhypothese Esser/Schmidt, Schuldrecht I/2 (8. Auflage 2000), § 31 II (S. 183 f.); umfassend Würtheim, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 329 ff., die diese Auslegung des § 249 I BGB zu-

(„weiten“) Lesart²⁵¹ nicht auf eine gegenständliche Einbuße, sondern auf das *Vermögen als Ganzes*. Infolge dieser Interpretation ist der „Geschädigte“ umfassend so zu stellen, wie er (jetzt) stünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.²⁵² Nicht nur das (unmittelbar) verletzte Recht oder Rechtsgut selbst, sondern sämtliche von der Verletzung verursachten Nachteile sind dem „Geschädigten“ zu ersetzen.

Aufgrund dieser zwei verschiedenen Bedeutungsebenen des § 249 I BGB bedarf es im Anschluss an die Auslegung der §§ 249, 251 BGB als (zentrales) Instrument zur Regulierung substanzbezogener Eigentumsverletzungen noch des Nachweises, dass auch die Differenzhypothese, als Umsetzung des Grundsatzes der Totalreparation,²⁵³ auf den außervertraglichen Haftungsfall zugeschnitten ist – und sich in der Folge auch nicht dazu eignet, die Grundsatzfragen der (genuine) vertraglichen Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der Leistung zu beantworten.²⁵⁴

II. Allgemeine Meinung: Ausschluss „lediglich“ des § 249 I BGB

Eine allgemein konsentierte Ausnahme vom Dogma der *allgemeinen* Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB auf sämtliche Schadensersatzansprüche gilt für § 249 (I) BGB:²⁵⁵ Beim Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB sei § 249 I BGB (regelmäßig) ausgeschlossen. Diese Ausnahme wird nicht nur für den Fall des vollständigen Ausbleibens, sondern auch für den Fall des Ausbleibens der mangelhaften Leistung aufgestellt. Argumentiert wird damit, dass ein nach § 249 I BGB bemessener Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung den gleichen Inhalt hätte wie der Leistungsanspruch selbst. Aufgrund dieser inhaltlichen Identität erstrecke sich der in § 281 IV BGB²⁵⁶ vorgesehene Ausschluss des Leistungsanspruchs auf die schadensrechtliche Rechtsfolge der Naturalrestitution; der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung richte sich deshalb nach § 251 I

gleich kritisiert (S. 329 f.); ebenso *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 41 ff. mit umfassender Analyse der Gesetzesentstehung.

²⁵¹ Anders (soweit ersichtlich) nur *Toussaint*, Naturalherstellung und Geldentschädigung (1992), 97ff. (sowie knapp *ebd.*, 165), der selbst davon ausgeht, dass er sich gegen die allgemeine Meinung wendet (*ebd.*, 98).

²⁵² Statt aller MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 249 Rn. 18 f.; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), Vor § 249 Rn. 10.

²⁵³ Zur Totalreparation als der Differenzhypothese zugrunde liegender Gedanke HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 40 f.; *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 38 ff.

²⁵⁴ Hierzu § 5 D.

²⁵⁵ Für Anwendung des § 249 I BGB dagegen jüngst *Riehm*, GS Unberath (2015), 363, 367 f.; für den „kleinen“ Schadensersatz statt der Nacherfüllung auch *Wietfeld*, AcP 215 (2015), 716, 724 ff., 738, 741.

²⁵⁶ § 326 I S. 2 BGB a.F.

BGB auf Geld.²⁵⁷ Teilweise wird dabei explizit mit dem Tatbestand der rechtlichen Unmöglichkeit nach § 251 I Alt. 1 BGB argumentiert.²⁵⁸

Der Ausschluss des § 249 I BGB überzeugt sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung. Der Zustand, der i. S. d. § 249 I BGB ohne den zum Ersatz begründenden Umstand der endgültigen Nichtleistung bestünde, ist der Leistungsverlust selbst. Ein Anspruch, der aufgrund einer eigenen Entscheidung des Gläubigers²⁵⁹ gegen den Leistungserhalt an die Stelle des Leistungsanspruchs tritt, kann nicht abermals auf Erbringung der Leistung gerichtet sein. Mit einer solchen Rechtsfolge würde die Abstandnahme des Gläubigers vom naturalen Leistungsaustausch („statt der Leistung“) ignoriert.²⁶⁰

Zentrale Bedeutung für die Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung hat freilich eine andere Frage: Hat der Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz der *Mehrkosten* (Käufer) oder des *Mindererlöses* (Verkäufer) – also des Mehraufwandes, welcher für ihn aus einem Deckungsgeschäft resultiert? Hierfür könnte die Ersetzungsbefugnis des § 249 II BGB – und der auch hierin enthaltene Regelungsgedanke (der Naturalrestitution) vom Schutz des Herstellungsinteresses – eine durchaus geeignete normative Grundlage sein. Von § 249 II S. 1 BGB wird dem „Schädiger“ nicht die Herbeiführung des Restitionserfolges, sondern die Haftung für die Kosten auferlegt, die mit einer vom „Geschädigten“ in eigener Verantwortung durchgeführten Restitution verbunden sind.²⁶¹ Daher verfängt das

²⁵⁷ Aus der Rspr. BGH NJW 2010, 3085, 3086; NJW 2013, 370, 371 (Rn. 9); NJW 2018, 1463, 1464 f. (Rn. 23 f.); BGH ZIP 2020, 1073, 1075 (Rn. 15); aus der Rspr. zum alten Schuldrecht RGZ 61, 348, 353; zurückhaltender noch BGH JZ 1952, 31. Aus der Literatur *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten (2004), 222; *Soergel/Benicke/Hellwig* (13. Auflage 2014), § 281 Rn. 242; *Staudinger/Schiemann* (Neubearbeitung 2017), § 249 Rn. 180; *Staudinger/Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 280 E 37; *Bamberger/Roth/Lorenz* (4. Auflage 2019), § 281 Rn. 39 sowie *ebd.*, § 280 Rn. 44. Zum alten Schuldrecht *Pieper*, JuS 1962, 409, 411, 415; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 36 I 2 (S. 177 f.); *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB (2000), 97 ff.; umfassend zum Meinungsstand *Gebauer*, Naturalrestitution beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung (2002), 23 ff.

²⁵⁸ Für einen expliziten Rekurs auf den Tatbestand des § 251 I Alt. 1 BGB *Staudinger/Schiemann* (Neubearbeitung 2017), § 251 Rn. 8; *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 6; für § 251 I Alt. 2 BGB *Gebauer*, Naturalrestitution beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung (2002), 105 f.

²⁵⁹ Eine andere Begründung gilt für den Anspruch wegen Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Leistung (§§ 280 I, III, 283 BGB, § 311a II BGB); in diesen Fällen ist die Frage nach der Konkurrenz des § 275 BGB zu § 251 I BGB sowie der §§ 275 II, 439 IV, 635 III BGB zu § 251 II BGB aufgeworfen. Zu diesem Problemkreis *ebd.*, 105 ff. (für die entsprechenden Anspruchsgrundlagen des alten Schuldrechts); *Wietfeld*, AcP 215 (2015), 716, 722 ff.

²⁶⁰ Prächtig zu diesem (zutreffenden) Argument der allgemeinen Meinung *Flume*, Marktaustausch (2019), 170 f.

²⁶¹ *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 766 f., 774 f. weist zutreffend darauf hin, dass auch die Verpflichtung zur Restitution ihre wesentliche Funktion darin hat, dem Schädiger deren Kosten aufzuerlegen.

gegen eine an § 249 I BGB ausgerichtete Anspruchsbemessung vorgetragene Argument der inhaltlichen Identität des Ersatzanspruchs mit dem Leistungsanspruch nicht. Bei einer Anspruchsbemessung nach § 249 II S. 1 BGB bliebe es dabei, dass der Schuldner die Leistung selbst nicht mehr erbringen und der Gläubiger sie von diesem auch nicht mehr verlangen kann. Der Gläubiger könnte dem Schuldner jedoch die Kosten in Rechnung stellen, die bei ihm aus einer alternativen Beschaffung (Käufer) oder einem alternativen Absatz der Kaufsache (Verkäufer) resultieren. Entgegen dem Wortlaut von § 249 II BGB ginge es hierbei freilich nicht um die Herstellungskosten im Ganzen, sondern (angesichts der Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung) lediglich um den Differenzbetrag des Drittgeschäfts zum vereinbarten Kaufpreis.

Die gängige Begründung für den Ausschluss des § 249 I BGB beschäftigt sich nicht mit der Frage einer solchen „Restfunktion“ des § 249 BGB.²⁶² Dies stimmt damit überein, dass es sich bei der Ersetzungsbefugnis des § 249 II BGB nach allgemeiner schadensrechtlicher Dogmatik um einen (unselbständigen) Unterfall der Naturalrestitution nach § 249 I BGB handelt,²⁶³ und deckt sich damit, dass der Wortlaut des § 249 II S. 1 BGB die Ersetzungsbefugnis des „Schädigers“ auf die Beschädigung einer Sache und die Verletzung einer Person beschränkt. Diese Beschränkung wiederum entspricht dem Regelungszweck, wonach der „Geschädigte“ vor einer Restitutionshandlung gerade des „Schädigers“ geschützt werden soll, indem er nicht gezwungen wird, diesem seine Güter anzuvertrauen. Vor diesem Hintergrund liegt auch eine analoge Anwendung des § 249 II S. 1 BGB fern.

III. These: Umfassender Ausschluss der §§ 249, 251 BGB

Nach der hier vertretenen These sind die beiden Ersatzrichtungen von Herstellungs- (§ 249 BGB) und Wertersatz (§ 251 BGB) auf den auervertraglichen Haftungsfall – einschließlich der hierzu parallelen vertraglichen Haftung wegen Verletzung des Integritätsinteresses – bezogen.²⁶⁴ Sie eignen sich nicht dazu, die beim Ausbleiben der Leistung aufgeworfenen Fragen zu beantworten.²⁶⁵

²⁶² Hierzu die Nachweise in Fn. 257 und Fn. 82.

²⁶³ Allgemein zu diesem Zusammenhang BGH NJW 1982, 98; weitere Nachweise bei Köhler, FS Larenz (1983), 349, 359 ff.

²⁶⁴ Ebenso Sutschet, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung (2006), 118 (s. auch *ebd.*, 127); Harke, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 294; andeutungsweise auch Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 81.

²⁶⁵ Die in § 250 BGB vorgesehene Option des Ersatzgläubigers, die nach § 249 I BGB vom „Schädiger“ geschuldete Naturalrestitution mittels Fristsetzung in einen Geldzahlungsanspruch umzuwandeln, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Da die Naturalrestitution i. S. d. § 249 I BGB beim Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung *kategorisch* ausgeschlossen ist (hierzu § 5 B.II.), verliert der Tatbestand des § 250 S. 1 BGB seinen Anwendungsbereich. Indem die §§ 249, 251 BGB zwei voneinander abgegrenzte Ersatzrichtungen zur Verfügung stellen (hierzu ausführlich § 5 B.III. und

Das Abgrenzungspotential der §§ 249, 251 BGB lässt sich nicht auf den Nichterfüllungsfall übertragen.²⁶⁶ Die Herstellungsperspektive (auch) des § 249 (II) BGB kann nicht auf die Perspektive des Deckungsgeschäftes angewendet werden. Ebenso wenig ist die Ersatzrichtung des § 251 BGB eine geeignete Grundlage für den Ersatz des Deckungsaufwandes. Infolge des Fehlens einer normativen Grundlage für die Perspektive des Deckungsgeschäftes lässt sich anhand der §§ 249, 251 BGB weder der hiernach bemessene Mehraufwand vom entgangenen Gewinn abgrenzen noch bestimmen, ob der Mehraufwand auch „abstrakt“ ersetzt werden kann, noch eine gegebenenfalls „abstrakte“ von einer „konkreten“ Bemessung von Deckungskosten abgrenzen.

1. Bisherige Begründung als Ausdruck verkürzter Problemerfassung

Die bisherige Begründung dafür, dass die Rechtsfolge der Naturalrestitution beim Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB ausgeschlossen ist, greift erheblich zu kurz. Sie beschränkt sich mit ihrem alleinigen Blick auf § 249 I BGB auf das Offensichtliche und verkennt die Bedeutung, die der Naturalrestitution im Anwendungsbereich substanzbezogener Eigentumsverletzungen – als Referenzgebiet zur Nichterfüllung im Kaufvertrag über marktgängige Waren – zukommt. Angesichts der allgemein anerkannten Erstreckung des § 249 BGB auf eine Ersatzbeschaffung vertretbarer oder zumindest wirtschaftlich gleichwertiger Sachen²⁶⁷ ist die Naturalrestitution ein zentraler Eckpfeiler des von den §§ 249, 251 BGB aufgespannten Ersatzsystems. Die in diesen Normen enthaltenen Er-

§ 5 E. II. 1. und 2.), kommt es auch auf die zur Rechtsfolge des § 250 S. 2 BGB umstrittene Folgefrage nicht an, ob der hiernach geschuldete Geldbetrag aus der Perspektive des § 249 II BGB oder derjenigen des § 251 BGB zu bemessen ist. Zu den beiden aufgeworfenen Fragestellungen statt aller MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 250 Rn. 1, 12; angesichts des kategorischen Ausschlusses der Naturalrestitution freilich unzutreffend *ebd.* Rn. 2.

²⁶⁶ Demgegenüber für eine Anwendung der §§ 249 II, 251 BGB auch beim Schadensersatz statt der Leistung *Riehm*, Naturalerfüllung (2015), 25 f., 397 f.; ausführlicher, indes auch mit stärkerem Bezug zum Schadensersatz statt der (ganzen) Leistung, d. h. bei mangelhafter Leistung, *ders.*, GS Unberath (2015), 363, 367 f., 369 ff. Spezifisch zum „kleinen“ Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung *ders.*, JuS 2014, 833, 834 (Anm. zu BGH NJW 2015, 468); *ders.*, NZM 2019, 273, 279 ff.; *Wietfeld*, AcP 215 (2015), 716, 724 ff. sowie *ebd.*, 741 (und 738 f.); *Deppenkemper*, JM 2018, 222, 224 f.; *Picker*, JZ 2018, 676, 678 f.; *Mohr*, JZ 2019, 917, 920.

²⁶⁷ Plastisch BGH NJW 1988, 1835, 1836; s. daneben nur BGH NJW 1992, 305, 306 („nach ständiger Rechtsprechung“); zur Rspr. im Übrigen Bamberger/Roth/*Flume* (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 69. Aus der Literatur s. bereits *Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (1903), 166 ff., speziell für Ersatzbeschaffung eines „Gattungsexemplars“ (S. 170) 170 ff.; ausführlich zur Entwicklung in der Rspr. *Haug*, VersR 2000, 1329, 1330 ff. sowie HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 88 f. Vertiefende (und überzeugende) Argumentation für eine generelle Zulässigkeit der Ersatzbeschaffung als Restitution bei *Picker*, Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 159 ff., 171 ff.

satzrichtungen sind in ihrer von den Tatbeständen des § 251 BGB hergestellten Bezogenheit aufeinander *das zentrale Instrument*, das die §§ 249 ff. BGB – vorbehaltlich eines i. S. d. § 252 S. 1 BGB entgangenen Gewinns oder sonstiger Folgeschäden i. S. d. Differenzhypothese – zur Bestimmung des Ersatzumfangs bei Sachschäden zur Verfügung stellen.²⁶⁸

Die Naturalrestitution prinzipiell außer Anwendung zu lassen, zugleich jedoch § 251 BGB als Grundlage „konkreter“ Schadensberechnung anzuwenden, verkennt die Bedeutung, die § 251 BGB nach dieser Systematik im Anwendungsbe- reich von substanzbezogenen Eigentumsverletzungen zukommt. § 251 BGB ist – ungeachtet der Frage, ob hierin (auch) eine normative Grundlage für die Differenzhypothese enthalten ist²⁶⁹ – eine auf § 249 BGB bezogene Auffangnorm. Die einzelnen Tatbestände des § 251 I, II BGB bringen für den Referenzfall der Sachbeschädigung beziehungsweise Sachzerstörung zum Ausdruck, dass dem Verletzten *subsidiär* zur Naturalrestitution – und der damit verbundenen Verpflichtung zur Tragung der Herstellungskosten – Geldersatz zu leisten ist.

Um das Dogma von der „allgemeinen“ Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB aufrechtzuerhalten, kann auch beim Schadensersatz statt der Leistung auf § 249 BGB – zumindest in der Form des Geldzahlungsanspruchs nach § 249 II BGB – schwerlich verzichtet werden. Es ist Ausdruck einer verkürzten Problemerfas- sung, allein die tatsächliche Restitutionshandlung nach § 249 I BGB in den Blick zu nehmen und die Frage nach der (Un-)Anwendbarkeit des § 249 II BGB ledig- lich annexartig mitzubeantworten. Es kommt stattdessen entscheidend darauf an, ob der Gedanke vom vorrangigen Schutz des Herstellungsinteresses – ungeachtet des beschränkten Wortlauts von § 249 II S. 1 BGB sowie einer etwaigen systematischen Unterordnung dieser Ersetzungsbefugnis im Verhältnis zu § 249 I BGB – auf die beim Ausbleiben der Leistung bestehende Interessenlage übertragen wer- den kann.

2. Herstellungs- und Wertinteresse als – aufeinander bezogene – Grundpfeiler des Schadensrechts

Von der allgemeinen Ansicht zur Bemessung des Anspruchs auf Schadenser- satz statt der Leistung wird die dogmatische Struktur der schadensrechtlichen Er- satzrichtungen nicht reflektiert, die („konkrete“) Bemessung der auf § 251 BGB gestützten Geldzahlung anhand tatsächlich angefallener Deckungskosten nicht näher begründet. Es scheint zu genügen, dass beim Vertragsgläubiger im Zuge

²⁶⁸ *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 770, 777; *Esser/Schmidt* Schuldrecht I/2 (8. Auflage 2000), § 32 (S. 198); *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 224; *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 249 Rn. 320; vertiefend *Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 42 ff.; *Dauner-Lieb*, FS Christian Huber (2020), 97, 107.

²⁶⁹ Hierzu einstweilen *Stoll*, JuS 1968, 504, 507 f.

der schuldnerseitigen Nichtleistung *irgendein* Geldbetrag anfällt.²⁷⁰ Dies widerspricht der Systematik der §§ 249, 251 BGB als zweier grundlegend verschiedener Ersatzperspektiven. Während § 249 BGB den Grundsatz festlegt, dass ein „Geschädigter“ nicht nur in seinem (summenmäßigen) Wert-, sondern auch in seinem (gegenständlichen) Herstellungsinteresse geschützt ist, benennt § 251 BGB Voraussetzungen, unter denen sich der Anspruch auf den Ersatz des Wertinteresses beschränkt. Die in § 252 S. 1 BGB enthaltene Erstreckung (beziehungsweise Erweiterung) der schadensrechtlichen Haftung auf den Betrag eines dem „Geschädigten“ entgangenen Gewinns hat bei der Bemessung des („unmittelbaren“) Sachschadens neben §§ 249, 251 BGB nur eine (sehr) untergeordnete Bedeutung.²⁷¹

a) § 251 BGB als Regelung zum Ersatz des Veräußerlichkeitswertes

Im Gegensatz zu § 249 BGB, der auf die *Restitution* eines schadensfreien Zustands des verletzten Rechts oder Rechtsguts gerichtet ist, hat § 251 BGB die *Kompensation* eines (Vermögens-)Schadens zum Ziel. Während § 249 BGB den Grundsatz festlegt, dass ein „Geschädigter“ in seinem (gegenständlichen) Herstellungsinteresse geschützt ist, richtet sich § 251 BGB auf die vom haftungsbedeutenden Ereignis ausgelöste, und gerade nicht mehr im Wege der Restitution beseitigte, Vermögenseinbuße.²⁷² Die Verpflichtung zur Naturalrestitution i. S. d. § 249 BGB geht mit der Auferlegung der hiermit verbundenen Kostenlast einher.²⁷³ Nachdem die Wiederbeschaffung einer vertretbaren oder zumindest wirtschaftlich gleichwertigen Sache von der allgemeinen Meinung als Unterfall der Restitution anerkannt ist,²⁷⁴ richten sich die Kosten der Restitution im paradigmatischen Anwendungsfall der substanzbezogenen Eigentumsverletzung entweder nach einem Reparatur- oder Erwerbsgeschäft. Die Verpflichtung zum Wertersatz i. S. d. § 251 BGB bemisst die Ersatzpflicht demgegenüber nach dem Vermögenswert, den das beeinträchtigte Gut aus der Perspektive seines Inhabers hat.

§ 251 BGB fragt nicht, welcher Geldbetrag für eine Wiederherstellung des verletzten Rechts oder Rechtsguts erforderlich ist, sondern danach, was der „Geschädigte“ im Rahmen eines Veräußerungsgeschäftes vor der „Schädigung“ auf

²⁷⁰ So explizit bereits *Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (1903), 49f.; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 36 I 2 (S. 178), der den Geldersatz i. S. d. § 251 BGB nach der Differenzhypothese bestimmt; indifferent gegenüber der Ersatzrichtung des Geldbetrages i. S. d. § 251 BGB auch *Flume*, Marktaustausch (2019), 171.

²⁷¹ Hierzu § 5 B. III. 2. c).

²⁷² Für diese konzeptionelle Beschreibung exemplarisch MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 249 Rn. 320; Staudinger-Eckpfeiler/Vieweg/Lorz (Neubearbeitung 2020), I (Schadensersatzrecht) Rn. 36, 43; s. daneben die Nachweise in Fn. 268.

²⁷³ *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 766 f., 774 f.

²⁷⁴ Hierzu die Nachweise in Fn. 267.

dem Markt erzielt hätte.²⁷⁵ In Anwendung des Begriffs „Vermögen“ richtet sich die Höhe der Kompensation eines Vermögensschadens i. S. d. § 251 BGB nach der Perspektive des Marktes. Bei Sachschäden ist der Betrag maßgeblich, den der „geschädigte“ Eigentümer erzielt hätte, wenn er die Sache eine „juristische Sekunde“ vor dem Haftungsfall (zum Marktpreis) veräußert hätte.²⁷⁶ Güter mit Vermögenswert sind daher nur solche, die nicht nur für ihren Inhaber, sondern auch für sonstige Marktteilnehmer von Interesse sind.²⁷⁷ Aus diesem intersubjektiven Interesse am Innehaben einer Sache konstituiert sich ihr Vermögenswert.²⁷⁸ Er ist auf diese Weise von den Kosten zur Erlangung des Gegenstandes („Beschaffungskosten“) verschieden und unabhängig.²⁷⁹ Gerade mit seinem Drittbezug grenzt sich der Vermögenswert einer Sache von der (rein) subjektiven Wertschätzung des Inhabers („Affektionsinteresse“) ab.²⁸⁰ Die in den §§ 249, 251 BGB enthaltenen, unterschiedlichen Methoden zur Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes können mit den Begriffen „Wiederbeschaffungswert“ (§ 249 BGB) und „Zeitwert“ (§ 251 BGB) beschrieben werden.²⁸¹

Der Unterschied in den Ersatzrichtungen der §§ 249, 251 BGB ergibt sich daraus, dass § 251 BGB der Naturalrestitution (tatbestandlich) entgegengesetzt ist. Die Norm enthält Tatbestände, unter denen ein Restitutionsverlangen nach § 249 BGB gerade ausgeschlossen ist: bei Unmöglichkeit oder Ungenügen der Natural-

²⁷⁵ Aus jüngerer Zeit grundlegend zur Maßgeblichkeit des Veräußerlichkeitswertes in Abgrenzung zu den Wiederbeschaffungskosten *Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 118 ff., insb. 121 ff. (explizit zur Abgrenzung von Einkaufs- beziehungsweise Wiederbeschaffungsmarkt und Verkaufsmarkt auf S. 121 f. bei Fn. 60 ff.). Für den Veräußerlichkeitswert bereits *Mommsen*, Zur Lehre vom Interesse (1855), 16 f.

²⁷⁶ *Medicus*, JuS 1969, 449, 450; *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 774 Fn. 229; *Schmidt*, JuS 1986, 517, 521 f. (s. freilich auch *ebd.*, 520 bei Fn. 45); *Haug*, VersR 2000, 1329, 1335; *Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 123 f.; *Bamberger/Roth/Flume* (4. Auflage 2019), § 251 Rn. 2 und § 249 Rn. 92; *Dauner-Lieb*, FS Christian Huber (2020), 97, 109 mit Fn. 67; *Staudinger/Höpfner* (Neubearbeitung 2021), § 251 Rn. 43; s. auch *Schiemann*, JZ 2021, 939, 943 mit Fn. 71. Aus der Rspr. andeutungsweise BGH NJW 1984, 2282, 2283 f. (Modellboot), trotz Nennung des *Wiederbeschaffungswertes* wird in der Entscheidung fortwährend auf *Veräußerungsmöglichkeiten* rekurriert; BGH NJW 1984, 2570, 2573 (Vermächtnis): Rekurs auf Verkaufspreis der Beteiligung; BGH NJW 1992, 1383 (Stromentnahme): Preis, für den der Strom vertrieben werde; anders – jedoch ohne Begründung und mit der Einschränkung „unter Umständen“ – BGH NJW 1985, 2413, 2415 (Abluftsystem).

²⁷⁷ Hierfür, in Abgrenzung zum bloßen Rekurs auf das Kriterium der Messbarkeit, *Schiemann*, JuS 1988, 20, 24.

²⁷⁸ Prächtig *Schmidt*, JuS 1986, 517, 522 („In unserer Wirtschaftsordnung bilden sich nun einmal Preise gleichsam als gesellschaftlich geronnene Wertschätzung von Gegenständen (...) allein auf dem Markt“).

²⁷⁹ Zum Fehlen eines entsprechenden Zusammenhangs bereits *Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (1903), 19 f.

²⁸⁰ Für einen Zusammenhang von Wertschätzung Dritter und Vermögenswert schon *ebd.*; prächtig *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 786.

²⁸¹ Zu dieser Terminologie *Giesen*, NJW 1979, 2065, 2067 f.; *Bamberger/Roth/Flume* (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 81.

restitution (§ 251 I BGB) sowie im Falle deren Unverhältnismäßigkeit (§ 251 II BGB). Diese tatbestandliche Struktur der Abgrenzung verlöre ihren Sinn, wenn der Anspruch nach beiden Ersatzvorschriften auf denselben Betrag gerichtet wäre.²⁸² Auf die Verschiedenheit der Rechtsfolgen weist auch der Wortlaut des § 251 BGB hin. Hier nach hat der Ersatzpflichtige dem Gläubiger (gerade) nicht den zur *Herstellung* erforderlichen Geldbetrag zu ersetzen, sondern diesen „in Geld zu entschädigen“. Wie § 253 I BGB zeigt, ist die Entschädigung in Geld auf den Ersatz eines *Vermögensschadens* gerichtet. Ziel der Entschädigung ist nicht mehr die restitutorische Wiederherstellung eines früheren Güterbestandes, sondern der kompensatorische Ausgleich eines erlittenen Verlustes (in Geld).

Die §§ 249, 251 BGB haben mithin im Falle der Sachzerstörung die Funktion, die Interessenrichtung einer Person festzulegen, deren *erga omnes* geschütztes Eigentumsrecht von einem Dritten beeinträchtigt wurde. Der in § 251 BGB i.V.m. § 253 I BGB enthaltene Rekurs auf die Kategorie des Vermögensschadens zeigt, dass sich der schadensersatzrechtliche Schutz dieser Rechtsposition *jedenfalls* in der Befugnis entfaltet, dem Schädiger den Betrag abzuverlangen, den der Markt aufzuwenden bereit ist, um die Rechtsposition vom Geschädigten übertragen zu bekommen. Die in § 249 BGB enthaltene Herstellungsperspektive bringt demgegenüber zum Ausdruck, dass der Rechtsinhaber darüber hinaus auch in Hinblick auf diejenigen Aufwendungen geschützt ist, die mit einer Wiederherstellung des Gegenstandes der geschützten Rechtsposition einhergehen.²⁸³

b) Abweichende Auffassung: Bemessung nach dem Wiederbeschaffungswert

Entgegen der hier vertretenen Auslegung der Rechtsfolge des § 251 BGB bestimmt ein Teil der Literatur den Betrag des Wertersatzes nach § 251 BGB aus der Wiederbeschaffungsperspektive.²⁸⁴ Diese Auffassung verkennt die Dichotomie der in §§ 249, 251 BGB enthaltenen Ersatzrichtungen jedenfalls insoweit,

²⁸² Für den Anwendungsbereich des „kleinen“ Schadensersatzes statt der mangelfreien Leistung jüngst *Wietfeld*, AcP 215 (2015), 716, 737 f.; ebenso *Riehm*, GS Unberath (2015), 363, 370.

²⁸³ Zu diesen beiden Richtungen des (geschützten) Interesses *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 769 ff., 778 f., die dieser als „Belastung mit den Kosten der Restitution“ (772) einerseits und den Betrag, den „der Verletzte, um keinen Vermögensschaden zu erleiden, beim „Verkauf“ hätte verlangen müssen“ (772) andererseits bezeichnet; *Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 42 f.

²⁸⁴ *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 199 f.; *Roussos*, Schaden und Folgeschaden (1992), 265 f.; *Toussaint*, Naturalherstellung und Geldentschädigung (1992), 121; *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 59 f.; *Koller*, 50 Jahre Bundesgerichtshof (2000), 181, 205 f.; *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 274 f., insb. Fn. 109; *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 18 f. (anders für Unikate, hierzu *ebd.* Rn. 20); *Grüneberg/Grüneberg* (82. Auflage 2023), § 251 Rn. 10, hierzu auch der Vergleich mit *ebd.*, § 249 Rn. 16.

als die Ersatzbeschaffung einer beschädigten oder zerstörten Sache – entsprechend der allgemeinen und auch hier zugrunde gelegten Ansicht für vertretbare sowie solche Sachen, bei denen die Beschaffung eines wirtschaftlich gleichwertigen Ersatzes möglich ist – zugleich als Restitutionsmaßnahme i. S. d. § 249 BGB eingeordnet wird.²⁸⁵

Gelegentlich wird freilich gerade der Rechtsprechung, welche die Ersatzbeschaffung einer vertretbaren oder zumindest wirtschaftlich gleichwertigen Sache in weitem Umfang der Restitution nach § 249 BGB zuordnet,²⁸⁶ unterstellt, dass sie (zgleich) den Wertersatz i. S. d. § 251 BGB nach dem Wiederbeschaffungsaufwand bemisst.²⁸⁷ Bei der Interpretation der zitierten Entscheidungen ist jedoch zu berücksichtigen, dass zumindest der Sache nach regelmäßig auf die Veräußerungsperspektive des „Geschädigten“ abgestellt wird und sich eine Gleichsetzung des nach § 251 BGB geschuldeten Betrages mit dem Wiederbeschaffungswert im Übrigen damit erklären lässt, dass sich der Veräußerungs- und der Wiederbeschaffungsmarkt in den konkreten Fallgestaltungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht voneinander unterschieden.²⁸⁸ Bei Geltendma-

²⁸⁵ *Medicus*, JuS 1973, 211, 212; *Haug*, VersR 2000, 1329, 1334 f., der deshalb dezidiert für einen engen Restitutionsbegriff eintritt und demnach die Ersatzbeschaffung von § 249 BGB ausschließt; *ders.*, NZV 2003, 545, 552; beschreibend auch *Roussos*, Schaden und Folgeschaden (1992), 117, der dem jedoch dogmatisch indifferent gegenübersteht (*ebd.*, 128 Fn. 126, 129 f., zusammenfassend *ebd.*, 131, s. daneben noch *ebd.*, 265); beschreibend auch MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 11.

²⁸⁶ Hierfür die Nachweise in Fn. 267.

²⁸⁷ *Toussaint*, Naturalherstellung und Geldentschädigung (1992), 121 in Fn. 622; *Haug*, VersR 2000, 1329, 1334; MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 18 in Fn. 64; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 251 Rn. 10.

²⁸⁸ Die bei MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 18 in Fn. 64 zitierte Entscheidung BGH NJW 1966, 1454 setzt zwar den „Zeitwert (Verkehrswert)“ mit den Kosten zum Erwerb eines vergleichbaren Fahrzeugs gleich, stützt diesen Betrag jedoch auf § 249 BGB und nicht auf § 251 BGB; die Entscheidung BGH NJW 1992, 302 ordnet bereits im amtlichen Leitsatz die Beschaffung eines gleichwertigen Ersatzfahrzeugs der Naturalrestitution (i. S. d. § 249 BGB) zu; auch die ebenfalls zitierten Entscheidungen BGH NJW 2000, 800, NJW 2005, 1108 und NJW 2005, 3134 setzen sich mit verschiedenen Restitutionsalternativen i. S. d. § 249 BGB, nicht jedoch mit § 251 BGB auseinander.

Die bei Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 251 Rn. 10 zitierte Entscheidung BGH NJW 1984, 2282, 2283 f. (Modellboot) identifiziert den nach § 251 BGB zu ersetzenen Betrag mit dem *Wiederbeschaffungswert*, stellt jedoch inhaltlich auf die *Veräußerungsmöglichkeiten* des Verletzen ab – bei dieser Entscheidung über ein Unikat (Bastlerstück) ist freilich zu berücksichtigen, dass sich die Perspektive des vom Verletzten erzielbaren Preises einerseits und des von anderen Marktteilnehmern zu bezahlenden Betrages andererseits decken; zu einem parallel gelagerten Fall BGH NJW 1992, 1383 (Stromentnahme), wonach auf den Preis abzustellen sei, um den der Strom vom geschädigten Energieversorger vertrieben werde.

Zu den Nachweisen bei *Haug*, VersR 2000, 1329, 1334 in Fn. 63: zur Modellboot-Entscheidung (zitiert als VersR 1984, 966) und zur Stromentnahme-Entscheidung (zitiert als BGHZ 117, 29) s. o.; zutreffend ist der Verweis auf BGHZ 102, 322, 327 = BGH NJW 1988, 1835, 1837: Gleichsetzung von „Verkehrswert“ i. S. d. § 251 BGB mit

chung von „kleinem“ Schadensersatz statt der *mangelfreien* Leistung spricht sich der Bundesgerichtshof für das hier vorgeschlagene Verständnis zur Bestimmung des Verkehrswertes aus, was sich in der Bemessung des mangelbedingten Minderwertes äußert.²⁸⁹

c) Abgrenzung des „Veräußerlichkeitswertes“ nach § 251 BGB zum Ersatz entgangenen Gewinns nach § 252 S. 1 BGB

Äußerlich betrachtet entspricht der Ersatz des Veräußerlichkeitswertes nach § 251 BGB dem Ersatz entgangenen Gewinns i. S. d. § 252 BGB. Es kommt jedoch für den Vermögenswert des Eigentums (auch jenseits des allgemein anerkannten merkantilen Minderwertes)²⁹⁰ nicht auf einen tatsächlichen, oder zumindest nach § 252 S. 2 BGB vermuteten, Veräußerungswillen an. Ist für eine beschädigte Sache Wertersatz nach § 251 BGB zu leisten, kann der Ersatzschuldner nicht einwenden, dass dem Geschädigten kein *vermögensmäßiger* Nachteil entstanden sei, da er ohnehin nicht vorgehabt habe, die Sache zu veräußern. Es kommt für den Veräußerlichkeitswert einer Sache nicht darauf an, ob eine Weiterveräußerung konkret geplant, oder den Umständen nach auch nur wahrscheinlich war. Auch der Eigentümer mit der Zweckverfolgung der eigenwirtschaftlichen Lebensführung oder des Einsatzes zu Produktionszwecken kann sich auf den so beschriebenen, auf die Veräußerung bezogenen Vermögenswert berufen. Vermögen drückt sich gerade darin aus, Gegenstände veräußern zu können – Kennzeichen der Vermögensperspektive ist ihre Potentialität.²⁹¹ Für § 252 S. 1 BGB ist auf dieser Grundlage nur noch insofern Raum, als ein konkret vereinbar-

dem „Wiederbeschaffungswert“ – in Hinblick auf dieses Urteil ist aber zu berücksichtigen, dass es sich *erstens* um ein bebautes Grundstück handelte (bei dem von vornherein keine Wiederbeschaffung einer vergleichbaren Sache als Restitution i. S. d. § 249 BGB in Betracht kommt) und dass *zweitens*, wie in der Modellboot-Entscheidung, keine unterschiedlichen Marktstufen bestehen, die zu einem Auseinanderfallen von Wiederbeschaffungs- und Verkehrswert führen könnten.

Zu den Nachweisen bei *Toussaint*, Naturalherstellung und Geldentschädigung (1992), 121 in Fn. 622 s. bereits oben in dieser Fußnote; die von ihm noch genannte Entscheidung BGH NJW 1982, 1864, 1865 rekurriert undifferenziert auf §§ 249, 251 BGB im Verbund.

²⁸⁹ BGH NJW 2018, 1463, 1465 (Rn. 28 f.); ebenso BGH ZIP 2020, 1073, 1078 (Rn. 35), freilich unter Ablehnung des § 251 BGB als Ersatzgrundlage, ebd. (Rn. 16).

²⁹⁰ Zur Abgrenzung von §§ 249, 251 und § 252 BGB in diesem Problemkreis *Fabri- cius*, JuS 1962, 224, 226 f.; auf den Zusammenhang des Ersatzes des „merkantilen Minderwertes“ und der generellen Frage einer Abgrenzung von § 251 und § 252 BGB weist *Picker*, Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 133 f. hin.

²⁹¹ *Ebd.*, 100 m.w.N. sowie eingehend 130 ff.; *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 778 („Der dem Berechtigten ausschließlich zugewiesene Wert des Eigentums aber ist stets und überall kommerzialisiert (...)\"); *ders.*, JZ 1984, 573 mit Fn. 7; *Schmidt*, JuS 1986, 517, 521; *Larenz*, Schuldrecht I (14. Auflage 1987), § 28 II (S. 473 f.), § 29 I b (S. 483); s. auch *Mommsen*, Zur Lehre vom Interesse (1855), 16.

ter Weiterveräußerungspreis des „Geschädigten“ den objektiv zu bestimmenden Veräußerlichkeitswert i. S. d. § 251 BGB übersteigt.²⁹²

3. Keine Übertragbarkeit von Herstellungs- und Wertinteresse zur Definition des Leistungsinteresses

Das von § 249 BGB – mit Vorrang vor der Kompensation – geschützte Herstellungsinteresse ist nicht mit dem Interesse vergleichbar, das der Vertragsgläubiger am Erhalt der ihm geschuldeten Leistung hat. Das verkäuferseitige Absatzinteresse lässt sich bereits äußerlich nicht mit dem gegenstandsbezogenen Herstellungsinteresse der Naturalrestitution vergleichen. Zum käuferseitigen Erwerbsinteresse besteht eine lediglich äußerliche Parallelität. Dieses ist in Form des Leistungsanspruchs bereits vom Kaufvertrag selbst geschützt. Bei endgültiger Nichtleistung i. S. d. § 281 IV BGB bedarf es keiner dem Haftungsgrund nachgelagerten Definition dieses Interesses als Naturalrestitution. Es ergibt sich nicht aus § 249 BGB, sondern aus dem Kaufvertrag, dass das Interesse am Erwerb zum vereinbarten Preis von einem entsprechenden Geldzahlungsanspruch geschützt ist.²⁹³

Die in Wortlaut („Verletzung“, „Beschädigung“), Systematik („statt der Herstellung“, das heißt Unterfall von § 249 I BGB) und Regelungszweck (kein erneutes Anvertrauen der Interessenlage an den Schädiger) von § 249 II S. 1 BGB ausgedrückte Beschränkung auf den außervertraglichen Haftungsfall wird von einem Vergleich des käuferseitigen Erwerbsinteresses mit dem Herstellungsinteresse des verletzten Sacheigentümers bestätigt. Hiermit entfällt eine wesentliche Stütze des Systems der schadensrechtlichen Rechtsfolgen: Im Anwendungsbereich von Sachschäden ist die in §§ 249, 251 BGB enthaltene Dichotomie der Ersatzrichtungen ein strukturprägender Eckpfeiler der §§ 249 ff. BGB – und diese fehlt beim Schadensersatz statt der Leistung.

a) Äußerliche Parallele beim Anspruch des Käufers

Obwohl sich der Haftungsgrund in den beiden paradigmatischen Fällen unterscheidet – im außervertraglichen Haftungsfall und dem vergleichbaren Fall der

²⁹² Gegen eine Zuordnung dieser Konstellation zum entgangenen Gewinn mit Rekurs auf die vereinbarte Gegenleistung als Teil des aktiven Bestandsvermögens des Geschädigten Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 274 f. mit Fn. 109; Halfpap, Der entgangene Gewinn (1999), 15.

²⁹³ So für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Nachbesserung im Ergebnis bereits BGH NJW 1987, 645, 646; deutlicher BGH NJW 2010, 3085, 3086, wonach „der Unternehmer den Schadensersatz (...) nicht wegen der Vorschrift des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB in Geld (schulde), sondern ausschließlich deshalb, weil er an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt“ (Rn. 12); jüngst auch BGH ZIP 2020, 1073, 1075 (Rn. 15), 1077 f. (Rn. 34, 40); BGH NJW 2021, 53, 56 (Rn. 22).

vertraglichen Integritätshaftung wird eine bereits vorhandene Eigentumsposition beeinträchtigt, im Nichterfüllungsfall bleibt eine erstrebte Eigentumsposition aus – liegen die beiden denkbaren Anknüpfungspunkte zur Bestimmung der Interessenlage bei substanzbeeinträchtigender Eigentumsverletzung einerseits und Nichterfüllung des käufersseitigen Leistungsanspruchs andererseits äußerlich parallel. Die Abgrenzung der Mehrkosten für ein Deckungsgeschäft vom Betrag eines dem Käufer aus einer Weiterveräußerung entgangenen Gewinns entspricht der Abgrenzung von Wiederbeschaffungs- und Wertinteresse des geschädigten Sacheigentümers.²⁹⁴ In beiden Fällen steht das Interesse am *Innehaben* einer Sache im Zentrum der schadensrechtlichen Bewertung; es geht um die Bewertung einer Sache in Geld.

Wie der Eigentümer einer beschädigten oder zerstörten Sache kann auch der Käufer entweder ein Interesse daran haben, die (ausbleibende) (Kauf-)Sache zu *erwerben*, oder geltend machen, dass er sie gewinnbringend (*weiter-)veräußert* hätte, sich mithin auf ihren Wert berufen.²⁹⁵ Es hat den Anschein, als ließen sich beide Haftungsfälle – entgegen der hier vertretenen These – durchaus auf das von §§ 249, 251 BGB aufgespannte Ersatzsystem zurückführen: der Deckungskauf als Anwendungsfall der Herstellungsperspektive des § 249 BGB, der Ersatz des Veräußerlichkeitswertes als Anwendungsfall der Kompensationsperspektive des § 251 BGB.²⁹⁶ Einen entsprechenden Gleichlauf von außervertraglicher und auf Integritätsverletzungen bezogener Schadenshaftung einerseits und Schadensersatz statt der Leistung andererseits entwickelte insbesondere *Riehm*. Beide Regelungsbereiche ordnet er in ein am Naturalerfüllungsanspruch ausgerichtetes, insgesamt jeweils dreistufiges System von Befriedigungsebenen ein.²⁹⁷ Auch im Vertragsrecht folgen nach seiner Analyse auf den Naturalerfüllungsanspruch auf erster Stufe (entsprechend der vom Schädiger nach § 249 I BGB zu leistenden Naturalrestitution²⁹⁸) die Durchführung eines Deckungsgeschäftes seitens des Gläubigers auf Kosten des Schuldners (entsprechend der vom Gläubiger veranlassten

²⁹⁴ Für eine Vergleichbarkeit insbesondere *Riehm*, GS Unberath (2015), 363, 369 ff., insb. 371 f., der für eine analoge Anwendung des § 249 II BGB plädiert; jüngst zustimmend *Dauner-Lieb*, FS Christian Huber (2020), 97, 108, 112 f.

²⁹⁵ Zur Abgrenzung des § 251 BGB zu § 252 S. 1 BGB im Anwendungsbereich der substanzbezogenen Eigentumsverletzung s. § 5 B.III.2.c).

²⁹⁶ Hierfür *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 736 ff.; vertiefend *Riehm*, GS Unberath (2015), 363, 378 f.; s. auch *ders.*, *Naturalerfüllung* (2015), 26, 397 ff., insb. 397 f. Spezifisch zum „kleinen“ Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung – der indes nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist, hierzu § 1 A. und § 1 D.III. – *Jaggy*, Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB (2001), 34 ff. (beachte freilich *ebd.*, 36 Fn. 58 a.E.); *Wietfeld*, AcP 215 (2015), 716, 724 ff. sowie *ebd.*, 741 (und 738 f.); *Picker*, JZ 2018, 676, 678 f.; *Deppenkemper*, jM 2018, 222, 224 f.; *Mohr*, JZ 2019, 917, 920.

²⁹⁷ Zu diesen verschiedenen Stufen der Verwirklichung des Leistungsinteresse des Gläubigers *Riehm*, *Naturalerfüllung* (2015), 20 ff.

²⁹⁸ *Ebd.*, 26.

Naturalrestitution auf Kosten des Schuldners nach § 249 II BGB²⁹⁹) auf zweiter Stufe. Nach diesem Konzept ermöglicht § 249 II BGB im Vertragsrecht, dass der Gläubiger die schuldnerseitige Leistungspflicht auf dessen Kosten durchführt.³⁰⁰ Am Inhalt des Leistungsanspruchs wird demnach zunächst weiterhin festgehalten, allein die Zuständigkeit für die Vornahme der Leistung verschiebt sich. Was im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 249 II S. 1 BGB durch die im Wortlaut bezeichneten Fallgruppen gerechtfertigt wird, erkläre sich im Anwendungsbereich des Schadensersatzes statt der Leistung aus dem Fristsetzungserfordernis.³⁰¹ Die dritte Stufe des Systems von Befriedigungsebenen bildet der Ersatz des Geldwertes des gläubigerseitigen Leistungsinteresses – als Entsprechung zur reinen Geldentschädigung nach § 251 BGB.³⁰²

Der Übergang von der Naturalrestitution i. S. d. § 249 I BGB auf eine Erstattung der Herstellungskosten i. S. d. § 249 II BGB liegt nach diesem Verständnis parallel zum Übergang von der Naturalerfüllung auf einen nach den Aufwendungen für ein Deckungsgeschäft bemessenen Schadensersatz statt der Leistung. Erst dahinter – unter den tatbestandlichen Voraussetzungen von § 251 I, II BGB – erfolgt der Wertersatz i. S. d. § 251 BGB. Den im Leistungsstörungsrecht in §§ 281 IV, 275 IV BGB geregelten Übergang des Naturalleistungs- in einen Geldzahlungsanspruch sieht *Riehm* nicht als spezifisch vertragsrechtliches Regelungsproblem an, sondern erkennt eine Regelung zu „den gleichen Sachfragen“ auch im Schadensrecht (wie auch im Rücktrittsrecht).³⁰³

b) Keine Parallele beim Anspruch des Verkäufers

Für den Anspruch des Verkäufers ist eine solche Parallelisierung mit dersubstanzbezogenen Eigentumsbeeinträchtigung nicht möglich.³⁰⁴ Die Abgrenzung des Mindererlöses eines Deckungsverkaufs vom Betrag des aus der Erfüllung des Kaufvertrages für den Verkäufer insgesamt erzielbaren (Geschäfts-)Gewinns lässt

²⁹⁹ *Ebd.*, 26 f., 396 f.

³⁰⁰ *Ders.*, NZM 2019, 273, 279.

³⁰¹ *Ebd.*

³⁰² *Ders.*, Naturalerfüllung (2015), 26, 400 f.

³⁰³ *Ebd.*, 5.

³⁰⁴ Im Ergebnis auch *ebd.*, 7 f. („wird in der vorliegenden Arbeit unter ‚Naturalleistungsanspruch‘ der Anspruch auf eine Nicht-Geldleistung verstanden (...). Der Naturalleistungsanspruch ist dabei der Anspruch auf das *ursprüngliche Leistungsziel*, bei vertraglichen Ansprüchen also auf den vertraglich vereinbarten Leistungsgegenstand (...)\“, Hervorh. vom Verf.). Bei dieser Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes bleibt freilich unberücksichtigt, dass auch der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises, im Verhältnis zum an dessen Stelle tretenden Schadensersatzanspruch, ein Naturalleistungsanspruch ist. Der hier vertretene Ansatz unternimmt demgegenüber den Versuch einer einheitlichen Erfassung; zum Verhältnis von Naturalerfüllung und Geldleistung bei *Riehm* s. auch *ebd.*, 63.

sich – anders als beim Käufer – nicht einmal äußerlich in den §§ 249 II, 251 BGB abbilden. Weder die Ersetzungsbefugnis des § 249 II BGB noch die Rechtsfolge des Wertersatzes nach § 251 BGB eignen sich zur Beschreibung der Interessenlage des Verkäufers, der freiwillig davon Abstand nimmt, sein Absatzinteresse im Wege des kaufvertraglichen Leistungsaustausches zu realisieren. Anders als beim „geschädigten“ Eigentümer sowie beim Käufer besteht *keine Alternativität* zwischen Erwerbs- und Absatzinteresse. Der Kaufvertrag ist für den Verkäufer die *rechtlich fixierte Realisierung* eines auf die Kaufsache bezogenen *Absatzinteresses*.

§§ 249, 251 BGB sind auf Fälle zugeschnitten, in denen nicht feststeht, worauf das Interesse an einer Sache gerichtet ist. Sie wählen zwei verschiedene Perspektiven, um ein gegenstandsbezogenes Interesse in einen Zahlungsanspruch umzuwandeln.³⁰⁵ Beim Zahlungsanspruch des Verkäufers läuft diese Übersetzungs-funktion ins Leere: Ein solcher Anspruch ist bereits auf einen Geldbetrag gerichtet. Das verkäuferseitige Interesse ist dabei gerade *entgegengesetzt zur Herstellungsperspektive* des § 249 BGB: Es ist darauf gerichtet, die Kaufsache gegen Entgelt zu veräußern. Die Interessenrichtung des Verkäufers entspricht damit der Ersatzrichtung des § 251 BGB. Es geht auch dem Verkäufer darum, den Veräußerlichkeitswert einer Sache aufzudecken. *Im Unterschied zu § 251 BGB* legt jedoch der Kaufvertrag die Höhe des verkäuferseitigen Veräußerungsinteresses auf einen bestimmten, eben den zwischen den Parteien vereinbarten, Preis fest. Dieser kann vom Marktpreis gerade – nach oben zum Vorteil oder nach unten zum Nachteil des Verkäufers – abweichen. Das Interesse des Verkäufers, der von der Durchsetzung des Zahlungsanspruchs Abstand nimmt (§ 281 IV BGB), versperrt sich einer Einordnung in die beiden Ersatzrichtungen von (Wieder-)Beschaffung und (Weiter-)Veräußerung. Das kaufvertraglich fixierte Absatzinteresse des Verkäufers liegt *auf derselben Ebene* wie die Ersatzrichtungen der §§ 249, 251 BGB: Beide Normen nehmen dieselbe Funktion ein wie der Anspruch auf Kaufpreiszahlung – sie bewerten eine Sache in Geld. Aus diesem Grund sind sie funktionslos, wenn die Interessenrichtung des Vertragsgläubigers – wie in Form des Kaufpreisanspruchs nach § 433 II BGB – bereits (abschließend) auf einen Geldbetrag festgelegt ist.³⁰⁶

³⁰⁵ Die Funktion der §§ 249 II, 251 BGB, zwei Richtungen des Schadensersatzes vorzugeben, erarbeitet in großer Klarheit *Jahr*, AcP 183 (1983), 725, 768 ff.

³⁰⁶ Es geht auch nicht etwa darum, den Bezugspunkt zu wechseln und den Wert des Anspruchs als solchen zu bestimmen. Beim Schadensersatz statt der Leistung geht es um die relative Perspektive gegenüber dem Schuldner, nicht um den Anspruch als Vermögensobjekt gegenüber Dritten. Der Gläubiger will in dieser Perspektive nicht seine vertragsrechtliche Position veräußern, sondern ist an deren Durchsetzung in eigener Person interessiert. Zu Ansätzen der relativen *Güterzuordnung* kraft Schuldvertrages, wonach das Ausbleiben der Leistung gleich der Beschädigung oder Zerstörung einer Sache bewertet wird, insbesondere *Picker*, AcP 183 (1983); *ders.*, JZ 1987, 1041.

Von Herstellungsaufwand ließe sich allenfalls insofern sprechen, als der Herstellungs begriff auf den kaufvertraglichen Leistungsaustausch im Ganzen bezogen wird. Gegenstand einer solchen „Herstellung“ wäre der entgeltliche Warenabsatz zum vereinbarten Kaufpreis. Herstellungsaufwand könnte hiernach entweder der Differenzbetrag sein, der dafür erforderlich ist, dass der Verkäufer den gesamten Kaufpreis auch dann verdient, wenn er die Kaufsache im Rahmen eines Deckungsverkaufs *zu einem geringeren Preis* veräußert, oder der Gewinn, den der Verkäufer aus dem vereinbarten Absatz der Kaufsache insgesamt erzielt hätte. In beiden Varianten ginge es indes um die weite Lesart des § 249 I BGB: die Verpflichtung zur Herstellung nach Maßgabe eines umfassenden Vergleichs von Vermögenszuständen.

Zur Funktion der §§ 249, 251 BGB nach enger Lesart lässt sich dagegen festhalten: Für den Anspruch des Verkäufers eignen sich diese Kategorien bereits auf einer äußerlichen Beschreibungsebene nicht. Für die zur Anspruchsbemessung entscheidende Frage, wie sich der Einbehalt der Kaufsache summenmäßig auf das ursprüngliche Interesse an der absatzweisen Erzielung des gesamten Kaufpreises auswirkt,³⁰⁷ enthalten die §§ 249, 251 BGB keine Aussage.

c) Leistungsanspruch als abschließende Festlegung der Interessenrichtung

Infolge der formalen Begründung für den Ausschluss der Naturalrestitution beim Schadensersatz statt der Leistung – anhand des Arguments der inhaltlichen Identität eines nach § 249 I BGB bemessenen Ersatzanspruchs mit dem Anspruch auf die Leistung selbst³⁰⁸ – wird das materielle Argument für die Unanwendbarkeit der Naturalrestitution verkannt: Die Interessenrichtung des Käufers ist vom Leistungsanspruch bereits (abschließend) festgelegt.³⁰⁹ Sie ist darauf gerichtet, die Kaufsache zu erwerben.

Das käuferseitige *Erwerbsinteresse* überschneidet sich lediglich äußerlich mit dem *Wiederbeschaffungsinteresse* des „geschädigten“ Eigentümers – der materielle Grund für die Ersatzfähigkeit von Beschaffungsaufwendungen ist jeweils ein anderer. Die Herstellungsperspektive des § 249 BGB ist an der Haftung für Einbußen ausgerichtet.³¹⁰ Die inhaltliche Identität eines nach § 249 I BGB bemessenen Ersatzanspruchs mit dem Leistungsanspruch, wie auch der beschränkte

³⁰⁷ Flume, AcP 215 (2015), 282, 322; s. auch Knütel, AcP 202 (2002), 555, 591.

³⁰⁸ Hierzu § 5 B.II.

³⁰⁹ HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 65; Flume, Marktaustausch (2019), 171.

³¹⁰ Für eine Ausrichtung an der außervertraglichen Haftung – die in Hinblick auf das betroffene Interesse der vertraglichen Integritätshaftung entspricht – Sutschet, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung (2006), 118 (s. auch *ebd.*, 127); Harke, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 294.

Wortlaut und Regelungszweck des § 249 II BGB,³¹¹ sind Ausdruck einer *strukturellen Inkompatibilität* von Schadensersatz statt der Leistung und Naturalrestitution.³¹² Die Integration des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB in das „allgemeine“ Schadensrecht verdeckt das käuferseitige, auf den Erwerb der Kaufsache zum vereinbarten Kaufpreis gerichtete, Leistungsinteresse. Dies wirkt sich noch nicht aus, wenn es lediglich darum geht, die Ersatzfähigkeit von Deckungsaufwendungen als solche anzuerkennen. Für eine wertungsgerechte Anspruchsbezeichnung anhand der drei grundlegenden Fragen³¹³ ist es jedoch von entscheidender Bedeutung, worauf die Ersatzfähigkeit des Mehraufwandes für ein Deckungsgeschäft materiellrechtlich gründet: Auch für den Anspruch des Käufers ist dies der Kaufvertrag selbst. Die Rechtsfolge des § 249 BGB bezieht sich auf ein außervertragliches Gebot der Rechtsgutserhaltung.³¹⁴ Ihr Maßstab ist ein Recht oder Rechtsgut im unverletzten Zustand. Sie ist eine Reaktion des Rechts auf ein (im Kern) außerrechtliches Ereignis der Nachteilszufügung. Geschützt wird das Herstellungsinteresse: Im Zuge des haftungsbegründenden Tatbestandes entstandene Einbußen sollen nicht nur (in Hinblick auf die davon bewirkte *Vermögenseinbuße*) kompensiert, sondern im Wege der Wiederherstellung beseitigt werden. Wie § 251 I, II BGB zeigt, ist der Schutz des Herstellungsinteresses vorrangig vor der „bloßen“ Kompensation.³¹⁵ Im Anwendungsbereich der außervertraglichen Haftung schließt § 249 BGB (i.V.m. § 251 BGB) eine Lücke, die (insbesondere) von den auf den Rechts- oder Rechtsgüterschutz bezogenen Haftungstatbeständen gelassen wird.³¹⁶ Diese selbst legen nicht fest, in welche Richtung das Interesse des „Verletzten“ geschützt wird. Die Rechtsfolge der Naturalrestitution begründet eine Abkehr von einem allein am Vermögen orientierten Schadensrecht. Ihr Vorrang vor der „bloßen“ Kompensation dient dazu, einen Rechtsgutsinhaber nicht nur vermögensmäßig, sondern auch hinsichtlich der gegenständlichen Zusammensetzung seines Vermögens, mithin dem Integritätsinteresse am Erhalt seiner Güter, zu schützen. § 249 BGB erweitert damit das Schadensrecht, welches im Übrigen allein auf den vermögensmäßigen Ausgleich von Einbußen gerichtet wäre, um die Perspektive der Wiederherstellung der ursprünglichen Güterlage. Dabei kommt der Norm nach der ursprünglichen Konzeption allein ein (sehr) beschränkter Anwendungsbereich für ausgewählte Fallkonstellationen.

³¹¹ Zu dieser Kritik knapp auch *Schiemann*, JZ 2021, 939, 942.

³¹² Dezidiert anders *Riehm*, *Naturalerfüllung* (2015), 389, insb. 398, 401.

³¹³ Hierzu § 2.

³¹⁴ Mit Bezug auf § 823 I BGB auch *Würthwein*, *Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit* (2001), 247 ff. mit eingehender Berücksichtigung der Gesetzgebungs geschichte.

³¹⁵ *Larenz*, *Schuldrecht I* (14. Auflage 1987), § 28 I (S. 468).

³¹⁶ So auch *Escher-Weingart*, *Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz* (1993), 23 nach einer (knappen) Analyse der Tatbestände der §§ 249 I, II, 251 BGB, freilich ausgehend von einem für Delikts- und Vertragsrecht einheitlichen Schadensbegriff, *ebd.*, 17f.

tionen zu. Dies ergibt sich sowohl aus der ideengeschichtlichen Entwicklung im Vorfeld der Kodifikation als auch aus der unmittelbaren Gesetzgebungs geschichte selbst.³¹⁷

Die Interessenrichtung des Käufers ist dagegen bereits im Vorfeld des haftungsbegründenden Tatbestandes abschließend (auf einen bestimmten Referenzmarkt) festgelegt: Er hat einen Anspruch auf Naturalerfüllung. Sein Interesse ist darauf gerichtet, die Kaufsache zum vereinbarten Kaufpreis *zu erwerben*. Anders als bei der Haftung für Einbußen bedarf es beim (genuine) vertraglichen Haftungsfall des (endgültigen) Ausbleibens der Leistung keiner zum Haftungstatbestand hinzutretenden Ersatzperspektive.³¹⁸ Es ergibt sich bereits aus der Existenz des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB selbst, dass das käuferseitige Erwerbsinteresse auch über die (endgültige) Nichterfüllung hinaus rechtlich geschützt ist. Der Anspruch hat die Funktion eines Leistungsersatzes. Diese ist insbesondere in § 281 IV BGB abgebildet. Hiernach wird dem Gläubiger die Kompetenz zugesiesen, selbst über den Zeitpunkt zu entscheiden, in dem er den Anspruch auf Naturalerfüllung zugunsten eines Ersatzanspruchs aufgibt. Nicht bereits infolge der haftungsbegründenden (d.h. regelmäßig fortgesetzten, § 281 I S.1 BGB) Nichtleistung, sondern erst infolge der (eigenständigen) *Entscheidung* für ein Schadensersatzverlangen, entfällt der Anspruch auf die naturale Leistungserbringung.³¹⁹ Diese Struktur zeigt, dass es nicht der Zweck des Schadensersatzes statt der Leistung sein kann, dem Käufer eine unfreiwillige, von außen kommende, Einbuße zu ersetzen³²⁰ – er würde sich eine solche selbst erst zufügen. Stattdessen geht es um ein im Verhältnis zur Erfüllung alternatives Instrument, um das Leistungsinteresse zu befriedigen; der Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB hat die Funktion eines Leistungsersatzes.³²¹ Aus § 281 IV BGB folgt zugleich, dass der Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB nicht mehr auf die Herbeiführung des

³¹⁷ Zu beidem ausführlich *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 319 ff.; daneben HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 19, 23 zur ideengeschichtlichen Entwicklung, mit Nachweisen, dass primärer Anwendungsbereich die Rückgabe von Sachen sowie die Wiederherstellung verletzter Ehre sein sollte und *ebd.* Rn. 33 f. zur Entstehungsgeschichte des BGB. An § 249 I BGB wurde freilich die Differenzhypothese als grundlegende Formel zur Bemessung des Schadensersatzes geknüpft, hierzu umfassend *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 329 ff.

³¹⁸ Anders *Jaggy*, Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB (2001), 38 ff., die – ausgehend von der These der eigentumsähnlichen Zuordnung der Kaufsache im Schuldverhältnis – davon ausgeht, der „Umfang der Schadenshaftung bei Nichterfüllung (ist) genau derselbe wie bei einer Eigentumsverletzung“ (S. 39).

³¹⁹ Die Bedeutung des § 281 IV BGB für das Verständnis der Rechtsfolge des Schadensersatzes statt der Leistung hob jüngst *Flume*, Marktaustausch (2019), 137 f., 158 hervor (s. auch *ebd.*, 170 f., 180).

³²⁰ Ähnlich *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 581.

³²¹ Grundlegend zu dieser Funktion *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse (1972), 110 f., 124 f.; *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 575 ff., insb. 581 ff.; *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 299 ff.; *ders.*, Marktaustausch (2019), 156 f., 168 f., 171 f.

(gegenständlichen) Leistungserfolges selbst gerichtet sein kann. Die in der Entscheidungskompetenz des Gläubigers enthaltene Funktion, einen Leistungsanspruch in einen Ersatzanspruch *umzuwandeln*, kann nur dadurch erreicht werden, dass der Inhalt des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB auf einen Geldbetrag gerichtet ist.

Diese Umwandlungsfunktion zielt gerade nicht darauf ab, einen „früheren“ Zustand „wiederherzustellen“. Anders als im Anwendungsbereich der außervertraglichen Haftung war ein solcher niemals vorhanden. Vielmehr ist der Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB ein Instrument, um den Vorrang der Naturalerfüllung zugunsten eines einseitig den Schuldner treffenden, auf Geld gerichteten, Ersatzanspruchs abzulösen. Es geht zum Zwecke dieser Umwandlung beim Anspruch beider Vertragsgläubiger um die Frage, wie das ursprünglich *an den Austausch* der gegenseitig geschuldeten Leistungen gebundene Interesse an der Vertragserfüllung in einen einseitig den Schuldner treffenden *Geldzahlungsanspruch* umgewandelt werden kann. An der Interessenrichtung des Gläubigers ändert sich mit dem Übergang vom Leistungsanspruch auf einen an dessen Stelle tretenden Ersatzanspruch (hingegen) nichts. Das Ziel ist nachher wie vorher dasselbe: Es geht um die Zuführung der vertraglich vereinbarten Leistung.³²² Der Gläubiger steht dem Schuldner nicht als Dritter gegenüber, sondern als Inhaber eines relativen Rechts. Dieses ist auf einen *bestimmten Inhalt* gerichtet: Der Leistungsanspruch beschreibt dabei keinen bestimmten *Stand an Vermögensgütern*, sondern (spezifischer) das *Recht*, die *Aufstockung* dieses Vermögens zu verlangen. Der Käufer ist demnach, noch vorbehaltlich eines Ersatzes *auch* des entgangenen Gewinns,³²³ jedenfalls berechtigt, sein Leistungsinteresse an einer Ersatzbeschaffung geltend zu machen und dem Verkäufer hierfür die Kosten aufzuerlegen.³²⁴ Anders als im Anwendungsbereich des Ersatzes von Vermögensschäden fehlt dem Käufer nichts – er hat nur nicht das bekommen, was ihm zusteht.³²⁵

IV. Zusammenfassung

Die allgemeine Ansicht, wonach beim Schadensersatz statt der Leistung lediglich § 249 I BGB nicht angewendet werden könne, greift zu kurz. Die Begrün-

³²² Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 112, 124; Knütel, AcP 202 (2002), 555, 575 f., 580 f.

³²³ Hierzu § 6 A.III.

³²⁴ Zur Marktpreisdifferenz des Käufers im Überblick § 4 A. – § 4 B.I., zu Einzelheiten § 6 A.I.

³²⁵ Ähnlich Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 171 („Ersatz der fehlenden Ware“; „Surrogat für den Zuwachs“); Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 121 („Das Interesse des Käufers an der Erfüllung ist nicht darauf gerichtet, daß er durch die Nichterfüllung keinen Verlust erleidet, sondern darauf, daß er zu seinem bisherigen Vermögen den Vermögenswert erhält, den er auf Grund des Vertrages zu erhalten hat.“); Knütel, AcP 202 (2002), 555, 581; Sutschet, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung (2006), 127f.

dung, dass ein hiernach bemessener Anspruch mit dem nach § 281 IV BGB ausgeschlossenen Leistungsanspruch identisch sei, lässt die Frage unbeantwortet, ob nicht §§ 249 II, 251 BGB dafür herangezogen werden können, den nach §§ 280 I, III, 281 BGB geschuldeten Geldbetrag zu bemessen. Bei § 249 BGB einerseits und § 251 BGB andererseits handelt es sich um die beiden zentralen Ersatzrichtungen, die das Schadensrecht – im Referenzgebiet der substanzbezogenen Eigentumsverletzung – zum Ausgleich einer vom Geschädigten erlittenen Einbuße zur Verfügung stellt. Während § 249 I, II BGB auf den Ersatz der Kosten gerichtet ist, die mit der Herstellung eines schadensfreien Zustands verbunden sind, wird dem Geschädigten von § 251 BGB der Betrag ersetzt, den er bei einer Veräußerung erzielt hätte. Es widerspricht der Systematik der §§ 249, 251 BGB als zweier aufeinander bezogener Ersatzrichtungen, wenn der nach (allgemeinem) Ausschluss des § 249 I BGB verbleibende Ersatz nach § 251 BGB dahingehend interpretiert wird, dass *irgendein* Geldbetrag geschuldet ist.

Der Anspruch des Verkäufers, der bereits auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet ist, sperrt sich einer Einordnung in die §§ 249, 251 BGB kategorisch. Beim Anspruch des Käufers legt bereits der Leistungsanspruch die Interessenrichtung abschließend fest. Diese ist darauf gerichtet, die Kaufsache zu *erwerben*.

C. § 252 BGB keine Grundlage für den Ersatz von Weiterveräußerungs- oder Absatzgewinnen

§ 252 S. 1 BGB zeigt, dass die Ausrichtung des Schadensersatzes an einem hypothetischen Jetzt-Zustand umfassend ausgestaltet ist. Zu ersetzen ist nicht nur das „bildliche Weniger“, sondern auch das „vereitelte Mehr“.³²⁶ Es wird nicht nur die beeinträchtigte Rechtsposition selbst, sondern auch eine gewinnbringende Verwendung derselben geschützt. Das Schadensrecht folgt damit insgesamt einem wirtschaftlichen Verständnis der Einbuße, das sich von einer rein gegenständlichen Betrachtung löst und auch die Auswirkungen einer eingetretenen Einbuße auf das übrige Vermögen des Geschädigten in den Blick nimmt.

I. Problemstellung: Verhältnis von entgangenem Gewinn und Marktpreisdifferenz

Von § 252 S. 1 BGB umfasst ist derjenige Gewinn, der aus einer *vereitelten Verwendung* „von außen“ beeinträchtigter Vermögenswerte resultiert. Die in § 252

³²⁶ Knobbe-Keuk, VersR 1976, 401 („die beiden Richtungen, in denen das Schadenseignis sich nachteilig auf das Vermögen ausgewirkt haben kann, können am besten mit den bewährten Begriffen *damnum emergens* und *lucrum cessans* gekennzeichnet werden“, Hervorh. vom Verf.).

S. 1 BGB (zumindest deklatorisch)³²⁷ geregelte Erstreckung des zu ersetzenen Schadens auf den Betrag eines dem „Geschädigten“ entgangenen Gewinns erfasst dagegen nicht dasjenige, was dem Gläubiger bereits kraft des Vertrages gegenüber seinem Schuldner zusteht – und was er über den Leistungsaustausch realisieren kann. Für den Käufer ist dies der Vorteil, die Sache günstiger eingekauft, für den Verkäufer, sie günstiger verkauft zu haben, als es dem gegenwärtigen Marktpreis entspricht. Dieser Differenzbetrag (Marktpreisdifferenz) ist dem Gläubiger bereits dadurch zugewiesen, dass er Erfüllung des Vertrages zum vereinbarten Preis verlangen kann. Er beschreibt keine zukünftige Vermögensmehrung, die infolge eines Haftungsereignisses ausbleibt, sondern den bereits gegenwärtigen Vermögenswert des Vertrages in Geld.³²⁸

Beide Parteien können freilich ein über die Marktpreisdifferenz hinausgehendes (Gewinn-)Interesse an der Erfüllung des Vertrages haben. Für den Käufer ist dies das Interesse am Unterschiedsbetrag zwischen dem Einkaufsmarktpreis und dem Preis einer Weiterveräußerung, für den Verkäufer das Interesse am Unterschiedsbetrag zwischen dem Verkaufsmarktpreis und den eigenen Einkaufskosten. Beim Käufer resultiert dieser Betrag aus einer *zukünftigen* Verwendung der Kaufsache, beim Verkäufer ist er bereits darin enthalten, dass dieser die Kaufsache an den (säumigen) Käufer verkauft hat; der Kaufvertrag mit dem Schuldner ist das Weiterveräußerungsgeschäft, das der Käufer erst noch abschließen muss.³²⁹ Auch wenn die Vergleichbarkeit beim Anspruch des Käufers aufgrund des Zukunftsbezugs stärker ausgeprägt ist, lässt sich auch für den Verkäufer eine zumindest äußerliche Parallele zur Gewinnperspektive des § 252 BGB ziehen.

Wie weit der Schutz des über die Marktpreisdifferenz (als wirtschaftlicher Wert des Leistungsanspruchs) hinausgehenden Gewinninteresses im Nichteuerfüllungsfall reicht, kann dennoch nicht unter Rückgriff auf die Ersatzfähigkeit „entgangenen Gewinns“ gem. § 252 BGB beantwortet werden. Diese Schadenskategorie ist nicht dazu in der Lage, den Teilbetrag der Marktpreisdifferenz aus dem insgesamt mit der Durchführung des Kaufvertrages verbundenen *Geschäftsgewinn* herauszutrennen. Die Kategorie des entgangenen Gewinns löst sich vom spezifischen Blickwinkel des Kaufvertraglichen Leistungsaustausches und wendet sich, unter Einschluss der gläubigerseitigen Verwendungsplanung, der konkreten Vermögenssituation des jeweiligen Vertragsgläubigers zu. Aus der Perspektive des § 252 BGB ist der gesamte Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem erzielbaren Weiterveräußerungspreis (Käufer) oder den eige-

³²⁷ Zum Streitstand über die Regelungsnatur des § 252 S. 1 BGB *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 262 f. mit Fn. 26; umfassend *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 38 ff.

³²⁸ Zur Unterscheidung zweier Marktstufen umfassend § 4 A.

³²⁹ Auf diesen strukturellen Unterschied weist bereits *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 145 hin.

nen Einkaufs- oder Herstellungskosten (Verkäufer) „entgangener Gewinn“. Eine solche Einordnung verkennt, dass sich der Ersatz der Marktpreisdifferenz als Leistungssurrogat aus dem Vertragsrecht ergibt. Aus dieser Funktion ist abzuleiten, ob der darüber hinausgehende Differenzbetrag des Marktpreises der gemeinsamen Marktstufe des Kaufvertrages zum Weiterveräußerungs- (Käufer) oder Einkaufspreis (Verkäufer), als Preis der jeweils eigenen Marktstufe, ersetzt werden kann. Aus § 252 S. 1 BGB kann die Ersatzfähigkeit nicht abgeleitet werden, da die dortige Anerkennung entgangenen Gewinns als fester Bestandteil des schadensrechtlichen Haftungsumfangs auf Tatbeständen aufbaut, die eine Zufügung von Einbußen zum Gegenstand haben.

II. Regelungszweck des § 252 BGB: Komplettierung der Haftung für Einbußen

Nach § 252 S. 1 BGB ist dem Gläubiger nicht nur der Betrag der Einbußen zu ersetzen, die er im Zuge des haftungsbegründenden Ereignisses im Vermögensbestand erleidet, sondern auch der Betrag einer künftigen Vermögensmehrung (Gewinn), die infolge des haftungsbegründenden Ereignisses bei ihm ausbleibt.³³⁰ Ebenso wie in §§ 249, 251 BGB ist die Haftungserstreckung des § 252 S. 1 BGB daran ausgerichtet, dass im Güter- oder Vermögensbestand des „Geschädigten“ etwas fehlt, was darin vorher, zumindest als Realisierungsmöglichkeit, enthalten war. § 252 S. 1 BGB erweitert, wie auch die Differenzhypothese,³³¹ die schadensrechtliche Ersatzrichtung von der gegenständlichen Einbuße auf das infolge des Verletzungereignisses beeinträchtigte Vermögen. Der „Geschädigte“ ist (anders als bei einem bloßen Vorher-Nachher-Vergleich) umfassend so zu stellen, wie er *jetzt stünde*, wenn die zum Ersatz verpflichtende Schmälerung des Güterbestandes nicht eingetreten wäre.³³²

Die von den §§ 249, 251 BGB aufgespannten Perspektiven von Herstellungs- und Wertersatz sind ausgerichtet an einem Vermögensbestand. Sie richten sich in die Vergangenheit und haben zum Ziel, eine Einbuße im Vermögensbestand auszugleichen. § 249 BGB sieht hierfür die Verpflichtung zur Wiederherstellung vor, § 251 BGB eine Entschädigung in Geld. Hierin stimmen sie mit dem Schutzzweck der außervertraglichen Haftung überein. Die in § 252 S. 1 BGB vorgesehene Erweiterung des Ersatzumfangs auf den entgangenen Gewinn ändert an dieser rückwärtsgewandten, bestandsorientierten Programmierung des Schadensrechts nichts. Auch wenn sich hiernach die schadensrechtliche Ausgleichspflicht

³³⁰ *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 237f.; *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 56. Mit Nachweisen für die Verwurzelung dieses Verständnisses in der Entstehung des BGB *Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (1903), 70 ff.

³³¹ Hierzu § 5 D.

³³² Prächtig *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I/2 (8. Auflage 2000), § 31 II 1 b (S. 185).

auf den Ersatz eines erst künftig entgehenden Gewinns erstreckt, schützt sie gleichwohl einen bereits vorhandenen Stand an Persönlichkeits- oder Vermögensgütern. Es geht darum, inwiefern dieser Bestand zur Erzielung von künftigen Erträgen dient.

Die in § 252 S. 1 BGB formulierte Haftungserstreckung enthält (zumindest deklaratorisch) die Wertung, dass nach einem hinreichend qualifizierten Eingriff in eine fremde Gütersphäre nicht nur die unmittelbar darin verwirklichten Einbußen, sondern auch die hieraus erst mittelbar resultierenden Auswirkungen auf das übrige Vermögen in den Schutzzumfang der schadensrechtlichen Haftung einzogen sind („Totalreparation“).³³³ Es wird hiermit die (Handlungs-)Freiheit des Geschädigten geschützt, die eigenen Güter (§ 823 I BGB ebenso wie die Tatbestände der Gefährdungshaftung) und das eigene Vermögen (§§ 823 II, 826 BGB; §§ 280 I, 241 II BGB; §§ 280 I, II, 286 BGB) nicht nur zu halten, sondern auch gewinnbringend einsetzen zu können. Erfasst sind hiervon insbesondere die Positionen des Betriebs- sowie des Verdienstausfallschadens. Für den paradigmatischen Fall der Haftung für Rechtsgutsverletzungen wird erst aus der Zusammenschau von §§ 249, 251 BGB und § 252 BGB erkennbar, dass sich der Schutz der Schadensersatzhaftung nicht auf Rechtsgüter beschränkt, sondern auf das Vermögen erstreckt. Enttäuschte Zukunftserwartungen sind dabei nur unter der Maßgabe ersatzfähig, dass sie zurechenbare Folge des haftungsbegründenden Tatbestandes sind. Der „entgangene Gewinn“ i. S. d. § 252 S. 1 BGB steht nicht im Sinne eines rechnerischen Betrages für sich selbst, sondern ist zum Zwecke seiner Ersatzfähigkeit daraufhin zu untersuchen, ob er Ausfluss der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses ist.³³⁴

III. Unterschiede „entgangenen Gewinns“ i. S. d. § 252 BGB zum Gewinninteresse im Kaufvertrag

Phänomenologisch lassen sich zwei Erscheinungsformen des Gewinnentgangs unterscheiden. Zum einen gibt es Fälle, in denen die zukünftige Vermögensmehrung von einer Handlung des „Geschädigten“ unabhängig ist; die Gewinnerzielung hat derart feste Konturen erlangt, dass sie bereits zu dessen Vermögen gehört. Die Vereitelung der Vermögensmehrung ist in diesen Konstellationen kaum von einer Minderung des bereits vorhandenen Vermögensbestandes zu unterscheiden.

³³³ *Ebd.*, § 32 II 3 (S. 212); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (22. Auflage 2021), § 51 Rn. 5, 23; *Staudinger/Höpfner* (Neubearbeitung 2021), § 252 Rn. 1; *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 252 Rn. 1; *Grüneberg/Grüneberg* (82. Auflage 2023), § 252 Rn. 1; für die Rspr. BGH NJW 1987, 50, 52. Zum Streitstand, ob es sich bei § 252 S. 1 BGB um eine konstitutive oder deklaratorische Regelung handelt, m. w. N. *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 262 f. mit Fn. 26; umfassend *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 38 ff.

³³⁴ Dazu umfassend *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 262 ff., insb. 265.

Daneben stehen die Fälle, in denen es zur Erlangung des Gewinns noch einer Handlung des Verletzten bedurft hätte. In diesen Konstellationen geht es im engeren Sinne um den Schutz der Handlungsfreiheit. Diese erfährt im Deliktsrecht (wie auch in weiten Teilen des übrigen außervertraglichen Haftungsrechts) keinen unmittelbaren Schutz, ist aber mittelbar dadurch geschützt, dass ein auf der Vereitelung von Handlungsfreiheit beruhender Gewinnentgang ersetzt wird, so weit sich diese auf die Erlangung eines rechtlich anerkannten Schutzgutes bezieht. Entscheidend ist, welche Dimensionen der Ausübung dieser Freiheit von der Rechtsordnung als schutzwürdig angesehen werden.³³⁵

Der Unterschiedsbetrag zwischen Kaufpreis und eigenem Einkaufs- (Verkäufer) oder Weiterveräußerungspreis (Käufer) lässt sich bei wörtlicher Auslegung als Gewinnentgang einordnen. Dies liegt an der (unbestimmten) Weite des Begriffs „entgangener Gewinn“, der es erlaubt, jeden Betrag, der einer Person entgeht, ganz unabhängig vom Haftungsgrund dem Ersatzinhalt des § 252 S. 1 BGB zuzuordnen.³³⁶ Dennoch lässt sich der dieser Norm zugrunde liegende Regelungsge danke der Totalreparation nicht auf den entgangenen *Vertragsgewinn* übertragen.

1. (Weiterveräußerungs-)Gewinn des Käufers

Die im Rahmen einer Weiterveräußerung der Kaufsache erzielbare Gegenleistung beschreibt – unter Abzug des eigens geschuldeten Kaufpreises – einen Gewinn, der von einer eigenen Handlung des Käufers abhängig ist.³³⁷ Äußerlich betrachtet lässt sich der Weiterveräußerungsgewinn demnach in die Kategorie der vereiterten Güterverwendung einordnen. Gleichwohl eignet sich das Regelungskonzept des § 252 BGB nicht zur Erfassung dieser Form der Gewinnerzielung.

Auf der Grundlage des § 252 S. 1 BGB lässt sich die Perspektive des „günstigen“ Erwerbs nicht von der Perspektive einer hieran erst anschließenden Weiterveräußerung unterscheiden.³³⁸ Die (volle) Differenz zwischen Kaufpreis und

³³⁵ Zu den beiden Fallkonstellationen ausführlich *ebd.*, 267 ff.; für eine weitergehende Differenzierung *Fischer*, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (1903), 54 ff.

³³⁶ Zur Unbestimmtheit des Begriffs andeutungsweise *Bardo*, Die „abstrakte“ Be rechnung (1989), 87 f.

³³⁷ Für diese Einordnung auch *Würthwein*, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 275, die jedoch neben diesem Interesse an der *Verwendung* der Leistung (*ebd.*, 274 f. mit Fn. 107) zugleich das Interesse am *Erhalt* der Leistung einer Gewinnkategorie zuordnet: derjenigen, die von einem Tätigwerden des Geschädigten unabhängig ist (und hierbei das Interesse mit den Mehrkosten eines Deckungsgeschäf tes identifiziert), hierzu *ebd.*, 269, 274 f. mit Fn. 107–109.

³³⁸ Für die Bedeutung dieser Unterscheidung – unter Analyse der fehlenden Vor nahme einer solchen in der Rechtsprechung – *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 308 f., 312, ohne freilich die Ausrichtung des § 252 BGB an der außervertraglichen Schadenshaftung zu thematisieren.

Weiterveräußerungspreis vereinheitlicht rechnerisch zwei dogmatisch grundlegend verschiedene Perspektiven: das für den Käufer „günstige“ Verhältnis des Kaufpreises zum (darüber liegenden) *Einkaufspreis* eines Deckungskaufs einerseits und die darüberhinausgehende Spanne dieses Deckungspreises zum (noch darüber liegenden) *Weiterveräußerungspreis* andererseits. Die erstgenannte Differenz ist anders als die zweitgenannte kein *zukünftiger* Gewinn, dessen Erzielung – im Sinne einer beim Käufer im Zuge der Nichtleistung entstandenen Folgebeeinträchtigung – vereitelt wird.³³⁹ Sie ist insofern „unmittelbarer“ Gegenstand des Kaufvertrages, als die vertragliche Festlegung eines Preises gerade darvorschützt, dass die Kaufsache zukünftig nur noch teurer erworben werden kann, als es dem Kaufpreis entspräche. Der materielle Ersatzgrund für diesen Betrag ist nicht der Grundsatz der Totalreparation. Die Ersatzfähigkeit eines „günstigen“ Geschäfts hat einen eigenen Rechtsgrund im vertraglichen Erfüllungsinteresse.³⁴⁰

Im Anwendungsbereich des außervertraglichen Haftungsrechts (und der vergleichbaren Tatbestände der vertraglichen Integritätshaftung) ist diese Trennung eines rechnerisch einheitlichen Gewinnbetrags anhand der relativen Binnenperspektive des „günstigen“ Vertragsschlusses einerseits und einer nachgeschalteten Anschlussperspektive andererseits nicht erforderlich, da es keine kraft Erfüllungsanspruchs begründete Binnenperspektive gibt. Während sich der Ersatz entgangenen Gewinns zur Komplettierung der Haftung für Einbußen durchaus eignet, fehlt ihm die Eignung zur präzisen Erfassung der Interessenlage des nicht belieferten Käufers.

Die einheitliche Erfassung des bei einer Weiterveräußerung insgesamt erzielbaren Geschäftsgewinns in der Kategorie „entgangenen Gewinns“ i. S. d. § 252 S. 1 BGB führt dazu, dass die Marktpreisdifferenz als eigenständige dogmatische Kategorie unkenntlich und die *relative Binnenperspektive* der Vertragsparteien verkannt wird: Im Verhältnis zum Verkäufer verkauft der (nicht belieferte) Käufer die Kaufsache nicht, sondern kauft sie erst ein (*Erwerbsperspektive*).³⁴¹ Die Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns ist eine hierauf aufbauende Folgefrage. Ob und inwieweit dem Käufer zusätzlich zur Marktpreisdifferenz die darüber hinausgehende Differenz des Marktpreises zum Preis eines von ihm vereinbarten oder geplanten Weiterveräußerungsgeschäftes zu ersetzen ist, hängt davon ab, ob er an der Erzielung eines entsprechenden Weiterveräußerungspreises gehindert ist, obwohl ihm mit der Marktpreisdifferenz eine kostenneutrale Ersatzbeschaffung der Kaufsache ermöglicht wird.

³³⁹ Hierzu die Nachweise in Fn. 221, zu Vertretern der Gegenansicht Fn. 220.

³⁴⁰ Zum Gedanken der Absicherungsfunktion des Kaufvertrages *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 287 ff. (ökonomische Perspektive), 299 ff. (Handelsrechtsgeschichte); zur „juristisch-ökonomische(n) Wirkungsweise der Marktpreisregel“ *ders.*, Marktaustausch (2019), 172 ff.

³⁴¹ Hierzu § 5 B. III. 3. c).

2. (Absatz-)Gewinn des Verkäufers

Im Unterschied zum Weiterveräußerungsgewinn des nicht belieferten Käufers geht es beim Absatzgewinn des Verkäufers nicht um eine Gewinnerzielung, die noch von einer eigenen Handlung des Ersatzgläubigers abhängig ist. Anders als der Käufer muss der nicht bezahlte Verkäufer kein Anschlussgeschäft durchführen, um im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag einen Gewinn zu erzielen. Für ihn ist der Kaufvertrag selbst das Weiterveräußerungsgeschäft, das der Käufer erst noch abschließen muss.³⁴² Die Realisierung des Absatzgewinns – als Unterschiedsbetrag des Kaufpreises zu den eigenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten – hängt für den Verkäufer nur noch davon ab, dass der Käufer den vereinbarten Kaufpreis zahlt.

Jedoch eignet sich auch die zweite Form des Gewinnentgangs nicht zur Erfassung der für den Verkäufer mit der Zahlung des Kaufpreises verbundenen Gewinnerzielung. Der Erhalt des Kaufpreises bedeutet für den Verkäufer – aus der (maßgeblichen) Perspektive des Kaufvertrages – keine *künftige* Vermögensmehrung.³⁴³ Das Interesse an der Gewinnerzielung ist im Anspruch auf Kaufpreiszahlung bereits vollständig rechtlich erfasst. Die Realisierung des hierin ausgedrückten *vollen* vertraglichen Erfüllungsinteresses steht unter dem Vorbehalt, dass der Verkäufer die seinerseits geschuldete Gegenleistung erbringt.³⁴⁴ Verlangt der Verkäufer anstelle der Leistung Schadensersatz, steht fest, dass es zu einem Austausch der gegenseitig geschuldeten Leistung nicht mehr kommt: Im Zuge der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung i. S. d. § 281 IV BGB entfallen die *beiderseitigen* Leistungspflichten.³⁴⁵

Es stellt sich die Frage, ob das vertragliche Erfüllungsinteresse auch unter diesen veränderten Umständen in der („vollen“) Höhe des verkäuferseitigen Geschäftsgewinns ersatzfähig ist.³⁴⁶ Wie auch beim Anspruch des Käufers ist der erzielbare Absatzgewinn des Verkäufers ein rechnerischer Einheitsbetrag, der die Differenz des Kaufpreises zum (niedrigeren) Preis einer ersatzweisen Veräußerung unkenntlich macht.³⁴⁷ Die Marktpreisdifferenz ist eine dogmatisch eigen-

³⁴² Auf diesen strukturellen Unterschied weist bereits *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 145 hin.

³⁴³ Dafür, „daß dem Verkäufer bei Nichterfüllung des Käufers ein direkter Schaden seines existenten Vermögens zugefügt wird“ auch *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 164 f., der dem Verkäufer vertretbarer Ware jedoch ungeachtet dieser dogmatischen Einsicht der Höhe nach die volle Gewinnspanne zuspricht, hierzu auch *ebd.*, 166 ff.

³⁴⁴ Zu diesem Argument im Kontext der Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der Leistung auch *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 337 f.

³⁴⁵ Hierzu ausführlich § 5 E.I.1.

³⁴⁶ Pointiert *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 322, wonach „der Verbleib der Kaufsache beim Verkäufer zunächst Rätsel aufgibt“.

³⁴⁷ Für die Bedeutung dieser Unterscheidung knapp *ebd.*, 337 f., ohne freilich die Ausrichtung des § 252 BGB an der außergerichtlichen Schadenshaftung zu thematisieren.

ständige Kategorie, deren Ersatz bereits aus der vertraglichen Einigung auf einen bestimmten Kaufpreis gerechtfertigt ist. Der rechnerische Einheitsbetrag verdeckt, dass die Marktpreisdifferenz das Potential in sich trägt, dem Verkäufer eine Deckungsobliegenheit aufzuerlegen: In der Verbindung von Marktpreisdifferenz und einbehaltener Kaufsache kann der Verkäufer einen ersatzweisen Warenabsatz *zum vereinbarten Preis* herbeiführen.

Der § 252 S. 1 BGB zugrunde liegende Regelungsgedanke der Totalreparation, wonach sämtliche – von einem haftungsbegründenden Ereignis ausgelösten – negativen Folgewirkungen im Vermögen des „Geschädigten“ zu ersetzen sind, enthält keine Stellungnahme zu einer den Verkäufer treffenden Deckungsobliegenheit. Die spezifische Situation des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB, wonach der Verkäufer aufgrund einer eigenen Entscheidung (§ 281 IV BGB) vom naturalen Leistungsaustausch Abstand nimmt, bleibt von einem schlichten Rekurs auf § 252 S. 1 BGB unberücksichtigt. Es geht beim Schadensersatz statt des Kaufpreises nicht darum, wie sich ein „von außen“ kommendes Haftungsereignis auf das Vermögen des Verkäufers auswirkt, sondern darum, welche Folgen die Abstandnahme vom naturalen Leistungsaustausch auf den Umfang des bisher im Kaufpreisanspruch rechtlich geschützten Interesses an der vollständigen Erziehung des Absatzgewinns hat. Im Zuge der Entscheidung nach § 281 IV BGB wendet sich der Verkäufer gegen die mit dem Erhalt des Kaufpreises verbundene Gewinnrealisierung und behält im Gegenzug eine Absatzkapazität ein: Die bereits angeschaffte (wie auch eine erst noch anzuschaffende) Kaufsache kann dazu eingesetzt werden, einen alternativen Abnehmer zu finden. Die Möglichkeit, den geplanten Absatzgewinn auf diese Weise (gegebenenfalls nach einer noch ausstehenden Anschaffung der Kaufsache) ersatzweise zu realisieren, besteht grundsätzlich fort.

Ob der Verkäufer – unter Erstattung der Marktpreisdifferenz – zu einem solchermaßen ersatzweisen Warenabsatz angehalten ist, oder stattdessen unmittelbar auf den Betrag des erzielbaren Geschäftsgewinns zurückgreifen kann, bedarf einer eigenständigen Wertung, die aus den Prämissen des Leistungsstörungsrechts abzuleiten ist.³⁴⁸ Wäre er dazu angehalten, erhielte er nur den Betrag ersetzt, um den die Veräußerung zum vereinbarten Kaufpreis für ihn „günstiger“ ist als ein alternativer Absatz zum Marktpreis – die Marktpreisdifferenz; wäre er nicht dazu angehalten, erhielte er auch den darüber hinausgehenden Differenzbetrag des Marktpreises zu den (darunter liegenden) Anschaffungskosten ersetzt.

Die schadensrechtliche Kategorie des entgangenen Gewinns i. S. d. § 252 S. 1 BGB trägt es auch beim Verkäufer nicht, als Anspruchsinhalt des Schadensersatzes statt der Leistung den Betrag des (insgesamt) erzielbaren Geschäftsgewinns (das heißt den Unterschiedsbetrag von Kaufpreis und Anschaffungskosten) zu er-

³⁴⁸ Zur Adressierung dieser Wertungsfrage an der Wende des 19. zum 20. Jahrhundert *ebd.*, 325, 328 f.

setzen. Sie verdeckt die eigenständige Funktion der Marktpreisdifferenz und enthält keine Begründung dafür, weshalb den Verkäufer keine Deckungsobligation treffen soll.

D. Differenzhypothese als (außervertragliches) Hilfsinstrument ohne eigene Abgrenzungsfunktion

Die in § 252 S. 1 BGB geregelte *Erstreckung* („umfasst auch“) des Ersatzumfangs auf den Betrag eines dem „Geschädigten“ entgangenen Gewinns deutet auf die Möglichkeit einer weiten Lesart des § 249 I BGB hin. Hiernach ist die Verpflichtung zur Naturalrestitution lediglich *ein* Regelungsgegenstand des § 249 I BGB. Allein für dieses (enge) Verständnis bezieht sich der Begriff des „Zustands“ auf die verletzte Rechtsposition selbst. Eine weite Lesart dieses Begriffs bezieht sich hingegen auf die vom haftungsbegründenden Tatbestand ausgelöste Vermögenssituation im Ganzen. Die Bildung eines entsprechenden Gesamtvermögensvergleichs ist nach allgemeiner Meinung die Anwendung der sogenannten „Differenzhypothese“.³⁴⁹ Hiernach ist zur Ermittlung der ersatzfähigen Schadenspositionen maßgeblich „die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde“.³⁵⁰

Die Differenzhypothese bezieht neben einer nach §§ 249, 251 BGB ersatzfähigen Rechtsgutsverletzung *jeden* vom haftungsbegründenden Ereignis ausgelösten Verlust in den Ersatzumfang mit ein. Das in der Differenzhypothese formulierte Prinzip des umfassenden Ersatzes bezieht sich sowohl auf unmittelbar vom haftungsbegründenden Ereignis bewirkte (primäre) Vermögensschäden als auch auf Vermögensschäden, die sich beim Verletzten erst infolge einer Einbuße einstellen.³⁵¹ Hiermit beschreibt die Differenzhypothese einen zentralen Gedanken des Ersatzumfangs im Haftungsrecht: Dieses beschränkt sich nicht auf eine Restitutionshaftung (im engeren Sinne) – es gilt vielmehr der Grundsatz der Totalreparation.³⁵² Hiernach ist dem Verletzten, vorbehaltlich einer (wertenden) Schadens-

³⁴⁹ Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 329 mit Fn. 66 m.w.N. Zur Differenzhypothese s. auch § 3 A. und § 5 B.I. m.w.N.

³⁵⁰ Mommsen, Zur Lehre vom Interesse (1855), 3, dort aufgefasst als Interpretation des Ausdrucks *id quod interest* oder *quanti interest*.

³⁵¹ Zur hierauf beschränkten Relevanz der Differenzhypothese in großer Klarheit Larenz, Schuldrecht I (14. Auflage 1987), § 29 I a (S. 481 f.), der freilich von „Differenztheorie“ spricht.

³⁵² Zur Totalreparation als der Differenzhypothese zugrunde liegender Gedanke HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 40 f.; Halfpap, Der entgangene Gewinn (1999), 38 ff.

zurechnung im Einzelfall, der *gesamte* aus einer Rechtsgutsverletzung resultierende *Schaden* zu ersetzen.³⁵³

I. Keine Regelungsaussage zur Bewertung der (ausbleibenden oder einbehaltenen) Kaufsache

Beim Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geht es dagegen, abgesehen von den beiden sich anschließenden Fragen des abstrakten Ersatzes von Deckungskosten sowie des Verhältnisses eines solchen zum konkreten Ersatz, um eine präzise Abgrenzungsfrage:³⁵⁴ Beschränkt sich der Anspruch auf den Mehraufwand eines Deckungsgeschäftes, oder ist (auch) der erzielbare (Vertrags-)Gewinn umfasst? Für beide Vertragsgläubiger steht hierbei die Bewertung der – er strebten oder einbehaltenen – Kaufsache im Mittelpunkt: Beim Anspruch des Käufers geht es darum, ob in Hinblick auf sein Interesse am *Erhalt* der Kaufsache auf den Einkaufs- oder auf den Weiterveräußerungspreis abzustellen ist; beim Anspruch des Verkäufers geht es darum, ob in Hinblick auf sein Interesse an der absatzweisen Erzielung der Gegenleistung auf den Verkaufs- oder auf den Einkaufs- beziehungsweise Herstellungspreis abzustellen ist. Beide Interessen sind auf die Kaufsache bezogen: Beim Käufer geht es um die Abgrenzung von Erwerbs- und Veräußerungsinteresse, beim Verkäufer um die Abgrenzung von Preisabsicherungs- und Gewinninteresse.

Die Differenzhypothese nimmt Vermögenszustände im Ganzen in den Blick, nicht jedoch diese spezifische Bewertungsfrage. Aus ihrer Anwendung resultierte eine Vielzahl potenzieller Vermögenszustände, die sich jedoch auf ihrer Grundlage nicht hinreichend voneinander abgrenzen lassen: Abzustellen wäre jeweils auf diejenige Vermögenssituation, die sich konkret beim Vertragsgläubiger einstellt.³⁵⁵

II. Keine Regelungsaussage zum Erfordernis einer Vermögenseinbuße

In Hinblick auf das aus der Differenzhypothese abgeleitete Erfordernis eines „konkreten“ Vermögensschadens³⁵⁶ greift noch ein weiterer Einwand: Deren Aussagegehalt wird überspannt, wenn aus ihr abgeleitet wird, dass Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich eine infolge der Nichtleistung entstandene Vermögenseinbuße voraussetzt.

Die Erweiterung der schadensrechtlichen Rechtsfolge, welche die Differenzhypothese bewirkt, ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil eine deliktische

³⁵³ Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 171 f.

³⁵⁴ Zu den drei grundlegenden Fragen der Anspruchsbemessung § 2.

³⁵⁵ Zu dieser Kritik s. bereits § 3 E. III.

³⁵⁶ Hierzu die Nachweise in Fn. 118 f.

Generalklausel fehlt. Der Grundsatz der Totalreparation gibt den tatbestandlich auf die Verletzung von Rechten und Rechtsgütern beschränkten Anspruchsgrundlagen des außervertraglichen Haftungsrechts (einschließlich der entsprechenden vertraglichen Integritätshaftung) die Funktion, nicht nur Rechte und Rechtsgüter an und für sich selbst, sondern auch das (dahinterstehende) Vermögen des „Verletzten“ (als solches) zu schützen.³⁵⁷ Dieses Prinzip der umfassenden Haftung bezieht sich – neben dem in § 252 S. 1 BGB explizit anerkannten Gewinnentgang – namentlich auf sonstige Vermögensfolgeschäden, die (erst mittelbar) aus dem haftungsbegründenden Tatbestand resultieren. Infolge dieses Prinzips der umfassenden Haftung hängt der Ersatz einzelner Schadenspositionen auch nicht vom subjektiven Zurechnungselement des Verschuldens ab: Weder auf die Vor- aussehbarkeit eines Schadens noch auf eine Abstufung nach Verschuldensgraden kommt es an.³⁵⁸ Es genügt jede Fahrlässigkeit, um für den gesamten Betrag der aus einer Rechtsgutsverletzung resultierenden Einbuße einzustehen zu müssen.

Die von der paradigmatischen Haftungsnorm des § 823 I BGB vorgenommene Beschränkung auf Rechte und Rechtsgüter dient vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Totalreparation lediglich der *tatbestandlichen* Haftungsbegrenzung; es sollen diejenigen Handlungen herausgehoben werden, die eine tatbestandliche Umgrenzung der Anspruchsberechtigten zulassen und demnach die Handlungsfreiheit nicht über Gebühr einschränken.³⁵⁹ Einbußen im Vermögen werden einer Ersatzpflicht folglich nur unter der (zusätzlichen) Voraussetzung unterworfen, dass sie aus einem besonders qualifizierten (Verletzungs-)Tatbestand resultieren. Wurde ein Rechtsgut verletzt oder ein sonstiger Haftungstatbestand verwirklicht, ist die Ersatzpflicht hingegen umfassend ausgestaltet.³⁶⁰

Die dogmatische Figur der Differenzhypothese bringt dieses, im schadensrechtlichen Normenbestand der §§ 249 I, 251 f. BGB zumindest angelegte, Prinzip der Haftungserstreckung (über den „unmittelbaren“ Verletzungsschaden hinaus) prägnant zum Ausdruck.³⁶¹ Das Ziel von Prinzip und dogmatischer Umsetzung ist der umfassende Ersatz aller Vermögensschäden. Zur wertmäßigen

³⁵⁷ Picker, AcP 183 (1983), 369, 465 ff.; Würtheim, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit (2001), 258 f. (bezogen auf den Anwendungsfall des entgangenen Gewinns); Harke, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 262; zu diesem Zusammenhang auch MüKo/Wagner (8. Auflage 2020), Vor § 823 Rn. 14, § 823 Rn. 2 f., 86.

³⁵⁸ Hierzu Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 82 f. mit Nachweisen aus der Gesetzgebungsgeschichte; vertiefend zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Grundsatzes der Totalreparation HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 39 ff.

³⁵⁹ Hierzu prägnant Picker, AcP 183 (1983), 369, 470 ff., insb. 472 f.; s. auch Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 (13. Auflage 1994), § 75 I 3 b (S. 356 f.).

³⁶⁰ Insbesondere die Erstreckung des Ersatzumfangs auf den Betrag eines dem Ersatzgläubiger entgehenden Gewinns ist dabei das Ergebnis einer langen dogmengeschichtlichen Entwicklung, hierzu HKK/Jansen (2007), §§ 249–253, 255 Rn. 25, 27 ff.

³⁶¹ Nach Sourlas, Adäquanztheorie und Normzwecklehre (1974), 63 ist die Differenzhypothese „eine besonders emphatische Art, das Prinzip der Totalreparation bildhaft auszudrücken“.

Bezifferung einer Geldentschädigung i.S.d. § 251 BGB nimmt die Differenzhypothese insofern eine sinnvolle Funktion ein, als sie bewirkt, dass sämtliche von einem Haftungsereignis bewirkten Einbußen im Vermögen des „Geschädigten“ erfasst werden.

Für den Fall der Beschädigung oder Zerstörung einer Sache (als „unmittelbar“ Verletzungsschaden) hat diese *dogmatische Erweiterung* der schadensrechtlichen Haftung indes keine Bedeutung.³⁶² Die Differenzhypothese und das von ihrem Vermögensvergleich implizierte Erfordernis einer zum haftungsbegründenden Tatbestand hinzutretenden Vermögenseinbuße werden im Anwendungsbereich einer (auf die Substanz bezogenen) Eigentumsverletzung – dem Referenzgebiet zum Kaufvertrag über marktgängige Waren – verdrängt von der konkreten Anwendung der §§ 249, 251 BGB (von Vorteilsausgleichung, Reserveursachen, hypothetischer Kausalität abgesehen).³⁶³ Diese Normen entscheiden darüber, in welche Richtung ein geldwerter Ausgleich der Interessen des Verletzten zu erfolgen hat (Herstellungs- oder Wertinteresse).³⁶⁴ Dabei legen sie (einschließlich der hierzu entwickelten Dogmatik) auch fest, ob der Ersatz des entsprechenden Betrages eine konkrete Vermögensdisposition des Verletzten (Herstellungs-/Erwerbsgeschäft oder Veräußerungsgeschäft) voraussetzt.³⁶⁵

E. Gescheiterte Anwendung der §§ 249 ff. BGB zur Beantwortung der drei grundlegenden Fragen der Anspruchsbemessung

Im Folgenden geht es um die These, dass sich die §§ 249 ff. BGB auf den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht anwenden lassen. Bezugspunkt dieses Nachweises sind die drei grundlegenden Fragen der Anspruchsbemessung.³⁶⁶ Die Vorgaben des Leistungsstörungsrechts bleiben noch unberücksichtigt; es geht nicht darum, wie die drei Fragen jeweils inhaltlich beantwortet werden müssen, um dem Zweck des Schadensersatzes statt der Leistung als Instrument zur monetären Vertragserfüllung gerecht zu werden.³⁶⁷ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den Nachweis, dass die Normaussagen der

³⁶² Staudinger/Höpfner (Neubearbeitung 2021), § 249 Rn. 6; vertiefend vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Differenzhypothese Schiemann, FS Seiler (1999), 259 ff.

³⁶³ Dies erkennen Honsell/Harrer, JuS 1985, 161, 165, wenn sie – gerade umgekehrt – den Grundsatz „konkreter“ Schadensberechnung auf die Auslegung des § 251 BGB übertragen wollen.

³⁶⁴ Zu diesen beiden Richtungen des (geschützten) Interesses Jahr, AcP 183 (1983), 725, 769 ff., 778 f.; Picker, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 42 f.

³⁶⁵ Zu § 251 BGB s. § 5 B.III.2.c); zu § 249 II BGB s. § 5 E.II.3.a).

³⁶⁶ Hierzu § 2.

³⁶⁷ Hierzu § 6.

§§ 249 ff. BGB – ungeachtet ihrer Ausrichtung an der außervertraglichen Haftung³⁶⁸ – die spezifische Interessenlage der vertraglichen Nichterfüllungshaftung nicht adressieren.

I. Unergiebigkeit der Debatte um Differenz- und Surrogationstheorie

Bei dem Versuch, die §§ 249 ff. BGB zur Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung tatsächlich anzuwenden, ist eine erste zentrale Besonderheit die Gegenseitigkeit des Vertrages. Der von einem (berechtigten) Schadensersatzverlangen gem. § 281 IV BGB bewirkte Wegfall des Leistungsanspruchs kann für sich genommen nicht der Anknüpfungspunkt der Schadensfeststellung sein; der Erhalt der nunmehr endgültig ausbleibenden Leistung wurde dem Gläubiger nur Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung versprochen. Als Ausgangspunkt der Anspruchsbemessung stellt sich deshalb die Frage, ob der Gläubiger trotz des Schadensersatzverlangens zur Erbringung der Gegenleistung verpflichtet bleibt. Wäre dies der Fall, müsste der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (vollständig) nach (dem Wert) der ausbleibenden Leistung bemessen werden, andernfalls wäre dieser Wegfall anspruchsmindernd zu berücksichtigen.³⁶⁹

1. Allgemeine Ansicht und eigener Standpunkt

Nach allgemeiner Ansicht hat der Gläubiger im modernisierten Schuldrecht die Wahl, welche der beiden Konstellationen er der Schadensberechnung zugrunde legt.³⁷⁰ Lediglich nach altem Schuldrecht kam der Frage nach der Auswirkung des Schadensersatzverlangens auf die Gegenverpflichtung des Gläubigers zentrale Bedeutung in den Fällen zu, in denen der Gläubiger die seinerseits geschuldete Gegenleistung bereits erbracht hatte. Dies lag darin begründet, dass der Gläubiger ungeachtet des Exklusivitätsverhältnisses von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung ein Interesse daran haben konnte, die erbrachte Gegenleistung zurückzufordern und zusätzlich Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen.³⁷¹ Nach modernisiertem Schuldrecht können gem. § 325 BGB beide

³⁶⁸ Hierzu § 5 B.–D.

³⁶⁹ Konziser Überblick zum Regelungsproblem und den beiden denkbaren Lösungsansätzen bei Clevinghaus, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz (2007), 188 ff.; für einen Überblick mit Beispielsfällen Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 41 f.

³⁷⁰ Harke, Allgemeines Schuldrecht (2010), Rn. 185 f.; Soergel/Benicke/Hellwig (13. Auflage 2014), § 281 Rn. 249 f., 252 f.; Staudinger-Eckpfeiler/Kaiser (Neubearbeitung 2020), H (Leistungsstörungen) Rn. 177; Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 44, 48; Medicus/Lorenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil (22. Auflage 2021), § 35 Rn. 42; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 17f.; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 281 Rn. 20.

³⁷¹ Zum Ganzen Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 43 m.w.N.

Rechtsbehelfe kombiniert werden. Daher besteht im Ergebnis Einigkeit, dass der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung *jedenfalls bei gleichzeitiger Erklärung des Rücktritts* auf der Grundlage zu bemessen ist, dass beide Leistungspflichten des gegenseitigen Vertrages entfallen sind.³⁷² Der Gläubiger habe jedoch ein Wahlrecht: Er könne sich anstelle einer Abwicklung nach der Differenztheorie für eine solche nach der Surrogationstheorie entscheiden, wenn er ein Interesse daran hat, die seinerseits geschuldete Leistung zu erbringen.³⁷³ Für den Käufer macht es freilich keinen Unterschied, ob er den Kaufpreis zahlt und dafür den vollen Sachwert erhält, oder ob sich sein Anspruch stattdessen von vornherein auf die Differenz zwischen den beiden Beträgen beschränkt.³⁷⁴ Praktisch steht das behauptete Wahlrecht demnach nur dem Verkäufer zu: Ihm wird ermöglicht, die Kaufsache auch im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung abzusetzen.

Nach der hier vertretenen Ansicht geht mit der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 IV BGB) zwingend der Wegfall der *beiderseitigen* Leistungspflichten einher; es besteht insofern kein Wahlrecht.³⁷⁵ Auch für den Anspruch des Verkäufers ist keine Ausnahme von der Differenztheorie zuzulassen. Weder gibt es ein Bedürfnis dafür, den Leistungsaustausch in den Schadensersatz statt der Leistung zu integrieren, noch lässt sich eine Aufrechterhaltung des Leistungsaustausches mit dem Abwicklungsziel des Anspruchs vereinbaren.³⁷⁶ Hat der Verkäufer ein Interesse daran, die Kaufsache „loszuwerden“, kann er sich jederzeit für den (naturalen) Leistungsaustausch entscheiden. Könnte er (auch) den Schadensersatz statt der Leistung auf der Grundlage bemessen, dass er die seinerseits geschuldete Leistung erbringt, müsste der säumige Käufer den Kaufpreis leisten. Dabei ist die Nichterbringung des Kaufpreises nach § 281 I S. 1 BGB gerade der Grund dafür, dass der Verkäufer anstelle der Leistung Schadensersatz verlangt. Erbringt der Verkäufer die eigene Leistung auch

³⁷² Bamberger/Roth/*Unberath* (3. Auflage 2012), § 281 Rn. 34; Soergel/Benicke/Hellwig (13. Auflage 2014), § 281 Rn. 257; so auch noch MüKo/*Ernst* (8. Auflage 2019), § 325 Rn. 9 (dort auch zur beschränkten Tragweite der Auseinandersetzung; ebenso MüKo/*Emmerich* (8. Auflage 2019), Vor § 281 Rn. 18 („Scheinproblem“); Grüneberg/*Grüneberg* (82. Auflage 2023), § 281 Rn. 22.

³⁷³ Hierzu die Nachweise in Fn. 370.

³⁷⁴ Für eine Konstellation des ausnahmsweisen Interesses des Käufers an einer Abwicklung nach der Surrogationstheorie Staudinger/*Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 280 E 57.

³⁷⁵ Zu den Argumenten der (weit verbreiteten) Gegenansicht *Clevinghaus*, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz (2007), 208 f. m. w. N.

³⁷⁶ Für das alte Schuldrecht bereits Soergel/*Wiedemann* (12. Auflage 1990), § 326 Rn. 73; *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 36 II 3 (S. 193 ff.); grundlegend aus der Rspr. RGZ 50, 255, 264 ff. Für die Fortgeltung der Surrogationstheorie (auch) beim Anspruch des Verkäufers statt vieler *Clevinghaus*, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz (2007), 220 f.

beim Schadensersatz statt der Leistung, bestünde kein Unterschied (mehr) zur Geltendmachung des Zahlungsanspruchs Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Der in § 281 IV BGB vorgesehene Übergang vom Leistungsanspruch auf die Ebene des Schadensersatzes statt der Leistung würde verfehlt.

Die Rückabwicklung einer vom Schadensersatzgläubiger bereits erbrachten Gegenleistung ist dem Rücktrittsrecht vorbehalten.³⁷⁷ Seit der mit § 325 BGB geschaffenen Möglichkeit, Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung zu kombinieren, besteht schon kein Bedürfnis mehr dafür, die Rückabwicklung einer bereits erbrachten Gegenleistung in den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu integrieren. Eine konsequente Trennung von Rückabwicklung und Schadensersatz statt der Leistung ist darüber hinaus auch aus systematischen Gründen vorzugswürdig. Erstens ist eine Integration der Rückabwicklungsfunktion nur beim Anspruch des Käufers möglich. Die vom Verkäufer erbrachte Sachleistung kann nicht in dessen – auf Geld gerichteten – Schadensersatzanspruch integriert werden. Beide Vertragsgläubiger würden mithin uneinheitlich behandelt. Zweitens ermöglicht es beim Anspruch des Käufers erst eine Trennung von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung, den spezifischen Zweck des letzteren sichtbar werden zu lassen. Es geht (gerade) nicht darum, dem Käufer den Kaufpreis zurückzugewähren, sondern um die Bewertung des Interesses am Erhalt der ausbleibenden Kaufsache.³⁷⁸

2. Bewertung der Kaufsache anstatt Schicksal der Gegenverpflichtung als zentrale Fragestellung

Entscheidender als die inhaltliche Kritik an der modifizierten Differenztheorie ist die folgende methodische Beobachtung: Der Diskurs um Differenz- und Surrogationstheorie ist nicht mit den Konzepten zu „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung abgestimmt. Die Auseinandersetzung um Differenz- und

³⁷⁷ Zum folgenden auch die überzeugende Argumentation bei MüKo/*Ernst* (8. Auflage 2019), § 325 Rn. 9, der indes auch die (bloße) Befreiung des Gläubigers von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung als Funktion der Differenzhypothese ablehnt, *ebd.* Rn. 6, 8. Dezidiert gegen den Standpunkt von *Ernst* die Argumentation bei *Clevinghaus*, Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz (2007), 214ff., der der Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach der Differenztheorie sowohl eine Befreiungs- als auch eine – wenn auch auf die bereits erbrachte *Geldleistung* beschränkte – Rückabwicklungsfunktion zuerkennt.

³⁷⁸ Zur für das alte Schuldrecht entwickelten Konstruktion, die (bereits erbrachte) Gegenleistung des Sachleistungsgläubigers mithilfe der Rentabilitätsvermutung, das heißt einer jedenfalls in Höhe des Kaufpreises vermuteten Rentabilität des Vertrages für den Käufer, (als „Mindestschaden“) in den (nach der Surrogationstheorie bemessenen) Schadensersatz statt der Leistung einzubeziehen *ebd.*, 163f., 173f.; mit ausführlichen Nachweisen aus der Rspr. *HKK/Schermaier* (2007), §§ 280–285 Rn. 73.

Surrogationstheorie beschränkt sich auf die tatbestandliche Frage, ob der Gläubiger seiner eigenen Leistungspflicht noch nachzukommen braucht.³⁷⁹ Zu wenig Berücksichtigung findet die Folgefrage, nach welcher Richtung der Wert der ausbleibenden (Käufer) oder einbehaltenen (Verkäufer) Kaufsache zu bemessen ist: nach den Einkaufskosten oder nach dem Veräußerlichkeitswert. Hiervon hängt jedoch die Höhe des Anspruchs entscheidend ab.

a) Einbehalt der Kaufsache beim Anspruch des Verkäufers

Entscheidend ist beim Anspruch des Verkäufers die Frage, wie der Einbehalt der Kaufsache (rechtlich) zu bewerten und demnach (rechnerisch) in Ansatz zu bringen ist:³⁸⁰ mit dem Marktverkaufspreis oder mit den (Markt-)Einkaufs- beziehungsweise Herstellungskosten des Verkäufers. Abhängig von der Festlegung des maßgeblichen Preises wird dem Verkäufer entweder der (gegebenenfalls fiktive) Mindererlös aus einem Deckungsverkauf (so bei Ansatz des Marktverkaufspreises) oder der entgangene Gewinn (so bei Ansatz der Einkaufs- oder Herstellungskosten) ersetzt.

Nach allgemeiner Meinung richtet sich der Anspruchsinhalt auf den Betrag eines dem Verkäufer entgehenden Gewinns.³⁸¹ Rechnerisch betrachtet ist der Geschäftsgewinn der Unterschiedsbetrag zwischen dem ursprünglich geschuldeten Kaufpreis und den Einkaufs- beziehungsweise Herstellungskosten des Verkäufers. Diese Rechnung wird freilich von der allgemeinen Meinung nicht offengelegt; nur ganz vereinzelt wird die Anspruchsbemessung aus einer Bewertung der (einbehaltenen) Kaufsache abgeleitet.³⁸² Das von der Differenztheorie gegebene „Versprechen“, den Wert der einbehaltenen Kaufsache rechnerisch in Ansatz zu bringen, wird nicht eingelöst. Stattdessen erfolgt ein unmittelbarer Rekurs auf § 252 S. 2 BGB, wonach sich die schadensrechtliche Ersatzpflicht auf den Betrag eines dem Verkäufer entgehenden Gewinns erstreckt.³⁸³

Hierdurch wird verdeckt, dass die §§ 249, 251 BGB weder auf den Wegfall des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung noch auf die Bewertung der (einbehaltenen)

³⁷⁹ Eine Ausnahme bildet freilich *Huber*, AcP 210 (2010), 319, 335 ff., der auf den Zusammenhang zwischen Differenztheorie und Schadensberechnung zumindest hindeutet.

³⁸⁰ *Ders.*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 I 1 (S. 232); *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 594, freilich im (unzutreffenden) methodischen Gewand der Vorteilsausgleichung, hierzu § 5 E. III. 2. a); *Flume*, AcP 215 (2015), 282, 322.

³⁸¹ Hierzu die Nachweise in § 3 D.I.

³⁸² Insbesondere *Keuk*, Schaden und Interesse (1972), 137 ff., welche die (einbehaltene) Kaufsache mit den Einkaufs- beziehungsweise Herstellungskosten bewertet; ebenso *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 598 f.; dagegen stellt *Bardo*, Die „abstrakte“ Be- rechnung (1989), 151 f. zur Bewertung der Kaufsache auf den Verkaufswert ab.

³⁸³ Hierzu die Nachweise in § 3 D.I.2.

Kaufsache zugeschnitten sind.³⁸⁴ Auch § 252 BGB und die Schadensdogmatik (insbesondere die dogmatischen Figuren Differenzhypothese³⁸⁵ und Vorteilsausgleichung³⁸⁶) lassen den *Einbehalt der Kaufsache* als den zentralen und regelmäßigen Umstand der Anspruchsbemessung unberücksichtigt. Hierin liegt freilich der entscheidende *Unterschied* zwischen der Interessenlage *vor und nach Geltenmachung von Schadensersatz statt der Leistung*. Die Auseinandersetzung um Differenz- und Surrogationstheorie deutet auf die Bedeutung dieses Umstands hin, übersetzt dies jedoch nicht auf die Ebene der Haftungsausfüllung. Stattdessen bleibt sie der (weitgehend) unergiebigen tatbestandlichen Abgrenzungsfrage nach dem Fortbestand der gläubigerseitigen (Gegen-)Leistungspflicht verhaftet. In der Folge sind der Diskurs um Differenz- und Surrogationstheorie einerseits und die Konzepte zu(r) („konkreter“ und „abstrakter“) Schadensberechnung andererseits nicht (mehr)³⁸⁷ aufeinander abgestimmt.

b) Ausbleiben der Kaufsache beim Anspruch des Käufers

In Hinblick auf den Anspruch des Käufers setzen sich Differenz- und Surrogationstheorie in Widerspruch zum Grundsatz der „konkreten“ Schadensberechnung. Nach diesem Grundsatz genügt das bloße Ausbleiben der Leistung noch nicht, um einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu begründen. Voraussetzung des Ersatzes ist vielmehr – praktisch relevant gerade beim Anspruch des Käufers – eine *zur Nichtleistung hinzutretende Vermögenseinbuße*: (insbesondere) die Mehrkosten eines Deckungskaufs oder der Betrag eines dem Käufer entgehenden Gewinns.³⁸⁸

Nach Surrogations- und Differenztheorie hingegen erhält der Käufer unabhängig hiervon Ersatz. Bei Anwendung der Surrogationstheorie zahlt er den Kaufpreis und erhält im Gegenzug den vollen Sachwert; bei Anwendung der Differenztheorie entfällt die Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung und der Anspruch des Käufers richtet sich von vornherein auf den Differenzbetrag zwischen (höherem) Sachwert und (niedrigerem) Kaufpreis. Bei beiden Theorien bedarf es indes gerade keiner zur Nichtleistung hinzutretenden Vermögenseinbuße: Der Ersatzbetrag lässt sich bereits im Zuge des „*bloßen*“ *Ausbleibens der Leistung* bestimmen, indem der Wert der gegenseitig geschuldeten Leistungen zueinander ins

³⁸⁴ Hierzu § 5 B.

³⁸⁵ Hierzu § 5 D.

³⁸⁶ Hierzu § 5 E. III. 2. a).

³⁸⁷ Flume, Marktaustausch (2019), 193 f. weist nach, dass es den „ursprünglichen ‚Erfindern‘ der Surrogationstheorie um 1900 (...)“ (S. 193) um die Etablierung eines Zwangs zum Selbsthilfeverkauf und damit um eine Frage der Schadensberechnung ging; noch prägnanter ders., AcP 215 (2015), 282, 327 sowie *ebd.*, 328 f. für eine ausführliche (fallbezogene) Begründung.

³⁸⁸ Hierzu die Nachweise in Fn. 117, 126 und 128.

Verhältnis gesetzt und eine zugunsten des Gläubigers ausfallende Differenz ersetzt wird.³⁸⁹

Im Gegensatz zum Grundsatz der „konkreten“ Schadensberechnung deutet die Auseinandersetzung um Differenz- und Surrogationstheorie auf den zentralen Umstand der Anspruchsbemessung hin: die *Umwandlung des gegenseitigen Leistungsgefüges* in einen – einseitig den Verkäufer treffenden – *Zahlungsanspruch*.³⁹⁰ Hierin liegt der entscheidende *Unterschied* zwischen der Interessenslage vor und nach *Geltendmachung* von Schadensersatz statt der Leistung. Die Auseinandersetzung um Differenz- und Surrogationstheorie gibt jedoch selbst keine Antwort auf die beiden (in diesem Zusammenhang) entscheidenden Fragen: Wonach ist dieser Geldbetrag zu bemessen, nach dem Weiterveräußerungspreis oder nach dem Einkaufspreis für ein Ersatzgeschäft? Kann dieser Betrag dem Käufer auch unabhängig von dessen tatsächlichem Anfall ersetzt werden? Wiederum sind der Diskurs um Differenz- und Surrogationstheorie einerseits und die Konzepte zu „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung andererseits nicht aufeinander abgestimmt. Der Grundsatz der „konkreten“ Schadensberechnung löst die Anspruchsbemessung vielmehr, ebenso wie beim Anspruch des Verkäufers der unmittelbare Rekurs auf § 252 BGB, vom Diskurs um Differenz- und Surrogationstheorie und entfernt sich von deren Erkenntnis, dass bereits der Differenz aus Leistung und Gegenleistung entscheidende Bedeutung für die Anspruchsbemessung zukommt.³⁹¹ Stattdessen werden entweder die Mehrkosten einer Ersatzbeschaffung oder ein (entgangener) Weiterveräußerungsgewinn als Schaden eingeordnet.³⁹² Die Bewertung der Kaufsache steht erst wieder im Zentrum der Begründung für eine ausnahmsweise „abstrakte“ Schadensberechnung.³⁹³ Diese Berechnungsform wird von den §§ 249 ff. BGB losgelöst und ist als eine (materiellrechtliche) Ausnahme zur Differenzhypothese konzipiert. Die-

³⁸⁹ Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), § 325 Rn. 31f.; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 36 I 4 (S. 180); Soergel/Benicke/Hellwig (13. Auflage 2014), § 281 Rn. 245; Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019) § 280 E 42 (mit Beispieldfall); Bamberger/Roth/Lorenz (4. Auflage 2019), § 281 Rn. 37; MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 14; MüKo/Ernst (8. Auflage 2019), § 325 Rn. 6; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 281 Rn. 18. Aus der Rspr. BGH NJW 1983, 1605; NJW 1994, 2480.

³⁹⁰ Die Frage der Rückabwicklung einer *bereits erbrachten* Gegenleistung ist hiervon zu unterscheiden: Eine solche erfolgt nach hier vertretener Ansicht allein im Wege des Rücktrittsfolgenrechts, hierzu § 5 E.I.1. bei Fn. 377.

³⁹¹ Demgegenüber zu Recht für einen Zusammenhang der Differenztheorie zur Schadensberechnung Keuk, Vermögensschaden und Interesse (1972), 114f.; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 89, 91, 93; Huber, Leistungsstörungen Band II (1999), § 38 I 1 (S. 232); ders., AcP 210 (2010), 319, 335ff.; andeutungsweise MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 14; besonders deutlich Flume, AcP 215 (2015), 282, 325f.; noch expliziter ders., Marktaustausch (2019), 171f.

³⁹² Hierzu § 3 B.

³⁹³ Hierfür die Nachweise in Fn. 162.

ses Vorgehen lässt wiederum – wie bereits beim Anspruch des Verkäufers – offen, ob die §§ 249, 251 BGB zur Bewertung der Kaufsache geeignet sind.

II. Anspruch des Käufers

Um den §§ 249 ff. BGB Aussagen zur Bemessung des käuferseitigen Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung zu entnehmen, stehen zwei verschiedene Interpretationen dieser Vorschriften zur Verfügung. Eine *erste Interpretation* wendet die §§ 249, 251 BGB, ungeachtet ihrer Ausrichtung an der Haftung für Einbußen, für die Abgrenzung der Mehrkosten eines Deckungskaufs (§ 249 BGB) vom am Veräußerlichkeitswert (§ 251 BGB) der Kaufsache ausgerichteten Geschäftsgewinn tatsächlich an.³⁹⁴ Auch die Beantwortung der Frage, ob Deckungskosten unabhängig von deren tatsächlichem Anfall ersetzt werden können, und wie bejahendenfalls ein solchermaßen „abstrakter“ Ersatz von tatsächlich anfallenden Deckungskosten abgegrenzt werden kann, würde bei dieser Interpretation an § 249 II BGB angeknüpft werden.

Eine *zweite Interpretation* der §§ 249 ff. BGB³⁹⁵ löst sich von deren konkretem Normenbestand der §§ 249 ff. BGB und erkennt stattdessen der Differenzhypothese, ungeachtet deren Ausrichtung an der Haftung für Einbußen, die Funktion als maßgebliches Instrument der schadensrechtlichen Anspruchsbemessung zu.³⁹⁶ Freilich öffnet sich das dogmatische Institut der Differenzhypothese zugunsten einer Vielzahl potentieller Ersatzzustände im Vermögen des Vertragsgläubigers. Vor diesem Hintergrund bedarf insbesondere deren Leistungsfähigkeit zur Abgrenzung verschiedener Ersatzzustände einer kritischen Analyse.³⁹⁷

1. Ordnungsfunktion der §§ 249, 251 BGB: Deckungsgeschäft als Herstellungsmaßnahme

Voraussetzung dafür, den §§ 249, 251 BGB eine Ordnungsfunktion über den Ersatzumfang des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung zukommen zu lassen, ist, dass § 249 BGB auf den Wiederbeschaffungswert, § 251 BGB da-

³⁹⁴ Hierzu § 5 E. II. 1.–4.

³⁹⁵ Hierzu § 5 E. II. 5.

³⁹⁶ Hierzu die Nachweise in Fn. 118f.

³⁹⁷ Eine *dritte Interpretation* ist allenfalls theoretisch denkbar: Ließe man § 249 I, II BGB mit der allgemeinen Meinung unangewendet, versuchte jedoch (anstatt eines unmittelbaren Rekurses auf die Differenzhypothese und das Dogma vom Ersatz eines „konkreten“ Vermögensschadens) die Beantwortung der drei grundlegenden Fragen aus § 251 BGB abzuleiten, fehlte – auf Grundlage der Systematik der §§ 249, 251 BGB als zweier abgegrenzter Ersatzrichtungen, hierzu § 5 B. III. 2. a) und b) – eine Grundlage für den Ersatz von Deckungskosten; es könnte lediglich noch ein anhand des § 251 I BGB bemessener Zeitwert nach dem Veräußerungsmarktpreis von einem nach § 252 BGB entgangenen Gewinn anhand eines konkret vereinbarten Weiterveräußerungspreises abgegrenzt werden, hierzu § 5 B. III. 2. c).

gegen auf den Veräußerlichkeitswert („Zeitwert“)³⁹⁸ gerichtet ist.³⁹⁹ Auf Grundlage der allgemein konsentierten Prämisse, dass im Zuge des (käuferseitigen) Anspruchsverlangens i. S. d. § 281 IV BGB jedenfalls bei gleichzeitiger Erklärung des Rücktritts die *beiderseitigen* Leistungspflichten entfallen,⁴⁰⁰ wäre freilich jeweils noch der vom Käufer (ursprünglich) geschuldete Kaufpreis in Abzug zu bringen. Der Abzug des Kaufpreises vom Wiederbeschaffungswert ergibt die Mehrkosten eines Deckungsgeschäftes, der Abzug des Kaufpreises vom Zeitwert den im Zuge einer Weiterveräußerung erzielbaren Geschäftsgewinn.

Die Abgrenzung der beiden Beträge – die erste grundlegende Frage der Anspruchsbemessung – richtete sich nach dem Tatbestand des § 251 I BGB. Eine Abstraktion des Mehraufwandes für ein Deckungsgeschäft von dessen tatsächlichem Anfall – die zweite grundlegende Frage der Anspruchsbemessung – wäre nach Maßgabe des zu § 249 II BGB entwickelten Grundsatzes der Dispositionsfreiheit möglich. Hiernach richtete sich auch – als dritte grundlegende Frage der Anspruchsbemessung – die Abgrenzung eines solchermaßen „abstrakt“ bemessenen Betrages zu den Mehrkosten eines tatsächlich angefallenen Deckungskaufs.

2. Abgrenzung von Deckungskosten und entgangenem (Weiterveräußerungs-)Gewinn

Die erste grundlegende Frage der Anspruchsbemessung ist, ob der Käufer auf die Mehrkosten eines Deckungskaufs beschränkt ist, oder stattdessen den Betrag eines ihm entgehenden Weiterveräußerungsgewinns verlangen kann. Entweder erhielte K den Unterschiedsbetrag des Kaufpreises (500 Euro) und dem zwischenzeitlichen Markteinkaufspreis (800 Euro) oder den (darüber hinausgehenden) Unterschiedsbetrag des Kaufpreises (500 Euro) und dem Weiterveräußerungsmarktpreis (900/1.000 Euro). Im erstgenannten Fall ist K dazu angehalten, sich ersatzweise einzudecken, um einen Weiterveräußerungsgewinn hiermit noch erzielen zu können; im zweitgenannten Fall kann K ohne eine Ersatzbeschaffung und anschließende Weiterveräußerung auf den hiermit verbundenen Gewinn zugreifen. Nachdem allgemein anerkannt ist, dass K jedenfalls dazu berechtigt ist, die Mehrkosten eines Deckungskaufs zu verlangen,⁴⁰¹ stellt sich das Konkurrenzproblem zum entgangenen Gewinn in praktischer Hinsicht nur, wenn hiermit für K ein Mehrbetrag verbunden ist. In Handelsketten ist dies regelmäßig der Fall, da der Käufer auf unterschiedliche Marktstufen Zugriff hat.⁴⁰²

³⁹⁸ Zu diesem Begriff Fn. 281.

³⁹⁹ Hierzu § 5 B. III. 2.

⁴⁰⁰ Hierzu § 5 E. I. 1. und Nachweise in Fn. 372.

⁴⁰¹ Hierzu die Nachweise in Fn. 126.

⁴⁰² Flume, Marktaustausch (2019), 75 f.; zu den unterschiedlichen Marktstufen § 4 A.

Deckungskosten und entgangener (Vertrags-)Gewinn können auf Grundlage der §§ 249, 251 BGB voneinander abgegrenzt werden, wenn die hierin enthaltene Differenzierung zwischen restitutiver (§ 249 BGB) und kompensatorischer (§ 251 BGB) Ersatzleistung auf das im Nichterfüllungsfall aufgeworfene Konkurrenzverhältnis von Deckungsgeschäft und Gewinnentgang übertragen werden kann.

a) Regelmäßiges Wertverhältnis von Restitution und Kompensation

Für den verletzten Eigentümer eines marktgängigen und nicht kommerziell genutzten (Gebrauchs-)Gegenstandes des Privatvermögens liegt der Wiederbeschaffungswert regelmäßig⁴⁰³ oberhalb des Zeitwertes. Dies hängt mit dem Phänomen unterschiedlicher Marktstufen zusammen.⁴⁰⁴ Hiernach hat die Privatperson regelmäßig keinen Zugang zum Händlermarkt, weshalb der für sie „geltende“ Wiederbeschaffungswert *in Höhe der Händlerspanne* über dem Zeitwert liegt.⁴⁰⁵ Dieses tatsächliche Wertverhältnis von Wiederbeschaffung und Veräußerung deckt sich mit System und *telos* der §§ 249, 251 BGB. Dem Verletzten ist die erlittene Einbuße *primär* im Wege der Naturalrestitution nach § 249 BGB zu ersetzen.

Dem Eigentümer ist hiernach im Falle der Zerstörung einer Sache primär der Wiederbeschaffungsaufwand und nur subsidiär der Vermögenswert zu ersetzen, der für ihn mit dem Innehaben der Sache (aufgrund der Möglichkeit zu deren Veräußerung) einhergeht. Der Vorrang der Naturalrestitution vor der Kompensation wirkt *zugunsten des Verletzten*, als Privilegierung des Ersatzgläubigers.⁴⁰⁶ *Herstellungskosten* sind ihm – bis zur in § 251 II BGB festgelegten Grenze der Unverhältnismäßigkeit – zu ersetzen, obwohl sie den *Veräußerlichkeitswert* der Sache überschreiten.⁴⁰⁷ Im Falle der Beschädigung einer Sache besteht dasselbe

⁴⁰³ Unzutreffend daher *Haug*, VersR 2000, 1329, 1335; *ders.*, NZV 2003, 545, 552 in Fn. 113.

⁴⁰⁴ Hierzu bereits § 4 A. mit Nachweisen in Fn. 212.

⁴⁰⁵ *Giesen*, NJW 1979, 2065, 2068 („Wiederbeschaffungszuschlag“); *Halfpap*, Der entgangene Gewinn (1999), 61 ff.; *Bamberger/Roth/Flume* (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 90.

⁴⁰⁶ So letztlich auch *Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 46 ff. mit ausführlicher Begründung *ebd.*, 51 ff., insb. 52, welche freilich die Restitution einer *beschädigten* Sache, d.h. eine Reparatur und nicht eine Wiederbeschaffung, mit dem Ersatz des Zeitwertes vergleicht; zurückhaltender *Medicus*, JuS 1969, 449, 450; *Staudinger/Höpfner* (Neubearbeitung 2021), § 251 Rn. 16.

⁴⁰⁷ Hierzu plastisch *Medicus*, JuS 1969, 449, 450, nach dem „der Geschädigte (...) nicht gezwungen sein (soll), das betroffene Rechtsgut gleichsam an den Schädiger zu „verkaufen““. Ein (solches) Rangverhältnis von Restitution und Kompensation wird teilweise bestritten, insb. *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 1, anders freilich § 249 Rn. 320; zurückhaltender *Bamberger/Roth/Flume* (4. Auflage 2019), § 251 Rn. 2.

Kein Unterschied zwischen den beiden Werten besteht freilich unter der Voraussetzung, dass der nach § 251 BGB geschuldete Betrag – verfehlt (hierzu § 5 B.III.2.b.) – mit den Wiederbeschaffungskosten identifiziert wird, so denn auch *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 18.

Wertverhältnis auch zwischen einer hiervon ausgelösten Einbuße im Veräußerlichkeitswert und etwaigen Reparaturaufwendungen (§ 249 BGB).⁴⁰⁸

Beim nicht belieferten Käufer, der in einer Handelskette steht und beabsichtigt, die Kaufsache (seinerseits) weiterzuveräußern, liegt dagegen der *Deckungsaufwand* (Einkaufspreise oder Herstellungskosten) – spiegelbildlich zur eben beschriebenen Relation – regelmäßig *unterhalb* des an einer *Weiterveräußerung* ausgerichteten *Gewinnentgangs*.⁴⁰⁹ Anders als der Haftungsschuldner gegenüber dem (verletzten) Sacheigentümer hat folglich der Verkäufer gegenüber dem (nicht belieferten) Käufer ein Interesse daran, ihn auf eine Wiederbeschaffung zu verweisen anstatt ihm einen Weiterveräußerungsgewinn (und damit den Zeitwert abzüglich des Kaufpreises) zu ersetzen. Der Vorrang der Naturalrestitution wirkte angesichts des umgekehrten Wertverhältnisses *zugunsten des ersatzpflichtigen Verkäufers*: Der *Ersatzanspruch* des Käufers würde, solange nicht die Voraussetzungen des § 251 BGB vorliegen, auf die Mehrkosten eines Deckungsgeschäftes begrenzt. Der Vorrang der Herstellungsperspektive des § 249 BGB diente nicht weiter dem Interesse des Ersatzgläubigers, sondern des -schuldners.

b) Vorrang des Deckungsgeschäftes als Vorrang der Naturalrestitution?

Eine solche Begrenzung auf die Herstellungsperspektive scheint im Wortlaut der §§ 249, 251 BGB durchaus angelegt. Solange nicht die Naturalrestitution den Ersatzschuldner nach § 251 II BGB unverhältnismäßig belastet – was ausgeschlossen ist, wenn die Aufwendungen zur Naturalrestitution gerade unterhalb des im Wege des Wertersatzes anzusetzenden Veräußerlichkeitswertes liegen –, steht die Ersatzrichtung des Wertersatzes unter der alternativen Voraussetzung entweder der Unmöglichkeit (§ 251 I Alt. 1 BGB) oder des Ungenügens der Naturalrestitution zur Entschädigung des Ersatzgläubigers (§ 251 I Alt. 2 BGB).

Angesichts der bei marktgängigen Waren bestehenden Möglichkeit einer Ersatzbeschaffung scheidet der Tatbestand des § 251 I Alt. 1 BGB zur Abgrenzung von Deckungskauf und Weiterveräußerungsgewinn aus. Die Gewährung von Wertersatz, das heißt nach Abzug des Kaufpreises der Ersatz des Weiterveräußerungsgewinns, hinge gem. § 251 I Alt. 2 BGB davon ab, ob der Ersatz der Mehr-

⁴⁰⁸ Zu diesem Wertverhältnis *Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 52 f. Die Reparaturkosten liegen regelmäßig (zu einer ausnahmsweise abweichenden Konstellation BGH NJW 2013, 1151, 1152 am Beispiel der Umsatzsteuer) oberhalb des Wiederbeschaffungsaufwandes (der seinerseits in der Regel oberhalb der Einbuße im Zeitwert liegt, s. oben im Text); zu den Wertgrenzen, bis zu denen Reparaturkosten auch über den Wiederbeschaffungsaufwand hinaus ersetzt werden, *Haug*, VersR 2000, 1471, 1478 (explizit in Fn. 172); *ders.*, NZV 2003, 545, 547 in Fn. 40; für eine anschauliche Zusammenfassung zum Stand der Rechtsprechung *Bamberger/Roth/Flume* (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 214 ff. m.w.N.; im Überblick auch *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 41, 43 m.w.N.

⁴⁰⁹ Hierzu § 4 A.

kosten eines Deckungskaufs zur Entschädigung des Käufers „nicht genügend“ ist.⁴¹⁰ Der Vorrang der Naturalrestitution nach der Systematik der §§ 249, 251 BGB wäre eine Grundlage dafür, eine grundsätzliche Beschränkung des Käufers auf den Mehraufwand eines Deckungsgeschäftes zu rechtfertigen.⁴¹¹

c) § 251 I Alt. 2 BGB keine Grundlage für das Konkurrenzverhältnis

Gegen die Einordnung des § 251 I Alt. 2 BGB als normative Grundlage für den vorrangigen Ersatz der Mehraufwendungen eines Deckungskaufs sprechen die drei folgenden Gründe.

Erstens widerspricht eine solche *Begrenzungsfunktion* dem Normzweck des § 251 I Alt. 2 BGB. § 251 I BGB enthält zwei Tatbestände, die – im Gegensatz zu § 251 II BGB⁴¹² – dem Schutz des *Ersatzgläubigers* dienen.⁴¹³ Dieser Schutzintention liegt die Vorstellung zugrunde, dass ein bloßer Wertersatz die Interessen des Geschädigten nur unvollständig berücksichtigen würde.⁴¹⁴ Das Gesetz geht von einem vorrangigen Interesse des Geschädigten am Erhalt seiner Güter aus. Ist die Naturalrestitution „nicht möglich“, muss es einen alternativen Weg geben, um die entstandene Einbuße zu beseitigen. Der Verletzte erhielte ansonsten weder restitutorischen (§ 249 BGB) noch kompensatorischen (§ 251 BGB) Ersatz. Ist die Naturalrestitution „nicht genügend“, stellt sich das gleiche Problem in einer lediglich reduzierten Form: Fehlte die Rechtsfolge des Wertersatzes, bliebe der Schutz des Ersatzgläubigers zumindest unvollständig. Zwar ist der Eigentümer einer beschädigten oder zerstörten Sache im Regelfall besser geschützt, wenn ihm die Reparaturkosten oder jedenfalls der Wiederbeschaffungsaufwand

⁴¹⁰ Hierfür explizit *Riehm*, GS Unberath (2015), 363, 372; ähnlich *Dauner-Lieb*, FS Christian Huber (2020), 97, 114f.

⁴¹¹ In diesem Sinne explizit *Riehm*, Naturalerfüllung (2015), 398. Auch *Riehm* verkennt freilich die grundsätzliche Verschiedenheit der Bemessung des Wertes einer Sache nach § 249 BGB einerseits und § 251 BGB andererseits (hierzu § 5. B.III.2.a) und b)), wenn er behauptet, „der Marktwert der fehlenden Leistung, der nach § 251 BGB zu ersetzen wäre, besteht typischerweise gerade in den Kosten eines Deckungsgeschäfts“, *ebd.*, 397, wenn auch mit Hervorhebung gewisser Unterschiede auf S. 397f., zu letztem auch *ebd.*, 23 mit Verweis in Fn. 25. Mit klarer Trennung demgegenüber *ders.*, GS Unberath (2015), 363, 372, wenn auch ohne genauere Zuordnung der unterschiedlichen Bemessungsformen zu den §§ 249, 251 BGB. Wiederum anders *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 739.

⁴¹² Explizit *Benicke*, JuS 1994, 1004, 1005 („§ 251 enthält dabei zwei vollständig verschiedene Regelungen, wann Ersatz des Vermögensschadens zu leisten ist.“); *Staudinger-Eckpfeiler/Vieweg/Lorz* (Neubearbeitung 2020), I (Schadensersatzrecht) Rn. 43; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil (19. Auflage 2021), § 43 Rn. 5; *Medicus/Lorenz* (22. Auflage 2021), § 51 Rn. 21; *MüKo/Oetker* (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 2.

⁴¹³ Zu beiden Tatbestandsalternativen des § 251 BGB in diesem Sinne *Benicke*, JuS 1994, 1004, 1005.

⁴¹⁴ So auch *Jaggy*, Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB (2001), 44.

ersetzt werden, als wenn ihn § 251 BGB auf den (darunter liegenden)⁴¹⁵ Veräußerlichkeitswert der Sache verweist. Reicht jedoch im Einzelfall die Naturalrestitution zur vollständigen Entschädigung des Ersatzgläubigers nicht aus, muss sie um einen Wertersatz *ergänzt* werden. In Einklang von Wortlaut und Normzweck des § 251 I Alt. 2 BGB geht es nicht darum, ob die Naturalrestitution dem Geschädigten zu genügen hat, sondern darum, ob sie ihm für einen vollständigen Ersatz ausnahmsweise nicht genügt. Angewendet auf den Anspruch des Käufers käme § 251 I Alt. 2 BGB dagegen die umgekehrte Funktion zu, den Anspruchs-
inhalt zum Schutz des Verkäufers – gegen das Interesse des ersatzberechtigten Käufers – zu begrenzen. Der *Ersatzschuldner* hat aber kein schadensrechtlich geschütztes „Recht zur Naturalrestitution“; diese dient allein dem Integritätsinteresse des Rechtsgutsinhabers.

Zweitens fehlt dem Tatbestand der „nicht genügenden“ Restitution eine *inhaltlich präzise Begründung* dafür, warum der Käufer auf die Mehrkosten eines Deckungskaufs beschränkt sein soll; es fehlt ein inhaltlicher Maßstab zur Abgrenzung von Deckungsgeschäft und Gewinnentgang. Ein nach § 249 BGB bemesse-
ner Ersatz ist „ungenügend“, wenn trotz Restitution eine Vermögenseinbuße beim Verletzten verbliebe.⁴¹⁶ Ein solches Zurückbleiben der Restitution hinter der Maxime des vollständigen Ausgleichs lässt sich am jeweils einzelnen Fall bewerten. Ob der Käufer dazu angehalten ist, die ausbleibende Kaufsache im Wege eines Deckungskaufs ersatzweise zu beschaffen oder stattdessen unmittelbar den an einer Weiterveräußerung ausgerichteten Gewinnentgang geltend machen kann, ist eine strukturell anders gelagerte Frage. Es ginge nicht mehr um die Güte der Restitution im Einzelfall, sondern um die vorgelagerte Frage, ob sich der Käufer *überhaupt* auf eine Restitution „einlassen“ muss. Bei einer Anwendung zum Zwecke der Begrenzung des käuferseitigen Anspruchs auf die Mehrkosten eines Deckungskaufs wäre § 251 I Alt. 2 BGB lediglich ein normativer Anknüpfungspunkt für eine außerhalb des Tatbestandes anzustellende Wertung.⁴¹⁷

Drittens stünde nach einer Abgrenzung anhand des § 251 I Alt. 2 BGB weiterhin der Tatbestand des § 252 S. 1 BGB im Raum.⁴¹⁸ Hiernach umfasst der zu ersetzende Schaden auch den Betrag eines dem Geschädigten entgangenen Gewinns. Das Abgrenzungsproblem verlagerte sich mithin an die Grenze zwischen

⁴¹⁵ Hierzu § 5 E. II. 2. a).

⁴¹⁶ Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), § 251 Rn. 12; Bamberger/Roth/Flume (4. Auflage 2019), § 251 Rn. 21; MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 13, 26; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 251 Rn. 4.

⁴¹⁷ Anders Riehm, GS Unberath (2015), 363, 373 („Vorteil höherer Präzision und besserer Übereinstimmung mit der schadensrechtlichen Regelungssystematik“).

⁴¹⁸ So stützt denn auch *ders.*, GS Unberath (2015), 363, 372 den von ihm behaupteten Vorrang des Deckungsgeschäftes ausschließlich auf das Verhältnis des § 251 I Alt. 2 BGB zu § 249 BGB; *ders.*, Naturalerfüllung (2015), 23, 26 sowie 398; in der Sache hält *Riehm* freilich bei Kaufleuten den Betrag eines Weiterveräußerungsgewinns weiterhin für ersatzfähig, *ders.*, GS Unberath (2015), 363, 374.

einem an § 249 II S. 1 BGB ausgerichteten Ersatz der Mehrkosten eines Deckungskaufs und einem auf § 252 S. 1 BGB gestützten Ersatz entgangenen Gewinns. Dies liegt daran, dass sich die Perspektiven des Wertersatzes nach § 251 BGB einerseits und des Gewinnentgangs i. S. d. § 252 S. 1 BGB andererseits in Hinblick auf den Marktwert einer Sache überschneiden.⁴¹⁹

d) Ein möglicher Einwand: Ausnahmsweise umgekehrtes Wertverhältnis

Auch im (außervertraglichen) Anwendungsbereich der substanzbeeinträchtigenden Eigentumsverletzung wird vereinzelt darüber diskutiert, den – schuldnerbegünstigenden – Vorrang der Naturalrestitution in eine – gläubigerbegünstigende – Begrenzung auf die Naturalrestitution „umzukehren“; es sind dies Fälle, in denen die nach § 249 BGB zu ersetzenen Wiederbeschaffungskosten den nach § 251 BGB zu ersetzenen Zeitwert *unterschreiten*.⁴²⁰ Ein solches Wertverhältnis besteht namentlich bei der Haftung gegenüber Händlern.⁴²¹ Auch in derartigen Konstellationen ist die Abgrenzungsleistung der §§ 249, 251 BGB nicht dafür geeignet, den Eigentümer auf die Kosten einer Wiederbeschaffung (als Entsprechung zum Deckungsgeschäft) zu begrenzen.

Diese Konstellationen sind jedoch mit der Nichterfüllung des Verkäufers nicht vergleichbar. Der in §§ 249, 251 BGB enthaltene Vorrang der Naturalrestitution entfaltet *in aller Regel* Schutzwirkung zugunsten des verletzten Sacheigentümers. Fälle, in denen sich eine Bemessung des Ersatzanspruchs nach dem Wiederbeschaffungsaufwand zu dessen Nachteil auswirkt, haben – jedenfalls in der dogmatischen Analyse des Schadensrechts – Ausnahmeharakter.⁴²²

⁴¹⁹ Hierzu § 5 B. III. 2. c).

⁴²⁰ Für eine Begrenzung des geschädigten Händlers auf den Einkaufspreis BGH NJW 1965, 1756f.; BGH NJW-RR 2009, 103, 104, indes mit der Option, den Gewinnentgang aus einem Verkaufsgeschäft nach § 252 BGB geltend zu machen; Bamberger/Roth/*Flume* (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 90; ebenso MüKo/*Oetker* (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 22 m.w.N. aus der Rspr.; ausführliche Diskussion bei *Halfpap*, *Der entgangene Gewinn* (1999), 61 ff. m.w.N., freilich auf Grundlage der unzutreffenden Prämisse, dass sich das Wertinteresse i. S. d. § 251 BGB nach dem *Wiederbeschaffungswert* richtet, hierzu § 5 B. III. 2. a) und b).

⁴²¹ BGH NJW 1965, 1756f.; BGH NJW-RR 2009, 103, 104; explizit Bamberger/Roth/*Flume* (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 90.

⁴²² Zum Stufenverhältnis von Naturalrestitution und Kompensation § 5 B. III. 2. und § 5 E. II. 2. a). Auch diejenigen, die abweichend zur hier vertretenen (§ 5 B. III. 2. a)) Ansicht den Ersatz i. S. d. § 251 BGB nach den Kosten einer Ersatzbeschaffung bemessen (§ 5 B. III. 2. b)), legen (i. d. R. gerade zur Begründung dieser abweichenden Ansicht) zugrunde, dass die Kosten der Wiederbeschaffung für den Ersatzschuldner teurer sind als der Ersatz der Einbuße im Zeitwert und er insofern zu schützen sei, *Halfpap*, *Der entgangene Gewinn* (1999), 60 f., insb. 61; *Koller*, 50 Jahre Bundesgerichtshof (2000), 181, 205 f.; MüKo/*Oetker* (9. Auflage 2022), § 251 Rn. 18; vgl. im Übrigen noch die Nachweise in Fn. 284.

Innerhalb der vertraglichen Haftung auf Schadensersatz statt der Leistung ist es umgekehrt. Der am Veräußerlichkeitswert der Kaufsache ausgerichtete Gewinnentgang überschreitet in aller Regel die am Wiederbeschaffungswert ausgerichteten Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts. Wenn der Käufer gewerblich handelt, ergibt sich dies bereits aus dem Zugang zu unterschiedlichen Handelsstufen. Wenn er nicht gewerblich weiterveräußert, wird er häufig gar keinen Gewinnentgang geltend machen, weil er eine Weiterveräußerung nicht plant. War eine Weiterveräußerung vorgesehen, wird er einen mit dem Scheitern eines solchen Geschäftes einhergehenden Gewinnentgang nur geltend machen, wenn dieser Betrag den Mehraufwand für ein Deckungsgeschäft überschreitet. Das Konkurrenzverhältnis von Deckungsgeschäft und Gewinnentgang (als erste grundlegende Frage der Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der Leistung) ist mithin – sowohl beim gewerblich als auch beim nicht gewerblich handelnden Käufer – in praktischer Hinsicht überhaupt nur aufgeworfen, wenn der mit einer Weiterveräußerung verknüpfte Gewinnbetrag die Mehrkosten eines Deckungskaufs überschreitet; die entscheidende Frage ist gerade, ob der Käufer anstelle der Mehrkosten eines Deckungskaufs einen *dariüber liegenden* Gewinnentgang geltend machen kann. Liegt der Gewinnentgang hingegen (ausnahmsweise) unterhalb der Mehrkosten, wird sich der Käufer auf die allgemein anerkannte Ersatzfähigkeit der Deckungsaufwendungen beschränken. Für das demnach entscheidende Wertverhältnis von geringerem Deckungsaufwand und darüber liegendem Gewinnentgang ist jedoch die Abgrenzungsleistung der §§ 249, 251 BGB gerade nicht geeignet.

3. Abstrakter Ersatz von Deckungskosten

Die zweite grundlegende Frage der Anspruchsbemessung ist, ob Deckungskosten auch abstrakt, das heißt unabhängig von tatsächlich anfallenden Mehrkosten, ersetzt werden können. Bei Anwendung eines Gesamtvermögensvergleichs wirkt sich die Nichtleistung des Verkäufers – vorbehaltlich eines dem Käufer entgegenen Gewinns aus einer Weiterveräußerung⁴²³ – erst vermögensmindernd aus, wenn er sich die Kaufsache ersatzweise beschafft: Erst zu diesem Zeitpunkt kann sich realisieren, dass der (Markt-)Preis eines Deckungskaufs den vereinbarten Kaufpreis überschreitet, der im Kaufvertrag vereinbarte Preis mithin für den Käufer „günstiger“ ist.

Im Beispieldfall K entweder den Unterschiedsbetrag des Kaufpreises (500 Euro) zum zwischenzeitlichen Markteinkaufspreis (800 Euro) i. H. v. 300 Euro ersetzt, unabhängig davon, ob er sich ersatzweise eindeckt, oder nur einen tatsächlich angefallenen Unterschiedsbetrag des Kaufpreises zum höheren Preis eines Deckungskaufs.

⁴²³ Hierzu § 3 B. und § 3 C.I.1.

a) Dispositionsfreiheit des geschädigten Sacheigentümers

Bei einer Anwendung der §§ 249, 251 BGB wird die Frage nach der Abstraktion des Ersatzbetrages von dessen tatsächlichem Anfall bereits von den beiden hierin enthaltenen Ersatzrichtungen selbst beantwortet. Der nach § 251 BGB zu ersetzende Veräußerlichkeitswert einer Sache ist *per definitionem* davon unabhängig, ob der Geschädigte diesen Wert bereits vor dem haftungsbegründenden Ereignis realisiert hat.⁴²⁴ Vergleichspunkt für die Ersatzfähigkeit von Deckungskosten ist freilich – auf Grundlage der Prämisse, dass §§ 249, 251 BGB zwei voneinander abgegrenzte Ersatzrichtungen enthalten⁴²⁵ – nicht der Ersatz des Veräußerlichkeitswertes nach § 251 BGB; die Parallele zu den Deckungskosten des Käufers ist der einem verletzten Sacheigentümer zu ersetzende Wiederbeschaffungsaufwand.

Im Anwendungsbereich der (außervertraglichen) Haftung für Einbußen richtet sich die Ersatzfähigkeit eines von der tatsächlichen Vornahme unabhängigen Ersatzes von Herstellungsaufwendungen nach dem schadensdogmatischen Institut der *Dispositionsfreiheit*. Hierach können die Herstellungskosten (innerhalb bestimmter Grenzen) unabhängig davon ersetzt werden, ob sie tatsächlich – in der geltend gemachten Höhe – beim Geschädigten angefallen sind. Bei der Ersatzfähigkeit „fiktiver“ Herstellungskosten handelt es sich um eine Rechtsfrage, die auch im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 249 II BGB umstritten ist.⁴²⁶ Die Begründung der Dispositionsfreiheit für sich genommen ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Inwiefern sich diese als Bestandteil der §§ 249 ff. BGB begründen lässt, bedarf deshalb keiner eigenen Untersuchung.⁴²⁷ Es kommt allein darauf an, ob sich der schadensdogmatische Grundsatz der Dispositionsfreiheit

⁴²⁴ Hierzu § 5 B.III.2. c).

⁴²⁵ Hierzu § 5 B.III.2.

⁴²⁶ Einen Überblick mit vielen Nachweisen zum Streitstand gibt *Toussaint*, Naturalherstellung und Geldentschädigung (1992), 151 f.

⁴²⁷ Zu den Argumenten für eine dem Geschädigten zukommende Dispositionsfreiheit im Überblick *ebd.*, 154 ff.; eingehende Kritik am Grundsatz der Dispositionsfreiheit bei *Picker*, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 78 ff. sowie *ebd.*, 98 ff. (spezifisch zu den Kosten einer Ersatzbeschaffung); *Honsell/Harrer*, JuS 1985, 161, 162 ff. (spezifisch zu den Kosten einer Ersatzbeschaffung mit explizitem Rekurs auf unterschiedliche Märkte und abstrakte Schadensberechnung *ebd.*, 164 f.). Aus der Rspr. BGH NJW 1975, 160, 161; NJW 1976, 1396 (Grundsatzentscheidung des VI. Senats zum Anspruch auf Wiederherstellungskosten trotz Veräußerung eines KfZ); dagegen zunächst BGH NJW 1982, 98 (V. Senat für dieselbe Konstellation bei Grundstücken), mittlerweile freilich für fiktiven Ersatz BGH NJW 2001, 2250 (wenn auch mit Einschränkungen); BGH NJW 1987, 645, 646 (Grundsatzentscheidung des VII. Senats für das Werkvertragsrecht: keine Anwendung des § 249 S. 2 BGB a.F., dennoch Dispositionsfreiheit als „allgemeiner“ Grundsatz des Schadensrechts, wobei freilich die Begründung des VI. Senats aus BGH NJW 1976, 1396, 1397 nahezu wörtlich übernommen wurde).

dafür eignet, den Ersatz von „abstrakten“, tatsächlich nicht angefallenen *Deckungskosten* zu rechtfertigen.⁴²⁸

Die Dispositionsfreiheit hat die Abgrenzung der beiden Restitionsalternativen Reparatur und Wiederbeschaffung zueinander sowie die Abgrenzung eines abstrakt (nach Durchschnittspreisen) bemessenen zu einem konkret anfallenden Reparaturaufwand zum Gegenstand. Innerhalb dieser (mehrstufigen) Abgrenzung hat der Betrag des Wiederbeschaffungsaufwandes die Funktion einer Untergrenze des Ersatzes.⁴²⁹ Zwar gilt etwas anderes, wenn die Reparatur ausnahmsweise günstiger ist als eine Wiederbeschaffung: In diesem Fall werden dem Geschädigten grundsätzlich nur die Reparaturkosten ersetzt.⁴³⁰ Gegenstand der Dispositionsfreiheit ist jedoch allein die (umgekehrte) Frage, ob der verletzte Sacheigentümer, mit Rücksicht auf ein besonderes Integritätsinteresse an gerade der ihm gehörenden Sache, Anspruch auf den Ersatz eines über den Wiederbeschaffungsaufwand hinausgehenden Betrages von Reparaturkosten hat.⁴³¹

In Bezug auf den Wiederbeschaffungsaufwand selbst wird hingegen regelmäßig nicht diskutiert, ob dem verletzten Sacheigentümer Dispositionsfreiheit zukommt.⁴³² Insofern ist freilich ebenso die Frage aufgeworfen, ob nicht auch der Ersatz dieser Restitionskosten davon abhängt, dass der Sacheigentümer sein Restitionsinteresse in einer konkret vorgenommenen Wiederbeschaffung tatsächlich betätigt.⁴³³ Indem dem verletzten Eigentümer der Wiederbeschaffungsaufwand ersetzt wird, obwohl er tatsächlich keine Wiederbeschaffung vornimmt, erhält er mehr ersetzt als bei einem Ersatz des nach § 251 BGB geschuldeten Veräußerlichkeitswertes: Während sich der Wiederbeschaffungsaufwand des § 249 II BGB auf die Differenz des Restwertes zum *Wiederbeschaffungswert* richtet, beschränkt sich die Geldentschädigung des § 251 BGB auf die Differenz des Restwertes zum *Veräußerlichkeitswert* („Zeitwert“)⁴³⁴. Beide Bezugswerte

⁴²⁸ Für den „kleinen“ Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung entspricht dies der Argumentation des BGH für das Kaufrecht, BGH ZIP 2020, 1073, 1079 f. (Rn. 44, 46, 50 f.), wenn auch § 249 II BGB selbst für unanwendbar gehalten wird, *ebd.* (Rn. 15 ff.). Die mangelhafte Leistungserbringung ist indes nicht Gegenstand dieser Arbeit.

⁴²⁹ Wellner, NJW 2012, 7, 8 ff. (zusammenfassend *ebd.*, 13); anschaulich die Graphik bei Bamberger/Roth/Flume (4. Auflage 2019), § 249 nach Rn. 173; ausführlich Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 249 Rn. 24 f.; s. auch Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), § 249 Rn. 223.

⁴³⁰ Wellner, NJW 2012, 7, 9; zur wiederum hiervon gemachten Rückausnahme im Fall des „unechten Totalschadens“ Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 249 Rn. 23.

⁴³¹ Hierzu die Nachweise in Fn. 429.

⁴³² Für den Restwert als Ausschnitt des Wiederbeschaffungsaufwandes s. freilich Haug, VersR 2000, 1471, 1479 f.

⁴³³ Picker, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 108 f.

⁴³⁴ Zum Begriff Fn. 281.

fallen (in der Regel) unterschiedlich hoch aus, weil zwischen ihnen die Händlerspanne liegt.⁴³⁵

Die fehlende Diskussion über eine dem verletzten Sacheigentümer über den Wiederbeschaffungsaufwand zukommende Dispositionsfreiheit liegt (wohl) darin begründet, dass die nach § 251 BGB geschuldete Entschädigung nach weit verbreiteter Ansicht ebenfalls nach den Wiederbeschaffungskosten bemessen wird.⁴³⁶ Eine solche Interpretation des § 251 BGB kann freilich nicht zugrunde gelegt werden, wenn es gerade darum geht, §§ 249, 251 BGB *voneinander abzugrenzen*. Dies ist nur möglich, wenn die beiden Vorschriften auf unterschiedliche Beträge gerichtet sind.⁴³⁷

b) Dispositionsfreiheit des Käufers?

Vor allem *Riehm* schlägt vor, die abstrakte Ersatzfähigkeit von Deckungskosten damit zu begründen, dass auch dem Käufer in der Verwendung dieses Betrages Dispositionsfreiheit i. S. d. § 249 II BGB zukomme.⁴³⁸ Bei vollständiger Nickerfüllung des Verkäufers gibt es freilich keine den Reparaturkosten vergleichbaren Kosten, die beim Käufer anfallen können. Die Parallele zu den käufersseitigen Deckungskosten ist stattdessen der *Wiederbeschaffungsaufwand* des verletzten Sacheigentümers. Zum Ersatz des Wiederbeschaffungsaufwandes enthält der Grundsatz der Dispositionsfreiheit indes keine Aussage;⁴³⁹ vielmehr bezieht sich die Dispositionsfreiheit auf diesen als (regelmäßige) Untergrenze.⁴⁴⁰

Für eine Anwendung der Dispositionsfreiheit zur Rechtfertigung eines „abstrakten“ Ersatzes von Deckungskosten müsste ihr Anwendungsbereich mithin erweitert werden. Anstatt sich auf das Verhältnis von Reparatur- und Wiederbeschaffungsaufwand zu beschränken, wäre die Diskussion auf die Frage zu erstrecken, ob auch der *Wiederbeschaffungsaufwand selbst* ersetzt werden kann, obwohl er tatsächlich nicht anfällt.

Auch eine solche Erweiterung führte jedoch nicht dazu, dass die Dispositionsfreiheit den „abstrakten“ Ersatz von Deckungskosten begründen könnte. Die Dis-

⁴³⁵ Zu diesem für die Entwicklung der Schadensdogmatik typischen Haftungsfall der Verletzung einer Sache des *Privatvermögens*, namentlich KfZ-Unfälle, § 5 E.II.2.a) und Nachweise in Fn. 212; zur (schadensdogmatischen) Ausnahme des handeltreibenden Verletzten § 5 E.II.2.d) und Nachweise in Fn. 420.

⁴³⁶ Hierzu § 5 B.III.2.b).

⁴³⁷ Hierzu Fn. 397.

⁴³⁸ So bereits *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 737, freilich ohne Problemdiskussion; mit dem (knappen) Argument der gesetzestechischen Einordnung von Deckungskosten als restitutiver Ersatz i. S. d. § 249 II BGB *Riehm*, GS Unberath (2015), 363, 373 f.; ebenso *ders.*, *Naturalerfüllung* (2015), 397. Zustimmend *Dauner-Lieb*, FS Christian Huber (2020), 97, 108, 113 f. Zum „kleinen“ Schadensersatz statt der mangelfreien Leistung s. noch die Nachweise in Fn. 266.

⁴³⁹ Hierzu § 5 E.II.3.a) bei Fn. 432f.

⁴⁴⁰ Hierzu Fn. 429.

positionsfreiheit ist eine Begründung dafür, weshalb dem Geschädigten auf das Integritätsinteresse bezogene Herstellungsaufwendungen auch dann zu ersetzen sind, wenn er ein entsprechendes Interesse nicht (in vollem Umfang) betätigt, das heißt zumindest auf eine vollständige Restitution verzichtet. Ein wirtschaftliches Interesse des Geschädigten am Ersatz „fiktiver“ Herstellungskosten besteht nur dann, wenn diese den ansonsten geschuldeten Ersatzbetrag übersteigen: sei es der konkret anfallende Reparaturaufwand, der Wiederbeschaffungsaufwand oder die mit der Beschädigung einhergehende Einbuße im Zeitwert.⁴⁴¹ Die dogmatische Figur der Dispositionsfreiheit ist an dieses tatsächliche Wertverhältnis angepasst. Sie dient dazu, den Einwand zu entkräften, dass das von § 249 BGB geschützte Herstellungsinteresse, wie auch § 253 I BGB zeige, gerade keiner geldwerten Entschädigung i. S. d. § 251 BGB zugänglich sei – und eine dem Verletzten zugestandene Verwendungsfreiheit über den Herstellungsbetrag im praktischen Ergebnis die Funktion einer Geldentschädigung für einen Nichtvermögensschaden übernehme.⁴⁴² In der Konstellation der verkäuferseitigen Nickerfüllung geht diese Schutzrichtung der Dispositionsfreiheit ins Leere. Der „abstrakte“ Ersatz von Deckungskosten kann nicht damit begründet werden, dass das Erwerbsinteresse des Käufers schutzwürdig bleibt, obwohl es den ansonsten geschuldeten Wertersatz i. S. d. § 251 BGB übersteigt. Die Frage, ob der Käufer in der Verwendung der Mehrkosten eines Deckungskaufs frei ist, stellt sich vor einem gegenüber dem Vergleichsfall der substanzbeeinträchtigenden Eigentumsverletzung *umgekehrten tatsächlichen Wertverhältnis*. Ein nach § 251 BGB – oder auf Grundlage der unzutreffenden Prämisse, dass § 251 I BGB dem Käufer mangels Unzumutbarkeit der Restitution versperrt sei,⁴⁴³ nach § 252 S. 1 BGB – bemessener Ersatz des Veräußerlichkeitswertes ist im Vergleich zu den Deckungskosten regelmäßig der *höhere* Betrag.⁴⁴⁴ Deshalb wird zur Abgrenzung von Deckungskosten- und Gewinnersatz darüber diskutiert, ob der Käufer auf die Mehrkosten eines Deckungskaufs zu *beschränken* ist. Der zentrale Inhalt der Dispositionsfreiheit, für den ansonsten auf die Kompensation nach § 251 BGB verwiesenen (Haftungs-)Gläubiger den Ersatz eines, aus der Bemessung des Ersatzbetrages nach der Perspektive der Restitution i. S. d. § 249 BGB resultierenden, *Mehr betrages* zu rechtfertigen, geht ins Leere. Dispositionsfreiheit bedeutet nicht, in der Verwendung *irgendeines* Geldbetrages frei zu sein, sondern in der Verwendung eines nach der Herstellungsperspektive bemessenen, hierfür aber nicht eingesetzten Mehrbetrages. Es ist wiederum das umgekehrte Wertverhältnis

⁴⁴¹ Zu den unterschiedlichen Bezugspunkten die Nachweise in Fn. 429.

⁴⁴² Zu diesem Einwand Picker, Die Naturalrestitution durch den Geschädigten (2003), 58 und ausführlich (bezogen auf die These von der Verwendungsfreiheit über den Geldbetrag) *ebd.*, 66 ff.

⁴⁴³ Hierzu § 5 E. II. 2. (insb. c)).

⁴⁴⁴ Hierzu § 5 E. II. 2. a) und d); dafür, dass dieses Wertverhältnis auch der Diskussion zur Anspruchsbemessung zugrunde liegt, § 3 C. I. 1. mit Fn. 145 ff. (Rechtsprechung) und § 3 C. II. 1. mit Fn. 158 (Literatur).

von Deckungskosten und *darüber liegendem* Gewinnentgang im Vergleich zum Verhältnis von Herstellungskosten und *darunter liegender* Kompensation, das der Anwendung schadensrechtlicher Dogmatik im Nichterfüllungsfall entgegensteht.

4. Verhältnis des abstrakten Ersatzes von Deckungskosten zum konkreten Deckungsgeschäft

Die dritte grundlegende Frage der Anspruchsbemessung ist, ob dem Käufer neben einem abstrakt bemessenen Deckungsaufwand auch die Kosten eines konkreten Deckungsgeschäftes ersetzt werden können. Im Anwendungsbereich des § 249 II S. 1 BGB wird eine entsprechende Frage für das Verhältnis von fiktiv angesetzten Reparaturkosten und tatsächlich angefallenem Reparaturaufwand behandelt.⁴⁴⁵ Es sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Die tatsächlich anfallenden Kosten eines Deckungskaufs können den abstrakt bemessenen Deckungsaufwand einerseits *unter-*, ihn andererseits aber auch *überschreiten*.

Im Beispieldurchfall geht es darum, ob K den Unterschiedsbetrag zwischen dem Kaufpreis (500 Euro) und dem Marktpreis eines Deckungskaufs (800 Euro) auch dann noch ersetzt verlangen kann, wenn die tatsächlich anfallenden Kosten unterhalb (z. B. 750 Euro) oder oberhalb (z. B. 850 Euro) des Marktpreises liegen.

In der *erstgenannten Konstellation* ist erneut die Frage nach einer dem Ersatzgläubiger zukommenden Dispositionsfreiheit aufgeworfen.⁴⁴⁶ Es geht darum, ob die zum Schutz des Herstellungsinteresses ersatzfähigen Aufwendungen dem „Geschädigten“ nur unter der Voraussetzung gewährt werden können, dass sie auch tatsächlich zur Befriedigung des Herstellungsinteresses eingesetzt werden. Gegenüber der Konstellation der vollständig ausbleibenden Deckung stellt sich die Frage nach einer dem Käufer zukommenden Dispositionsfreiheit lediglich in reduzierter Höhe: Der Käufer verlangt nicht Ersatz der Mehrkosten eines Deckungskaufs, obwohl er einen solchen nicht durchführt, sondern Ersatz der nach dem Marktpreis bemessenen Mehrkosten, obwohl er sich tatsächlich zu einem geringeren Betrag eingedeckt hat. Die gegen eine Anwendung der Dispositionsfreiheit zur Begründung „abstrakt“ bemessener Deckungskosten (bei vollständigem Unterbleiben eines Deckungskaufs) vorgebrachten Argumente gelten entsprechend.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Zu den beiden Fallgruppen Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), § 249 Rn. 231 f.; MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 249 Rn. 393, 396. Eine andere Frage ist, wie der maßgebliche Marktpreis zu ermitteln ist, hierzu allgemein Bamberger/Roth/Flume (4. Auflage 2019), § 249 Rn. 108.

⁴⁴⁶ Hierzu bereits § 5 E. II. 3.

⁴⁴⁷ Nach BGH NJW 2014, 535, 536 ist freilich – im Anwendungsbereich der substanzbezogenen Eigentumsverletzung – ein Ersatz abstrakt nach einem Gutachten bemessener Reparaturkosten ohnehin nicht mehr möglich, wenn eine Reparatur tatsächlich preiswerter durchgeführt wurde; in diesem Teilbereich erkennt diese Entscheidung eine Dispositionsfreiheit nicht an.

In der *zweitgenannten Konstellation* überschreiten die tatsächlich angefallenen Kosten den „abstrakt“ nach dem Marktpreis bemessenen Mehraufwand. Insofern ist im Anwendungsbereich der substanzbezogenen Eigentumsverletzung allgemein anerkannt, dass tatsächlich angefallene Herstellungskosten gem. § 249 II S. 1 BGB auch dann zu ersetzen sind, wenn sie den fiktiv bemessenen Betrag (eines zuvor eingeholten Sachverständigengutachtens) übersteigen; eine Grenze der Ersatzfähigkeit tatsächlich angefallener Kosten ist erst erreicht, wenn diese nicht mehr „erforderlich“ sind oder der Geschädigte gegen die sich aus § 254 II S. 1 BGB ergebende Schadensminderungsobligation verstoßen hat.⁴⁴⁸ Für die Frage, ob der Käufer die Mehrkosten eines Deckungskaufs auch dann verlangen kann, wenn der Kaufpreis des Deckungsgeschäfts oberhalb des hierfür geltenden Marktpreises liegt, ist der Maßstab des § 254 BGB freilich ungeeignet.⁴⁴⁹

5. Ordnungsfunktion der Differenzhypothese („alles, was anfällt“)

Anstatt zur Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung auf die §§ 249, 251 BGB als zentrales Instrument zur Regulierung substanzbezogener Eigentumsverletzungen⁴⁵⁰ zurückzugreifen,⁴⁵¹ wendet die allgemeine Meinung die Differenzhypothese an.⁴⁵² Ein gesetzlich geregelter Anwendungsfall des von der Differenzhypothese vorgegebenen Vermögensvergleichs ist die in § 252 S. 1 BGB vorgesehene Erstreckung des Ersatzes auf den entgangenen Gewinn,⁴⁵³ wie sie der Anspruchsbemessung für den Käufer von der Rechtsprechung zugrunde gelegt wird.⁴⁵⁴

a) Vielfältige Ersatzzustände ohne Beantwortung der Grundsatzfragen

Das Problem der Differenzhypothese ist im Kontext der Anwendung auf den Schadensersatz statt der Leistung ihre fehlende Bestimmtheit.⁴⁵⁵ Sie enthält sich einer Entscheidung darüber, was als maßgeblicher *Jetzt-Zustand* in die Schadensberechnung einzustellen ist. Maßgeblich kann zunächst ein tatsächlich durchgeführtes Deckungsgeschäft sein. Hierbei ist freilich bereits unklar, auf welchen *Zeitpunkt* abzustellen ist: Grundsätzlich kommt jeder Zeitpunkt der tatsächlichen Durchführung eines solchen Geschäftes in Betracht. Auch unabhängig vom maß-

⁴⁴⁸ Staudinger/Schiemann (Neubearbeitung 2017), § 249 Rn. 232; MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 249 Rn. 396, § 254 Rn. 91.

⁴⁴⁹ Hierzu § 5 E. II. 5. b) und c).

⁴⁵⁰ Hierzu § 5 B. III. 2.

⁴⁵¹ Zu einer solchen Anwendung § 5 E. II. 1.–4.

⁴⁵² Hierzu § 3 A.

⁴⁵³ Zur Regelungsnatur des § 252 S. 1 BGB s. die Nachweise in Fn. 327.

⁴⁵⁴ Hierzu § 3 C. I.

⁴⁵⁵ Für eine noch weitergehende (allgemeine) Kritik Honsell, JuS 1973, 69, 74f.

geblichen Zeitpunkt ist bei Anwendung der Differenzhypothese nicht klar, unter welchen *Modalitäten* ein konkretes Deckungsgeschäft für die Schadensberechnung relevant sein kann. Grundsätzlich kommt jede Art der Durchführung eines solchen Geschäftes zur Bemessung des Ersatzanspruchs in Betracht. Ein „ungünstiges“ Deckungsgeschäft vergrößerte demnach den Schaden, während umgekehrt ein „günstiges“ Deckungsgeschäft den Schaden geringhielte. Bei *Unterbleiben eines Deckungsgeschäftes* wiederum könnte anstatt auf den Mehraufwand eines solchen Geschäftes auf einen dem Käufer in der Folge entgehenden Gewinn abzustellen sein – auch wenn der Gewinnentgang gerade mittels eines rechtzeitig durchgeföhrten Deckungsgeschäftes hätte abgewendet werden können.

Die „abstrakte“ Ersatzfähigkeit von Deckungskosten ist auf Grundlage der Differenzhypothese nicht möglich; ohne Vornahme eines Deckungsgeschäftes ist das Vermögen des Käufers nicht mit Mehrkosten belastet. Anders als den §§ 249 II, 251 BGB mit ihrer Ausrichtung an „fiktivem“ Ersatz (§ 249 II BGB)⁴⁵⁶ und Ersatz des *Veräußerlichkeitswertes* (§ 251 BGB)⁴⁵⁷ fehlt der Differenzhypothese die Orientierung an – abstrakt bemessenen – Marktpreisen. In der Folge stellt sich auch nicht die Frage nach der Abgrenzung eines „abstrakt“ bemessenen, zum „konkret“ anfallenden Ersatz.

b) § 254 BGB als nachgelagertes Korrekturinstrument

Eine Abgrenzung zwischen den einzelnen Vergleichszuständen des Vermögens ist erst auf „zweiter Stufe“ möglich; verbreitet ist eine Anwendung des § 254 BGB.⁴⁵⁸ Die hierin enthaltene Obliegenheit, den entstehenden Schaden gering zu halten, dient häufig als punktuelles Korrektiv, um den Ersatz entgangenen Gewinns ausnahmsweise zu beschränken oder zu versagen, weil der Gläubiger vorwerfbar ein Deckungsgeschäft unterlassen hat, das im Einzelfall zu für ihn günstigen Konditionen ohne Probleme möglich gewesen wäre.⁴⁵⁹ Gleiches gilt für den Abschluss von Deckungsgeschäften weit oberhalb des Marktpreises, soweit den Käufer insofern ein Vorwurf trifft.⁴⁶⁰ Über eine Anspruchskürzung auf der Grundlage des § 254 BGB wird auch in den Fällen nachgedacht, in denen der Gläubiger ein zu besonders günstigen Konditionen abgeschlossenes Deckungs-

⁴⁵⁶ Hierzu § 5 E. II. 3. a).

⁴⁵⁷ Hierzu § 5 B. III. 2. a) und c).

⁴⁵⁸ Zur Anwendung des § 254 BGB in der Rechtsprechung s. die Nachweise in Fn. 145, Fn. 147 f. und Fn. 155 f. Auch die Literatur stützt sich freilich für ihren Ansatz maßgeblich auf § 254 BGB, hierzu die Nachweise in Fn. 158 und Fn. 182. Im Überblick Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen (3. Auflage 2022), § 25 Rn. 21 f.; s. daneben Bamberger/Roth/Unberath (3. Auflage 2012), § 254 Rn. 37.

⁴⁵⁹ Für Nachweise aus der Rspr. Fn. 147, für Nachweise aus der Literatur Fn. 158. Für einen Überblick zum Meinungsstand noch Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 82, 102.

⁴⁶⁰ Für Nachweise aus der Rspr. Fn. 155 f., für Nachweise aus der Literatur Fn. 182.

geschäft nicht in die Berechnung einstellen will und sich stattdessen auf die für ihn günstigere Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis beruft. Es wird gelten gemacht, § 254 BGB könne für derartige Fälle zumindest seinem Rechtsgedanken nach entsprechend angewendet werden.⁴⁶¹

c) Ausrichtung des § 254 BGB an der Haftung für Einbußen

Gegen eine Anwendung des § 254 BGB zur Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung spricht, dass die Obliegenheitsverletzung auf Fälle zugeschnitten ist, in denen die *Verursachung eines realen Schadensverlaufs* neben dem Haftungsschuldner auch dem Geschädigten zur Last fällt. Die Kriterien des § 254 BGB verhindern dabei im außervertraglichen Haftungsfall, dass der Ersatzschuldner voll für eine Einbuße haftet, die der Geschädigte zum Teil selbst (vorwerfbar) mitverursacht hat; es geht insofern um ein Mindestmaß an Verhaltensanforderungen im deliktischen Rechtskontakt, welches den Maßstab des § 242 BGB konkretisiert, und – gegenläufig zur Haftung des „Schädigers“ – die Verantwortlichkeit des „Geschädigten“ in den Blick nimmt.⁴⁶²

Um einen solchen dem *Einzelfall* verhafteten Verhaltensvorwurf geht es nicht, wenn der Käufer ein Deckungsgeschäft unterlässt und sich stattdessen auf den Ersatz entgangenen Gewinns beruft, oder ein Deckungsgeschäft zu ungünstigeren Konditionen vornimmt, als es dem Marktpreis entspräche. Es geht um die *prinzipiell*, bereits im Vorfeld eines Handelns oder Unterlassens des Käufers aufgeworfene Frage, welchen Umfang das rechtlich geschützte Leistungsinteresse hat. Indem ihm eine Obliegenheitsverletzung i.S.d. § 254 BGB vorgeworfen wird, wenn er ein Deckungsgeschäft unterlässt, verlagert sich der Umfang des Leistungsinteresses von der vorherigen vertraglichen Festlegung auf die Ebene des Einzelfalls. Dies führt dazu, dass das Bestehen einer Deckungsobligation bei Anwendung des § 254 BGB von Fall zu Fall unterschiedlich beurteilt wird.⁴⁶³ Anders als im außervertraglichen Haftungsfall besteht jedenfalls beim Schadensersatz statt der Leistung kein Bedarf für eine derart flexible Bewertung des Verhaltens des Geschädigten.

⁴⁶¹ Instruktiv *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 114 f.; prägnant Soergel/Wiedemann (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 50 („Grundsatz der schonenden Schuldenbehandlung“); für eine allgemeinere Herleitung, unter Einbeziehung der Differenzhypothese, *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen (3. Auflage 2022), § 25 Rn. 23.

⁴⁶² Zu diesem Regelungszweck prägnant HKK/Jansen (2007), § 254 Rn. 49 f. Für die allgemeine Meinung Bamberger/Roth/Lorenz (4. Auflage 2019), § 254 Rn. 1; Grüneberg/Grüneberg (82. Auflage 2023), § 254 Rn. 1. Ausführlich und differenziert *Looischelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht (1999), 116 ff.

⁴⁶³ Beispieldhaft die Ausführungen bei Müko/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 34, 47. Nachweise über die unterschiedlichen Ergebnisse einer Anwendung des § 254 BGB in der Rspr. bei Flume, AcP 215 (2015), 282, 315 in Fn. 133.

Die Frage nach dem Umfang des Ersatzanspruchs kann bereits unter Rückführung auf das Leistungsinteresse beantwortet werden, das in der Festlegung eines bestimmten Preises Ausdruck gefunden hat.⁴⁶⁴ Nur ein unmittelbarer Zugriff hierauf ermöglicht es, das Konkurrenzverhältnis von Deckungskosten und Gewinnentgang generell zu adressieren. Die einzelfallbezogene Lösung über § 254 BGB verstellt den Blick dafür, dass es nicht um einen gläubigerseitigen *Verursachungsbeitrag* zu einem „Schaden“ geht, sondern um den Schutzmfang des Leistungsinteresses. Das Leistungsinteresse, dessen wirtschaftlicher Ausdruck der Wert des Leistungsanspruchs ist, gibt hierfür einen präziseren Maßstab als die aus Treu und Glauben abgeleiteten Mindestanforderungen an Rücksichtnahme und Verantwortlichkeit im deliktischen Rechtskontakt.

Das Fundament für eine Deckungsobliegenheit des Käufers sind nicht die unbestimmten Kriterien des § 254 BGB, sondern der vertragliche Leistungsanspruch und dessen Umwandlung in einen Ersatzanspruch. Die Wertungen des Leistungsstörungsrechts bestimmen präziser, welche Risikozuweisung sich aus der gläubigerseitigen Entscheidung für Schadensersatz statt der Leistung i.S.d. § 281 IV BGB ergibt.⁴⁶⁵

III. Anspruch des Verkäufers

Vor noch größeren Anwendungsproblemen stehen die §§ 249 ff. BGB beim Anspruch des Verkäufers. Während die Lage des (nicht belieferten) Käufers aufgrund einer zumindest äußerlichen Ähnlichkeit mit der Situation des geschädigten Sacheigentümers verglichen werden kann – beiden fehlt eine ihnen absolut beziehungsweise im Verhältnis zu ihrem Schuldner zugewiesene Sache – sperrt sich die Nichtleistung einer Geldsumme kategorisch gegen eine Einordnung in die §§ 249, 251 BGB. Die Ersatzrichtungen der §§ 249, 251 BGB sind darauf ausgerichtet, eine Einbuße in Geld zu bewerten. Zur „Bewertung“ eines Anspruchs, der wie § 433 II BGB bereits selbst auf einen Geldbetrag gerichtet ist, lassen sie sich nicht anwenden; sie sind insofern funktionslos.⁴⁶⁶

Die These von der allgemeinen Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB hängt demnach beim Anspruch des Verkäufers davon ab, ob sich der Mindererlös eines Deckungsverkaufs oder der mit einer Weiterveräußerung verbundene Geschäftsgewinn auf die Differenzhypothese, einschließlich ihrer Ausprägung in Form entgangenen Gewinns i.S.d. § 252 S. 1 BGB, zurückführen lassen und hierauf auf-

⁴⁶⁴ Ähnlich HKK/Schermaier (2007), §§ 280–285 Rn. 65; Flume, AcP 215 (2015), 282, 315f. (s. auch *ebd.*, 321); *ders.*, Marktaustausch (2019), 183, 185; Steindorff, AcP 158 (1959/60), 431, 460 ff. plädiert für die Ableitung einer Deckungsobliegenheit aus einer Vertragsinterpretation.

⁴⁶⁵ Zur Begründung der nach dem hier vertretenen Konzept bestehenden Deckungsobliegenheit § 4 B.I.1. und § 6 A.I.1.

⁴⁶⁶ Hierzu § 5 B.III.3.b).

bauend die drei grundlegenden Fragen⁴⁶⁷ der Anspruchsbemessung beantwortet werden können.

1. Differenzhypothese als zentrales Ordnungsinstrument („alles, was anfällt“)

Nach der Differenzhypothese ist dem „Geschädigten“ der Unterschiedsbetrag zwischen dem jetzigen Zustand seines Vermögens und demjenigen Zustand zu ersetzen, in dem sich dasselbe ohne das „schädigende“ Ereignis befände.⁴⁶⁸ Übertragen auf den Fall der (endgültigen) käuferseitigen Nichterfüllung bedeutet das einen Vergleich der beiden folgenden Vermögenszustände: Zahlung des Kaufpreises gegen Übergabe und Übereignung der Kaufsache einerseits mit Nichtzahlung des Kaufpreises und dem damit einhergehenden Einbehalt der Kaufsache andererseits. Im erstgenannten Fall verdiente der Verkäufer den Unterschiedsbetrag zwischen dem Kaufpreis und den eigenen Einkaufs- oder Herstellungskosten. Im zweitgenannten Fall erhält er vom Käufer – vorbehaltlich des gerade zu bemessenden Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB – nichts.

Der mit § 281 IV BGB einhergehende Wegfall der beiderseitigen Ansprüche bedeutet für den Verkäufer den Wegfall einer rechtlich abgesicherten Veräußerungsmöglichkeit. Den mit der Erfüllung des Vertrages für ihn einhergehenden Geschäftsgewinn kann er infolge seines Ersatzverlangens zunächst nicht realisieren. Freilich verschafft ihm der Wegfall der eigenen Verpflichtung die Möglichkeit, die – bereits angeschaffte oder noch anzuschaffende – Kaufsache anderweitig abzusetzen oder auf die Anschaffung zu verzichten. Anders als der weggefallene Kaufpreisanspruch ist der Wegfall der eigenen Verpflichtung ein (rechtlicher) *Vorteil* gegenüber der Situation bei ordnungsgemäßer Erfüllung. Der Ersatz des (vollen) Geschäftsgewinns könnte vor diesem Hintergrund eine ungerechtfertigte Übercompensation sein, die dadurch zu vermeiden wäre, dass „nur“ der Mindererlös eines – tatsächlich durchgeführten oder nach Marktpreisen bemessenen – Deckungsverkaufs geschuldet wird.

Die Differenzhypothese enthält zu dieser Wertungsfrage, ebenso wie ihre gesetzliche Ausprägung in § 252 S. 1 BGB, keine Aussage. Entscheidend für das Ergebnis des von ihr vorgegebenen Vermögensvergleichs ist, ob der Verkäufer den gescheiterten Leistungsaustausch *nach seiner konkreten Umsatzplanung* im Wege eines Deckungsverkaufs nachholen kann: Ein nach diesem Maßstab nachholbarer Gewinn ist nicht „entgangen“. Dieser Maßstab ist freilich auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnitten und nicht dazu geeignet, dem Verkäufer eine abstrakt-generelle Deckungsobliegenheit aufzuerlegen.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ Hierzu § 2.

⁴⁶⁸ Hierzu die Nachweise in Fn. 120, Fn. 250 und Fn. 350.

⁴⁶⁹ Für eine ausführliche Kritik an einer Anwendung des § 252 BGB, unter Entwicklung des eigenen Vorschlags, § 6 B.I.

Auch jenseits der Position des Gewinnentgangs lässt sich der Umfang des Anspruchs auf Grundlage der Differenzhypothese nicht eindeutig bestimmen. Als ersatzfähige Position kommt zum einen der tatsächlich angefallene Mindererlös aus einem Deckungsverkauf in Betracht. Zum anderen könnte dem Anspruch bereits vor – oder unabhängig von – einem „konkreten“ Deckungsverkauf der Mindererlös eines nach Marktpreisen (zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs) bemessenen Deckungsverkaufs zugrunde gelegt werden. Aus der Perspektive der Differenzhypothese handelte es sich ebenfalls um den Betrag eines Gewinnentgangs. Der über dem aktuellen Marktwert liegende Kaufpreisanspruch ginge dem Verkäufer mit dem Schadensersatzverlangen i.S.d. § 281 IV BGB verloren. Der Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und einem nach dem Marktpreis bemessenen, darunter liegenden Veräußerlichkeitswert wäre der Teilbetrag der „vollen“ Gewinnspanne, der mit einem Deckungsverkauf nicht mehr realisiert werden kann. Bei Berücksichtigung (auch) tatsächlich getätigter Deckungsgeschäfte innerhalb der Differenzhypothese käme wiederum eine Vielzahl verschiedener Ersatzzustände in Betracht: Je nach dem Zeitpunkt des Deckungsverkaufs sowie dem Verkaufsgeschick des Verkäufers ergäbe sich ein anderer Erlösbetrag.

Die (tatbestandliche) Weite der Differenzhypothese steht im Kontrast zur engführenden Festlegung der §§ 249, 251 BGB auf den Wiederbeschaffungs- und Veräußerlichkeitswert.⁴⁷⁰ Die Differenzhypothese selbst ist nicht dazu in der Lage, verschiedene sich beim Gläubiger einstellende Ersatzzustände voneinander abzugrenzen.⁴⁷¹

2. Abgrenzung von Deckungskosten und entgangenem (Vertrags-)Gewinn

Es kommt entscheidend darauf an, ob die begleitend zur Differenzhypothese entwickelten Korrekturinstrumente in der Lage sind, verschiedene Ersatzzustände voneinander abzugrenzen. Vorgeschlagen wird hierfür das dogmatische Institut der Vorteilsausgleichung sowie die gesetzliche Anspruchsbegrenzung des § 254 BGB.

a) Anrechnung der einbehaltenen Absatzkapazität im Wege der Vorteilsausgleichung

Entgegen dem von der Differenzhypothese vorgegebenen Gesamtvermögensvergleich – und im Gegensatz zu den aus dem Verletzungsergebnis resultierenden Nachteilen – werden gelegentlich des Haftungsfalls realisierte Vorteile bei der Bestimmung des Ersatzumfangs nicht regelmäßig berücksichtigt.⁴⁷² Die Vorteils-

⁴⁷⁰ Hierzu § 5 B. III.2.

⁴⁷¹ Hierzu bereits § 5 E. II. 5. a) zum Anspruch des Käufers.

⁴⁷² Für eine Beschreibung *Honsell*, JuS 1973, 69, 74; für die allgemeine Meinung MüKo/Oetker (9. Auflage 2022), § 249 Rn. 238.

ausgleichung stellt die Voraussetzungen auf, unter denen solche Vorteile anspruchsmindernd in Ansatz gebracht werden: Sie sollen den Schadensersatzanspruch nur mindern, wenn dies mit dem Zweck des Schadensausgleichs vereinbar ist und weder den Geschädigten unzumutbar belastet noch den Schädiger unbillig begünstigt.⁴⁷³ Es handelt sich bei der Vorteilsausgleichung um eine auf den Einzelfall bezogene und nach Fallgruppen geordnete Billigkeitsentscheidung, der ein einheitlicher Grundgedanke fehlt.⁴⁷⁴

Das dogmatische Institut der Vorteilsausgleichung wird als Begründung dafür herangezogen, den Verkäufer in bestimmten Konstellationen auf den Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und einem darunter liegenden Veräußerlichkeitswert der Kaufsache zu beschränken. Der Verkäufer erhält nicht den mit der Erfüllung des Kaufvertrages für ihn (insgesamt) verbundenen Geschäftsgewinn, sondern nur den (abstrakt bemessenen) Mindererlös eines Deckungsverkaufs ersetzt.⁴⁷⁵ Auf der Grundlage der Vorteilsausgleichung sind diese beiden Beträge wie folgt voneinander abgegrenzt: Nach § 252 S. 1 BGB erhält der Verkäufer grundsätzlich den Geschäftsgewinn ersetzt, nach dem Institut der Vorteilsausgleichung ist dieser Ersatzumfang ausnahmsweise auf den Mindererlös eines Deckungsverkaufs beschränkt.

Der gegebenenfalls auszugleichende Vorteil ist nicht der Wegfall der verkäuferseitigen Verpflichtung schlechthin.⁴⁷⁶ Diese Verpflichtung prägt bereits den *hypothetischen Jetzt-Zustand* des Verkäufervermögens, der unabhängig von der – dem *tatsächlichen Jetzt-Zustand* verhafteten – Vorteilsausgleichung bestimmt wird. Der Verkäufer erzielt auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung nur den Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und den Kosten, die er seinerseits für die Anschaffung der Kaufsache aufwenden muss. Als Vermögensschaden kommt von *vornherein*, das heißt ungeachtet einer etwaigen Vorteilsausgleichung, lediglich die soeben beschriebene Differenz, der mit der Vertragserfüllung einhergehende Geschäftsgewinn, in Betracht.

Gegenstand der Vorteilsausgleichung kann allenfalls die Möglichkeit sein, die für den gescheiterten Kaufvertrag vorgesehene Absatzkapazität anderweitig einzusetzen. Allein die freigewordene Absatzkapazität – unabhängig davon, ob die Kaufsache bereits angeschafft wurde oder nicht – entspricht der dogmatischen Struktur eines nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung in Abzug zu bringenden Vorteils, indem sie nicht den *hypothetischen Jetzt-Zustand* des Vermö-

⁴⁷³ Statt aller Grüneberg/*Grüneberg* (82. Auflage 2023), Vor § 249 Rn. 68 m.w.N. aus der Rspr.

⁴⁷⁴ Lange/Schiemann, Schadensersatz (3. Auflage 2003), § 9 III 3 (S. 494 f.).

⁴⁷⁵ Hierzu § 3 D.I. 1.

⁴⁷⁶ Für eine solche Einordnung freilich Knütel, AcP 202 (2002), 555, 598 f., 601, indes auf der Grundlage seines Konzepts vom Ersatz des „allgemeinen Interesses“.

gens, sondern dessen *tatsächlichen* Jetzt-Zustand infolge des Haftungsergebnisses betrifft.⁴⁷⁷

aa) Austausch der Berechnungsmethode statt Abzug eines Vorteils

Das Ergebnis der Vorteilsausgleichung ist nach allgemeiner Ansicht die Begrenzung des (an sich) auf den Geschäftsgewinn gerichteten Ersatzes auf den Mindererlös eines Deckungsverkaufs.⁴⁷⁸ Auf der Grundlage des erzielbaren Geschäftsgewinns als Ausgangspunkt und des Freiwerdens einer Absatzkapazität als gegebenenfalls auszugleichender Vorteil müsste die Subtraktion dieses Vorteils vom Geschäftsgewinn rechnerisch im Mindererlös eines Deckungsverkaufs resultieren. Die frei gewordene Absatzkapazität lässt sich indes nicht in den Geldbetrag eines entsprechenden Subtrahenden übersetzen.

Mit dem Marktverkaufspreis kann die freigewordene Absatzkapazität nicht vom Geschäftsgewinn in Abzug gebracht werden, da dies regelmäßig einen Betrag unterhalb der „Null“ zur Folge hätte.⁴⁷⁹ Dies liegt daran, dass die Kaufsache bereits in der Bemessung des Gewinnentgangs mit ihren Anschaffungskosten in Ansatz gebracht wird. Im Beispieldfall bildet sich der entgangene Gewinn aus der Differenz des vereinbarten Kaufpreises (1.000 Euro) und den Einkaufskosten (500 Euro). Von dieser Differenz (500 Euro) kann der Marktpreis (800 Euro), zu dem die Kaufsache ersatzweise veräußert werden kann, nicht mehr abgezogen werden, ohne dass sich ein negativer Betrag ergibt.

Auch der Betrag, um den der Marktverkaufspreis die (darunter liegenden) Anschaffungskosten übersteigt, ist kein geeigneter Ansatz für die Berücksichtigung der freigewordenen Absatzkapazität als eines auszugleichenden Vorteils. Zwar beschreibt dieser Betrag den (rechtlichen) Vorteil des Verkäufers, die Kaufsache anderweitig absetzen zu können, indem er den rechnerischen Teilbetrag des Geschäftsgewinns umfasst, den der Verkäufer bei einem alternativen Absatz der Kaufsache (zum Marktpreis) erzielen kann – im Beispieldfall der Unterschiedsbetrag zwischen dem Marktverkaufspreis (800 Euro) und den Einkaufskosten (500 Euro).

Die Subtraktion dieses Betrages (300 Euro) vom entgangenen Gewinn (500 Euro) ist jedoch nichts anderes als der Austausch der einen Berechnungsmethode durch eine andere.⁴⁸⁰ Indem der (insgesamt) erzielbare Geschäftsgewinn (500 Euro) nur der rechnerische Ausgangsbetrag der Schadensberechnung

⁴⁷⁷ Zu aus der Struktur der Vorteilsausgleichung abgeleiteten (systematischen) Einwänden bereits knapp *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 182 f.

⁴⁷⁸ Hierzu die Nachweise in Fn. 190.

⁴⁷⁹ Explizit gegen eine solche Subtraktion bereits *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 183.

⁴⁸⁰ *Ebd.*

wäre, der anschließend im Wege der Vorteilsausgleichung um die Differenz aus Marktverkaufspreis (800 Euro) und Anschaffungskosten (500 Euro) gekürzt wird (300 Euro), würde der Gewinnentgang als Ersatzinhalt vom Mindererlös eines Deckungsverkaufs abgelöst. Es trate bei dieser zweifachen Subtraktion (1.000 Euro abzüglich 500 Euro und anschließend 500 Euro abzüglich 300 Euro) dasselbe Ergebnis ein, wie wenn der Kaufpreis (1.000 Euro) in einem Rechenschritt um den Marktverkaufspreis (800 Euro) gekürzt würde.

bb) Freiwerden einer Absatzkapazität als *regelmäßige* Folge
der käuferseitigen Nichterfüllung

Das Freiwerden einer Absatzkapazität – und die dadurch geschaffene Option eines alternativen Warenabsatzes – ist eine unmittelbare und *regelmäßige* Folge der käuferseitigen Nichterfüllung, sobald der Verkäufer nach § 281 IV BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt.⁴⁸¹ Bei der Anspruchsbemessung stellt sich stets die Frage, ob die Kaufsache mit ihren Anschaffungskosten oder mit dem Veräußerlichkeitswert in Ansatz zu bringen ist. Die Vorteilsausgleichung ist in ihren Voraussetzungen auf eine Billigkeitsentscheidung *im Einzelfall* bezogen. Der jeweils in Rede stehende Vorteil wird darauf untersucht, ob er in einem „adäquaten Kausalzusammenhang“ zum schädigenden Ereignis steht.⁴⁸² Der selbe Einzelfallbezug zeigt sich auch in den Kriterien der „Zumutbarkeit“ für den Geschädigten und der „Billigkeit“ der Begünstigung des Schädigers. Anhand dieser Kriterien kann entschieden werden, ob ein bestimmter, gelegentlich des schädigenden Ereignisses beim Geschädigten anfallender, und für diesen vorteilhafter Faktor des tatsächlichen Vermögenszustands in die Differenzrechnung einzustellen ist oder ob eine solche Einbeziehung dem Ausgleichszweck des Haftungsrechts widersprüche.⁴⁸³ Bei der Entscheidung darüber, ob der Verkäufer dazu angehalten ist, eine freigewordene Absatzkapazität anderweitig einzusetzen, geht es nicht um eine derartige Randkorrektur. Betroffen ist die Struktur des verkäuferseitigen Schadensersatzes statt der Leistung schlechthin.

b) Obliegenheit zum Deckungsverkauf aus § 254 BGB

Die in § 254 BGB formulierten Verhaltensanforderungen an den Geschädigten, die Entstehung eines Schadens zu verhindern (§ 254 I BGB) beziehungsweise ihn im eigenen Interesse gering zu halten (§ 254 II BGB), eignen sich auch zur Anspruchsbemessung des verkäuferseitigen Anspruchs auf Schadens-

⁴⁸¹ Hierzu § 5 E. I. 1.

⁴⁸² BGH NJW 2016, 2949, 2952; NJW 2019, 215, 216 (jeweils m.w.N.).

⁴⁸³ Der Ansatz einer solchen Kritik findet sich bereits bei Oermann, JW 1917, 355 (zu Nr. 3, Anm. zu RGZ 89, 282).

ersatz statt der Leistung nicht.⁴⁸⁴ Auch der Verkäufer steht dem Käufer nicht als „Geschädigter“ gegenüber, sondern befindet sich in seiner (ursprünglichen) Position als Vertragsgläubiger. Es geht weiterhin um sein Interesse, den mit dem Kaufpreis in wirtschaftlicher Hinsicht einhergehenden Vorteil zu erzielen. Die Deckungsobliegenheit des Verkäufers ist demnach unmittelbar aus den Vorgaben des Leistungsstörungsrechts abzuleiten.⁴⁸⁵

c) Vermutung „ständiger Absatzgeschäfte“ nach § 252 S. 2 BGB

Ob dem Verkäufer der mit der Erfüllung des Kaufvertrages für ihn verbundene Absatzgewinn zu ersetzen oder er auf den Mindererlös eines Deckungsverkaufs zu beschränken ist, könnte auf der Grundlage der §§ 249 ff. BGB noch anhand der Vermutung des § 252 S. 2 BGB entschieden werden. Aufbauend auf der Vermutung, dass der Verkäufer ständig dem gescheiterten Kaufvertrag vergleichbare Absatzgeschäfte vornimmt, ist ihm die Nachholung des Absatzgewinns aus dem geplatzten Geschäft mit dem Käufer nicht möglich. Die allgemeine Meinung zur Schadensberechnung des nicht bezahlten Verkäufers legt der Anspruchsbemessung des Verkäufers eine entsprechende Vermutung zugrunde.⁴⁸⁶

3. Abstrakter Ersatz von Deckungskosten und Verhältnis zum konkreten Deckungsgeschäft

Auch zur Beantwortung der Frage, ob dem Verkäufer der Mindererlös eines Deckungsverkaufs unabhängig von dessen Anfall „abstrakt“ ersetzt werden kann und in welchem Konkurrenzverhältnis ein solcher Ersatz zum tatsächlich angefallenen Mindererlös eines „konkreten“ Deckungsverkaufs steht, könnte auf § 252 S. 2 BGB zurückgegriffen werden. Hierfür bedürfte es der Vermutung, dass der Verkäufer die Kaufsache nur noch zum zwischenzeitlichen Marktpreis absetzen kann. Liegt dieser unterhalb des vereinbarten Kaufpreises, wäre ihm der Differenzbetrag zu ersetzen. Es handelte sich bei dieser Differenz aus der Perspektive des § 252 S. 2 BGB um einen *rechnerischen*⁴⁸⁷ Teilbetrag des insgesamt mit der Erfüllung des Kaufvertrages verbundenen Absatzgewinns.

⁴⁸⁴ Hierzu die Ausführungen zum Anspruch des Käufers, § 5 E.II.5.c). Zur Anwendung des § 254 BGB auf den Anspruch des Verkäufers *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 162 f. („ungünstiger“ Deckungsverkauf); Staudinger/Schwarze (Neubearbeitung 2019), § 280 E 89 (Unterlassen eines Deckungsverkaufs); MüKo/Emmerich (9. Auflage 2022), Vor § 281 Rn. 32, 42.

⁴⁸⁵ Ähnlich – jedoch beschränkt auf den Anspruch des Käufers – *Steindorff*, AcP 158 (1959/60), 431, 460 ff., der für eine Ableitung aus einer Vertragsinterpretation plädiert. Demgegenüber lehnt *ders.*, JZ 1961, 12, 14, beim Anspruch des Verkäufers eine Deckungsobliegenheit ab. Zur Begründung der nach dem hier vertretenen Konzept bestehenden Deckungsobliegenheit auch des Verkäufers § 4 B.II.1. und § 6 B.I.

⁴⁸⁶ Hierzu § 3 D.I.2. Zur Kritik an dieser Vorgehensweise umfassend in § 6 B.

⁴⁸⁷ Hierzu § 4 A. m.w.N. in Fn. 220 f.

F. Keine Beantwortung der fünf Fragen der Anspruchsbemessung von den §§ 249 ff. BGB

Die §§ 249 ff. BGB können die an sie gestellten Fragen nicht beantworten.⁴⁸⁸ Dies gilt sowohl für die drei grundlegenden Fragen zur Anspruchsbemessung⁴⁸⁹ (Fragen III.–V.) als auch für die zwei vorangestellten Fragen (Fragen I. und II.), ob die §§ 249 ff. BGB eine normative Grundlage für die Abgrenzung von Deckungsaufwand und Vertragsgewinn bereitstellen.

I. Keine Grundlage für Deckungsaufwand und Vertragsgewinn (Fragen I. und II.)

Die §§ 249 ff. BGB beinhalten weder eine normative Grundlage für den Mehraufwand eines Deckungsgeschäftes noch eignen sie sich dazu, den entgangenen Vertragsgewinn zu erfassen. Sowohl die Ersatzrichtungen der §§ 249, 251 BGB als auch die Erstreckung der Schadenshaftung auf den entgangenen Gewinn gem. § 252 BGB und die Differenzhypothese sind auf Fälle bezogen, in denen im Vermögen des Ersatzgläubigers eine Einbuße verursacht wurde. Beim Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung legt jedoch bereits der Leistungsanspruch fest, was dem Gläubiger fehlt und in welche Richtung ein Ersatz zu erfolgen hat.

Beim Anspruch des Käufers bedarf es der dem Haftungsereignis nachgelagerten Ersatzrichtungen der §§ 249, 251 BGB nicht, um den Anspruchsinhalt zu bestimmen; die Anwendung des § 251 BGB führt darüber hinaus zu einer unzutreffenden Überkompensation, da sie nicht an den Erwerbskosten einer Sache, sondern an deren Veräußerlichkeitswert ausgerichtet ist. Beim Anspruch des Verkäufers läuft die Funktion der §§ 249, 251 BGB als zweier aufeinander bezogener Ersatzrichtungen ins Leere. Das Interesse des Verkäufers ist von Anfang an auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet und muss nicht erst in einen solchen umgewandelt werden.

Die Perspektive des entgangenen Gewinns i. S. d. § 252 BGB verfehlt die Interessenlage des Vertragsgläubigers, da sie nicht zwischen dem Interesse am Erhalt der Leistung und einem im Einzelfall darüber hinausgehenden Interesse an einer gewinnbringenden Leistungsverwendung trennt. Das Interesse des Gläubigers, die Kaufsache *gerade zum vereinbarten Preis* erwerben (Käufer) oder absetzen (Verkäufer) zu können, ist der Kern des Leistungsanspruchs.

Beim Anspruch des Käufers ist der Ersatz einer zu seinen Gunsten ausfallenden Differenz des Kaufpreises zum Marktpreis eines Deckungskaufs unabhängig davon gerechtfertigt, welche Pläne er hinsichtlich der Leistungsverwendung hat.

⁴⁸⁸ Zu den fünf Fragen § 5 A.

⁴⁸⁹ Hierzu § 2.

Umgekehrt ist der Ersatz eines darüber hinausgehenden Unterschiedsbetrages zwischen dem Marktpreis eines Deckungskaufs und einem darüber liegenden Weiterveräußerungspreis davon abhängig, ob und in welchem Umfang die Ermöglichung eines kostenneutralen Deckungskaufs im Einzelfall hinreicht, den geplanten Absatzgewinn mit einer sich anschließenden ersatzweisen Veräußerung noch zu erzielen.

Beim Anspruch des Verkäufers ist der Ersatz der „vollen“ Gewinnspanne zwischen Kaufpreis und (darunter liegenden) Anschaffungskosten ebenfalls nicht bereits deshalb gerechtfertigt, weil es sich der äußerlichen Erscheinung nach um einen „Gewinn“-Betrag handelt. Die schadensrechtliche Haftungserstreckung des § 252 BGB ist wiederum nicht dazu in der Lage, einen zu Gunsten des Verkäufers ausfallenden Unterschiedsbetrag zwischen Kaufpreis und (niedrigerem) Marktpreis eines Deckungsverkaufs eigenständig auszuweisen. In der Folge hält sie auch keine Wertung dafür bereit, ob nicht den Verkäufer eine Deckungsobliegenheit trifft.

Die Differenzhypothese ist ein Instrument der Schadensdogmatik, das dazu dient, sämtliche von einem Haftungsereignis ausgelösten Einbußen im Vermögen des Ersatzgläubigers zu erfassen. Bei der Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung geht es demgegenüber um eine präzise Sachfrage: Wie ist das im Leistungsanspruch gesicherte Interesse am Erhalt (Käufer) oder Absatz (Verkäufer) der Kaufsache gerade zum vereinbarten Preis umzusetzen, wenn es nicht mehr zum Leistungsaustausch kommt? Zur Beantwortung dieser Frage enthält die Differenzhypothese, die auf den Vergleich von Vermögenszuständen *im Ganzen* gerichtet ist, keine Aussage.

II. Keine Grundlage für die Abgrenzung der verschiedenen Ersatzzustände (Fragen III.–V.)

Die §§ 249, 251 BGB, § 252 BGB sowie die Differenzhypothese als zentrales Ordnungsinstrument der Schadensdogmatik sind nicht nur ihrem gedanklichen Gehalt nach ungeeignet, den Inhalt des Schadensersatzes statt der Leistung zu erfassen.⁴⁹⁰ Selbst eine Anwendung der §§ 249, 251 BGB oder der Differenzhypothese, die sich (beim Anspruch des Käufers)⁴⁹¹ über die genannten dogmatischen Einwände hinwegsetzte, ließe die drei grundlegenden Fragen (Fragen III.–V.) zur Anspruchsbemessung unbeantwortet.

Beim Anspruch des Käufers liegt dies zusammenfassend darin begründet, dass das Wertverhältnis von Deckungskosten und Weiterveräußerungsgewinn dem Verhältnis von Herstellungskosten und Veräußerlichkeitswert rechnerisch entge-

⁴⁹⁰ Hierzu § 5 B.–D.

⁴⁹¹ Auf den Anspruch des Verkäufers lassen sich die §§ 249, 251 BGB nicht anwenden, s. soeben sowie § 5 B.III.3.b).

gengesetzt ist. Bei der Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung stellt sich das Konkurrenzverhältnis von Deckungskosten (unter Einstellung des Einkaufspreises) und Gewinnentgang (unter Einstellung des Weiterveräußerungspreises) dahingehend, ob letzterer auch dann ersetzt werden kann, wenn er die Deckungskosten *überschreitet*. Im Anwendungsbereich der substanzbezogenen Eigentumsverletzung geht es umgekehrt darum, ob der Geschädigte auf den (nach § 251 BGB zu ersetzenden) Veräußerlichkeitswert *zu beschränken* ist oder stattdessen die darüber liegenden Herstellungskosten verlangen kann.

Die Differenzhypothese ist für den Anspruch beider Vertragsgläubiger aus demselben Grund ungeeignet: Ihre unbestimmte Weite, eine Vielfalt von Ersatzzuständen zuzulassen, steht im Widerspruch dazu, dass es bei der Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung jeweils um die eine präzise Sachfrage geht, wie die ausbleibende (Käufer) oder abzusetzende (Verkäufer) Kaufsache zu bewerten ist. Vorteilsausgleichung und Mitverschulden als Korrekturinstrumente, die nach der allgemeinen Schadensdogmatik zur Verfügung stünden, eignen sich beim Schadensersatz statt der Leistung nicht.

Es verbliebe lediglich die Möglichkeit, § 252 S. 2 BGB heranzuziehen, um jedenfalls die erste grundlegende Frage der Anspruchsbenennung – die Frage nach der Abgrenzung von Deckungskosten und Gewinnentgang – zu beantworten. Freilich stehen der Gewinnperspektive bereits die Einwände entgegen, die sich aus der Analyse des Regelungszweckes des § 252 BGB ergeben haben.⁴⁹²

⁴⁹² Hierzu § 5 C.

§ 6 Eine leistungsstörungsrechtliche Perspektive auf den Schadensersatz statt der Leistung

Macht der Vertragsgläubiger gem. § 281 IV BGB Schadensersatz statt der Leistung geltend, fehlt – so eine der grundlegenden Thesen dieser Arbeit – eine von außen kommende Beeinträchtigung einer Vermögensposition. Stattdessen bleibt eine dem Gläubiger kraft Forderungsrechts zugewiesene Vermögensmehrung aus. Insofern unterscheidet sich die Situation des Gläubigers nicht von dem Zustand der schlichten Nichterfüllung *vor* Geltendmachung des Ersatzanspruchs. In diesem (frühen) Stadium gibt das Forderungsrecht seinem Inhaber die Befugnis, die mit ihm verbundene Vermögensmehrung zwangsweise durchzusetzen. Mit dem Wegfall des Leistungsanspruchs steht für den Gläubiger lediglich (endgültig) fest, dass ihm der Vorteil, der mit der Vertragserfüllung (für ihn) einhergehen würde, nicht mehr im Wege des naturalen Leistungsaustausches zugeführt wird. Das Mittel zur Zuführung des Vorteils muss sich mithin ändern, gleich bleiben kann hingegen das Ziel als solches, wenn der Gläubiger statt der Leistung „Schadensersatz“ verlangt.

Die fortbestehende Bedeutung des vertraglichen Erfüllungsinteresses als Maßstab auch des Ersatzanspruchs ist mit dem Schadensrecht der §§ 249 ff. BGB nicht vereinbar. Dieses ist entgegen seiner systematischen Stellung im allgemeinen Schuldrecht auf die Haftung für Einbußen zugeschnitten.⁴⁹³ Um den Zweck des Schadensersatzes statt der Leistung in den Anspruchsinhalt zu übersetzen, bedarf es der umfassenden Loslösung von einer schadensrechtlichen Interpretation der Rechtsfolge. Die Maßstäbe zur Inhaltsbestimmung des dem Gläubiger zustehenden Ersatzanspruchs sind weiterhin das *Erwerbsinteresse* des Käufers und das *Veräußerungsinteresse* des Verkäufers. Der Geldbetrag ist so zu bemessen, dass dem Gläubiger – auf der Grundlage der endgültig ausbleibenden Leistung und der wegfallenden eigenen Verpflichtung⁴⁹⁴ – die *eigenverantwortliche* Durchführung eines Ersatzgeschäftes ermöglicht wird. Einheitlicher Anspruchsinhalt ist eine zugunsten des Gläubigers ausfallende Differenz des Kaufpreises zum Marktpreis eines Ersatzgeschäftes. Dieser Ersatzbetrag ist am (jeweiligen) Vertragszweck ausgerichtet: Dem Käufer wird ein *Deckungskauf*, dem Verkäufer ein *Deckungsverkauf* ermöglicht. Der Gläubiger steht nach der tatsächlichen Durchführung eines Ersatzgeschäftes zum Marktpreis so, als ob er die Sache *zum vereinbarten Kaufpreis* erworben (Käufer) oder veräußert (Verkäufer) hätte. Der

⁴⁹³ Hierzu umfassend § 5.

⁴⁹⁴ Hierzu § 5 E.I.1.

Vorteil, der für den Gläubiger mit der Erfüllung gerade des gestörten Vertrages einherginge, bleibt diesem erhalten. Der Abschluss eines Deckungsgeschäftes hat für den Ersatzanspruch keine Bedeutung; die Mehrkosten (Käufer) oder der Mindererlös (Verkäufer) eines solchen Geschäfts müssen nicht konkret anfallen.

Die neben die Marktpreisdifferenz tretende Geltendmachung entgangenen Gewinns als Schadensersatz *neben der Leistung*⁴⁹⁵ ist nicht kategorisch ausgeschlossen, jedoch einer erheblichen systematischen Begrenzung unterworfen. Der Ersatz der Mehrkosten oder des Mindererlöses eines Deckungsgeschäftes ist nicht *eine* Form der Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung, sondern die allein maßgebliche. Den *rechnerischen*⁴⁹⁶ Teilbetrag des Geschäftsgewinns, der nach Ersatz der Marktpreisdifferenz verbleibt, kann der Vertragsgläubiger regelmäßig – vorbehaltlich eines gesunkenen Weiterveräußerungspreises beim Käufer⁴⁹⁷ – in eigener Verantwortung nachholen. Um nicht nur die Marktpreisdifferenz, sondern den „vollen“, mit dem Kaufvertrag insgesamt er strebten Geschäftsgewinn zu erzielen, muss der Käufer eine ersatzweise beschaffte oder aus dem eigenen Lager entnommene Sache seinerseits weiterveräußern und der Verkäufer die einbehaltene oder noch anzuschaffende Kaufsache ersatzweise absetzen.

A. Anspruch des Käufers

An die Stelle des entgangenen Gewinns sollen die Mehrkosten treten, die sich aus einem Deckungskauf zum Marktpreis im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs (§ 281 IV BGB) ergeben würden. Dieser Anspruchsinhalt ist auf prinzipieller Ebene, unabhängig von den Voraussetzungen der Weiterveräußerungsvermutung des § 252 S. 2 BGB, von den Einzelfallumständen abstrahiert und aufgrund seines neuen dogmatischen Gerüsts ein effektives Instrument der *monetären Vertragsdurchsetzung*.⁴⁹⁸ Die Abstraktion von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungsgeschäftes erstreckt sich insbesondere auch auf Käufer mit privater Zwecksetzung.

Indem die Marktpreisdifferenz aus dem rechnerischen Einheitsbetrag des gläubigerseitigen Geschäftsgewinns⁴⁹⁹ herausgetrennt wird, wird sichtbar, dass der über sie hinausgehende Betrag des Weiterveräußerungsgewinns grundsätzlich weiterhin erwirtschaftet werden kann. Einen Gewinnentgang kann der Käufer nur

⁴⁹⁵ Hierzu § 6 A.III.1. und 2.

⁴⁹⁶ Dogmatisch ist die Marktpreisdifferenz freilich streng vom Gewinnentgang zu unterscheiden, hierzu § 4 A. mit Nachweisen zur eigenen Ansicht in Fn. 221 und zur Gegenansicht in Fn. 220.

⁴⁹⁷ Hierzu § 6 A.III.

⁴⁹⁸ Begriff angelehnt an Flume, AcP 215 (2015), 282 („Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrages“).

⁴⁹⁹ Hierzu § 4 A.

noch in der Höhe geltend machen, in der sich ein Weiterveräußerungsgewinn aufgrund der *Verspätung der Leistung* endgültig nicht mehr realisieren lässt; eine regelmäßige Folge der ausbleibenden Leistung ist ein solcher Gewinnentgang nicht. Der Anspruchsbemessung nach der Marktpreisdifferenz kommt gleichermaßen eine Stabilisierungs- wie auch eine Begrenzungsfunktion zu.

I. Die drei Strukturelemente der Marktpreisdifferenz

1. Vorrang des – kostenneutralen – Deckungskaufs

Das Verständnis „abstrakter“ Schadensberechnung als Ersatz entgangenen Gewinns⁵⁰⁰ trägt gleichermaßen die Gefahr einer Über-, wie auch einer Unterkompensation in sich.⁵⁰¹ Die Überkompensation resultiert daraus, dass Gewinn ersetzt wird, obwohl dieser grundsätzlich nachgeholt werden kann, indem die Marktpreisdifferenz für einen kostenneutralen Deckungskauf eingesetzt wird. Umgekehrt verwirklicht sich eine Unterkompensation, wenn sich entgangener Gewinn (aus einer Weiterveräußerung) nicht hinreichend darlegen und beweisen lässt, was jedenfalls bei Käufern mit privater Zwecksetzung regelmäßig der Fall ist.⁵⁰²

Die hier vorgeschlagene Trennung von Marktpreisdifferenz und Gewinnentgang verhindert beides: eine Unter-, wie auch eine Überkompensation. Eine Unterkompensation wird dadurch verhindert, dass die Marktpreisdifferenz eigenständig dogmatisch begründet ist. Die Heraustrennung der Marktpreisdifferenz aus dem lediglich rechnerischen Einheitsbetrag des entgangenen Gewinns⁵⁰³ erlaubt es, den Leistungsersatz unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls und unabhängig vom hinreichenden Vortrag eines Gewinnentgangs zu gewähren. Es bedarf nicht weiter der Anknüpfung an die Vermutung entgangenen Gewinns i. S. d. § 252 S. 2 BGB. Die Frage nach der Abstraktion des Ersatzes von den konkreten Umständen des Einzelfalls wird auf der Ebene beantwortet, auf der sie sich stellt: der Ebene des gestörten Vertrages selbst – ohne den Einbezug von Folgegeschäften. Der Schadensersatz statt der Leistung wird hierdurch zu einem eigenständigen und effektiven Instrument der monetären Vertragsdurchsetzung. Ein derart begrenzter Anspruch ist – entgegen seines Wortlauts – „*Erfüllung in Geld*“.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Hierzu § 3 C.I.1.

⁵⁰¹ Zu dieser Kritik statt vieler Jansen, JZ 2005, 160, 164 f.; Gebauer, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund (2007), 249 f.; Huber, FS Schmidt (2009), 725, 732 f.

⁵⁰² Diese Ersatzlücke besteht selbst dann, wenn der Ersatz entgangenen Gewinns anhand der Weiterveräußerungsvermutung des § 252 S. 2 BGB in praktischer Hinsicht auf die Marktpreisdifferenz erstreckt wird, hierzu § 3 C.I.2.a). Dem Käufer kommt auch nach diesem Ansatz nur bei hinreichendem Nachweis entgangenen Gewinns ein Wahlrecht zwischen Marktpreisdifferenz und Gewinnentgang zu.

⁵⁰³ Hierzu § 4 A., insb. die Nachweise in Fn. 220 f.

⁵⁰⁴ Knütel, AcP 202 (2002), 555, 558, 590, Hervorh. vom Verf.

Eine Überkompensation wird dadurch verhindert, dass die Marktpreisdifferenz auf die Nachholung von Gewinngeschäften gerichtet ist. Die Etablierung der Marktpreisdifferenz als dogmatisch eigenständige Kategorie des Anspruchs inhalts des Schadensersatzes statt der Leistung ist der Ausgangspunkt eines darüber hinausgehenden Ersatzes entgangenen Gewinns. Es muss stets berücksichtigt werden, dass die Marktpreisdifferenz den Käufer in die Lage versetzt, den vereinbarten Leistungsaustausch monetär – das heißt ohne von ihm zu tragende Mehrkosten – nachzubilden. Mit einer ersatzweise beschafften Sache kann der Käufer grundsätzlich den Gewinn erwirtschaften, der für ihn mit einer Weiterveräußerung der Kaufsache verbunden ist.

Als entgangener Gewinn kann vor diesem Hintergrund nur noch der Betrag ersetzt werden, der beim Käufer spezifisch *aufgrund der Verzögerung* der Leistung entsteht,⁵⁰⁵ für die Behauptung des endgültigen Ausfalls der verkäuferseitigen Leistung lässt der Ersatz der Marktpreisdifferenz bei marktgängigen Sachen keinen Raum.⁵⁰⁶ Der Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB beschränkt sich im Kontext der ausbleibenden Leistung regelmäßig auf die Fälle, in denen die dem Käufer aufgegebene ersatzweise Gewinnrealisierung nicht mehr *in vollem Umfang* möglich ist. Es sind dies die Fälle, in denen die vollständige Gewinnerzielung an die *Rechtzeitigkeit* der Leistungserbringung gebunden ist. Die Verletzung dieses Rechtzeitigkeitsinteresses löst – wie auch die Verletzung eines absolut geschützten Rechts oder Rechtsguts⁵⁰⁷ – einen Anspruch auf Ersatz der (gerade) hierdurch vereitelten Gewinnrealisierung aus.⁵⁰⁸

2. Geltendmachung des Anspruchs als maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgeblicher Zeitpunkt zur Bemessung der Marktpreisdifferenz ist die – nach den Voraussetzungen des § 281 I S. 1, II BGB auch berechtigte – Entscheidung des Käufers i. S. d. § 281 IV BGB: In diesem Zeitpunkt erlischt der Erfüllungsanspruch und entsteht zugleich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.⁵⁰⁹ Eine zu diesem Zeitpunkt zugunsten des Käufers ausfallende Markt-

⁵⁰⁵ Flume, Marktaustausch (2019), 189.

⁵⁰⁶ Hierzu die Nachweise in Fn. 102.

⁵⁰⁷ Hierzu § 5 C. II.

⁵⁰⁸ Begriff des „Rechtzeitigkeitsinteresses“ bei Giesen, FS Huber (2006), 263, 265, 289. Zum Ersatz entgangenen Gewinns § 6 A. III.

⁵⁰⁹ Der hier gewählte Zeitpunkt stimmt mit demjenigen überein, den die Literatur für ihre Form „abstrakter“ Schadensberechnung anhand eines hypothetischen Deckungsgeschäftes (§ 3 C. II.) wählt, hierzu die Nachweise in Fn. 161; freilich gilt diese Fixierung auf einen bestimmten Zeitpunkt – anders als nach dem hier vertretenen Modell von der ausschließlichen Maßgeblichkeit der Marktpreisdifferenz – im Konzept der Literatur nicht, wenn sich der Käufer stattdessen für die Abrechnung nach einem „konkret“ getätigten Deckungsgeschäft entscheidet, hierzu § 3 C. II. 3., exemplarisch Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 116f.

preisdifferenz ist ihm als *ausschließlicher* Inhalt des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB zu ersetzen. Dieser Zeitpunkt ist abgeleitet aus der Funktion des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung,⁵¹⁰ der dem Gläubiger eine monetäre Form der Vertragserfüllung ermöglichen soll, nachdem dieser vom naturalen Leistungsaustausch Abstand genommen hat. Auf einen früheren Zeitpunkt kann es deshalb nicht ankommen, weil der Käufer gem. § 281 I S. 1 BGB, vorbehaltlich einer Fristsetzungsentbehrlichkeit i. S. d. § 281 II BGB, dazu angehalten ist, dem Verkäufer eine Nachfrist zu setzen.

Vor dem Zeitpunkt des § 281 IV BGB abgeschlossene Geschäfte tätigt der Käufer auf eigenes Risiko: Er bringt der Verkäufer die Leistung innerhalb der Nachfrist, hat der Käufer keinen Anspruch auf die Marktpreisdifferenz. Fällt die Leistung endgültig aus, besteht das Risiko zumindest insofern fort, als dem Käufer nur die nach dem Zeitpunkt des § 281 IV BGB bemessenen Mehrkosten ersetzt werden. Ebenso wenig wie ein „vorzeitiges“ Deckungsgeschäft⁵¹¹ hat ein solches Geschäft Bedeutung, das erst (irgendwann) nach dem Zeitpunkt des § 281 IV BGB abgeschlossen wird. Ein weiteres, der Geltendmachung des Anspruchs nachgelagertes, Zuwarthen auf Kosten des Verkäufers ist dem Käufer nicht möglich. Rein tatsächlich kann der Käufer die Marktpreisdifferenz freilich dazu einsetzen, die Mehrkosten eines (irgendwann) nach Geltendmachung des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB durchgeführten Deckungsgeschäftes zu finanzieren. Der Käufer trägt jedoch auch in diesen Fällen das Risiko, dass die Marktpreisdifferenz nicht ausreicht, um die Mehrkosten des tatsächlich durchgeführten Deckungsgeschäftes (vollständig) abzudecken.

Der Zeitpunkt der Geltendmachung selbst steht grundsätzlich im Belieben des Käufers. Insbesondere ist ein Zuwarthen kein unzulässiges Spekulieren zulasten des Verkäufers.⁵¹² Die vom Ablauf der Nachfrist ausgelöste Schwebelage ist – nach Abschaffung der unmittelbaren Verknüpfung von Fristsetzung und Ablehnungsandrohung nach § 326 BGB a. F. – gesetzlich gewollt. Der Käufer hat trotz Ablaufs der Nachfrist aus § 433 I S. 1 BGB weiterhin das Recht, Übergabe und Übereignung der Kaufsache zu verlangen. Der (gesetzestheoretische) Erhalt dieses Rechts trotz Ablaufs der Nachfrist korrespondiert mit dem Interesse des Käufers, den Leistungsanspruch nicht aufgeben zu müssen, bevor er sich einen Deckungskauf hinreichend gesichert hat. Zwar ist die Marktpreisdifferenz dogmatisch betrachtet kein Ersatz für die Mehrkosten einer konkreten Ersatzeindeckung; rein

⁵¹⁰ Flume, AcP 215 (2015), 282, 340 f.; allgemein zur Funktion der Marktpreisdifferenz ebd., 290.

⁵¹¹ Zum „vorzeitigen“ Deckungsgeschäft ausführlich § 6 A.II.

⁵¹² Ausführlich zu dieser von Adler, ZHR 86 (1923), 1, 22 f. und Rabel, Das Recht des Warenkaufs 1. Band (1936), 463 ff. angestoßenen Diskussion Flume, AcP 215 (2015), 282, 344 ff.

tatsächlich wird jedoch beim Käufer häufig ein Interesse daran bestehen, eine alternative Beschaffungsoption in Aussicht zu haben, wenn er sich seines Anspruchs gegen den Verkäufer aus § 433 I S. 1 BGB begibt. Gem. § 281 IV BGB selbst über den Übergang von der Erfüllungs- auf die Ersatzebene entscheiden zu können, kommt dem Käufer auf seiner Suche nach einer Ersatzendeckung entgegen.⁵¹³ Er kann sicherstellen, dass ihm der Marktpreis zu dem Zeitpunkt ersetzt wird, zu dem er tatsächlich über eine ersatzweise Einkaufsgelegenheit verfügt.⁵¹⁴

3. Unabhängigkeit von einer tatsächlichen Vermögensentwicklung

Es kann infolge der hier vorgeschlagenen Unabhängigkeit der Marktpreisdifferenz von der tatsächlichen Durchführung eines Deckungskaufs auch der Fall eintreten, dass der Käufer den Differenzbetrag zu einem anderen Zweck als zur Beschaffung der Kaufsache einsetzt. Die Bemessung des Anspruchs nach der Marktpreisdifferenz wirkte sich hier nicht als bloße Frage der quantitativen Risikozuweisung aus; der Käufer erhielt vielmehr eine – bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages im Wege des Leistungsaustausches nicht bestehende – „Dispositionsfreiheit“.⁵¹⁵ Anstatt des Vorteils, die Kaufsache günstig zu erhalten, verschaffte sich der Käufer die freie Verfügung über einen Geldbetrag.⁵¹⁶

Auch diese praktische Auswirkung, die der von den Umständen des Einzelfalls losgelöste, dogmatisch abstrahierte Ersatz der Marktpreisdifferenz haben kann, ist indes interessengerecht. Der Käufer hat sein Erwerbsinteresse mit dem Abschluss des Kaufvertrages und der eigenen Vertragstreue hinreichend dokumentiert.⁵¹⁷ Die Marktpreisdifferenz orientiert sich am paradigmatischen Leitfall – dem Fortbestand des käuferseitigen Erwerbsinteresses. Insbesondere bei gewerblichen Käufern werden die Fälle der „zweckwidrigen“ Verwendung der Marktpreisdifferenz selten sein. Es besteht dort regelmäßig die Absicht, aus einer Weiterveräußerung (oder Weiterverwertung) der Kaufsache einen Gewinn zu erzielen. Aber auch der private Käufer wird häufig ein fortbestehendes Interesse am Erwerb der Sache haben – dessentwegen hat er den Kaufvertrag jedenfalls ursprünglich abgeschlossen.

⁵¹³ Prächtig ders., Marktaustausch (2019), 180 („Umwandlungsentscheidung“).

⁵¹⁴ Die hier vertretene Ansicht geht davon aus, dass dem Käufer in Hinblick auf Leistungsversuche, die der Verkäufer nach Ablauf der Nachfrist unternimmt, ein weitreichendes Zurückweisungsrecht zukommt. Zum Streitstand um die Schwebelage nach Ablauf der Nachfrist umfassend Soergel/Benicke/Hellwig (13. Auflage 2014), § 281 Rn. 224 ff.

⁵¹⁵ Dafür, dass es sich nicht um die zu § 249 II BGB entwickelte Dispositionsfreiheit handelt, § 5 E. II. 3. b).

⁵¹⁶ Hierzu knapp Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 91.

⁵¹⁷ Dieses Argument findet sich auch *ebd.*, 97.

Besteht ein solches Erwerbsinteresse über den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung fort, stellen sich lediglich die bereits aufgeworfenen Fragen nach dem *Zeitpunkt*⁵¹⁸ und den genauen *Modalitäten* des Deckungskaufs. Beides wird einer Entscheidung des Käufers zugewiesen – um den Preis, dass dieser das Risiko einer sich zu seinen Ungunsten vollziehenden Preisentwicklung ebenso wie einer ungeschickten Verhandlungsführung trägt. Die wenigen Fälle, in denen der Käufer sich nachträglich dazu entscheidet, auf sein gegenständliches Erwerbsinteresse an der Kaufsache zu verzichten, und stattdessen frei über den Ersatzbetrag zu disponieren, sind aufgrund der erheblichen praktischen Vereinfachung der Abwicklung gerechtfertigt.

Die Marktpreisdifferenz bildet nur denjenigen wirtschaftlichen Vorteil ab, den der vertragliche Beschaffungsanspruch für den Käufer im Zeitpunkt seiner Abstandnahme von dieser gesicherten Rechtsposition hat. Sie geht der Höhe nach nicht über den Vorteil hinaus, der für den Käufer auch mit der Erfüllung des Vertrages zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens einherginge. Insofern besteht ein wesentlicher Gleichlauf zwischen der Bemessung des Ersatzanspruchs einerseits und dem naturalen Leistungsaustausch andererseits. Die insofern eintretende Monetarisierung des Interesses, die Kaufsache gerade zum vereinbarten Kaufpreis zu erwerben, kann auch deshalb hingenommen werden, weil dieses Interesse von der fortgesetzten, gem. § 281 I S. 1 BGB grundsätzlich über den Zeitpunkt der Fälligkeit hinausreichenden, verkäuferseitigen Nichtleistung beeinträchtigt wird. Auch für die Belastung des Verkäufers hat es keine Bedeutung, ob der Käufer eine Ersatzeindeckung tatsächlich vornimmt oder ausnahmsweise endgültig darauf verzichtet. Die Vorteile einer zeitlich präzisen Risikozuweisung, wonach der Käufer selbst über den Zeitpunkt einer tatsächlichen Ersatzeindeckung entscheiden darf, überwiegen das Interesse des Verkäufers, eine Ersatzpflicht in den wenigen Fällen zu vermeiden, in denen der Käufer sein Erwerbsinteresse endgültig aufgibt.

Die Marktpreisdifferenz bewirkt eine interessengerechte Entlastung der Anspruchsbestimmung: Anstatt exakt abzurechnen, welcher Mehraufwand sich für den Käufer im Zuge der endgültigen verkäuferseitigen Nichtleistung (konkret) ergibt, erhält dieser die Freiheit, selbst darüber zu entscheiden, wann und in welcher Höhe er den Ersatzbetrag einsetzt. Es erübrigts sich die praktische Schwierigkeit, ein tatsächlich abgeschlossenes Geschäft des Käufers als „Deckungsgeschäft“ einzuordnen, dem die Funktion zukommen soll, den ursprünglichen Kaufvertrag zu ersetzen. Es gibt bisher keine hinreichend objektivierten Parameter dafür, wann ein bestimmtes Geschäft diese Funktion erfüllt, und unter welchen Umständen es umgekehrt von der verkäuferseitigen Nichterfüllung unabhängig ist.⁵¹⁹

⁵¹⁸ Zum Zeitpunkt des Deckungskaufs § 6 A.I.2. und § 6 A.II.

⁵¹⁹ Zweifel an der Möglichkeit, ein bestimmtes Geschäft dem gestörten Vertrag als Deckungsgeschäft zuzuordnen, auch bei *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 61,

Es lassen sich mit Ausnahme der verfehlten Bezugnahme der Anspruchsbezeichnung (*Schadensersatz* statt der Leistung) auf das Schadensrecht einschließlich der schadensrechtlichen Dogmatik⁵²⁰ sowie deren beider Ausrichtung an einer Einbuße⁵²¹ keine Gründe dafür finden, dem nicht belieferten Käufer ins Detail gehende Nachweispflichten über seine Geschäftsabschlüsse und Geschäftsbeziehungen aufzuerlegen.⁵²² Im Gegenteil: Nachdem der Verkäufer die Möglichkeit hatte, der Zahlung des Ersatzbetrages im Wege des naturalen Leistungsaustausches zu entgehen, muss er den Käufer von nun an *monetär* in den Stand versetzen, die Leistung zu erhalten.

4. Unabhängigkeit der – auf § 281 IV i.V.m. § 280 III BGB gestützten – Marktpreisdifferenz von § 376 II HGB

§ 376 II HGB ist keine abschließende Spezialregelung, die einer allgemeinen Anwendung der Marktpreisdifferenz als Ersatzinhalt des Schadensersatzes statt der Leistung entgegenstünde. Zwar ist § 376 II HGB auf den Unterschiedsbetrag des Kaufpreises zum Marktpreis des *Gläubigers* und damit auf die Marktpreisdifferenz gerichtet: Für den Käufer geht es um die Differenz des Kaufpreises zum Marktpreis eines *Deckungskaufs*, für den Verkäufer um die Differenz des Kaufpreises zum Marktpreis eines *Deckungsverkaufs*.⁵²³ Dies ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber gerade bei zeitlich besonders fixierten Geschäften des Handelsverkehrs davon ausging, dass der Gläubiger in seinem Interesse, die Kaufsache genau zu einem bestimmten Preis zu erwerben oder zu veräußern, zu schützen sei. Zu diesem Zweck wird der „abstrakten“ Schadensberechnung i. S. d. § 376 II HGB der Preis zugrunde gelegt, zu dem ein Deckungsgeschäft nach Marktkondi-

freilich zu Kriterien gleichwohl *ebd.*, 104 ff.; für entsprechend pauschale Definitionsvorschläge auch *Adler*, ZHR 86 (1923), 1, 43; *Düringer/Hachenburg/Werner*, HGB Band IV (3. Auflage 1932), Einleitung Anm. 352; definitorische Unschärfe auch bei *Staub/Heinichen*, Handelsgesetzbuch (14. Auflage 1933), Anhang zu § 374 Rn. 68; *Schlegelberger/Hesermehl*, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 28; *Soergel/Wiedemann* (12. Auflage 1990), Vor § 275 Rn. 45; *Staudinger/Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 280 E 99; BeckOGK/*Riehm* (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 241 f. Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts RGZ 98, 271, 272 f.

⁵²⁰ Hierzu umfassend § 5, insb. D. II.

⁵²¹ Hierzu § 3 A.

⁵²² *Flume*, Juristische Blätter 2020, 502, 517 ff.

⁵²³ v. *Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität (1962), 1, 8 (zitiert nach: Gesammelte Schriften I (1968), 411, 419); *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 142 f. m.w.N.; *MüKo/Grunewald*, HGB (5. Auflage 2021), § 376 Rn. 23, 26; BeckOGK/*Höpfner* (Stand 01.12.2022), § 376 Rn. 44 f. (Käufer). Anders *Herresthal*, ZIP 2006, 883, 888 (ohne Begründung); widersprüchlich *Huber*, FS Schmidt (2009), 725, 739 f. (einerseits), 742 f. (andererseits). Für ein Wahlrecht zwischen dem Markt eines (hypothetischen) Deckungsgeschäftes und dem Absatzmarkt *Staub/Koller*, HGB (5. Auflage 2013), § 376 Rn. 35 f.; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Achilles*, HGB (4. Auflage 2020), § 376 Rn. 36; BeckOK/*Schwartz*, HGB (Stand: 15.01.2023), § 376 Rn. 14.

tionen im Erfüllungszeitpunkt abgeschlossen werden kann: Die Differenz zum vereinbarten Kaufpreis wird dem Gläubiger ersetzt.

*a) § 376 HGB als handelsrechtliche Spezialregelung
ohne Abschlusswirkung*

§ 376 II HGB ist jedoch keine abschließende Regelung für Fixhandelsgeschäfte, die Ausschlusswirkung für eine Anwendung der Marktpreisdifferenz auch im BGB entfalten würde. Eine solche Auslegung widerspräche der Intention der Verfasser des HGB, die in der – vor Geltung des BGB – geschaffenen Regelung lediglich die spezifische Anwendung eines allgemeinen Prinzips erblickten, dessen Geltung von § 376 HGB vorausgesetzt wird.⁵²⁴ Die von § 376 HGB erfasste Interessenlage eines Gläubigers, der ein vertraglich vereinbartes, besonderes Interesse daran hat, die Leistung rechtzeitig zu erhalten, kann auch bei Kaufverträgen bestehen, die keine Handelsgeschäfte sind. Auch nimmt der grundsätzliche Regelungsgehalt der Norm – ausgenommen des spezifisch geregelten Zeitpunktes und der Voraussetzungen für die Anerkennung eines Deckungsgeschäftes – keinen Bezug auf (irgend-)ein Spezifikum, das sich nur bei relativen Fixgeschäften gerade des Handelsverkehrs stellt.⁵²⁵

In systematischer Hinsicht beschränkt sich § 376 II HGB auf die Regelung der spezifischen Interessenlage, die bei der Bemessung der Marktpreisdifferenz von relativen Fixgeschäften auftritt: das bereits bei Kaufvertragsschluss vorhandene und bei nicht termingerechter Erfüllung verletzte *besondere* Interesse, dass der Kaufvertrag *gerade* zum Fälligkeitszeitpunkt erfüllt wird. In Abweichung zum von § 281 I S. 1 BGB aufgestellten Erfordernis, dem Schuldner eine Nachfrist zu setzen, und in Abweichung zum im Anschluss nach § 281 IV BGB bestehenden Wahlrecht, bestimmt § 376 I S. 1 HGB, dass der Gläubiger unmittelbar zum Fälligkeitszeitpunkt Schadensersatz wegen Nichterfüllung (sic!) verlangen kann und dies vorbehaltlich eines sofortigen Erfüllungsverlangens auch muss; der Erfüllungsanspruch selbst geht verloren. Konsequenterweise ist auch der aus § 376 II HGB geschuldete Schadensersatz nach dem Marktpreis des Gläubigers *im Fälligkeitszeitpunkt* zu bemessen. Die Fixierung der Vertragsabwicklung auf diesen Zeitpunkt setzt sich darin fort, dass konkrete Deckungsgeschäfte nur unter den restriktiven Voraussetzungen des § 376 III HGB zur Anspruchsbemessung herangezogen werden können.

⁵²⁴ Schlegelberger/Hefermehl, HGB (5. Auflage 1982), § 376 Rn. 12; Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 142; Knütel, AcP 202 (2002), 555, 565 in Fn. 43. Die Diskussion bei der Entstehung der handelsrechtlichen Normen konzentrierte sich statt dessen darauf, ob der Ausschluss der Erfüllungsklage (§ 376 I S. 2 HGB) auf Verträge ausgedehnt werden soll, die keinen Fixcharakter haben, hierzu Hager, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware (1975), 150 f.

⁵²⁵ Huber, FS Schmidt (2009), 725, 742.

b) Kein Erfordernis einer analogen Anwendung des § 376 II HGB

Zur Anwendung der Marktpreisdifferenz als Ersatzinhalt des Schadensersatzes statt der Leistung bedarf es jedoch umgekehrt auch keiner analogen Anwendung des § 376 II HGB.⁵²⁶ Der Tatbestand des relativen Fixhandelsgeschäfts und insbesondere das daran anknüpfende System der möglichen Rechtsfolgen – sofortiges Festhalten am Erfüllungsverlangen, regelmäßig abstrakte und nur in engen Grenzen konkrete Bemessung des Schadensersatzes statt der Leistung – sind auf eine bestimmte Fallgruppe des Kaufvertrages über marktgängige Waren zugeschnitten.

Eine analoge Anwendung dieser Rechtsfolgen verfehlte nicht nur die Interessenlage von Vertragsgläubigern, die ihr Interesse an der Leistungserbringung des Schuldners gerade nicht an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden haben. Auch solche Gläubiger, die zwar ein relatives Fixgeschäft vereinbart haben, jedoch keine Kaufleute sind, verlören mit einer analogen Anwendung der Rechtsfolgen des § 376 I HGB eines ihrer wesentlichen Rechte bei Leistungsverzug im Bürgerlichen Recht: Gem. § 281 IV BGB selbst über den Zeitpunkt entscheiden zu dürfen, zu dem sie anstelle der Leistung Schadensersatz verlangen. Es zeichnet ihre Rechtsstellung gerade aus, dass sie bis zu diesem Zeitpunkt (vorläufig) am Erfüllungsverlangen festhalten können.⁵²⁷ Die Qualifikation der Leistungszeitvereinbarung als „relatives Fixgeschäft“ führt in der Systematik des § 281 BGB allenfalls dazu, dass die für ein berechtigtes Schadensersatzverlangen i. S. d. § 281 IV BGB erforderliche Fristsetzung nach § 281 II BGB entbehrlich ist.⁵²⁸

Gegenstand einer analogen Anwendung der handelsrechtlichen Bestimmung über den Fixhandelskauf könnten allenfalls die Regelung zur „abstrakten“ Schadensberechnung in § 376 II HGB und die korrespondierende Einschränkung einer „konkreten“ Schadensberechnung nach einem tatsächlich getätigten Deckungsgeschäft in § 376 III HGB sein; auch diesbezüglich wären freilich Korrekturen erforderlich. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Anspruchsbemessung nach § 376 II HGB müsste von der Fälligkeit der Leistung auf die (berechtigte) Gel-

⁵²⁶ Für einen solchen Ansatz freilich *ebd.*, 742 ff. (zusammenfassend *ebd.*, 744 f.); (wie hier) gegen eine analoge Anwendung auch *Müller*, WM 2013, 1, 7f.; MüKo/*Oetker* (9. Auflage 2022), § 252 Rn. 50; BeckOGK/*Höpfner* (Stand 01.12.2022), § 376 Rn. 47.

⁵²⁷ Zur Bedeutung des Wahlrechts zwischen Erfüllung und Schadensersatzverlangen im modernisierten Schuldrecht und der darin liegenden Abweichung zum Konzept des § 376 HGB *Herresthal*, ZIP 2006, 883, 885 f., 889.

⁵²⁸ Zur Einordnung des „relativen Fixgeschäfts“ als (zumindest regelmäßiger) Anwendungsfall des § 281 II BGB *ebd.*, 884 f.; *Staudinger/Schwarze* (Neubearbeitung 2019), § 281 B 113 f. Ablehnend *Weiss*, NJW 2015, 3393, 3396; MüKo/*Ernst* (9. Auflage 2022), § 281 Rn. 72.

tendmachung des Schadensersatzanspruchs verschoben werden.⁵²⁹ Die Voraussetzungen dafür, ein tatsächlich durchgeführtes Deckungsgeschäft als Grundlage „konkreter“ Schadensberechnung anzuerkennen, könnten außerhalb von Handelsgeschäften ebenfalls nicht ohne Modifikationen aus § 376 III HGB entnommen werden. Dies beträfe sowohl den Zeitpunkt eines entsprechenden Deckungsgeschäftes als auch die Anforderung einer öffentlichen Versteigerung oder eines Verkaufs von einer zur öffentlichen Versteigerung befugten Person.⁵³⁰

Bei einer analogen Anwendung des § 376 II HGB bliebe in der Folge offen, ob und unter welchen Voraussetzungen tatsächlich vorgenommene Deckungsgeschäfte die Grundlage „konkreter“ Schadensberechnung sein können. Dies ist jedoch bereits für sich genommen ein wesentlicher Baustein jedes Modells vertraglicher Schadensberechnung. Jede Anerkennung „konkreter“ Schadensberechnung anhand eines tatsächlich getätigten Deckungsgeschäftes (in Verbindung mit der Berücksichtigung des dabei anfallenden Preises) wäre besonders begründungsbedürftig, da sie die mit einer „abstrakten“ Bemessung einhergehende Vereinfachung anhand einer zeitlich präzisen Risikozuweisung erheblich beeinträchtigen würde.⁵³¹

c) § 281 IV i.V.m. § 280 III BGB als normativer Anknüpfungspunkt

Die Methode der Analogie ließe zudem die Frage unbeantwortet, warum eine Anwendung der §§ 249 ff. BGB den Regelungszweck des Schadensersatzes statt der Leistung verfehlt. Sie adressierte nicht das grundlegende Problem, dass die §§ 249 ff. BGB und der Anspruch auf Schadensersatz statt der (vollständig ausbleibenden) Leistung strukturell nicht miteinander kompatibel sind. Das Dogma von der *ausnahmslosen* allgemeinen Anwendbarkeit des „allgemeinen“ Schadensrechts betrifft einen gesamten Regelungskomplex einschließlich der hierzu gebildeten Dogmatik. Die Begründung dafür, dass sich die §§ 249 ff. BGB für den Schadensersatz statt der Leistung nicht eignen, beinhaltet zugleich die argumentativen Bausteine der Neukonzeption. Die Lückenfüllung mit einer anderen Vorschrift ist nicht mehr erforderlich.

Normativer Anknüpfungspunkt für die hier vorgeschlagene Neukonzeption ist § 281 IV BGB i.V.m. § 280 III BGB. Es ist die eigenverantwortliche Entscheidung des Gläubigers, vom Leistungsaustausch Abstand zu nehmen, die den An-

⁵²⁹ Demgegenüber für den Fälligkeitszeitpunkt – ohne Auseinandersetzung mit der Rechtslage nach Bürgerlichem Recht – *Huber, FS Schmidt (2009), 725, 742, 744*, indes mit der Möglichkeit, einen späteren Zeitpunkt als Ergebnis „konkreter“ Berechnung zu grunde zu legen.

⁵³⁰ Zu letzterem Aspekt *Herresthal, ZIP 2006, 883, 888; Müller, WM 2013, 1, 8.*

⁵³¹ *Ebd., 7f.* (zur Bedeutung der Einschränkungen des § 376 III HGB als korrespondierende Vorschrift zur Anerkennung „abstrakter“ Schadensberechnung in § 376 II HGB *ebd., 2f.*)

spruch gem. § 281 IV BGB überhaupt erst zur Entstehung bringt. Infolge dieser Entscheidung wandelt sich das ursprüngliche Gegenseitigkeits- in ein einseitig den Schuldner treffendes Abwicklungsverhältnis um.⁵³² Maßstab für dieses Abwicklungsverhältnis ist gem. § 280 III BGB das Leistungsinteresse des Gläubigers, wie es entweder auf den Erwerb (Käufer) oder Absatz (Verkäufer) der Kaufsache gerichtet ist.

II. Bisheriger Problemfall: „Vorzeitiges“ Deckungsgeschäft

Als „vorzeitig“ werden nach allgemeiner Diktion solche Deckungsgeschäfte bezeichnet, die vor dem Schadensersatzverlangen nach § 281 IV BGB abgeschlossen werden. Unter diese Kategorie fällt sowohl der Zeitraum vor Ablauf einer nach § 281 I S. 1 BGB erforderlichen Nachfrist als auch der (verbleibende) Zeitraum bis zum Schadensersatzverlangen.⁵³³ Die zuletzt genannte Fallgruppe ist darauf zurückzuführen, dass allein der Fristablauf den Leistungsanspruch noch nicht zum Erlöschen bringt;⁵³⁴ das Erlöschen des Leistungsanspruchs ist seit der Schuldrechtsreform an den Zeitpunkt geknüpft, zu dem sich der Gläubiger entscheidet, vom Leistungsaustausch Abstand zu nehmen.⁵³⁵

1. Bisheriger Diskussionsstand zur „Abgrenzung der Schadensarten“

In Bezug auf den Erhalt der Leistung können sich beim „vorzeitigen“ Deckungsgeschäft zwei unterschiedliche Entwicklungen einstellen: Entweder wird die Leistung schlussendlich nachgeholt, ohne dass der Gläubiger zuvor Schadensersatz statt der Leistung *geltend macht*, oder die Leistung bleibt bis zu diesem Zeitpunkt (endgültig) aus.⁵³⁶

a) Nachholung der Leistung

Für den Fall, dass die Leistung schlussendlich nachgeholt wird, besteht zwischen den unterschiedlichen Vertretern einer Abgrenzung der Schadensarten im Ergebnis Einigkeit: Ein zum Erhalt der Leistung hinzutretender Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten eines („vorzeitigen“) Deckungsgeschäftes scheidet – vorbe-

⁵³² Flume, Marktaustausch (2019), 169 ff., 258; Schiemann, JZ 2021, 939, 949 erkennt in § 281 IV BGB immerhin einen möglichen „Fingerzeig zu einer selbständigen Entwicklung des Schadensersatzes statt der Leistung“.

⁵³³ Kritisch zur Einordnung auch der Deckungsgeschäfte nach der zweiten Fallgruppe als „vorzeitig“ BeckOGK/Riehm (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 262 f.

⁵³⁴ So auch Schroeter, AcP 220 (2020), 234, 276 f. mit Nachweisen zur Terminologie in Fn. 232.

⁵³⁵ § 281 IV BGB anstelle von § 326 I S. 2 BGB a.F.

⁵³⁶ Zur Bedeutung dieser beiden unterschiedlichen Zustände Benicke/Hellwig, ZIP 2015, 1106, 1110 f.

haltlich der Abwendung eines (größeren) Verzugsschadens⁵³⁷ – aus.⁵³⁸ Es unterscheidet sich in dieser Konstellation lediglich die Zuordnung des „vorzeitigen“ Deckungsgeschäftes zu den Anspruchsgrundlagen der §§ 280 I, III, 281 und §§ 280 I, II, 286 BGB. Der zentrale Wertungsgesichtspunkt gegen den Ersatz der Mehrkosten eines „vorzeitigen“ Deckungsgeschäftes bei nachträglichem Erhalt der Leistung ist, dass der Käufer so gestellt würde, als könnte er statt einer *zwei* Kaufsachen *zum vereinbarten Preis* beanspruchen.⁵³⁹

Die doppelte Befriedigung ein und desselben (Leistungs-)Interesses lässt sich zum einen dadurch vermeiden, dass die Mehrkosten eines Deckungsgeschäftes – als Ausdruck einer phänomenologischen Abgrenzung der Schadensarten – ausschließlich dem Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 BGB zugeordnet werden.⁵⁴⁰ Dieser Anspruch kann nur geltend gemacht werden, wenn die Leistung bis zu eben diesem Zeitpunkt (endgültig) ausbleibt. Zum anderen kann – auf der Grundlage einer zeitlich-dynamischen Abgrenzung der Schadensarten, welche die Mehrkosten eines „vorzeitigen“ Deckungsgeschäftes als einen nicht mehr im Wege des Leistungserhalts zu beseitigenden „Schaden“ dem Schadensersatz *neben* der Leistung nach §§ 280 I, II, 286 BGB zuordnet – der (nachträgliche) Erhalt der Leistung dadurch in Ansatz gebracht werden, dass er einen zunächst (infolge „bloßen“ Verzugs) nur vorläufig eintretenden Schaden wieder beseitigt.⁵⁴¹

b) Endgültiges Ausbleiben der Leistung

Für den (umgekehrten) Fall, dass die Leistung endgültig ausbleibt, besteht weniger Einigkeit – insbesondere in Bezug auf ein bereits *vor Fristablauf* getätigtes Deckungsgeschäft. Nach den Vertretern einer schadensphänomenologischen Zuordnung des Deckungsgeschäftes zum Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB ist das schlussendliche Ausbleiben der Leistung notwendige, aber auch hinreichende

⁵³⁷ Zu dieser Fallgruppe § 6 A.III.3. (insb. c)). Einstweilen *Hellgardt*, JuS 2016, 1057, 1059 f. mit Fn. 30.

⁵³⁸ Nach schadensphänomenologischer Abgrenzung *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 30, 33 f.; (implizit) *Schroeter*, AcP 220 (2020), 234, 275 f.; BeckOGK/*Riehm* (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 262. Nach zeitlich-dynamischer Abgrenzung *Faust*, FS *Huber* (2006), 239, 255; *Bach*, ZJS 2013, 1, 7; *Gsell*, FS *Canaris* zum 80. Geburtstag (2017), 451, 462 f., 466 f.; andeutungsweise auch *Lorenz*, FS *Leenen* (2012), 147, 162.

⁵³⁹ Zu diesem Argument BGH NJW 2013, 2959, 2961 (Rn. 28). Zustimmend als Vertreter einer zeitlich-dynamischen Abgrenzung *Gsell*, FS *Canaris* zum 80. Geburtstag (2017), 451, 465 m.w.N.; nach einer Analyse des Regelungszwecks von § 281 IV BGB knapp auch *Bach*, ZJS 2013, 1, 6. Explizit auch *Benicke/Hellwig*, ZIP 2015, 1106, 1110 f.

⁵⁴⁰ Hierzu die entsprechenden Nachweise in Fn. 538.

⁵⁴¹ Vgl. für eine solchermaßen vorläufige Schadensbestimmung *Gsell*, FS *Canaris* zum 80. Geburtstag (2017), 451, 462 f., 466; daneben *Korch/Hagemeyer*, JURA 2014, 1077, 1082 ff.

Ersatzvoraussetzung.⁵⁴² Die „Vorzeitigkeit“ des Deckungsgeschäftes wirkt sich auf die Ersatzfähigkeit nicht aus, wenn nur die Leistung endgültig ausbleibt.

Dies stimmt im Ergebnis damit überein, wenn von Vertretern einer zeitlich-dynamischen Abgrenzung der Schadensarten geltend gemacht wird, ein zunächst nur vorläufiger Schaden habe sich zu einem endgültigen Schaden verdichtet, der im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 BGB zu ersetzen sei.⁵⁴³ Nach anderen Vertretern einer zeitlich-dynamischen Abgrenzung werden die Mehrkosten eines „vorzeitigen“ Deckungsgeschäftes demgegenüber abschließend als ein bereits im Zeitpunkt der Vornahme endgültig eingetretener Schaden eingeordnet, der (allein) im Rahmen eines Anspruchs auf Schadensersatz *neben der Leistung* nach §§ 280 I, II, 286 BGB zu ersetzen sei. Hierbei sei jedoch zentrale tatbestandliche Voraussetzung, dass das Deckungsgeschäft erst nach Ablauf der Nachfrist vorgenommen wurde.⁵⁴⁴ Methodischer Anknüpfungspunkt für diese (nachjustierende) Binnenkorrektur des zeitlich-dynamischen Ansatzes ist entweder § 254 BGB oder die Figur der Herausforderungskausalität;⁵⁴⁵ teilweise wird der Anspruch auch unter Rekurs auf übergeordnete Wertungen versagt.⁵⁴⁶

c) Defizite des bisherigen Diskussionsstandes

Die bisherige Argumentation zur Ersatzfähigkeit des „vorzeitigen“ Deckungsgeschäftes zeichnet sich dadurch aus, dass sie anhand dessen Zuordnung in die Schadenskategorien geführt wird. Der mit einem Deckungsgeschäft verbundene Mehraufwand wird ohne weitere Begründung als „Schaden“ eingeordnet, den der Gläubiger infolge des entsprechenden Geschäftsabschlusses erleidet. In der klassischen Terminologie der vertraglichen Schadensberechnung entspricht dies einer „konkreten“ Schadensberechnung: Der Rekurs auf ein Deckungsgeschäft orientiert sich an den Umständen des jeweiligen Einzelfalls. Über die Einordnung eines „Deckungsgeschäftes“ als Schaden wird dabei ebenso wenig diskutiert wie über etwaige Voraussetzungen für die „deckende“ Funktion eines Drittvertrages.⁵⁴⁷ In-

⁵⁴² Soergel/Benicke/Hellwig (13. Auflage 2014), § 280 Rn. 370; Hellgardt, JuS 2016, 1057, 1062; Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1, 33; BeckOGK/Riehm (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 262 (spezifisch für Deckungsgeschäfte zwischen Fristablauf und Ersatzverlangen); so auch BGH NJW 1998, 2901, 2903 (zum alten Schuldrecht).

⁵⁴³ Gsell, FS Canaris zum 80. Geburtstag (2017), 451, 467.

⁵⁴⁴ Lorenz, FS Leenen (2012), 147, 161 unter dezidierter Ablehnung des Ersatzes für Mehraufwendungen eines vor Fristablauf getätigten Deckungsgeschäftes.

⁵⁴⁵ Zu den unterschiedlichen Korrekturen Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1, 32 f. m.w.N.

⁵⁴⁶ Faust, FS Huber (2006), 239, 255 f.

⁵⁴⁷ Eine Ausnahme in der Diskussion um das „vorzeitige“ Deckungsgeschäft bildet BeckOGK/Riehm (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 241 f. Zu Definitionsvorschlägen des Begriffs „Deckungsgeschäft“ in der Diskussion um „konkrete“ und „abstrakte“ Schadensberechnung noch die Nachweise in Fn. 519.

folge dieser Fixierung auf einen konkreten Geschäftsabschluss erlangt der Zeitpunkt eines Deckungsgeschäftes seine zentrale Bedeutung für die jeweilige Argumentation: Entweder wird der Ersatz von Mehraufwendungen *aufgrund* der „Vorzeitigkeit“ des Geschäftsabschlusses versagt oder die Ersatzfähigkeit der konkret anfallenden Mehrkosten *trotz* der „Vorzeitigkeit“ gerechtfertigt.

Die Konzentration auf ein tatsächlich abgeschlossenes Deckungsgeschäft (und dessen zeitliche Einordnung) ist Ausdruck einer defizitären Problemanalyse. Beide Ansichten erkennen die Möglichkeit einer „abstrakten“, das heißt von einem bestimmten Geschäftsabschluss losgelösten, Anspruchsbestimmung des Schadensersatzes statt der Leistung.⁵⁴⁸ Dies kommt (besonders) pointiert in der Beobachtung zum Ausdruck, dass der Käufer (bei einer zeitlich-dynamischen Abgrenzung) zur Aufgabe seines Erfüllungsanspruchs gezwungen sei, um *anschließend* ein als „Schaden“ ersatzfähiges Deckungsgeschäft abschließen zu können: Der Käufer müsse einen Anspruch geltend machen (§ 281 IV BGB), den er zu diesem Zeitpunkt – mangels „Schadens“ – noch gar nicht „beziffern“ könne.⁵⁴⁹

Nach dem Ansatz, den die allgemeine Ansicht in der Literatur (zum alten Schuldrecht) zur „abstrakten“ Schadensberechnung des Käufers wählt, kann dieser seinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (wegen Nichterfüllung) anhand eines *hypothetischen* Deckungsgeschäftes berechnen.⁵⁵⁰ Unter Einbezug dieses Verständnisses „abstrakter“ Schadensberechnung ginge es beim „vorzeitigen“ Deckungsgeschäft „nur“ noch darum, für den Fall des (endgültigen) Ausbleibens der Leistung das Konkurrenzverhältnis von „konkreter“ und „abstrakter“ Berechnung zu beantworten. Der Vortrag eines bestimmten Deckungsgeschäftes wäre nach diesem Ansatz nicht erforderlich. Auf einen tatsächlichen Geschäftsabschluss würde sich der Käufer nur noch dann berufen, wenn der dort vereinbarte Preis über dem Marktpreis im Zeitpunkt seines Ersatzverlangens liegt; andernfalls ist eine „abstrakte“ Berechnung für ihn ohnehin günstiger. Die aufgeworfene Frage nach der Konkurrenz von „konkreter“ und „abstrakter“ Berechnung ist eine der drei grundlegenden Fragen⁵⁵¹ der Anspruchsbestimmung

⁵⁴⁸ Lorenz, FS Leenen (2012), 147, 158, 163 f., 167 f. weist durchgängig auf die Möglichkeit „abstrakter“ Schadensberechnung hin, zieht hieraus jedoch keine Konsequenz für sein Abgrenzungsmodell; explizit gegen die Möglichkeit „fiktive(r) Abrechnung“ Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1, 32 in Fn. 138 (mit Rekurs auf BGH NJW 2018, 1463, 1465 f.), s. auch *ebd.*, 31 in Fn. 132 und 18 in Fn. 86, jeweils m.w.N.

⁵⁴⁹ Lorenz, FS Leenen (2012), 147, 158 (der jedoch an der zeitlichen Abgrenzung festhält); zustimmend Soergel/Benicke/Hellwig (13. Auflage 2014), § 280 Rn. 369, wenn auch mit der Einschränkung „für eine konkrete Schadensberechnung“. Den von der zeitlichen Abgrenzung bewirkten Zirkelschluss beschreibt präzise Ostendorf, NJW 2010, 2833, 2835 f. (wiederum mit der Einschränkung „bei einer konkreten und nicht nur abstrakten Schadensberechnung, *ebd.*, 2835“), führt diesen jedoch auf eine fehlende Eignung der zeitlichen Abgrenzung zurück.

⁵⁵⁰ Hierzu § 3 C. II. 1.

⁵⁵¹ Hierzu § 2.

des Schadensersatzes statt der Leistung. Vom bisherigen Diskurs zum „vorzeitigen“ Deckungsgeschäft wird diese Frage nicht adressiert: Die Abgrenzung der Schadensarten ist nicht an die (ältere) Diskussion zur richtigen Form „abstrakter“ Schadensberechnung angebunden.⁵⁵²

2. Auflösung des Problemfalls bei Ersatz der Marktpreisdifferenz

Die Anwendung des hier vertretenen Ansatzes entschärft die Diskussion um die Ersatzfähigkeit eines „vorzeitigen“ Deckungsgeschäftes erheblich. Sie verhindert, dass die „Vorzeitigkeit“ eines konkreten Geschäftsabschlusses für den Käufer in einer Ersatzlücke resultiert. Der Ersatz der Marktpreisdifferenz ist unabhängig von konkret anfallenden Aufwendungen; er setzt allein das endgültige Ausbleiben der Leistung und eine in diesem Zeitpunkt⁵⁵³ zugunsten des Käufers ausfallende Marktpreisdifferenz voraus. Der Käufer muss nicht erneut auf dem Einkaufsmarkt tätig werden, um den Ersatz der Mehrkosten eines Deckungskaufs verlangen zu können. Eine solche Anforderung würde bedeuten, dass die „vorzeitigen“ Aufwendungen ersatzlos blieben.

Darüber hinaus nimmt die Marktpreisdifferenz das Verhältnis von „konkreter“ und „abstrakter“ Schadensberechnung zueinander in den Blick. Maßgeblich ist nicht der konkrete Preis eines *irgendwann* abgeschlossenen Geschäftes, sondern der Marktpreis einer Ersatzbeschaffung im Zeitpunkt der (berechtigten) Geltendmachung des Leistungser satzes.⁵⁵⁴

Das Deckungsgeschäft verliert mithin seine Funktion als selbständige „schadensbegründender“ Umstand. Es ist nicht weiter der entscheidende Gradmesser des gläubigerseitigen Leistungsinteresses;⁵⁵⁵ es wird aus der für beide Parteien relevanten Sphäre der Anspruchsbemessung herausgelöst und vollständig in die Sphäre des Leistungsgläubigers verlagert. Diese Entlastung der allgemein konsentierten Konstruktion eines das Leistungsinteresse „deckenden“ Ersatzgeschäftes ist wesentlicher Ausdruck der hier vorgeschlagenen Neukonzeption. Sie ermöglicht eine Konzentration auf das käuferseitige Erwerbsinteresse auch im Nickerfüllungsfall. Im Übrigen setzt sie die Freiheit des Käufers um, jederzeit weitere Geschäftsabschlüsse vorzunehmen – eine Freiheit, die sich insbesondere

⁵⁵² Eine Ausnahme bildet *Riehm*, BeckOGK (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 261, der das Konkurrenzverhältnis aufwirft und dem Käufer die „konkrete“ Berechnung anhand eines vor Fristablauf getätigten Deckungsgeschäftes versagt; s. auch *Korch/Hagemeyer*, JURA 2014, 1077, 1084 f.

⁵⁵³ Hierzu § 6 A.I.2.

⁵⁵⁴ So bereits *Knütel*, AcP 202 (2002), 555, 584 f.; zustimmend *Giesen*, FS Huber (2006), 263, 281, 283. Dezidiert anders BeckOGK/*Riehm* (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 243, 260 f., wonach die Ersatzfähigkeit konkret angefallener Deckungskosten lediglich bei Geschäften ausgeschlossen ist, die vor Fristablauf getätigten wurden.

⁵⁵⁵ Ähnlich *Flume*, Marktaustausch (2019), 181 f., der vom „Generalmaßstab oder yardstick der Bewertung“ (S. 182) spricht.

auf den Zeitpunkt von Deckungsgeschäften erstreckt. Diese Freiheit wird mit einer wertungsgerechten Risikotragung verbunden: Sowohl das Risiko eines „doppelten“ Leistungserhalts als auch das Risiko der zwischenzeitlichen Marktpreisentwicklung wird dem Käufer zugewiesen. Letzteres gilt in beide Richtungen: Entweder wird dem Käufer eine zu seinen Gunsten ausfallende Marktpreisdifferenz ersetzt, obwohl er seinen Bedarf bereits anderweitig „günstiger“ gedeckt hat, oder der Käufer ist auf die Marktpreisdifferenz beschränkt, obwohl er sich bereits anderweitig „teurer“ eingedeckt hat.

In der Sache bewirkt die Marktpreisdifferenz eine risikogerechte Umsetzung des Fristsetzungserfordernisses sowie der (allein) gläubigerseitigen Kompetenz zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs (als Übergang von der Naturalerfüllung auf eine ersatzweise Befriedigung des Leistungsinteresses). Vorbehaltlich der Fälle des § 281 II BGB muss der Käufer bis zum Ablauf einer angemessenen Frist damit rechnen und darauf warten, dass sein Leistungsinteresse noch im Wege der naturalen Leistungserbringung befriedigt wird. Diese ist nach der Wertung des § 281 I S. 1 BGB unabhängig von einer Entscheidung des Gläubigers eine „angemessene“ Zeit lang gegenüber der geldwerten Befriedigung des Leistungsinteresses vorrangig. Dieser Vorrang besteht auch nach Fristablauf so lange fort, bis der Käufer nach § 281 IV BGB anstelle der Leistung Schadensersatz verlangt.⁵⁵⁶ Eine vorherige Marktpreisentwicklung gehört hiernach grundsätzlich – vorbehaltlich des mittelbaren Ersatzes im Wege der Qualifikation als Abwendungsmaßnahme eines die Differenz übersteigenden Verzugsschadens⁵⁵⁷ – nicht zum Umfang des Ersatzanspruchs.

III. Ersatz entgangenen Gewinns als Verzögerungsschaden (§§ 280 I, II, 286 BGB)

Der Ersatz entgangenen Gewinns ist nach dem hier vorgeschlagenen Konzept nicht kategorisch ausgeschlossen. Er ist jedoch dem Schadensersatz *neben* der Leistung zugeordnet.⁵⁵⁸ Es geht insofern nicht um einen *in jedem Fall* zu gewährenden Mindestersatz (für die ausbleibende Leistung), sondern um einen Folgeschaden, der *je nach den konkreten Umständen* des einzelnen Falles aus dem Ausbleiben der Leistung resultieren kann. Die Zuordnung entgangenen Gewinns

⁵⁵⁶ Anders BeckOGK/Riehm (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 261, der bereits den Zeitpunkt des Ablaufs der Nachfrist für maßgeblich hält.

⁵⁵⁷ Hierzu § 6 A. III. 3.

⁵⁵⁸ Für den Fall des *endgültigen* Ausfalls der gläubigerseitigen Verwendungsplanung dezidiert anders Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727, 741: Der Ersatz entgangenen Gewinns wird dem Schadensersatz statt der Leistung zugeordnet und lediglich noch von § 254 II BGB abhängig gemacht. Gegen eine Zuordnung zu §§ 280 I, II, 286 BGB letztlich auch Flume, Marktaustausch (2019), 189 f., der stattdessen für eine Anwendung des § 281 II HS. 2 BGB plädiert.

zum Schadensersatz *neben* der Leistung folgt daraus, dass der Käufer im Wege der Marktpreisdifferenz in die Lage versetzt wird, sich die Kaufsache (zum ursprünglich vereinbarten Preis) anderweitig zu beschaffen. Hieraus folgt eine Gleichbehandlung des Falles der „endgültig“ ausbleibenden Leistung mit den Fällen, in denen die Leistung schlussendlich erbracht wird und nur zwischenzeitlich ausbleibt. Während der Käufer die Kaufsache im einen Fall vom Verkäufer erhält, beschafft er sie sich im anderen Fall selbst. Nicht der Ausfall der marktgängigen Sachleistung, sondern *nur noch deren Verzögerung* kann (Haftungs-) Grund eines Gewinnentgangs sein. Die Gewinnerzielung ist in ihrem Kern – so lange die Sache (nur) marktgängig ist und (weiterhin) weiterveräußert oder zur Produktion verwendet werden kann – nicht zeitgebunden.⁵⁵⁹

1. Konsequente Trennung von Marktpreisdifferenz und verbleibenden Verzugsschäden

Nur wenn dem Käufer Einbußen entstehen, obwohl er mit einer ersatzweise beschafften (oder aus dem eigenen Lager entnommenen) Sache ein Anschlussgeschäft durchführt, sind ihm diese zu ersetzen. Anstatt ihm aber in diesen Fällen, gestützt auf § 252 BGB, pauschal den entgangenen Gewinn als Unterschiedsbetrag zwischen dem Kaufpreis (500 Euro) und seinem Weiterveräußerungspreis (1.000 Euro) zu ersetzen, wird nach der hier vorgeschlagenen Konzeption der Ersatz der Marktpreisdifferenz (300 Euro) – als Differenz des Kaufpreises (500 Euro) zum Marktpreis eines Deckungskaufs (800 Euro) – weiterhin von einem darüber hinausgehenden Ersatz entgangenen Gewinns getrennt. Ist der ursprüngliche Weiterveräußerungspreis (1.000 Euro) zwischenzeitlich wieder (z. B. auf 900 Euro) gesunken, und kann der Käufer mithin die volle Spanne seines Geschäftsgewinns auch im Wege der Veräußerung einer ersatzweise beschafften Sache nicht mehr realisieren, erhält er eine etwaige Differenz (im Beispiel 100 Euro) als Schadensersatz *neben der Leistung* ersetzt.⁵⁶⁰ Als eine solche spezifisch auf die zeitliche Verzögerung der Weiterveräußerung zurückführbare Schadensposition⁵⁶¹ kommt neben dem *Sinken des Marktpreises der Weiterver-*

⁵⁵⁹ Anders Grigoleit/Bender, ZfPW 2019, 1, 16 f., 36 f., die dem Käufer eine „Wahlmöglichkeit zwischen einer umfassenden Kompensation seines Äquivalenzinteresses über den Schadensersatz statt der Leistung einerseits und der Aufrechterhaltung seines Naturalanspruchs andererseits“ (S. 37) einräumen; ähnlich bereits Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 362.

⁵⁶⁰ Umgekehrt hat ein Steigen des Marktpreises der Weiterveräußerung keinen Einfluss auf den Ersatz der Marktpreisdifferenz, die der Käufer auch dann in voller Höhe verlangen kann, wenn er den gestiegenen Einkaufspreis dadurch ausgleichen könnte, dass er mittlerweile auch bei einer seinerseitigen Weiterveräußerung einen höheren Preis erzielen würde als ursprünglich geplant, hierzu Steindorff, AcP 158 (1959/60), 431, 461 in Fn. 99.

⁵⁶¹ Prägnant der Begriff von Roussos, Schaden und Folgeschaden (1992), 317 („Gewinnminderungsschaden“).

äußerung⁵⁶² noch der *Entgang* einer besonders *günstigen Verkaufsgelegenheit* sowie ein *Haftungsschaden*⁵⁶³ des Käufers gegenüber seinen eigenen Abnehmern in Betracht.⁵⁶⁴

Beim Ersatz dieser Positionen handelt es sich nicht um „*Erfüllung in Geld*“, wie dies beim Anspruch auf Schadensersatz *statt der Leistung* der Fall ist. Vielmehr soll der Anspruch aus §§ 280 I, II, 286 BGB den Käufer davor schützen, dass sein Vermögen von Leistungsverzögerungen beeinträchtigt wird, weil er seine eigenen Vermögensdispositionen an der *Rechtzeitigkeit* der Leistung ausgerichtet hat.

2. Verhältnis dieser Einordnung zur „Abgrenzung der Schadensarten“

a) Schadensphänomenologische Abgrenzung

Nach der schadensphänomenologischen Abgrenzung ist ein entgangener Weiterveräußerungsgewinn kategorisch dem Schadensersatz *statt der Leistung* zugeordnet.⁵⁶⁵ Diese Einordnung zwingt den Käufer aufgrund der Exklusivitätsanordnung des § 281 IV BGB dazu, sich zu entscheiden, ob er einen Gewinnentgang geltend macht oder am Erfüllungsverlangen festhält.⁵⁶⁶ Der Ersatz entgangenen Gewinns *zusätzlich zum Erhalt der Leistung* ist somit ausgeschlossen. Der Käufer kann jedoch das „Platzen“ eines Weiterveräußerungsgeschäftes zum Anlass nehmen, vom Leistungsaustausch Abstand zu nehmen – und anschließend den geplanten Weiterveräußerungsgewinn als Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Die „technische“ Umsetzung dieses Wahlrechts erfolgt mittels einer flexiblen Handhabung des Fristsetzungserfordernisses. Entweder wird bei Wegfall

⁵⁶² Für die Zuordnung eines solchen Gewinnentgangs zum Schadensersatz neben der Leistung auch *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 741, freilich unter der Voraussetzung, dass das Leistungsinteresse des Käufers fortbesteht.

⁵⁶³ Für eine Zuordnung des Haftungsschadens zum Verzugsschaden BGH NJW 1989, 1215, 1216 (Käse) mit begrifflicher Abgrenzung von den Mehrkosten eines (eigenen) Deckungskaufs des Käufers unter Berufung auf RGZ 105, 280, 282, wo der Mehraufwand eines Deckungskaufs dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugeordnet wird; demgegenüber für eine Zuordnung des Haftungsschadens zum Schadensersatz *statt der Leistung* unter Berufung auf den Wegfall des Naturalleistungsinteresses *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 741.

⁵⁶⁴ Präzise Beschreibung der beiden ersten Fallgruppen bei *Soergel/Benicke/Hellwig* (13. Auflage 2014), § 280 Rn. 324, 403 f.

⁵⁶⁵ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 741; *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 35 f., freilich mit Verweis auf die Schadensminderungsobliegenheit aus § 254 II BGB; *BeckOGK/Riehm* (Stand 01.07.2022), § 280 Rn. 266 und insb. 268, ebenfalls mit Verweis auf die Schadensminderungsobliegenheit; zum Inhalt dieser Obliegenheit knapp *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 740 in Fn. 41; s. auch RGZ 94, 326, 327; BGH NJW 1971, 798. Kritik an einer Anwendung des § 254 II BGB bei *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 48 II 4 (S. 501 f.).

⁵⁶⁶ Explizit *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 740; *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 37 („Der Käufer muss sich wiederum entscheiden“).

einer konkreten Weiterveräußerungsoption des Käufers davon ausgegangen, dass die Fristsetzung nach § 281 II BGB entbehrlich ist,⁵⁶⁷ oder die gegenüber dem Verkäufer zu setzende Frist wird anhand der Frist bemessen, die dem Käufer seinerseits von seinem Abnehmer gesetzt wurde.⁵⁶⁸

b) Zeitpunktbezogene Abgrenzung

Nach der zeitlichen Abgrenzung kann entgangener Gewinn auch als Inhalt des Schadensersatzes neben der Leistung ersetzt werden. Hierzu gehört jeder „Schaden“, der ungeachtet einer noch erfolgenden Nachholung der Leistung bereits endgültig entstanden ist. Nach diesem Ansatz kann der „bloße“ Verzug des Verkäufers dazu führen, dass dem Käufer der Gewinn aus einer Weiterveräußerung entgeht. Dies setzt indes voraus, dass sich eine bestimmte Weiterveräußerungsoption *endgültig zerschlägt*. Andernfalls ist dem Käufer aus der verzögerten Leistungserbringung lediglich der oben beschriebene⁵⁶⁹ quantitative Nachteil entstanden, dass er nunmehr nur noch einen geringeren Weiterveräußerungserlös erzielen kann; den Weiterveräußerungsgewinn als solchen kann er jedoch auch nach den Vertretern einer zeitlichen Abgrenzung weiterhin erzielen.⁵⁷⁰ Die Begrenzung des Schadensersatzes neben der Leistung auf bereits endgültig eingetretene Nachteile verfolgt gerade den Zweck, solche „Nachteile“ auszugrenzen, die mittels einer schlussendlichen Leistungserbringung noch abgewendet werden können. Eine Ausnahme wird für den Fall gemacht, dass sich der Käufer darauf beruft, er hätte ein Geschäft über eine „ersatzweise beschaffte“ Ware auch dann durchgeführt, wenn der Verkäufer rechtzeitig geliefert hätte.⁵⁷¹

c) Defizite beider Abgrenzungsformeln

Nach beiden Abgrenzungsformeln besteht Einigkeit darüber, dass der Käufer entgangenen Gewinn jedenfalls dann verlangen kann, wenn die Leistung endgültig ausbleibt.⁵⁷² Der Käufer soll daran gehindert sein, sowohl die Leistung zu

⁵⁶⁷ *Grigoleit/Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 740; *BeckOGK/Riehm* (Stand 01.04. 2022), § 280 Rn. 268; hierzu noch *Korch/Hagemeyer*, JURA 2014, 1077, 1084 f.; *Gsell*, FS Canaris zum 80. Geburtstag (2017), 451, 474.

⁵⁶⁸ *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 36.

⁵⁶⁹ Hierzu § 6 A.III.1. mit Fn. 562–564.

⁵⁷⁰ *Bach*, ZJS 2013, 1, 5; *Gsell*, FS Canaris zum 80. Geburtstag (2017), 451, 463 („Dieser Schaden ist aber nicht endgültig, wenn schließlich nacherfüllt wird und der Käufer die Leistung erneut (...) absetzen kann, weil der Marktpreis anhaltend hoch ist.“).

⁵⁷¹ *Bach*, ZJS 2013, 1, 7; *Gsell*, FS Canaris zum 80. Geburtstag (2017), 451, 464 in Fn. 39.

⁵⁷² *Soergel/Benicke/Hellwig* (13. Auflage 2014), § 280 Rn. 399 („wohl unstreitig“) und Rn. 402; *Grigoleit/Bender*, ZfPW 2019, 1, 16, 25, 37 f.; *Schroeter*, AcP 220 (2020), 234, 270 f. (s. allgemein noch *ebd.*, 262 f.); implizit auch *Ackermann*, JuS 2012, 865,

erhalten als auch entgangenen Gewinn zu verlangen. Die Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns für sich genommen wird hingegen nicht in Frage gestellt und die Zuordnung des Gewinnentgangs zum Leistungsinteresse damit (gerade) nicht bestritten.

Nach dem hier vertretenen Ansatz bleiben beide Ansichten auf „halber Strecke“ stehen. Es wird geltend gemacht, dass die Kombination von Leistungs-erhalt und Gewinnentgang eine „Überkompensation“ zur Folge hätte. Eine Überkompensation ist jedoch nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Naturalleistung endgültig ausbleibt. Ein nach der Marktpreisdifferenz bemessener Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat gerade den Zweck, dem Gläubiger die eigenverantwortliche Zuführung der Leistung zu ermöglichen.

Das Modell der Marktpreisdifferenz wendet sich hiermit sowohl gegen die „abstrakte“ Schadensberechnung nach dem Ansatz der Rechtsprechung⁵⁷³ als auch gegen die verbreitete Einigkeit im Diskurs zur Abgrenzung der Schadensarten nach modernisiertem Schuldrecht: Beide ersetzen dem Käufer bei endgültigem Ausbleiben der Leistung einen geplanten Weiterveräußerungsgewinn. Nach dem hier vertretenen Konzept ist der Ersatz entgangenen Gewinns prinzipiell beschränkt und einer *strukturell erhöhten Begründungslast* ausgesetzt: Der Käufer ist dazu angehalten, mit einer erforderlichenfalls ersatzweise beschafften Ware den erstrebten Weiterveräußerungsgewinn weiterhin zu erzielen. Entgangener Gewinn ist nur noch in den beiden oben beschriebenen Fallgruppen eines Gewinnminderungs- sowie eines eigenen Haftungsschadens zu ersetzen.

Ausnahmen von dieser Beschränkung könnten für die Fälle von Saisonware gelten sowie für Konstellationen, in denen das an den Kaufvertrag anschließende Weiterveräußerungsgeschäft ein derart großes Handelsvolumen zum Gegenstand hat, dass es nicht in einem Zug wiederholt werden kann, wenn es infolge der nicht rechtzeitigen Verfügbarkeit der Kaufsachen „platzt“.⁵⁷⁴ Es spricht jedoch viel dafür, dass an der Prämissee der Nachholbarkeit einer Gewinnerzielung festgehalten werden kann. Eine erneute Weiterveräußerung – gegebenenfalls in Teilmengen – ist auch in diesen Konstellationen nicht (insgesamt) ausgeschlossen; eine Obliegenheit, Anschlussgeschäfte nachzuholen, ist dem Käufer wohl auch in diesen Fällen zuzumuten.

3. Zur Bedeutung der Schadensminderungsobliegenheit nach § 254 BGB

Bei der Bemessung des Anspruchs aus §§ 280 I, II, 286 BGB sind die §§ 249 ff. BGB sowie die hierzu gebildete Schadensdogmatik vollumfänglich an-

871; *Gsell*, FS Canaris zum 80. Geburtstag (2017), 451, 463 (s. allgemein noch *ebd.*, 458); aus der Rspr. zum modernisierten Schuldrecht BGH JZ 2010, 44 (Rn. 20 f.).

⁵⁷³ Hierzu § 3 C.I.1.

⁵⁷⁴ Zum Handel mit Saisonware und vergleichbaren Konstellationen *Huber*, Leistungsstörungen Band II (1999), § 48 II 2 (S. 498) und 48 III 1 (S. 506) m.w.N.

wendbar. Es handelt sich beim spezifisch aus der Verzögerung resultierenden Gewinnentgang um eine dem außervertraglichen Haftungsfall vergleichbare Konstellation: Das *Vermögen* des Vertragsgläubigers wird aufgrund des zu verantwortenden Verhaltens des Vertragsschuldners *beeinträchtigt*. Es geht insofern, anders als beim Schadensersatz *statt der Leistung*, nicht um den mit dem Leistungsversprechen einhergehenden Vorteil, sondern um die Auswirkungen der *Verzögerung* der Leistung auf das übrige Vermögen des Gläubigers. Infolge der Einordnung der §§ 280 I, II, 286 BGB als Anspruchsgrundlage auf Ersatz eines *Schadens* ist im Einzelfall insbesondere § 254 BGB zu beachten. Der Umfang des zu ersetzen Schadens ist gemindert, wenn den Käufer eine Mitverantwortlichkeit trifft.

*a) Zeitraum nach Fristablauf und nach Geltendmachung
des Anspruchs i. S. d. § 281 IV BGB*

Hierbei ist zu berücksichtigen, ob der Zeitpunkt, zu dem der Käufer die ersatzweise beschaffte Ware tatsächlich erhält, *nach Geltendmachung* von Schadensersatz statt der Leistung infolge ungünstiger Vertragsgestaltung des Deckungskaufs nach hinten verschoben wurde. Auch kann, darüber noch hinausgehend, erwogen werden, in Ausnahmefällen den Zeitpunkt des Ersatzverlangens i. S. d. § 281 IV BGB selbst einer nachträglichen Überprüfung gem. § 254 BGB zu unterwerfen. Eine solche Überprüfung änderte freilich nichts daran, dass der Betrag der Marktpreisdifferenz allein vom Zeitpunkt der käufersseitigen Entscheidung abhängig ist.⁵⁷⁵ Lediglich für den Ersatz von Verzögerungsschäden wäre zu berücksichtigen, dass der Käufer spätestens nach Ablauf der Nachfrist die Möglichkeit hat, nach § 281 IV BGB die Marktpreisdifferenz geltend zu machen. Ab diesem Zeitpunkt ist er in der Lage, sich die Ware *auf Kosten* des Verkäufers ersatzweise zu beschaffen. Als weiterer Umstand i. S. d. § 254 BGB kann daneben auch ein etwaiger Lagerbestand berücksichtigt werden: Der Käufer ist dazu angehalten, einen solchen dazu einzusetzen, um einen ansonsten drohenden Gewinnentgang abzuwenden.⁵⁷⁶

*b) Zeitraum bis zum Ablauf einer nach § 281 I S. 1 BGB
erforderlichen Nachfrist*

Demgegenüber ist hinsichtlich einer aus § 254 BGB abgeleiteten Obliegenheit des Käufers, einen soeben beschriebenen Verzögerungsschaden mittels eines *vor Fristablauf* getätigten Deckungskaufs abzuwenden, große Zurückhaltung geboten.

Eine aus § 254 BGB abgeleitete Obliegenheit zu einer Eindeckung vor Fristablauf ist zumindest für solche Gewinnpositionen im Grundsatz abzulehnen, die im

⁵⁷⁵ Zum maßgeblichen Zeitpunkt § 6 A.I.2.

⁵⁷⁶ Gegebenenfalls ist der Käufer dazu angehalten, über einen entsprechenden Warenvorrat zu verfügen und sich in Hinblick auf den Ersatz des Verzögerungsschadens nicht in Gänze auf die Lieferung des Verkäufers zu verlassen.

Zusammenhang mit einer geplanten Weiterveräußerung entstehen. Der Käufer wäre bei seiner Entscheidung über die Vornahme eines solchen Geschäfts einem erheblichen Prognoserisiko ausgesetzt. Er kann (in aller Regel) nicht zuverlässig beurteilen, wie sich der Marktpreis der Weiterveräußerung entwickeln wird. Steigt der Marktpreis der Weiterveräußerung an, bewirkt die Verzögerung der Leistung bei ihm gegebenenfalls keinen Gewinnentgang; das ehemals besonders „günstige“ Weiterveräußerungsgeschäft könnte mittlerweile einer (gehobenen) Marktlage entsprechen. In der Folge wäre ein vor Fristablauf getätigtes Deckungsgeschäft auch nicht mehr als „schadensmindernde“ Maßnahme einzutragen. Der Käufer erhielte demnach keinen Ersatz für Mehrkosten, die sich (im Falle des „endgültigen“ Ausbleibens der Leistung) zusätzlich zum Betrag der Marktpreisdifferenz ergeben. Außerdem erhielte er in den Fällen keinen Ersatz, in denen die Leistung schließlich noch innerhalb der Nachfrist erbracht wird.

Einen größeren Anwendungsbereich hat § 254 BGB für Verzögerungsschäden außerhalb der Fälle entgangenen Gewinns im Zusammenhang mit einer Weiterveräußerung. In jenem Bereich könnte der Käufer durchaus dazu angehalten sein, bereits vor Fristablauf einen Deckungskauf abzuschließen. Der Gewinnentgang beispielsweise aus stillstehender Produktion kann die Mehrkosten eines vor Fristablauf getätigten Deckungsgeschäftes bei weitem übersteigen.

*c) Exkurs: Ersatzfähigkeit eines „vorzeitigen“ Deckungsgeschäftes
als Schadensabwehrungsmaßnahme*

Stellt sich freilich im Zuge eines Vermögensvergleichs heraus, dass aus der Verzögerung der Leistung ein (größerer) Gewinnentgang resultiert wäre, hätte nicht der Käufer (mit darunter liegenden Mitteln) ein Deckungsgeschäft bereits vor Fristablauf getätigkt, ist der Differenzbetrag zur Marktpreisdifferenz – ungetacht des Fehlens einer generellen Obliegenheit zum „vorzeitigen“ Deckungsgeschäft und ungeachtet der grundsätzlichen Fixierung der Marktpreisdifferenz auf den Zeitpunkt des Ersatzverlangens – nach den §§ 280 I, II, 286 BGB ersatzfähig. Abzuleiten ist der Ersatz des Differenzbetrages aus einer gewissermaßen „umgekehrten“ Anwendung des Rechtsgedankens von § 254 BGB: Wäre die abgewendete Schadensposition im Rahmen des Schadensersatzes wegen Verzögerung der Leistung ersatzfähig, muss dies auch für die (darunter liegenden) Kosten einer Maßnahme gelten, die einen solchen Schaden gerade abwenden soll.

B. Anspruch des Verkäufers

Auch die „abstrakte“ Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung des Verkäufers lässt sich – entgegen der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur – nicht mit einer (bloßen) Vermutung begründen. Mit einer Vermutung lässt sich nur rechtfertigen, dass der Verkäufer

vom *tatsächlichen Nachweis* eines realen Geschehensablaufs entbunden wird. Hierüber geht die allgemeine Meinung indes weit hinaus. Unter dem prozessrechtlichen Deckmantel einer Vermutung verbirgt sich eine materiellrechtliche Entscheidung:⁵⁷⁷ die Ablehnung einer Deckungsobliegenheit des Verkäufers. Die Vermutung lautet, dass der Verkäufer eine weitere Veräußerung auch dann vorgenommen hätte, wenn der Käufer ordnungsgemäß erfüllt hätte.⁵⁷⁸ Auch wenn sich eine solche Vermutung aufstellen lässt – sie trägt die in ihr verkörperte Ablehnung einer Deckungsobliegenheit nicht.

I. Begründung der Marktpreisdifferenz aus ihrer Ablehnung des Ersatzes entgangenen Gewinns

1. Struktur und Binnenlogik der Gewinnvermutung

Die Gewährung des gesamten Gewinnbetrages zwischen den eigenen Einkaufs- oder Herstellungskosten (500 Euro) und dem vereinbarten Kaufpreis (1.000 Euro) versetzt den Verkäufer – wirtschaftlich betrachtet – in dieselbe (Vermögens-)Lage, wie wenn der Käufer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Aus der Perspektive der Gewinnvermutung ist dies gerade aufgrund der Annahme gerechtfertigt, der Verkäufer hätte eine anderweitige Veräußerung auch dann durchgeführt, wenn der Vertrag mit dem Käufer erfüllt worden wäre; es wurde oben bereits nachgewiesen, dass insofern *eine* ersatzweise Veräußerung nicht genügt. Vielmehr bedarf es der Vermutung *ständiger* Anschlussgeschäfte. Es wird hiernach vermutet, dass der Verkäufer auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung sämtliche Anschlussgeschäfte durchgeführt hätte, die er im realen Fall der käuferseitigen Nichterfüllung durchgeführt hat.⁵⁷⁹

Greift diese Vermutung, so ist es in der Tat grundsätzlich⁵⁸⁰ unerheblich, ob der Verkäufer – so im *hypothetischen* Fall der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages mit dem Käufer – die entsprechende Menge von Kaufsachen erneut angeschafft hätte, um einen weiteren Kaufvertrag abzuschließen, oder ob er hierfür – so im *realen* Fall der Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung – die Kaufsache (soweit bereits angeschafft) oder die Kaufkapazität (soweit noch anzuschaffen) einsetzt, die für den Vertrag mit dem Käufer vorgesehen war.

⁵⁷⁷ Steindorff, AcP 158 (1959/60), 431, 469 („Die Einkleidung dieser materiellrechtlichen Folge in das Gewand eines prozeßrechtlichen Problems (...)“), s. daneben noch *ebd.*, 432 und 460 ff.

⁵⁷⁸ Hierzu ausführlich § 3 D.I.2.

⁵⁷⁹ Nachweise hierfür in Fn. 196 f., 200. Andeutungsweise zum Erfordernis *ständiger* Anschlussgeschäfte Pohlmann, NJW 1995, 3169, 3170 in Fn. 6.

⁵⁸⁰ Zu Ausnahmekonstellationen § 6 B.I.2.

Die von der Rechtsprechung für den hypothetischen Fall der ordnungsgemäßen Erfüllung angestrengte Vermutung nimmt dem Käufer die Verteidigung, es handle sich bei einem anschließenden Geschäft um eine *ersatzweise* Veräußerung, die seinen Ausfall „abdeckt“: Wenn auch die „liegengebliebene“ oder ursprünglich für den Käufer zu beschaffende Sache tatsächlich „frei“ geworden ist, kann dies in der Logik eines Vermögensvergleichs keine Bedeutung erlangen. Der Wegfall der eigenen Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache ist hiernach vermögensmäßig unerheblich, da die frei gewordene Kaufsache oder Kaufkapazität dem Scheitern des Vertrages mit dem Käufer nicht zugeordnet werden kann.⁵⁸¹ Auch wenn es sich *realiter* um eine für den Käufer vorgesehene Kaufsache oder Verkaufskapazität handelt, reduziert dieses „Liegendbleiben“ den Betrag des Schadensersatzes statt der Leistung nicht auf die Marktpreisdifferenz. Hätte der Käufer erfüllt, hätte sich der Verkäufer erneut eine Sache beschaffen können. Das Scheitern der Vertragserfüllung bewirkt aus der Perspektive eines Vermögensvergleichs beim Verkäufer einen Gewinnentgang.

2. Grenzen innerhalb der Binnenperspektive: Stabile Einkaufspreise

Der Argumentation mit der Weiterveräußerungsvermutung sind bereits aus der Binnenperspektive Grenzen gesetzt. Insbesondere setzt sie stabile Preise auf dem Beschaffungsmarkt voraus.⁵⁸² Ist eine solche Preisstabilität auf dem Beschaffungsmarkt oder in der verkäuferseitigen Herstellung – anders als im Beispieldfall⁵⁸³ – nicht gewährleistet, sind für die Berechnung des Gewinnbetrages die *gestiegenen* respektive *gesunkenen* Selbstkosten des Verkäufers zu berücksichtigen.⁵⁸⁴ Dies gilt freilich nur dann, wenn die Kaufsache bereits angeschafft wurde. Fehlt es an einem solchen Beschaffungsvorgang, setzt der Verkäufer die Kaufsache auch nicht im Rahmen einer anderweitigen Veräußerung ein. Im Falle der noch nicht angeschafften Kaufsache sind deshalb diejenigen Einkaufskosten maßgeblich, die für eine Anschaffung zugunsten des Käufers angefallen wären.

Eine weitere – bei marktgängigen Waren weniger relevante – Grenze kann sich aus der fehlenden Ersetzbarkeit der Kaufsache ergeben: Kann vermutet werden,

⁵⁸¹ Die Schwierigkeiten der hiermit einhergehenden Abgrenzung sind gut beschrieben bei Hager, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware (1975), 166; s. im Übrigen die Nachweise zum Deckungsgeschäft des Käufers in Fn. 519.

⁵⁸² Auf diese Voraussetzung weist – unter grundsätzlicher Zustimmung zum Ansatz der Rechtsprechung – bereits Bardo, Die „abstrakte“ Berechnung (1989), 176f. hin, dort auch zu zwei weiteren Einwänden („Unmöglichkeit der Eindeckung“ und „Lieferfrist“).

⁵⁸³ Hierzu § 2 A. II.

⁵⁸⁴ Hager, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware (1975), 164, indes ohne Differenzierung nach der Frage, ob die Kaufsache bereits angeschafft wurde: Zugrunde zu legen sind demnach die Kosten einer zukünftigen Beschaffung und nicht bereits die Kosten der gegenwärtigen Anschaffung.

dass im hypothetischen Fall der ordnungsgemäßen Erfüllung die Anschlussabnehmer auch über anderweitige Kaufsachen Verträge geschlossen hätten? Die Rechtsprechung ist hier vereinzelt sehr großzügig verfahren.⁵⁸⁵

3. Differenzhypothese als zugrunde liegende Perspektive der Problemerfassung

Ungeachtet dieser Grenzen aus der Binnenperspektive besteht der zentrale Kritikpunkt am Ansatz der allgemeinen Meinung in deren unzutreffend verschobener Perspektive. Ihr Ansatz, insbesondere ihre Vermutung „entgangenen Gewinns“, beruht auf der Prämisse, dass der Verkäufer so zu stellen sei, als ob ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Dies ist letztlich die Anwendung der schadensrechtlichen Differenzhypothese auf den Fall der Nichterfüllung im Vertragsrecht. Nach dieser Generalformel des Schadensrechts ist ein „Geschädigter“ so zu stellen, wie er stünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.⁵⁸⁶

Die in § 252 S. 1 BGB explizit vorgesehene Erstreckung der Ersatzpflicht auf einen dem „Geschädigten“ entgangenen Gewinn ist nichts anderes als eine konsequente Fortführung der Differenzhypothese. Es geht um einen Gewinn, der dem „Geschädigten“ infolge des „schädigenden“ Ereignisses entgeht. Sein Ersatz stellt den „Geschädigten“ so, als ob das „schädigende“ Ereignis nicht eingetreten wäre. Anders als bei der Grundform der Differenzhypothese geht es lediglich nicht um eine Beeinträchtigung des Vermögensbestandes, sondern um die Vereitelung einer zukünftigen Vermögenserweiterung. Häufig wird denn auch § 252 S. 1 BGB als deklaratorische Regelung aufgefasst. Unabhängig vom exakten dogmatischen Verhältnis zwischen Differenzhypothese und § 252 S. 1 BGB⁵⁸⁷ ist der Ersatz entgangenen Gewinns jedenfalls nur eine Fortschreibung der allgemeinen schadensrechtlichen Formel.

Den Vertragsgläubiger so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stünde, ist auch das Ziel des hier vertretenen Ansatzes. Anders als nach dem Vorschlag der allgemeinen Meinung wirken hiernach jedoch Verkäufer und Käufer *gemeinsam* an der alternativen Realisierung des verkäuferseitigen Geschäftsgewinns mit. Die jeweiligen „Aufgaben“ sind anhand des ursprünglichen Schuldverhältnisses verteilt: Im Gegenzug zu seiner wiedergewonnenen Verwendungsfreiheit trifft den Verkäufer die Obliegenheit, eine erneute Veräußerung durchzuführen. Der käuferseitige Beitrag besteht in der Zahlung des Unter-

⁵⁸⁵ Hierzu die Leitentscheidung für den Verkäufer BGH JZ 1961, 27 (Wein). Auf die soeben besprochene Grenze weisen *Steindorff*, JZ 1961, 12, 14, *Hager*, Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware (1975), 165 f. und *Pohlmann*, NJW 1995, 3169 f. hin.

⁵⁸⁶ Hierzu Fn. 350 und Fn. 120.

⁵⁸⁷ Hierzu die Nachweise in Fn. 327.

schiedsbetrages zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem (niedrigeren) Marktverkaufspreis. Die allgemeine Ansicht schreibt diese gemeinsame Anstrengung allein dem vom Käufer zu leistenden Schadensersatzanspruch zu. Der Käufer muss im Vergleich zum hier vertretenen Ansatz einen Mehrbetrag entrichten, ohne dass er im Gegenzug die Kaufsache erhält. Um die Kaufsache zu erhalten, müsste er den gesamten Kaufpreis zahlen. Dies wiederum ist nicht mehr möglich, sobald der Verkäufer (berechtigt) Schadensersatz statt der Leistung verlangt und in der Folge die ursprünglichen Pflichten der Vertragsparteien entfallen.⁵⁸⁸

Die Anwendung der Differenzhypothese bedeutet einen (Gesamt-)Vermögensvergleich. Nach Maßgabe eines solchen Vergleichs kann vom Freiwerden der für den gescheiterten Vertrag bestimmten Kaufsache oder der hierfür geplanten Verkaufskapazität abstrahiert werden. Der Verkäufer kann in der Folge dieses Vermögensvergleichs eine bereits angeschaffte Sache für ein anderes Geschäft verwenden und dennoch den im Vertrag mit dem Käufer erzielbaren Gewinn verlangen. Er setzt sich aus der Perspektive der Differenzhypothese insbesondere nicht dem Vorwurf aus, er verdiene „zweimal aus derselben Sache“. Es wird vermutet, dass er die für weitere Geschäfte erforderlichen Kaufsachen *zusätzlich* angeschafft hätte, wenn der Käufer ordnungsgemäß erfüllt hätte. Wenn der Verkäufer die Kaufsache noch nicht angeschafft hat, bevor er nach § 281 IV BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangt, kann er nach dem Maßstab der Differenzhypothese ebenso Ersatz seines aus dem Vertrag mit dem Käufer erzielbaren Gewinns verlangen. Er setzt sich auch in diesem Fall nicht dem Vorwurf aus, er könne den Gewinn mit einer *ersatzweisen* Veräußerung der noch zu beschaffenden Kaufsache nachholen. Es wird vermutet, dass er auch diese Kaufsache angeschafft hätte, um den Vertrag mit dem Käufer zu erfüllen.

Zusammenfassend gilt: Das Ergebnis der allgemeinen Meinung überzeugt aus der *Binnenlogik der Differenzhypothese*. Der Verkäufer wird mittels des Ersatzbetrages („nur“) so gestellt, als ob der Käufer ordnungsgemäß erfüllt, mithin den Kaufpreis gezahlt hätte. Der Verkäufer hätte in diesem hypothetischen Fall der ordnungsgemäßen Erfüllung den Betrag der „großen“ Differenz zwischen den eigenen Beschaffungs- oder Herstellungskosten und dem vereinbarten Kaufpreis als Gewinn erzielt. Ebenso hätte er im Anschluss aus allen weiteren von ihm vorgesehenen Geschäften Gewinn erwirtschaftet. Vom Wegfall der eigenen Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache im Zuge seines Verlangens i. S. d. § 281 IV BGB profitiert der Verkäufer nach der Prämisse eines Gesamtvermögensvergleichs nicht. In einem solchen mithilfe von Vermutungen aufgestellten Vergleich wird der Wegfall der eigenen Verpflichtung des Verkäufers gleichsam „unsichtbar“.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ Hierzu § 5 E. I. 1.

⁵⁸⁹ Hierzu § 6 B. I. 1.

4. Differenzhypothese als ungeeignete Perspektive

Die infolge des § 281 IV BGB *endgültige* Nichterfüllung des Vertrages wird kraft Anwendung der Differenzhypothese als „schädigendes Ereignis“ behandelt. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hat sodann die Funktion, den hierdurch für eine „juristische Sekunde“ vereitelten Gewinnentgang wieder aufzufangen. Das endgültige Scheitern der Vertragserfüllung wird damit insgesamt dem Käufer zugerechnet, obwohl es auf der gläubigerseitigen Entscheidung beruht, nach § 281 IV BGB von der realen Vertragsdurchführung Abstand zu nehmen. Der „bloße“ Umstand, dass der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt, bewirkt einen solchen Schaden gerade noch nicht: Der Zahlungsanspruch des Verkäufers bleibt aufrechterhalten. Solange der Verkäufer an seinem ursprünglichen Zahlungsanspruch festhält, kann er in seinem von § 433 II BGB rechtlich gesicherten Leistungsinteresse vom Käufer gar nicht „geschädigt“ werden. Vor spezifisch aus der Verzögerung resultierenden Schäden ist er gem. §§ 280 I, II, 286 BGB geschützt; praktisch bedeutet dies insbesondere die Entstehung eines Anspruchs auf Verzugszinsen nach § 288 BGB.⁵⁹⁰

Das Schadensrecht der §§ 249 ff. BGB reagiert auf Einbußen eines „Geschädigten“.⁵⁹¹ Es soll ein Zustand hergestellt werden, der zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens bestünde, wenn das schädigende Ereignis unterblieben wäre. Ein solches Regelungsbedürfnis besteht im Bereich des Anspruchs auf Schadensersatz statt des Kaufpreises nicht. Der Verkäufer kann seinen Gewinn bereits dadurch realisieren, dass er auf Zahlung des Kaufpreises als Erfüllung der kaufvertraglichen Primärpflicht besteht. An dieser rechtlichen Absicherung ändert die „bloße“ Nichtleistung des Käufers nichts. Der *Verkäufer selbst* entscheidet sich dazu, vom naturalen Leistungsaustausch Abstand zu nehmen. Die entscheidende und inmitten des Leistungsstörungsrechts zu beantwortende Frage ist es nun, ob den Verkäufer gegenüber dem Käufer eine Deckungsobligieheit trifft.

Infolge der Anwendung der Differenzhypothese wird verdeckt, dass der Verkäufer in aller Regel die Möglichkeit hat, die ursprünglich gegenüber dem Käufer intendierte Veräußerung ersatzweise durchzuführen. Zentraler Maßstab der Bemessung des Ersatzbetrages bleibt bei Anwendung eines Vermögensvergleichs die Absatzkapazität, die der Verkäufer ursprünglich geplant hat. Die Frage ist nach dem bisherigen Ansatz zur „abstrakten“ Schadensberechnung⁵⁹² des Verkäufers – anders als nach dem hier vertretenen Konzept – nicht, ob der Verkäufer eine ersatzweise Veräußerung durchführen *soll*, sondern lediglich, ob vermutet

⁵⁹⁰ Daneben ist denkbar, dass der Verkäufer als Verzugsschadensersatz eine Gewinnminderung wegen zwischenzeitlich gestiegener Einkaufspreise geltend machen kann.

⁵⁹¹ Hierzu umfassend § 5.

⁵⁹² Hierzu § 3 D.I.

werden kann, dass er *tatsächlich*, nach seiner eigenen Absatzplanung, eine „ersatzweise“, das heißt ursprünglich nicht vorgesehene Veräußerung, *durchführen wird*.

II. Ergebnis: Deckungsobliegenheit auch des Verkäufers

Der Verkäufer erhält nach der bisherigen Anspruchsbemessung nicht mehr, als wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre – er erhält indes mehr, als der Käufer nach dem vertraglichen Versprechen zu tragen verpflichtet ist. Die Gleichstellung der Nichtleistung des Schuldners (als „Pflichtverletzung“) mit der Nachteilszufügung im Zuge eines außervertraglichen Haftungsfalles verkennt, dass es der Verkäufer selbst ist, der sich für den Übergang von der Erfüllungsebene auf diejenige des Schadensersatzes statt der Leistung entscheidet. Als unmittelbare Folge dieser Gleichstellung wird der Umfang des rechtlich geschützten Interesses des Verkäufers verkannt – und überspannt. Die Anwendung der Differenzhypothese erfasst die Interessenlage einseitig aus der Perspektive des Verkäufers. Dieser erscheint nicht mehr in seiner Rolle als Gläubiger eines gegenseitigen Vertrages, sondern als „Geschädigter“. Ohne explizite Begründung verkürzt wird in der Folge das Interesse des Käufers. Er zahlt entweder (quantitativ) mehr als nach dem hier vertretenen Ansatz, oder er zahlt überhaupt (in den Fällen, in denen die Marktpreisdifferenz kleiner oder gleich „null“ ist).

Nach dem Ansatz der allgemeinen Meinung kommt dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung die Funktion zu, dem Verkäufer die Realisierung des Geschäftsgewinns ohne tatsächlichen Umsatzerfolg zu ermöglichen. Dies geht über die nach einem synallagmatischen Vertrag bestehende Rechtsstellung des Vertragsgläubigers hinaus. Es bringt dem Verkäufer keine hinreichenden Vorteile, die es rechtfertigen, die Rechtsstellung des Käufers gegenüber dem hier vertretenen Ansatz zu verschlechtern.

Eine Anspruchsbemessung nach dem (im Verhältnis zum Kaufpreis reduzierten) Betrag eines dem Verkäufer entgehenden Gewinns stellt auch nicht sicher, dass dieser das Geld früher erhält; auch auf den Betrag entgangenen Gewinns muss er gegebenenfalls klagen. Das Risiko, auch diesen Geldbetrag nicht oder nicht sogleich zu erhalten, sinkt nicht allein deshalb, weil der Betrag geringer ist. Nach dem hier vertretenen Ansatz ist § 281 IV BGB ein Instrument, um den im Kaufpreis enthaltenen Betrag der Marktpreisdifferenz ersatzweise zu realisieren. Die hierin enthaltene Obliegenheit eines Deckungsgeschäftes ist die Kehrseite der Risikobegrenzung, die der Verkäufer mit der Abstandnahme vom Leistungsaustausch erreicht. Der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung befreit ihn von der eigenen Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache. Er kann fortan seinen Käufer gleichsam „auswechseln“ und den in der Kaufsache für ihn enthaltenen Marktwert (der Weiterveräußerung) ersatzweise realisieren. Die Bemessung nach der Marktpreisdifferenz gibt dem Anspruch auf

Schadensersatz statt der Leistung die Funktion einer „*Erfüllung in Geld*“.⁵⁹³ Der Anspruch ermöglicht es dem Verkäufer, eine ersatzweise Veräußerung auf Kosten des Käufers durchzuführen. Der Käufer muss nur den Differenzbetrag zahlen, um den der vereinbarte Kaufpreis den Marktpreis der Weiterveräußerung zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens übersteigt.

Die Alternative zum Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB bleibt das auf § 433 II BGB gestützte Erfüllungsverlangen: Der Verkäufer kann – Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung der Ware – auf den Kaufpreis klagen. Die hiermit im Vergleich zur Anspruchsbemessung nach dem entgangenen Gewinn verbundene, erhöhte Abhängigkeit von der Zahlungsfähigkeit des Käufers ist dem Verkäufer zumutbar. Es handelt sich um ein Risiko, mit dem der Zahlungsanspruch von Anfang an belastet ist. Ein nach der Marktpreisdifferenz bemessener Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung bietet einen ausreichenden Ausweg aus dieser Abhängigkeit – wenn auch um den „Preis“ einer erneuten Absatzanstrengung.

Es gibt angesichts der Möglichkeit eines Deckungsgeschäftes keinen Grund, als dritte Option den Ersatz entgangenen Gewinns anzuerkennen. Zwar wäre hiermit für den Verkäufer der Vorteil verbunden, den Gewinn ohne weitere Verkaufsanstrengung verlangen zu können. Er müsste für den Käufer nicht weiter eine Kaufsache bereithalten und könnte dennoch den Unterschiedsbetrag zwischen seinen Einkaufs- oder Herstellungskosten und dem vereinbarten Kaufpreis verlangen. Dieser Vorteil des Verkäufers überwiegt jedoch nicht den Nachteil, den die erhöhte Ersatzforderung für den Käufer bedeutet. Dieser muss zahlen, ohne seinerseits etwas zu erhalten.⁵⁹⁴ Die den Käufer geringer belastende Bemessung des Anspruchs aus §§ 280 I, III, 281 BGB nach der Marktpreisdifferenz berücksichtigt die dem Kaufvertrag von Anfang an immanente Begrenzung der Gegenseitigkeit. Sie ist damit eine Anforderung, die sich aus dem Vertrag selbst ergibt. Die Entscheidung für den Schadensersatz statt der Leistung ermöglicht es dem Verkäufer, einen Großteil des vereinbarten Kaufpreises anderweitig zu erzielen. Er ist in Verbindung mit eigener Anstrengung nur noch in geringerer Höhe auf den Käufer angewiesen als er es ursprünglich war. Anstelle am Zahlungsanspruch festzuhalten und hiernach den gesamten Kaufpreis vom Käufer verlangen zu „müssen“, reicht der Ersatz der Marktpreisdifferenz für den Verkäufer aus, um in Verbindung mit einer ersatzweisen Veräußerung den geplanten Absatzgewinn zu realisieren. Vor diesem Hintergrund spricht schon das wirtschaftliche Eigeninteresse des Verkäufers dafür, die ersatzweise Veräußerung durchzuführen.

⁵⁹³ Knütel, AcP 202 (2002), 555, 558, Hervorh. vom Verf.

⁵⁹⁴ Flume, Marktaustausch (2019), 166; ders., Juristische Blätter 2020, 502, 520.

§ 7 Zusammenfassung

Im Unterschied zu den bisherigen Ansätzen zur Anspruchsbemessung löst sich die hier vertretene Neukonzeption umfassend sowohl vom schadensrechtlichen Normenbestand der §§ 249 ff. BGB als auch von der schadensrechtlichen Dogmatik. Sie baut hierzu auf dem Nachweis auf, dass die grundlegenden Fragen der Anspruchsbemessung des Schadensersatzes statt der Leistung von beidem nicht adressiert werden.⁵⁹⁵ Anstatt sich bruchstückhaft auf vermeintlich verbleibende Reste des „allgemeinen“ Schadensrechts – wie namentlich die Anerkennung entgangenen Gewinns als Ersatzinhalt von § 252 BGB und die Differenzhypothese als Formel eines Gesamtvermögensvergleichs – zu berufen, beantwortet die hier vertretene Neukonzeption die drei grundlegenden Fragen der Anspruchsbemessung aus der Mitte des Vertragsrechts.

Zweck des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung ist nicht der Ausgleich eines von der Nichtleistung ausgelösten „Schadens“. Der Anspruch ist vielmehr eine im Vergleich zum Erfüllungsverlangen *alternative Form der Vertragserfüllung*. Aus dieser Funktion des Anspruchs folgt unmittelbar die Antwort auf die Frage nach der Deckungsobliegenheit. Der Vertragsgläubiger, der Schadensersatz statt der Leistung verlangt, ist dazu angehalten, sich die ausbleibende Kaufsache anderweitig zu beschaffen (Käufer) oder diese ersatzweise abzusetzen (Verkäufer). Der Anspruch ist so zu bemessen, dass die ersatzweise Beschaffung respektive der ersatzweise Absatz der Kaufsache zum entsprechenden Marktpreis für den Gläubiger *exakt zum vereinbarten Kaufpreis* möglich ist. Der spezifische Vorteil des „günstigen“ Kaufpreises bleibt dem Gläubiger erhalten. Das Bestehen des Anspruchs hängt davon ab, ob der vereinbarte Kaufpreis im Zeitpunkt des Ersatzverlangens für den Ersatz begehrenden Gläubiger „günstiger“ als der aktuelle Marktpreis eines Ersatzgeschäftes ist.

Ein „günstiger“ Erwerb (Käufer) oder eine „günstige“ Veräußerung (Verkäufer) kann jeweils Teil eines insgesamt zu erzielenden Geschäftsgewinns sein: für den Käufer im Falle der Weiterveräußerungsabsicht, für den Verkäufer im Falle des Einkaufs oder der Herstellung zum Zwecke der Weiterveräußerung. Eine solche Gewinnabsicht ist indes nicht der Grund für den Ersatz der Marktpreisdifferenz. Deren Ersatz kommt *jedem*, auch dem nicht gewerblich tätigen Gläubiger zugute. Der Anspruch aus §§ 280 I, III, 281 BGB ist für die spezifische Verwendungsplanung des Gläubigers ebenso indifferent wie der jeweilige Primäranspruch aus § 433 I S. 1, II BGB. Beide Ansprüche dienen gleichermaßen dazu,

⁵⁹⁵ Hierzu zusammenfassend § 5 F.

dass der Gläubiger die Leistung schlussendlich erhält. Die Marktpreisdifferenz wird nicht als Teilbetrag eines dem Gläubiger entgehenden Gewinns ersetzt, sie ist dogmatisch eigenständig und dient der preiswahrenden Durchführung eines Ersatzgeschäftes. Dies ändert freilich nichts daran, dass sie rechnerisch im umfassenderen Betrag eines Geschäftsgewinns enthalten sein kann.

Für den gewerblich tätigen Gläubiger bedeutet die hier vertretene Deckungsobliegenheit, dass er denjenigen Teil des von ihm erzielbaren Geschäftsgewinns, der vom Erwerb der Kaufsache (Käufer) oder deren Veräußerung (Verkäufer) *generell* abhängig ist, mittels eigener Anstrengungen erzielen muss. Allein die besonders günstige Beschaffungs- oder Veräußerungsmöglichkeit aus dem *spezifischen* Kaufvertrag mit seinem Schuldner wird ihm ersetzt. Dem Käufer obliegt mit der Weiterveräußerung dasselbe wie bei ordnungsgemäßer Erfüllung, dem Verkäufer verglichen hiermit ein „Mehr“. Anders als der erwerbende Käufer *hat* er jedoch bereits einen Vertrag über die entgeltliche Veräußerung einer Sache *geschlossen*, von dem er aufgrund einer eigenverantwortlichen Entscheidung Abstand nimmt. Als Folge dieser Entscheidung hält ihn die Deckungsobliegenheit dazu an, einen anderen Abnehmer zu finden.

Deckungsobliegenheit bedeutet nach dem hier vorgeschlagenen Konzept nicht, dass der Gläubiger ein Deckungsgeschäft tatsächlich durchführen muss, um die Marktpreisdifferenz verlangen zu können. Der Gläubiger erhält diesen Betrag bereits zu dem Zeitpunkt ersetzt, zu dem er Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Die Gewährung von Schadensersatz statt der Leistung ist in diesem Sinne stets „abstrakt“.

Für den Käufer lässt sich die Deckungsobliegenheit und die damit verbundene Beschränkung auf die Marktpreisdifferenz unmittelbar aus der Funktion des Schadensersatzes statt der Leistung ableiten. Die Marktpreisdifferenz dient ihm dazu, sich die Kaufsache anderweitig zu beschaffen, ohne hierbei im wirtschaftlichen Ergebnis schlechter zu stehen, als wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Dem Käufer ist die Beschränkung auf die Marktpreisdifferenz zumindest, weil die Erzielung eines Gewinns auch im Falle ordnungsgemäßer Erfüllung von einer Weiterveräußerung abhängt. Ein nach dem Betrag entgangenen Gewinns bemessener Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung befreite den Käufer von dieser Anstrengung; eine solche Befreiung aber ist unter der Prämisse der Gewähr der Marktpreisdifferenz nicht gerechtfertigt. Die Marktpreisdifferenz stellt sicher, dass der Käufer die Kaufsache ohne Mehrkosten erhalten kann; er kann sie dazu einsetzen, die Kaufsache bei einem anderen Verkäufer kostenneutral zu erwerben. Würde ihm als Inhalt des Schadensersatzes statt der Leistung entgangener Gewinn gewährt, stünde er wegen der Befreiung von der Anstrengung der Weiterveräußerung besser als im Falle ordnungsgemäßer Erfüllung.

Gewinn kann dem Käufer nach diesem Zuschnitt des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nur noch aufgrund der Verzögerung der Leistung entge-

hen, das heißt deshalb, weil die Leistung nicht zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt erfolgt. Dieser auf §§ 280 I, II, 286 BGB gestützte Anspruch unterfällt vollständig den §§ 249 ff. BGB. Ein entscheidender Vorzug dieser Konzeption des Anspruchsinhalts ist die klare Trennung des Interesses am Erhalt der Leistung einerseits und des Ersatzes von (allein) aus deren Verzögerung resultierenden Nachteilen andererseits. Der Ersatz entgangenen Gewinns wird für den Käufer hierdurch nicht ausgeschlossen, indes einer erhöhten Begründungslast ausgesetzt. Gleichzeitig wird sein Interesse am Erhalt der Leistung nachhaltig gesichert: Jeder Käufer erhält ohne weitere Voraussetzungen eine zu seinen Gunsten ausfallende Marktpreisdifferenz ersetzt.

Das Interesse des Verkäufers ist im Kern vor wie auch nach der Entscheidung, i. S. d. § 281 IV BGB Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen, dasselbe: Es geht ihm um den Erhalt des wirtschaftlichen Vorteils, die Kaufsache zu einem höheren Preis verkauft zu haben, als er sie selbst beschafft oder hergestellt hat. Im Vergleich zum Erfüllungsverlangen ist die Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung lediglich ein zusätzlicher Weg, diesen Vorteil zu erzielen. Bei der Anspruchsbemessung gilt es, den zentralen Unterschied in den Blick zu nehmen, der sich bei Geltendmachung der §§ 280 I, III, 281 BGB gegenüber der Vertragserfüllung ergibt. Dies ist der Wegfall der beiderseitigen (Primär-)Ansprüche in Verbindung mit der Entstehung eines einseitig gegen den Käufer gerichteten Ersatzanspruchs. Der Blick auf diesen Unterschied lässt die zentrale materiellrechtliche Sachfrage sichtbar werden: Ist der Verkäufer gehalten, die Sache ersatzweise zu veräußern und ist sein Anspruch demgemäß auf den Unterschiedsbetrag zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Verkaufsmarktpreis beschränkt, oder kann er im Zuge der Nichtleistung den Betrag des gesamten Geschäftsgewinns verlangen? Die Differenzhypothese in ihrer Ausprägung des Ersatzes entgangenen Gewinns verdeckt diese Sachfrage. Sie reguliert die Frage lediglich „unbewusst“ aufgrund ihrer für das Ausbleiben der Leistung ungeeigneten Perspektive.

Die Deckungsobliegenheit belastet den Verkäufer nicht unangemessen. Die hierin verwirklichte „Aufgabenverteilung“ steht in Einklang mit dem vertraglichen Synallagma. Mit dem Erfüllungsverlangen einerseits und dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung andererseits stehen dem Verkäufer zwei verschiedene Wege zur Verfügung, seinen Geschäftsgewinn zu erzielen. Der Verkäufer kann gem. § 281 IV BGB darauf reagieren, dass der Käufer nicht zahlt, er muss es freilich nicht. Die Marktpreisdifferenz erhält ihm den spezifischen Vorteil eines für ihn „günstigen“ Kaufpreises. Der Verkäufer kann aber nicht vom Vertrag Abstand nehmen und – auf Kosten des Käufers – gleichzeitig verlangen, so gestellt zu werden, als sei der Vertrag abgewickelt worden. Dies kann der Verkäufer ausreichend dadurch erreichen, dass er an der Vertragserfüllung festhält.

Für den Verkäufer sieht die hier vorgeschlagene Neukonzeption einen Anspruchsinhalt des Schadensersatzes statt der Leistung vor, der sowohl der Ansicht

der Rechtsprechung als auch der überwiegenden Literatur entgegensteht. Beide erlauben dem Verkäufer in weitem Umfang, den für ihn mit dem Vertrag insgesamt verbundenen Absatzgewinn zu verlangen. Der hier vertretene Ausschluss entgangenen Gewinns bezieht sich dabei nicht nur auf den Schadensersatz statt der Leistung. Da der Ersatz der Marktpreisdifferenz sicherstellt, dass der Verkäufer den Gewinn weiterhin erzielen kann, ist es dem Verkäufer auch verwehrt, entgangenen Gewinn als Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung geltend zu machen. Der für ihn erzielbare Geschäftsgewinn ist im Anspruch auf Kaufpreiszahlung hinreichend gesichert. Verzichtet er darauf, diesen geltend zu machen, und verlangt stattdessen Schadensersatz statt der Leistung, entscheidet er sich eigenverantwortlich für eine alternative Methode, um den geplanten Absatzgewinn zu realisieren. Das Argument, dass es ihm aufgrund „ständiger Ausschlussgeschäfte“ nicht möglich sei, den Gewinn nachzuholen, kann deshalb keine Berücksichtigung finden.

Für den Käufer entspricht die hier vorgeschlagene Neukonzeption mit ihrem Ausschluss entgangenen Gewinns dem Ansatz in der Literatur (zum alten Schuldrecht), diesen – entgegen dem Ansatz der Rechtsprechung – auf die fiktiven Mehrkosten eines Deckungskaufs zu beschränken, ihm diese jedoch unabhängig davon zu ersetzen, ob sie auch tatsächlich anfallen. Die Neukonzeption stellt jedoch die Begründung hierfür auf ein anderes Fundament. Die Bemessung des Anspruchs nach der Marktpreisdifferenz ist nicht weiter eine „abstrakte“ Ausnahmeform zu einer an sich gebotenen „konkreten“ Berechnung, sondern die einzige zulässige Form der Anspruchsbemessung. Anders als beim Anspruch des Verkäufers ist der Ausschluss des entgangenen Gewinns freilich nicht umfassend. Es bleibt dem Käufer im Grundsatz unbenommen, sich jenseits der ihm als Schadensersatz statt der Leistung zu ersetzenden Marktpreisdifferenz auf einen Gewinnentgang zu berufen. Ein solcher Ersatz ist jedoch infolge des Umstands, dass dem Käufer mit der Marktpreisdifferenz eine alternative Beschaffung der Kaufsache ermöglicht wird, einer strukturell erhöhten Begründungslast ausgesetzt.

Literaturverzeichnis

- Ackermann*, Thomas: Schadensersatz statt der Leistung: Grundlagen und Grenzen, in: JuS 2012, S. 865–872.
- Adler*, Karl: Zur Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf, in: ZHR 86 (1923), S. 1–97.
- Bach*, Ivo: Zur Abgrenzung des Schadensersatzes statt der Leistung vom Schadensersatz neben der Leistung, in: ZJS 2013, S. 1–8.
- Bamberger*, Heinz Georg/*Ann*, Christoph/*Roth*, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1 §§ 1–610 BGB und CISG, 3. Auflage, München 2012.
- Bamberger*, Heinz-Georg/*Roth*, Herbert/*Hau*, Wolfgang/*Poseck*, Roman: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band §§ 1–480 BGB, 4. Auflage, München 2019.
- Bardo*, Ulrike: Die „abstrakte“ Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, Berlin 1989.
- Baur*, Fritz: Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts, in: Baur, Fritz/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, S. 119–139.
- BeckOGK BGB, hrsg. von *Gsell*, Beate/*Krieger*, Wolfgang/*Lorenz*, Stephan/*Reymann*, Christoph: Stand 01.07.2022.
- BeckOGK HGB, hrsg. von *Henssler*, Martin/*Herresthal*, Carsten/*Paschke*, Marian: Stand 01.12.2022.
- BeckOK HGB, hrsg. von *Häublein*, Martin/*Hoffmann-Theinert*, Roland: 39. Edition, Stand 15.01.2023.
- Benicke*, Christoph: Geldersatz wegen Unverhältnismäßigkeit der Restitutionsaufwendungen – BGH, NJW 1993, 3321, in: JuS 1994, S. 1004–1009.
- Benicke*, Christoph/*Hellwig*, Jan F.: Vorzeitiges Deckungsgeschäft und Schadensersatz – eine dogmatische Aufarbeitung, in: ZIP 2015, S. 1106–1112.
- Böffel*, Lukas: Der Ersatz „fiktiver“ Mängelbeseitigungskosten – ein unvollständiges Drama – Zugleich ein Vergleich von Kauf- und Werkrecht, in: GVRZ 2022, S. 14.
- Brox*, Hans/*Walker*, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 46. Auflage, München 2022.
- Bumke*, Christian: Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017.
- Caemmerer*, Ernst von: Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962 = Leser, Hans G. (Hrsg.), Gesammelte Schriften Band I, Tübingen 1968, S. 411–451.

- Christmann, Julian:* Wann fiktive Herstellungskosten real oder nur Fiktion sind, in: JuS 2019, S. 843–847.
- Clevinghaus, Tobias:* Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz nach neuem Schuldrecht. Unter Berücksichtigung des englischen Vertragsrechts und des UN-Kaufrechts, Baden-Baden 2007.
- Dauner-Lieb, Barbara:* Schadensersatz statt der Leistung – Wider den effizienten Vertragsbruch! In: Danzl, Karl-Heinz/Dauner-Lieb, Barbara/Wittwer, Alexander (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht. Festschrift für Christian Huber zum 65. Geburtstag, München 2020, S. 97–118.
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner:* Bürgerliches Gesetzbuch. Band 2 Schuldrecht, 4. Auflage, München 2021.
- Deppenkemper, Gunter:* Keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten: zurück zum BGB vor anno 1900? Zugleich eine kritische Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, in: jM 2018, S. 222–228.
- Düringer, Adelbert/Hachenburg, Max:* Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band IV, 3. Auflage, Mannheim 1932.
- Düringer, Adelbert/Hachenburg, Max:* Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band V, 3. Auflage, Mannheim 1932.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz:* Handelsgesetzbuch. Band 2, 3. Auflage, München 2015.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz:* Handelsgesetzbuch. Band 2, 4. Auflage, München 2020.
- Ehmann, Horst:* Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung oder Schlechtleistung? In: Heldrich, Andreas/Prölls, Jürgen/Koller, Ingo/Langenbucher, Katja (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. Band I, München 2007, S. 165–218.
- Erman BGB, Band I, hrsg. von Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg,* 16. Auflage, Köln 2020.
- Ernst, Wolfgang:* Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 3–49.
- Escher-Weingart, Christina:* Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz, Frankfurt a. M. 1993.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike:* Schuldrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000.
- Fabricius, Fritz:* Ersatz des „merkantilen Minderwerts“ bei Kraftfahrzeugunfällen – BGHZ 35, 396, in: JuS 1962, S. 224–229.
- Faust, Florian:* Die Rechtslage nach Ablauf der Nachfrist, in: Baums, Theodor/Lutter, Marcus/Schmidt, Carsten/Wertenbruch, Johannes (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 239–261.
- Fischer, Hans Albrecht:* Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903.

- Flessner, Axel/Kadner, Thomas:* Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang – BGHZ 99, 182 und 101, 325, in: JuS 1989, S. 879–885.
- Flume, Johannes W.:* Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrags. Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens, in: AcP 215 (2015), S. 282–350.
- Flume, Johannes W.:* Marktaustausch – Grundlegung einer juristisch-ökonomischen Theorie des Austauschverkehrs, Tübingen 2019.
- Flume, Johannes W.:* Austauschverträge in volatilen Märkten, in: Juristische Blätter 2020, S. 502–522.
- Flume, Johannes W.:* Max Weber, der Kapitalismus und das Privatrecht, in: JZ 2020, S. 594–601.
- Flume, Johannes W.:* Der Nichterfüllungsschaden oder ein Plädoyer für einen Abschied vom deliktsrechtlichen Denken – Replik auf Reischauer, Zum Differenzanspruch beim Rücktritt eines Händlers vom Vertrag, ÖJZ 2021, 765, in: ÖJZ 2022, S. 657–660.
- Flume, Johannes W.:* On and off markets. Marktpreise als Referenzpunkte zivilrechtlichen Denkens, in: Freitag, Robert/Hoffmann, Jochen/Hofmann, Franz/Schmolke, Klaus Ulrich (Hrsg.), Marktermöglichung durch Recht im digitalen Zeitalter, Berlin 2023, S. 83–109.
- Franz, Dietmar:* Der Schadensersatzanspruch des Verkäufers wegen Nichterfüllung und seine Pauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: NJW 1966, S. 2342–2343.
- Frotz, Gerhard:* Zur Schadensersatzhaftung des Mieters wegen vertragswidrig nicht ausgeführter Schönheitsinstandsetzungen, in: NJW 1963, S. 884–888.
- Gebauer, Martin:* Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund, Tübingen 2007.
- Giesen, Dieter:* Kraftfahrzeug-Totalschaden und Haftpflichtrecht, in: NJW 1979, S. 2065–2071.
- Giesen, Richard:* Verhältnis des Verzögerungsschadens zum Schaden statt der Leistung, in: Baums, Theodor/Lutter, Marcus/Schmidt, Carsten/Wertenbruch, Johannes (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 263–290.
- Gregor, Stephan:* Das Bereicherungsverbot. Ausdruck der Trennung von Schaden und Haftung, Tübingen 2012.
- Grigoleit, Hans Christoph/Bender, Philip:* Der Diskurs über die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht – Teleologische Dogmatisierung auf dem Prüfstand, in: ZfPW 2019, S. 1–65.
- Grigoleit, Hans Christoph/Riehm, Thomas:* Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht, in: AcP 203 (2003), S. 727–762.
- Grünberger, Michael:* Verträge über digitale Güter, in: AcP 218 (2018), S. 213–296.
- Grünberger, Michael:* Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze. Erwiderung auf Karl Riesenhuber, in: AcP 219 (2019), S. 924–942.

- Grüneberg*, Christian: Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Auflage, München 2023.
- Gsell*, Beate: Beschaffungsnotwendigkeit und Ersatzlieferung beim Stück- und beim Vorratskauf, in: JuS 2007, S. 97–103.
- Gsell*, Beate: Die schadensrechtliche Einordnung der Mehrkosten eines vorzeitigen Deckungskaufes nach der „Zauberformel“ als Beispiel für die Leistungsfähigkeit der Dogmatik, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph/Hager, Johannes u. a. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 451–478.
- Hagen*, Horst: Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs? – BGH (GSZ), NJW 1968, 1823, in: JuS 1969, S. 61–69.
- Hager*, Günter: Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht, Freiburg 1975.
- Halfpap*, Frank: Der entgangene Gewinn. Dogmatik und Anwendung des § 252 BGB, Frankfurt a. M. 1999.
- Harke*, Jan Dirk: Allgemeines Schuldrecht, Berlin 2010.
- Haug*, Richard: Naturalrestitution und Vermögenskompensation (Teil 1) – Der Stand der Rechtsprechung im Hinblick auf die geplante Gesetzesänderung –, in: VersR 2000, S. 1329–1337.
- Haug*, Richard: Naturalrestitution und Vermögenskompensation (Teil 2) – Der Stand der Rechtsprechung im Hinblick auf die geplante Gesetzesänderung –, in: VersR 2000, S. 1471–1483.
- Haug*, Richard: Die Rechtsprechung des BGH zur Dispositionsfreiheit, in: NZV 2003, S. 545–555.
- Heinemeyer*, Susanne: Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht? In: NJW 2018, S. 2441–2444.
- Hellgardt*, Alexander: Die Ersatzfähigkeit des vorzeitigen Deckungskaufs, in: JuS 2016, S. 1057–1063.
- Herresthal*, Carsten: Der Anwendungsbereich der Regelung über den Fixhandelskauf (§ 376 HGB) unter Berücksichtigung des reformierten Schuldrechts, in: ZIP 2006, S. 883–890.
- Honsell*, Heinrich: Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, in: JuS 1973, S. 69–75.
- Honsell*, Heinrich/*Harrer*, Friedrich: Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht, in: JuS 1985, S. 161–170.
- Honsell*, Heinrich/*Harrer*, Friedrich: Schaden und Schadensberechnung, in: JuS 1991, S. 441–448.
- Huber*, Ulrich: Wandlungen im Recht des Handelskaufs, in: ZHR 161 (1997), S. 160–185.
- Huber*, Ulrich: Leistungsstörungen. Band II. Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999.

- Huber, Ulrich:* Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 725–745.
- Huber, Ulrich:* Schadensersatz statt der Leistung, in: AcP 210 (2010), S. 319–353.
- Jaggy, Ulrike:* Der sogenannte kleine Schadensersatz bei § 463 BGB, Berlin 2001.
- Jahr, Günther:* Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung – zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrechts, in: AcP 183 (1983), S. 725–794.
- Jahr, Günther:* Nutzung eines Motorboots ist Vermögenswert, in: JZ 1984, S. 573–574.
- Jansen, Nils:* Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003.
- Jansen, Nils:* Konturen eines europäischen Schadensrechts, in: JZ 2005, S. 160–173.
- Jestaedt, Matthias:* Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis –, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 117–137.
- juris-Praxiskommentar BGB Band 2 Schuldrecht*, hrsg. von Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut u.a.: 9. Auflage, Stand: 08.09.2021.
- Kaiser, Dagmar:* Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. Rücktritts-, Bereicherungs- und Schadensersatzrecht, Tübingen 2000.
- Keuk, Brigitte:* Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972.
- Kirsten, Stefan:* Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf?, Tübingen 2009.
- Knobbe-Keuk, Brigitte:* Möglichkeiten und Grenzen abstrakter Schadensberechnung, in: VersR 1976, S. 401–411.
- Knütel, Christian:* Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, in: AcP 202 (2002), S. 555–606.
- Köhler, Helmut:* Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB?, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München 1983, S. 349–370.
- Koller, Ingo:* Der Wertersatz im Transportrecht, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas/Hopt, Klaus J. u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band II. Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, Karlsruhe 2000, S. 181–208.
- Korch, Stefan/Hagemeyer, Teoman:* Die ewige Frage: Schadensersatz statt oder neben der Leistung? – Die Abgrenzung vor dem Hintergrund des Biodiesel-Urtells des BGH, in: JURA 2014, S. 1077–1086.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried:* Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003.

- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts. Band II – Halbband 2. Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1994.
- Lennartz, Jannis: Dogmatik als Methode, Tübingen 2017.
- Lobinger, Thomas: Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten. Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F., Tübingen 2004.
- Lobinger, Thomas: Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, in AcP 216 (2016), S. 28–106.
- Looschelders, Dirk: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999.
- Looschelders, Dirk: Fiktive Mängelbeseitigungskosten – Absage der Vorlage an den Großen Zivilsenat, in: NJW 2021, S. 1501–1504.
- Looschelders, Dirk: Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 19. Auflage, München 2021.
- Lorenz, Stephan: Das Deckungsgeschäft im System der Schadensarten oder: Was taugt die „Zauberformel“? In: Häublein, Martin/Utz, Stephen (Hrsg.), Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Liber amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag am 4. August 2012, Berlin 2012, S. 147–169.
- Lorenz, Stephan: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.3.2021 – V ZR 33/19, in: JZ 2021, S. 630–632.
- Medicus, Dieter: Naturalrestitution und Geldersatz, in: JuS 1969, S. 449–455.
- Medicus, Dieter: Die teure Autoreparatur – BGH, NJW 1972, 1800, in: JuS 1973, S. 211–214.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan: Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 22. Auflage, München 2021.
- Mohr, Jochen: Fiktiver Schadensersatz bei mangelhafter Leistung im Werkvertrags- und im Kaufrecht, in: JZ 2019, S. 917–924.
- Mommsen, Friedrich: Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.
- Mugdan, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Müller, Gerd: § 376 Abs. 2 HGB – Ausnahmevereinschrift oder Leitbild für die „abstrakte“ Schadensberechnung? In: WM 2013, S. 1–8.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241–432, 6. Auflage, München 2012.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil I §§ 241–310, 8. Auflage, München 2019.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil I §§ 241–310, 9. Auflage, München 2022.

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht Allgemeiner Teil II §§ 311–432, 8. Auflage, München 2019.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht Allgemeiner Teil II §§ 311–432, 9. Auflage, München 2022.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Schuldrecht Besonderer Teil IV §§ 705–853, 8. Auflage, München 2020.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5 §§ 343–406 und CISG, 5. Auflage, München 2021.
- Neuner*, Robert: Interesse und Vermögensschaden, in: AcP 133 (1931), S. 277–314.
- Oertmann*, Paul: Anmerkung zu RG – Urteil vom 19.12.1916 = RGZ 89, 282, in: JW 1917, S. 355.
- Ostendorf*, Patrick: Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung, in: NJW 2010, S. 2833–2839.
- Picker*, Eduard: Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, in: AcP 183 (1983), S. 369–520.
- Picker*, Eduard: Vertragliche und deliktische Schadenshaftung. Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme, in: JZ 1987, S. 1041–1058.
- Picker*, Ulrike: Die Naturalrestitution durch den Geschädigten, Tübingen 2003.
- Picker*, Ulrike: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22.2.2018 – VII ZR 46/17 (OLG Düsseldorf), in: JZ 2018, S. 676–680.
- Pieper*, Helmut: Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in: JuS 1962, S. 409–417 (= Teil I).
- Pohlmann*, Petra: Entgangener Gewinn trotz Deckungsverkaufs, in: NJW 1995, S. 3169–3170.
- Popescu*, Paul: Zum Baumangel als Schaden im Schutzsystem relative Rechte, in: BauR 2014, S. 1685–1695.
- Popescu*, Paul: Das Ende der fiktiven Schadensberechnung im Werkvertragsrecht, in: BauR 2018, S. 1599–1608.
- Prölss*, Jürgen: Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966.
- Rabel*, Ernst: Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Band 1, Berlin 1936.
- Rabel*, Ernst: Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Band 2, Berlin 1958.
- Riehm*, Thomas: Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigungskosten – Umfang des Schadensersatzes statt der Leistung, in: JuS 2014, S. 833–836.
- Riehm*, Thomas: Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015.
- Riehm*, Thomas: Naturalrestitution und Wertersatz beim Schadensersatz statt der Leistung, in: Lorenz, Stephan/Arnold, Stefan (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, S. 363–380.

- Riehm*, Thomas: Fiktiver Schadensersatz im Mietrecht. Auswirkungen der neuen werkvertraglichen Rechtsprechung? In: NZM 2019, S. 273–281.
- Riehm*, Thomas: Fiktive Mängelbeseitigungskosten auf dem Weg zum Großen Zivilsenat, in: NJW 2021, S. 27–32.
- Roussos*, Kleanthis: Schaden und Folgeschaden. Die systematischen und die Wertungsgrundlagen der Schadenszurechnung, Köln 1992.
- Rückert*, Joachim: Ausgleich durch Auslegung, Schadensersatz oder Kondiktion? Die sog. Umbaufälle bei Schönheitsreparaturpflichten als Prüfstein der Schuldrechtsdogmatik, in: AcP 184 (1984), S. 105–151.
- Schiemann*, Gottfried: Luxusvilla auf schwankendem Grund: Der Nutzungsschaden an Wohneigentum – BGHZ (GS) 98, 212, in: JuS 1988, S. 20–25.
- Schiemann*, Gottfried: „Neues“ allgemeines Schadensrecht durch Rückfall hinter Friedrich Mommsen? In: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999, Heidelberg 1999, S. 259–267.
- Schiemann*, Gottfried: Schadensersatz statt der Nacherfüllung, in: JZ 2021, S. 939–948.
- Schlegelberger*, Franz: Handelsgesetzbuch. Band V §§ 373–383, 5. Auflage, München 1982.
- Schmidt*, Eike: Das zerstörte Unikat – BGHZ 92, 85, in: JuS 1986, S. 517–522.
- Schmoeckel*, Mathias/*Rückert*, Joachim/*Zimmermann*, Reinhard: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II. Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 241–432. 1. Teilband: vor § 241–§ 304, Tübingen 2007.
- Schroeter*, Ulrich G.: Befriedigung des Leistungsinteresses in Geld. Der „statt der Leistung“ verlangte Schadensersatz im modernisierten Schuldrecht, in: AcP 220 (2020), S. 234–292.
- Schulte*, Werner: Schadensersatz in Geld für Entbehrungen. Die Entwicklungslinie der Rechtsprechung und ihre dogmatischen Grundlagen, Berlin 1978.
- Schulze*, Reiner: Ersatz der Mängelbeseitigungskosten und allgemeines Schadensrecht, in: NJW 1987, S. 3097–3100.
- Schwarze*, Roland: Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Auflage, Berlin 2022.
- Seibel*, Mark: Die BGH-Entscheidung VII ZR 46/17 und die unzulässige Umgehung des Großen Senats für Zivilsachen, in: MDR 2019, S. 263–266.
- Soergel*, Hans-Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch. Band 2 Schuldrecht I §§ 241–432, 12. Auflage, Stuttgart 1990.
- Soergel*, Hans-Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch. Band 3/2 Schuldrecht 1/2 §§ 243–304, 13. Auflage, Stuttgart 2014.
- Sourlas*, Paul: Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB, Berlin 1974.
- Spallino*, Dennis: BGH v. 19.10.2005 – VIII ZR 392/03, Entgangener Gewinn im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung gemäß § 252 S. 2, in: JR 2007, S. 28–29.

- Staub*, Hermann: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 9 §§ 373–376; 383–406, 5. Auflage, Berlin 2013.
- Staub's* Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 3 §§ 343–375, 14. Auflage, Berlin und Leipzig 1933.
- Staudinger*, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), Berlin 2017.
- Staudinger*, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), Berlin 2021.
- Staudinger*, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 255–304 (Leis-
tungsstörungsrecht 1), Berlin 2019.
- Staudinger*, Julius von: BGB. Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Auflage, Berlin 2020.
- Steindorff*, Ernst: Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, in: AcP 158 (1959/
1960), S. 431–469.
- Steindorff*, Ernst: Gewinnentgang und Schadensberechnung des Verkäufers, in: JZ 1961,
S. 12–15.
- Stoll*, Hans: Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahr-
zeugs? – BGHZ 45, 212, in: JuS 1968, S. 504–513.
- Sutschet*, Holger: Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag,
Tübingen 2006.
- Tolk*, Martin: Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller
Schäden. Darstellung und Versuch einer Kritik, Berlin 1977.
- Toussaint*, Guido: Naturalherstellung und Geldersatz, Berlin 1992.
- Waldhoff*, Christian: Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld
von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Ste-
fan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und steuert die
Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 17–37.
- Walesch*, Benedikt/Athie, Marem-Lisa: Schadensersatz wegen Verletzung einer Primär-
pflicht im Werkvertragsrecht, in: NZBau 2020, S. 136–142.
- Weiss*, Alexander: Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung –
Autonomie statt künstlicher Parallelität, in: NJW 2015, S. 3393–3397.
- Weiss*, Alexander: Fiktive und abstrakte Schadensberechnung in neuem Licht, in: NJW
2021, S. 1047–1052.
- Weller*, Marc-Philippe: Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrund-
satz – Leistungstreue, Tübingen 2009.
- Wellner*, Wolfgang: Typische Fallgestaltungen bei der Abrechnung von Kfz-Schäden, in:
NJW 2012, S. 7–13.
- Wietfeld*, Anne Christin: Der Umfang von Schadensersatzansprüchen statt der Leistung
nach berechtigter Erfüllungsverweigerung, in: AcP 215 (2015), S. 716–755.

Wilburg, Walter: Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, in: JherJb 82 (1932), S. 51–148.

Würthwein, Susanne: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? Zur Dogmatik des Schadensersatzrechts, Tübingen 2001.

Stichwortverzeichnis

- Absatzgeschäft 39 f., 44, 81 f., 147
Absatzgewinn 37, 43, 60 ff., 69, 83, 107, 113 f., 147, 149, 180, 184
Absatzinteresse *siehe* Interesse
Absatzkapazität 40 (Fn. 104), 114, 143 ff., 178
Absatzvermutung 43 f., 63, 69, 147
Anwendbarkeit der §§ 249 ff. BGB 13 f., 18, 22 f., 25, 27 f., 30 ff., 34, 87, 89, 93, 118, 141, 161
– Dogma der allgemeinen Anwendbarkeit 30, 34, 87, 89, 93, 161
Anschlussgeschäft 38, 40, 43, 49 ff., 78, 113, 168, 171, 174, 184
Anspruchsbumessung 13 ff., 18 (Fn. 17), 23 ff., 29 ff., 33 ff., 38 f., 42 f., 45, 47, 54, 62 ff., 68 ff., 72, 75, 77 ff., 82 (Fn. 240), 86, 88 f., 91, 93, 103 f., 113 (Fn. 344), 118 f., 121 ff., 131 f., 136 ff., 142, 146 ff., 152 f., 156 f., 160, 165 f., 171, 173, 179 ff., 183 f.
– drei grundlegende Fragen 34 ff., 65, 68, 86 f., 89, 91, 104, 116, 118, 125 (Fn. 397), 138, 142, 148 f., 165, 181
– fünf Fragen 86 f., 89, 91, 138, 148 f.
Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit 19
außervertragliche Haftung 13 f., 18 f., 21, 23 f., 30, 32 f., 88 f., 91, 99 f., 103 f., 106, 109, 111 ff., 117, 119, 131, 133, 140, 172, 179
- Deckungsaufwand/Mehraufwand** 24, 56, 58, 70 ff., 87, 90, 92, 104, 116, 126, 128 f., 132, 137 ff., 148, 157, 164 f., 169 (Fn. 563)
– Mehrkosten (Käufer) 36 f., 39, 47, 51 ff., 59, 66 ff., 70, 73 f., 76, 80, 84, 90, 100, 111 (Fn. 337), 123 ff., 128 ff., 132, 136 ff., 152, 154 f., 162 ff., 169 (Fn. 563), 173, 182, 184
– Mindererlös (Verkäufer) 24, 37, 42, 47, 60 f., 64 f., 68 ff., 73 f., 76, 84, 90, 101, 122, 141 ff., 152
Deckungsgeschäft 26 f., 29 f., 37 f., 41 (Fn. 106), 47 f., 52 ff., 64 ff., 68, 70 ff., 79 ff., 87, 90, 92, 100 f., 104, 111 (Fn. 337), 116, 125 ff., 137 ff., 143, 147 f., 152, 154 f., 157 ff., 173, 175 (Fn. 581), 179 f., 182,
siehe auch Ersatzgeschäft
– vorzeitiges 155, 162 ff., 173
– Deckungskauf 24, 36 ff., 49, 51 ff., 55 f., 58 f., 65 ff., 74, 77 ff., 84 f., 100, 112, 123, 125 f., 128 ff., 132, 136 ff., 148 f., 151 ff., 155 ff., 166, 168 f., 172 f., 184
– Deckungsverkauf 24, 37, 40 ff., 60 f., 64 ff., 68 ff., 74, 81, 85, 101, 103, 122, 141 ff., 149, 151, 158
– Vorrang des Deckungsgeschäfts *siehe* Vorrang
– Zeitpunkt des Deckungsgeschäfts *siehe* Zeitpunkt
Deckungskosten 39, 53 f., 58, 66, 71 f., 77, 79, 81, 84, 92 f., 116, 125 ff., 132 ff., 139, 141, 143, 147, 149 f., 166 (Fn. 554)
Deckungsobliegenheit 40, 51 f., 54, 64, 70, 77, 79, 81 ff., 85, 114 f., 140 ff., 146 f., 149, 174, 176, 178 f., 181 ff.
Differenzhypothese 21, 24, 35, 45 ff., 50, 57, 70, 86, 88 f., 93 f., 105, 109, 115 ff., 121 (Fn. 377), 123 ff., 138 ff., 148 ff., 176 ff., 181, 183
Differenztheorie 115 (Fn. 351), 120 ff.
Dispositionsfreiheit 32, 87, 126, 133 ff., 156

- Einbuße** 14, 19, 21ff., 25, 34f., 45ff., 57, 66, 69, 86ff., 94, 103ff., 107, 109f., 112, 115ff., 123, 125, 127ff., 133, 136, 140f., 148f., 151, 158, 168, 178
- Einkaufskosten** 42, 60f., 74, 76, 82, 85, 108f., 122, 142, 145, 174, 180
- Entgangener Gewinn** 29, 39ff., 48ff., 52ff., 60, 64ff., 72ff., 76ff., 81, 85ff., 92ff., 98ff., 106ff., 114f., 117 (Fn. 357), 122, 124ff., 130f., 138ff., 145, 148, 152ff., 167ff., 176, 179ff.
- Erfüllung in Geld** 17, 22, 27, 72, 76, 78f., 153, 169, 180
- Erfüllungsanspruch** 21, 31f., 39, 42, 76, 99f., 112
- Nacherfüllung 30ff., 89 (Fn. 255)
 - Naturalerfüllung 26, 57, 101, 105f., 167
- Ersatzgeschäft** 15, 26, 40, 47, 51, 64, 80, 124, 151, 166, 181f.
- Ersatzbeschaffung 14 (Fn. 1), 16ff., 37ff., 56, 77, 92, 97, 106, 112, 124, 126, 128, 131 (Fn. 422), 133 (Fn. 427), 166
 - Ersatzveräußerung 16, 37, 41f., 60, 75, 77, 83f.
- Ersatzrichtung** 21, 65, 68, 87f., 91ff., 99f., 102, 105, 107, 109, 125 (Fn. 397), 128, 133, 141, 148
- Kompensation *siehe* Geldentschädigung
 - Naturalrestitution *siehe* dort
 - Restitution 88, 90ff., 115, 127, 130, 134, 136
- Ersatzverlangen i. S. d. § 281 IV BGB** 20, 22, 24ff., 39, 42, 68, 72f., 77, 81, 83f., 102, 105, 113f., 119ff., 126, 141, 146, 151f., 154, 156, 160ff., 165, 167, 169, 172, 177ff., 183
- Zeitpunkt des Ersatzverlangens *siehe* Zeitpunkt
- Erwerbsinteresse** *siehe* Interesse
- Fixhandelsgeschäft** 159f.
- Geldentschädigung** 21, 88, 94ff., 99ff., 104, 109, 118, 127, 129, 131 (Fn. 422), 134, 136f., 168 (Fn. 559)
- Geschäftsgewinn** 39ff., 43, 60, 67, 84, 108, 112ff., 122, 125f., 141f., 144f., 152, 168, 176, 179, 181ff.
- Gewinninteresse** *siehe* Interesse
- Gewinnvermutung** 39, 42, 44 (Fn. 116), 48ff., 54, 64, 66, 69f., 147, 153, 173f., 176f.
- Herstellungsinteresse** *siehe* Interesse
- Herstellungskosten** 32, 60f., 74, 91, 93, 101, 109, 113, 122, 127f., 133, 136, 138, 142, 149f., 174, 177, 180
- Integritätshaftung** 18, 23 (Fn. 32), 33, 100, 103 (Fn. 310), 112, 117
- Integritätsinteresse** *siehe* Interesse
- Integritätsschaden** 13f., 19, 21, 24
- Interesse**
- Absatzinteresse 70, 81, 99, 102
 - Erwerbsinteresse 38, 77, 99, 103, 105, 136, 151, 156f., 166
 - Gewinninteresse 108, 110, 116
 - Herstellungsinteresse 90, 93f., 99, 104, 136f.
 - Integritätsinteresse 31, 88, 91, 104, 130, 134, 136
 - Leistungsinteresse 22, 24f., 42, 70, 76, 99ff., 104ff., 140f., 162, 166f., 169 (Fn. 562), 171, 178
 - Rechtzeitigkeitsinteresse 88, 154, 169
 - Wertinteresse 93, 99f., 118, 131 (Fn. 420)
- Leistung**
- ausbleibende 13ff., 20, 23, 28, 33, 35f., 46ff., 50f., 56f., 71f., 76, 79, 89, 91, 93, 100, 102 (Fn. 306), 105, 116, 119, 121ff., 130, 150f., 153f., 161, 163, 165ff., 171, 173, 181, 183
 - mangelfreie 17f., 31, 92 (Fn. 266), 96 (Fn. 282), 98, 134 (Fn. 428)

- mangelhafte 17, 30, 32 (Fn. 88), 89, 92 (Fn. 266)
- Leistungsanspruch 14, 20, 24f., 28, 39, 42, 55f., 68, 75f., 89ff., 99ff., 103, 106ff., 119, 121, 141, 148f., 151, 155, 162
- Leistungsaustausch 20f., 23, 25f., 29, 57, 76ff., 81f., 90, 102f., 106, 108, 113f., 120, 142, 149, 151, 154ff., 161f., 169, 178f.
- Leistungsinteresse *siehe* Interesse
- Marktpreis 15ff., 25f., 29, 33, 36ff., 41ff., 49, 54ff., 62f., 66ff., 74ff., 79ff., 87, 95, 102, 108f., 112, 114, 137ff., 142f., 145, 147ff., 151f., 156, 158f., 165f., 168, 170 (Fn. 570), 173, 180f., 183
 - Markteinkaufspreis 74f., 108, 126, 132, 177
 - Marktverkaufspreis 74, 81, 84, 122, 145f.
 - Marktpreis der Weiterveräußerung 36, 67, 82, 125f., 173, 183
- Marktpreisdifferenz 26, 29f., 38 Fn. 98, 41 (Fn. 105), 74ff., 107ff., 112ff., 152ff., 166ff., 171ff., 179ff.
 - Zeitpunkt der Marktpreisdifferenz *siehe* Zeitpunkt
- Marktstufen 72f., 75f., 98 (Fn. 288), 109, 126f.
- Mehraufwand eines Deckungsgeschäftes
 - siehe* Deckungsaufwand
- Nachfrist 36, 55 (Fn. 161), 60 (Fn. 189), 77 (Fn. 227), 155f., 159, 162, 164, 167 (Fn. 556), 172f.
- Naturalerfüllung *siehe* Erfüllungsanspruch
- Naturalrestitution 14 (Fn. 1), 21, 31, 45, 88ff., 97 (Fn. 288), 99ff., 103f., 115, 127ff.
- Preis
 - Einkaufspreis 39, 48, 63, 66f., 74, 82, 109, 112, 124, 126, 128, 131
 - (Fn. 420), 150, 168 (Fn. 560), 175, 178 (Fn. 590)
 - Marktpreis *siehe* dort
 - Verkaufspreis 37, 68f., 74, 95 (Fn. 276)
 - Weiterveräußerungspreis 39, 66, 74f., 99, 108, 111f., 116, 124f., 149f., 152, 168, *siehe noch* Marktpreis der Weiterveräußerung
- Rechtzeitigkeitsinteresse *siehe* Interesse
- Restitution *siehe* Ersatzrichtung
- Rücktritt 25, 101, 119ff., 124 (Fn. 390), 126
- Schadensabwendung 163, 167, 173
- Schadensarten, Abgrenzung 162ff., 169ff.
 - schadensphänomenologische 163, 169
 - zeitliche/zeitpunktbezogene 163ff., 170
- Schadensberechnung 15ff., 18 (Fn. 16), 23, 25, 30, 33f., 37, 45ff., 59ff., 70ff., 119, 121ff., 138ff., 145, 147
 - abstrakte 49ff., 59ff., 66, 68, 77 (Fn. 227), 124, 133 (Fn. 427), 153ff., 158, 160f., 165f., 171, 178
 - konkrete 47f., 52ff., 65, 74 (Fn. 220), 85, 93, 118 (Fn. 363), 123ff., 160f., 164, 166, 184
 - vertragliche 34, 53, 70, 161, 164
 - Zeitpunkt der Schadensberechnung *siehe* Zeitpunkt
- Schadensersatz
- Bemessung 17 (Fn. 9), 28f., 31ff., 43 (Fn. 11), 45, 47, 64f., 72, 79, 82 (Fn. 240), 86ff., 93ff., 105 (Fn. 317), 113 (Fn. 344), 119, 121 (Fn. 377), 125, 132, 138, 140, 146, 149f., 152, 157, 160f., 165, 171, 173, 178, 180f.
- Berechnung *siehe* Schadensberechnung
- neben der Leistung 76f., 81, 152, 163f., 167ff.
- statt der Leistung 13ff., 17f., 20, 22ff., 28ff., 38, 42f., 46f., 52f., 57,

- 64, 66, 69, 72, 75 ff., 85 ff., 96
(Fn. 282), 98 ff., 113 f., 116, 118 ff., 123 ff., 132, 134 f., 138, 140 f., 146, 148 ff., 157 f., 160 ff., 171 ff., 177 ff.
 - wegen Nichterfüllung 14 (Fn. 1), 16 (Fn. 6), 18 (Fn. 17), 23 (Fn. 32), 26, 28, 43 (Fn. 111), 61, 105 (Fn. 318), 159, 165, 169 (Fn. 563)
 - Verzögerungsschaden/Verzugsschaden 13 f., 19 ff., 24, 29 (Fn. 70), 72, 79, 85, 154, 163, 167 ff., 172 f., 178, 182 ff.
 - Schadensminderungsobliegenheit 52, 138 ff., 169 (Fn. 565), 171 f.
 - Surrogationstheorie 82 (Fn. 240), 119 ff.
 - Totalreparation 21, 70, 89, 110 ff., 114 f., 117
 - Unmöglichkeit** 14 (Fn. 1), 17 f., 26 f., 50 (Fn. 138), 90, 95, 128, 175 (Fn. 582)
 - Veräußerlichkeitswert** 94 f., 98 ff., 102, 122, 125 ff., 130, 132 ff., 136, 139, 143 f., 146, 148 ff.
 - Vorrang**
 - der Marktpreisdifferenz 29 f.
 - der Naturalerfüllung 106, 167
 - der Naturalrestitution 21, 93, 99, 104, 127 ff., 131
 - des Deckungsgeschäftes 54, 79, 128 ff., 153
 - des (Nach-)Erfüllungsanspruchs 31 f.
 - Vorteilsausgleichung** 14 (Fn. 1), 16 (Fn. 7), 44 (Fn. 114), 61 f., 70 f., 118, 122 f., 143 ff., 150
 - Weiterveräußerungsgewinn** 48 (Fn. 129), 65 f., 68, 124, 169
 - Weiterveräußerungsvermutung** 50 ff., 64, 67, 152 f., 175
 - Wertersatz** 17, 24, 38 (Fn. 98), 87 f., 91, 94, 96 ff., 101 f., 109, 128 ff., 136
 - Wertinteresse** *siehe* Interesse
 - Wiederbeschaffungswert** 95 ff., 125 ff., 131 f., 134
- Zeitpunkt**
- der Marktpreisdifferenz 26, 76 f., 80 f., 152, 154 ff., 166 f., 179 ff.
 - der Schadensberechnung 42, 49 f., 53 ff., 58 ff., 65 (Fn. 202), 67 ff., 77 (Fn. 227), 138 f., 154 (Fn. 509), 158 ff.
 - des Deckungsgeschäftes/Ersatzgeschäftes 38, 41 f., 53 f., 58 f., 65 (Fn. 202), 67 ff., 77 (Fn. 227), 80, 132, 138 f., 143, 157, 159 ff., 164 ff., 173
 - des Ersatzverlangens 15, 38, 41 f., 55 (Fn. 161), 67 f., 73, 80, 82, 84 f., 105, 143, 152, 155, 157, 160, 162 f., 165 f., 172 f., 178, 180 ff.