

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*, *Nachtzug 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 Ausbildungsaufsatzes 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 uneigennützigte 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 Anspruchsbemessung	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 Anspruchsbemessung	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 Gewinnentgang?	39
II. Anspruch des Verkäufers: Zwischen Deckungsverkauf und gescheitertem 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 Beispielfälle	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 Beispielfälle	84
I. Der nicht belieferte 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 Problemerkfassung ..	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 Vorteils	145

bb) Freiwerden einer Absatzkapazität als <i>regelmäßige</i> Folge der käuferseitigen 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 konkre- ten 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 Ersatzzustän- de (Fragen III.–V.)	149
§ 6 Eine leistungsstörungenrechtliche 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 gestütz- ten – Marktpreisdifferenz von § 376 II HGB	158
a) § 376 HGB als handelsrechtliche Spezialregelung ohne Ab- schlusswirkung	159
b) Kein Erfordernis einer analogen Anwendung des § 376 II HGB	160
c) § 281 IV i.V.m. § 280 III BGB als normativer Anknüpfungs- punkt	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 An- spruchs i. S. d. § 281 IV BGB	172
b) Zeitraum bis zum Ablauf einer nach § 281 I S. 1 BGB erforder- lichen 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: Deckungsobliegenheit 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) Nichterfüllung 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 Rechtsfolgenrechtsseite 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 Gesetzessystematik 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 Integritätsschäden (§§ 280 I, 241 II BGB), Verzugsschäden (§§ 280 I, II, 286 BGB) und Mangelgeschäden (§ 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 Gesetzessystematik 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 gesamten 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 – Einsicht 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 Verzugschäden, 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 gesamten 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 gesamten 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 gesamten 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 heranzuziehen. 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 Marktgängigkeit 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.