

Sarah H. Höffmann

Die Nachfrist im Leistungsstörungenrecht

Die Nachfrist im Leistungsstörungenrecht

Sarah H. Höffmann

Die Nachfrist im Leistungsstörungenrecht

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.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2013

D 18

ISBN 978-3-631-62810-2 (Print)

E-ISBN 978-3-653-02976-5 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-02976-5

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2013

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH.

Peter Lang – Frankfurt am Main · Bern · Bruxelles · New York ·
Oxford · Warszawa · Wien

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Ein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Peter Mankowski, der mir von Beginn der Arbeit an mit Anregungen zur Seite stand und für mich während der gesamten Zeit als Betreuer ein stetiger Ansprechpartner war. Dass eine abschließende Begutachtung meiner Arbeit durch ihn nicht stattfinden konnte, bedaure ich sehr. Für seine umfassende Unterstützung gebührt ihm jedoch an erster Stelle meine Dankbarkeit. Zu großem Dank bin ich zudem Frau Prof. Dr. Bettina Heiderhoff verpflichtet, die sich kurzfristig und ohne Zögern dazu bereit erklärte, anstelle von Herrn Prof. Dr. Peter Mankowski die Erstbegutachtung meiner Dissertation zu übernehmen. Für ihre zuvorkommende Hilfe möchte ich mich herzlich bedanken. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork für die Übernahme und sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Darüber hinaus danke ich allen, die mich auf meinem Weg begleitet und unterstützt haben, insbesondere Fabian Lang für seine Unterstützung bei allen technischen Fragen und der Kanzlei Hillmann & Partner in Oldenburg, die stets darauf geachtet hat, dass mir die Arbeit an meiner Dissertation auch neben der Rechtsanwaltsstätigkeit möglich war.

Ein ganz besonderer Dank gilt schließlich meinen Eltern, Otto und Heike Höffmann, ohne deren Unterstützung in jeglicher Hinsicht mir der erfolgreiche Abschluss meines Studiums nicht möglich gewesen wäre. Aber auch meinen Geschwistern möchte ich für ihre Geduld großen Dank aussprechen, insbesondere meiner Schwester, Dr. Friederike Höffmann, die mich während der gesamten Promotionszeit großartig unterstützt hat und ohne die diese Dissertation nicht das wäre, was sie heute ist. Ihr widme ich diese Arbeit.

Hamburg im Mai 2013

Sarah H. Höffmann

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
I. Die Nachfrist als Besonderheit des deutschen Rechts.....	1
II. Gang der Darstellung.....	2
§ 2 Historische Entwicklung der Nachfrist vom ADHGB bis zur Schuldrechtsmodernisierung	5
I. Die Zeit vor Inkrafttreten des BGB	6
1. Zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts: Die Bedürfnisse des neuzeitlichen Handelsverkehrs bringen das allgemeine bürgerliche Recht an seine Grenzen	6
2. Die wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der beginnenden Industrialisierung	7
3. Schwächen des gemeinen Rechts	8
4. Die Einführung der Nachfrist in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch	9
a. Art. 356 ADHGB: Die Nachfrist zur Nachholung des Versäumten.....	9
b. Differenzierung zwischen Sach- und Geldleistung	11
c. Der Vorteil der neuen Regelung – Vereinfachter Weg zu den Sekundärrechten	11
d. Der Umgang mit dem Missbrauch der Nachfristsetzung	12
II. Die Nachfrist im Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18.8.1896.....	13
1. Der Weg zur Aufnahme der Nachfrist ins BGB.....	13
a. Der erste Entwurf des BGB	13
b. Der zweite Entwurf des BGB	15
(1) Die verschiedenen Anträge zur Ausgestaltung der Nachfristregelung.....	15
(2) § 326 BGB – „Abschluss der bisherigen Rechtsentwicklung“.....	17
2. Unterschiede zwischen der Nachfristregelung im BGB zu der im ADHGB	18
a. Strengere Anforderungen an die Nachfrist	18
b. Die neue rechtsgestaltende Wirkung	19
c. Erweiterung des Anwendungsbereichs.....	20
III. Zwischenfazit: Die Nachfrist als Produkt wirtschaftlicher Bedürfnisse und Aus- druck politischer Grundanschauung	20

IV. Die Schuldrechtsreform und ihre Auswirkungen auf die Nachfrist	22
1. Grund und Ziel der Novellierung des BGB.....	22
2. Schwächen des Schuldrechts vor seiner Modernisierung	24
3. Die Nachfrist als Mittel zur Beseitigung der bestehenden Defizite	25
4. Die Ausgestaltung der Nachfrist nach der Schuldrechtsreform	26
a. Wegfall der Rechtsfolge des automatischen Untergangs des Erfüllungsanspruchs	27
b. Wegfall des Erfordernisses der Ablehnungsandrohung	28
5. Zusammenfassung	29
V. Darstellung ausgewählter Fristenregelungen im BGB	29
1. § 281 I 1 BGB – Die Nachfrist als zentrale Voraussetzung für den Schadensersatz statt der Leistung	30
2. § 323 I BGB – Pendant zu § 281 I BGB im Rücktrittsrecht	30
3. §§ 637 I, 634 Nr. 3, 4 BGB – Das Selbstvornahmerecht des Bestellers	31
4. Die Ausschlussfrist des § 250 BGB	31
5. § 264 BGB – Die Frist zur Konkretisierung einer Wahlschuld.....	32
6. Die Annahmefrist des § 148 BGB.....	32
7. § 350 BGB – Beendigung des Schwebezustandes bei vertraglichem Rücktrittsrecht .	32
8. Zusammenfassung	33
§ 3 Die Rechtsnatur der Nachfrist und ihre Folgen.....	35
I. Rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung	35
II. Widerruflichkeit/Bedingbarkeit der Nachfrist.....	37
III. Der Begriff „Nachfrist“	37
IV. Nachfristsetzung und Geschäftsfähigkeit	38
V. Nachfristsetzung durch einen Stellvertreter	39
VI. Abtretbarkeit des Rechts zur Fristsetzung.....	40
§ 4 Sinn und Zweck des Nachfristsetzungserfordernisses am Beispiel der kaufrechtlichen Regelungen.....	41
I. Das Prinzip „pacta sunt servanda“	41
II. Die Bedeutung der Nachfrist für den Käufer	43

1. Die Nachfrist als grundsätzlich zwingende Voraussetzung der sekundären Rechtsbehelfe	43
2. Der Nacherfüllungsanspruch als vorrangiger Rechtsbehelf	43
a. Der wirtschaftliche Vorteil des Nacherfüllungsanspruchs	44
b. Die Vorrangigkeit des Nacherfüllungsanspruchs und ihre Folgen	45
(1) Die Selbstvornahme durch den Käufer – Durchbrechung der Vorrangigkeit?	45
(a) Die Selbstvornahme als Fall des § 326 II 2 BGB analog oder direkt	47
(b) Die Selbstvornahme als Geschäftsführung ohne Auftrag, § 684 BGB i.V.m. § 818 BGB	48
(c) Selbstvornahmekosten als ein nach §§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB zu ersetzender Schaden	49
(d) Selbstvornahmekosten als Verwendungen/Aufwendungen im Sinne von § 347 II BGB	50
(e) Dogmatische Abwägung der dargestellten Anspruchsgrundlagen	50
i. Der "Denkfehler" bei der Bejahung eines Ersatzanspruchs aus GoA	49
ii. Das fehlende Vertretenmüssen des Verkäufers bei den §§ 280 I, III i.V.m. 283 BGB	49
iii. Der Ersatzanspruch aus § 326 II 2 BGB (analog) als Verstoß gegen die "grundlegende Werteentscheidung" des Gesetzgebers	50
iv. Der Verstoß gegen Treu und Glauben bei einem Ersatzanspruch aus § 347 II BGB	51
(f) Ergebnis: Keine Ausnahme vom Vorrang der Nacherfüllung	54
(2) Die Vorrangigkeit als Vorteil für den Käufer	56
(3) Gesamtwürdigung	56
3. Verdeutlichungsfunktion der Nachfrist	57
III. Die Bedeutung der Nachfrist für den Verkäufer	58
1. Das „Recht zur zweiten Andienung“ – Ein durchsetzungsfähiger Anspruch des Verkäufers?	58
a. Der Wortlaut der Gesetzesbegründung als Indiz für die Anspruchsqualifikation ...	59
b. Mögliche rechtliche Grundlagen für einen Anspruch auf Andienung	60
c. Fazit: Kein Anspruch, sondern vielmehr nur eine Chance des Verkäufers	60
2. Die „zweite Chance“ als Vorteil für den Verkäufer	63

3. Zwischenfazit	64
4. Die Nachfrist als Warnung für den Verkäufer	65
IV. Zusammenfassung	66
§ 5 Das Gebot der Fristsetzung – Eine ökonomische Analyse der Selbstvornahmeproblematik im Kaufrecht.....	69
I. Problemdarstellung: Ersatz der Selbstvornahmekosten	70
II. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Selbstvornahme aus Sicht der Parteien	71
1. Rekonstruktion des vollständigen Vertrages	71
2. Das Modell des homo oeconomicus.....	72
3. Vor- und Nachteile der Selbstvornahme für die Parteien.....	73
a. Die Vorteile der Selbstvornahme.....	73
b. Die Nachteile der Selbstvornahme	74
III. Abwägung unter Berücksichtigung des Kostenfaktors	75
1. Kosten durch unklare Verhältnisse.....	76
2. Kosten durch Beweisschwierigkeiten.....	77
3. Kosten für die genaue Berechnung der ersparten Aufwendungen	77
IV. Fazit	78
§ 6 Die Nachfrist im internationalen Rechtsverkehr	81
I. Die Nachfrist im CISG	81
1. Ursprünge, Entwicklung und Anwendungsbereich des CISG	81
2. Das Leistungsstörungenrecht im CISG	82
a. Allgemeine Regelungen.....	82
b. Das Rücktrittsrecht im CISG	83
3. Die deutsche Nachfrist als Vorbild für das CISG und ihre dortige Ausgestaltung	84
a. Aufgabe der Nachfrist im CISG	85
(1) Die Nachfrist zur Eröffnung des Rücktrittsrechts.....	86
(2) Die Nachfrist zum Schutz des Schuldners.....	87
b. Wirksame Fristsetzung	88
(1) Grundsätzliche Voraussetzungen	88
(a) Erfüllbarkeit einer bestehenden Leistungspflicht.....	88

(b) Fälligkeit der Leistung	88
(2) Form und rechtliche Einordnung der Nachfristerklärung.....	90
(3) Inhalt der Erklärung.....	90
(a) Keine Ablehnungsandrohung.....	91
(b) Bestimmtheitserfordernis der Frist – Verlangen nach „sofortiger“, „unverzüglicher“ oder „umgehender“ Leistung genügt nicht	92
(4) Angemessenheit der Frist	93
(a) Fristlänge.....	93
(b) Fristbeginn.....	94
(c) Folgen einer zu kurz/zu lang bemessenen Frist	95
(5) Absendung bzw. Abgabe als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Nachfristerklärung	96
(6) Entbehrlichkeit der Frist	97
(7) Beweislastverteilung.....	97
(8) Abdingbarkeit des Fristsetzungserfordernisses	98
c. Rechtsfolgen der Fristsetzung.....	98
(1) Vor Ablauf der Frist	98
(a) Umfang der Bindungswirkung.....	98
(b) Ende der Bindungswirkung.....	100
(c) Fristsetzung durch den Verkäufer nach Art. 48 II 1 CISG.....	100
(2) Nach Ablauf der Frist	101
(a) Recht zur Vertragsaufhebung.....	101
(b) Die Nachfrist zur Wiedererlangung eines bereits verfristeten Aufhebungsrechts?	101
4. Zusammenfassung	103
II. Die Nachfrist in den PECL, PICC und dem DCFR.....	103
1. Ursprünge und Ziele der Vereinheitlichungsprojekte	104
2. Die Nachfrist in den Principles of European Contract Law (PECL).....	105
a. Anwendungsbereich der PECL.....	105
b. Das System der Leistungsstörungen in den PECL	106
(1) Allgemeine Regelungen	106
(2) Das Recht auf Vertragsaufhebung.....	107
c. Die Nachfristregelung in Art. 8:106 PECL	108

(1) Das Recht zur Nachfristgewährung im Falle der Nichterfüllung nach Art. 8:106 (1) PECL	108
(2) Die Bindungswirkung der Nachfrist nach Art. 8:106 (2) PECL	109
(3) Die Nachfrist zur Aufhebung des Vertrages nach Art. 8:106 (3) PECL	109
d. Aufgabe der Nachfrist in den PECL	110
e. Voraussetzungen einer für die Vertragsaufhebung wirksamen Nachfrist gemäß Art. 8:106 (3) PECL	111
(1) Verzögerung der Erfüllung als nicht „wesentliche“ Vertragsverletzung	111
(2) Erklärung zur Gewährung einer Nachfrist	112
(3) Bestimmtheit und angemessene Länge der Nachfrist	112
(a) Folgen einer zu kurz bemessenen Frist	113
(b) Folgen einer zu lang bemessenen Frist	113
f. Rechtsfolgen der Nachfristsetzung in den PECL	113
(1) Die Bindungswirkung als Vorteil für den Schuldner	114
(2) Der weitere Rücktrittsgrund als Vorteil für den Gläubiger	114
3. Die Nachfrist in den UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts (PICC)	114
a. Der Anwendungsbereich der PICC	114
b. Das System der Leistungsstörungen in den PICC	115
(1) Allgemeine Regelungen	116
(2) Das Recht auf Vertragsaufhebung	116
c. Die Nachfristregelung in Art. 7.1.5 PICC	117
(1) Große Übereinstimmungen zum Pendant des Art. 8:106 PECL	117
(2) Eingeschränkter Anwendungsbereich der Nachfrist gemäß Art. 7.1.5 (4) PICC	117
d. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Nachfrist in den PICC vergleichbar mit denen nach den PECL	118
4. Die Nachfrist im Draft Common Frame of Reference (DCFR)	118
a. Anwendungsbereich des DCFR	118
b. Das System der Leistungsstörungen im DCFR	120
(1) Allgemeine Regelungen	120
(2) Das Recht zur Vertragsaufhebung im DCFR	121
c. Die Nachfristregelung im DCFR	122

(1) Art. III.-3:103 DCFR	123
(2) Art. III.-3:503 DCFR	123
d. Sinn und Zweck der Nachfrist im DCFR	124
e. Voraussetzungen einer wirksamen Nachfristsetzung wie bei den PECL und den PICC	125
(1) Die Bindungswirkung nach Art. III.-3:103 DCFR	125
(2) Das Recht auf Vertragsaufhebung nach Art. III.-3:503 DCFR	125
f. Rechtsfolgen der Nachfrist	126
III. Fazit	127
1. Die Nachfrist als Alternative zur „Wesentlichkeit“ der Vertragsverletzung	127
2. Die Nachfrist ausschließlich zur Sicherung des Äquivalenzinteresses	128
3. Die Nachfrist als Ersatz für das Verschuldensprinzip	129
4. Die „zweite Andienung“ als eigener Anspruch des Schuldners	129
§ 7 Voraussetzungen einer wirksamen Nachfrist und ihre Entbehrlichkeit	131
I. Pflichtverletzung in Form einer Verzögerung der Leistung oder einer Schlecht- leistung	132
II. Gegenseitigkeit der Leistungspflicht bei § 323 BGB – Keine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpflichten	132
III. Fälligkeit und Durchsetzbarkeit der Leistung, aber kein Verzug erforderlich	133
IV. Nachfristsetzung vor Fälligkeit	134
V. Eigene Vertragstreue nicht zwingend, eigene Leistungsfähigkeit aber bei Leistung Zug-um-Zug erforderlich	135
VI. Anforderungen an die Nachfristerklärung	136
1. Form der Nachfristerklärung	136
2. Inhalt der Nachfristerklärung	137
a. Deutliche und nachdrückliche Aufforderung zur Leistung	137
(1) Klare Formulierungen sind angeraten – aber kein Hinweis auf „letzte“ Gelegenheit	137
(2) Keine Pflicht zur Nennung eines bestimmten Rechtsbehelfs – Restriktiver Umgang mit der Anwendung von § 242 BGB	138

(3) Wegfall der Ablehnungsandrohung.....	139
(a) Verzicht auf ein schwer zu handhabendes Mittel.....	139
(b) Verheerender Einfluss leichtfertiger Ausführungen in der Rechtsprechung	140
b. Anforderungen an die Leistungs-/Nacherfüllungsaufforderung.....	142
(1) Keine nähere Bestimmung des Leistungsdefizits während der Erfüllungsphase	142
(2) Hinreichende Konkretisierung des bestehenden Leistungsdefizits bei der Aufforderung zur Nacherfüllung – Teilforderung möglich.....	143
(3) Keine Pflicht zur Entscheidung zwischen Nachbesserung oder Neulieferung	144
c. Gefahr der Unwirksamkeit der Nachfristsetzung bei Zuvielforderung	144
d. <i>Fristsetzung nicht Fristgewährung</i>	146
(1) Vorteile einer Fristsetzung gegenüber einer Fristgewährung.....	146
(2) Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis bei § 323 BGB im Falle des Verbrauchsgüterkaufs	147
e. Das Erfordernis einer bestimmten oder bestimmbaren Frist.....	149
(1) Festsetzung einer genauen Zeitspanne erforderlich oder genügt eine Bestimmbarkeit?	149
(2) Es genügen Formulierungen wie „unverzüglich“ – Bestimmbarkeit der Nachfrist reicht aus	150
(a) Vorteile der Ausweitung der Definition der Fristsetzung	151
(b) Nachteile der abgemilderten Anforderungen an die Fristsetzung.....	152
i. Methodische Bedenken.....	148
ii. Weitreichende Konsequenzen für den Schuldner.....	149
iii. Fortwährende Unsicherheit: Welche Formulierungen genügen neben "unverzüglich" als wirksame Fristsetzung?	150
(3) Stellungnahme	155
VII. Angemessenheit der Frist	157
1. Maßgeblich sind die objektiven Umstände des Einzelfalls.....	158
2. Orientierung an allgemeinen Richtwerten möglich – Ungeeignetheit pauschaler Rechenformeln	159
3. Fristbeginn	160
4. Folgen einer zu kurz bemessenen Frist	160

5. Folgen einer zu lang bemessenen Frist.....	161
VIII. Der Zugang der Nachfrist als Wirksamkeitsvoraussetzung	162
IX. Mitwirkungsbereitschaft des Gläubigers	162
X. Nachfristsetzung nach Erhebung der Klage	163
XI. Entbehrlichkeit der Frist	163
1. Die ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung gemäß §§ 281 II Alt. 1, 323 II Nr. 1 BGB	165
a. Strenge Anforderungen an eine endgültige Verweigerung	166
b. Frist zur Erklärung über Leistungsbereitschaft geeignet zur Begründung einer Leistungsverweigerung?	167
c. Leistungsverweigerung vor Mängelbeseitigung – Keine Einrede nach § 439 III BGB	167
2. Besondere Umstände unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach §§ 281 II Alt. 2, 323 II Nr. 3 BGB	168
a. Wegfall des Interesses	168
b. Arglistige Täuschung als „besonderer Umstand“	169
c. Eilbedürftigkeit als „besonderer Umstand“	170
d. Die Bedeutung von § 323 II Nr. 3 BGB für den Verbrauchsgüterkauf	170
3. Relatives Fixgeschäft nach § 323 II Nr. 2 BGB	170
4. Die Unzumutbarkeit nach §§ 282, 324 BGB bei einer Pflichtverletzung nach § 241 II BGB	171
5. Unmöglichkeit der Leistung	172
6. Entbehrlichkeitsvorschriften im besonderen Schuldrecht und anderen Gesetzen	173
7. Rechtsfolgen der Entbehrlichkeit der Frist	173
XII. Beweislast hinsichtlich der Nachfrist	174
XIII. Abmahnung statt Nachfristsetzung	174
§ 8 Die Rechtsfolgen der Nachfristsetzung	177
I. Der Zeitraum vor dem Ablauf der Nachfrist	177
1. Bindungswirkung der Fristsetzungserklärung	177
a. Ausnahmen von der Bindungswirkung	179

b. Länge der Bindungswirkung.....	179
2. Möglichkeit der einseitigen Fristverlängerung/-verkürzung	181
3. Wirksamkeit eines Schadensersatzverlangens oder einer Rücktrittserklärung vor Ablauf der Frist.....	182
II. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist.....	183
1. Eröffnung des Zugangs zu den sekundären Rechtsbehelfen	183
a. Leistungshandlung innerhalb der Frist, Leistungserfolg nach Fristablauf	184
b. Das Problem von Nichtleistung/Teilleistung in Verbindung mit anschließender mangelhafter Leistung innerhalb der Frist.....	186
(1) Der Begriff der Teilleistung	186
(2) Pflicht zur erneuten Fristsetzung nach mangelhafter Leistung innerhalb der Frist?	187
c. Auswirkungen geringfügiger Fristüberschreitung	189
2. Geänderte Rechtsfolge: Fortbestand des Erfüllungsanspruchs neben den sekun- dären Rechtsbehelfen.....	190
a. Rechtliche Bedeutung	191
b. Auswirkungen der geänderten Rechtsfolge für den Schuldner	192
c. Möglichkeiten des Schuldners, die „Schwebelage“ nach Fristablauf zu beenden 193	
(1) Recht des Schuldners auf Erbringung der Leistung	194
(a) Wille des Gesetzgebers / Kehrseite des Erfüllungsanspruchs.....	194
(b) Kein „Recht zur dritten Andienung“	195
(2) Möglichkeit der Fristsetzung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger	196
(a) Anwendbarkeit von § 350 BGB analog	196
(b) Anwendbarkeit von § 264 BGB (analog).....	197
i. Voraussetzungen einer Wahlschuld	192
ii. Voraussetzungen der elektiven Konkurrenz.....	194
iii. Zwischenergebnis	195
(c) § 314 III BGB analog	201
(d) Stellungnahme	201
(3) Reziproke Anwendung von § 281 IV BGB?	204
(4) Verwirkungseinwand nach § 242 BGB	204
(5) Fazit: Novellierungsvorschlag.....	205
(a) Absicherung des Schuldners durch Einwand eines Schädigungsverbots.....	206

(b) Leistungsangebot in Verbindung mit hinreichender Erklärung	206
(c) Normierung einer festen Entscheidungsfrist für den Gläubiger.....	207
(d) Rechtsfolge eines fruchtlosen Ablaufs der Entscheidungsfrist	208
(e) Rechtslage nach Ablehnung der Leistung durch den Gläubiger	209
3. Zurückweisungsrecht des Gläubigers nach Fristablauf	210
4. Bindung des Gläubigers an ein nach Fristablauf geäußertes Erfüllungsverlangen? ..	211
a. Pflicht zur erneuten Fristsetzung oder § 242 BGB als dilatorische Einrede des Schuldners?	211
b. Stellungnahme	212
III. Rechtsfolgen einer wiederholten Nachfrist	213
IV. Auswirkungen der neuen Rechtslage auf das Insolvenzrecht	214
§ 9 Richtlinienkonformität der Nachfristregelung	215
I. Die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG.....	215
II. Kritik an der deutschen Nachfristregelung in § 323 I BGB	216
III. Argumentation des Gesetzgebers und von Teilen der Literatur: Fristsetzungsgebot als Vorteil gegenüber der Richtlinie	216
IV. Stellungnahme	217
V. Vorschläge zur richtlinienkonformen Auslegung der Fristenregelung	218
1. § 440 BGB als Anknüpfungspunkt für die Herstellung der Richtlinienkonformität.	218
2. Die richtlinienkonforme Auslegung von § 323 II Nr. 3 BGB oder § 323 I BGB	219
VI. Stellungnahme	219
VII. Neue Wendung mit dem BGH-Urteil vom 12.8.2009?	221
VIII. Novellierungsvorschlag	223
§ 10 Die Nachfrist in der Praxis	225
I. Ratschläge und Hinweise für einen erfolgreichen Einsatz der Nachfrist in der Praxis	225
1. Vorsicht bei der Selbstvornahme	225
2. Fristsetzungsgebot besteht trotz Unsicherheit über die Ursache des Mangels	226

3. Augen auf bei der Verkäuferwahl	226
4. Risiko bei der Annahme eines Entbehrlichkeitstatbestandes	228
5. Das Problem der Nachfristsetzung kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist	228
6. Die Vermeidung von Unwirksamkeits- und Beweisproblemen.....	230
7. Bemühen um das Setzen einer bestimmten Frist.....	231
II. Die Nachfrist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	231
1. Das Festlegen einer bestimmten Nachfristlänge	232
2. Das Verlangen einer Ablehnungsandrohung.....	232
3. Festlegung eines Schriftformerfordernisses	233
4. Die Abbedingung des Fristsetzungserfordernisses.....	233
§ 11 Zusammenfassung.....	235
§ 12 Kernthesen dieser Arbeit	241

§ 1 Einleitung

I. Die Nachfrist als Besonderheit des deutschen Rechts

Mit Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB) im Jahre 1861 erblickte die Nachfrist als Mittel zur Lösung von Leistungsstörungen erstmals das Licht der Welt. Zuvor war ein solches Rechtsinstitut zur Lösung von Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen nicht nur dem in Deutschland geltenden Recht völlig unbekannt, sondern auch im ausländischen Recht ohne Vorbild.¹ Von da an entwickelte sich dieses als „überaus fruchtbare Besonderheit des deutschen Rechts“² bezeichnete Rechtsinstitut zu der zentralen Voraussetzung im deutschen Leistungsstörungenrecht, von der im BGB sämtliche sekundären Rechtsbehelfe abhängig sind. Aber auch aus dem internationalen Rechtsverkehr ist die Nachfrist nicht mehr wegzudenken. Dort fand sie als „the German Nachfrist“ oder „le Nachfrist allemand“ Eingang sowohl in die Vorschriften des CISG³ als auch in die drei Vereinheitlichungsprojekte für ein europäisches Vertragsrecht, die PECL, die PICC und den DCFR.

Beeinflusst wurde die Entscheidung, eine umfassende Untersuchung dieser deutschen Besonderheit anzustrengen, unter anderem durch ein jüngeres Urteil des BGH, in dem das Gericht Formulierungen wie „unverzüglich“ und „sofort“ als angemessene Fristsetzung genügen lässt.⁴ Das Urteil fügt sich damit in die Entwicklung der gesetzlichen Nachfristregelungen ein, welche stets an dem Ziel ausgerichtet war, die Position des Gläubigers bestmöglich zu stärken und ihn nicht durch unnötige formelle Zwänge einzuschränken. Von dieser Motivation waren auch die Änderungen getragen, welche die Nachfristregelung im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung erfuhr. So wurde bei der Gesetzesänderung auf das Erfordernis der Ablehnungsandrohung, deren Fehlen bis dahin zu einer Unwirksamkeit der Fristsetzung geführt hatte, mit der Begründung verzichtet, dass sich eine solche für den Laien als eine nicht zu rechtfertigende Hürde erweise.⁵ Mit einer ähnlich gläubigerfreundlichen Argumentation wurde in diesem Zusammenhang der Verzicht auf die vormalige rechtsgestaltende Wirkung des frucht-

1 Scherner, Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert (1993), 10.

2 Canaris, FS Kropholler (2008), 3, 8.

3 Schlechtriem, ZEuP 1993, 217, 235.

4 BGH 12.8.2009, NJW 2009, 3153.

5 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.5.2001, BT-Drucks. 14/6040, 180 Zu Nummer 15 – Neufassung der §§ 323 bis 326 BGB Vorüberlegung.

losen Fristablaufs begründet.⁶ Dabei war mit der Nachfristregelung zugleich stets die Intention verbunden, mit diesem Rechtsinstitut den Bedürfnissen des Schuldners ebenfalls angemessen Rechnung zu tragen.⁷ Ob eine solche Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners nach der gegenwärtigen Rechtslage überhaupt noch besteht, soll ein Schwerpunkt dieser Arbeit sein.

Motiviert ist die nachstehende Untersuchung zudem durch die Tatsache, dass eine Vielzahl der zur Nachfrist bestehenden Diskussions- und Problemfelder, welche durch die mit der Schuldrechtsmodernisierung eingeführten Neuregelungen entstanden sind, bislang noch keiner allgemein akzeptierten und von der Rechtsprechung getragenen Lösung zugeführt worden sind. Zu nennen ist hierbei unter anderem die Frage nach einem möglichen Ersatzanspruch des Gläubigers für seine Selbstvornahmekosten oder die Frage nach einer Möglichkeit des Schuldners, die „Schwebelage“⁸ nach Fristablauf zu beenden, mithin den Gläubiger zu der Ausübung seiner Wahl zwischen Primär- und Sekundärrechten zu zwingen. Umstritten ist daneben, welche rechtliche Bedeutung dem sogenannten „Recht zur zweiten Andienung“, welches dem Schuldner im Rahmen der neugeschaffenen Rechtslage zugesprochen wurde, tatsächlich zukommt. Schließlich erscheint die Frage nach einer Lösung für die Richtlinienwidrigkeit der Nachfristregelung in § 323 I BGB ebenfalls gegenwärtig noch nicht abschließend geklärt zu sein.

Ziel der vorstehenden wissenschaftlichen Arbeit soll es sein, eine umfassende Analyse des Instituts der Nachfrist anhand ihrer historischen Entwicklung bis hin zu den gegenwärtig geltenden Gesetzesregelungen – sowohl im BGB als auch im internationalen Rechtsverkehr – zu erstellen. Das Hauptaugenmerk soll hierbei auf der aktuellen Gesetzeslage, insbesondere auf den gegenwärtig hierzu bestehenden Problem- und Diskussionsfeldern, liegen. Diese sollen umfänglich dargelegt und kritisch untersucht werden. Eigene Lösungsvorschläge sollen im Anschluss hieran durch Anregungen zur Auslegung und Anwendung der geltenden Gesetzesregelungen sowie in Form von Novellierungsvorschlägen erarbeitet werden.

II. Gang der Darstellung

Zu Beginn der Arbeit soll zunächst ein Blick auf die historischen Ursprünge der Nachfrist geworfen werden. Anhand der verschiedenen Vorschriften wie Art. 356 ADHGB, § 326 BGB a.F. sowie den §§ 281, 323 BGB soll dabei die

6 Bamberger/Roth(-Grothe), BGB, §§ 1 – 610 BGB³(2012), § 323 BGB Rn.12.

7 Lorenz, NJW 2006, 1175, 1176.

8 Hanau, NJW 2007, 2806.

Entwicklung der Nachfristregelung von ihren Anfängen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bis heute aufgezeigt werden. Als weiterer Einstieg in die Untersuchung soll sodann zunächst eine Darstellung verschiedener Fristenregelungen im Gesetz erfolgen, sowie eine rechtliche Einordnung der Nachfrist vorgenommen werden.

Im Weiteren wird eine systematische Betrachtung vom Sinn und Zweck der Nachfrist am Beispiel der kaufrechtlichen Regelung durchgeführt. Dabei soll herausgearbeitet werden, inwieweit sie sowohl die Interessenlage des Gläubigers als auch die des Schuldners unterstützt. Ein Diskussionspunkt wird hier in der Frage nach einem Ersatzanspruch des Gläubigers für entstandene Selbstvornahmekosten liegen, welcher im Anschluss daran in einem eigenen Kapitel noch einmal aus ökonomischer Sicht beurteilt werden soll. Sodann soll sich der Ausgestaltung der Nachfrist im internationalen Rechtsverkehr zugewandt werden, wobei die Unterschiede zum deutschen Recht bezüglich ihres Anwendungsreichs und ihrer Funktion dargelegt werden sollen.

Besondere Aufmerksamkeit wird schließlich den Kapiteln über die Voraussetzungen einer wirksamen Nachfrist und ihren Rechtsfolgen gewidmet. In diesem Kontext soll unter anderem eine kritische Auseinandersetzung mit der oben zitierten Rechtsprechung des BGH, wonach Begriffe wie „unverzüglich“ für eine ordnungsgemäße Fristsetzung genügen, erfolgen. Zum anderen soll bei der Untersuchung der Rechtsfolgenseite der Nachfrist das Problem der für den Schuldner bestehenden „Schwebelage“ nach Fristablauf ausführlich analysiert werden. Im Anschluss hieran wird die Richtlinienkonformität der Nachfristregelung in § 323 I BGB thematisiert. Schließlich soll die Arbeit mit einem Blick auf den Einsatz der Nachfrist in der Praxis abgerundet werden.

§ 2 Historische Entwicklung der Nachfrist vom ADHGB bis zur Schuldrechtsmodernisierung

Die Einführung der Nachfrist durch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 wird teilweise als die wichtigste Modifikation angesehen, die in den vergangenen 150 Jahren in den Regeln des Handelskaufs vorgenommen worden ist.⁹ Zuvor war ein solches Rechtsinstitut zur Lösung von Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen nicht nur dem in Deutschland geltenden Recht völlig unbekannt, sondern auch im ausländischen Recht ohne Vorbild.¹⁰ Bereits in ihren Anfängen war die Nachfrist Gegenstand zahlreicher Diskussionen, welche etwa ihre formellen Voraussetzungen,¹¹ ihre Angemessenheit¹² sowie vor allen Dingen ihre Entbehrlichkeit¹³ betrafen. In der Folge hatte das Reichsoberhandelsgericht in den ersten Jahren nach ihrer Einführung im Jahre 1861 bis zu ihrer Übernahme in das am 18.8.1896 ausgefertigte Bürgerliche Gesetzbuch¹⁴ eine Vielzahl von Fällen bezüglich der zuvor genannten Praxisprobleme zu entscheiden.¹⁵ Noch heute ist das Institut der Nachfrist immer wieder Gegenstand von Entscheidungen höherinstanzlicher Gerichte, mit deren Hilfe stetig versucht wird, die Ausgestaltung der Nachfrist bestmöglich an die Bedürfnisse der Praxis anzupassen.¹⁶

Als Grundlage und Ausgangspunkt einer sich anschließenden, umfassenden Analyse des Instituts der Nachfrist in ihrer heutigen Ausgestaltung im BGB soll im Folgenden zunächst ein Blick auf deren Ursprünge und ihre historische Entwicklung geworfen werden.

9 *Huber, Ulrich*, ZHR 161 (1997), 160, 165.

10 *Scherner*, Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert (1993), 10.

11 ROHG 10.12.1873, ROHGE 12, 59, 62 f.

12 ROHG 6.3.1873, ROHGE 8, 125, 126.

13 ROHG 6.10.1871, ROHGE 3, 319, 321 f.

14 Am 1.1.1900 trat es in Kraft, siehe *Palandt(-Sprau)*, BGB⁷² (2013), Einleitung Rn. 4.

15 Beispielhaft seien hier genannt: ROHG 18.3.1872, ROHGE 6, 324, 326; 30.10.1872, ROHGE 7, 376, 377; 7.5.1873, ROHGE 9, 311, 315 f.; 28.10.1873, ROHGE 11, 237; 10.12.1873, ROHGE 12, 59, 62 f.; 25.2.1874, ROHGE 12, 282, 284 f.

16 So zum Beispiel: BVerfG 26.9.2006, BVerfGK 9, 263; BGH 23.2.2005, BGHZ 162, 219; 20.1.2009, NJW-RR 2009, 667; 12.8.2009, NJW 2009, 3153 f.; 25.3.2010, NJW 2010, 2200 f.; 14.6.2012, BGHZ 193, 315; KG Berlin 26.3.2010, NJW-Spezial 2010, 526; OLG München 16.6.2010, NJW-RR 2010, 1716; OLG Saarbrücken 22.2.2011, BB 2011, 1299.

I. Die Zeit vor Inkrafttreten des BGB

1. Zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts: Die Bedürfnisse des neuzeitlichen Handelsverkehrs bringen das allgemeine bürgerliche Recht an seine Grenzen

Die Ursprünge der gesetzlich geregelten Nachfrist finden sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Bis zu dieser Zeit stellte das allgemeine bürgerliche Recht, bestehend aus dem jeweils anwendbaren Landesrecht und subsidiär dem gemeinen Recht¹⁷, die gesetzliche Grundlage für die Abwicklung von Verträgen in Deutschland dar.¹⁸ In keiner der damals geltenden Rechtsvorschriften war bis zu diesem Zeitpunkt ein vergleichbares Institut wie das der Nachfristsetzung zur Lösung von Verträgen oder zur Begründung von Schadensersatzforderungen bekannt. Die Vorschriften wurden stattdessen von komplizierten und umfassenden Tatbestandsvoraussetzungen beherrscht,¹⁹ welche den Übergang von dem Primärrecht des Erfüllungsverlangens zu den Sekundärrechten²⁰, wie dem Schadensersatzanspruch, erschwerten.²¹ Trotz dieser und weiterer Schwächen²² genügten die Vorschriften gleichwohl den bis dahin an das geschriebene Recht gestellten Anforderungen.²³

Dies änderte sich hingegen mit einem Anstieg der Bedürfnisse des neuzeitlichen Handelsverkehrs, denn parallel hierzu wuchs mehr und mehr auch die Notwendigkeit, einen Ausgleich für die Unzulänglichkeiten des gemeinen

17 Als „gemeines Recht“ wird das bis zum Inkrafttreten des BGB herausgebildete, allgemein für Deutschland geltende Privatrecht römischen Ursprungs bezeichnet, *Weidt*, Antizipierter Vertragsbruch (2008), 78 (B II Nr.1) m.w.N.

18 *Huber, Ulrich*, ZHR 161 (1997), 160, 161.

19 So konnten sich die Parteien zum Beispiel nur dann von der Bindung an die ursprünglichen Leistungspflichten nach Eintritt einer Leistungsstörung lösen, wenn sie, wie beim Schadensersatzanspruch, das Vorliegen eines Interesseswegfalls beweisen konnten. Das Rücktrittsrecht wurde zudem nur als ein Anhängsel des Schadensersatzanspruchs angesehen, *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag (1975), 12 (II 3.); *Beinert*, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt (1979), 182 (3. Kap. § 2); siehe auch die Ausführungen unter § 2. I. 3.

20 Die Bezeichnung als „Sekundärrecht“ findet ihre Begründung darin, dass dem Gläubiger diese Rechte, anders als der Erfüllungsanspruch, nur unter besonderen, zusätzlichen Voraussetzungen zustehen, *Rütten*, FS Gernhuber (1993), 939, 940.

21 *Weidt*, (Fn. 17), 81 (B I Nr.1).

22 Allgemein lag der Vorwurf darin, dass viele praktische Fragen „von der Theorie vernachlässigt“ werden würden und hierdurch auch die Urteile der obersten Gerichte „unpopulär“ seien, *Mitteis*, Deutsches Privatrecht³(1959), 17 (Kap. 5).

23 *Schmidt*, Handelsrecht⁵ (1999), 42 f.

Rechts zu schaffen.²⁴ Im Vordergrund stand dabei das Begehren nach Flexibilität und schnell wiederherzustellender Dispositionsfreiheit.²⁵ Daraus ergab sich nicht nur das Verlangen nach vereinfachten Tatbestandsvoraussetzungen für den Schadensersatzanspruch, sondern auch nach der Einführung eines von diesem unabhängigen Rücktrittsrechts.²⁶

Um die rechtliche Entwicklung, die zur Einführung der Nachfristsetzung in die gesetzlichen Vorschriften jener Zeit geführt hat, erfassen zu können, ist das Augenmerk zunächst auf die wirtschaftlichen Verhältnisse zu richten, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts im Deutschen Reich herrschten.

2. Die wirtschaftlichen Verhältnisse zur Zeit der beginnenden Industrialisierung

In der Zeit bis zum Einsetzen der Industrialisierung im 19. Jahrhundert hatte das Geld als Zahlungsmittel allgemein und besonders im Handelsverkehr nicht die Rolle inne, welche es später im Zuge der Industrialisierung erlangte.²⁷ Die Naturalleistung stand für die Vertragspartei im Vordergrund. So war es nur folgerichtig, dass der Gläubiger einer Leistung vor allen Dingen an dieser selbst interessiert war und nicht so sehr an einer Schadensersatzleistung, da die ursprünglich geschuldete vertragliche Leistung für den Gläubiger mit Geld nicht einfach zu ersetzen war. Mit der Veränderung der sektoralen Verteilung der Erwerbsstruktur, das heißt der Verlagerung des wirtschaftlichen Schwergewichts von der Landwirtschaft auf den Handel und die Industrie, wuchs indes das Bestreben danach, den Gläubiger von der starken Bindung an die ursprüngliche Vertragsleistung zu befreien und ihm zur Wiederherstellung seiner Dispositionsfreiheit die Möglichkeit der Forderung einer Geldleistung als Schadensersatz oder eines Rücktritts vom Vertrag zu eröffnen.²⁸ Denn gerade die Handlungsfreiheit war für einen Kaufmann in jener Zeit ein wichtiges Gut geworden, ohne das er auf dem allgemeinen Markt schnell unterzugehen drohte, wenn er den allgemeinen

24 *Huber, Ulrich*, Leistungsstörungen Band II (1999), 185 (§ 36 I 5).

25 *Leser*, (Fn. 19), 12 (II 3.).

26 *Scherner*, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung (1965), 201 ff. (216 f.).

27 So galt zum Beispiel Vieh als Reichtum und Zahlungsmittel; noch zur Zeit der Volksrechte bedeutete Geldrechnung nicht gleich Geldzahlung, vergleiche *Mitteis/Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte 19 (1992), 26 f. (Kap. 5); zur heutigen Bedeutung des Geldes siehe *Heermann*, Geld und Geldgeschäfte (2003), 11 ff. (§ 2).

28 *Frohberg*, Die Ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (1979), 109 f., welcher eine ausführliche Analyse der damaligen wirtschaftlichen und politischen Begebenheiten bietet.

Preis- und Nachfrageschwankungen nicht mehr adäquat begegnen konnte.²⁹ Angesichts der Veränderung des wirtschaftlichen Schwerpunktes, traten die Schwächen der bis dahin gebräuchlichen Rechtsvorschriften nur allzu deutlich zu Tage. Diese werden im Folgenden dargelegt, wobei sich der Blick auf die Vorschriften konzentriert, welche für die Einführung der Nachfrist von entscheidender Bedeutung waren, also diejenigen, die sich mit dem Fall der vertraglichen Nichterfüllung beschäftigten.

3. Schwächen des gemeinen Rechts

Große praktische Probleme bereiteten insbesondere die Vorschriften des gemeinen Rechts zum Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die dort normierten Tatbestandsvoraussetzungen waren wenig flexibel und schränkten den Gläubiger extrem ein,³⁰ da für diesen nur in engen Grenzen die Möglichkeit zur Geltendmachung von Schadensersatz gegeben war: Zum einen war dies der Fall, wenn die Leistung des Schuldners aus einem Grund, den dieser zu vertreten hatte, unmöglich geworden war;³¹ zum anderen, wenn die Leistung infolge des Verzugs des Schuldners für den Gläubiger ohne Interesse war;³² oder aber wenn der Schuldner, der eine Sachleistung oder eine Handlung schuldet, zur Leistung rechtskräftig verurteilt worden war und seine Pflicht trotzdem nicht erfüllte.³³ In der Praxis ergab sich oftmals die Schwierigkeit, den Beweis für einen Interessenwegfall zu erbringen; zudem beinhaltete dieser gleichzeitig die Gefahr, dabei Geschäftsgeheimnisse aufzudecken.³⁴ Da es sich bei der Unmöglichkeit eher um einen Spezialfall handelte,³⁵ war der Gläubiger, um angemessenen Schadensersatz verlangen zu können, somit in den meisten Fällen darauf angewiesen, den Rechtsweg zu beschreiten. Dies brachte allerdings ein hohes Maß an Unsicherheit mit sich, weil nicht nur das Prozessrisiko den Gläubiger belastete, sondern er zusätzlich verpflichtet war, bis zur Entschei-

29 Vergleiche auch Protokolle zum ADHGB, 1. Theil, Protokoll I – XLV (1858), 595.

30 Ein weiterer Kritikpunkt war, dass der Gläubiger in diesem Fall lediglich die Erfüllung des Vertrages und Ersatz des durch die verzögerte Erfüllung entstandenen Schadens verlangen konnte, vergleiche Protokolle zum ADHGB, 1. Theil, Protokoll I – XLV (1858), 595.

31 *Würthwein*, Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts (1990), 144 (2. Teil § 1 E.I.)

32 *Wächter*, Pandekten II, Besonderer Theil (1881), 400 (§ 192).

33 *Würthwein*, (Fn. 31) 153 f. (2. Teil § 1 E.II.2.); *Huber, Ulrich*, (Fn. 24), 324 f. (§ 43 I).

34 *Beinert*, (Fn. 19), 179 (3. Kap. § 2).

35 *Leser*, FS Rheinstein (1969), 643, 644 f.

derung des Gerichts die vertraglich vereinbarte Ware für den Schuldner bereit zu halten.³⁶ Eine weitere Schwäche des gemeinen Rechts lag darin, dass dieses ohne besondere Vereinbarung ein Rücktrittsrecht nicht kannte. Der Gläubiger einer Leistung hatte im Falle des Erfüllungsverzuges nur dann die Möglichkeit, die geschuldete Leistung zurückzuweisen, wenn er beweisen konnte, dass der Vertrag durch den Verzug sein wesentliches Interesse eingebüßt hatte.³⁷

Die aufgezeigten Schwächen des Rechts lassen den Grundgedanken, auf dem dieses basierte, deutlich werden: Die Bindung an den ursprünglichen Vertrag hatte oberste Priorität und sollte notfalls auch erzwungen werden.³⁸

4. Die Einführung der Nachfrist in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch

Mit Schaffung des ADHGB im Jahre 1861 wurde den Schwächen der landesrechtlichen Vorschriften endlich abgeholfen,³⁹ zugleich wurde der Grundstein für die spätere Verankerung der Nachfristvorschriften im BGB gelegt.⁴⁰ Gleichwohl verloren aber auch die landesrechtlichen Vorschriften nicht jegliche Bedeutung, denn an zahlreichen Stellen des neuen Gesetzes wurde auf die weiter geltenden Landesrechte verwiesen. So regelten beispielsweise die Artt. 354 bis 356 ADHGB zwar die Rechtsfolgen, nicht aber die Voraussetzungen des Verzuges.⁴¹ Hierbei wurde weiterhin das jeweilige Landesrecht zugrunde gelegt.⁴²

a. Art. 356 ADHGB: Die Nachfrist zur Nachholung des Versäumten

In Bezug auf das Institut der Nachfrist fand sich die größte Neuerung in Art. 356 ADHGB. Dieser lautete wie folgt:

„Will ein Kontrahent auf Grund der Bestimmung der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrag abgehen,

36 Huber, Ulrich, (Fn. 24), 185 (§ 36 I 5).

37 Vergleiche Wächter, (Fn. 32), 400 (§ 192); Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB für das deutsche Reich und des Gemeinen Rechts² (1898), 76 (§ 11. VII.).

38 Leser, (Fn. 35), 643, 644.

39 So äußerte Mitteis, (Fn. 22), 18 (Kap. 5): Das Gesetz sei „vorbildlich klar gefaßt, lebensnahe und auf deutschen Rechtsgrundsätzen aufgebaut“.

40 Leser, (Fn. 19), 10 (II 3.).

41 Huber, Ulrich, ZHR 161 (1997), 160, 161.

42 Weidt, (Fn. 17), 83 (B II Nr.1).

so muss er dies dem anderen Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.“

Die Vorschrift räumte somit von nun an die Möglichkeit ein, unter vereinfachten Voraussetzungen statt Erfüllung Schadensersatz zu verlangen⁴³ oder sich vom Vertrag zu lösen.⁴⁴ Die Befugnis zum Rücktritt sowie zur Forderung von Schadensersatz war nach Eintritt des Verzugs nur noch an zwei Voraussetzungen geknüpft: die Vornahme einer Anzeige des Vorhabens gegenüber dem Schuldner und, soweit dies mit der Art des Rechtsgeschäfts vereinbar war, an die Gewährung einer Nachfrist, wobei eine solche dem anderen Teil gegenüber nicht erklärt zu werden brauchte.⁴⁵ In dem System des deutschen Handelsgesetzbuches war das ausdrückliche Setzen einer Frist weder als eine gesetzliche Voraussetzung noch als Bedingung für die Befugnis des Nichtsäumigen, vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, festgehalten.⁴⁶ Bei der Nachfristregelung in Art. 356 ADHGB handelte es sich sozusagen um die Vorläuferin der späteren Nachfristregelung in § 326 BGB, welche zwar noch nicht zu einer Fristsetzung, wohl aber zu einer Fristgewährung verpflichtete.⁴⁷ Das mit dem Fristerfordernis verbundene Ziel war es, dem Schuldner die Erfüllung nicht unbilligerweise abzuschneiden.⁴⁸ Ein vergleichbares Institut war bis zu diesem Zeitpunkt weder im gemeinen noch im preußischen Recht verankert;⁴⁹ mit seiner Einführung wurden daher dem Gläubiger ganz neue Möglichkeiten eröffnet.

43 Das Recht Schadensersatz statt Erfüllung zu verlangen wurde gemäß Art. 355 ADHGB lediglich dem Gläubiger einer Sachleistung eingeräumt, das heißt dem Käufer; dem Verkäufer als Gläubiger einer Geldleistung (Kaufpreis) stand dagegen gemäß Art. 354 ADHGB nur das Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung bzw. unter Maßgabe des Art. 343 ADHGB zu, siehe *Basch*, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch³, (1890) Artt. 354 – 355 ADHGB.

44 „Auf den ausdrücklichen Wunsch der preuß. Kaufmannschaften seien Bestimmungen über die Aufhebung der Verträge Mangels Erfüllung aufgenommen worden“, siehe Protokolle zum ADHGB, 1. Theil, Protokoll I – XLV (1858), 595

45 *Beinert*, (Fn. 19), 179 (3. Kap. § 2).

46 ROHG 6.10.1871, ROHGE 3, 319, 321.

47 ROHG 28.10.1873, ROHGE 11, 237; 10.12.1873, ROHGE 12, 59, 62; *Beinert*, (Fn. 19), 179 (3. Kap. § 2); *Weidt*, (Fn. 17), 84, (B II Nr. 1).

48 RG 16.12.1903, RGZ 56, 231, 233.

49 RG 25.10.1881, RGZ 5, 103, 104.