

Sarah H. Höffmann

Die Nachfrist im Leistungsstörungenrecht

§ 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 Vorbermerkung.

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.; 28.10.1973, ROHGE 11, 237; 10.12.1873, ROHGE 12, 59, 62 f.; 25.2.1974, 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 Rheinsteint (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 Verzugs.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.

b. Differenzierung zwischen Sach- und Geldleistung

Das Wahlrecht, statt Erfüllung Schadensersatz zu verlangen oder sich vom Vertrag zu lösen, wurde allerdings zunächst nur dem Gläubiger einer Sachleistung zugesprochen. Der Gläubiger einer Geldleistung war von dem Privileg, zwischen beiden Rechtsfolgen wählen zu können, erst einmal nicht erfasst. Stattdessen hatte dieser nach erfolgloser Nachfristgewährung gemäß Art. 354 ADHGB nur das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, solange er selbst noch nicht geliefert hatte, oder aber Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen, wobei er für Letzteres keine Nachfrist zu setzen brauchte.⁵⁰ Begründet wurde die Differenzierung zwischen Geld- und Sachgläubiger zum einen damit, dass dem Verkäufer nicht die Möglichkeit zum freihändigen Deckungskauf und einer anschließend hiernach gerichteten Schadensberechnung gegeben werden sollte; für ihn sollten weiterhin die strengen Voraussetzungen und Regeln des Selbsthilfeverkaufs (Art. 343 ADHGB = § 373 HGB) gelten.⁵¹ Zum anderen war ein häufig angeführtes Argument, dass der Gläubiger an einer Geldleistung immer ein Interesse habe.⁵²

c. Der Vorteil der neuen Regelung – Vereinfachter Weg zu den Sekundärrechten

Das neue Handelsgesetz hob sich mit dieser Vorschrift deutlich von den bis dahin maßgeblichen Landesrechten ab. Zum einen bereits dadurch, dass sich das Recht zum Rücktritt von einem Vertrag nun erstmals als ein vom Schadensersatz unabhängiges Rechtsinstitut direkt aus dem Gesetz ergeben konnte.⁵³ Zum anderen aber vor allem insofern, als die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Sekundärrechte nunmehr klar vereinfacht waren: Als Voraussetzung für das Rücktritts- bzw. Schadensersatzrecht brauchte kein Interessewegfall mehr nachgewiesen zu werden; das Vorliegen von Verzug neben einer gewährten Nachfrist reichte nunmehr gemäß Art. 356 ADHGB i.V.m. Art. 354 bzw. 355 ADHGB aus.⁵⁴ Das System der Nachfristgewährung milderte somit die strengen Voraussetzungen, welche das gemeine Recht neben dem Verzug des Käufers oder Verkäufers für die Geltendmachung der Sekundärrechte forderte, etwas ab.⁵⁵ Zugleich wurde auf diese Weise der Grundsatz festgeschrieben, dem

50 Ausdrücklich klargestellt durch *Basch*, (Fn. 43), Art. 356 ADHGB Fn. 19.

51 *Huber, Ulrich*, ZHR 161 (1997), 160, 167.

52 *Scherner*, (Fn. 26), 202 (V.5.a)).

53 *Leser*, (Fn. 19), 10, 12, 14 (II 3.); *Beinert*, (Fn. 19), 179, 182 (3. Kap. § 2).

54 *Beinert*, (Fn. 19), 180 (3. Kap. § 2).

55 ROHG 6.10.1871, ROHGE 3, 319, 321; *Weidt*, (Fn. 17), 84, (B II Nr.1).

Schuldner stets die Möglichkeit zur Nachholung des Versäumten, zur „purgatio morae“, durch nachträgliche Erfüllung zu geben.⁵⁶

d. Der Umgang mit dem Missbrauch der Nachfristsetzung

Schon früh hatte sich das Reichsgericht aber auch mit dem Missbrauch der Nachfristsetzung zu beschäftigen. So musste das Gericht in seinem Urteil vom 25.10.1881 darüber befinden, ob der Käufer einer Ware dem Verkäufer, welcher die Leistung schon endgültig verweigert hat, noch eine Nachfrist setzen dürfe, um dann den Zeitpunkt des Fristablaufs als für die Berechnung des Schadensersatzes maßgeblichen geltend zu machen.⁵⁷ Das Reichsgericht vertrat in diesem Fall die Auffassung, dass bei endgültiger Erfüllungsverweigerung kein Anlass zur Gewährung einer Frist mehr gegeben sei,⁵⁸ und einer solchen deshalb auch keinerlei rechtliche Bedeutung beigemessen werden dürfe. Dem nicht säumigen Kontrahenten stehe daher keine Befugnis zu, die gewährte Frist bei Berechnung des Schadensersatzes in Ansatz zu bringen. Der damalige Kläger (Käufer) entgegnete zwar hierauf, dass der säumige Kontrahent doch gesetzlich nicht befugt sein könne, den Zeitpunkt des Verzuges durch einseitige Erfüllungsverweigerung allein zu seinem Vorteil zu bestimmen. Dem widersprach das Gericht jedoch mit dem Argument, dass der nichtsäumige Kontrahent zwar nicht an eine Frist zur Ausübung seines Wahlrechts gebunden sei,⁵⁹ und somit auch an keinen Zeitpunkt, allerdings das Gesetz auch nicht gestatte, bei Erfüllungsverweigerung vor Ausübung seines Wahlrechts beliebig und ohne Veranlassung eine Frist zu setzen. Der nichtsäumigen Partei wurde somit eindeutig abgesprochen, durch eine willkürlich gestellte Nachfrist den für die Schadensberechnung relevanten Zeitpunkt nach seinem Belieben zu bestimmen.⁶⁰ Mit dieser Rechtsprechung wurde nicht nur der Missbrauch der Nachfrist unterbunden, sondern gleichzeitig deutlich gemacht, dass das Institut der Nachfristsetzung vor allen Dingen der säumigen Partei das Recht zur Nacherfüllung sichern sollte. Die Ermöglichung der purgatio morae hatte folglich auch für die Rechtsprechung oberste Priorität.

Ogleich der zuvor dargestellte Fall zeigte, dass auch das Institut der Nachfrist nicht gänzlich gegen eine Anfälligkeit für Missbrauch gefeit war, überwogen von Beginn an die positiven Aspekte, die diese neu geschaffene Regelung

56 ROHG 6.10.1871, ROHGE 3, 319, 322; *Weidt*, (Fn. 17), 84, (B II Nr.1).

57 RG 25.10.1881, RGZ 5, 103 ff.

58 So auch *Basch*, (Fn. 43), Art. 356 ADHGB Fn. 30, mit der Begründung, dass die Nachfrist in diesem Fall nicht dem Erreichen des Zwecks dienlich sei.

59 Ebenso *Basch*, (Fn. 43), Art. 356 ADHGB Fn. 23.

60 RG 25.10.1881, RGZ 5, 103 ff.

mit sich brachte. Das ADHGB hatte also mit seinen Vorschriften letztlich ein Stück Rechtsvereinheitlichung durch die Aufnahme bürgerlich-rechtlicher Prinzipien vorweggenommen.⁶¹ Aber erst mit dem Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 galt schließlich für das gesamte Deutsche Reich erstmals ein homogenes bürgerliches Recht.

II. Die Nachfrist im Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18.8.1896

1. Der Weg zur Aufnahme der Nachfrist ins BGB

Die Schaffung einer von der Mehrheit der deutschen Juristen akzeptierten Endfassung eines Bürgerlichen Gesetzbuches war ein langwieriger Prozess. Sie bedurfte zweier Entwürfe, einer Fülle von Anträgen und Verbesserungsvorschlägen – sowohl von Theoretikern als auch von Praktikern – und nahm einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren in Anspruch.⁶²

a. Der erste Entwurf des BGB

Im Frühjahr 1888 erschien der lang ersehnte erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. Schnell wurden jedoch die Erwartungen, die man mit dem Entwurf verknüpft hatte,⁶³ dadurch getrübt, dass sich dieser als „alles andere als ein gesetzgeberisches Musterwerk“ darstellte.⁶⁴ So war die Kritik am ersten Entwurf groß. Der bedeutende Germanist Otto von Gierke wies zum Beispiel auf „die übertriebene Gewissenhaftigkeit des Entwurfs in der Formulierung“ hin, welche zu „absurden Ergebnissen“ führe.⁶⁵ Aber auch die Rechte des Gläubigers beim Erfüllungsverzug des Schuldners stießen auf breiten Widerstand. Anstatt sich dem fortschrittlichen Gedanken des ADHGB anzuschließen und das Institut der

61 Schmidt, (Fn. 23), 45.

62 Vergleiche Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte⁵(2008), 382 ff. (Rn. 574 ff.).

63 „(...) man denkt an ein (...) Gesetzbuch für das Sonnenlicht, nicht für die Studierlampe, für den Markt, nicht für den grünen Tisch, ein Werk, aus dem das Volk sich selbst sein Recht finden könnte, ohne in die Hand der Juristen zu fallen“, Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Teil (1889), 2.

64 Hachenburg, Lebenserinnerungen eines Rechtsanwalts, (1927), 160 f. (7. Kapitel).

65 v. Gierke, Entwurf eines BGB und das deutsche Recht, (1889/1997), 59.