

Sarah H. Höffmann

# Die Nachfrist im Leistungsstörungenrecht

# 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) Bestimmtheiterfordernis der Frist – Verlangen nach „sofortiger“, „unverzögerlicher“ 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</i> nicht <i>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 sekundären 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