

§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

¹Außer in den Fällen des § 281 Absatz 2 und des § 323 Absatz 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Absatz 4 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. ²Eine Nachbesserung gilt nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.

(Stand der Vorschrift: Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, BGBl I 2002, S. 42.)

Übersicht	Rdn		Rdn
I. Grundsatz	1	III. Unzumutbarkeit für Käufer	3
II. Fehlschlagen der Nacherfüllung	2	IV. Verweigerung durch Verkäufer	4

3 Dazu oben § 275 Rdn 6.

4 S oben § 346 Rdn 5 ff; § 347 Rdn 1 ff.

5 BGHZ 179, 27 ff = NJW 2009, 427 ff = MDR 2009, 248 f (wegen EuGH NJW 2008, 1433 ff).

I. Grundsatz

- 1 Der Käufer führt über die Gründe Beweis, dererwegen er ohne (weiteren) Nacherfüllungsversuch gemäß § 437 Nr 2, 3 zurücktreten, mindern oder Schadensersatz statt der Leistung beziehungsweise alternativ Aufwendungsersatz verlangen darf¹.

II. Fehlschlagen der Nacherfüllung

- 2 Insbesondere behauptet und beweist der Käufer, dass Nacherfüllung fehlschlug (§ 440 Satz 1 mit Satz 2)². Der Käufer darf sich zum Fehlschlag nach § 440 Satz 2 in der Regel darauf beschränken, die Erfolglosigkeit des Nacherfüllungsversuches zu belegen. Er beweist, dass der Mangel noch vorhanden ist oder ein neuer entstand. Der Verkäufer muss dann beweisen, dass (im Hinblick auf § 440 Satz 2 Halbs 2 Fall 1 oder Fall 2) Diagnose und Behebung des Fehlers in der Kaufsache besonders kompliziert sind oder dass (im Hinblick auf § 440 Satz 2 Halbs 2 Fall 3) die Erfolglosigkeit ihre Ursache außerhalb der Kaufsache und des Nacherfüllungsversuches hat. Will sich der Käufer schon nach dem ersten Nacherfüllungsversuch wegen Fehlschlagens von der Mangelbeseitigung abkehren, so beweist er nicht nur die Erfolglosigkeit, sondern auch die Umstände, aus denen sich die Würdigung als Fehlschlagen ergibt. Das zielt namentlich auf leichte Durchschaubarkeit der Kaufsache und des Fehlers sowie auf leichte Erkennbarkeit und Durchführbarkeit einer Lösung zur Abhilfe.

III. Unzumutbarkeit für Käufer

- 3 Der Käufer ist ferner wegen der Umstände beweisbelastet, aus denen er ableitet, dass man ihm einen erstmaligen oder weiteren Nacherfüllungsversuch gemäß § 440 Satz 1 aE nicht zumuten könne.

IV. Verweigerung durch Verkäufer

- 4 Der Käufer beweist, dass der Verkäufer die Nacherfüllung verweigert (§ 440 Satz 1 mit Verweisungen auf §§ 281 II, 323 II und 439 III; ein Verweigerungsfall im Sinne des § 440 Satz 1 ist gemäß § 475 V auch die vom Verkäufer vorgenommene Reduktion der Nacherfüllung auf einen angemessenen Aufwendungsersatzbetrag nach § 475 IV 2). Der Beweis einer Verweigerungshaltung des Verkäufers genügt. Der Käufer braucht keinen Beweis über Gründe zu führen, nach denen der Verkäufer die Nacherfüllung (gemäß §§ 275 II, III oder 439 III) befugt verweigert. Denn auch unbefugte Verweigerung macht gemäß §§ 281 II, 323 II Nr 1 ein Nacherfüllungsverlangen entbehrlich.

1 MK-BGB/Westermann, § 440 Rn 13.

2 Ebenso BGH NJW 2009 1341, 1342 = EWiR 2009, 435 (L) m Anm Bruns.