

Buch 2

Recht der Schuldverhältnisse

Abschnitt 8

Einzelne Schuldverhältnisse

Titel 1

Kauf, Tausch

Untertitel 1

Allgemeine Vorschriften

§ 440 Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz

Außer in den Fällen des § 281 Abs. 2 und des § 323 Abs. 2 bedarf es der Fristsetzung auch dann nicht, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 4 verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist. Eine 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.

ÜBERSICHT

I. Regelungsgegenstand und Zweck	1–10
1. Stufenverhältnis zwischen Nacherfüllung und sekundären Gewährleistungsrechten	1–3
2. Ergänzung der §§ 281 Abs 2, 323 Abs 2 Nr 3 um „Fehlschlagen“ der Nacherfüllung (§ 440 Satz 1 Alt 2)	4
3. Keine Interessenabwägung bei Fehlschlagen (§ 440 Satz 1 Alt 2) und Unzumutbarkeit (§ 440 Satz 1 Alt 3)	5, 6
4. Zweck des „Unzumutbarkeitstatbestands“ (§ 440 Satz 1 Alt 3)	7
5. Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie	8, 9
a) Keine Abhilfe „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“	8
b) Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie (Art 13 Abs 4) durch § 475d – Nichtgeltung des § 440 für Verbrauchsgüterkäufe	9
6. Kein gesetzlicher Tatbestand der Entbehrlichkeit der Frist bei „Alltagsgeschäften“	10
II. Fristsetzungserfordernis und Erfüllungsverweigerung nach § 281 Abs 2 und § 323 Abs 2	11–18
1. Allgemeine Voraussetzungen einer Fristsetzung	11–14
a) Exakter Zeitraum und bestimmbare zeitliche Grenze	11, 12
b) Ernsthaftigkeit des Nacherfüllungsverlangens – „Bitte“ und „Wunsch“ des Käufers	13, 14
2. Die ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung	15–18
a) Voraussetzungen	15–17
b) Bloßes Bestreiten der Nacherfüllungsverpflichtung	18
III. § 440 Satz 1 Alt 1 – Verweigerung beider Nacherfüllungsarten gem § 439 Abs 4	19–37
1. Zweck der Regelung	19
2. Unterschied zwischen Verweigerung nach § 439 Abs 4 und den Tatbestandsalternativen „Fehlschlagen“ sowie „Unzumutbarkeit“ – Verweigerung einer Art der Nacherfüllung	20
3. Verweigerung gem § 439 Abs 4 erst nach erfolgter Fristsetzung	21–23
a) Fristsetzungserfordernis bezüglich anderer Nacherfüllungsart	21, 22
b) Entbehrlichkeit einer neuen Fristsetzung	23
4. Verweigerungserklärung des Verkäufers	24–27
a) Grundlagen – Notwendigkeit einer Erklärung	24
b) Zeitpunkt der Verweigerungserklärung	25
c) Ausdrückliche und konkludente Verweigerungserklärungen	26, 27
5. Keine besondere Prüfung der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit	28
6. Hilfsweise ausgesprochene Nacherfüllungsverweigerung gem § 439 Abs 4	29
7. Erfordernis des Vorliegens der Einrede	30–32
a) Unberechtigte Erhebung der Einrede	30, 31
b) Partielle Berechtigung der Einrede aus § 439 Abs 4	32
8. Verweigerung beider Nacherfüllungsarten beim Verbrauchsgüterkauf – Neuregelung des § 475d	33, 34
9. Verweigerung der einzig verbliebenen Nacherfüllungsart	35–37
IV. Fehlschlagen der Nacherfüllung (§ 440 Satz 1 Alt 2) – Grundlagen und systematische Stellung	38–45
1. Einordnung des Fehlschlagens als Unterfall der Unzumutbarkeit	38–40
2. Einordnung der „ungebührlichen Verzögerung“ der Nacherfüllung als Fall des Fehlschlagens oder der Unzumutbarkeit	41, 42

3. Die dem Käufer zustehende Nacherfüllungsart 43

4. Verhältnis zwischen Fehlschlagen der Ersatzlieferung und Unzumutbarkeit iSd § 440 Satz 1 Alt 3 44

5. Fehlschlagen der Nacherfüllung nach Ablauf einer gesetzten Nachfrist 45

V. Fehlschlagen der Nachbesserung (§ 440 Satz 1 Alt 2 iVm Satz 2) 46–82

1. Zwei-Versuche-Regel des § 440 Satz 2 – Allgemeines 46

2. Verhältnis zwischen Zwei-Versuche-Regel und Fristsetzung nach §§ 281 Abs 1, 323 Abs 1 47–50

3. Abweichungen von der Zwei-Versuche-Regel wegen Art der Sache 51

4. Abweichung von der Zwei-Versuche-Regel wegen Art des Mangels 52–54

 a) Schwer zu behebbende Mängel 52, 53

 b) Leicht zu behebbende Mängel 54

5. „Sonstige Umstände“ iSd § 440 Satz 2 55–73

 a) Regelungszweck und systematische Einordnung 55, 56

 b) „Erhebliche Unannehmlichkeiten“ im Zusammenhang mit dem ersten Nachbesserungsversuch – insbes überlange Dauer 57, 58

 c) Zustimmung des Käufers zu einem dritten Versuch nach Scheitern des zweiten Versuchs 59

 d) Nachfristsetzung durch Käufer nach Scheitern des zweiten Nachbesserungsversuchs 60

 e) Äußere Faktoren – insbes Wetter 61, 62

 f) Erfolgreicher Nachbesserungsversuch eines Erfüllungsgehilfen des Verkäufers 63–65

 aa) Grundsatz 63

 bb) Kaufvertragliche Einräumung eines eigenen Versuchs des Verkäufers 64, 65

 g) Unklare Ursache des erneuten Auftretens des Mangels 66, 67

 h) Auftreten eines weiteren Mangels 68

 i) Unsachgemäße Durchführung des ersten Nachbesserungsversuchs – Vornahme nur provisorischer Maßnahmen 69, 70

 aa) Grundlagen 69

 bb) Notwendigkeit provisorischer Sofortmaßnahmen 70

 j) Durchführung unterschiedlicher Nachbesserungsmaßnahmen bei identischem Mangel 71

 k) Anwendung der Zwei-Versuche-Regel bei unklarer Mangelursache 72, 73

6. Fehlschlagen einer nach Fristablauf vom Käufer noch geduldeten Nachbesserung 74

7. Verursachung eines neuen Mangels durch Nachbesserungsarbeiten des Verkäufers 75, 76

8. Separate Beurteilung des Fehlschlagens bei Vorliegen mehrerer Mängel 77

9. Erneutes Nachbesserungsverlangen des Käufers trotz Fehlschlagens iSd § 440 Satz 2 78, 79

10. Beweislast bezüglich Fehlschlagens der Nachbesserung 80–82

 a) Grundsatz und Anscheinsbeweis 80, 81

 b) Nachweis von Mangelsymptomen 82

VI. Fehlschlagen der Ersatzlieferung 83–95

1. Keine unmittelbare Geltung der Zwei-Versuche-Regel des § 440 Satz 2 83–85

2. Umstände des Einzelfalls und Rechtsgedanke des § 440 Satz 2 86–88

3. Beweislast für Fehlschlagen der Ersatzlieferung 89, 90

4. Fehlschlagen der Nacherfüllung bei Kombination von Ersatzlieferung und Nachbesserung 91–95

VII. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung (§ 440 Satz 1 Alt 3) – Grundlagen 96–100

1. Systematische Stellung und Zweck 96

2. Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 97, 98

3. Die dem Käufer zustehende Nacherfüllungsart – Wahl einer von vornherein unzumutbaren Nacherfüllungsart 99, 100

VIII. Voraussetzungen des Unzumutbarkeitsstatbestands und Anwendungsfälle 101–135

1. Unzuverlässigkeit und fehlende fachliche Kompetenz des Verkäufers – gestörtes Vertrauensverhältnis 101

2. Arglistiges Verschweigen eines Mangels durch Verkäufer – keine Zurechnung einer Hersteller-Arglist (insbes Dieselskandal) 102–104

3. Vortäuschen eines erfolgreichen Nacherfüllungsversuchs 105

4. Nacherfüllungsverlangen des Käufers nach Entdeckung der Arglist 106, 107

5. Hinauszögern der Mangerforschung durch Verkäufer 108–110

6. Abgrenzung zwischen Erfüllungsverweigerung und unzumutbarer Verzögerung der Nacherfüllung 111

7. Weitere Fälle der Unzumutbarkeit der verbleibenden Nacherfüllungsart bei Unmöglichkeit oder Verweigerung der gewählten Art 112

8. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung beim Fahrzeugkauf 113–120

 a) Fehlende Verkehrssicherheit und Unzumutbarkeit der allein angebotenen Abhilfe 113

 b) Fortdauernder Diebstahlsverdacht und Eintragung im Schengener Informationssystem (SIS) beim Fahrzeugkauf 114, 115

 c) Generelle Fehlereignisse – „Montagsauto“ 116–119

 d) Nacherfüllungsverlangen des Käufers trotz Vorliegens eines „Montagsautos“ 120

9. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung beim Tierkauf 121

10. Anwendung des § 440 Satz 1 Alt 3 bei „Alltagsgeschäften“ 122, 123

11. Ungewöhnliche Häufung grober Montagefehler 124

12. Eintretene oder zu erwartende Körper- oder Sachschäden – ekelereggende Sachmängel 125

13. Besorgnis der Verursachung weiterer Sachmängel (Folgemängel) – insbes Dieselabgas-Fälle 126

14. Zeitlich nicht absehbare Nachbesserung – insbes Dieselabgas-Abschalteinrichtung 127

15. Interesse des Käufers an sofortiger Verfügbarkeit 128, 129

16. Beschränkung des Aufwendungsersatzes gem § 475 Abs 4 Satz 2 aF beim

Verbrauchsgüterkauf – insbes Kostenbeteiligung an Ein- und Ausbau . . .	130, 131	IX. Einschränkung des § 440 durch Treu und Glauben (§ 242)	136–139
17. Umstände außerhalb des Verantwortungsbereichs des Verkäufers	132	1. Verletzung von Käuferpflichten – Grundlagen	136
18. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unzumutbarkeit . .	133	2. Verletzung von Informationspflichten – AGB-Kontrolle	137–139
19. Revisionsrechtliche Überprüfung der Zumutbarkeits-Beurteilung des Tatsachengerichts	134	X. Abweichende Vereinbarungen . .	140–142
20. Festhalten des Käufers am Nacherfüllungsanspruch trotz Unzumutbarkeit iSd § 440 Satz 1 Alt 3	135	1. Grundlagen	140
		2. Abweichung zugunsten des Käufers in Einkaufs-AGB	141, 142

I. Regelungsgegenstand und Zweck

1. **Stufenverhältnis zwischen Nacherfüllung und sekundären Gewährleistungsrechten.** § 440 regelt in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften der §§ 281 Abs 2, 323 Abs 2 die Voraussetzungen abschließend, unter denen eine auf die Nacherfüllung bezogene **Fristsetzung** für einen Übergang des Käufers auf die **sekundären Gewährleistungsrechte** aus § 437 Nr 2 und 3, insbes Rücktritt vom Kaufvertrag und/oder Schadensersatz statt der Leistung, ausnahmsweise entbehrlich ist¹. Dem Käufer steht es selbstverständlich frei, in einem solchen Ausnahmefall gleichwohl zwecks **Vermeidung von Streitigkeiten** bezüglich der Entbehrlichkeit der Fristsetzung dem Verkäufer nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 281, 323) eine Frist für die Nacherfüllung zu setzen. Auch § 440 ist Ausdruck des tragenden Prinzips des reformierten Kaufrechts, dass der Käufer – anders als noch gem §§ 459, 462 aF als Ausprägung der **adilizischen Rechtsbehelfe** des römischen Rechts² – nicht schon allein aufgrund der **mangelhaften Erstlieferung** die sekundären Gewährleistungsrechte geltend machen kann³. Es besteht vielmehr ein **Stufenverhältnis**⁴. Daraus folgt die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung der Voraussetzungen des Wegfalls der Beschränkung des Käufers auf die erste Stufe (Nacherfüllung) in **systematischer Konkordanz** mit dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht.

Zu den durch den Wegfall des Fristsetzungserfordernisses der §§ 281 Abs 1, 323 Abs 1 eröffneten sekundären Gewährleistungsrechten gehören auch die **Minderung** und der Anspruch auf **Ersatz vergeblicher Aufwendungen** iSd § 284. Die Anwendung des § 440 auf die Minderung folgt unmittelbar aus § 441 Abs 1 Satz 2, wonach der Käufer anstelle des Rücktritts auch den Kaufpreis mindern kann. Da der Käufer gem § 284 anstelle des **Schadensersatzes statt der Leistung** den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen kann, gilt § 440 auch insoweit⁵.

Das reformierte Gewährleistungsrecht entspricht insoweit nunmehr der **Haftung des Verkäufers für Rechtsmängel** nach altem Kaufrecht⁶. Durch den Verweis des § 440 aF auf § 326 aF konnte nach altem Kaufrecht im Falle eines Rechtsmangels nur unter der Voraussetzung einer **erfolglosen Nachfristsetzung** der Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Mit der Nacherfüllung („Recht auf zweite Andienung“) iSd §§ 437 Nr 1, 439 Abs 1 erhält der Verkäufer eine **letzte Chance**, den mit der Rückabwicklung oder/und Schadensersatz statt der Leistung oder der Minderung verbundenen wirtschaftlichen Nachteil noch abzuwenden⁷.

2. **Ergänzung der §§ 281 Abs 2, 323 Abs 2 Nr 3 um „Fehlschlagen“ der Nacherfüllung (§ 440 Satz 1 Alt 2).** Der Zweck der besonderen kaufrechtlichen Bestimmung des § 440 besteht vor allem darin, die **allgemeinen Schadensersatz- und Rücktrittsvorschriften** der §§ 281 Abs 2, 323 Abs 2 Nr 3 um den Fall zu ergänzen, dass die **Nacherfüllung** in der Art, wie sie vom Käufer zu Recht gewählt worden ist, als **fehlgeschlagen** angesehen werden muss⁸. In Bezug auf den **Begriff des Fehlschlagens** der dem Verkäufer obliegenden Nacherfüllung hat der Gesetzgeber an die Rspr zu § 11 Nr 10 lit b ABGB aF angeknüpft, nach der das Fehlschlagen im Wesentlichen in der **objektiven und subjektiven Unmöglichkeit**, der **Unzulänglichkeit**, der **unberechtigten Verweigerung**, der **ungebührlichen Verzögerung** oder dem **misslungenen Versuch** der Nachbesserung liegen konnte⁹. Zudem ist im Gesetzgebungsverfahren darauf hinge-

1	BGH NJW 2013, 1523 Rz 22; NJW 2017, 153 Rz 17; Staud/Bach Rz 1; MünchKomm/Westermann Rz 1; Erman/Grunewald Rz 1; BeckOGK/Höpfner Rz 3.	4	Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 222.
2	Vgl dazu Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 2021 ²² , § 52 Rz 39 ff.	5	BeckOK/Faust Rz 3; Grüneberg/Weidenkaff Rz 1 f.
3	Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 223, 226; Staud/Bach Rz 1; MünchKomm/Westermann Rz 1; BeckOK/Faust Rz 2.	6	Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 221.
		7	Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 221.
		8	Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233; BGH NJW 2017, 153 Rz 20; BeckOGK/Höpfner Rz 3.
		9	Vgl BGH NJW 1994, 1004, 1005; NJW 2017, 153 Rz 20.

wiesen worden, dass als Fehlschlagen auch Fälle anerkannt seien, in denen eine Nachbesserung wegen Vorliegens einer **Unzumutbarkeit für den Käufer** nicht in Betracht komme¹⁰. Die Fehlschlagensalternative (Satz 1 Alt 2) soll danach auch Fallkonstellationen umfassen, in denen – trotz Vorliegens von Nacherfüllungsversuchen des Verkäufers – nicht davon gesprochen werden könne, dass in Bezug auf den aufgetretenen Mangel eine **ausreichende Abhilfe** geschaffen wurde¹¹.

- 5 **3. Keine Interessenabwägung bei Fehlschlagen (§ 440 Satz 1 Alt 2) und Unzumutbarkeit (§ 440 Satz 1 Alt 3).** Auf den ersten Blick scheint der besondere Tatbestand des „Fehlschlagens“ der Nacherfüllung (Satz 1 Alt 2) – ebenso die „**Unzumutbarkeit**“ dieser Verkäuferleistung für den Käufer (Satz 1 Alt 3) – nur eine gewährleistungsbezogene kaufrechtliche **Konkretisierung der allgemeinen Bestimmungen** der §§ 281 Abs 2, 323 Abs 2 Nr 3 über die Entbehrlichkeit der Fristsetzung in einem besonderen Fall zu sein. Nach § 281 Abs 2 Alt 2 ist die **Fristsetzung** auch dann **entbehrlich**, wenn „besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen“¹². Eine „**Abwägung der beiderseitigen Interessen**“ verlangt auch die Parallelregelung des § 323 Abs 2 Nr 3 für den **sofortigen Rücktritt** ohne Fristsetzung.
- 6 Der Gesetzgeber ging bei Erlass des SMG 2002 davon aus, dass im Falle eines Fehlschlagens der Nacherfüllung in Form der Nachbesserung oder Nachlieferung dem Käufer eine (**weitere**) **Fristsetzung nicht zugemutet** werden könne¹³. Für das Recht des Käufers zum sofortigen Rücktritt vom Kaufvertrag komme es aber auf ein **Interesse des Verkäufers**, an diesem Vertrag festzuhalten, generell nicht mehr an¹⁴. Dem Käufer sei nach **vergeblichen Nachbesserungsversuchen** des Verkäufers nicht zuzumuten, vor Geltendmachung der **sekundären Gewährleistungsrechte** (§ 437 Nr 2 und 3) erst noch weitere, in ihrem Erfolg wieder ungewisse Nacherfüllungsversuche des Verkäufers abzuwarten¹⁵. Das **bisherige Verhalten des Verkäufers** ist zwar regelmäßig auch bei der Frage des Vorliegens einer Unzumutbarkeit der weiteren Nacherfüllung für den Käufer von Bedeutung. Außer Betracht bleibt aber insoweit ein Interesse des Verkäufers am Fortbestand des Kaufvertrags mit den beiden synallagmatischen originären Erfüllungsansprüchen. Da aber die allgemeinen Regelungen der §§ 281 Abs 2, 323 Abs 2 Nr 3 für die **Entbehrlichkeit der Fristsetzung** auf die **Abwägung der „beiderseitigen“ Interessen** abstellen, musste der Gesetzgeber das Fehlschlagen der Nacherfüllung als speziellen kaufrechtlichen Fall der Berechtigung des Käufers, ohne (weitere) Fristsetzung auf die sekundären Gewährleistungsrechte des § 437 Nr 2 und 3 zuzugreifen, im Rahmen einer Ergänzung des Allgemeinen Schuldrechts in § 440 gesondert regeln¹⁶. Wegen dieser Ausklammerung der Interessen des Verkäufers an der Aufrechterhaltung des Kaufvertrags im Falle des Scheiterns einer Nacherfüllungsmaßnahme stellt § 440 eine auf die Eröffnung der sekundären Gewährleistungsrechte bezogene **Privilegierung des Käufers** dar. Der Käufer muss sich aber auf diesen besonderen Tatbestand nicht berufen, sondern kann am fortbestehenden Nacherfüllungsanspruch festhalten¹⁷.
- 7 **4. Zweck des „Unzumutbarkeitstatbestands“ (§ 440 Satz 1 Alt 3).** Mit der tatbestandlichen Formulierung „fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist“ regelt § 440 Satz 1 die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung als **Alternative** im Verhältnis zum **Fehlschlagen der Nacherfüllung**. Die besondere gesetzliche Regelung der Unzumutbarkeit beruht zum einen darauf, dass nach **Auffassung des Gesetzgebers** nicht zweifelsfrei sei, ob der Tatbestand des Fehlschlagens auch den Fall der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung erfasse¹⁸. Aufgrund dieser Unsicherheit wurde im Rahmen der Beratung des SMG 2002 die Notwendigkeit einer besonderen Erwähnung des Falls der aufseiten des Käufers gegebenen Unzumutbarkeit der Nacherfüllung im Tatbestand des § 440 als Ergänzung der Fehlschlagensalternative bejaht¹⁹.
- 8 **5. Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie.** – a) **Keine Abhilfe „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“.** Zudem diene die selbständige Regelung der **Unzumutbarkeit der Nacherfüllung** in § 440 der Umsetzung von Art 3 Abs 5, 3. Spiegelstrich der inzwischen außer Kraft getretenen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie²⁰. Nach Art 3 Abs 5, 3. Spiegelstrich dieser Richtlinie kann der **Verbraucher** eine angemessene **Minderung** des Kaufpreises oder eine **Vertragsauflösung** verlangen, wenn „der Verkäufer nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher Abhilfe geschaffen hat“. Die **Nacherfüllung** muss nach Art 3 Abs 3 Satz 3 der

10 Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233; BGH NJW 2017, 153 Rz 20.

11 Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233; BGH NJW 2017, 153 Rz 20.

12 Vgl. dazu Rz 6.

13 Vgl. Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233.

14 Vgl. Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233.

15 Vgl. Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233.

16 Vgl. Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233; vgl. auch Staud/Bach Rz 1.

17 Vgl. Rz 78.

18 Vgl. Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233.

19 Vgl. Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233.

20 Vgl. Begr. Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233.

Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie also „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Verbraucher erfolgen, wobei „die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigt, zu berücksichtigen sind“. Die separate Regelung der **Unzumutbarkeit der Nacherfüllung** in § 440 (Satz 1 Alt 3) stellte daher auch eine **nähere Konkretisierung** dieser Bestimmung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie dar²¹. Darüber hinaus vermied der **besondere gesetzliche Unzumutbarkeitstatbestand** des § 440 von vornherein einen an den deutschen Gesetzgeber gerichteten Vorwurf, das in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie geregelte Erfordernis „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ sei durch die Regelung des Fehlschlagens in § 440 und durch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 281 Abs 2, 323 Abs 2 nicht ausreichend umgesetzt worden. Die eigenständige Regelung der Unzumutbarkeit in § 440 ermöglicht den Gerichten, in Fällen, in denen dem Käufer außerhalb des Geltungsbereichs der Verbrauchsgüterkauf-Regelung des § 475d aufgrund eines **gravierenden Vertrauensverlusts** die (weitere) Nacherfüllung nicht zumutbar ist²², den Zugriff auf die sekundären Gewährleistungsrechte zu eröffnen, ohne die Erfassung einer solchen Konstellation vom Tatbestandsmerkmal „Fehlschlagen der Nacherfüllung“ begründen zu müssen.

b) **Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie (Art 13 Abs 4) durch § 475d – Nichtgeltung des § 440 für Verbrauchsgüterkäufe.** Art 13 Abs 4 lit a bis lit b der Warenkauf-Richtlinie regelt die Fälle, in denen der Verbraucher entweder einen Anspruch auf **anteilige Minderung** des Kaufpreises nach Art 15 hat oder die **Beendigung des Kaufvertrags** nach Art 16 verlangen kann. Die **nicht ordnungsgemäße Nacherfüllung** und die **Verweigerung der Nacherfüllung** sind als Anwendungsfälle in Art 14 Abs 4 lit a Warenkauf-Richtlinie geregelt. Gleichgestellt ist gem Art 14 Abs 4 lit b die Konstellation des Auftretens der Vertragswidrigkeit, obwohl der **Verkäufer versucht hat**, den vertragsgemäßen Zustand der Ware herzustellen. Art 13 Abs 4 lit c Warenkauf-Richtlinie regelt den Fall, dass die **Vertragswidrigkeit derart schwerwiegend** ist, dass eine sofortige Preisminderung oder Beendigung des Kaufvertrags gerechtfertigt ist. Diese Rechte hat der Käufer gem Art 13 Abs 4 lit d auch dann, wenn der **Verkäufer erklärt hat** oder es **nach den Umständen offensichtlich ist**, dass er den vertragsgemäßen Zustand der Waren **nicht innerhalb einer angemessenen Frist** oder nicht **ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher** herstellen wird. Die Vorgaben des Art 13 Warenkauf-Richtlinie werden für den Verbrauchsgüterkauf abschließend durch den **seit dem 1.1.2022** geltenden § 475d umgesetzt mit der Folge, dass § 440 auf Verbrauchsgüterkäufe nicht mehr anwendbar ist²³. Obwohl § 440 dadurch nicht mehr der Umsetzung der **Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie** dient, kann in Bezug auf den verbleibenden Anwendungsbereich dieser Norm im Rahmen einer **historischen Auslegung** grundsätzlich auf die Vorgaben dieser außer Kraft getretenen Richtlinie zurückgegriffen werden²⁴. Es kommt dann für die betreffende Frage darauf an, ob gerade die **Verbrauchseigenschaft des Käufers** oder vielmehr eine **allgemeine Interessenbewertung** beim Kauf die **tragende Erwägung** der Richtlinienregelung und damit auch ihrer ursprünglichen Umsetzung war. Das in **Art 18 der Verbraucherrechte-Richtlinie** geregelte Rücktrittsrecht des Verbrauchers betrifft nur Leistungsstörungen in Gestalt der **Nichtleistung** und der **Leistungsverzögerung**, nicht aber den Tatbestand der **mangelhaften Lieferung**, so dass sich aus dieser Richtlinie keine Vorgaben für den Regelungsbereich des § 440 ergeben²⁵.

6. Kein gesetzlicher Tatbestand der Entbehrlichkeit der Frist bei „Alltagsgeschäften“. 10

Der Gesetzgeber hat eine besondere Tatbestandsalternative, die dem Käufer ein **sofortiges Rücktrittsrecht** bei Vorliegen eines Sachmangels im Rahmen eines sog Alltagsgeschäfts eröffnet, bei der Beratung des SMG 2002 zwar erwogen, dann aber abgelehnt²⁶. Ausschlaggebend dafür war zum einen die Erwägung, dass die Alltagsgeschäfte nicht hinreichend bestimmt und nur schwer sachgerecht gesetzlich zu beschreiben seien²⁷. Eine Sonderregelung für Sachmängel bei Alltagsgeschäften durchbreche zudem die angestrebte **Einheit mit dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht** und störe den wünschenswerten **Gleichlauf des kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrechts** erheblich²⁸. Das berechnigte Interesse des Käufers an einer **zügigen Rückabwicklung** von Alltagsgeschäften werde dadurch gewahrt, dass die Angemessenheit der von ihm grundsätzlich zu setzenden **Frist** iSd §§ 281 Abs 1, 323 Abs 1 sich vorrangig nach seinem Interesse daran beurteile, bei einem derartigen Kauf die kurzfristige Reparatur oder den sofortigen Austausch der mangelhaften Ware beanspruchen zu können²⁹. Darüber hinaus, so die

21 Vgl Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233.

22 Vgl dazu Rz 96.

23 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 19/27424, S 36;

BeckOK/Faust Rz 8; BeckOGK/Höpfner Rz 6.

24 BeckOGK/Höpfner Rz 6.

25 BeckOK/Faust Rz 7; BeckOGK/Höpfner Rz 9; vgl auch Schubel JZ 2022, 73.

26 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234.

27 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234.

28 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234.

29 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234.

Begründung zum Gesetzentwurf, lägen bei Alltagsgeschäften häufig die Voraussetzungen der §§ 281 Abs 2 Alt 2, 323 Abs 2 Nr 3 vor, nach denen die sofortige Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung bzw der sofortige Rücktritt **ohne vorherige Fristsetzung** möglich sei³⁰. Auch die nur für **Verbrauchsgüterkäufe** geltende Regelung des § 475d sieht – in Übereinstimmung mit **Art 13 Abs 4 Warenkauf-Richtlinie** – kein spezielles Minderungs- oder Rücktrittsrecht bei „Alltagsgeschäften“ vor. Da § 440 seit dem 1.1.2022 auf Verbrauchsgüterkäufe nicht mehr anwendbar ist, hat die Frage zwar an Bedeutung verloren. Aber auch bei **B2B-Kaufverträgen** kann es sich um „Alltagsgeschäfte“ handeln, bei denen der Käufer bei Auftreten eines Mangels ein berechtigtes Interesse an einer **zügigen Rückabwicklung** hat.

II. Fristsetzungserfordernis und Erfüllungsverweigerung nach § 281 Abs 2 und § 323 Abs 2

- 11 1. **Allgemeine Voraussetzungen einer Fristsetzung.** – a) **Exakter Zeitraum und bestimmbare zeitliche Grenze.** Das dem Käufer obliegende Setzen einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung durch den Verkäufer erfordert nicht zwingend die **Angabe eines bestimmten Zeitraums** oder eines bestimmten (**End-)**Termins³¹. Nach dem Wortlaut der §§ 323 Abs 1, 281 Abs 1 sowie aufgrund des Sinns und Zwecks des gesetzlichen Fristsetzungserfordernisses genügt es, wenn der Käufer durch das **Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung** oder durch vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Verkäufer für die Erfüllung nur ein **begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht**³².
- 12 Eine an den Verkäufer gerichtete Aufforderung des Verkäufers, innerhalb „angemessener Frist“, „unverzüglich“ oder „umgehend“ Abhilfe zu schaffen, ist insoweit ausreichend, weil dadurch dem Verkäufer eine **zeitliche Grenze** gesetzt wird, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist und ihm ohne weiteres vor Augen führt, dass er die Nachbesserung nicht zu einem **beliebigen Zeitpunkt** bewirken darf³³. Das Gleiche gilt im Falle einer Bitte des Käufers um „**schnelle Behebung**“ des Mangels³⁴. Denn auch dadurch wird dem Verkäufer eine **bestimmbare zeitliche Grenze** für die Nacherfüllung gesetzt³⁵. Dies ist auch deshalb interessengerecht, weil der Verkäufer am ehesten in der Lage ist, den für die Nacherfüllung erforderlichen Zeitaufwand abzuschätzen. Zudem wird durch eine fehlende exakte Festlegung eines Zeitraums vermieden, dass der Verkäufer wegen einer zu knappen Frist intervenieren muss und ein Streit über die Angemessenheit entsteht.
- 13 b) **Ernsthaftigkeit des Nacherfüllungsverlangens – „Bitte“ und „Wunsch“ des Käufers.** Der Käufer darf zwar die Ernsthaftigkeit seines Nacherfüllungsverlangens nicht durch Relativierungen wie bspw die Äußerung eines **bloßen Wunsches** oder einer **höflichen Bitte** in Zweifel ziehen³⁶. Die Einkleidung des Nachbesserungsverlangens in eine „Bitte“ führt aber gleichwohl nicht generell, sondern nur im Ausnahmefall zur Rechtfertigung der Annahme, dass der Verkäufer keine Veranlassung habe, mit Rechtsfolgen in Gestalt eines Rücktritts oder eines Schadensersatzverlangens (Schadensersatz statt der Leistung) zu rechnen³⁷. Der im Vergleich zur „**Aufforderung**“ höflichere Begriff „**Bitte**“ darf jedenfalls nicht ohne weiteres im Sinne einer fehlenden Ernsthaftigkeit des Nacherfüllungsverlangens verstanden werden³⁸. IdR ist vielmehr von der **Ernsthaftigkeit des vom Käufer ausgesprochenen Nacherfüllungsverlangens** auszugehen³⁹. Dies gilt insbes dann, wenn die **schriftliche Bitte** des Käufers in einem Zusammenhang steht mit einem zuvor schon mündlich geäußerten Nacherfüllungsverlangen oder/und einer vorgesehenen oder bereits stattgefundenen Unterredung der Parteien über die Nacherfüllung⁴⁰.
- 14 Die **Darlegungs- und Beweislast** für eine fehlende Ernsthaftigkeit des geäußerten Nacherfüllungsverlangens trägt der Verkäufer, dh, der Käufer muss nicht zusätzlich zu seiner ausdrücklichen oder konkludenten Fristsetzung deren **Ernsthaftigkeit** darlegen und im Streitfall auch beweisen⁴¹. Es obliegt vielmehr dem Verkäufer, Umstände darzulegen und zu beweisen, welche die Annahme rechtfertigen, dass die ausgesprochene Fristsetzung des Käufers ausnahmsweise wegen fehlender Ernsthaftigkeit keine Veranlassung gab, mit einem Rücktritt des Käufers oder sonstigen sekundären Gewährleistungsrechten zu rechnen⁴².

30 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234.

31 BGH NJW 2009, 3153 Rz 10 f; NJW 2016, 3654 Rz 25.

32 BGH NJW 2016, 3654 Rz 25.

33 BGH NJW 2016, 3654 Rz 27; NJW 2009, 3153 Rz 11.

34 BGH NJW 2016, 3654 Rz 27.

35 BGH NJW 2016, 3654 Rz 27.

36 BGH NJW 2016, 3654 Rz 28; Soergel/Gsell § 323 Rz 72; Staud/Schwarze § 323 Rz B 53.

37 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 185; BGH NJW 2016, 3654 Rz 28.

38 BGH NJW 2016, 3654 Rz 28.

39 Vgl Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 185.

40 BGH NJW 2016, 3654 Rz 29.

41 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 185.

42 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 185.

2. Die ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung. – a) **Voraussetzungen.** An die tatsächlichen Voraussetzungen einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Nacherfüllung sind **strenge Anforderungen** zu stellen, die nur dann vorliegen, wenn der Verkäufer eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er seinen Nacherfüllungspflichten nicht nachkommen werde⁴³. Die Erfüllungsverweigerung muss das „**letzte Wort**“ des Verkäufers sein, so dass ausgeschlossen ist, dass er sich durch Setzung einer Nachfrist zur Leistung bewegen lässt⁴⁴.

Ist dagegen **zweifelhaft**, ob der Verkäufer im Falle der Setzung einer Nachfrist die Nacherfüllung vornehmen würde, so ist eine endgültige Erfüllungsverweigerung zu verneinen und grundsätzlich eine **Nachfristsetzung** erforderlich. Denn eine Umstimmung des Verkäufers ist hier nicht ausgeschlossen. Es kann aber einer der Tatbestände des § 440 und insoweit insbes die **Unzumutbarkeitsalternative** eingreifen.

Liegt nach allgemeinen Grundsätzen eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung vor, so steht der Entbehrlichkeit der Fristsetzung nicht entgegen, dass die Voraussetzungen des Einredetatbestands des § 439 Abs 4 gegeben sind und der Verkäufer diese Einrede erheben könnte⁴⁵. Der Verkäufer muss sich eben auf die Einrede des § 439 Abs 4 berufen⁴⁶.

b) **Bloßes Bestreiten der Nacherfüllungsverpflichtung.** Das bloße Bestreiten von Mängeln genügt ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht für die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Nacherfüllungsverweigerung⁴⁷. Es müssen hier vielmehr **weitere Umstände hinzutreten**, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Verkäufer über das Bestreiten eines Mangels hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Nacherfüllungspflichten aus §§ 437 Nr 1, 439 Abs 1 ablehnt und demzufolge eine **Umstimmung** durch eine vom Käufer gesetzte Nachfrist **als ausgeschlossen anzusehen** ist⁴⁸. Das Gleiche gilt in dem Fall, in dem der Verkäufer gegenüber dem vom Käufer geltend gemachten Gewährleistungsanspruch erklärt, **nicht „passiv legitimiert“** zu sein⁴⁹. Ähnliche Vorbringen des Verkäufers sind rechtlich in entsprechender Weise einzuordnen. Dass derartige Formulierungen noch keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung begründen, folgt insbes aus dem Zweck der Nachfristsetzung. Denn bei solchen Einlassungen des Verkäufers kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Nachfristsetzung den Käufer umstimmt. Das Bestreiten und ähnliche Erklärungen des Verkäufers bringen zwar einerseits eine gewisse **Verweigerungshaltung des Verkäufers** zum Ausdruck. Andererseits wird dadurch aber, insbes im Falle einer **anwaltlichen Beratung**, häufig bewusst eine Endgültigkeit vermieden, um Zeit zu gewinnen und eine drohende Nachfristsetzung zumindest hinauszuschieben.

III. § 440 Satz 1 Alt 1 – Verweigerung beider Nacherfüllungsarten gem § 439 Abs 4

1. Zweck der Regelung. Im Falle der Verweigerung beider Nacherfüllungsarten durch den Verkäufer bei Vorliegen eines Mangels unter Berufung auf § 439 Abs 4 ergäbe ein an den Käufer gerichtetes **gesetzliches Fristsetzungserfordernis** keinen Sinn. Denn es ist generell nicht zu erwarten, dass der Verkäufer innerhalb einer vom Käufer gesetzten Frist die auf § 439 Abs 4 gestützte Einrede wieder fallen lässt⁵⁰. Obwohl der Tatbestand des § 440 Satz 1 Alt 1 – anders als § 281 Abs 2 Alt 1 und § 323 Abs 2 Nr 1 – nicht ausdrücklich eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Erfüllung verlangt, besteht eine weitgehende Übereinstimmung mit der in den genannten Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungenrechts geregelten Erfüllungsverweigerung. Für die allgemeine Erfüllungsverweigerung als Tatbestand, der eine Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis begründet, ist deshalb eine Endgültigkeit und Ernsthaftigkeit erforderlich, weil der Schuldner in vielen Fällen die Leistung ohne Inkaufnahme von rechtlichen Nachteilen nur verzögern will und daher eine Verweigerungserklärung nicht sein „**letztes Wort**“ ist. Bei Vorliegen einer Verweigerung der Nacherfüllung nach § 439 Abs 4 beruft sich der Verkäufer auf „**unverhältnismäßige Kosten**“ der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen. Dass sich an dieser vom Verkäufer verlautbarten Einschätzung der Nacherfüllungskosten durch eine vom Käufer für die Durchführung der bisher verweigerten Nacherfüllung gleichwohl gesetzte Frist etwas ändert, ist unwahrscheinlich und daher regelmäßig nicht zu erwarten. Darüber hinaus

43 BGH NJW 2013, 1074 Rz 22; NJW 2017, 153 Rz 18.

44 BGH NJW 2015, 3455 Rz 33; Soergel/Gsell § 323 Rz 98; MünchKomm/Ernst § 323 Rz 105; BeckOK/H Schmidt § 323 Rz 25.

45 Staud/Bach Rz 18; MünchKomm/Westermann Rz 5.

46 Vgl dazu Rz 24.

47 BGH NJW 2015, 3455 Rz 33; NJW 2017, 1666 Rz 33; Soergel/Gsell § 323 Rz 98.

48 BGH NJW 2006, 1195 Rz 25; NJW 2013, 1074 Rz 22; NJW 2015, 3455 Rz 33; NJW 2017, 153 Rz 18; Soergel/Gsell § 323 Rz 98.

49 BGH NJW 2017, 1666 Rz 33.

50 Vgl Erman/Grunewald Rz 2; MünchKomm/Westermann Rz 4; BeckOK/Faust Rz 21 (Fristsetzung wäre eine bloße Formalität).

kann bei Fehlen abweichender Gesichtspunkte ausgeschlossen werden, dass eine Erfüllungsverweigerung unter Berufung auf einen unverhältnismäßigen Aufwand der Nacherfüllung vom Verkäufer nicht ernsthaft erklärt wird.

- 20 **2. Unterschied zwischen Verweigerung nach § 439 Abs 4 und den Tatbestandsalternativen „Fehlschlagen“ sowie „Unzumutbarkeit“ – Verweigerung einer Art der Nacherfüllung.** Während es für das Fehlschlagen der Nacherfüllung und auch für die Unzumutbarkeit dieser Verkäuferleistung nur darauf ankommt, dass die „**dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung**“⁵¹ fehlgeschlagen ist, muss eine Verweigerung der Nacherfüllung gem § 439 Abs 4 in Bezug auf **beide Arten der Nacherfüllung** vorliegen⁵². Aus § 440 Satz 1 Alt 1 folgt ohne weiteres im Umkehrschluss, dass die Verweigerung nur **einer Art der Nacherfüllung** nach § 439 Abs 4 gerade nicht zur Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung führt⁵³. In Bezug auf die andere Nacherfüllungsart bleibt es daher zwar grundsätzlich beim Fristsetzungserfordernis. Eine Ausnahme ist insoweit aber insbes für den Fall anzuerkennen, dass eine andere Einrede des Verkäufers eingreift oder die Leistungspflicht schon wegen **Unmöglichkeit** nach § 275 Abs 1 entfallen ist⁵⁴. Die Rechtslage ist im Falle der Verweigerung nur einer Nacherfüllungsart generell nicht anders als in dem Fall, in dem der Verkäufer (nur) eine Nacherfüllungsart nach § 275 Abs 2 oder 3 verweigert oder nur insoweit eine Unmöglichkeit iSd § 275 Abs 1 gegeben ist⁵⁵. Es muss aber nicht hinsichtlich beider Nacherfüllungsarten derselbe Grund für die Befreiung des Verkäufers von der Nacherfüllungsverpflichtung vorliegen⁵⁶.
- 21 **3. Verweigerung gem § 439 Abs 4 erst nach erfolgter Fristsetzung.** – a) **Fristsetzungserfordernis bezüglich anderer Nacherfüllungsart.** Ohne Belang für die generelle Geltung des auf die andere Nacherfüllungsart bezogenen Nachfristerfordernisses ist, ob der Verkäufer sich erst nach Setzung einer Nachfrist durch den Käufer bezüglich der vom Käufer zunächst gewählten Nacherfüllungsart auf § 439 Abs 4 bzw die Einreden aus § 275 Abs 2 oder 3 beruft⁵⁷. Die Nachfrist hat bis zu ihrem erfolglosen Ablauf keinen Einfluss auf den **Bestand des Nacherfüllungsanspruchs** des Käufers und die **Einrede des Verkäufers** aus § 439 Abs 4 bzw § 275 Abs 2 oder 3. Auch die **Unmöglichkeit** einer Nacherfüllungsart lässt das in Bezug auf die andere Nacherfüllungsart bestehende Fristsetzungserfordernis grundsätzlich unberührt⁵⁸. Unerheblich ist insoweit, ob die Unmöglichkeit erst nach Setzung einer Nachfrist durch den Käufer eintritt.
- 22 Ist zum Zeitpunkt des Eintretens der Unmöglichkeit die Frist schon abgelaufen, so entfallen die dadurch bereits entstandenen **sekundären Gewährleistungsrechte** allerdings nicht. Selbstverständlich besteht in diesem Fall auch nicht das Erfordernis, dem Verkäufer für die Vornahme der anderen Nacherfüllungsart eine Frist zu setzen.
- 23 b) **Entbehrlichkeit einer neuen Fristsetzung.** Beruft sich der Verkäufer während des Laufs einer vom Käufer für die Vornahme einer Nacherfüllungsart gesetzten Frist gem § 439 Abs 4 auf die **Unverhältnismäßigkeit** dieser Nacherfüllung, so ist in Bezug auf die andere Nacherfüllungsart eine neue Fristsetzung nur dann entbehrlich, wenn auch diese vom Verkäufer unter Berufung auf einen unverhältnismäßigen Aufwand verweigert wird⁵⁹. Die Erhebung der Einrede des § 439 Abs 4 ist aber in dem Fall nicht erforderlich, in dem die andere Nacherfüllungsart dem Verkäufer gem § 275 Abs 1 unmöglich ist oder eine berechtigte Berufung des Verkäufers auf § 275 Abs 2 oder 3 vorliegt⁶⁰. Die Verweigerung der anderen Nacherfüllungsart kann zwar auch **konkulent** erfolgen. Im Zweifel ist aber nicht davon auszugehen, dass sich eine während der Nachfrist vom Verkäufer erklärte Verweigerung der vom Käufer verlangten Nacherfüllungsart ohne weiteres auf die andere Nacherfüllungsart erstreckt.
- 24 **4. Verweigerungserklärung des Verkäufers.** – a) **Grundlagen – Notwendigkeit einer Erklärung.** Nach § 440 Satz 1 Alt 1 ist eine Fristsetzung entbehrlich, wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gem § 439 Abs 4 verweigert⁶¹. Die tatbestandliche Formulierung „verweigert“ erfordert eindeutig eine Verweigerungserklärung des Verkäufers und lässt das bloße **Vorliegen der Verweigerungsvoraussetzungen** des § 439 Abs 4 nicht ausreichen⁶². Auch die

51 Vgl dazu Rz 43.

52 Vgl Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 233; Staud/Bach Rz 16; BeckOGK/Höpfner Rz 10 f; MünchKomm/Westermann Rz 6; BeckOK/Faust Rz 10; Erman/Grunewald Rz 2.

53 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234; Staud/Bach Rz 16; Erman/Grunewald Rz 2; BeckOGK/Höpfner Rz 13; BeckOK/Faust Rz 11.

54 Vgl Rz 35.

55 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234; BeckOK/Faust Rz 12.

56 BeckOGK/Höpfner Rz 12.

57 Staud/Matusche-Beckmann Rz 10; BeckOK/Faust Rz 13.

58 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 23.

59 MünchKomm/Westermann Rz 6; BeckOK/Faust Rz 13.

60 MünchKomm/Westermann Rz 6.

61 Staud/Bach Rz 19.

62 Staud/Bach Rz 19; MünchKomm/Westermann Rz 5; Erman/Grunewald Rz 2; BeckOGK/Höpfner Rz 9; BeckOK/Faust Rz 31; Kandler, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S 596.

Begründung zum Gesetzentwurf⁶³ verweist ausdrücklich darauf, dass der Verkäufer die Nacherfüllung „verweigert haben muss“. Es genüge nicht, dass die Voraussetzungen der Einrede des § 439 Abs 4 gegeben seien⁶⁴. Der Verkäufer müsse sich auch **darauf berufen**⁶⁵. Der Grund für das Erfordernis einer Erklärung ist darin zu sehen, dass der Verkäufer trotz Vorliegens der Verweigerungsvoraussetzungen des § 439 Abs 4 ein Interesse daran haben kann, die Nacherfüllung vorzunehmen, obwohl ihm dies nur mit **größeren Anstrengungen** möglich ist⁶⁶. Insoweit kann es insbes um die Abwendung eines Anspruchs des Käufers auf **Schadensersatz statt der Leistung** bei Vereinbarung einer Beschaffenheitsgarantie oder Bestehens eines Beschaffungsrisikos iSd § 276 Abs 1 Satz 1 aE gehen.

b) **Zeitpunkt der Verweigerungserklärung.** Der Tatbestand des § 440 Satz 1 Alt 1 setzt nicht voraus, dass die Verweigerungserklärung unmittelbar im Anschluss an ein **Nacherfüllungsverlangen** des Käufers erfolgt. Die Verweigerung kann vielmehr auch noch dann vom Verkäufer erklärt werden, wenn der Käufer für eine Nacherfüllungsart eine **Frist gesetzt** hat. Nach Ablauf einer Nachfrist kann der Käufer zwar nach §§ 281 Abs 1, 323 Abs 1 auf die **sekundären Gewährleistungsrechte übergehen**, so dass es dann auf die Anwendbarkeit des § 440 nicht mehr ankommt. Der Käufer ist aber zu einem solchen Übergang nicht verpflichtet, sondern kann den Verkäufer am **Erfüllungsanspruch festhalten**. Verlangt der Käufer weiterhin Erfüllung, so kann der Verkäufer auch noch nach Fristablauf beide Nacherfüllungsarten gem § 439 Abs 4 verweigern. Der Käufer ist im Falle der Erhebung dieser Einrede durch den Verkäufer nicht mehr berechtigt, unter Berufung auf den Fristablauf iSd §§ 281 Abs 1, 323 Abs 1 die sekundären Gewährleistungsrechte geltend zu machen. Denn der Käufer hat trotz Fristablaufs am Erfüllungsanspruch festgehalten und hätte auch nach einer ordnungsgemäßen Nacherfüllungsleistung des Verkäufers nicht mehr auf die nach §§ 281 Abs 1, 323 Abs 1 zunächst entstandenen Rechte zugreifen können.

c) **Ausdrückliche und konkludente Verweigerungserklärungen.** Das Tatbestandsmerkmal „der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung gem § 439 Abs 4 verweigert“ (§ 440 Satz 1 Alt 1) ist zwar nicht so zu verstehen, dass der Verkäufer ausdrücklich die einschlägige gesetzliche Regelung des § 439 Abs 4 benennen müsste. Er muss sich aber gleichwohl in irgendeiner Weise auf **unverhältnismäßige Kosten** der Nacherfüllung berufen⁶⁷. Nicht ausreichend ist daher die Verweigerung der Nacherfüllung **ohne Angabe eines Grundes** oder unter Hinweis auf Umstände, die nicht mit dem Einredetatbestand des § 439 Abs 4 in einem Zusammenhang stehen⁶⁸. Der Verkäufer ist allerdings auch nicht gehalten, das in § 439 Abs 4 enthaltene Tatbestandsmerkmal „unverhältnismäßige Kosten“ ausdrücklich geltend zu machen. Es genügt vielmehr die **Angabe von Umständen**, die im Rahmen der **Auslegung** den Schluss rechtfertigen, dass der Verkäufer den von ihm zu tragenden **voraussichtlichen Nacherfüllungsaufwand** als zu hoch ansieht. Entscheidend für die Auslegung ist hier – wie generell bei Willenserklärungen – der **objektive Empfängerhorizont**. Es kommt also darauf an, wie der Käufer die Verweigerungserklärung des Verkäufers nach **Treu und Glauben** unter Berücksichtigung der **Verkehrssitte** verstehen musste⁶⁹.

Keine Verweigerung iSd § 440 Satz 1 Alt 1 liegt demzufolge insbes dann vor, wenn der Verkäufer das **Vorliegen eines Mangels bestreitet**⁷⁰. In diesem Fall kommt allerdings die Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Vorliegens einer **ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung** iSd §§ 281 Abs 2 Alt 1, 323 Abs 2 Nr 1 in Betracht⁷¹. Insoweit ist aber zu beachten, dass diese Ausnahmetatbestände des allgemeinen Schuldrechts ausdrücklich eine **Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit** der vom Schuldner erklärten Erfüllungsverweigerung verlangen, während § 440 Satz 1 Alt 1 nur auf das Vorliegen einer Verweigerung nach Maßgabe der besonderen kaufrechtlichen Vorschrift des § 439 Abs 4 abstellt. Das bloße Bestreiten eines Mangels stellt nicht ohne weiteres eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung dar⁷². Eine derartige Erfüllungsverweigerung kann nur dann bejaht werden, wenn der Verkäufer unmissverständlich und eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Nacherfüllungspflichten **unter keinen Umständen nachkommen**⁷³.

63 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234.

64 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234.

65 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234.

66 Begr Gesetzentwurf, BT-Drucks 14/6040, S 234; BeckOK/Faust Rz 31; BeckOGK/Höpfner Rz 10.

67 BeckOGK/Höpfner Rz 14.

68 Erman/Grunewald Rz 2; BeckOGK/Höpfner Rz 14; so wohl auch Staud/Bach Rz 19 f.

69 Vgl dazu BGHZ 195, 126 Rz 18; Soergel/Riesenhu-

ber § 133 Rz 49 ff; Wertenbruch, BGB AT, 2021⁵, § 9 Rz 2.

70 Vgl BeckOGK/Höpfner Rz 14.

71 Vgl dazu Rz 18.

72 Vgl Rz 18.

73 BGH NJW 2015, 3455 Rz 33; NJW 2017, 1666 Rz 31; MünchKomm/Ernst § 323 Rz 105; BeckOK/H Schmidt § 323 Rz 25.

- 28 **5. Keine besondere Prüfung der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit.** Beruft der Verkäufer sich ausdrücklich oder konkludent auf die Einrede des § 439 Abs 4⁷⁴, so muss – anders als im Falle einer Erfüllungsverweigerung iSd §§ 281 Abs 2, 323 Abs 2⁷⁵ – nicht geprüft werden, ob dies auch als ernsthaft und endgültig anzusehen ist. Der Verkäufer kann also gegenüber dem Käufer, der im Anschluss an eine auf § 439 Abs 4 bezogene Verweigerungserklärung des Verkäufers **sekundäre Gewährleistungsrechte** aus § 437 Nr 2 oder/und Nr 3 geltend macht, nicht einwenden, seine Verweigerungserklärung sei nicht endgültig oder ernsthaft gewesen. Stützt der Verkäufer die Verweigerungshaltung dagegen nicht auf § 439 Abs 4, sondern bspw auf das **Nichtvorliegen eines Mangels** oder auf eine **Überlastung seines Betriebs** und damit nicht auf eine Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllungskosten iSd § 439 Abs 4, so ist § 440 Satz 1 Alt 1 von vornherein nicht anwendbar. Das Eingreifen der §§ 281 Abs 2 Alt 1, 323 Abs 2 Nr 1 setzt dann nach allgemeinen Grundsätzen eine Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung voraus, die in den genannten Beispielfällen nicht ohne weiteres gegeben ist⁷⁶.
- 29 **6. Hilfsweise ausgesprochene Nacherfüllungsverweigerung gem § 439 Abs 4.** Ausreichend für § 440 Satz 1 Alt 1 ist aber auch eine vom Verkäufer hilfsweise erklärte Verweigerung der Nacherfüllung unter Berufung auf § 439 Abs 4⁷⁷. Praktische Bedeutung hat insoweit insbes die Situation, in der vom Verkäufer in **erster Linie** der vom Käufer gerügte **Mangel bestritten** oder das Eingreifen eines **vertraglichen Gewährleistungsausschlusses** geltend gemacht und nur für den Fall des tatsächlichen Nachweises eines Mangels bzw Nichtvorliegens einer Freizeichnung die **Unverhältnismäßigkeitseinrede** erhoben wird⁷⁸. Hier liegt in Bezug auf den primären Einwand des Verkäufers, also das Nichtbestehen einer rechtlichen Nacherfüllungsverpflichtung, die Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung iSd §§ 281 Abs 2 Alt 1, 323 Abs 2 Nr 1 zwar nicht ohne weiteres vor. Die **Entbehrlichkeit der Fristsetzung** folgt hier jedenfalls aus der kaufrechtlichen Spezialregelung des § 440 Satz 1 Alt 1, weil der Verkäufer die Einrede des § 439 Abs 4 zumindest hilfsweise geltend gemacht hat.
- 30 **7. Erfordernis des Vorliegens der Einredenvoraussetzungen des § 439 Abs 4. – a) Unberechtigter Erhebung der Einrede.** In Bezug auf die Anwendung des § 440 Satz 1 Alt 1 stellt sich auch die Frage, ob im Falle der Verweigerung der Nacherfüllung durch den Verkäufer unter Berufung auf § 439 Abs 4 die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Einrede tatsächlich vorliegen müssen und ihre Geltendmachung daher rechtmäßig ist. Nach dem Wortlaut des § 440 Satz 1 Alt 1 („gemäß § 439 Abs 4 verweigert“) ist das Vorliegen der Einredenvoraussetzungen des § 439 Abs 4 nicht zwingend erforderlich; die Formulierung des Tatbestands ist vielmehr insoweit offen⁷⁹. Überzeugender ist, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 439 Abs 4 für die Anwendung des § 440 Satz 1 Alt 1 nicht zu verlangen⁸⁰. Dafür kann zum einen eine **systematische Auslegung** angeführt werden. Zum anderen würde die in Rede stehende erste Alternative des § 440 Satz 1 im Falle der Notwendigkeit der Erfüllung der tatsächlichen Verweigerungsvoraussetzungen des § 439 Abs 4 weitgehend leerlaufen. Denn der Käufer wäre idR von vornherein nicht in der Lage, allein anhand der Verweigerungserklärung des Verkäufers zuverlässig zu überprüfen, ob aufseiten des Verkäufers wirklich **„unverhältnismäßige Kosten“** bei Vornahme einer Nacherfüllung entstünden⁸¹. Abgesehen davon ist die Zumutbarkeit einer darauf bezogenen Nachprüfung sehr zweifelhaft. Darüber hinaus spricht auch die nur für den **Verbrauchsgüterkauf** geltende Regelung des § 475d Abs 1 Nr 4 für die Gleichstellung von **berechtigter und unberechtigter Einredeerhebung**, soweit es um die Eröffnung der sekundären Käuferrechte aus § 437 Nr 2 geht. Denn § 475d Abs 1 Nr 4 unterscheidet im Falle des Vorliegens einer Verweigerung der Nacherfüllung nicht danach, ob dieses Verhalten des Verkäufers berechtigt ist oder nicht⁸².
- 31 Bei Ablehnung der hier vertretenen Auffassung müsste der Käufer zum Zwecke der Vermeidung des Risikos einer **unwirksamen Rücktrittserklärung** dem Verkäufer eine Frist setzen⁸³. Denn der Verkäufer könnte sich im Falle des Übergangs des Käufers auf die **sekundären Gewährleistungsrechte** zumindest grundsätzlich auch selbst darauf berufen, dass seine Verweigerungserklärung nicht von § 439 Abs 4 gedeckt gewesen sei. Es würde sich dann hier bei Zugrundelegung der Gegenauffassung die Frage des Vorliegens eines **widersprüchlichen Verhaltens des Verkäufers iSd § 242** stellen⁸⁴. In systematischer Sicht spricht für die hier vertretene

74 Vgl dazu Rz 19.

75 Vgl dazu Rz 19.

76 Vgl dazu Rz 18.

77 Vgl BeckOGK/Höpfner Rz 15.

78 Vgl BeckOGK/Höpfner Rz 15.

79 Vgl BeckOGK/Höpfner Rz 16; NK/Büdenbender Rz 9.

80 MünchKomm/Westermann Rz 5; Erman/Grune-

wald Rz 2; BeckOGK/Höpfner Rz 15; NK/Büdenbender Rz 9; BeckOK/Faust Rz 16; aA Staud/Bach Rz 22; Kandler, Kauf und Nacherfüllung, 2004, S 595 f.

81 Vgl BeckOGK/Höpfner Rz 16.

82 Vgl dazu Rz 34.

83 Vgl BeckOGK/Höpfner Rz 16.

84 Vgl BeckOGK/Höpfner Rz 16.