

Anfängerklausur: Displayschaden

Von Dr. Jonas David Brinkmann, Bielefeld*

Sachverhalt

V, der den Status eines „Powersellers“ auf der Online-Versteigerungsplattform E hat, stellte dort „zwei gebrauchte Laptops Marke XY“ ein. Das Höchstgebot zum Ablauf der regulären Auktionszeit stammte von Rechtsanwalt K. Dieser beabsichtigte, eines der Notebooks für seine Rechtsanwaltskanzlei zu nutzen und das andere seinem Neffen zum Geburtstag zu schenken. Als Lieferadresse gab K seine Kanzleiadresse an. K und V vereinbarten die Zahlung nach Lieferung.

Als K die Notebooks erhielt, stellte er fest, dass bei beiden Geräten erhebliche Schäden am Display vorhanden sind. Wie sich herausstellte, hat Spediteur S das angemessen verpackte Paket beim Transport fallen lassen. Auf wessen Vorschlag hin S mit dem Transport beauftragt wurde, lässt sich nicht mehr klären.

Fallfrage

V verlangt Zahlung der Notebooks. K verweigert die Zahlung. Mit Recht?

Bearbeitungsvermerk

Um den Status des Powersellers zu bekommen, muss man in den letzten drei Monaten durchschnittlich mindestens 300 Artikel pro Monat oder vier Artikel pro Monat bei einem monatlichen Handelsvolumen von mindestens 3000 Euro verkauft haben.

Lösungsvorschlag

Fraglich ist, ob V von K die Zahlung des Kaufpreises der beiden Notebooks gem. § 433 Abs. 2 Var. 1 BGB verlangen kann. Das wäre der Fall, wenn der Anspruch entstanden, nicht nachträglich untergegangen und durchsetzbar ist.

A. Anspruch entstanden

Damit V gegen K ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises der beiden Notebooks aus § 433 Abs. 2 Var. 1 BGB zusteht, müsste zwischen den beiden zunächst ein Kaufvertrag zustande gekommen sein. Ein Kaufvertrag ist ein Vertrag – mithin zwei übereinstimmende in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen (Angebot und Annahme) – durch die sich eine Partei (Verkäufer) verpflichtet, der anderen Partei (Käufer) eine Sache gegen Zahlung eines Kaufpreises zu übergeben und zu übereignen.

Vorliegend hat V die Notebooks bei E zur Versteigerung eingestellt und K das höchste Gebot zum Ablauf der Auktionszeit abgegeben. Wie bei Online-Versteigerungsplattformen die Bestimmung von Angebot und Annahme zu erfolgen hat, ist umstritten.

Nach teilweiser Ansicht ist davon auszugehen, dass der Verkäufer mit dem Einstellen des Gegenstands bei E erklärt, dass er einen Kaufvertrag mit demjenigen schließen möchte, der zum Ablauf des Versteigerungszeitraums das höchste Gebot abgegeben hat, wobei der Kaufpreis dem Höchstgebot entsprechen soll.¹ Nach dieser Auffassung erklärt der Käufer mit seinen Geboten jeweils die Annahme für den Fall, dass das von ihm abgegebene Gebot das Höchstgebot darstellt.² Nach dieser Ansicht hätte V ein Angebot abgegeben, indem er das Notebook bei E zur Versteigerung eingestellt hat. K hätte mit seinem Höchstgebot die Annahme erklärt. Demnach wäre ein Kaufvertrag zwischen V und K über die Notebooks geschlossen worden.

Nach anderer Auffassung gibt der Käufer bei E mit seinen Geboten jeweils Angebote auf Abschluss eines Kaufvertrags an.³ Der Verkäufer erklärt mit dem Einstellen des Gegenstands bei E, dass er das Angebot annehmen werde, welches zum Zeitpunkt des Auktionszeitraums das höchste Gebot darstellt (sogenannte antizipierte Annahmeerklärung).⁴ Demnach hätte K durch sein Höchstgebot ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags über die Laptops zum Kaufpreis in Höhe des Höchstgebots abgegeben, welches V mit dem Einstellen der Notebooks schon im Voraus angenommen hat. Somit wäre auch nach dieser Ansicht ein Kaufvertrag zwischen V und K über die Notebooks geschlossen worden.

Da beiden Ansichten zu dem Ergebnis kommen, dass ein Kaufvertrag zwischen K und V geschlossen wurde, ist eine Entscheidung für eine der Ansichten entbehrlich.

Aufgrund des Kaufvertragsschlusses ist ein Anspruch des Verkäufers, mithin V, auf Zahlung des Kaufpreises nach § 433 Abs. 2 Var. 1 BGB entstanden.

B. Anspruch untergegangen

Umstände, wegen denen der Anspruch auf Kaufpreiszahlung nachträglich entfallen ist, sind nicht ersichtlich. Insbesondere § 326 Abs. 1 BGB kommt hier nicht in Betracht. Da der Sachverhalt keine entsprechenden Informationen enthält, ist bereits nicht davon auszugehen, dass hinsichtlich der Leistungspflicht des V Unmöglichkeit im Sinne des § 275 BGB eingetreten ist. Zudem hat K die (defekten) Notebooks erhalten, sodass der ursprüngliche Leistungsanspruch in einen Mangelgewährleistungsanspruch übergegangen ist – bei dessen Unmöglichkeit ist § 326 Abs. 1 S. 1 BGB nach § 323 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar.

C. Anspruch durchsetzbar

Fraglich ist, ob der Anspruch des V gegen K auf Kaufpreiszahlung durchsetzbar ist. Möglicherweise ist K aufgrund der Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 Abs. 1 BGB berechtigt die Kaufpreiszahlung zu verweigern. Nach dieser

* Der Verf. ist Habilitand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Markus Artz an der Universität Bielefeld.

¹ BGH NJW 2005, 53 (54); BGH NJW 2011, 2643 ff.

² BGH NJW 2005, 53 (54).

³ OLG Oldenburg NJW 2005, 2556 ff.

⁴ OLG Oldenburg NJW 2005, 2556 ff.

Vorschrift kann, wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, sofern er nicht vorleistungspflichtig ist.

I. Gegenseitiger Vertrag

Bei dem hier zugrundeliegenden Kaufvertrag müsste es sich zunächst um einen gegenseitigen Vertrag handeln. Ein gegenseitiger Vertrag ist ein Vertrag, bei dem beide Parteien ihre jeweilige Leistungspflicht nur des ihnen jeweils zustehenden Leistungsanspruchs wegen eingegangen sind.⁵ Bei einem Kaufvertrag verpflichtet sich der Käufer nur zur Kaufpreiszahlung, weil er die Kaufsache bekommen möchte. Der Verkäufer hingegen ist nur zur Übergabe und Übereignung der Sache bereit, weil er den Kaufpreis bekommen möchte. Damit handelt es sich beim hier zugrundeliegenden Kaufvertrag um einen gegenseitigen Vertrag.⁶

II. Keine Vorleistungspflicht

K dürfte auch nicht vorleistungspflichtig sein. K und V haben die Zahlung nach Lieferung vereinbart. Somit ist nicht K, sondern V vorleistungspflichtig.

III. Gegenleistung noch nicht bewirkt

Die Gegenleistung – hier also die Leistung des V – müsste zudem auch noch nicht bewirkt worden sein. K hat die beiden Notebooks zwar bekommen, diese sind indes erheblich am Display beschädigt. Fraglich ist somit, ob V seine Leistung noch hierdurch bereits bewirkt hat.

Auch Sekundäransprüche wie etwa Mangelgewährleistungsansprüche können im Gegenleistungsverhältnis stehen,⁷ sodass ihre Existenz ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB begründen kann. Gem. § 433 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Hier könnte V gegen seine Pflicht zur sachmangelfreien Übergabe und Übereignung verstoßen haben. Nach § 434 Abs. 1 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Ist-Beschaffenheit der Sache mit der Soll-Beschaffenheit übereinstimmt.⁸

1. Abweichen der Ist- von der Soll-Beschaffenheit

Wegen den erheblichen Schäden am Display der Notebooks weichen diese von der Beschaffenheit ab, die bei Sachen gleicher Art üblich ist (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB), was eine negative Abweichung zwischen Ist- und Soll-Beschaffenheit darstellt.

2. Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Diese negative Abweichung zwischen Ist- und Soll-Beschaffenheit müsste allerdings auch bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben.

Gemäß § 446 S. 1 BGB geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung grds. mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über. Als K die Notebooks von Spediteur S übergeben bekommen hat, waren diese am Display beschädigt. Demnach könnte die Abweichung zwischen Ist- und Soll-Beschaffenheit bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben. Unter Umständen ist der Gefahrübergang allerdings auch schon zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten. Nach § 447 Abs. 1 BGB geht die Gefahr im Falle des Versandkaufs nämlich grds. schon auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder sonstigen Versandperson übergeben hat. Die Notebooks sind erst im Rahmen des Transports durch den Spediteur S beschädigt worden. Sollte § 447 Abs. 1 BGB anwendbar sein, wäre die Gefahr zu diesem Zeitpunkt also bereits auf K übergegangen, sodass die Notebooks zum als Zeitpunkt des Gefahrübergangs sachmangelfrei einzustufen wären und V seine Pflicht zur sachmangelfreien Leistung nicht verletzt hat und dementsprechend keine Sekundäransprüche bestünden.

Fraglich ist somit, ob § 447 Abs. 1 BGB vorliegend anwendbar ist, oder der Gefahrübergang nach § 446 BGB erst nach Übergabe der Sache an K stattgefunden hat.

a) Versandkauf

Für die Anwendbarkeit des § 447 BGB müsste zunächst ein Versandkauf im Sinne der Vorschrift vorliegen. Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet. Erfasst sind also solche Kaufverträge über eine bewegliche Sache, bei denen der Verkäufer die Nebenpflicht übernommen hat, die Kaufsache vom Erfüllungsort aus an einen davon verschiedenen Erfolgsort zu versenden.⁹ Versandkauf im Sinne des § 447 BGB meint also insbesondere die Fälle der Schickschuld, an denen der Leistungsort und der Erfolgsort auseinanderfallen.¹⁰ Abzugrenzen ist die Schickschuld von der Holschuld und der Bringschuld. Die Holschuld liegt vor, wenn der Gläubiger verpflichtet ist, die Sache beim Schuldner abzuholen – wenn also Leistungsort und Erfolgsort beim Schuldner liegen.¹¹ Die Bringschuld ist gegeben, wenn der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung beim Gläubiger zu erbringen – also Leistungs- und Erfolgsort am Sitz des Gläubigers liegen.¹² Nach § 269 Abs. 1 BGB liegt, sofern sich weder aus der Parteivereinbarung noch aus den Umständen etwas anderes ergibt, eine Holschuld vor.¹³

⁵ Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 15. Aufl. 2017, Rn. 122.

⁶ Vgl. Musielak/Hau (Fn. 5), Rn. 782.

⁷ Rüfner, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 50. Ed., Stand: 1.7.2019, § 320 Rn. 40.

⁸ Musielak/Hau (Fn. 5), Rn. 793.

⁹ Berger, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 447 Rn. 6.

¹⁰ Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 50. Ed., Stand: 1.11.2018, § 447 Rn. 5.

¹¹ Musielak/Hau (Fn. 5), Rn. 215.

¹² Musielak/Hau (Fn. 5), Rn. 218.

¹³ Musielak/Hau (Fn. 5), Rn. 217.

K und V haben indes nicht vereinbart, dass K die Kaufsache bei V abholen soll, sondern, dass er die Notebooks in seiner Rechtsanwaltskanzlei in Empfang nehmen soll. Eine Holschuld entspricht im vorliegenden Fall somit nicht der Vereinbarung. Fraglich ist allerdings, ob auch der Leistungsort an der Kanzlei liegen sollte – und somit eine Bringschuld vereinbart war – oder ob der Leistungsort weiterhin am Sitz des V belegen war – und somit eine Schickschuld, mithin ein Versandungskauf, vereinbart war. Da § 269 Abs. 1 BGB den Leistungsort im Zweifel am Sitz des Schuldners verortet, liegt, wenn nicht eindeutig eine Bringschuld vereinbart wurde, eine Schickschuld vor, sofern der Erfolgsort an einem anderen Ort als dem Sitz des Schuldners liegt.¹⁴ Mangels Anhaltspunkte, dass V sich nicht nur verpflichten wollte den Transport der Kaufsache zu K zu organisieren, sondern auch für den Transport selbst verantwortlich sein wollte, ist hier also eine Schickschuld anzunehmen, sodass ein Versandungskauf im Sinne des § 447 BGB gegeben ist.

b) Modifikation durch §§ 474, 475 Abs. 2 BGB

Der Anwendbarkeit von § 447 Abs. 1 BGB könnten hier allerdings die Vorschriften des §§ 474, 475 Abs. 2 BGB entgegenstehen. Demnach ist § 447 Abs. 1 BGB in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung nur dann auf den Käufer übergeht, wenn der Käufer den Spediteur, den Frachtführer oder die sonstige Transportperson mit dem Transport beauftragt hat und der Unternehmer ihm diese Person nicht zuvor benannt hat.

aa) Verbrauchsgüterkauf

Fraglich ist zunächst, ob § 475 BGB vorliegend überhaupt einschlägig ist. Nach § 474 Abs. 2 BGB gilt die Vorschrift nur für Verbrauchsgüterkäufe. Verbrauchsgüterkäufe sind nach § 474 Abs. 1 BGB Verträge durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft.

(1) Kaufvertrag über bewegliche Sache

K und V haben einen Kaufvertrag über zwei Notebooks, mithin bewegliche Sachen, geschlossen.

(2) Unternehmereigenschaft des Verkäufers

V müsste zudem Unternehmer sein. Nach § 14 BGB ist eine natürliche oder juristische Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständig beruflichen Tätigkeit handelt, Unternehmer. Unternehmerische Tätigkeit setzt somit ein selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus.¹⁵ V hat als E-Powerseller gehandelt. Den Status des Powersellers verleiht E solchen Verkäufern die innerhalb eines gewissen Zeitraums eine bestimmte Menge an Verkäufen über E abgewickelt haben. Nach wohl überwiegender Meinung begründet der Status des Powersellers unter diesen Umständen einen Anscheinsweis

dahingehend, dass der Inhaber als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB tätig ist.¹⁶ Nach anderer Auffassung soll der Powerseller-Status sogar eine Beweislastumkehr zur Folge haben, sodass der Powerseller beweisen muss, dass er nicht unternehmerisch tätig gewesen ist.¹⁷ Teilweise wird auch davon ausgegangen, dass Powerseller jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens als Unternehmer einzustufen sind.¹⁸ Jedenfalls spricht der Status des Powersellers für ein auf gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt.¹⁹ V handelte demnach als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB.

(3) Verbrauchereigenschaft des Käufers

Ferner müsste K als Verbraucher gehandelt haben. Verbraucher ist nach § 13 BGB eine natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Bei K handelt es sich um eine natürliche Person. Zum Zeitpunkt des Kaufs der Notebooks beabsichtigte K die beiden Geräte allerdings für unterschiedliche Zwecke zu benutzen. Während er eines der Notebooks für seine Rechtsanwaltskanzlei – mithin für selbständig unternehmerische Zwecke – nutzen wollte, war das andere Notebook als Geschenk für seinen Neffen – mithin für private Zwecke – vorgesehen.

Zu klären ist an dieser Stelle, ob der Kauf der Notebooks hinsichtlich der Frage, ob K als Verbraucher gehandelt hat, für jedes Notebook getrennt oder für beide gemeinsam zu beurteilen ist.

(a) Getrennte Beurteilung

Man könnte für die Beurteilung der Verbrauchereigenschaft zwischen den beiden Notebooks differenzieren. Demnach wäre K in Bezug auf das für seinen Neffen gekaufte Notebook Verbraucher und in Bezug auf das für die Anwaltskanzlei gekaufte Notebook nicht. Für eine derart differenzierende Betrachtung könnte die Formulierung des § 474 Abs. 1 BGB sprechen. Denn § 474 Abs. 1 BGB spricht vom Kauf *einer* beweglichen Sache. Dass die Regelung jedoch per se nicht in Fällen zur Anwendung kommen soll, in denen der Käufer auch mehrere Sachen kauft, soll damit ersichtlich nicht gemeint sein. Die Bezugnahme auf eine Kaufsache könnte somit nahelegen, dass bei Kaufverträgen über mehrere nicht zusammengehörende Sachen für jede Sache getrennt ermittelt werden soll, ob diese für private Zwecke gedacht ist, oder nicht. Dass der deutsche Gesetzgeber bei der Formulierung indes überhaupt Verträge, in denen der Verbraucher mehrere Sachen kauft, im Blick hatte und für diese eine wie auch immer geartete besondere Regelung treffen wollte, darf bezweifelt werden.

¹⁶ LG Mainz NJW 2006, 783 ff.; *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 81.

¹⁷ OLG Koblenz NJW 2006, 1438 ff.

¹⁸ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586 (2588).

¹⁹ *Bülow/Artz* (Fn. 16), Rn. 81.

¹⁴ *Faust* (Fn. 10), § 447 Rn. 5.

¹⁵ BGH NJW 2006, 2250 ff.

Für eine getrennte Beurteilung könnte man indes ins Feld führen, dass dies dem Verbraucherschutz jedenfalls dann dienlich wäre, wenn das Verbraucherprivatrecht andernfalls überhaupt nicht zur Anwendung käme. So etwa, wenn nur ein kleiner, aber abtrennbarer Teil des Vertrags privaten Zwecken dient. Hier könnte zumindest dieser private Teil den Verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben unterstellt werden. Insofern gilt es aber zu bedenken, dass die getrennte Beurteilung für den Verbraucher auch nachteilig sein kann. So könnten bei einer getrennten Betrachtung von teilbaren Verträgen unter Umständen Vertragsteile dem Verbraucherschutzrecht entzogen werden, die andernfalls ebenfalls dem Verbraucherprivatrecht unterfallen würden. Man denke etwa an ein Darlehen über 10.000 €, welches der Darlehensnehmer i.H.v. 5.500 € für private und i.H.v. 4.500 € für unternehmerische Zwecke nutzen möchte. Eine getrennte Beurteilung der beiden Teile würde den Verbraucherschutz auf den Darlehensteil in Höhe von 5.500 € begrenzen, während eine einheitliche Beurteilung den Darlehensnehmer insgesamt schützt.

Gegen eine derartige getrennte Beurteilung spricht auch § 13 BGB, der für die Bestimmung der Verbrauchereigenschaft auf den Vertrag als Ganzen abstellen will und eine Differenzierung entsprechend einer Teilbarkeit des Vertrags gerade obsolet machen soll.²⁰ Eine getrennte Beurteilung der Verbrauchereigenschaft mit Blick auf den jeweiligen Laptop ist dementsprechend abzulehnen.

(b) Einheitliche Beurteilung

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Notebooks beide gleichwertig sind und somit jeweils die Hälfte des Rechtsgeschäfts ausmachen. Dementsprechend wäre der Kaufvertrag – ginge man von einer einheitlichen Beurteilung aus – nicht überwiegend zu privaten Zwecken geschlossen. Dem Wortlaut des § 13 BGB entsprechend müsste man insofern zu dem Ergebnis kommen, dass K bei Abschluss des Kaufvertrags nicht als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gehandelt hat.

Ob die Regelung für die sogenannten Mischverträge indes tatsächlich so zu verstehen ist, dass bei Gleichwertigkeit der privaten und unternehmerischen Zwecke keine Verbrauchereigenschaft vorliegt, kann jedoch bezweifelt werden. Die Regelung dient der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie^{21, 22} Nach deren Erwägungsgrund 17 sollte eine Person auch dann als Verbraucher einzustufen sein, wenn der Vertrag „teilweise für gewerbliche und teilweise für nichtgewerbliche Zwecke abgeschlossen [wird] (Verträge mit doppeltem Zweck) und ist der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend“ ist. Die Verbraucherrechte-Richtlinie sieht also anders als § 13 BGB bei 50/50-Konstellationen vor, dass der Vertrag als privater Vertrag eingestuft wird.²³ Im Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-Richtlinie ist § 13 BGB dementsprechend richtlinienkonform

dahingehend fortzubilden, dass auch bei 50/50-Konstellationen von einer privaten Tätigkeit des Betroffenen auszugehen ist.²⁴

Der vorliegende Fall liegt indes nicht im Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-Richtlinie, da diese nur die Fälle der allgemeinen Belehrungspflichten, der besonderen Vertriebsformen sowie der generellen Nichtleistung umfasst. Stattdessen gehen die hier maßgeblichen Regelungen der §§ 474 ff. BGB auf die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie²⁵ zurück. Diese sieht für die sogenannten Dual-Use-Konstellationen keine explizite Regelung vor. Daraus könnte man einerseits im Umkehrschluss schließen, dass nach dieser Richtlinie bereits ein geringer unternehmerischer Anteil bei dem Geschäft die Verbrauchereigenschaft des Betroffenen verhindert. Andererseits ließe sich argumentieren, dass die Klarstellung der zeitlich späteren Verbraucherrechte-Richtlinie inhaltlich auch im Rahmen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie gewollt war. Gegen die letztere Auffassung spricht indes die zu einem noch späteren Zeitpunkt verfasste Warenkauf-Richtlinie²⁶, welche die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ersetzen soll. Dort ist in Erwägungsgrund 22 vorgesehen, dass „es den Mitgliedstaaten bei Verträgen mit doppeltem Zweck, wenn der Vertrag teilweise für gewerbliche und teilweise für nicht gewerbliche Zwecke geschlossen wird und der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend ist nach wie vor freistehen [sollte], festzulegen, ob unter welchen Bedingungen diese Person auch als Verbraucher betrachtet werden sollte. Demnach geht aus dem Erwägungsgrund 22 der Warenkauf-Richtlinie hervor, dass der europäische Gesetzgeber annimmt, auch unter der Geltung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie bestünde ein nationaler Regelungsspielraum im Hinblick auf Dual-Use-Fälle. Ein solcher kommt mangels expliziter Öffnungsklausel in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie allerdings nur in Betracht, soweit die Mindestharmonisierungsregelung²⁷ greift – wenn also die Festlegung des Verbraucherschutzes in Dual-Use-Fällen zugunsten des Verbrauchers von den Vorgaben der Richtlinie abweicht, die Richtlinie also nicht bereits von sich aus die Anwendung des Verbraucherschutzregimes auf Dual-Use-Fälle vorsieht. Denn wenn die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie die Dual-Use-Fälle ihrem Anwendungsbereich unterstellen würde, könnte ein nationaler Gesetzgeber hier keine eigenständige Regelung über die Behandlung von Dual-Use-Fällen treffen, ohne gegen die Richtlinie zu verstoßen – anders als die Warenkauf-Richtlinie unterstellt, gäbe es insoweit nach der bisher geltenden Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie keine Regelungsfreiheit der nationalen Gesetzgeber. Ginge man hingegen davon aus, dass Dual-Use-Geschäfte nach der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nicht erfasst sind, stünde einer rein nationalen Erweiterung des Verbraucherbegriffs nicht nichts im Wege. Denn für die Dual-Use-Geschäfte würde

²⁰ *Bülow/Artz* (Fn. 16), Rn. 69.

²¹ RL 2011/83/EU.

²² *Tamm*, in: *Tamm/Tonner*, *Verbraucherrecht*, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 44.

²³ *Meier*, *JuS* 2014, 777 ff.

²⁴ *Meier*, *JuS* 2014, 777 ff.

²⁵ RL 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

²⁶ RL 2019/771/EU über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs.

²⁷ Art. 8 Abs. 2 RL 1999/44/EG.

diese Interpretation lediglich bedeuten, dass die Richtlinie hier keine Regelungen treffen will – der nationale Gesetzgeber wäre insoweit frei, diese Geschäfte nach den Vorgaben der Richtlinie oder anders zu regeln.

Im Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie ist eine europarechtskonforme Rechtsfortbildung dahingehend, dass die Verbrauchereigenschaft auch bei 50/50-Konstellationen zu bejahen ist, somit nicht geboten. Eine solche Rechtsfortbildung könnte allerdings aus nationaler Sicht erforderlich sein. Der deutsche Gesetzgeber hatte die Absicht eine für alle Konstellationen einheitliche Bestimmung der Verbrauchereigenschaft in § 13 BGB zu schaffen. Dabei ist er davon ausgegangen, dass seine Regelung zur Dual-Use-Problematik auch den Vorgaben der Verbraucherrechte-Richtlinie entspricht. Insofern ist der deutsche Gesetzgeber allerdings einem Irrtum unterlegen, da § 13 BGB in den 50/50-Fällen nicht den Richtlinienvorgaben entspricht.²⁸ Würde man die insoweit gebotene Rechtsfortbildung allerdings lediglich auf den Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-Richtlinie beschränken, hätte dies eine sogenannte gespaltenen Interpretation des § 13 BGB zur Folge – ein Ergebnis, dass dem Vereinheitlichungswillen des Gesetzgebers widersprechen dürfte. Insofern spricht einiges dafür, dass in 50/50-Konstellationen immer eine Rechtsfortbildung dahingehend vorzunehmen ist, dass der Betroffene als Verbraucher zu qualifizieren ist.²⁹ Somit dürfte K im Falle einer einheitlichen Beurteilung für den Vertrag grds. insgesamt als Verbraucher einzustufen sein.

(c) K als Scheinunternehmer?

K handelte nicht überwiegend für unternehmerische Zwecke, sodass er subjektiv als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gehandelt hat. Fraglich ist allerdings, ob hier eine andere Beurteilung deshalb erforderlich ist, weil K sich beide Notebooks zu seiner Kanzleiadresse hat schicken lassen – für den V also nicht erkennbar war, dass K (auch) als Verbraucher gehandelt hat. K könnte insofern als sog. „Scheinunternehmer“³⁰ gehandelt haben, sodass ihm ggf. eine Berufung auf seine Verbrauchereigenschaft versperrt wäre.

Wie das Problem des Scheinunternehmers in Fällen, in denen ein Verbraucher aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers wie ein Unternehmer auftritt, zu behandeln ist, ist umstritten. Einerseits ließe sich argumentieren, dass ein Verbraucher, der treuwidrig den Anschein erweckt, er sei Unternehmer, sich nach § 242 BGB nicht auf seine Verbrauchereigenschaft berufen könne.³¹ Andererseits könnte man anführen, dass ein Verbraucher sich nicht einmal freiwillig seines Schutzes entledigen kann und dementsprechend auch ein treuwidriges Verhalten, wie es dem Scheinunternehmer vorgeworfen wird, nicht dazu führen könne, dass dieser den Schutz des Verbraucherprivatrechts verliert.³² Nach einer teilweise vertretenen Ansicht ist danach zu differenzieren, ob der

Betroffene mitunter auch als Unternehmer auftritt oder stets nur als Verbraucher handelt: Während Letzterer nie auf seinen Schutz verzichten könne und ihn auch nicht im Falle eines treuwidrigen Verhaltens verliert, müsse Ersterer, sofern er treuwidrig den Anschein erweckt, er handele als Unternehmer, sich so behandeln lassen, als wäre er nicht als Verbraucher tätig.³³

Vorliegend könnte eine Entscheidung zwischen den verschiedenen Lösungsmöglichkeiten allerdings offen bleiben, wenn K sich bereits nicht treuwidrig als Unternehmer ausgegeben hat. In diesem Fall kommen alle Ansichten zu dem gleichen Ergebnis, dass eine Berufung auf die Verbrauchereigenschaft nicht gesperrt ist. K hat sich die Notebooks lediglich an seine Kanzleiadresse liefern lassen. Dieser Umstand bedeutet nicht, dass ein objektiver Dritter zwingend davon hätte ausgehen müssen, dass K die beiden Notebooks auch für die Kanzlei erwirbt.³⁴ Denn da Postzustellungen in der Regel während der regulären Arbeitszeiten erfolgen, ist es keinesfalls fernliegend, dass sich Selbständige und Arbeitnehmer auch für ihren privaten Gebrauch bestellte Gegenstände an ihre Arbeitsstätte liefern lassen.³⁵ K hat sich somit nicht treuwidrig als Unternehmer ausgegeben.

(d) Zwischenergebnis

Eine Berufung des K auf seine Verbrauchereigenschaft ist dementsprechend nicht ausgeschlossen.

bb) Keine Versteigerung gebrauchter Sachen nach § 475 Abs. 2 S. 2 BGB

Nach § 475 Abs. 2 S. 2 BGB gelten die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs nicht für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnimmt.

K hat die gebrauchten Notebooks auf der Online-Versteigerungsplattform E ersteigert. Zwar handelt es sich bei den Notebooks um gebrauchte Sachen, fraglich ist allerdings ob vorliegend das Merkmal der öffentlich zugänglichen Versteigerung erfüllt ist. Mit Blick auf die Vorgängervorschrift des § 474 Abs. 2 S. 2 BGB – nämlich § 474 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. – hat der BGH entschieden, dass die dort vorausgesetzte „öffentliche Versteigerung“ der in § 383 Abs. 3 BGB legaldefinierten öffentlichen Versteigerung entspräche.³⁶ Dementsprechend war die Ausnahme in § 474 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. nur erfüllt, wenn ein bestellter Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugter andere Beamte oder öffentlich angestellter Versteigerer als Auktionator tätig war. Im Rahmen der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie wurde die Ausnahme für Versteigerungen gebrauchter Sachen allerdings neugefasst – an Stelle der „öffentlichen Versteigerung“ wurde die Formulierung dahingehend geändert, dass nunmehr eine „öffentlich zugängliche Versteigerung“ vorliegen muss. Zwar geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Neufassung

²⁸ Meier, JuS 2014, 777.

²⁹ In diesem Sinne wohl auch Meier, JuS 2014, 777.

³⁰ Bülow/Artz (Fn. 16), Rn. 69.

³¹ So etwa BGH NJW 2005, 1045.

³² Schürnbrand, JZ 2005, 133 (136).

³³ Herresthal JZ 2006, 695; zust. Bülow/Artz (Fn. 16), Rn. 56.

³⁴ BGH NJW 2009, 3780.

³⁵ Vgl. BGH NJW 2009, 3780.

³⁶ BGH NJW 2006, 613 ff.

inhaltlich den bisherigen Vorgaben des § 474 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. entspricht.³⁷ Allerdings findet sich nunmehr eine Definition der öffentlich zugänglichen Versteigerung in § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB. Demnach setzt eine öffentlich zugängliche Versteigerung voraus, dass der Vertrag im Rahmen einer Vermarktungsform geschlossen wird, bei der der Unternehmer Verbrauchern, die persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist. Auf die Person des Auktionators kommt es dementsprechend für die Beurteilung der Frage, ob eine öffentlich zugängliche Versteigerung im Sinne des § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB vorliegt oder nicht, gerade nicht an. Ob die Ausnahme nach § 474 Abs. 2 S. 2 BGB nun weiterhin an den Vorgaben zur „öffentlichen Versteigerung“ nach § 383 Abs. 3 BGB³⁸ oder (entsprechend der wohl h.L.³⁹) nach § 312g Abs. 2 Nr. 10 BGB zu beurteilen ist, kann indes offen bleiben.

Im Falle von Verträgen im Rahmen von Online-Versteigerungsplattformen fehlt es bereits am für Versteigerungen maßgeblichen Vertragsschluss durch Zuschlag.⁴⁰ Der Zuschlag ist die Willenserklärung des Auktionators, mit der dieser das Gebot eines Bieters annimmt.⁴¹ Wie oben dargestellt, kommt der Vertrag bei Online-Versteigerungsplattformen allerdings durch Angebot und Annahme der Vertragsparteien zustande.⁴² Zudem besteht hier die Möglichkeit der persönlichen Teilnahme, wie sie § 474 Abs. 2 S. 2 BGB voraussetzt, nicht.⁴³

Die Notebooks wurden somit nicht im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft.

cc) Anwendbarkeit des § 447 Abs. 1 BGB nach § 475 Abs. 2 BGB

Bei dem Kauf der Notebooks handelt es sich somit um einen Verbrauchsgüterkauf, sodass § 475 Abs. 2 BGB zur Anwendung kommt und § 447 Abs. 1 BGB demnach nur gilt, wenn K den S beauftragt hat und V diesen nicht zuvor benannt hat. Fraglich ist, wie die Formulierung „wenn der Käufer den Spediteur [...] beauftragt hat“ zu verstehen ist.

Nimmt man die Formulierung wörtlich, ginge es nur um Fälle, in denen nicht der Unternehmer sich um die Organisation des Transports kümmert, sondern der Verbraucher – in diesem Fall würde bereits kein Versandungskauf vorliegen und § 447 Abs. 1 BGB schon nicht anwendbar sein.⁴⁴ Die

Vorschrift des § 475 Abs. 2 würde in diesem Fall nur einen Sinn ergeben, wenn man sie als Rechtsfolgenverweis verstehen würde.⁴⁵ Demnach wäre die Folge „Übergabe an die Transportperson führt zum Gefahrübergang“ auch bei der Holschuld – also in den Fällen des § 446 BGB nur anwendbar, wenn die in § 475 Abs. 2 BGB genannten Voraussetzungen vorliegen. Insofern würde letztlich § 446 BGB abgeändert, wonach grundsätzlich bei der Holschuld auch die Übergabe an eine im Auftrag des Käufers handelnde Transportperson übergehen würde.⁴⁶ Im Rahmen eines Versandungskaufs würde § 475 BGB nach diesem Verständnis immer dazu führen, dass der Gefahrübergang erst mit der Übergabe an den Verbraucher erfolgt.⁴⁷

Eine andere Interpretationsmöglichkeit wäre, die Formulierung „beauftragt hat“ so zu verstehen, dass es um Fälle geht, in denen der Verbraucher die Auswahl der Transportperson getroffen hat und der Unternehmer den Transport daraufhin von dieser Person vornehmen lässt. Dafür könnte einerseits die Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift des § 475 Abs. 2 BGB, nämlich § 474 Abs. 4 BGB a.F. sprechen, die lautet: „Für die Sonderkonstellation, dass der Verbraucher [...] den oder die möglichen Beförderer ohne Rückgriff auf einen Vorschlag des Unternehmers auswählt, ist § 447 Absatz 1 zukünftig anwendbar.“⁴⁸ Zudem ließe sich der Sinn und Zweck der Regelung anführen. Denn es geht bei der Vorschrift um die Zuweisung der Verantwortlichkeit für die Transportperson. Ist diese „der Sphäre des Käufers“⁴⁹ zuzurechnen, wäre es dem Verkäufer es nicht zumutbar, dass er für die Auswahlentscheidung des Käufers haftet.⁵⁰ Trifft der Käufer die Entscheidung hinsichtlich der Transportperson und wurde diese nicht zuvor vom Verkäufer vorgeschlagen, so ließe sich argumentieren, ist die Transportperson dem Käufer zuzurechnen und von diesem somit auch das Transportrisiko zu tragen. Auftrag wäre insoweit nicht im technischen Sinn zu verstehen, sondern im Sinne von Auswahl. Gegen eine solche Interpretation könnte allerdings sprechen, dass Regelung auf die Verbraucherrechte-Richtlinie (nämlich Erwägungsgrund 55) zurückgeht und dort sowohl in der deutschen als auch in der englischen und französischen Sprachfassung eine Haftung des Verbrauchers – neben Fällen der Selbstabholung durch den Verbraucher – nur für Fälle vorgesehen ist, in denen es dem Verbraucher obliegt den Spediteur zu beauftragen.

Letztlich kann die Entscheidung zugunsten der einen oder der anderen Interpretationsmöglichkeit hier offen bleiben, da ohnehin nicht mehr geklärt werden kann, auf wessen Vorschlag hin S mit dem Transport beauftragt wurde. Als Ausnahme vom Grundsatz, dass der Käufer im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs das Transportrisiko nicht zu tragen hat, obläge es auch unter Rückgriff auf die zweite Interpretations-

³⁷ BT-Drs. 17/12637, S. 69.

³⁸ So wohl *Berger* (Fn. 9), §§ 474, 475 Rn. 6.

³⁹ *Faust* (Fn. 10), § 474 Rn. 34; *S. Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 474 Rn. 16; *Saenger*, in: Schulze u.a., Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2019, § 474 Rn. 4.

⁴⁰ BGH NJW 2005, 53 ff.

⁴¹ BGH NJW 1998, 2350 ff.

⁴² Siehe oben unter A.

⁴³ *S. Lorenz* (Fn. 39), § 474 Rn. 16.

⁴⁴ *Faust* (Fn. 10), § 475 Rn. 16, 20.

⁴⁵ *Faust* (Fn. 10), § 475 Rn. 16, 20.

⁴⁶ *Faust* (Fn. 10), § 475 Rn. 16, 20.

⁴⁷ *Faust* (Fn. 10), § 475 Rn. 16, 20.

⁴⁸ BT-Drs. 17/12637, S. 70.

⁴⁹ BT-Drs. 17/12637, S. 70.

⁵⁰ *Augenhöfer*, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.4.2019, § 475 BGB Rn. 37.

möglichkeit dem V zu beweisen, dass der K die Wahl zu gunsten des S ohne entsprechenden Vorschlag seinerseits getroffen hat. Ihm wird ein solcher Beweis jedoch nicht gelingen.

Somit ist § 447 Abs. 1 BGB hier jedenfalls nicht anwendbar.

dd) Zwischenergebnis

Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Notebooks hat nicht bereits mit der Übergabe von V an S stattgefunden hat. Vielmehr ist der Gefahrübergang erst zum Zeitpunkt der Übergabe der Notebooks von S an K erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt wichen die Notebooks von der üblichen Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ab. V ist demnach seiner Pflicht zur sachmangelfreien Leistung nach § 433 Abs. 1 BGB nicht nachgekommen. V hat insofern die geschuldete Leistung nicht erbracht. Die Gegenleistung des V ist damit nicht (vollständig) bewirkt. Die Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 BGB sind also erfüllt.

3. Unanwendbarkeit des § 320 BGB mangels Fälligkeit der Mängelgewährleistungsansprüche?

Das Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB setzt grds. die Fälligkeit des Gegenanspruchs voraus. Ursprünglich bestand der Gegenanspruch in der Übergabe und Übereignung der Notebooks. Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ist ab dem Zeitpunkt der Annahme der Notebooks durch K allerdings in den die Sekundäransprüche übergegangen. Ob K dem V einen fälligen Sekundäranspruch entgegenhalten kann, scheint jedoch zweifelhaft. Da die in § 437 Nrn. 2 und 3 BGB genannten Rechtsbehelfe grds. den erfolglosen Ablauf einer angemessen gesetzten Frist erfordern und bisher weder eine Frist gesetzt wurde, noch Umstände ersichtlich sind, aus denen sich eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung ergeben könnte, scheiden Ansprüche aus diesen Rechtsbehelfen hier mangels Fälligkeit aus.

Aber auch die Fälligkeit eines Nacherfüllungsanspruchs des K gegen V scheint fraglich. Für die Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs bedarf es nach der h.M. ein Nacherfüllungsbegehren – also eine gegenüber dem Verkäufer empfangsbedürftige Willenserklärung des Käufers, in welcher der Käufer auf den konkreten Mangel hinweist und zu erkennen gibt, dass er diesen beseitigt wissen will.⁵¹ Mitunter wird auch vertreten, dass die Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs darüber hinaus die Ausübung des Wahlrechts nach § 439 Abs. 1 BGB durch den Käufer voraussetzt.⁵² Gegen diese Auffassung spricht allerdings, dass ein unspezifisches Abhilfeverlangen lediglich zur Folge hat, dass der Verkäufer die Nacherfüllung selbst wählen kann.⁵³ Hier könnte der Nacherfüllungsanspruch des K zudem ohnehin auf die Nachbesserung beschränkt sein, da es sich um den Kauf eines gebrauchten Gegenstands handelt und somit dem Parteiinteresse nach die Nachlieferung ausgeschlossen sein könnte.⁵⁴ In diesem Fall dürfte es auf eine Ausübung des Wahlrechts wohl nicht ankommen. Ob der Nacherfüllungsanspruch des K hier tatsächlich auf die Nachbesserung beschränkt ist, kann indes ebenso offen bleiben, wie eine generelle Entscheidung zwischen den beiden Ansichten in Bezug auf die Voraussetzungen der Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs. Denn nach beiden Ansichten setzt die Fälligkeit eines Nacherfüllungsanspruchs des K jedenfalls ein an den V gerichtetes Nacherfüllungsbegehren voraus, an dem es hier fehlt. Ein Nacherfüllungsanspruch des K gegen V wäre somit nach beiden Ansichten noch nicht fällig.

Nach teilweise vertretener Ansicht kommt ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB in diesem Stadium – also bevor der Käufer ein (ordnungsgemäßes) Nacherfüllungsbegehren an den Verkäufer gerichtet hat – nicht in Betracht.⁵⁵ Nach der wohl herrschenden Meinung soll der Käufer, solange der Verkäufer nicht seiner Nacherfüllungspflicht nachgekommen ist, nach § 320 BGB vorgehen können.⁵⁶ Für ein Zurückbehaltungsrecht spricht, dass dem Käufer grds. eine angemessene Überlegungsfrist gewährt werden sollte, binnen derer er die Bezahlung des Kaufpreises verweigern können muss, ohne sich für einen Rechtsbehelf entscheiden zu müssen.⁵⁷ Aus diesem Grund gehen auch diejenigen, die eine Anwendbarkeit des § 320 BGB in derartigen Fällen ablehnen, davon aus, dass hier stattdessen eine besondere Mängleinrede besteht, etwa analog derjenigen aus § 438 Abs. 4 BGB.⁵⁸ Eine solche Analogie erscheint jedoch überflüssig, da eine entsprechende Auslegung von § 320 BGB bereits zum gewünschten Ergebnis führt. Der Wortlaut des § 320 BGB deckt jedenfalls auch die hier in Rede stehende Konstellation unproblematisch ab. Es ist somit der wohl h.M. zu folgen und davon auszugehen, dass § 320 BGB auch dann anwendbar ist, wenn der (mögliche) Nacherfüllungsanspruch mangels Nacherfüllungsverlangen bzw. Auswahlentscheidung noch nicht fällig ist.

IV. Kein Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts nach § 320 Abs. 2 BGB

Ein Zurückbehaltungsrecht des K könnte allerdings nach § 320 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein. Demnach kann die Gegenleistung, sofern die andere Seite teilweise geleistet ist, nicht verweigert werden, wenn die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Aus der Vorschrift ergibt sich, dass grds. auch im Falle der Teil- bzw. Schlechtleistung das Zurückbe-

⁵¹ Höpfner, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 1.4.2019, § 439 BGB Rn. 13.

⁵² Rüfner (Fn. 7), § 320 Rn. 41.

⁵³ Höpfner (Fn. 51), § 439 BGB Rn. 13; vgl. auch Matusche-Beckmann, in: Staudinger Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2013, § 349 Rn. 1.

⁵⁴ Ausführlich zum Meinungsstand Höpfner (Fn. 51), § 439 BGB Rn. 92–99.

⁵⁵ Vgl. Rüfner (Fn. 7), § 320 Rn. 41, 43.

⁵⁶ Emmerich, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 320 Rn. 4; Faust (Fn. 10), § 437 Rn. 172.

⁵⁷ Rüfner (Fn. 7), § 320 Rn. 42.

⁵⁸ Rüfner (Fn. 7), § 320 Rn. 42.

haltungsrecht in vollem Umfang besteht.⁵⁹ Nur wenn besondere Umstände vorliegen, die die vollumfängliche Zurückbehaltung treuwidrig erscheinen lassen, soll ein bloß anteiliges Zurückbehaltungsrecht bestehen.⁶⁰ Dies soll insbesondere im Falle der verhältnismäßigen Geringfügigkeit der Fall sein.⁶¹ Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass § 320 Abs. 1 BGB dem Zurückbehaltungsberechtigten ein Druckmittel zur Durchsetzung seiner Ansprüche gegen den Zurückbehaltungsgegner an die Hand geben soll.⁶² Da die Notebooks erhebliche Schäden am Display haben, ist dementsprechend auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der gesamte Kaufpreis von K zurückbehalten wird, keine verhältnismäßige Geringfügigkeit des ausgebliebenen Leistungsteils anzunehmen. Auch sonstige Umstände, aus denen sich eine Treuwidrigkeit der Zurückbehaltung ergibt, sind nicht ersichtlich. Das Zurückbehaltungsrecht des K könnte ist somit nicht nach § 320 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

D. Ergebnis

K kann die Kaufpreiszahlung nach § 320 BGB zurückbehalten, bis V seiner Pflicht zur mangelfreien Leistung des Notebooks, welches K seinem Neffen schenken wollte, bewirkt hat. V kann von K (derzeit) die Zahlung des Kaufpreises der beiden Notebooks aus § 433 Abs. 2 Var. 1 BGB nicht verlangen.

⁵⁹ *Emmerich* (Fn. 56), § 320 Rn. 56.

⁶⁰ *Emmerich* (Fn. 56), § 320 Rn. 55.

⁶¹ *Emmerich* (Fn. 56), § 320 Rn. 56.

⁶² Vgl. *Rüfner* (Fn. 7) § 320 Rn. 60.