
**Stellungnahme
zu den Entwürfen
eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digi-
talen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags
sowie
eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte
vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte
und digitaler Dienstleistungen**

*Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel
Direktor der Forschungsstelle für Verbraucherrecht (FfV)
Universität Bayreuth¹*

Inhaltsverzeichnis

I.	Zum Verfahren	2
II.	Strukturentscheidungen der Gesetzentwürfe	3
	1. Keine Umsetzung der Kaufrechtsrichtlinie im allgemeinen Schuldrecht	3
	2. Weitgehende Beschränkung auf Verbraucherverträge	4
	3. Spaltung des Mangelbegriffs beim Kauf	5
	4. Beibehaltung der Nachfristlösung beim Kauf	6
	5. Keine besonderen Rechtsbehelfsregelungen beim Kauf mit digitalen Elementen	7
	a) Unklarheit des Erfüllungsanspruchs bei vorbeugenden Aktualisierungen	7
	b) Dauerschuldcharakter und Ungeeignetheit der §§ 346 ff. BGB	8
	6. Digitale Produkte im allgemeinen Schuldrecht	9
III.	Unzureichender Mittelstandsschutz, insbesondere in den Regreßketten	10
	1. Dispositives Recht als Mittelstandsschutz	10
	2. Unzureichende Regreßregeln	10
	3. Fehlende Abbildung der Internationalität digitaler Märkte	11

¹ Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Verbraucherrecht an der Universität Bayreuth.

IV. Einzelpunkte	12
1. Einzelpunkte zur Kaufrechtsumsetzung	12
2. Einzelpunkte zu digitalen Produkten	14
3. Sonstiges	16

I. Zum Verfahren

Kaufrecht ist das tägliche Recht des Bürgers. Das neue Digitalvertragsrecht betrifft mit dem Smartphone das vielleicht neue liebste Kind der großen Mehrheit der Bürger. Für Kaufrecht wie Digitalvertragsrecht bedeuten die vorliegenden Gesetzentwürfe epochale Eingriffe. Sie kommen in ihrem Umfang nicht an die Eingriffe durch die Schuldrechtsmodernisierung von 2001/2002 heran, in ihren strukturellen Konsequenzen für das Schuldvertragsrecht vermutlich aber schon. Die entsprechenden Rechtssetzungserfordernisse sind seit 2015 absehbar und seit 2019 durch die beiden EU-Richtlinien 2019/770 und 2019/771 determiniert. Angesichts dieser Ausgangslage sind zwei Stunden und acht bis neun Sachverständige für eine Anhörung im Rechtsausschuß des deutschen Bundestages unzureichend – zum Vergleich, 2001 nahm sich der Ausschuß zwei volle Tage Zeit und hörte erheblich mehr Sachverständige.

Die Kürze der Befassung ist sowohl wegen der erheblichen Eingriffe in das Kaufrecht (etwa wird die Reihe der in § 437 BGB genannten Normen noch unvollständiger als bisher) bedauerlich, als auch wegen der mE bislang deutlich unterschätzten Bedeutung der Neuregelung zu digitalen Produkten. Diese beschränkt sich nämlich nicht allein auf digitale Inhalte, sondern erfaßt auch große Teile der bestehenden Angebote an Social Media-Plattformen sowie die interaktiven Elemente zahlreicher Handelsplattformen und Bewertungsportale sowie sämtliche Cloudleistungen an Verbraucher. Die durch die Richtlinie und ihre geplante Umsetzung vorgenommenen Eingriffe bis hin zu möglichen Kollisionen respective Sondereffekten mit der laufenden Urheberrechtsumsetzung sowie dem NetzDG sind bislang nicht hinreichend ausgelotet. Für Social-Media-Plattformen steht zudem möglicherweise ein Wechsel der verfassungsrechtlichen Grundlagen zahlreicher Löschvorgänge von den Grundrechten des Grundgesetzes hin zu denen der Europäischen Grundrechtecharta bevor. Das verdient mehr Aufmerksamkeit.

II. Strukturentscheidungen der Gesetzentwürfe

Beide Entwürfe sind politisch wie normativ sehr eng miteinander verzahnt. Gleichwohl sind das ihnen zugrundeliegende Schuldrechtsdenken wie auch die verwendete Regelungstechnik verschieden.

Der Kaufrechtsentwurf versucht nach Kräften, die bisherige Struktur des Kaufrechts wie auch dessen Sprache zu erhalten und muß daran scheitern, weil neue Grundparadigmata des Kaufrechts – insbesondere der verabschiedete Substanzbezug beim Mangelbegriff, das zunehmende Abgehen von der Punktualität des Leistungsaustauschs auch für den Kauf und die Besonderheiten des weitgehend vollharmonisierten Rechtsbehelfsarsenals – einschließlich der unionsrechtlichen Anforderungen an die Richtlinienumsetzung nicht hinreichend beachtet werden. Um so wichtiger ist es, daß sich der Kaufrechtsentwurf zurecht gegen Änderungen im allgemeinen Schuldrecht entschieden hat.

Der Entwurf zu den digitalen Produkten betritt hingegen bewußt sprachlich wie systematisch mit Recht schuldrechtliches Neuland. Zu begrüßen sind dabei insbesondere die Umsetzung als „allgemeines besonderes Vertragsrecht“ im allgemeinen Schuldrecht (und ganz überwiegend auch deren Absicherung vor den *lex specialis*-Wirkungen des besonderen Schuldrechts durch entsprechende Ausnahmeklauseln), die Abbildung der changierenden Grundstruktur der betreffenden Verträge zwischen Dauerschuldverhältnis und punktuellm Austausch in der Schaffung eines neuen Vertragsaufhebungsrechts der „Vertragsbeendigung“ und in der Beantwortung einiger besonders drängender Fragen des Datenvertragsrechts durch den neuen § 327q BGB-RegE mit differenzierender und konsequenter Umsetzung der Realität der Kommerzialisierung personenbezogener Daten in das Vertragsrecht.

1. Keine Umsetzung der Kaufrechtsrichtlinie im allgemeinen Schuldrecht

Anders als bei der Umsetzung der bislang maßgebenden VerbrauchsgüterkaufRL 1999/44/EG schlägt der Kaufrechtsentwurf keine Umsetzung im allgemeinen Schuldrecht vor. Das ist einschränkungslos zu begrüßen. Insbesondere ist zu begrüßen, daß keine Änderungen der §§ 280 ff. und §§ 323 ff. BGB geplant sind. Zahlreiche Auslegungskonflikte und -unsicherheiten des geltenden allgemeinen Schuldrechts beruhen gerade darauf, daß dieses viel zu sehr in Kategorien des Kaufrechts denkt und Dienstleistungen, Gebrauchsüberlassungen und generell Dauerschuldverhältnisse dadurch vernachlässigt. Besonders gut läßt sich das an dem (für Kaufverträge passenden) Verweis des § 281 V BGB ins Rücktrittsrecht erkennen, der bei anderen als Sachleistungen und bei Dauerschuldverhältnissen zu unangemessenen Ergebnissen führt. Nicht umsonst vermeidet § 327m III 2 BGB-RegE für digitale Produkte die Vorschrift vollständig und ersetzt sie durch eine eigene Lösung.

Völlig untauglich ist zudem die seinerzeit vorgenommene Modifikation von § 323 II Nr. 3 BGB weit über die Vorgaben des Unionsrechts hinaus.

Der Gesetzgeber sollte auch bei eventuellen Modifikationen des Kaufrechtsentwurfs einen Eingriff in das allgemeine Schuldrecht in jedem Falle vermeiden. Das rechtspolitische Grundziel muß (auch angesichts des zunehmenden Bedeutungsverlusts des klassischen punktuellen Kaufrechts, wie er sich auch in den vorliegenden Entwürfen zeigt) sein, das allgemeine Schuldrecht von kaufrechtlichen Sondernormen frei zu halten, die im Zusammenspiel mit anderen Vertragstypen oder (aus klassischer Perspektive) atypischen Kaufsituationen erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

2. *Weitgehende Beschränkung auf Verbraucherverträge*

Beide Entwürfe beschränken sich weitgehend auf eine Umsetzung der Richtlinien nur für Verbraucherverträge. Das ist zunächst im Blick auf kleinste und kleinere unternehmerische Einheiten bedauerlich, weil insoweit vergleichbare Regelungsbedarfe bestehen. Das gilt insbesondere für die Abbildung der Digitalisierung und Digitalprodukte durch das Vertragsrecht. Warum insoweit – abgesehen von Zwingendstellungen – für B2C-Verträge und B2B-Verträge unterschiedliche Regelungssysteme bei der Behandlung digitaler Elemente (iSv §§ 327a III, 475b I BGB-RegE) und digitaler Produkte (iSv § 327 I BGB-RegE) gelten sollen, wird in den Entwurfsbegründungen allenfalls ansatzweise diskutiert.

Dabei wäre es schon ordnungspolitisch wünschenswert, wenn für Unternehmen außerhalb der Kerndigitalbranchen über Vertragssystematiken und Vertragsinhalte bei der Beschaffung digitaler Produkte mehr Klarheit geschaffen würde. Das in Schrifttum und Rechtsprechung hier häufig genutzte Urheberrecht und sonstige Recht des geistigen Eigentums (vor allem für Software der §§ 69a-69g UrhG) ist völlig an Rechteinhabern orientiert und ähnelt insoweit hinsichtlich seiner vertragsrechtlichen Bestimmungen strukturell eher Regelungsansätzen des Lehensrechts oder Privilegienwesens des *ancien regime* als dem Interessenausgleich durch dispositives Privatrecht. Hier sollte spätestens für die kommende Legislaturperiode unbedingt nachgearbeitet werden. Ein solcher Bedarf besteht nicht zuletzt auch aus der Perspektive des Verbraucherschutzes, soweit es um Regreßansprüche der mit den Verbrauchern kontrahierenden Unternehmen gegen deren Lieferanten (§§ 445a ff. BGB[-RegE]) und Vertriebspartner (§ 327t f. BGB-RegE) geht, um die betroffenen Unternehmen vor entstehenden Regreßfällen zu bewahren und damit die Durchsetzbarkeit von Verbraucherrechten zu erleichtern (dazu noch unten sub III.).

3. Spaltung des Mangelbegriffs beim Kauf

Eine Fehlkonstruktion bildet die Aufspaltung des Mangelbegriffs in §§ 434, 475b BGB-RegE, weil sie ohne Bedacht auf die systematischen Folgewirkungen erfolgt. Diese systematischen Folgewirkungen beschränken sich nicht allein auf die Pflichten des Verkäufers. Sondern durchziehen auch das insoweit unmodifiziert bleibende Rechtsbehelfssystem (s.u. sub 5).

Ein für den Mangelbegriff zentrales Problem ergibt sich zunächst daraus, daß § 475b BGB-RegE seine Ergänzungsfunktion nicht hinreichend erkennen läßt und dadurch – nicht zuletzt zu Lasten der professionellen Käufer – Umkehrschlüsse geradezu nahelegt. Da § 475b BGB-RegE regelungstechnisch in seinem Anwendungsbereich § 434 BGB-RegE vollständig verdrängt, ist der Hinweis auf die ergänzende Wirkung in § 475b I 1 BGB technisch falsch und damit bei einer systematischen Auslegung keine Hilfe.

Zur Behebung des Problems läßt sich nicht auf § 474 II BGB-RegE verweisen, weil diese Vorschrift den Ergänzungscharakter der §§ 474 ff. BGB (-RegE) behauptet, was angesichts der zahlreichen verdrängenden Wirkungen offensichtlich falsch ist. § 474 II BGB-RegE beschreibt das Verhältnis der §§ 433 ff. zu §§ 474 ff. BGB unrichtig, weil auch jenseits der ausdrücklichen Verdrängungsanordnungen² Regeln des allgemeinen Schuldrechts und des allgemeinen Kaufrechts verdrängt werden und verdrängt werden sollen³ – einschließlich der besonderen Regelungen zur Zwingendstellung in § 476 I, II BGB-RegE. Für die Auslegung einzelner Vorschriften der §§ 474 ff. BGB hinsichtlich ihres systematischen Verhältnisses zu §§ 433 ff. BGB ist § 474 II BGB-RegE daher bereits im Ansatz wertlos.

Ganz im Gegenteil sind die Einzelformulierungen von § 475b BGB-RegE dazu angetan, Argumente einer ungewollten systematischen Restriktion des § 434 BGB-RegE zu nähren. Die ausdrückliche Kumulation der zusätzlichen subjektiven Anforderungen wie auch zusätzlichen der objektiven Anforderungen in § 475b III, IV, VI BGB jeweils mit § 434 II, III, IV BGB-RegE legt nämlich die Frage nach dem Umkehrschluß mehr als nahe: Offenbaren die in § 475b III Nr. 2, IV Nr. 2, VI Nr. 2 BGB-RegE genannten zusätzlichen Anforderungen für digitale Elemente ein gesetzgeberisches Verständnis, welches (im Umkehrschluß) eben diese Anforderungen aus § 434 II, III, IV BGB-RegE gerade ausschließt? Eine ergänzende Norm wäre nämlich handwerklich anders zu formulieren, und eine solche (etwa mit dem Wort „insbesondere“ verbundene) Klarstellung sollte § 475b bei fortgeführter Spaltung des Mangelbegriffs auch erhalten.

² Insbes. §§ 475a, 475d I, II BGB-RegE, ferner etwa §§ 475 I, III 2, 475e BGB.

³ Siehe etwa die „mit der Maßgabe“-Bestimmungen in § 475 II, III 1, VI BGB oder die Beweislastumkehr nach § 477 BGB. Zur unklaren Bedeutung von § 475 V BGB-RegE s. unten sub IV 1 (c).

Auch wenn sich das dadurch für § 434 BGB ergebende Auslegungsproblem durch Umkehrschluß aus § 475b BGB-RegE vornehmlich für den unternehmerischen Geschäftsverkehr ergibt, so träfe eine entsprechend restriktive Auslegung des Mangelbegriffs des allgemeinen Kaufrechts auch Verbraucher in Fällen, in denen sich Funktionsdefizite oder andere Defizite aus digitalen Produkten ergeben, welche die Schwelle zum digitalen Element nach §§ 327a III, 475b I BGB-RegE nicht überschreiten. Eine entsprechende Restriktion von § 434 BGB-RegE wäre in diesem Fall sogar richtlinienwidrig. Aus den Regeln über Mischverträge nach § 327a I, II BGB-RegE ergibt sich insoweit nichts anderes, weil die dort berufenen Regeln zur geschuldeten Qualität nach §§ 327d ff. BGB-RegE lediglich die Qualität des Vertragsteils digitale Produkte erfassen, nicht aber die Mangelhaftigkeit der Kaufsache, soweit diese etwa aus fehlendem Zubehör oder aus fehlender Funktionalität folgt.

Auch wenn dies beim aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens erheblichen Aufwand verursacht, sollte die entstandene Spaltung unbedingt vermieden werden. Wenn sich insoweit kein Konsens über eine überschießende Umsetzung erzielen läßt, sollte die Umsetzung auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt bleiben. Die gewählte Mischlösung bildet insoweit die schlechteste aller möglichen Umsetzungen.

4. Beibehaltung der Nachfristlösung beim Kauf

Die Integration der Umsetzung der WarenkaufRL in das geltende Schuldrecht schließt nach dem Regierungsentwurf für Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung und statt der ganzen Leistung die Beibehaltung der Nachfristlösung nach §§ 323, 281 BGB ein. Jedenfalls für den Rücktritt und die Minderung ist dies richtlinienwidrig. Die Richtlinie sieht nämlich in Art. 14 IV lit. a-e eine Liste von Minderungs- und Aufhebungsgründen vor, die kraft Vollharmonisierung für den Gesetzgeber bindend ist. Das Fristsetzungsmodell findet sich darunter nicht. Es läßt sich auch nicht unter einen der geschriebenen Aufhebungsgründe subsumieren, weil es den Verbraucher stärker schützt, als die Richtlinie dies vorsieht und gestattet.

Der Regierungsentwurf trägt dieser Richtlinienvorgabe gleich in doppelter Hinsicht nicht hinreichend Rechnung: Weder ist die Fristsetzung als solche vorgesehen oder richtlinienkonform, noch entspricht die Formulierung der Aufhebungs- und Minderungsgründe in § 475d I BGB-RegE als Fälle der Entbehrlichkeit der Fristsetzung der von der Richtlinie vorgesehenen Funktion dieser Bestimmungen. Das sollte unter den Bedingungen der Vollharmonisierung schon aus Gründen der Umsetzungs Klarheit so nicht stehenbleiben. Der einzig korrekte Umsetzungsfall ist die Formulierung von § 326 V BGB, soweit man sie mit einer verbreiteten Auffassung als eigenen Rücktrittsgrund versteht.

Für den Schadensersatz kommt dem Gesetzgeber selbstverständlich ein erheblicher größerer Spielraum zu, weil die Richtlinie insoweit eine Öffnungsklausel in

Art. 3 VI WarenkaufRL enthält. Allerdings erörtert die Entwurfsbegründung die durchaus wichtige Frage nicht, ob diese Öffnungsklausel auch ein Überspielen der von der Richtlinie vorgegebenen Rücktrittsvoraussetzungen gestattet. Das erscheint mir zwar nicht völlig unvertretbar zu sein, jedoch liegt es angesichts der Singularität der deutschen Quisquilien um den Schadensersatz statt der ganzen Leistung eher fern, daß der Europäische Gerichtshof einer Schadensersatzlösung zustimmt, welche die vollharmonisierten Anforderungen an die Vertragsbeendigung überspielt.

5. *Keine besonderen Rechtsbehelfsregelungen beim Kauf mit digitalen Elementen*

Besonders negativ wirkt sich der Umstand aus, daß der Gesetzentwurf auf die Konsequenzen der Einbeziehung der digitalen Elemente in den kaufrechtlichen Mangelbegriff für das Rechtsbehelfsregime nicht hinreichend eingeht. Das betrifft sowohl die fehlenden Lösungen als auch die unterbliebene Auseinandersetzung mit der Problematik in der Entwurfsbegründung.

a) *Unklarheit des Erfüllungsanspruchs bei vorbeugenden Aktualisierungen*

Trotz der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen Änderungen des Rechtsbehelfsregimes fehlt es an Klarheit darüber, auf welcher Basis Verbraucher ihnen geschuldete Aktualisierungen einfordern können. Insoweit schreibt sich die schon zum Mietrecht mit § 535 I 2 BGB bestehende Unklarheit fort, soweit es um vorbeugende Instandhaltung und nicht erst um Instandsetzung der digitalen Elemente durch Aktualisierungen geht. Für letztere ergibt sich der Nacherfüllungsanspruch tatsächlich zwanglos aus § 439 I BGB, weil mit dem Zeitpunkt der Qualitätsabweichung die Mangelhaftigkeit bereits eingetreten ist und daher die Vorschrift bereits ihrem Wortlaut nach eingreift.

Anders steht es mit vorbeugenden Aktualisierungen, welche nach §§ 475b III Nr. 2, IV Nr. 2, 475c BGB ebenfalls geschuldet sein können. Das ergibt sich bereits aus der Überlegung, daß dem Verbraucher Ausfallzeiten häufig nicht zumutbar sein werden, wenn das entstehende Problem vorab erkennbar war oder erkennbar gewesen wäre. Streng genommen handelt es sich hier um einen Ausfluß der Erhaltungspflicht, welche Gegenstand der ursprünglichen Leistungspflicht ist und damit – zumindest im Ausgangspunkt – nicht dem Rechtsbehelfsarsenal unterfällt, welches in § 437 BGB (künftig nur noch sehr unvollständig) beschrieben ist. Diese dogmatische Einordnung könnte freilich dazu führen, daß der vorbeugende Nacherfüllungsanspruch im Sinne einer Instandhaltung der digitalen Elemente aus dem Anwendungsbereich der §§ 437 ff. BGB und deren Modifikationen durch die §§ 474 ff. BGB(-RegE) herausfiele. Das freilich wäre wiederum richtlinienwidrig. Mit viel gutem Willen ließe sich dieses Problem zwar unter Rückgriff auf den Regelungsort auch der vorbeugenden Instandhaltungspflichten im Mangelbegriff lösen, zwingend

ist dies aber nicht und sollte daher mit einer gesetzgeberischen Klarstellung bedacht werden.

Für den nationalen Gesetzgeber wohl nicht auflösbare Schwierigkeiten wird zudem in den Aktualisierungskonstellationen das unglückliche Wahlrecht des Käufers hinsichtlich der Art der Nacherfüllung bereiten. Letztlich wird man hier – rechtspolitisch und vielleicht auch rechtsdogmatisch – dazu kommen müssen, daß die Wahl der Ersatzlieferung nur in Bezug auf die Sache selbst möglich sein wird und digitale Elemente nur insoweit einschließt, als sie darin enthalten sind. Dieses Problem ist freilich bereits in der Richtlinie angelegt, sodaß es nicht dem Umsetzungsentwurf anzukreiden ist. Im Gegenteil gestattet die insoweit unaufgeregte Umsetzung zwanglos auch die Übernahme entsprechender EuGH-Rechtsprechung durch richtlinienkonforme Auslegung von § 439 I BGB.

b) Dauerschuldcharakter und Ungeeignetheit der §§ 346 ff. BGB

Übergangen hat der Entwurf den Umstand, daß das Rücktritts- und Rücktrittsfolgenrecht für wichtige Teile der Anwendungsfälle des Kaufs mit digitalen Elementen nicht paßt. Über den Sachmangelbegriff wird vielmehr der betreffende Kaufvertrag hier mit Dauerschuldverhältniselementen aufgeladen, die sich von ihrer Grundstruktur nach in §§ 346 ff. BGB nicht abbilden lassen, ohne erhebliche Verwerfungen nach sich zu ziehen.

Das Problem ist in der bisherigen Rechtsprechung zu Softwarekäufen auch deshalb nicht aufgetreten, weil §§ 346 ff. BGB hier über § 453 I BGB bislang nur „entsprechende Anwendung“ findet. Mit dieser Form der entsprechenden Anwendung steht dem Richter ein Modifikationsinstrument zur Verfügung, welches bei der unmittelbaren Anwendung auf den Sachkauf nicht greift, weswegen Modifikationen der §§ 346 BGB allenfalls mit teleologischen Klimmzügen erfolgen können. Dies ist angesichts des ohnehin diffizilen Systems der Rücktrittsfolgen eine Zumutung für Normstruktur und Rechtsanwender.

Schon in der reinen Kaufrechtssituation ist die Anwendung des Rücktrittsfolgenrechts nicht sachgerecht. Digitale Elemente, die nicht in der Sache enthalten sind, sondern gesondert bereitgestellt werden und dann der Installation bedürfen, sind von vornherein nicht nach § 346 I Fall 1 BGB rückabwicklungsfähig und führen damit zum Wertersatzanspruch nach § 346 II 1 Nr. 1 BGB in (voller) Höhe des entsprechenden Anteils am Kaufpreis (schlimmstenfalls neben einem Nutzungersatzanspruch nach § 346 I Fall 2 BGB). Das ist glatt richtlinienwidrig. Das außerhalb des Kaufs mit digitalen Elementen zur Verfügung stehende Instrumentarium über die „entsprechende Anwendung“ von § 346 BGB (über § 453 I BGB) scheidet in diesem Fall wiederum aus. An dieser Stelle muß jedenfalls nachgebessert werden.

Erst recht gilt das, soweit die Abreden über die digitalen Elemente – gegebenenfalls auch über §§ 475b III Nr. 2, 475c BGB-RegE – Dauerschuldcharakter aufweisen. Gerade bei Embedded Software wird dies ebenso regelmäßig der Fall sein,

wie bei für den Betrieb der Ware erforderlichen digitalen Dienstleistungen. In diesen Fällen widerstreitet die Idee der §§ 346 ff. BGB einer möglichst vollständigen wertmäßigen Rückabwicklung des Vertrages den Vorgaben und dem Regelungsziel der Richtlinie. Auch insoweit ist daher unbedingt Abhilfe zu schaffen.

Denkbar wäre in beiden Fällen der Verweis auf das Rückabwicklungs- respective Abwicklungsregime des Beendigungsfolgenrechts in den §§ 327m ff. BGB-RegE, wobei die weiteren Beratungen des Entwurfs zumindest die Möglichkeit einer Analogie zu diesen Vorschriften nicht versperren sollten.

6. Digitale Produkte im allgemeinen Schuldrecht

Sehr positiv ist hingegen die Umsetzung der zweiten Richtlinie im Bereich des allgemeinen Schuldrechts hinsichtlich ihrer Grundkonzeption zu bewerten. Der Regierungsentwurf hat sich nicht nur ausführlich über die verschiedenen Umsetzungsalternativen Gedanken gemacht, die alle wegen der querschnittsartigen Regelungsmaterie mit zum Teil erheblichen Verwerfungen zu kämpfen haben, sondern auch die bestmögliche Lösung ausgewählt:

Zu begrüßen ist insbesondere die Umsetzung im allgemeinen Schuldrecht. Sie hat zwar erheblich mit der Systematik und dem kraft Spezialität grundsätzlich bestehenden Vorrang des besonderen Vertragsrechts zu kämpfen, ist aber der einzige systemkonforme Weg zur Erreichung der gebotenen Vollständigkeit der Richtlinienumsetzung. Auch eine Umsetzung in einem Sondergesetz könnte hier nicht anders verfahren, als klarstellende Vorrangregelungen zugunsten des Umsetzungsrechts und in Abweichung von den entsprechenden Regeln des besonderen Vertragsrechts zu etablieren.

Kritik an der Umsetzung ergibt sich hier im wesentlichen im Detail (etwa bei der fehlenden Berücksichtigung des Leihvertrages) sowie aus dem Umstand, daß die Beschränkung auf eine 1:1-Umsetzung der Richtlinie zu Merkwürdigkeiten im Zusammenspiel mit dem übrigen anwendbaren Vertragsrecht führt. Hier wäre dem Vorschlag mehr Mut zu wünschen gewesen. So läßt sich schlecht erklären, warum die Regeln betreffend die Beendigung eines Vertrags über die Bereitstellung einer digitalen Dienstleistung auf der Folgenseite der Beendigung davon abhängen werden, ob der Unternehmer eine Pflicht im Anwendungsbereich des Mangelbegriffs oder eine sonstige Pflicht verletzt hat. Diese Problematik läßt sich bei Pflichtverletzungen des Unternehmers zwar vielfach durch eine großzügige Auslegung des Mangelbegriffs bewältigen, stellt sich jedoch genauso für Fälle der Vertragsbeendigung wegen Zahlungsverzögerung, Kooperationsdefiziten oder sonstigem Fehlverhalten des Verbrauchers etwa auf einer Social Media-Plattform. Angesichts des bestehenden Zeitdrucks kann man für diese merkwürdigen Mischlagen nur Verständnis haben. Allerdings liegt hier eine ganz erhebliche Aufgabe des Gesetzgebers für die kommenden Legislaturperioden.

III. Unzureichender Mittelstandsschutz, insbesondere in den Regreßketten

1. Dispositives Recht als Mittelstandsschutz

Verträge in der digitalen Welt leiden unter großen Unsicherheiten und Orientierungsdefiziten in der Vertragsgestaltung, aber auch in der Rechtsprechung. Das gilt auch für den unternehmerischen Geschäftsverkehr und hat seine Ursache nicht zuletzt darin, daß Gewißheiten über den Stand des dispositiven Rechts und damit auch über die maßgebenden Standards etwa einer AGB-Kontrolle bislang nicht bestehen.

Teilweise wird – nicht nur bei Softwareverträgen – auch gezielt im Interesse von Rechteinhabern und Anbietern mit den Mitteln des geistigen Eigentums operiert, wobei die so benannten Lizenzverträge häufig weder der deutschen Regelungstradition entsprechen noch für einen sachgerechten Interessenausgleich im unternehmerischen Geschäftsverkehr geeignet sind. Insoweit steht es nicht anders als bei Kauf und Miete von Sachen in der analogen Welt, bei denen der vertragliche Interessenausgleich schuldrechtlich und damit getrennt von der dinglichen Ebene in Pflichten abgebildet wird.

In diesem Sinne wäre es hilfreich gewesen, mittelständischen Unternehmen bei der Beschaffung von Leistungen mit Digitalbezug durch eine Öffnung der einschlägigen Vorschriften sowohl des Kaufrechts für digitale Elemente als auch des Rechts der digitalen Produkte eine Grundkonzeption für die Vertragsgestaltung zur Verfügung zu stellen. Dies hätte selbstverständlich im Ausgangspunkt keine Zwingendstellungen eingeschlossen, wenn man von dem Schutz der Regreßwege einmal abieht.

2. Unzureichende Regreßregeln

Mit §§ 445a-445c, 478 BGB-RegE sowie §§ 327t f. BGB-RegE haben die beiden Regierungsentwürfe erhebliche Mühen auf die Regreßwege der Vertragspartner der Verbraucher verwendet. Soweit diese Rückgriffsbestimmungen tatsächlich vorhanden sind, entwickeln sie das bisherige Regime hilfreich weiter und sind sie zu begrüßen.

Allerdings ist der Regierungsentwurf zum Kaufrecht hier regelrecht in die Kaufrechtsfalle gegangen. Der Regreß insbesondere hinsichtlich digitaler Elemente iSv §§ 475b, 475c BGB-RegE funktioniert nämlich nach §§ 445a ff., 478 BGB nur dann, wenn der Vertrag des Unternehmers (insbesondere also des Händlers) mit dem Lieferanten als Kaufvertrag zu qualifizieren ist. Diese Beschränkung hat sich – auch bei den zurückliegenden Überlegungen der Jahre 2017/2018 – grundsätzlich bewährt und ist für die Aus- und Einbaukosten sachgerecht gewesen. Die Beschränkung von

§ 445a BGB auf neu hergestellte Sachen ist freilich in vielfach Hinsicht nicht sachgerecht und sollte entfallen.

Jedoch tritt nun für den Fall ein erhebliches Defizit auf, daß zwischen dem Unternehmer und seinem Vertragspartner im Regreßverhältnis kein Kaufvertrag besteht, sondern das Leistungsverhältnis anderweitig vertragstypologisch erfaßt wird – etwa als Lizenz-, Miet-, Dienst- oder (Dauer-)Werkvertrag. §§ 445a ff., 478 BGB finden in diesem Falle keine Anwendung und ein Rückgriff auf die §§ 327t f. BGB-RegE ist durch den Verweis auf § 327a BGB-RegE gleichfalls ausgeschlossen. Dieses Problem betrifft auch alle weiteren Glieder der Lieferkette. Insoweit unterscheidet sich die kaufrechtliche Situation des Regierungsentwurfs ganz erheblich von den vorgesehenen Regelungen in § 327u BGB-RegE, welcher die Regreßkette weitestgehend vertragstypenunabhängig sichert. Die Lücke im Kaufrechtsentwurf ist umso erstaunlicher, als § 578b IV BGB-RegE das Verhältnis von §§ 327t f. BGB-RegE zum Mietrecht explizit klärt.

Gerade für den stationären und Online-Handel für Sachen mit digitalen Elementen entstehen hier gefährliche Regreßlücken, die unbedingt noch geschlossen werden sollten. Bei digitalen Elementen ist nämlich der Bezug im Wege des Kaufs alles andere als selbstverständlich.

3. Fehlende Abbildung der Internationalität digitaler Märkte

Eine Schwäche beider Rückgriffsregime bildet die fehlende und offenbar unterschätzte Internationalität digitaler Märkte, welche in Rückgriffsverhältnissen vergleichsweise schnell zum Ausschluß auch der Zwingendstellungen nach §§ 327u IV BGB-RegE und 478 II BGB durch die Anwendung fremden Rechts führen. Die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Anbieterrechts, wie sie sich nicht nur für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union (in Artt. 3, 4 Rom I-Verordnung) findet, sondern auch international sehr verbreitet ist, wird regelmäßig dazu führen, daß dem regressierenden Händler der Schutz dieser Zwingendstellungen bei grenzüberschreitenden Geschäften entzogen wird. Das gilt zumindest teilweise auch bei Anwendung des internationalen UN-Kaufrechts CISG.

Eine zusätzliche Schwierigkeit ergibt sich zudem daraus, daß immaterialgüterrechtliche Positionen von Beteiligten aus der Regreßkette unmittelbar gegen den Verbraucher geltend gemacht werden könnten und so den Unternehmer in eine erhebliche Zwangslage zwischen Verbraucher und Rechteinhaber brächten. Auch diese Möglichkeit der Berufung auf eigene Immaterialgüterrechte von weiteren Teilen der Regreßkette zur Abwehr des Rückgriffs stellt insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext eine Schwäche der vom Regierungsentwurf vorgeschlagenen Regelung dar. Es handelt sich insoweit auch um eine Schwäche, die sich für den klassischen Anwendungsbereich von § 478 BGB in der analogen Welt so bislang nicht ergeben hat, sondern die für das Digitalvertragsrecht neu ist.

Ein mögliches Vorbild für eine Abhilfe könnte insoweit das Regime von Artt. 3, 7 der PortabilitätsVO 2017/1128 sein, das für einen sehr kleinen Teilbereich des Regreßproblems bereits eine Lösung vorhält. Diese Lösung besteht in einer internationalen Zwingendstellung der einschlägigen Regreßnormen im Sinne von Art. 9 Rom I-VO sowie in einem Überspielen der immaterialgüterrechtlichen Positionen durch schuldrechtliche Pflichten in der Regreßkette. Aus Sicht des deutschen Handels (und letztlich auch der auf entsprechende schlagkräftige Durchsetzung der Regresse mit angewiesenen Verbraucher) wäre eine entsprechende kollisionsrechtliche Lösung sehr wünschenswert.

IV. Einzelpunkte

1. Einzelpunkte zur Kaufrechtsumsetzung

(a) Bei der Umsetzung des Mangelbegriffs verzichtet der Kaufrechtsentwurf auf eine Modifikation von § 435 BGB. Eine ausdrückliche Begründung dafür enthält der Entwurf nicht. Das wird den Anforderungen von Art. 9 WarenkaufRL nicht gerecht, weil der Verbraucher weitergehend geschützt wird, als die vollharmonisierende Richtlinie dies gestattet. Für einen Rechtsmangel nach geltendem Recht genügt, daß Dritte Rechte in Bezug auf die Sache geltend machen können. Art. 9 WarenkaufRL verlangt jedoch, daß die Nutzung der Waren durch die Rechte Dritter tatsächlich verhindert oder eingeschränkt wird. § 327g BGB-RegE ist insoweit besser formuliert. In diesem Punkt bedarf der Entwurf der Ergänzung.

(b) Außerdem fehlt in § 435 BGB der von der Richtlinie vorgegebene Verweis auf § 434 BGB zur Konkretisierung der vom Unternehmer geschuldeten Rechtsposition des Verbrauchers. Diese Frage der für die Konkretisierung von § 435 BGB maßgebenden Mechanismen spielte bislang wegen des Vollrechtscharakters des nach § 433 I 1 BGB zu verschaffenden Eigentums vor allem bei Anwendung über § 453 I BGB eine Rolle. Bei die digitalen Elementen iSv § 475b I BGB-RegE kann die Vollrechtsverschaffung schon immaterialgüterrechtlich vielfach nicht gelingen (was theoretisch auch eine Anpassung von § 433 I 1 BGB erforderlich macht). Vor allem aber bedarf § 435 BGB im Hinblick auf die geschuldeten Rechtspositionen insoweit der Konkretisierung.

(c) Die Regelung des Zeitpunkts der Nacherfüllung in § 475 V BGB-RegE dient lediglich der Sicherstellung der Qualität der Nacherfüllung. Sie sollte daher so gestaltet sein, daß dem Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers (wie unter §§ 535 I 2, 536c BGB im Hinblick auf die Mängelanzeige) weder die Fälligkeit (und damit Pflichtverletzungseignung für Folgeschäden und Verzug, vor allem bei Verzug vor

Bereitstellung) noch die Durchsetzbarkeit (und damit etwa das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des Restkaufpreises) genommen wird. Das ist derzeit nicht sichergestellt.

(d) Die allgemeinen Rücktrittsfolgen werden durch § 475 VI BGB-RegE zum Zwecke der Richtlinienumsetzung angepaßt. Die Anwendbarkeit im Rahmen von § 281 V BGB beim Schadensersatz statt der ganzen Leistung wird jedoch – versehentlich – nicht sichergestellt, sodaß es hier zu Wertungswidersprüchen und möglichen Konfliktsituationen kommt. Eine entsprechende Klarstellung sollte in § 475 VI BGB-RegE erfolgen.

(e) In § 475d BGB sind §§ 281 III, 323 III BGB nicht hinreichend bedacht. Wegen des teilweise anzunehmenden Dauerschuldcharakters der auf die Bereitstellung (vgl. § 327b BGB-RegE) digitaler Elemente gerichteten Pflichten, dürften beide Bestimmungen hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs zusätzlich an Bedeutung gewinnen können. Mit der WarenkaufRL wäre dies allenfalls hinsichtlich des Schadensersatzes statt der Leistung respective statt der ganzen Leistung zu vereinbaren, nicht aber für die Minderung und den ohnehin problematischen Rücktritt.

(f) Für den Rücktrittsfall ändert der Regierungsentwurf nichts an der Ersatzpflichtigkeit der vom Verbraucher gezogenen Nutzungen nach § 346 I Fall 2 BGB. Im Hinblick auf die dem Käufer nach § 446 S. 2 BGB bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung zustehenden Nutzungen erscheint dies als eine fragwürdige Anomalie („Selbstschädigung durch Rücktritt“), die sich historisch nur durch den gegenläufigen Nutzungsersatzanspruch des Verbrauchers hinsichtlich der aus dem Kaufpreis gezogenen Nutzungen rechtfertigen läßt – eine Rechtfertigung, welcher in einer Niedrigzinsphase freilich jede praktische Grundlage fehlt. Das gilt um so mehr, als der Nutzungsersatzanspruch des Unternehmers im Falle des Vertretenmüssens des Unternehmers durch den Anspruch des Verbrauchers auf den Ersatz des Nutzungsausfallschadens kompensiert wird und damit letztlich entfällt.⁴ Es handelt sich also – wie bei § 439 III BGB und beim Ausschluß der Selbstvornahme – um eine der unheilvollen und hier nicht unvermeidbaren Folgewirkungen des Verschuldensprinzips. Hinzu kommt nun, daß der Nutzungsersatz zu einer Verminderung der Rückzahlungsverpflichtung des Kaufpreises nach Art. 16 III 1 lit. b Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 führt. M.E. ist die Fortschreibung der bisherigen Lösung des Nutzungsersatzanspruchs des Unternehmers bei Rücktritt daher richtlinienwidrig. Im Hinblick auf die nur begrenzte Verbreitung des Verschuldensprinzips in der besonders verkäuferfreundlichen deutschen Prägung ist das Risiko daher sehr hoch, daß

⁴ Verlangt der Unternehmer die Nutzungen nach § 346 I Fall 2 BGB ersetzt, entsteht schadensrechtlich spätestens dadurch ein Nutzungsausfallschaden des Verbrauchers, den dieser – unabhängig von der richtigen Qualifikation unter § 280 I-III BGB – (nur) bei Vertretenmüssen des Unternehmers kompensiert verlangen kann. Der Wertungswiderspruch (nicht nur) zu § 446 S. 2 BGB ist bei mangelbedingtem Rücktritt offensichtlich.

der EuGH die Fortschreibung der bisherigen Lösung für richtlinienwidrig erklären wird. § 476 VI BGB-RegE sollte den Nutzungersatz hinsichtlich der Kaufsache (und auch des Kaufpreises) daher ausschließen.

2. Einzelpunkte zu digitalen Produkten

(a) Die Regelungsgehalte von § 327 III BGB-RefE und § 312 Ia BGB-RefE sollten getauscht werden.

(b) Die Regelung unterbliebener Bereitstellung ist – weitgehend als Folge der Richtlinienvorgaben – komplex geraten, aber gelungen. Daß die anwendbaren Rückabwicklungsregeln in § 327n IV 2-5 BGB-RegE nicht gesondert erwähnt werden, ist unschädlich, sollte aber den Gesetzgeber dazu bewegen, das Regime in einer gesonderten Vorschrift zu verselbständigen.

(c) Die Regelung des Zeitpunkts der Nacherfüllung in § 327i I 2 BGB-RegE dient lediglich der Sicherstellung der Qualität der Nacherfüllung und sollte so gestaltet sein, daß dem Nacherfüllungsanspruch des Verbrauchers (wie unter §§ 535 I 2, 536c BGB im Hinblick auf die Mängelanzeige) weder die Fälligkeit (und damit Pflichtverletzungseignung für Folgeschäden und Verzug, vor allem bei Verzug vor Bereitstellung) noch die Durchsetzbarkeit (und damit etwa das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des Restkaufpreises) genommen wird. Das ist derzeit nicht sichergestellt.

(d) Der Ausschluß der Nacherfüllung wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 327i II 1 Fall 2 BGB-RegE sollte nicht *ipso iure* eingreifen, sondern als Verweigerungsrecht des Unternehmers ausgestaltet sein. Das ist richtlinienkonform möglich und geboten. Ansonsten könnte der Verbraucher in manchen Fällen dem trotz hoher Kosten nacherfüllungsbereiten Unternehmer das Recht zur zweiten Andienung nehmen oder ihn zumindest im Wege einer sekundären Darlegungslast zur Offenlegung seiner Kostenstruktur zwingen, um die fehlende Unzumutbarkeit belegen zu können.

(e) Die Regelungen des besonderen Vertragsrechts, welche die Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB-RegE sicherstellen, sind im Hinblick auf Leihe und Auftrag für die Konstellationen des Phänomens „Zahlen mit Daten“ (im weiteren Sinne des § 327 III BGB-RegE nicht des § 327q BGB-RegE) unvollständig. Das ist mißlich, weil sich einige Anbieter digitaler Dienstleistungen ausdrücklich auf Auftragsrecht berufen und in der Vertragsgestaltung gerade für manche App-Verträge die Anwendbarkeit der §§ 598 ff. BGB vertreten wird. Zumindest sollte der Gesetzgeber (bei Stillschweigen zu Leihe und Auftrag) auf § 516a BGB verzichten und damit systematische Argumente kleinhalten.⁵

⁵ Ohne § 516a BGB ließe sich argumentieren, daß in den Fällen des § 327 III BGB das Unentgeltlichkeitserfordernis für §§ 516 ff., 598 ff., 662 ff. BGB seinem Zweck nach in den Fällen

(f) Die Regelung des § 548a BGB-RegE sowie die Anpassung von § 580a BGB sind zu begrüßen. Allerdings sollte erwogen werden, die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für anfängliche Mängel nach § 536a I Var. 1 BGB für unanwendbar zu erklären. Das erscheint auch im Hinblick auf § 578b I 1 Nr. 1 BGB-RegE und den Umstand geboten, daß zugunsten des Verbrauchers keine entsprechende verschuldensunabhängige Haftung begründet wird. Mit dem EU-rechtlichen Äquivalenzprinzip – also dem Verbot der Schlechterstellung unionsrechtlich begründeter Positionen – wäre dies wohl nicht zu vereinbaren.

(g) Bedenken begegnet auch der Ausschluß der Selbstvornahmrechte von Mieter und Werkbesteller nach §§ 536a II, 637 BGB durch §§ 578b I 1 Nr. 1, 650 II 1 BGB-RegE. Aus der Sicht des Unionsrechts und der Richtlinie 2019/770 sind diese Selbstvornahmrechte und die zugehörigen Aufwendungsersatzansprüche als auf die Mängelbeseitigungskosten beschränkte Schadensersatzansprüche zu qualifizieren. Für diese enthält jedoch Art. 3 X der Richtlinie eine Öffnungsklausel, so daß die Mitgliedstaaten grundsätzlich zu einer autonomen Regelung befugt bleiben, die freilich ihrerseits im übrigen unionsrechtskonform sein muß. Durch die mit der Verdrängung der §§ 536a II, 637 BGB begründeten Schlechterstellung der Verbraucher gegenüber anderen Vertragspartnern von Vermieter respective Werkunternehmer digitaler Produkte kommt es hier gleichfalls zu einem Verstoß gegen das unionsrechtliche Äquivalenzgebot. Im Übrigen erscheint mir die Schlechterstellung auch rechtspolitisch nicht erklärbar zu sein.

(h) Der Gesetzgeber sollte eine ausdrückliche Regelung im Vertragsschlußrecht des BGB aufnehmen, welche das Verhältnis datenschutzrechtlicher Einwilligungen zu einem Rechtsbindungswillen des Verbrauchers klärt. Es sollte dazu jenseits der reinen Richtlinienumsetzung auch eine Regelung zur Rechtsgeschäftslehre getroffen werden, nach welcher eine datenschutzrechtliche Einwilligung die Vermutung für einen Rechtsbindungswillen begründet. Die praktische Bedeutung einer solchen Regelung ginge deutlich über die im Zentrum stehenden Social Media-Angebote und Cloud-Dienstleistungen hinaus und würde – zumindest in Teilen – auch etwa Suchmaschinen, Handelsplattformen und Bewertungsportale betreffen. Gerade angesichts der Vielfalt der betreffenden Gestaltungen erscheint eine ausdrückliche Regelung im nationalen Recht angemessen.

(i) Für Vertragsschlüsse im elektronischen Geschäftsverkehr sollte eine an § 312j II, IV BGB orientierte Button Lösung auch für das “Zahlen mit Daten” eingeführt werden.

des § 327 III BGB-RegE nicht erfüllt sei; alternativ käme auch eine Gesamtanalogie zur „Lückenschließung“ (Lücke in den Regeln zur Organisation einer Lücke, die durch §§ 327 ff. BGB-RegE dann geschlossen würde). Ob das die Gerichte überzeugen würde bliebe ggf. abzuwarten. Sinnvoller ist daher die gesetzgeberische Klarstellung durch entsprechende Regelungen in §§ 598 ff., 662 ff. BGB.

(j) Die Trennung und Abstraktion der Regelungsebenen des Vertragsrechts einerseits und des Datenschutzrechts andererseits wird durch den vorgelegten Entwurf gezielt gestärkt (§ 327q I BGB-RefE). Das ist sehr zu begrüßen, weil die Trennung nicht nur die Schutzinstrumente von Verbraucher- und Datenschutz auseinanderhält, sondern auch erheblich zur Regelungsklarheit beiträgt.

3. Sonstiges

(a) Die Änderungen des Anwendungsbereichs der §§ 312 ff. BGB führen dazu, daß (nicht vergütete) Bürgschaften durch Verbraucher – und damit vor allem die klassischen Bürgschaften vermögensloser Angehöriger – sowie sonstige von Privat gestellte Drittsicherheiten nunmehr gesichert aus dem Anwendungsbereich auch des Widerrufsrechts nach § 312g BGB sowie der Informationspflichten nach §§ 312a/312d BGB herausfallen.⁶ In der Entwurfsbegründung steht dazu kein Wort. Die damit getroffene rechtspolitische Entscheidung sollte jedoch bewußt erfolgen. Die Rechtsprechung – getrieben durch das Bundesverfassungsgericht – hat über § 138 I BGB hierzu hilfreiche Lösungen entwickelt, die freilich in ihrer technischen Qualität – notwendig – hinter den allgemeinen Standards des Verbrauchervertragsrechts zurückbleiben. Insoweit erscheint eine gesetzgeberische Klärung als geboten, die freilich im Bewußtsein der Meinungsdivergenzen erfolgen sollte.

(b) Beide Entwürfe sind bislang nicht auf die anstehende Umsetzung des neuen Art. 11a UGP-Richtlinie abgestimmt. Hier sollte Sorge getragen werden, daß sich insoweit kein Sondervertragsrecht etabliert. Dafür wären die vorliegenden Entwürfe eine gute Gelegenheit.

⁶ Gegen eine Anwendung zuletzt BGH NJW 2020, 3649 (anders noch OLG Hamburg, BKR 2020, 412) gegen weite Teile des Schrifttums, vgl. BeckOGK/*Busch* § 312 Rn. 18 ff.; Palandt/*Grüneberg* § 312 Rn. 5; *Hoffmann*, ZIP 2015, 1365; *Meier*, ZIP 2015, 1156; HK-BGB/*Schulte-Nölke* § 312 Rn. 5; *Jauernig/Stadler* § 312 Rn. 6; *PWW/Stürmer* § 312 Rn. 7. Für eine analoge Anwendung *MüKo/Wendehorst* § 312 Rn. 34 f. S. auch BeckOK/*Martens* § 312 Rn. 12 (Unvertretbarkeit der BGH-Entscheidung wegen Nichtvorlage an den EuGH).