
Verträge über digitale Spiele unter der Richtlinie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen

DISSERTATION

zur

Erlangung des Doktorgrades

des

Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Universität Osnabrück

vorgelegt von

Waldemar Rembold

Osnabrück, 2021

Prüfungskommission:

Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke (Vorsitzender)

Prof. Dr. Christoph Busch, Maître en Droit (Erstgutachter)

Prof. Dr. Dr. h.c. (Ternopil) Fryderyk Zoll (Zweitgutachter)

Tag der Disputation: 29. September 2021

Für meine Eltern

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis.....	XII
Abbildungsverzeichnis.....	XV
Literaturverzeichnis	XVI
1 EINLEITUNG.....	1
1.1 Einführung in das Thema	1
1.2 Zielsetzung der Arbeit und Gang der Untersuchung.....	4
1.3 Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes	5
2 GRUNDLAGEN.....	5
2.1 Digitale Spiele: Begriff und Differenzierung nach Endgerät	5
2.2 Etablierte Geschäftsmodelle für digitale Spiele.....	7
2.2.1 PC-Spiele.....	7
2.2.1.1 Differenzierung zwischen Client- und Browserspielen	7
2.2.1.2 Client-Spiele.....	8
2.2.1.2.1 Vollpreismodell	9
2.2.1.2.2 Abonnement	10
2.2.1.2.3 Add-Ons	11
2.2.1.2.4 Downloadable Content (DLC)	12
2.2.1.2.5 Ingame Advertising	12
2.2.1.3 Browserspiele	13
2.2.1.3.1 Premium-Accounts (Abonnements)	14
2.2.1.3.2 Micropayments	15
2.2.1.3.3 Werbefinanzierung.....	15
2.2.2 Spiele auf mobilen Endgeräten	16
2.2.3 Konsolenspiele.....	16
2.2.3.1 Vollpreismodell.....	17
2.2.3.2 Abonnement.....	18
2.2.3.3 Add-Ons.....	18
2.2.3.4 Downloadable Content (DLC) und Season Pass	18

2.2.3.5 Premium-Mitgliedschaft.....	19
2.2.3.6 Micropayments.....	19
2.2.4 Zusammenfassende Darstellung der Geschäftsmodelle.....	19
2.3 Teilnehmer am Spielmarkt.....	20
2.3.1 Entwickler	20
2.3.2 Publisher.....	21
2.3.3 Distributoren.....	21
2.3.4 Konsumenten	21
3 AUSWIRKUNGEN DER RICHTLINIE AUF VERTRÄGE ÜBER DIGITALE SPIELE	23
3.1 Die Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen im Überblick	23
3.2 Der Erwerb des digitalen Spiels	28
3.2.1 PC-Client-Spiele.....	29
3.2.1.1 Beurteilung nach nationalem Recht: Vertragstypologische Einordnung..	30
3.2.1.1.1 Erwerb der Client-Software.....	30
3.2.1.1.2 Anlegen eines Benutzerkontos auf einer Online-Plattform	32
3.2.1.1.3 Installation des Client-Spiels.....	34
3.2.1.1.4 Nutzung der (kostenpflichtigen) Online-Spielwelt.....	35
3.2.1.1.4.1 Kaufvertrag	36
3.2.1.1.4.2 Miet- oder Pachtvertrag	37
3.2.1.1.4.3 Schenkungs- oder Leihvertrag	38
3.2.1.1.4.4 Dienst- oder Werkvertrag	38
3.2.1.1.4.5 Ergebnis: Typengemischter Vertrag.....	39
3.2.1.1.5 Zusammenfassung der Ergebnisse	40
3.2.1.2 Beurteilung nach der Richtlinie: Sachlicher Anwendungsbereich	41
3.2.1.2.1 Erwerb der Client-Software.....	41
3.2.1.2.2 Anlegen eines Benutzerkontos auf einer Online-Plattform	42
3.2.1.2.3 Installation des Client-Spiels.....	45
3.2.1.2.4 Nutzung der (kostenpflichtigen) Online-Spielwelt.....	45
3.2.1.2.5 Zusammenfassung der Ergebnisse	46
3.2.2 PC-Browserspiele.....	47

3.2.2.1	Beurteilung nach nationalem Recht: Vertragstypologische Einordnung ..	47
3.2.2.1.1	Kostenfreie Nutzung des (Basis-)Spiels	47
3.2.2.1.1.1	Dienst- oder Werkvertrag	48
3.2.2.1.1.2	Schenkung oder Leihe	48
3.2.2.1.1.3	Ergebnis: Typengemischter Vertrag	49
3.2.2.1.2	Kostenpflichtiger Erwerb von Spielvorteilen	49
3.2.2.1.2.1	Micropayments	49
3.2.2.1.2.1.1	Rechtsnatur der virtuellen Güter	50
3.2.2.1.2.1.2	Vertragstypologische Einordnung	51
3.2.2.1.2.2	Abonnementmodell (Premium-Account).....	53
3.2.2.1.3	Zusammenfassung der Ergebnisse	54
3.2.2.2	Beurteilung nach der Richtlinie: Sachlicher Anwendungsbereich	55
3.2.2.2.1	Kostenfreie Nutzung des (Basis-)Spiels	55
3.2.2.2.2	Kostenpflichtiger Erwerb von Spielvorteilen	57
3.2.2.2.3	Zusammenfassung der Ergebnisse	58
3.2.3	<i>Spiele auf mobilen Endgeräten</i>	58
3.2.4	<i>Konsolenspiele</i>	59
3.2.4.1	Erwerb eines Konsolenspiels	59
3.2.4.1.1	Beurteilung nach nationalem Recht	59
3.2.4.1.2	Beurteilung nach der Richtlinie	59
3.2.4.2	Erwerb eines Konsolen-Bundles	60
3.2.4.2.1	Beurteilung nach nationalem Recht	60
3.2.4.2.2	Beurteilung nach der Richtlinie	61
3.2.4.3	Zusammenfassung der Ergebnisse	63
3.2.5	<i>Resümee</i>	63
3.3	Die Bereitstellung des digitalen Spiels	64
3.3.1	<i>Erfüllung bzw. Bereitstellung</i>	65
3.3.1.1	Beurteilung nach nationalem Recht.....	65
3.3.1.2	Beurteilung nach der Richtlinie	66
3.3.1.2.1	Zeitpunkt der Bereitstellung	66
3.3.1.2.2	Art und Weise der Bereitstellung.....	67
3.3.1.2.3	Bereitstellung des digitalen Spiels	69
3.3.1.2.3.1	Bereitstellung eines Client-Spiels.....	69
3.3.1.2.3.2	Bereitstellung der Online-Spielwelt	69

3.3.1.2.3.3	Breitstellung eines Browserspiels.....	70
3.3.1.2.3.4	Breitstellung von Spielvorteilen	70
3.3.2	Rechtsbehelfe bei Nichtleistung bzw. nicht erfolgter Bereitstellung.....	71
3.3.2.1	Beurteilung nach nationalem Recht.....	71
3.3.2.1.1	Einmalige Bereitstellung von Spielsoftware	72
3.3.2.1.1.1	Nichtleistung trotz Möglichkeit der Leistung	72
3.3.2.1.1.2	Nichtleistung wegen Unmöglichkeit.....	73
3.3.2.1.1.3	Rechtsfolgen.....	73
3.3.2.1.2	Kontinuierliche Bereitstellung von Spielsoftware.....	73
3.3.2.2	Beurteilung nach der Richtlinie.....	74
3.3.2.2.1	Leistungsaufforderung durch den Verbraucher.....	75
3.3.2.2.1.1	Ausnahmen vom Erfordernis der Leistungsaufforderung	76
3.3.2.2.1.2	Leistungsaufforderung auch bei Unmöglichkeit der Leistungserbringung	77
3.3.2.2.2	Rechtsfolgen.....	78
3.3.3	Resümee	79
3.4	Mangelbegriff bzw. Vertragsmäßigkeit	80
3.4.1	Zur Unvermeidbarkeit von Softwarefehlern.....	81
3.4.2	Beurteilung nach nationalem Recht: Mangelbegriff.....	81
3.4.2.1	Einmalige Bereitstellung von Spielsoftware	81
3.4.2.1.1	Subjektive und objektive Sachmängel	82
3.4.2.1.1.1	Vereinbarte Beschaffenheit (subjektiver Mangel).....	82
3.4.2.1.1.2	Vertragliche vorausgesetzte Verwendung (subjektiver Mangel)	82
3.4.2.1.1.3	Gewöhnliche Verwendung (objektiver Mangel)	82
3.4.2.1.2	Unsachgemäße Montage oder mangelhafte Montageanleitung	83
3.4.2.2	Kontinuierliche Bereitstellung von Spielsoftware	83
3.4.2.3	Fehlende oder unzureichende Softwaredokumentation.....	85
3.4.3	Beurteilung nach der Richtlinie: Vertragsmäßigkeit.....	86
3.4.3.1	Subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit.....	87
3.4.3.1.1	Beschaffenheit der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen	87
3.4.3.1.2	Exkurs: Informationspflichten zu Funktionsweise und Kompatibilität.	88
3.4.3.1.3	Vom Verbraucher angestrebter Zweck.....	89
3.4.3.1.4	Zubehör und Anleitungen	90
3.4.3.1.5	Vereinbarte Aktualisierungspflichten	90

3.4.3.2	Objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit	91
3.4.3.2.1	Zeitpunkt der Beurteilung der Vertragsmäßigkeit	91
3.4.3.2.2	Das Verhältnis zwischen objektiven und subjektiven Anforderungen	92
3.4.3.2.3	Anforderungen an die Zweckeignung	93
3.4.3.2.4	Anforderungen an die Beschaffenheit	93
3.4.3.2.4.1	Die Standards der Üblich- und Vernünftigkeit	94
3.4.3.2.4.2	Öffentliche Erklärungen des Unternehmers	95
3.4.3.2.5	Entsprechung mit Testversion oder Voranzeige als objektive Anforderung.....	96
3.4.3.2.6	Anforderungen an Zubehör und Anleitungen	96
3.4.3.2.7	Aktualisierungen zur Wahrung der Vertragsmäßigkeit	97
3.4.3.3	Unsachgemäße Integration der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen	99
3.4.3.4	Konkurrierende Rechte Dritter.....	99
3.4.4	Mögliche Mängel bei der Bereitstellung eines digitalen Spiels.....	102
3.4.4.1	Defekt des Datenträgers	102
3.4.4.2	Download nicht möglich	102
3.4.4.3	Installationsprobleme	103
3.4.4.4	Nicht-Erreichbarkeit des Online-Spiels (Serverausfälle)	103
3.4.4.4.1	Beurteilung nach nationalem Recht	104
3.4.4.4.2	Beurteilung nach der Richtlinie	104
3.4.4.5	Erworbener virtueller Gegenstand gelöscht oder unzugänglich	105
3.4.4.6	Verlust der beim Spieleanbieter gespeicherten Daten	105
3.4.4.7	Funktionsdefizite und Funktionsmängel	106
3.4.4.7.1	Funktionsdefizite.....	106
3.4.4.7.2	Funktionsmängel	107
3.4.4.8	Early-Access-Games	109
3.4.4.9	Inkompatibilität	110
3.4.4.10	Geringe Rechengeschwindigkeit	110
3.4.4.11	Kapazitätsmängel.....	111
3.4.4.12	Computerviren	112
3.4.4.13	Durch Aktualisierung bewirkte Vertragswidrigkeit.....	113
3.4.4.13.1	Beurteilung nach nationalem Recht	113
3.4.4.13.2	Beurteilung nach der Richtlinie	116
3.4.4.13.2.1	Verantwortlichkeit des Unternehmers für Aktualisierungen	116

3.4.4.13.2.2 Recht des Unternehmers zur Änderung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen.....	117
3.4.4.14 Zu kurzer Lebenszyklus durch eine zeitliche Begrenzung der Online-Spielwelt.....	121
3.4.4.14.1 Auswirkungen auf Dauerschuldverhältnisse.....	122
3.4.4.14.2 Auswirkungen auf punktuelle Austauschverträge.....	122
3.4.5 Resümee	123
3.5 Rechtsbehelfe bzw. Abhilfen bei Vertragswidrigkeit	125
3.5.1 Beurteilung nach nationalem Recht.....	125
3.5.1.1 Einmalige Bereitstellung von Spielsoftware	126
3.5.1.1.1 Unentgeltliche Bereitstellung	126
3.5.1.1.2 Entgeltliche Bereitstellung.....	126
3.5.1.1.2.1 Nacherfüllung als primärer Rechtsbehelf	127
3.5.1.1.2.1.1 Nachbesserung oder Neulieferung	127
3.5.1.1.2.1.2 Aufwendungen und Kosten für die Nacherfüllung	128
3.5.1.1.2.1.3 Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs.....	129
3.5.1.1.2.1.4 Multipersonale Vertragsverhältnisse	130
3.5.1.1.2.2 Rücktritt vom Vertrag	131
3.5.1.1.2.3 Minderung des Kaufpreises	132
3.5.1.1.2.4 Keine Gewährleistung bei Kenntnis des Mangels	133
3.5.1.1.2.5 Schadensersatz.....	133
3.5.1.2 Kontinuierliche Bereitstellung von Spielsoftware	133
3.5.1.2.1 Rechtliche Behandlung von typengemischten Verträgen	133
3.5.1.2.1.1 Schwerpunkt des Vertrages: Entgeltliche Spielservers-Nutzungsverträge	134
3.5.1.2.1.2 Schwerpunkt des Vertrages: Unentgeltliche Spielservers-Nutzungsverträge	135
3.5.1.2.2 Gewährleistung bei Schlechtleistung	135
3.5.1.2.2.1 Mängelbeseitigungsanspruch	135
3.5.1.2.2.2 Recht auf Minderung des Mietzinses	136
3.5.1.2.2.3 Anspruch auf Aufwendungsersatz bei Mängelbeseitigung durch den Mieter.....	138
3.5.1.2.2.4 Kündigungsrecht.....	138
3.5.1.2.2.4.1 Kündigungsrecht des Spielers	138
3.5.1.2.2.4.2 Kündigungsrecht des Spielbetreibers	139
3.5.1.2.2.4.3 Rechtsfolgen der Kündigung.....	141

3.5.1.2.2.5 Schadensersatz	143
3.5.2 Beurteilung nach der Richtlinie	144
3.5.2.1 Herstellung des vertragsgemäßen Zustands als primäre Abhilfe	145
3.5.2.1.1 Art der Behebung des Mangels	145
3.5.2.1.2 Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands	146
3.5.2.1.3 Freiheit von Kosten und „Unannehmlichkeiten“	146
3.5.2.1.4 Fälligkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes	148
3.5.2.1.5 Multipersonale Vertragsverhältnisse	149
3.5.2.2 Eröffnung der sekundären Rechtsbehelfe	150
3.5.2.2.1 Unmöglichkeit oder unverhältnismäßige Kosten	150
3.5.2.2.2 Scheitern der Nacherfüllung angekündigt oder erkennbar	151
3.5.2.2.3 Unterlassene oder gescheiterte Nacherfüllung	152
3.5.2.2.4 Neue Vertragswidrigkeiten im Zuge der Nacherfüllung	153
3.5.2.2.5 Schwerwiegende Vertragswidrigkeit	153
3.5.2.2.6 Keine spezifische Regelung für „relative Fixgeschäfte“	154
3.5.2.3 Preisminderung oder Vertragsbeendigung?	154
3.5.2.3.1 Vergleich mit dem Kaufvertrag nach nationalem Recht	155
3.5.2.3.2 Vergleich mit dem nationalen Mietrecht	156
3.5.2.4 Abhilfen im Falle unterlassener oder mangelhafter Aktualisierungen	157
3.5.2.5 Rechtsfolgen bei Preisminderung	158
3.5.2.6 Rechtsfolgen bei Beendigung des Vertrages	158
3.5.2.6.1 Pflichten des Unternehmers	159
3.5.2.6.1.1 Rückerstattung bereits bezahlter Beträge	159
3.5.2.6.1.2 Nutzung und Herausgabe von vom Nutzer erstellten Inhalten	160
3.5.2.6.1.3 Sperrung des Nutzerkontos des Verbrauchers	162
3.5.2.6.2 Pflichten des Verbrauchers	162
3.5.2.6.2.1 Keine weitere Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen	162
3.5.2.6.2.2 Rückübersendung von körperlichen Datenträgern	163
3.5.2.6.2.3 Keine Zahlungspflicht für den Zeitraum des vertragswidrigen Zustands	163
3.5.2.7 Fristen und Zahlungsmitteln für die Erstattung	164
3.5.2.8 Auswirkungen der Kündigung auf den Vertrag über die Client-Software 165	
3.5.3 Resümee	167

3.6 Beweislast und Fristen	170
3.6.1 Beweislast.....	170
3.6.1.1 Beweislast für die erfolgte Bereitstellung.....	170
3.6.1.2 Beweislast bei einmaliger Bereitstellung	171
3.6.1.3 Beweislast bei kontinuierlicher Bereitstellung	172
3.6.1.4 Beweislast bei mangelnder Kompatibilität	172
3.6.2 Gewährleistungs- und Verjährungsfristen.....	174
3.6.2.1 Einmalige Bereitstellung.....	174
3.6.2.2 Kontinuierliche Bereitstellung	174
4 Fazit und Ausblick.....	176
4.1 Schwächen und Auslassungen.....	176
4.2 Hebung des Verbraucherschutzniveaus	177
4.3 Umsetzungsperspektiven.....	178

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt
Abo	Abonnement
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
B2C	Business to Consumer
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar zum BGB (Hrsg. <i>Bamberger/Roth</i>)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
bzgl.	bezüglich
CD-ROM	Compact Disc Read-Only Memory
COD	Commission: Ordinary legislative procedure Ordentliches Gesetzgebungsverfahren
COM	Commission Document
CPU	Central Processing Unit
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
DLC	Downloadable Content/Download Content
Dok.	Dokument
DSGV	Datenschutz-Grundverordnung (2016/679/EU)
DVD	Digital Video Disc/Digital Versatile Disc
EA	Electronic Arts
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
ErwG	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EULA	Endnutzerlizenzvereinbarung

f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
insb.	insbesondere
IT	Informationstechnologie
ITBR	IT-Rechtsberater (Zeitschrift)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht
JZ	Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation & Recht (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
LAN	Local Area Network
lit.	Buchstabe
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MMO(RP)G	Massively Multiplayer Online (Role-Playing) Games
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MünchKomm	Münchener Kommentar zum BGB (Hrsg. <i>Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg</i>)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PC	Personal Computer
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
S.	Satz/Seite
SaaS	Software as a Service
sog.	sogenannt(-e, -er, -es)
u. a.	und andere/anderes
UAbs.	Unterabsatz

UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
v.	vom/von
Var.	Variante
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht)
z. B.	zum Beispiel
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Geschäftsmodelle für digitale Spiele im Überblick.....	20
---	----

Literaturverzeichnis

- Alpert Frank*, Kommerzielle Online-Nutzung von Computerprogrammen, CR 2000, 345
- Ari Mukit H.*, Computerspiele: Urheberrecht und Abgrenzung zu weiteren im Computerspielmarkt relevanten Immaterialgüterrechten, Zürich 2014
- Bach Ivo*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705
- Bamberger Heinz Georg/Roth Herbert* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 53. Edition, Stand: 01.02.2020, München 2020
- Bartsch Michael*, Softwarepflege nach neuem Schuldrecht, NJW 2002, 1526
- Berberich Matthias*, Virtuelles Eigentum, Tübingen 2010
- Berger Christian/ Wündisch, Sebastian* (Hrsg.), Urhebervertragsrecht: Handbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2015
- Beurskens Michael*, „Second Life“, Vergeistigtes Eigentum und der Handel mit virtuellen Gegenständen, Beilage zu K&R 4/2008, 12
- Boelmann Jan*, Literarisches Verstehen mit narrativen Computerspielen: Eine empirische Studie zu den Potenzialen der Vermittlung von literarischer Bildung und literarischer Kompetenz mit einem schüleraffinen Medium, München 2015
- Büchner Thomas*, Die rechtlichen Grundlagen der Übertragung virtueller Güter, Baden-Baden 2011
- Busch Christoph*, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie?, GRUR 2019, 788
- Carvalho Morais*, Sales of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771, EuCML 2019, 194
- Dauner-Lieb Barbara/Langen Werner* (Hrsg.), BGB – Schuldrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2016
- Diegmann Heinz*, Praxisfragen bei Onlinespielen, NJW 2010, 561
- Diegmann Heinz/Kuntz Wolfgang*, Praxisfragen bei Onlinespielen, NJW 2010, 561
- Druschel Johannes/Lehmann Michael*, Ein digitaler Binnenmarkt für digitale Güter, CR 2016, 244
- Duisberg Alexander/Picot Henriette* (Hrsg.), Recht der Computer- und Videospiele: The Law of Video and Computer Games, Berlin 2013
- Faust Florian*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, München, 2016
- Forgo Nikolaus/Zöchling-Jud Brigitta* (Hrsg.), Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand, 20. ÖJT Band II/1, Wien 2018
- Gaca Christian*, Markenmanagement in Video- und Computerspielen: Wege zur erfolgreichen Integration von In-Game-Advertising in die Kommunikationsstrategien von Unternehmen, Saarbrücken 2008

- Geis Ivo/Geis Esther*, Rechtsaspekte des virtuellen Lebens, CR 2007, 721
- Goldmann Bettina/Redecke Rebecca*, Gewährleistung bei Softwarelizenzverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MMR 2002, 3
- Gorny Peter*, Kategorien von Softwarefehlern, CR 1986, 673
- Gräber Tobias*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern: Eine Untersuchung zu Fragen der Rechtsbeziehungen zu Accounts und virtuellen Gütern in Online-Computerspielen am Beispiel des Browserspiels OGame, Norderstedt 2009
- Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/Nettesheim Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. EL., Tübingen/München 2020
- Grabosch Jens*, Analoges Recht in der digitalen Welt: Braucht das BGB ein Update? Eine Untersuchung am Beispiel digitaler Inhalte, Berlin 2019
- Graf von Westphalen*, Some Thoughts on the Proposed Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sales of Goods, EuCML 2018, 66.
- Gsell Beate*, Der europäische Richtlinienentwurf zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte, ZUM 2018, 75
- Habel Oliver M.*, Eine Welt ist nicht genug – Virtuelle Welten im Rechtsleben, MMR 2008, 71
- Hau Wolfgang/ Poseck Roman* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, 56. Edition, München 2020
- Heussen Benno*, Technische und rechtliche Besonderheiten von Mängeln bei Computerleistungen, CR 1988, 894
- Hilty Reto M.*, Der Softwarevertrag - ein Blick in die Zukunft. Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, 3
- Hilty Reto M.*, Die Rechtsnatur des Softwarevertrages: Erkenntnisse aus der Entscheidung des EuGH UsedSoft vs. Oracle, CR 2012, 625
- Hinderberger Lucas*, Der Entzug virtueller Gegenstände – Eingriffe in die Herrschaftsmacht über Daten und Störungen von Datenverarbeitungen, Baden-Baden 2014
- Hoeren Thomas/Sieber Ulrich/Holznagel Bernd* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 49. Aufl., München 2019
- Hofmann Phillip*, Computerspielsysteme: Der Schutz kreativer Systeme und Konzepte im Urheberrecht, Tübingen 2016
- Jöckel Sven*, Spielend erfolgreich: Der Erfolg digitaler Spiele im Spannungsfeld ökonomischer, technologischer und nutzungsbezogener Aspekte, Wiesbaden 2009
- Junker Abbo*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2002/2003, NJW 2004, 3162
- Kaiser Torsten*, Haftung bei atypischen Verträgen, JA 2007, 291
- Kern Cornelia*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht: Die Warenkauf- und die Digitale Inhalte-RL, VbR 2019, 164
- Kilian Wolfgang/Heussen Benno* (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch. Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 34. Aufl., München 2018

- Klickermann Paul H.*, Virtuelle Welten ohne Rechtsansprüche?, MMR 2007, 766
- Koch Frank A.*, Computer-Vertragsrecht. Umfassende Erläuterungen, Beispiele und Musterformulare für Erwerb und Nutzung von EDV-Systemen, 7. Aufl., Freiburg u. a. 2009
- Koch Frank A.*, Schlechtleistung bei softwarebezogener Nacherfüllung, ITBR 2008, 131
- Koch Pamela*, Die rechtliche Bewertung virtueller Gegenstände auf Online-Plattformen, JurPC Web-Dok. 57/2006
- Koch Raphael*, Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung – Mehr Schein als Sein?, NJW 2010, 1636
- Köhler Markus/Fetzer Thomas*, Recht des Internet [Lehrbuch], 8. Aufl., Heidelberg 2016
- Krasemann Henry*, Onlinespielrecht - Spielwiese für Juristen, MMR 2006, 351
- Kroiß Ludwig* (Hrsg.), FormularBibliothek Zivilprozess - Schuldrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2016
- Lambrecht Arne*, Der urheberrechtliche Schutz von Bildschirmspielen, Baden-Baden 2006
- Lammenett Erwin*, Praxiswissen Online-Marketing: Affiliate-, Influencer-, Content- und E-Mail-Marketing, Google Ads, SEO, Social Media, Online- inklusive Facebook-Werbung; 7. Aufl., Wiesbaden 2019
- Lauer Jörg*, Verträge über Softwareleistungen in der Praxis, BB 1982, 1758
- Leible Stefan/Sonitza Olaf*, Online-Recht 2.0: Alte Fragen - neue Antworten?, Stuttgart/München 2011
- Leupold Andreas/Glossner Silke* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl., München 2013
- Lober Andreas/Weber Olaf*, Den Schöpfer verklagen – Hafteten Betreiber virtueller Welten ihren Nutzern für virtuelle Güter?, CR 2006, 837
- Lober Andreas/Weber Olaf*, Money for Nothing? Der Handel mit virtuellen Gegenständen und Charakteren, MMR 2005, 653
- Löwisch Manfred* (Redaktor), Staudinger BGB (J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch) Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2), 15. Aufl., Berlin 2015
- Lutzi Stud Tobias*, Aktuelle Rechtsfragen zum Handel mit virtuellen Gegenständen in Computerspielen, NJW 2012, 2070
- Mak Vanessa*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, Publications Office of the EU 2016
- Mankowski Peter*, Nachbesserung und Verbesserung beim Kauf, NJW 2011, 1025
- Marly Jochen*, Praxishandbuch Softwarerecht: Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 6. Aufl., München 2014
- Matzenberger Michael*, Die Zukunft der Computerspiele, Marburg 2008

- Medicus Dieter/Petersen Jens*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 9. Aufl., München 2011
- Metzger Axel*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, JZ 2019, 577 ff.
- Metzger Axel*, Zur Zulässigkeit von CPU-Klauseln in Softwarelizenzverträgen, NJW 2003, 1994
- Moritz Hans-Werner*, Vervielfältigungsstück eines Programms und seine berechtigte Verwendung - § 69d UrhG und die neueste BGH-Rechtsprechung, MMR 2001, 94
- Müller-Lietzkow Jörg*, Entwicklungstendenzen und neue Konkurrenzen in der Computer- und Videospiegelindustrie: Ein Überblick über aktuelle und zukünftige ökonomische Grundlagen und Forschungsfragen, in: Kaminski Winfried (Hrsg.), Clash of Realities 2008. Spielen in digitalen Welten, München 2008, S. 199 ff.
- Musielak Hans-Joachim/Voit Wolfgang* (Hrsg.), ZPO, Zivilprozessordnung, Kommentar; 16. Aufl., München 2019
- Narciso Madalena*, 'Gratuitous' Digital Content Contracts in EU Consumer Law, EuCML 2017, 198
- Nemeth Kristin/Carvalho Jorge Morais*, Time for a Change? Product Liability in the Digital Era, EuCML 2019, 160
- Oprysk Lillia/Sein Karin*, Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There a Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?, IIC 2020, 594
- Palandt Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kurzkommentar, 79. Aufl., München 2020
- Peintinger Stefan*, Widerrufsrechte beim Erwerb digitaler Inhalte: Praxisvorschläge am Beispiel des Softwarekaufs unter Berücksichtigung von SaaS-Verträgen, MMR 2016, 3
- Prütting Hanns/Wegen Gerhard/Weinreich Gerd* (Hrsg.), BGB - Kommentar, 14. Aufl., Köln 2019
- Psczolla Jan-Peter*, Onlinespielrecht, Marburg 2008
- Quandt Thorsten/Breuer Johannes/Festl Ruth*, Spielen und Leben in virtuellen Welten: Forschungsergebnisse zur Nutzung von Online-Games, in: Kaminski Winfried/Lorber Manfred (Hrsg.), Clash of Realities 2010. Computerspiele: Medien und mehr ..., München 2010, S. 147 ff.
- Rauda Christian*, Recht der Computerspiele, München 2013
- Raue Benjamin*, Haftung für unsichere Software, NJW 2017, 1841
- Redeker Helmut*, IT-Recht, 6. Aufl., München 2017
- Research Group on the Law of Digital Services*, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164
- Riehm Thomas/Abold Metawi*, Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte, ZUM 2018, 82
- Riesenhuber Karl*, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003

- Rippert Stephan/Weimer Katharina*, Rechtsbeziehungen in der virtuellen Welt, ZUM 2007, 272
- Rittmann Tim*, MMORPGs als virtuelle Welten: Immersion und Repräsentation, 2. Aufl., Boizenburg 2018
- Säcker Jürgen/Rixecker Roland/Oetker Hartmut/Limberg Bettina (Hrsg.)*, Münchner Kommentar zum BGB Band 2, §§ 311-432 BGB, 8. Aufl. München 2019
- Saenger Ingo (Hrsg.)*, ZPO, Familienverfahren | Gerichtsverfassung | Europäisches Verfahrensrecht, 8. Aufl., Baden-Baden 2019
- Sahin Ali/Haines Alexander*, Einräumung von Nutzungsrechten im gestuften Vertrieb von Standardsoftware, CR 2005, 241
- Sattler Andreas*, Urheber- und datenschutzrechtliche Konflikte im neuen Vertragsrecht für digitale Produkte, NJW 2020, 3623
- Savio Manuel*, Die Computer- und Videospielebranche: Geschäftsmodelle und Veränderungsprozesse in der Computer- und Videospielebranche, München 2012
- Schach Klaus/Schultz Michael/Schüller Peter (Hrsg.)*, Beck'scher Online Kommentar Mietrecht, 22. Edition, München 2020
- Schmidt-Kessel Martin/Erler Katharina/Grimm Anna/Kramme Malte*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1, GPR 2016, 2
- Schmidt-Kessel Martin/Erler Katharina/Grimm Anna/Kramme Malte*, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 2, GPR 2016, 54
- Schmidt-Kessel Martin/Grimm Anna*, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84
- Schneider Jochen*, Handbuch EDV-Recht. IT-Recht mit IT-Vertragsrecht, Datenschutz, Rechtsschutz und E-Business Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl., Köln 2017
- Schneider Mathias*, Virtuelle Werte: Der Handel mit Accounts und virtuellen Gegenständen im Internet, Baden-Baden 2010
- Schrader Paul/Engstler Jonathan*, Anspruch auf Bereitstellung von Software-Updates? Unklare Begründung eines eingeschränkt notwendigen Anspruchs, MMR 2018, 356
- Schultheiss Daniel*, Im Reich der interstellaren Händler: Internetgames als innovative Spielform. Eine Längsschnittstudie zu Spielmotivationen, Spielerleben und Spielverhalten am Beispiel eines Langzeit-Browsegames, Ilmenau 2009
- Schulze Reiner/Zoll Fryderyk*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2017
- Schulze Reiner (Schriftleitung)*, Handkommentar zum BGB, 10. Aufl., Baden-Baden 2019
- Schulze Reiner/Staudenmayer Dirk*, EU Digital Law, Article-by-Article-Commentary, 1. Aufl., Münster/Brussels, 2020
- Schulze, Reiner*, Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2019, 695

- Schulze Reiner/Janssen André/Kadelbach Stefan* (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl., Baden-Baden 2020
- Schumann Christina*, Der Publikumserfolg von Computerspielen: Qualität als Erklärung für Selektion und Spielerleben, Baden-Baden 2013
- Schwab Andreas/Giesemann Amelie*, Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, EuZW 2012, 253
- Schwartzmann Rolf* (Hrsg.), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2018
- Schweinoch Martin*, Geänderte Vertragstypen in Software-Projekten, CR 2010, 1
- Soergel Hans-Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB) Band 3/2: Schuldrecht 1/2: §§ 243-304 13. Aufl., Stuttgart 2014
- Spindler Gerald/Schuster Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar; 4. Aufl., München 2019
- Spindler Gerald/Sein Karin*, Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen, MMR 2019, 415
- Spindler Gerald/Sein Karin*, Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte MMR 2019, 488
- Stabentheiner Johannes/Wendehorst Christiane/Zöchling-Jud Brigitta* (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht. Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Wien 2019
- Stadler Andreas*, Garantien in IT-Verträgen nach der Schuldrechtsmodernisierung, CR 2006, 77
- Staudenmayer Dirk*, Die Richtlinie zu den digitalen Verträgen, ZEuP 2019, 663
- Staudenmayer Dirk*, Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte, NJW 2019, 2497
- Staudenmayer Dirk*, Die Anpassung des Privatrechts an die digitale Wirtschaft, IWRZ 2020, 147
- Steinhofer Frank*, Die Videospiegelindustrie im Wandel: Eine betriebswirtschaftliche Analyse der Videospiegelbranche unter besonderer Berücksichtigung der Neuprodukteinführung eines Konsolenherstellers, Köln 2007
- Struwe Dario*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, Hamburg 2014
- Stürner Rolf* (Hrsg.), Jauernig Kommentar zum BGB, 18. Aufl., München 2021
- Tolino Aldo*, Gaming 2.0 - Computerspiele und Kulturproduktion: Analyse der Partizipation von Computerspielern an einer konvergenten Medienkultur und Taxonomie von ludischen Artefakten, Boizenburg 2010
- Unberath Hannes*, Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie, ZEuP 2005, 5

- Wandtke Artur-Axel* (Hrsg.), *Praxishandbuch Medienrecht Band 2: Schutz von Medienprodukten*, 3. Aufl., Berlin/Boston 2014
- Weidemann Tobias*, Zwischen Freemium und Premium, *LEAD digital* 21/2013, 15 ff.
- Wemmer Benedikt/Bodensiek Kai*, Virtueller Handel – Geld und Spiele: Die rechtliche Beurteilung des Handels mit virtuellen Gegenständen im Internet, *K&R* 2004, 432
- Wendland Matthias*, GEK 2.0? Ein europäischer Rechtsrahmen für den Digitalen Binnenmarkt. Der Kommissionsvorschlag einer Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (Digitalgüter-Richtlinie), *GPR* 2016, 8
- Wimmer Jeffrey*, Massenphänomen Computerspiele: Soziale, kulturelle und wirtschaftliche Aspekte, Köln 2013
- Windorfer Matthias*, Neue Fälligkeitsregelung im Recht über den Verbrauchsgüterkauf, *VuR* 2014, 216
- Wulf Hans Markus*, Serververträge und Haftung für Serverausfälle, *CR* 2004, 43
- Zinner Marilies*, Was vom CESL übrigblieb – Neues Verbrauchervertragsrecht mit digitalem Einschlag, *VuR* 2019, 241
- Zoechling-Jud Brigitta*, Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel, *GPR* 2019, 115
- Zoll Fryderyk*, Die Vertragstypen im Vorschlag für das Gemeinsame Europäische Kaufrecht – die Bestimmung des Anwendungsbereiches eines optionalen Instruments durch die Typisierung von Verträgen; in: Stumpf Cordula/Friedemann Kainer/Baldus Christian (Hrsg.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht; Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015*, Baden-Baden 2015, S. 118
- Zoll, Fryderyk*, The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content, *EuCML* 2016, 250

„Beim Spiel kann man einen Menschen besser kennenlernen als im Gespräch in einem Jahr.“

Platon

1 EINLEITUNG

1.1 Einführung in das Thema

Digitale Spiele haben sich im Laufe der Zeit immer stärker gewandelt und ihren Platz in der Gesellschaft eingenommen. 1972 wird das Spiel *Pong* vom Konsolenersteller *Atari* als Automatenspiel auf den Markt gebracht und als erstes Videospiel gehandelt. Den Automaten-spielen folgte die *Atari-Konsole* und dieser wiederum die *Handheld-Konsole Game Boy* sowie die stationäre Super-Nintendo-Konsole von *Nintendo*. An die Konsolen schlossen sich später Personal Computer (PC) an, die über lokale Netzwerke, die sog. „Local Area Networks“ (LAN) miteinander verbunden waren, sodass die auf den Rechnern installierten Spiele im Mehrspielermodus mit den anderen Spielern des lokalen Netzwerks gespielt werden konnten. Die nächste Stufe war das Spielen im Online-Mehrspielermodus via Internet-Verbindung mit Spielern überall auf der Welt.

In der Vergangenheit waren nichts weiter als die auf einem Datenträger gespeicherte Spielsoftware und das Endgerät (ggf. mit einem Ausgabegerät wie dem Fernseher) zum Spielen erforderlich. Mit dem Erwerb des Endgeräts und der Spielsoftware, der als Kaufvertrag qualifiziert werden konnte,¹ waren sämtliche Voraussetzungen für das Spielen geschaffen. Bei technischen Fehlern waren der Anspruchsgegner sowie etwaige Mängelgewährleistungsrechte eindeutig. Aktuelle Spiele hingegen werden zu immer größeren Teilen über das Internet erworben und heruntergeladen. Dabei dienen Internet-Vertriebsplattformen (wie etwa die prominente Plattform *Steam* des Spielentwicklers *Valve Corporation*) teils als Vermittler für die Spielsoftware von anderen Spielentwicklern bzw. Spielanbietern. Zum Teil aber agieren diese Internet-Vertriebsplattformen nicht für Dritte, sondern vertreiben sowohl eigene Spieltitel als auch die von Dritten im eigenen Namen. Für den Käufer ist damit insbesondere bei Erwerbsgeschäften über solche Vertriebsplattformen häufig nicht klar, wer der eigentliche Vertragspartner ist.

Erschwerend kommt hinzu, dass der Spieler nicht bereits mit dem Erwerb des Spieltitels in den Spielgenuss kommt, sondern zuvor weitere Voraussetzungen geschaffen werden müssen. So verlangen Konsolenhersteller für das Spielen im Online-Mehrspielermodus zusätzliche monatliche Zahlungen in Form von Abonnements. Einige Computerspiele erfordern neben der Installation der Spielesoftware die Erstellung eines Accounts, mit dem ein Zugang zu den Spielservern der Spielhersteller gewährt wird. Dieser Zugang zur virtuellen Spielwelt ist oftmals als kostenpflichtiges Abonnementmodell ausgestaltet. Überdies kann der Spieler mittlerweile in den meisten Spielen virtuelle Gegenstände und sonstige Spielvorteile gegen kleinere Entgeltbeträge (sog. *In-Game-Käufe*) erwerben.²

Die hier skizzierte Entwicklung zeigt, dass mit dem Voranschreiten der technischen Möglichkeiten die Geschäftsmodelle der Spielindustrie immer komplexer werden. Das nationale deutsche Recht (nachfolgend **nationales Recht**) ist auf diese neuartigen

¹ Siehe hierzu unten, Kapitel 3.2.1.1.1.

² Auf die diversen Geschäftsmodelle wird in Kapitel 2.2 noch ausführlich zurückgekommen.

Vertragsverhältnisse nicht zugeschnitten; spezielle Regelungen für diese Arten von digitalen Spielverträgen (oder für Verträge über digitale Inhalte im Allgemeinen) finden sich im nationalen Recht nicht. In Ermangelung besonderer Vertragstypen, die auf die neuen Geschäftsmodelle und Vertriebsformen zugeschnitten sind, müssen solche Verträge in die bestehende Vertragstypologie (Kaufvertrag, Mietvertrag, Werkvertrag etc.) des BGB eingeordnet werden.³ Dies macht eine Beurteilung der zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse – angefangen bei der Frage nach dem Vertragstyp, welcher das einschlägige Gewährleistungsrecht determiniert, über die Frage nach dem Anspruchsgegner bis hin zur Frage, welchen Einfluss die Beendigung eines Vertragsverhältnisses auf die anderen Vertragsverhältnisse hat – höchst problematisch.⁴

Ebendiese Lücke will die am 11. Juni 2019 in Kraft getretene „Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen“ 2019/770/EU⁵ (nachfolgend **Richtlinie**) schließen. Die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Rechtsvorschriften sind bis zum 1. Juli 2021 zu erlassen und ab dem 1. Januar 2022 anzuwenden (Art. 24 Abs. 1 RL).

Die Richtlinie ist Teil der „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“⁶, deren Ziel es ist, die nationalen digitalen Märkte zu einem gemeinsamen europäischen Markt zusammenzuführen. Intention des Richtliniengesetzgebers ist es, Hindernisse im grenzüberschreitenden Handel zu beseitigen, indem das Gewährleistungsrecht für den Erwerb digitaler Inhalte und Dienstleistungen harmonisiert wird.⁷ Hierdurch sollen der grenzüberschreitende elektronische Handel gefördert, das Wachstum des digitalen Binnenmarktes angekurbelt und zugleich ein hohes Verbraucherschutzniveau sichergestellt werden.⁸ Darüber hinaus soll durch die Schaffung eines einheitlichen Vertragsrechts für digitale Inhalte der sich bereits abzeichnenden Rechtsfragmentierung entgegengewirkt⁹ und ein „echter digitaler Binnenmarkt“¹⁰ geschaffen werden.

So haben, wie dem Kommissionsentwurf zur Richtlinie zu entnehmen ist, einige Staaten wie Großbritannien und die Niederlande vor dem Hintergrund der immer größer werdenden Bedeutung von Verträgen mit digitalen Inhalten bzw. Leistungen bereits spezielle Vorschriften für diese erlassen und es stand zu erwarten, dass auch weitere Mitgliedstaaten spezifische einzelstaatliche Vorschriften für Vertragskonstellationen mit Bezug zu digitalen Inhalten und Leistungen einführen.¹¹

Inhaltlich regelt die Richtlinie die Bereitstellung von Daten (z. B. Musik und Audiodateien, digitale Spiele und *Apps*) und die Bereitstellung digitaler Dienste (z. B. *Cloud-Computing*, soziale Netzwerke). Da die Richtlinie unabhängig von der Art der Datenübermittlung gilt, ist

³ Hierzu *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82 (83).

⁴ Vgl. vorerst nur *Grabosch*, Analoges Recht, S. 98 ff.

⁵ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABL L 2019/136, 1 vom 22.05.2019.

⁶ Mitteilung der Kommission „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“ vom 6. Mai 2015, COM(2015) 192 final.

⁷ Siehe ErwG 1 bis 3 der Richtlinie.

⁸ Siehe ErwG 1 bis 3 der Richtlinie.

⁹ Siehe ErwG 7 und 86 der Richtlinie.

¹⁰ Siehe ErwG 3 der Richtlinie.

¹¹ Vgl. Kommissionsentwurf vom 9. Dezember 2015 COM(2015) 634 final, S. 3.

sie auch auf körperliche Datenträger, auf denen digitale Inhalte gespeichert sind (z. B. CDs, DVDs) anzuwenden.¹² Erfasst sind Verträge im Verhältnis *Business-to-Consumer* (B2C), sei es als klassischer Vertrag (digitaler Inhalt gegen Entgelt) oder – und dies ist mit Blick auf das BGB eine Novität – als Vertrag, bei dem der Verbraucher im Gegenzug für die Bereitstellung von digitalen Inhalten personenbezogene Daten¹³ zur Verfügung stellt und sozusagen mit diesen Daten bezahlt (Art. 3 Abs. 1 RL). Die Richtlinie enthält sodann Vorschriften, die insbesondere die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte, die Abhilfen, die dem Verbraucher bei einer nicht vertragsgemäßen Leistung zur Verfügung stehen (Nacherfüllung, Preisminderung, Beendigung des Vertrages), sowie die Beweislast betreffen. Da die Richtlinie für die verschiedenen Arten der Bereitstellung von digitalen Inhalten einheitliche Regelungen trifft, steht die Richtlinie gewissermaßen „quer“ zu den hergebrachten BGB-Vertragstypen,¹⁴ aus welchen unterschiedliche gewährleistungsrechtliche Pflichten folgen.

Es ist zu ergänzen, dass die Richtlinie eine Vollharmonisierung anstrebt, womit die Mitgliedsstaaten in ihren nationalen Rechtsordnungen in Bereichen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, weder verbraucherfreundlichere noch -feindlichere Regeln vorsehen dürfen (Art. 4 RL). Unberührt lässt die Richtlinie hingegen nationale Vorschriften insbesondere über die Form, das Zustandekommen und die Gültigkeit von Verträgen (Art. 3 Abs. 10 RL). Ebenso bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, die Bedingungen für die Ausübung des Rechts auf Schadensersatz zu regeln (Art. 3 Abs. 10 RL).

Mit Blick auf den Forschungsstand zum Recht der digitalen Spiele ist festzustellen, dass die wissenschaftliche Durchdringung dieses Rechtsgebiets insgesamt noch nicht weit vangeschritten ist. Nur einige wenige Monographien und Praxishandbücher befassen sich mit dem Recht der digitalen Spiele. Zu nennen sind hier vor allem die Monographien von *Psczolla*¹⁵, *Matzenberger*¹⁶, *Gräber*¹⁷ und *Grabosch*¹⁸ sowie das Handbuch von *Duisberg/Picot*¹⁹. Die Praxishandbücher von *Koch*²⁰, *Redeker*²¹, *Kilian/Heussen*²² sowie *Hoeren/Sieber/Holznapel*²³ erfassen mehrheitlich allgemein das IT/Multimedia-Recht und berühren das Recht der digitalen Spiele allenfalls am Rande. Tatsächlich fehlte in Deutschland eine Gesamtdarstellung zum Recht der Computerspiele bis im Jahr 2013 das Handbuch *Recht der Computerspiele* von *Rauda*²⁴ erschienen ist. Bislang weitgehend unerforscht ist die Frage, wie sich die Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen auf Verträge über digitale Spiele auswirken wird. In der Literatur finden sich dazu bislang nur einige wenige Anmerkungen, etwa in der Kommentierung von *Schulze/Staudenmayer*²⁵

¹² Siehe ErwG 19 f. und 41 der Richtlinie.

¹³ Umfassend zu personenbezogenen Daten als Gegenleistung siehe *Staudenmayer*, IWRZ 2020, 147 (148 f.).

¹⁴ So *Metzger*, JZ 2019, 577 (578).

¹⁵ *Psczolla*, Onlinespielrecht.

¹⁶ *Matzenberger*, Die Zukunft der Computerspiele.

¹⁷ *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern.

¹⁸ *Grabosch*, Analoges Recht.

¹⁹ *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele.

²⁰ *Koch*, Computer-Vertragsrecht.

²¹ *Redeker*, IT-Recht.

²² *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch.

²³ *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Handbuch Multimedia-Recht.

²⁴ *Rauda*, Recht der Computerspiele.

²⁵ *Schulze/Staudenmayer*, EU Digital Law.

sowie in einem Tagungsband von *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*²⁶. Hier setzt die vorliegende Arbeit an und unternimmt einen ersten Versuch, diese Forschungslücke zu schließen und Anstöße für die weitere Forschung zum Recht der digitalen Spiele zu geben.

1.2 Zielsetzung der Arbeit und Gang der Untersuchung

Im Zuge der vorliegenden Arbeit wird untersucht, ob die Richtlinie für die komplexen Strukturen und die Vielzahl der Geschäftsmodelle der Spielindustrie mit ihren zahlreichen Vertragskonstellationen geeignete und zweckmäßige Lösungen bereithält. Die Untersuchung wird hierbei von der zentralen Forschungsfrage, ob und inwieweit die Richtlinie dem Verbraucher – konkret dem Spieler – im Vergleich zur nationalen Rechtslage Vorteile oder Nachteile bringt, angeleitet. Hierfür bedarf es einer Analyse vielfältiger Fragen. Wird die Vielzahl der digitalen Spielverträge von der Richtlinie erfasst oder nur ein Ausschnitt hiervon? Bietet sie gegenüber der derzeitigen Rechtslage einen Vorteil, indem sie anders als das BGB auf eine vertragstypologische Einordnung verzichtet und lediglich auf den Vertragsgegenstand bzw. die Art des überlassenen Gutes abstellt? Hält die Richtlinie im Vergleich zu den bisherigen nationalen Regelungen sinnvollere Bestimmungen in Bezug auf die rechtliche Behandlung von digitalen Spielverträgen bereit? Gibt die Richtlinie dem Unternehmer und dem Verbraucher klare Regelungen an die Hand, mit deren Hilfe der Verbraucher klar bewerten kann, wann ein Vertragsprodukt nicht vertragskonform ist und welche Abhilferechte ihm in diesem Falle zur Verfügung stehen? Wie behandelt die Richtlinie die in digitalen Spielverträgen häufig vorkommenden Mehrpersonenkonstellationen? Schafft die Richtlinie Klarheit für den Verbraucher über seinen Anspruchsgegner? Wie verhält es sich mit den weiteren Vertragsverhältnissen, die der Verbraucher abschließen muss, wenn er in den Spielgenuss kommen möchte: Werden diese beispielsweise von einer Vertragsbeendigung erfasst? Wird die Richtlinie den Besonderheiten von Konsolen- und Computerspielverträgen, die sowohl als Dauerschuldverhältnisse als auch als punktuelle Austauschverträge ausgestaltet sein können, gerecht?

Um all diese aufgeworfenen Fragen beantworten zu können, wird in Hauptkapitel 3 („Auswirkungen der Richtlinie auf Verträge über digitale Spiele“), das den Kern der vorliegenden Arbeit bildet, der typische Verlauf eines Vertrages über digitale Spiele – angefangen vom Erwerb des digitalen Spiels über die ggf. erforderliche Installation und die ggf. erforderliche Erstellung von Spiele-Accounts bis hin zum Auftreten von Mängeln und anderen Vertragswidrigkeiten – einer rechtlichen Analyse unterzogen. Innerhalb der einzelnen Abschnitte des so nachgezeichneten „*Life-Cycle*“ des digitalen Spiels werden jeweils die bisher geltenden Regeln des deutschen Rechts und die Vorschriften der Richtlinie gegenübergestellt und verglichen. Bei der Darstellung des „*Life-Cycles*“ der digitalen Spiele stehen der Erwerb und die Bereitstellung des Spiels einschließlich dem Erwerb und der Bereitstellung von Erweiterungen für das Spiel, die Vertragsmäßigkeit des Spiels sowie die Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit im Fokus.

Zuvor müssen allerdings noch die Grundlagen für diese Analysen bereitgestellt werden. Dies erfolgt in Hauptkapitel 2 („Grundlagen“), in welchem der vorliegend verwendete Begriff „digitales Spiel“ geklärt wird. Daneben werden die etablierten Geschäftsmodelle für digitale

²⁶ *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht.

Spiele erörtert, deren Kenntnis für die Analyse der den Erlösmodellen zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse erforderlich ist. Schließlich wird in dem Grundlagenkapitel ein kurzer Überblick zu den Teilnehmern am Spielmarkt gegeben. Um den Einstieg zu erleichtern, folgt mit Kapitel 3.1 („Die Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen im Überblick“) eine kurze Einführung in die Systematik und die wichtigsten Inhalte der Richtlinie.

1.3 Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Gegenstand der Arbeit sind allein die Regelungsbereiche der Richtlinie. Die Arbeit konzentriert sich daher auf den Anwendungsbereich der Richtlinie, die Definition und die Bereitstellung des Vertragsgutes, die Vertragswidrigkeit, die Abhilferechte und die Rechtsfolgen insbesondere nach Vertragsbeendigung. Nicht eingegangen werden kann auf Aspekte des allgemeinen Vertragsrechts wie beispielsweise die allgemeinen Bestimmungen zum Zustandekommen von Verträgen, die Wirksamkeit, die Nichtigkeit oder die Wirkungen eines Vertrages, die von der Richtlinie (Art. 3 Abs. 10 RL) auch explizit ausgeklammert werden. Bereiche wie das Minderjährigenrecht, das Fernabsatzrecht mit den Widerrufsrechten des Verbrauchers und das AGB-Recht sind ebenfalls nicht Untersuchungsgegenstand. Ebenso werden datenschutzrechtliche Bestimmungen sowie urheberrechtliche Fragestellungen weitestgehend ausgeklammert.²⁷ Dies gilt auch für die praktisch bedeutsame und sehr umstrittene Frage, inwieweit dem Spieler das Recht zur Weiterveräußerung digitaler Spiele zusteht.²⁸

2 GRUNDLAGEN

2.1 Digitale Spiele: Begriff und Differenzierung nach Endgerät

Mit den oftmals synonym verwendeten Begriffen „Computerspiele“, „PC-Spiele“, „Videospiele“, „Konsolenspiele“, „Bildschirmspiele“, „Handyspiele“ und „elektronische Spiele“ stehen verschiedene Bezeichnungen für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit zur Verfügung. Eine gesicherte Terminologie für Computer- bzw. Videospiele existiert (soweit ersichtlich) nicht. Dies mag auch daran liegen, dass an diese Begriffe keine rechtlichen Verhältnisse geknüpft werden. Wenngleich also eine randscharfe Definition für die rechtliche Bewertung nicht zwingend erforderlich ist,²⁹ dient eine Eingrenzung der Begrifflichkeiten der besseren Nachvollziehbarkeit der späteren Darstellung und ist bereits wegen der

²⁷ Umfassend zum Spannungsverhältnis der Richtlinie zum Urheber- und dem Datenschutzrecht vgl. *Sattler*, NJW 2020, 3623. *Sattler* stellt darin fest, dass den Gerichten die Aufgabe überlassen bleibt, das Vertrags-, das Urheber- und das Datenschutzrecht zu synchronisieren, da die Richtlinie selbst keine Kriterien für eine Handhabung dieser Konflikte bereithält.

²⁸ Zum sog. urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz und dem „*UsedSoft*“-Urteil des EuGH vgl. EuGH Urt. v. 03.07.2012, Az. C-128/11, MMR 2012, 586 (589).

²⁹ So spielt für die rechtliche Bewertung die begriffliche Reichweite der aufgezählten Spielformen auch deswegen keine unmittelbare Rolle, da – wie noch zu zeigen sein wird – sämtliche Begriffe als „digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen“ im Sinne der Richtlinie zu verstehen sind.

unterschiedlichen Geschäftsmodelle, die typischerweise hinter den einzelnen Spielformen (Spielen auf PC, auf Konsole oder auf mobilem Endgerät) stehen, unerlässlich.

Der Begriff „Computerspiel“ ist in Deutschland sowohl in der Alltagssprache als auch in der Wissenschaft weit verbreitet und wird oft synonym für jegliche Form von Unterhaltungssoftware verwendet.³⁰ Im Englischen ist der Begriff „Video Game“ als Oberbegriff für Spiele auf Personal Computern (PC)³¹ und Konsole vorherrschend.³² *Rauda*³³, *Hoffmann*³⁴, *Kauert*³⁵ und *Lambrecht*³⁶ verstehen unter Computerspielen alle Medienprodukte, die, unabhängig von der jeweiligen technischen Plattform, durch Ton- und Grafikausgaben auf einem Bildschirm eine virtuelle Umgebung erzeugen, auf welcher der Spieler durch Interaktion Einfluss nehmen kann. *Matzenberger*³⁷ definiert Computerspiel als ein System, das durch eine elektronische Recheneinheit gesteuert und durch eine dynamische, audiovisuelle Ausgabe gekennzeichnet ist und den Nutzer animiert, in einer vom „gewöhnlichen“ Leben abgetrennten Wirklichkeit freie Entscheidungen zu treffen.

Der Vergleich dieser Definitionen zeigt, dass (i) das Vorliegen eines Spiels in digitaler Form und (ii) die Möglichkeit der Interaktion die zentralen Gemeinsamkeiten der verschiedenen Begriffsbestimmungen sind.³⁸ Das Merkmal der Interaktivität grenzt Computer- und Videospiele von rein rezeptiven Produkten wie Musik, Filmen oder Büchern ab. Auf technischer Seite ist entscheidend, dass die Spielformen über elektronische Geräte bzw. in digitaler Form vermittelt werden.

Die eingangs aufgezählten „Spielformen“ wiederum zeigen, dass die Art des elektronischen Eingabegerätes ein entscheidendes Unterscheidungskriterium und gleichzeitig ursächlich für die spezifische Bezeichnung des jeweiligen digitalen Spielform ist. Digitale Spiele können auf dem PC, auf Spielkonsolen³⁹ oder auf mobilen Endgeräten wie insb. mobilen Spielkonsolen (sog. „*Handhelds*“), Mobiltelefonen und *Tablet-Computern* gespielt werden. Die

³⁰ Vgl. *Ari*, Computerspiele, S. 7; *Förster*, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 2, Rn. 1; *Jöckel*, Spielend erfolgreich, S. 21; *Matzenberger*, Die Zukunft der Computerspiele, S. 44; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 3; *Tolino*, Gaming 2.0 - Computerspiele und Kulturproduktion, S. 62; *Wandtke*, Praxishandbuch Medienrecht Bd. 2, S. 525; *Wimmer*, Massenphänomen Computerspiele, S. 13 f.; für den Oberbegriff Bildschirmspiele siehe *Lambrecht*, Der urheberrechtliche Schutz von Bildschirmspielen, S. 22.

³¹ Ein Computer ist ein Gerät, das Informationen nach einer zumindest prinzipiell frei programmierbaren Vorschrift (Algorithmus) verarbeiten kann. Er besteht stets aus einer Rechen- und Steuereinheit (*Central Processing Unit*, kurz CPU); hinzu kommen regelmäßig eine Speichereinheit (z. B. eine Festplatte) sowie eine Eingabe- und Ausgabereinheit (wie Tastatur und Bildschirm). Diese elektronischen, physisch anfassbaren Elemente eines Computers werden als Hardware bezeichnet, vgl. *Berger/Wündisch*, Urhebervertragsrecht, § 22 Rn. 1.

³² *Jöckel*, Spielend erfolgreich, S. 22 m. w. N.

³³ *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 3.

³⁴ *Hofmann*, Computerspielsysteme, S. 7 f.

³⁵ *Wandtke*, Praxishandbuch Medienrecht Bd. 2, S. 525.

³⁶ *Lambrecht*, Der urheberrechtliche Schutz von Bildschirmspielen, S. 22.

³⁷ *Matzenberger*, Die Zukunft der Computerspiele, S. 44.

³⁸ Zum Attribut „digital“ als wichtigste Eigenschaft dieser Spielform *Wimmer*, Massenphänomen Computerspiele, S. 13.

³⁹ Die drei erfolgreichsten Spielkonsolen sind die *PlayStation* von *Sony*, *Nintendo Wii* von *Nintendo* und die *Xbox* von *Microsoft*; siehe <https://www.netzwelt.de/vergleich/besten-konsolen-ps4-xbox-one-nintendo-switch-vergleich.html> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

spezifischen Begriffe für digitale Spiele beziehen sich folglich auf einzelne Medientechnologien, Ausgabegeräte bzw. Plattformen⁴⁰, auf denen die Spiele laufen.

Der Ausdruck „digitale Spiele“ bietet sich daher als Oberbegriff für alle Spielformen an. Dies gilt umso mehr, als erfolgreiche Spieltitel vermehrt plattformübergreifend, d. h. für PC, Spielkonsole etc. produziert werden.⁴¹ Dieser Oberbegriff kann sodann in die Unterformen „PC-Spiele“ (digitale Spiele, die auf dem PC genutzt werden), „Konsolenspiele“ (digitale Spiele, die auf Konsolen gespielt werden; diese werden häufig auch als „Videospiel“ bezeichnet) und „Spiele auf mobilen Endgeräten“ (die häufig auch als „Handy-Spiele“ bezeichnet werden) unterteilt werden. Die Unterkategorien charakterisieren hierbei die spezifische Spielform der digitalen Spiele bezogen auf ihre Nutzungsform und verwendete Hardwareplattform. Nachfolgend soll daher der Begriff der „digitalen Spiele“ als Oberbegriff für alle aufgezählten Spielformen dienen. Die Unterbegriffe „PC-Spiele“, „Konsolenspiele“ oder „Spiele auf mobilen Endgeräten“ finden dann Verwendung, wenn auf ein „digitales Spiel“ auf einem bestimmten Endgerät Bezug genommen wird.

2.2 Etablierte Geschäftsmodelle für digitale Spiele

Für die folgenden Analysen sind aber auch die typischerweise hinter den verschiedenen Spielformen stehenden Geschäftsmodelle von zentraler Bedeutung. Denn letztlich bestimmt das Geschäftsmodell das zwischen dem Spieleanbieter und dem Spieler bestehende Vertragsverhältnis. Nachfolgend werden daher – differenziert nach Plattformen – die wichtigsten Geschäftsmodelle dargestellt, auf die im späteren Verlauf der Arbeit Bezug genommen wird. Hierbei wird, der oben vorgenommenen Begriffsbestimmung folgend, auf erster Ebene zwischen „PC-Spielen“, „Spielen auf mobilen Endgeräten“ und „Konsolenspielen“ unterschieden.

2.2.1 PC-Spiele

Für die Kategorie der PC-Spiele ist wiederum zwischen *Client- und Browserspielen* zu unterscheiden, denn die unterschiedlichen Modelle der Spielebranche zum Vertrieb von digitalen Spielen und zur Umsatzgenerierung hängen in erster Linie davon ab, ob es sich bei dem Spiel um ein sog. „*Client-Spiel*“ oder ein sog. „*Browserspiel*“ handelt.

2.2.1.1 Differenzierung zwischen Client- und Browserspielen

Bei *Client-Spielen* muss der Spieler zunächst Dateien, die sog. „*Client-Software*“ (auch Spielsoftware, nachfolgend **Client-Software**) auf seinem Rechner, dem sog. „*Client*“⁴² (nachfolgend **Client**), installieren, um das digitale Spiel spielen zu können (nachfolgend **Client-Spiel**). Über die Client-Software wird bei der Onlinenutzung eine Verbindung mit dem „Server“⁴³ (oder auch Host) des Spielanbieters hergestellt. Der Server ist das den

⁴⁰ Der Begriff der (Spiel-)Plattform ist eine technische Ordnungskategorie und gibt an, welche Hardware notwendig ist, um ein Computerspiel spielen zu können.

⁴¹ Vgl. *Wimmer*, Massenphänomen Computerspiele, S 14.

⁴² Vgl. *Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht Teil 1, Rn. 20.

⁴³ Vgl. *Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 20.

Dienst oder die Daten zur Verfügung stellende System, der Client das den Dienst oder die Daten anfordernde System. Die installierte Software speichert Grafiken, Soundfiles, Animationssequenzen und sonstige für das Spiel benötigte Dateien auf der Festplatte des Rechners. Sie dient damit letztlich dazu, die audio-visuelle Darstellung am Rechner des einzelnen Nutzers zu ermöglichen. Die eigentliche Simulation des Spielgeschehens und die Interaktion mit anderen Nutzern finden hingegen auf den Servern der Betreiber statt. Dieses Verfahren ermöglicht aufgrund der Geschwindigkeit der Datenbereitstellung grafik- und damit datenintensive Spiele.

Bei *Browserspielen* ist es hingegen nicht erforderlich, Dateien auf der Festplatte des Rechners zu laden. Vielmehr nutzt der Spieler das Spiel direkt über einen Internetbrowser (z. B. *Mozilla Firefox*, *Microsoft Internet Explorer*, *Opera*, *Apple Safari*, *Google Chrome*) (nachfolgend **Browserspiel**). Die *Big-Point GmbH*, einer der größten Anbieter von Browserspielen in Deutschland, definiert Browserspiele als „*rein webbasierte Spiele, die ausschließlich über den Internet-Browser [...] gespielt werden. Weder ein Download, noch eine Installation sind dafür nötig.*“⁴⁴ Bei diesen webbasierten Spielen werden nahezu sämtliche für das Spielgeschehen notwendigen Berechnungen zentral auf den Servern der Spieleanbieter durchgeführt. Das Ergebnis der Berechnungsvorgänge wird auf dem Browser des Nutzers dargestellt. Aus diesem Grunde weisen Browserspiele im Vergleich zu Client-Spielen eine geringere audiovisuelle Darstellungsqualität auf und sie sind – weil die Rechenleistung des Clients nicht zur Verfügung steht – für Anwendungen mit kontinuierlicher, schneller Benutzerinteraktion mit Spielwelt und Mitspielern eher ungeeignet.⁴⁵ Gleichwohl werden die Qualitätsunterschiede zu Client-Spielen durch die Nutzung von Technologien wie *Ajax*, *Flash* oder *Java* geringer. Browserspiele bieten gegenüber Client-Spielen aber jedenfalls den Vorteil der höheren Verfügbarkeit und leichteren Zugänglichkeit.

2.2.1.2 Client-Spiele

Das klassische Geschäftsmodell für Client-Spiele stellt das Vollpreismodell dar (Einmalzahlung zur vollumfänglichen Nutzung des Spiels). Mittlerweile finden sich zum Vollpreismodell jedoch Varianten und Ergänzungen und der Gewinn wird insbesondere auch aus *Add-Ons*, Abonnements (Abos), *Downloadable Contents* (DLCs) und *Ingame Advertising* generiert. Als Paradebeispiel sei das populäre Spiel *World of Warcraft*⁴⁶ genannt, bei welchem nahezu sämtliche Geschäftsmodelle in Kombination zur Anwendung kommen; so werden neben dem Erwerb des Vollpreisspiels, der *Add-Ons* und den monatlichen Abo-Gebühren weitere kostenpflichtige Elemente wie z. B. zur Individualisierung der Spielfiguren (sog. „Avatare“⁴⁷) angeboten. Im Folgenden werden die genannten Geschäftsmodelle jeweils kurz erörtert.

⁴⁴ Zitiert nach *Hofmann*, *Computerspielsysteme*, S. 19; gleichlautend die Definition bei *Oeler/von Ribbeck*, in: *Duisberg/Picot*, *Recht der Computer- und Videospiele*, Kap. 6 Rn. 10 f.

⁴⁵ *Quandt/Breuer/Festl*, in: *Kaminski/Lorber*, *Clash of Realities 2010*, S. 147 (150).

⁴⁶ Siehe <https://eu.battle.net/shop/de/product/world-of-warcraft-subscription> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020); ausführlich hierzu auch die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag https://de.wikipedia.org/wiki/World_of_Warcraft (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁴⁷ Der Begriff „Avatar“ stammt aus dem Sanskrit und steht für „Herabkunft“. Gemeint war ursprünglich die körperliche Manifestation des Hindu-Gottes „Vishnu“ auf der Erde. Siehe z. B. die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag [https://de.wikipedia.org/wiki/Avatar_\(Internet\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Avatar_(Internet)) (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

2.2.1.2.1 Vollpreismodell

Mit dem Begriff „Vollpreis“ ist der klassische Verkauf der Spielsoftware zu dem vom Anbieter festgesetzten Kaufpreis (dieser liegt derzeit je nach Titel zwischen ca. EUR 10 und EUR 70) für das gesamte Spiel gemeint. Der Käufer muss also nur eine einmalige Zahlung vornehmen, um in den Genuss sämtlicher Inhalte und Leistungen des Spiels zu kommen (englisch *One Time Purchase*).⁴⁸ Bei diesem Geschäftsmodell wird der Erlös somit über den Verkauf der Spielsoftware, die der Spieler auf seinem Client installiert, generiert.

Der gebräuchlichste Vertriebsweg für Client-Spiele war für lange Zeit der Verkauf der Spielsoftware über den stationären Handel oder Versandhandel. Hierbei wird das Computerspiel in einer Verpackung (englisch *Boxed Games*) zum üblichen „Vollpreis“ vertrieben. Der Käufer erhält auf einem Datenträger (üblicherweise CD-ROM) die Client-Software, die er auf seinem Rechner installiert. Das installierte Spiel kann sodann in der Regel ohne Internetverbindung auf dem Heimrechner („offline“) gespielt werden. Diese plattformübergreifend auch als „Offline-Spiele“ bezeichneten Spiele stellen die klassischen Computerspiele dar. Jene Gattung digitaler Spiele, welche über das Internet mit und gegen andere von Menschen gesteuerte Spielfiguren gespielt werden, stellen demgegenüber „Online-Spiele“ dar. Den weit überwiegenden Teil der verkauften Computerspiele kann der Nutzer aber sowohl im Online- als auch Offline-Modus nutzen.⁴⁹

Zwar ist der Vertrieb von Client-Spielen über den stationären bzw. den Versandhandel in den vergangenen Jahren stark zurückgegangen, da es nunmehr möglich ist, auch große Datenmengen über das Internet zu laden, dennoch werden auch heute noch zahlreiche Vollpreisspiele angeboten. Diese werden aber ganz überwiegend nicht mehr als *Boxed Games* gehandelt, sondern unmittelbar digital – ohne den Zwischenhandel – über die Internetseiten der Spielehersteller selbst oder über spezielle elektronische Vertriebsplattformen⁵⁰ heruntergeladen. Die heruntergeladene Client-Software wird anschließend auf dem Rechner des Spielers installiert (sog. „*Electronic Software Distribution*“). Das Computerspiel kommt hier also nicht auf einem Datenträger, vielmehr wird die Client-Software direkt von den Servern der Spielehersteller oder Online-Plattformbetreiber heruntergeladen. Die bekanntesten Vertriebsplattformen oder Online-Plattformen sind *Steam*, *Origin*, *Battle.net* und *Uplay*, die den Spielern neben dem Verkauf von digitalen Spielen zahlreiche Funktionen und Services, wie beispielsweise die Kommunikation mit anderen Spielern, Speicherung der Spielstände auf den Servern⁵¹ oder die automatische Aktualisierung von Spielen anbieten.⁵² Über eine solche digitale Vertriebsplattform können die Konsumenten nach Erstellung

⁴⁸ Gleichwohl ist auch bei Vollpreisspielen ein Trend zum lukrativen Geschäftsmodell der Mikrotransaktionen zu beobachten; siehe <https://www.buffed.de/Branchen-News-Thema-230074/Specials/Lootboxen-Mikrotransaktionen-Vollpreis-Spiel-Trend-Report-1240974/>; sowie <https://www.spiegel.de/netzwelt/games/lootboxen-und-pay2win-was-koennen-spieler-gegen-abzocke-tun-a-1178061.html> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁴⁹ Zur Kategorisierung von Online- und Offline-Spielen siehe *Wandtke*, Praxishandbuch Medienrecht Bd. 2, S. 528; zur Definition von Online-Spielen auch *Quandt/Breuer/Festl*, in: Kamin-ski/Lorber, *Clash of Realities 2010*, S. 147 (149).

⁵⁰ Diese werden vielfach auch als *Gaming-Plattformen*, *Online-Spieleplattformen* oder elektronische Vertriebsplattformen bezeichnet.

⁵¹ Die Abspeicherung der Spielstände verschafft dem Nutzer eine dauerhafte Identität in der virtuellen Welt und ermöglicht es ihm, nach dem Verlassen des Spiels an gleicher Stelle wieder in das laufende Spielgeschehen einsteigen zu können.

⁵² Zu den verschiedenen Online-Plattformen, deren Funktionen und den dahinterstehenden Entwicklungsstudios siehe *Savio*, *Die Computer- und Videospielebranche* S. 42 ff.

eines Benutzerkontos die kostenpflichtige Client-Software direkt auf ihre Rechner herunterladen. Mit dem auf der Online-Plattform erworbenen Schlüssel (englisch *Key*) kann die heruntergeladene Client-Software sodann zur Nutzung freigeschaltet werden.

Hinzu kommt, dass immer mehr Spiele ohne ein entsprechendes Benutzerkonto bzw. einen Spiele-*Account* auf der entsprechenden Online-Plattformen nicht mehr spielbar sind. Vor allem die großen hinter den Online-Plattformen stehenden Entwicklungsstudios und Publisher wie *Valve (Steam)*, *Electronic Arts (Origin)*, *Blizzard Entertainment (Battle.net)* und *Ubisoft (Uplay)* sind zwecks Vermeidung der illegalen Verbreitung ihrer Produkte (sog. Raubkopien) dazu übergegangen, ihre Spiele an ein Benutzerkonto zu binden. Hierfür ist es nötig, vor dem Spielen ein Benutzerkonto auf der entsprechenden Online-Plattform anzulegen und die Client-Software unter Verwendung des *Game-Keys* auf dem PC zu installieren. Der dem jeweiligen Spiel zugeordnete *Game-Key* wird dann unmittelbar an das passwortgeschützte Benutzerkonto des Spielers gebunden. Das Spiel kann hiernach nur noch über diesen *Account* gespielt werden und ist nicht mehr veräußerbar.

Diese Veränderungen in der Spielbranche führen dazu, dass dem Spieler mit dem Erwerb der Client-Software nicht gleichzeitig auch eine Nutzungsmöglichkeit eingeräumt wird. Das Vertragsverhältnis mit dem Spieleanbieter wird aufgespalten in den Erwerb der für die Nutzung des Spiels notwendigen Software und einem separat zu schließender Vertrag, der den Zugang zur Spielwelt in Form der Servernutzung gewährt.⁵³ Der Erwerb der Spielesoftware wird damit nur zu einem von mehreren Elementen, welches zum bestimmungsgemäßen Spielbetrieb erforderlich ist. Dies hat unter anderem zur Folge, dass der Weiterverkauf eines gebrauchten Spiels unterbunden wird – der Spieler wird nicht mehr Eigentümer, sondern Lizenznehmer der Spiele.

2.2.1.2.2 *Abonnement*

Das Vollpreismodell, wonach ein Spieler für den Erwerb der Client-Software nur einmalig einen Geldbetrag leistet, wurde Anfang des neuen Jahrtausends mit dem Auftreten der „*Massively Multiplayer Online (Role-Playing) Games*“ (nachfolgend **MMO(RP)G**) um das sog. „Abonnement“ (auch Subskriptionsmodell genannt) ergänzt. MMOG oder die Rollen spielvariante MMORPG bezeichnen eine Gattung eines digitalen Spiels, das den Spielern eine virtuelle persistente Welt bietet und von sehr vielen, häufig mehreren tausend Spielern gleichzeitig über das Internet gespielt werden kann. Hierzu loggt sich der Spieler über die vorinstallierte Client-Software auf einem (oder auch mehreren) Server ein, die diese virtuelle Welt betreiben. Sodann hat er Zugriff auf seine persönlichen Profile und Spielstände. Die serverbasierte künstliche Spielwelt, die mit virtuellen Städten, verschiedenen Landschaften und ganzen Kontinenten etc. zumeist sehr aufwendig gestaltet ist, existiert und verändert sich aber auch nach dem *Ausloggen* eines einzelnen Spielers weiter.⁵⁴

Da für diese datenintensiven Spiele eine hohe Anzahl an leistungsstarken Servern oder gar ganze Serverfarmen betrieben und gewartet werden müssen, sind MMO(RP)G für die Spieleanbieter mit immensen Anschaffungs- und Unterhaltskosten verbunden. Mit

⁵³ Zur Unterscheidung zwischen Erwerb der Client-Software und Servernutzung vgl. *Oehler/von Ribbeck*, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 11 f.

⁵⁴ Zu Begriff und Entstehungsgeschichte der MMO(RP)Gs siehe *Rittmann*, MMORPGs als virtuelle Welten, S. 27 ff.; *Schumann*, Der Publikumserfolg von Computerspielen, S. 30 f.; *Wimmer*, Massenphänomen Computerspiele, S. 30.

Einmalzahlungen für den Kauf der Client-Software könnten allenfalls die Entwicklungskosten des Spiels abgedeckt werden, nicht jedoch die zusätzlichen Kosten für die Bereitstellung und Wartung der Online-Spielwelt. Aus diesem Grunde hat sich das sog. Abonnement durchgesetzt, was bedeutet, dass der Spieler zur Nutzung (d. h. für den Zugang zu den Servern) vor allem von Online-Rollenspielen einen monatlichen Grundbetrag zwischen EUR 10,00 und EUR 15,00 zahlt, um während einer bestimmten Zeiteinheit die virtuelle Welt nutzen zu können. Dies ist beispielsweise auch bei dem Spiel *World of Warcraft*⁵⁵ des Entwicklungsstudios *Blizzard Entertainment* der Fall.⁵⁶ Als Alternative zu diesem Abo-Modell vertreibt *Blizzard Entertainment* Prepaidkarten, sog. *Game Cards*, für *World of Warcraft*, die frei über den Einzelhandel erworben werden können und über die der Zugriff auf die Server (auch ohne Abonnement) für zum Beispiel 30 oder 60 Tage erlangt wird.⁵⁷

Ganz grundsätzlich jedoch zeichnet sich (auch) unter den Anbietern von Client-Spielen mittlerweile eine gewisse Tendenz ab, von dem für Client-Spiele bislang so typischen Vollpreismodell abzugehen. Vermehrt werden die Computerspieltitel (also die Client-Software) mit beschränkten Spielfunktionen zum kostenlosen Download angeboten und weitere Funktionen und Spieloptionen erst gegen eine Einmalzahlung (ggf. in Form von *Downloadable Content*⁵⁸ oder *Micropayments*⁵⁹) freigeschaltet oder gegen monatliche Zahlungen im Stil eines Abonnements mit einem sog. *Premium-Account* (auch *Freemium-Modell*)⁶⁰ angeboten. Da die Geschäftsmodelle „*Micropayments*“ und „kostenpflichtige *Premium-Accounts*“ primär bei Browserspielen Einsatz finden, soll ihre Darstellung allerdings erst dort (Kapitel 2.2.1.3) erfolgen.

2.2.1.2.3 Add-Ons

Für PC-Spiele ist zudem der Vertrieb von Spielerweiterungen (sog. „*Add-Ons*“ oder „*Expansions*“), mit welchen das (zum Vollpreis erworbene) Basisspiel um zusätzliche Inhalte und Spielmöglichkeiten erweitert werden kann, üblich (nachfolgend **Add-Ons** oder **Expansions**). Dies können etwa neue Spielabschnitte, Karten, Missionen, Truppen, Gegner, Waffen, Charaktere, Fähigkeiten oder neue Funktionen sein, die das Basisspiel zuvor nicht hatte.⁶¹ Der Preis hierfür liegt ca. zwischen EUR 10,00 und EUR 70,00 und ist somit ähnlich hoch wie jener für das Basisspiel. Für besonders erfolgreiche Spieltitel erscheinen mitunter auch mehrere Erweiterungen. In der Regel sind die Erweiterungen nicht eigenständig ausführbar und benötigen zur Installation das Basisspiel, in das sie hineinstalliert und

⁵⁵ Siehe <https://eu.battle.net/shop/de/product/world-of-warcraft-subscription> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020) Der Preis für das Abonnement beträgt je nach gewählter Vertragslaufzeit derzeit zwischen EUR 10,99 und EUR 12,99 monatlich.

⁵⁶ Hierzu *Müller-Lietzkow*, in: Kaminski, Clash of Realities 2008, S. 199 (209); *Savio*, Die Computer- und Videospielebranche, S. 33.

⁵⁷ Siehe <https://www.mmoga.de/World-of-Warcraft/WoW-Key-Gamecard/WoW-Gamecard-Prepaid-60-Tage-EU.html> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁵⁸ Hierzu noch unten, Kapitel 2.2.1.2.4.

⁵⁹ Hierzu zu noch unten, Kapitel 2.2.1.3.2.

⁶⁰ Hierzu zu noch unten, Kapitel 2.2.1.3.1.

⁶¹ Vgl. *Wandtke*, Praxishandbuch Medienrecht Bd. 2, S. 556.

innerhalb dessen sie ausgeführt werden.⁶² Es gibt allerdings auch eigenständige Erweiterungen (*Stand-Alone* genannt), die auch ohne das zugrunde liegende Spiel laufen.⁶³

Add-Ons haben für die Spieleanbieter den Vorteil, dass das ursprüngliche Spielprinzip und die Grafik-Engine gegenüber dem Grundspiel – anders als bei „echten“ Fortsetzungen – kaum verändert werden muss, da die zugrunde liegende Technik und die Benutzeroberfläche des Hauptprogramms weitergenutzt werden können und nur in einigen Punkten adaptiert werden müssen. Mit Add-Ons können somit die Entwicklungskosten gesenkt und der Produktlebenszyklus verlängert werden, indem die Spieler länger an das Basisspiel gebunden werden.⁶⁴

2.2.1.2.4 Downloadable Content (DLC)

Eine relativ neue Form der Erweiterung von Vollpreisspielen stellen kostenpflichtige „herunterladbare Inhalte“ (englisch *Downloadable Content* oder *Download Content*, kurz DLC genannt) dar (nachfolgend **DLC**). Genau wie herkömmliche Add-Ons erweitern DLCs das ursprüngliche Basisspiel um zusätzliche Inhalte wie neue Karten, Truppen, Missionen und dergleichen mehr, allerdings mit dem Unterschied, dass sie zumeist von deutlich geringerem Umfang sind als Add-Ons und deshalb bereits ab rund EUR 1 erhältlich sind (und selten mehr als EUR 10 kosten).⁶⁵ Ein weiterer Unterschied – und namensstiftend für DLCs – ist der Umstand, dass herunterladbare Spielinhalte über Online-Vertriebsplattformen und damit unter Vermeidung von Verpackungskosten und Händlermargen angeboten und vertrieben werden.⁶⁶ Klassische Add-Ons sind demgegenüber – wie die Vollpreisspiele selbst – auch im Handel erhältlich.

Die Idee, zusätzliche kostenpflichtige Spieleinhalte in Form von DLCs für Vollpreisspiele anzubieten, ähnelt dem bei webbasierten Spielen etablierten Geschäftsmodell des *Micropayments*. Beide Geschäftsmodelle basieren auf der Umsatzgenerierung durch kostenpflichtige Erweiterungen mit dem Unterschied, dass dem *Micropayment*, worauf in Kapitel 2.2.1.3.2 noch zurückgekommen wird, der sog. „Free-to-Play“-Ansatz zugrunde liegt, während DLCs Zusatzinhalte für Vollpreisspiele darstellen.

2.2.1.2.5 Ingame Advertising

Das sog. *Ingame Advertising* stellt für die Spielehersteller mittlerweile ein lukratives Geschäftsmodell dar.⁶⁷ Während in den frühen Anfängen der digitalen Spielindustrie die Unternehmen von den Entwicklern für die Abbildung ihrer Marken noch Lizenzgebühren verlangten, hat sich die Situation mittlerweile verkehrt. So lassen sich die Spielehersteller heute für die Integration von Marken oder „realen“ Produkten in ihre Spiele von den Unternehmen bezahlen.⁶⁸ Beim *Ingame Advertising* werden die Werbebotschaften schlüssig und

⁶² So stellt etwa „*Warcraft III: The Frozen Throne*“ ein Add-On zum Basisspiel „*Warcraft III: Reign of Chaos*“; oder „*Die Sims 2: Open for Business*“ ein Add-On zum Basisspiel „*Die Sims 2*“ dar.

⁶³ Als Beispiele für Stand-Alones seien „*Unreal: Return to NaPali*“ und „*Crysis: Warhead*“ genannt.

⁶⁴ Vgl. hierzu auch den Eintrag „Computerspiel-Erweiterung“ in der freien Enzyklopädie Wikipedia (<https://de.wikipedia.org/wiki/Computerspiel-Erweiterung>, zuletzt abgerufen am 01.03.2020), in welchem auch weiterführende Links zu den hier genannten Beispielen enthalten sind.

⁶⁵ Hierzu auch Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 53.

⁶⁶ Falls überhaupt, werden sie erst viel später auf einem Datenträger veröffentlicht.

⁶⁷ So auch Gaca, Markenmanagement in Video- und Computerspielen, S. 13 f.

⁶⁸ Vgl. Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 34 ff.

organisch in die Spielwelt integriert, sodass sie vom Spieler nicht als so störend empfunden werden oder im besten Falle sogar zur Verstärkung der Fiktion beitragen (nachfolgend **Ingame Advertising**).⁶⁹

Die Werbung kann hierbei passiv, beispielsweise durch die Platzierung von realen Marken auf virtuellen Banden in Rennspielen, auf einer virtuellen Getränkeflasche oder auf einem sonstigen virtuellen Gebrauchsgegenstand, der nicht weiter zur Handlung beiträgt, erfolgen. Sie kann aber auch aktiv als spielbezogenes Element eingesetzt werden; so stehen z. B. in dem sehr beliebten Autorenn-Spiel *Need for Speed*⁷⁰ die Fahrzeuge real existierender Fahrzeugmarken zur Auswahl, die darüber hinaus durch Bauteile real existierender Fahrzeugzulieferer erweitert und modifiziert werden können.⁷¹ Als in das Spiel integrierte Werbung ist das Ingame Advertising somit von Werbeeinblendungen, Unterbrecherwerbung (englisch *Interstitials*) oder Werbebannern, wie sie bei digitalen Spielen auf mobilen Endgeräten und bei webbasierten „Free-to-Play-Spielen“ verbreitet sind, abzugrenzen. Letztere Werbemaßnahmen sind bei Client-Spielen unüblich.

2.2.1.3 Browserspiele

Da bei Browserspielen eine Installation und damit der Erwerb einer Software nicht erforderlich sind, können Anbieter von Browserspielen keinen Erlös durch den Absatz von entsprechender Software wie beim Client-Spiel generieren. Für Browserspiele hat sich als Geschäftsmodell das sog. „Free-to-play“ (auch *Freemium*⁷²) durchgesetzt (nachfolgend **Free-to-Play** oder **Freemium**).⁷³ Dies bedeutet, dass die Spieler die Grundfunktionen und grundlegenden Inhalte des Spiels kostenfrei nutzen können und der Erlös aus dem Angebot von sog. „Premium-Accounts“, aus dem Verkauf von kostenpflichtigen Zusatzinhalten oder aus Werbeeinnahmen generiert wird. Oft kommen diese drei Geschäftsmodelle auch in Kombination zur Anwendung. Die Vorteile dieser Free-to-Play-Spiele sind der einfache Zugang zu einem großen Publikum und die rasante Verbreitung des Spiels, weil das Spiel ohne die Hemmschwelle einer Geldzahlung (zunächst) kostenfrei gespielt werden kann.⁷⁴ Auf diese Weise können die Spieleanbieter auch Gelegenheitsspieler (englisch *Casual Gamer*) ansprechen, die nicht viel Geld ausgeben wollen.⁷⁵

⁶⁹ Vgl. *Schultheiss*, Im Reich der interstellaren Händler, S. 56.

⁷⁰ Siehe die offizielle *Need-for-Speed-Website* des Unternehmens *Electronic Arts* unter <https://www.ea.com/de-de/games/need-for-speed> (zuletzt aufgerufen am 01.03.2020).

⁷¹ Hierzu auch *Savio*, Die Computer- und Videospielebranche, S. 37.

⁷² Zusammengesetzt aus „free“ und „Premium“.

⁷³ Siehe hierzu insb. *Weidemann*, LEAD digital 21/2013, 15 ff.

⁷⁴ Nach Ansicht von *Frank Gibeau*, Spitzenmanager des prominenten Entwicklungsstudios und Publishers *Electronic Arts (EA)*, werde daher der heute dominierende Verkauf von Software – befeuert durch den steigenden Absatz von Smartphones und Tablet-Computer – bis Ende des Jahrzehnts vom „Free-to-Play-Ansatz“ abgelöst werden; siehe <https://www.heise.de/newsticker/meldung/EA-Free-to-Play-Geschaeftsmodell-gehoert-die-Zukunft-1667902.html> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁷⁵ Der Chef des Spieleentwicklers und Publishers *Ubisoft*, *Yves Guillemot*, sieht darin eine "riesige Chance für die gesamte Branche" und eine lukrative Ergänzung zum Geschäft mit Vollpreistiteln, welches seiner Ansicht nach aber weiter eine große Rolle spielen werde; siehe <https://www.neuepresse.de/Nachrichten/Medien-TV/Verschenken-als-Geschaef-Gratis-Computerspiele-boomen> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

Zu den Browserspielen zählen auch die 2009 populär gewordenen sog. *Social Games*, die auf sozialen Netzwerken wie *Facebook*⁷⁶ gespielt werden können.

2.2.1.3.1 Premium-Accounts (Abonnements)

Premium-Accounts (oder auch *Premium-Services*) sind eine spezifische Variante des Abonnements (nachfolgend **Premium-Accounts**). In der kostenlosen Basisvariante verfügt der Spieler in der Regel nicht über die volle Optionsvielfalt. Vielmehr stehen ihm nur eingeschränkte Funktionen, Informationen und Inhalte bereit. Der Premium-Account schaltet dem Spieler zusätzliche *Features* des Spiels frei, wodurch ihm letztlich gegenüber dem nicht-zahlenden Spieler ein mitunter erheblicher Spielvorteil gewährt wird. Diese Spielvorteile können sich z. B. in dem Erhalt von mehr Spielgeld oder einer höheren Anzahl von durchführbaren Aktionen pro Tag oder in Bedienvorteilen durch übersichtlichere Ansichten oder längere Bauschleifen von Gebäuden niederschlagen.⁷⁷ Ganz überwiegend fallen bei Nutzung eines Premium-Accounts auch die in den Browser-Fenstern sonst eingeblendeten Werbebanner weg.

Der Spieleinstieg ist bei diesen Browserspielen meist so gestaltet, dass zu Beginn kein Premium-Account erforderlich ist, um die Einstiegsbarrieren gering zu halten. Mit Fortgang des Spieles steigt jedoch der Bedarf an einem Premium-Account, um das zuvor Erreichte durch die Bedienvorteile zu organisieren und durch die Spielvorteile weiter ausbauen zu können. Um die Vorzüge eines Premium-Accounts zu bewerben, bieten die Spieleanbieter nach dem Erreichen einer bestimmten Punktzahl häufig eine kurze und kostenlose Probezeit des Premium-Accounts an. Die Eintrittsbarrieren für den Erwerb eines solchen Premium-Accounts sinken hierdurch.

Die Transaktion für den Erwerb eines Premium-Accounts kann auf unterschiedlichste Weise ausgestaltet sein. Ein Direkterwerb mit realen Zahlungsmitteln ist genauso verbreitet wie der Erwerb mit zuvor umgetauschter virtueller *In-Game-Währung* (nachfolgend **In-Game-Währung**).⁷⁸ Eine weitere Methode ist der Kauf von Premium-Punkten, der den Zugang zu *Premium-Services* für einen bestimmten Zeitraum ermöglicht und durch einen Mengenrabatt umso günstiger ausfällt, je mehr Premium-Punkte auf einmal gekauft werden. Einige Spielehersteller bieten bei Einbindung von speziellen Technologieanbietern⁷⁹ den Spielern zusätzlich die Möglichkeit an, durch die Teilnahme an Umfragen, Gewinnspielen oder den Erwerb von Produkten bzw. Dienstleistungen bei Werbepartnern Premium-Punkte zu verdienen.⁸⁰

⁷⁶ Die bekanntesten Spiele sind hier wohl *FarmVille* und *Mafia Wars* von dem Browserspiel-Entwickler *Zynga*.

⁷⁷ Beispiele aus dem Spiel *Die Stämme* des Spielentwicklers *InnoGames* umfassend darstellend *Savio*, Die Computer- und Videospielebranche, S. 61 ff.; siehe auch *Weidemann*, LEAD digital 21/2013, 15 ff.

⁷⁸ Gibt es mehrere In-Game-Währungen, für die in der jeweiligen Spielwelt essenzielle Verbesserungen verschiedenster Art erworben werden können oder müssen, ist häufig eine dieser Währungen nur äußerst schwer oder überhaupt nicht innerhalb der Spielwelt zu erwirtschaften. Bei nur einer In-Game-Währung lassen sich häufig größere Mengen gegen Gebühr dem *Spielaccount* hinzufügen. In beiden Fällen bietet das Spiel dem Spieler den Erwerb besagter Währung über den Einsatz von realen Zahlungsmitteln an. Bsp. zu In-Game-Währungen und deren Einsatz bringt *Savio*, Die Computer- und Videospielebranche, S. 58 ff.

⁷⁹ Einer der größten Anbieter für dieses Erlösmodell in Deutschland ist die *Fyber GmbH* in Berlin.

⁸⁰ Zu diesem Modell ausführlich *Savio*, Die Computer- und Videospielebranche, S. 63.

2.2.1.3.2 *Micropayments*

Laut Savio⁸¹ entstand das Free-to-Play-Konzept, das sich durch *Micropayments* finanziert, in Südkorea, und zwar aufgrund des dort stark umkämpften Marktes. Um dem hohen Konkurrenzdruck standzuhalten, haben die Spielehersteller (nach Experimenten mit verschiedenen Erlösmodellen) die zuvor gängigen Abo-Gebühren abgeschafft und die Spiele kostenlos auf dem Markt angeboten. Umsätze erzielen die Spielehersteller durch den Verkauf von kostenpflichtigen Spielinhalten im ansonsten kostenfreien Spiel (nachfolgend **Micropayments**). Es handelt sich hierbei um Gegenstände oder Charakteristika, die der Spieler nur schwer bzw. mit erheblichem Zeitaufwand oder auch gar nicht erspielen kann.

Diese kostenpflichtigen Elemente können besondere virtuelle Gegenstände (englisch *Items*) wie Waffen oder Ausrüstung, aber auch Fähigkeiten, für das Spiel relevante Zusatzinformationen bzw. Statistiken oder sonstige kleinere Vorteile sein, die das Fortkommen des Spielers befördern oder ihm erweiterte Handlungsoptionen gewähren. Je nach Spiel können die nicht-zahlenden Spieler diese *Items* durch langes und intensives Spielen ebenfalls erlangen oder sie sind nur den zahlenden Spielern vorbehalten.⁸² Neben den die Spielbalance beeinflussenden *Items* werden aber auch *Features* angeboten, die (lediglich) der individuellen Anpassung des Spielcharakters, dessen Gestaltung und Erscheinung (englisch *Customization Items*), dienen.⁸³

Wie bei dem Geschäftsmodell der Premium-Accounts werden für den Erwerb der zusätzlichen kostenpflichtigen Elemente verschiedene Möglichkeiten angeboten (direkter Erwerb gegen reale Zahlungsmittel oder mit zuvor umgetauschter In-Game-Währung).

2.2.1.3.3 *Werbefinanzierung*

Im Vergleich zu den Geschäftsmodellen „Premium-Account“ und „Micropayments“ ist die alleinige Werbefinanzierung insbesondere wegen der Möglichkeiten der Spieler, Werblocker (englisch *Ad-Blocker*) zu nutzen, zum Teil nicht sonderlich lukrativ. Gleichwohl haben sich neben dem bereits oben dargestellten lukrativen *In-Game-Advertising*⁸⁴, das auch bei Browserspielen eingesetzt wird, zahlreiche Werbemodelle etabliert, die nahezu in jedem Browserspiel – und ebenso in digitalen Spielen auf mobilen Endgeräten – auch in Kombination – enthalten sind.⁸⁵

Eines dieser Werbemodelle ist das Schalten eines Werbevideos, bei dem der Spieler entscheidet, ob er es sehen möchte oder nicht (englisch *Rewarded Video Ads*). Für das Sehen des (sodann nicht unterbrechbaren oder überspringbaren) Werbevideos erhält der Spieler eine Gegenleistung bzw. Belohnung, wie beispielsweise eine bestimmte Menge der virtuellen Währung des Spiels oder Premium-Punkte für den Zugang zum Premium-Account des Spiels. Derartige *Rewarded Videos* werden oft auf sog. *Offer Walls* platziert. Hierbei handelt es sich um eine Aufstellung von Angeboten diverser Werbeanbieter in einer einzigen

⁸¹ Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 58.

⁸² Manchmal sind die In-Game-Käufe mandatorisch für die eigene Leistungsfähigkeit und der Spieler kann nur so mit führenden (und ebenfalls zahlenden) Mitspielern gleichziehen.

⁸³ Ausführlich zum Micropayment-Geschäftsmodell Hofmann, Computerspielsysteme, S. 27; Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 58; Wandtke, Praxishandbuch Medienrecht Bd. 2, S. 529; Wimmer, Massenphänomen Computerspiele, S. 130.

⁸⁴ Hierzu bereits Kapitel 2.2.1.2.5.

⁸⁵ In aller Ausführlichkeit zu den aktuellen Werbemodellen im Internet Lammenett, Praxiswissen Online-Marketing. Siehe auch Weidemann, LEAD digital 21/2013, 15 (16 f.).

Werbung. Der Spieler erhält hierbei die Möglichkeit, die dort dargestellten Angebote anzunehmen und beispielsweise ein Werbevideo anzusehen, an einer Umfrage teilzunehmen, eine Bewertung abzugeben oder Produkte und Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen und hierfür im Gegenzug virtuelle Währung bzw. Premium-Punkte für das Spiel zu erhalten.⁸⁶

Ein weiteres Modell stellt die sog. „Unterbrecherwerbung“ (englisch *Interstitials*) dar. Interstitials sind Werbebanner, welche das Browserspiel kurz unterbrechen und diese Aufmerksamkeit für die Werbebotschaft nutzen. Eine gängige Form des Interstitials ist das sog. Pop-up, so z. B. beim Ladevorgang des Spiels am Anfang oder in Zwischensequenzen.⁸⁷

Sehr verbreitet ist nach wie vor auch die klassische Bannerwerbung (englisch *Banners*), bei der die Werbung meist als Banner in die Webseite eingebunden ist und mit einem Hyperlink auf die Website des Werbenden verweist. Die Einnahmen der Spieleentwickler richten sich hierbei nach der Anzahl der Klicks, die den Spieler auf die Seite des Werbetreibenden führen.⁸⁸

2.2.2 Spiele auf mobilen Endgeräten

Die Nutzung mobiler Spiele ist mit der Verbreitung von Smartphones und der Erfindung des Tablet-Computers extrem angestiegen. Mobile (Client-)Spiele werden als Anwendungsprogramme (englisch *Apps*) für mobile Endgeräte über spezielle *Online-Stores* (*App Store*, *Google Play* etc.) vertrieben.⁸⁹ Als Erlösmodelle haben sich neben dem Verkauf der teilweise nur wenige Euro teuren Spiele in den *Online-Stores* vor allem das Micropayment, wie sie bei dem Freemium-Modell in den Browserspielen üblich sind, und die Werbefinanzierung etabliert. Auf den mobilen Endgeräten werden auch die sehr beliebt gewordenen *Social Games* gespielt, welche in ein soziales Netzwerk wie beispielsweise *Facebook* eingebettet sind. Da auf mobilen Endgeräten – genauso wie am PC – Client- und Browser-spiele gespielt werden können, gilt im Wesentlichen das bereits zu den PC-Spielen Gesagte.

2.2.3 Konsolenspiele

Unter Konsolen- bzw. Videospiele sind digitale Spiele zu verstehen, die auf eigens für Spielzwecke gebauten Rechnern, sogenannten Konsolen, genutzt werden. Die meisten Konsolen werden an einen Fernseher angeschlossen, der als Monitor dient. Wenn die Konsole mit einem eigenen Bildschirm ausgestattet ist, bezeichnet man sie als „Handheld-Konsole“. Anders als bei Heimcomputern handelt es sich bei Konsolen um Endgeräte, die speziell und primär zum Spielen konzipiert wurden, deren Hauptzweck mithin die Nutzung von Spielesoftware ist und deren Technologie dementsprechend für diese Funktion optimiert wurde.⁹⁰ Gleichwohl ermöglichen die heutigen Konsolen neben dem Spielen auch andere Nutzungsformen, wie Musik- und Filmwiedergabe, Nutzung von Applikationen (englisch

⁸⁶ Zur Bedeutung, die *Rewarded Video Ads* mittlerweile einnehmen, siehe <https://onlinemarketing.de/news/rewarded-video-ads-findet-hohe-akzeptanz-im-mobile-gaming> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020). Siehe auch *Weidemann*, LEAD digital 21/2013, 15 (16).

⁸⁷ Vgl. hierzu *Wandtke*, Praxishandbuch Medienrecht Bd. 2, S. 549.

⁸⁸ Siehe z. B. *Schultheiss*, Im Reich der interstellaren Händler, S. 52 f.

⁸⁹ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 11 f.

⁹⁰ Vgl. *Jöckel*, Spielend erfolgreich, S. 24.

Apps) sowie Internetzugang. Anders als bei PC-Spielen gibt es bei Konsolenspielen keine Unterteilung in Client- und Browserspiele, da sämtliche Konsolenspiele auf der Konsole installiert werden müssen.⁹¹

Wegen der speziellen Hardwarevoraussetzungen im Konsolenspielsegment konstituiert sich der relevante Markt aus der Spielehardware- und der Spielesoftwareindustrie. Die Konsolenhersteller entwickeln und produzieren die Spielkonsolen. Zu den wichtigsten Konsolenherstellern zählen *Sony* mit der Konsole *Playstation*, *Microsoft* mit der Konsole *Xbox*, und *Nintendo* mit den Konsolen *Wii*, *Wii U* sowie der *Switch*.⁹² Die drei etablierten Konsolenhersteller *Sony*, *Microsoft* und *Nintendo* entwickeln und vermarkten gleichzeitig eigenständig Videospiele. Um rasch eine breite Nutzerbasis zu installieren, werden die Konsolen meist nicht kostendeckend angeboten. Denn die Verbreitung der Hardware ist notwendige Voraussetzung, um letztlich in dem lukrativen Lizenzgeschäft tätig zu werden und an den Verkaufserlösen der Spielehersteller zu partizipieren.⁹³

Auf der Seite der Softwareindustrie stehen Spieleentwickler und *Publisher*, die Konsolenspiele entwickeln und vertreiben. In der Regel muss für jedes Videospiele, das auf der Plattform eines Konsolenherstellers entwickelt und vermarktet wird, eine Lizenzgebühr entrichtet werden. Ferner sind die Konsolenhersteller an den Erlösen der Spiele beteiligt.⁹⁴ Diese Zweiteilung des Marktes ist bei der nachfolgenden Darstellung der verschiedenen Erlösmodelle in der Videospieleindustrie zu berücksichtigen. Zwar werden digitale Spiele heute vielfach plattformübergreifend für verschiedene Ausgabegeräte parallel entwickelt; manche Spieltitel werden allerdings nach wie vor exklusiv für eine bestimmte Konsole entwickelt.

2.2.3.1 Vollpreismodell

Sowohl die Konsolen als auch die Spielesoftware, die auf einem elektronischen Datenträger (meist eine CD-ROM oder DVD) geliefert wird, werden sowohl im stationären wie auch im Versandhandel angeboten. Die Konsolenhersteller verdienen an dem Vertrieb eigener Spieltitel, an den Lizenzgebühren und an der Umsatzbeteiligung der Spielehersteller, die für die jeweilige Konsole – möglichst exklusiv – Spiele entwickeln und vertreiben.

Ebenso wie bei PC-Spielen gibt es auch bei Konsolenspielen Online-Plattformen, auf denen die Vollpreisspiele digital heruntergeladen und auf der Konsole installiert werden können. Dies sind *Xbox Live* von *Windows*, *Playstation Store* von *Sony* und *Nintendo eShop* von *Nintendo*. Zum Spielen der erworbenen Spiele ist auch hier die Errichtung eines Benutzerkontos obligatorisch. Im Unterschied zu PC-Spielen erhält man beim Kauf des Vollpreisspiels allerdings keinen *Key*, den der Nutzer bei der Installation des Spiels eingeben muss und der dann untrennbar mit dem *Account* verbunden ist. Vielmehr kann das Spiel auch auf anderen Konsolen mit einem anderen *Account* gespielt werden, was die Verkehrsfähigkeit der gebrauchten Spiele erhöht.

⁹¹ Als Premium-Mitglied einer Konsolenvertriebsplattform erhält man regelmäßig zusätzlichen Speicherplatz in der „Cloud“ und kann zwar nicht die Spiele selbst, aber Spielstände abspeichern.

⁹² Zusätzlich bieten *Nintendo* (*Nintendo 3DS*) und *Sony* (*PS Vita*) sog. *Handheld*-Konsolen an.

⁹³ Vgl. *Steinhofer*, Die Videospieleindustrie im Wandel, S. 30.

⁹⁴ Vgl. *Steinhofer*, Die Videospieleindustrie im Wandel, S. 30.

Ähnlich wie bei den Online-Plattformen für PC-Spiele gelangt der Spieler nach der Erstellung des *Accounts* zudem in aller Regel in den Genuss weiterer Services, wie z. B. Zugang zum Online-Mehrspielermodus⁹⁵, automatische Updates der Spiele, Kommunikationsmöglichkeiten mit anderen Spielern, Speicherung von Spielfortschritten und Vergleich mit anderen Spielern (englisch *Rankings*), Downloadmöglichkeit von Demoversionen und fortlaufende Informationen über Neuerscheinungen.⁹⁶

2.2.3.2 Abonnement

Mittlerweile ist das Abonnement als Geschäftsmodell auch bei Konsolenspielen etabliert und kommt insbesondere bei den mit hohen Serverwartungskosten verbundenen MMO(RP)Gs zum Einsatz. Hierzu zählt z. B. das sowohl für Rechner als auch für die *Playstation* verfügbare MMORPG *Final Fantasy XIV* des Spieleentwicklers *Square Enix*. Nach einer 30-tägigen kostenlosen Spielzeit zahlt der Spieler hier für die Servernutzung EUR 12,99 monatlich, bei dreimonatigen Vertragsschluss EUR 11,99 monatlich und bei einem sechsmonatigen Abonnement EUR 10,99 monatlich.⁹⁷

2.2.3.3 Add-Ons

Genauso wie bei PC-Spielen gibt es auch bei Konsolenspielen Spielerweiterungen in Form von Add-Ons. An den Verkaufserlösen dieser Basisplayerweiterungen sind die Konsolenhersteller ebenfalls beteiligt.

2.2.3.4 Downloadable Content (DLC) und Season Pass

Auch bei Konsolenspielen gibt es Spielerweiterungen in Form der sog. Downloaderweiterungen, den DLCs. Diese werden ausschließlich über die diversen Online-Plattformen vertrieben und sind im stationären Handel nicht erhältlich. Eine Besonderheit im Konsolenmarkt stellt das Angebot zum Erwerb eines sog. *Season Pass* (nachfolgend **Season Pass**) dar. Hierbei handelt es sich um ein Bündelangebot, das dem Käufer Zugriff auf künftige und/oder bereits erschienene DLCs eines Spiels anbietet. Diese können mit dem Season Pass (mittlerweile) automatisch „kostenfrei“ heruntergeladen werden. Die Preise für einen Season Pass beginnen ab etwa EUR 20,00 und hängen vom jeweiligen Spiel ab. Die Spielhersteller bieten den Season Pass regelmäßig dann an, wenn sie eine Reihe von Downloaderweiterungen zu veröffentlichen beabsichtigen. In diesem Fall ist der Erwerb des Season Passes im Vergleich zum Einzelkauf jeder einzelnen Erweiterung günstiger.⁹⁸

⁹⁵ Dies zumeist allerdings nur in Verbindung mit einer gebührenpflichtigen Mitgliedschaft.

⁹⁶ Zur Online-Plattform der *Xbox* siehe die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag https://de.wikipedia.org/wiki/Xbox_Live; zur Online-Plattform der *Playstation* den Eintrag https://de.wikipedia.org/wiki/PlayStation_Network (beide zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁹⁷ Vgl. die Preise auf der Plattform <https://finalfantasydojo.de/news/ffxiv-kosten-abo-bezahlmoeglichkeiten-4328/> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁹⁸ Ausführlicher zum Season Pass https://praxistipps.chip.de/ps4-season-pass-was-ist-das-und-wozu-ist-es-gut_41711 (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

2.2.3.5 Premium-Mitgliedschaft

Das unter den PC-Spielen dargestellte Modell der Premium-Services wird auch von den beiden Konsolenherstellern *Sony* und *Microsoft* angewendet. Als sogenanntes *Xbox-Live-Gold*-Mitglied respektive *Playstation-Plus*-Mitglied erhalten die Spieler den Zugang zum Online-Mehrspieler-Modus, eine beschränkte Anzahl an kostenlosen Spielen pro Monat und Rabatte auf ausgewählte Spiele, Add-Ons und andere Leistungen in den digitalen *Stores*. Entscheidend ist, dass der für Spiele so wichtige Online-Mehrspielermodus ohne eine Mitgliedschaft überhaupt nicht möglich ist. Die Kosten hierfür betragen ca. zwischen EUR 4 und EUR 7 pro Monat, je nachdem über welchen Zeitraum der Spieler die Mitgliedschaft abschließt.⁹⁹

2.2.3.6 Micropayments

Genau wie bei PC-Spielen werden auch in Konsolenspielen den Nutzern neben den DLCs weitere kostenpflichtige Zusatzinhalte für Kleinbeträge angeboten, die als Mikrotransaktionen abgewickelt werden. Dieses Micropayment-Modell wird ebenso wie bei PC-Spielen oft mit dem Verkauf von Vollpreisspielen (und dem für die Online-Mehrspielerfunktion notwendigen Premium-Account) kombiniert. Anders als im Computerspielmarkt ist das mit Micropayments oft im Zusammenhang gebrachte Free-to-Play-Geschäftsmodell für Konsolenspiele jedoch nicht existent. Es werden zwar viele Spiele mithilfe von kostenfreien Demo- und Testversionen beworben, diese haben aber im Vergleich zum Freemium-Modell deutliche Einschränkungen (z. B. nur wenige Ebenen und Funktionen) oder stehen zeitlich nur begrenzt zur Verfügung.¹⁰⁰

2.2.4 Zusammenfassende Darstellung der Geschäftsmodelle

Zwecks besserer Übersichtlichkeit sind die besprochenen Geschäftsmodelle für digitale Spiele unter Zuordnung zum jeweiligen Endgerät in folgender Grafik dargestellt:

⁹⁹ Die Darstellung hierzu von *Savio*, *Die Computer- und Videospielebranche*, S. 65 ist aufgrund der Entwicklungen in der Konsolenbranche überholt.

¹⁰⁰ Vgl. Informationen zu *Betas*, *Demos* und Testversionen <https://beta.support.xbox.com/help/games-apps/game-setup-and-play/understanding-betas-demos-and-trials> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

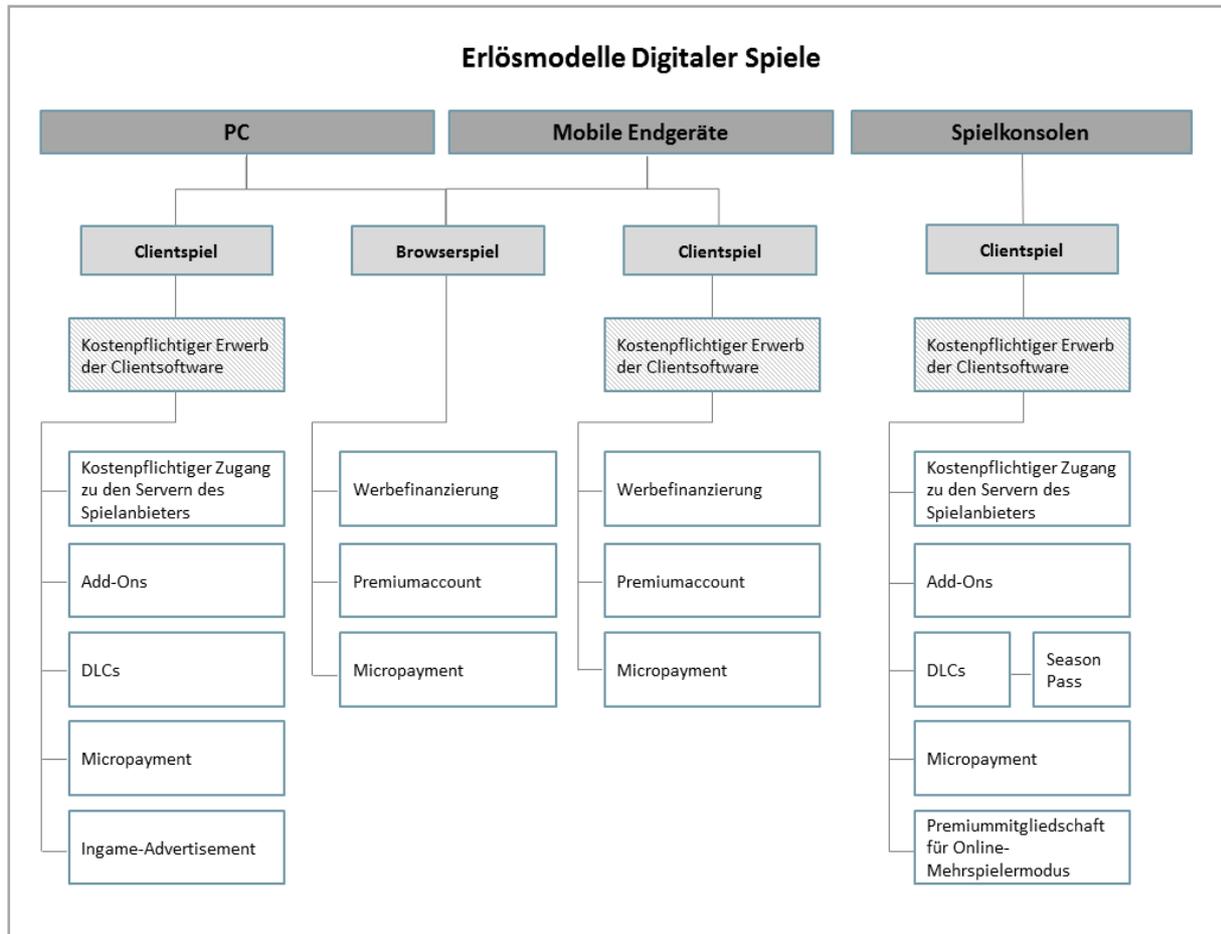


Abbildung 1: Geschäftsmodelle für digitale Spiele im Überblick¹⁰¹

2.3 Teilnehmer am Spielmarkt

Während es zu Beginn der Computertechnologie bis in die frühen 1990er-Jahren noch möglich war, dass einzelne Programmierer ihre Spiele alleine programmierten, sind die heutigen digitalen Spiele Produkte einer spezialisierten Softwareindustrie, an deren Entstehen häufig über 100 Personen – angefangen bei den Programmierern über die Zeichner bis hin zu 3D-Modellentwicklern und Autoren – beteiligt sind.¹⁰² Neben der Entwicklung der Spiele machen die Finanzierung, die Vermarktung und der Vertrieb weitere wesentliche Bestandteile an der klassischen Wertschöpfungskette der Spieleindustrie aus. Die wichtigsten Akteure auf dem Markt der Spielesoftware sind somit die Entwickler, die *Publisher*, die Distributoren und schlussendlich die Konsumenten.

2.3.1 Entwickler

Die Spielentwickler (englisch *Developer*) konzipieren, programmieren und entwerfen die digitalen Spiele.¹⁰³ Sie bieten den *Publishern* ihre Spielkonzepte und bestenfalls Prototypen

¹⁰¹ Quelle: Eigene Darstellung.

¹⁰² Vgl. *Boelmann*, Literarisches Verstehen mit narrativen Computerspielen, S. 90.

¹⁰³ Vgl. *Wimmer*, Massenphänomen Computerspiele, S. 131.

des Spiels zur Vermarktung an. Die Spielentwicklung kann sowohl extern durch ein unabhängiges Entwicklungsstudio als auch intern durch die Entwicklungsabteilung eines *Publishers* erfolgen. Nicht selten beauftragt ein *Publisher* ein unabhängiges Entwicklungsstudio mit der Erstellung eines bestimmten Spiels. Des Weiteren produzieren auch Einzelpersonen oder kleine unabhängige Teams Spiele, die, wenn sie ohne finanzielle Unterstützung eines *Publishers* entwickelt werden, auch *Independent Games* genannt werden.¹⁰⁴

2.3.2 Publisher

Der *Publisher*, der regelmäßig eng mit dem Entwickler zusammenarbeitet, ist mit einem Verleger im Buchwesen vergleichbar und der bedeutendste und einflussreichste Akteur in der Wertschöpfungskette.¹⁰⁵ Zu den Aufgaben des Publishers zählen insbesondere die Vermarktung und die Organisation des Vertriebs der Videospiele bis hin zur Gestaltung der Verpackung für die *Hard Copies*. Während die Bedeutung des Publishers im Falle von Browserspielen wegen der direkten Erreichbarkeit der Spieler und der geringeren Entwicklungskosten zumeist etwas geringer ist, kommt dem *Publisher* bei Konsolenspielen und Client-Spielen regelmäßig eine tragende Finanzierungsfunktion zu.¹⁰⁶

Zu den weltweit bekanntesten *Publishern* von Videospiele zählen *Electronic Arts (EA)*, *Blizzard Entertainment*, *Ubisoft Entertainment* und die auch das Konsolengeschäft dominierenden Unternehmen *Microsoft*, *Nintendo* und *Sony*. Diese global agierenden und meist aus Asien und Nordamerika stammenden Konzerne¹⁰⁷ sind nicht nur als *Publisher* tätig, sondern stellen oftmals durch eigene Entwicklungsabteilungen auch eigene Spieltitel her.

2.3.3 Distributoren

Die Distribution ist in der klassischen Wertschöpfungskette das Bindeglied zwischen Entwickler/*Publisher* und dem Handel.¹⁰⁸ Groß- und Einzelhändler übernehmen den traditionellen Vertrieb von datenträgergebundenen Medien. Während dieser Markt in den vergangenen Jahren an Bedeutung verloren hat, spielt der Anteil der Internetverkäufe über die Online-Vertriebsplattformen bzw. Download-Plattformen der *Publisher* (englisch *Electronic Software Distribution*) eine zunehmend große Rolle. Große *Publisher* wie *Electronic Arts (EA)* planen, ihre Distribution in naher Zukunft vollkommen über diesen Online-Vertriebskanal durchzuführen, weil sie neben den Kosten für die Verpackung auch die Händlermargen einsparen können.¹⁰⁹

2.3.4 Konsumenten

Die Spieler der digitalen Spiele stellen als Endverbraucher das letzte Glied in der Wertschöpfungskette dar und bestimmen als Konsumenten bzw. Nutzer den Markt. In den

¹⁰⁴ Picot, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 1 Rn. 2.

¹⁰⁵ Hofmann, Computerspielsysteme, S. 14.

¹⁰⁶ Vgl. Picot, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 1 Rn. 2.

¹⁰⁷ Siehe das Ranking der größten *Publisher* in der freien Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag <https://de.wikipedia.org/wiki/Publisher> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

¹⁰⁸ Vgl. Wimmer, Massenphänomen Computerspiele, S. 131.

¹⁰⁹ Vgl. Wimmer, Massenphänomen Computerspiele, S. 131 f.

letzten Jahren hat sich das Bild der Spieler gewandelt. Heute spielen nicht nur männliche Heranwachsende digitale Spiele, vielmehr sind seit der Verbreitung von Browserspielen und digitalen Spielen auf mobilen Endgeräten alle Gesellschaftsgruppen unabhängig von Alter und Geschlecht vertreten.¹¹⁰ Diese Gruppe der sog. Gelegenheitsspieler (englisch *Casual Gamer*) ist für die Spielindustrie ein sehr schnell wachsender und noch nicht vollständig erschlossener Markt, und so verstärken die Marktakteure ihre Anstrengungen, diese Gruppe an Spielern als Kunden zu gewinnen. Dies führte in den letzten Jahren zum Entstehen zahlreicher kleinerer Handyspiel- und Browserspielentwickler, die sich auf die Entwicklung von Gelegenheitsspielen und *Social Games* spezialisiert sind. Des Weiteren werden die Konsumenten vermehrt auch als Mitgestalter („Prosumenten“) aktiv, indem sie sog. *Beta-Versionen* von Spielen testen, *Spiel-Bugs* beheben, in die Spielentwicklung einbezogen werden oder die Spiele grafisch oder inhaltlich modifizieren (englisch *Modding*).¹¹¹

¹¹⁰ Vgl. Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 19.

¹¹¹ Vgl. Wimmer, Massenphänomen Computerspiele, S. 132 f.

3 AUSWIRKUNGEN DER RICHTLINIE AUF VERTRÄGE ÜBER DIGITALE SPIELE

In Deutschland haben sich die Rechtsprechung und die Lehre im Hinblick auf die Behandlung von digitalen Inhalten und Leistungen bislang mit dem hergebrachten, nach Vertragstypen differenzierenden und primär auf die analoge Welt zugeschnittenen Gewährleistungsrecht des BGB arrangiert. Diese vertragstypologische Einordnung nach nationalem Recht soll im Folgenden untersucht und der Behandlung der digitalen Inhalte und Leistungen nach der Richtlinie gegenübergestellt werden. Die Untersuchung soll dabei entlang des „*Life-Cycles*“ eines digitalen Spiels erfolgen. Das bedeutet, dass die vergleichenden rechtlichen Analysen entlang des typischen Verlaufs eines Vertrages über digitale Spiele vorgenommen werden, also vom Erwerb des Spiels über die Installation und den Erwerb von Spielerweiterung bis hin zum Leistungsstörungsrecht, den Mängelgewährleistungsrechten des Spielers und den Rechtsfolgen nach Loslösung vom Vertrag. Abschließend wird kurz auch ein Blick auf die Beweislast und die Fristen geworfen.

Zuvor soll allerdings ein grober Überblick über den wesentlichen Inhalt und den Vertragsgegenstand der Richtlinie gegeben werden.

3.1 Die Richtlinie über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen im Überblick

Wie in der Einleitung bereits angemerkt wurde, ist die Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen 2019/770/EU¹¹² Teil der „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“¹¹³ und zielt darauf ab, durch die vollständige¹¹⁴ Harmonisierung¹¹⁵ bestimmter vertraglicher Aspekte von Verbraucherverträgen ein einheitliches hohes Verbraucherschutzniveau herzustellen¹¹⁶ und so das Wachstum des elektronischen Handels im Binnenmarkt zu fördern.

In diesem Sinne sieht die Richtlinie ein spezifisches Leistungsstörungsrecht für Verbraucherverträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen vor. Die Richtlinie trat am 11. Juni 2019 in Kraft.¹¹⁷ Gem. Art. 24 Abs. 1 RL haben die Mitgliedstaaten bis 1. Juli 2021 die für die Umsetzung der Richtlinien erforderlichen Rechtsvorschriften zu erlassen und diese Vorschriften ab dem 1. Januar 2022 anzuwenden.

¹¹² Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABL L 2019/136, 1 vom 22.05.2019.

¹¹³ Siehe die Mitteilung der Kommission „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“ vom 06.05.2015, COM(2015) 192 final.

¹¹⁴ Vgl Art 4 RL.

¹¹⁵ Hierzu bereits oben, Kapitel 1.1. Siehe auch ErwG 7 und 8 der RL.

¹¹⁶ Vgl Art 1 RL.

¹¹⁷ Siehe Art. 26 RL.

Die Richtlinie geht auf einen im Dezember 2015 vorgelegten Vorschlag der Europäischen Kommission¹¹⁸ (nachfolgend **Kommissionsentwurf 2015**) zurück.¹¹⁹ Dieser Vorschlag war nicht unumstritten und führte zu langen Verhandlungen, im Zuge derer der Text des Vorschlags mehrfach abgeändert wurde.¹²⁰ Auch der Bundesrat beschloss am 22. April 2016 eine in vielen Punkten sehr kritische Stellungnahme zum Kommissionsentwurf.¹²¹ Am 1. Juni 2017 legte der Rat der Europäischen Union seinen Standpunkt zur Richtlinie fest und unterbreitete einen Kompromisstext¹²² (nachfolgend **Kompromisstext des Rates 2017**). Diesem folgte am 27. November 2017 ein Bericht des Parlaments,¹²³ der zahlreiche Änderungsvorschläge unterbereitete (nachfolgend **Bericht des Parlaments 2017**). Am 26. März 2019 folgte in erster Lesung die legislative Entschließung des Europäischen Parlaments.¹²⁴ Der Rat schloss sich am 16. April 2019 dem Standpunkt des Parlaments an.¹²⁵ Am 20. Mai 2019 wurde die Richtlinie sodann vom Präsidenten des Rates und dem Präsidenten des Europäischen Parlaments unterzeichnet und am 22. Mai 2019 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.¹²⁶

Zeitgleich mit dieser Richtlinie wurde auch die Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs 2019/771/EU¹²⁷ (nachfolgend **Warenkauf-RL**)¹²⁸ beschlossen und kundgemacht; für sie gelten die gleichen Umsetzungsfristen (Art. 24 Abs. 1 Warenkauf-RL).

¹¹⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte vom 09.12.2015, COM(2015) 634 final.

¹¹⁹ Dazu, dass der (zurückgezogene) Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäische Kaufrecht (GEK), KOM(2011) 635 Regeln über den Vertrieb digitaler Inhalte enthielt und als Inspirationsquelle für die Richtlinie diente vgl. *Schulze*, ZEuP 2019, 695 (698 f.).

¹²⁰ Ausführlich zu den Hintergründen und der Entstehungsgeschichte *Stabentheiner*, in: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 1 ff. Die Dokumente zu diesem Gesetzgebungsverfahren (Verfahren 2015/0287/COD) sind unter https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2015_287?qid=1574012265573&rid=1 (zuletzt aufgerufen am 01.03.2020) publiziert.

¹²¹ Bundesrat, Beschluss des Bundesrates „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte COM(2015) 634 final; Ratsdok. 15251/15“ vom 22.04.2016, Drucksache 168/16. Hierzu auch *Druschel/Lehmann*, CR 2016, 244 ff.

¹²² Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte – Allgemeine Ausrichtung, 9901/17 ADD 1 vom 01.06.2017.

¹²³ Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, Bericht A8-0375/2017 vom 27.11.2017.

¹²⁴ Europäisches Parlament, Legislative Entschließung vom 26.03.2019, P8_TA (2019)0232.

¹²⁵ Rat der Europäischen Union, Interinstitutionelles Dossier 16.04.2019, 8614/19.

¹²⁶ ABL L 2019/136, 1 vom 22.05.2019.

¹²⁷ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABL L 2019/136, 28 vom 22.05.2019.

¹²⁸ Es sei darauf hingewiesen, dass die Richtlinie über digitale Inhalte in manchen Punkten ein höheres Verbraucherschutzniveau bietet als die Warenkauf-RL; hierzu *Kern*, VbR 2019, 164 ff.; *Metzger*, JZ 2019, 577 (578). Insbesondere enthält die Warenkauf-RL kein Konzept des „Zahlens“ mit personenbezogenen Daten und gilt nur, wenn der Käufer einen monetären Preis (Art. 2 Nr. 1) zahlt. Zudem räumt sie dem Verbraucher bei Beendigung des Vertrages auch keine spezifische Rechte hinsichtlich der von ihm bereitgestellten personenbezogenen Daten und sonstigen Inhalte ein. Für einen übersichtlichen, tabellarischen Vergleich der zentralen Regelungen der beiden Richtlinien siehe *Kern*, VbR 2019, 164 (168 f.).

Sie verfolgt ähnliche Ziele, beschränkt sich aber auf die Regelung bestimmter vertragsrechtlicher Aspekte bei Warenkäufen im B2C-Verhältnis.¹²⁹ Während der Unionsgesetzgeber mit der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen „weitgehend unbeschränktes Gelände“¹³⁰ betritt, wird mit der Warenkauf-RL die Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG, die mit 1. Januar 2022 außer Kraft treten wird,¹³¹ modernisiert und an das digitale Zeitalter adaptiert.

Inhaltlich enthält die hier zu untersuchende Richtlinie Bestimmungen für Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte¹³² und digitaler Dienstleistungen¹³³. Hierzu gehören Vorschriften über die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte, über Abhilfen, die den Verbrauchern bei nicht vertragsgemäßen digitalen Inhalten zustehen, und über bestimmte Aspekte bezüglich des Rechts auf Beendigung langfristiger Verträge sowie bezüglich der Änderung der digitalen Inhalte (vgl. Art. 1 RL).

Art. 2 RL enthält eine Liste von Begriffsbestimmungen. Wie noch aufzuzeigen sein wird, ist die Definition der Begriffe „digitale Inhalte“ und „digitale Dienstleistung“ bewusst weit gefasst, um zukünftige technische Weiterentwicklungen zu berücksichtigen, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und gleiche Ausgangsbedingungen zu schaffen.

In Art. 3 RL regelt der Unionsgesetzgeber ausgehend vom Gegenstand der Richtlinie den persönlichen und materiellen Anwendungsbereich. Die Richtlinie gilt nur für Transaktionen zwischen Unternehmen und Verbrauchern.¹³⁴ Die Richtlinie gilt für die Bereitstellung aller Arten von digitalen Inhalten sowie Dienstleistungen. Die Rechtsnatur von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen sowie die Klärung der Frage, ob solche Verträge beispielsweise einen Kauf-, Dienstleistungs- oder Mietvertrag oder einen Vertrag *sui generis* darstellen, sollen dem nationalen Recht überlassen bleiben wie ErwG 12 zu Art. 3 Abs. 10 RL hervorhebt. Hiermit wird klargestellt, dass die Richtlinie Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen gänzlich unabhängig von der nationalen Vertragstypologie behandelt.¹³⁵ Auch die „Bereitstellung“ stellt im Übrigen nicht etwa einen eigenen Vertragstypus dar, sondern definiert lediglich Tatbestandsmerkmale zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Richtlinie.¹³⁶ Dies stellt den Umsetzungsgesetzgeber nun vor besondere Herausforderungen, da die Richtlinie gewissermaßen „quer“ zur

¹²⁹ Zur Analyse der wichtigsten Regelungsbereiche und der Umsetzung in Deutschland vgl. *Graf von Westphalen*, EuCML 2018, 66 ff.

¹³⁰ So *Metzger*, JZ 2019, 577 (578).

¹³¹ Siehe Art 23 Warenkauf-RL.

¹³² Umfassend zum Begriff der „digitalen Inhalte“ *Auer*, ZfPW 2019, 130 (130 ff.); *Grabosch*, Analoges Recht, S. 21 ff.

¹³³ Die exakte Abgrenzung zwischen digitalen Inhalten und den beiden Varianten von Dienstleistungen erscheint durchaus diffizil; sie kann aber erspart bleiben, da die Richtlinie keine unterschiedlichen Rechtsfolgen an diese Differenzierung knüpft. I. d. S. (wenngleich zum Kommissionsentwurf 2015) auch *Wendland*, GPR 2016, 8 (13). Es sei angemerkt, dass Art. 2 Nr. 1 des Kommissionsentwurfs 2015 den Begriff der „digitalen Inhalte“ als Oberbegriff verwendete und auch die „digitalen Dienstleistungen“ hierunter subsumierte. Zur Abgrenzung siehe auch *Kern*, in: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 38 ff. (40).

¹³⁴ Der (kleine) Teil der Spieler, die das Spiel für eine gewerbliche Nutzung erwerben (E-Sport), unterfallen somit nicht dem Schutzbereich der Richtlinie.

¹³⁵ Hierzu auch *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82 (83).

¹³⁶ So auch *Wendland*, GPR 2016, 8 (13).

hergebrachten BGB-Vertragstypologie liegt,¹³⁷ die anders als die Richtlinie nicht ausschließlich auf die „Rechtsobjekte“¹³⁸ abstellt.

Die Richtlinie deckt auch Vertragsleistungen ab, die nicht nur gegen Geld, sondern auch im Austausch für von Verbrauchern übermittelte personenbezogene Daten¹³⁹ bereitgestellt werden.¹⁴⁰ Die Richtlinie gilt hingegen nicht für Verträge über sektorspezifische Dienstleistungen (wie Gesundheitsversorgungs-, Glücksspiel- oder Finanzdienstleistungen) sowie für Fälle, in denen die Daten ausschließlich zur Bereitstellung der Vertragsleistung oder für die Zwecke der Einhaltung von Rechtsvorschriften verarbeitet werden und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet. In Art. 3 RL wird zudem klargestellt, dass die Richtlinie das Urheberrecht und das Recht zum Schutz personenbezogener Daten unberührt lässt und dass im Falle einer Kollision mit einem anderen Rechtsakt der EU dieser andere EU-Rechtsakt Vorrang hat.¹⁴¹ Ebenso bleiben nationale Rechtsvorschriften unberührt, soweit ihr Regelungsgehalt nicht von der Richtlinie erfasst ist. Hierzu gehören beispielsweise nationale Vorschriften über Art, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages.

In Art. 4 RL ist festgelegt, dass die Richtlinie eine Vollharmonisierungsrichtlinie ist.¹⁴²

Art. 5 RL regelt die Art und Weise sowie den Zeitpunkt der Bereitstellung digitaler Inhalte.

Art. 6 RL verweist auf Art. 7, 8 und 9 RL. Art. 6 RL i.V.m. Art. 7 RL stellen klar, dass die digitalen Inhalte und Dienstleistungen in erster Linie dem entsprechen müssen, was im Vertrag zugesichert wurde (subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit). Kumulativ zu den subjektiven Anforderungen muss die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte auch anhand objektiver Kriterien bewertet werden, d. h. die betreffenden digitalen Inhalte müssen für die Zwecke geeignet sein, für die digitale Inhalte der gleichen Art gewöhnlich genutzt werden (Art. 6 i.V.m. Art. 8 RL). Wenn die Vertragsleistung im Laufe eines Zeitraums bereitgestellt wird, muss sie während der gesamten Laufzeit des Vertrags vertragsgemäß sein. Der Unternehmer hat dem Verbraucher des Weiteren über den gesamten

¹³⁷ So *Metzger*, JZ 2019, 577 (578).

¹³⁸ So *Schmidt-Kessel* u. a., GPR 2016, 2 (4).

¹³⁹ Nach Art 4 Abs. 1 DSGVO sind unter „personenbezogene Daten“ alle Informationen zu verstehen, „die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person [...] beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insb. mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann“.

¹⁴⁰ Denn solche Geschäftsmodelle werden in der Praxis immer häufiger und treten mittlerweile in einem erheblichen Teil des Marktes auf; siehe auch ErwG 24 der Richtlinie.

¹⁴¹ Siehe hierzu auch ErwG 37 bis 39 der Richtlinie. Die meisten Mitgliedstaaten behandeln solche Verträge als unentgeltliche Verträge; vgl. *Kern*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 39.

¹⁴² Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten auch keine strengeren oder weniger strengeren Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus treffen dürfen; siehe auch ErwG 11 der Richtlinie. Dies gilt allerdings nur für den Anwendungsbereich der Richtlinie und nicht beispielsweise für das Schadensersatzrecht; vgl. *Schmidt-Kessel* u. a., GPR 2016, 2 (6) und ErwG 12 der RL.

Vertragszeitraum (Sicherheits-)Aktualisierungen bereitzustellen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Vertragsleistung erforderlich sind.

Art. 9 RL bestimmt, dass eine Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte oder Dienstleistung, die aufgrund einer unsachgemäßen Integration in die Hard- und Softwareumgebung des Verbrauchers entsteht, als Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte oder Dienstleistung selbst anzusehen ist, wenn das Vertragsprodukt vom Unternehmer integriert wurde.

Art. 10 RL enthält eine zusätzliche Anforderung hinsichtlich der Vertragsmäßigkeit, der zufolge die digitalen Inhalte frei von Rechten Dritter sein müssen.

Art. 11 RL regelt – unter Differenzierung zwischen einmaliger und fortlaufender Bereitstellung der Vertragsleistung – in welchen Fällen der Anbieter gegenüber dem Verbraucher haftet, nämlich wenn die digitalen Inhalte nicht vertragsgemäß sind oder wenn der Anbieter die digitalen Inhalte nicht bereitgestellt hat. Die Vorschrift bestimmt, dass nationale Verjährungs- und Ausschlussfristen nicht kürzer als zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung sein dürfen.

Mit Art. 12 RL wird die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit dem Unternehmer auferlegt, es sei denn, die digitale Umgebung des Verbrauchers ist nicht kompatibel mit der Vertragsleistung. Diese Umkehr der Beweislast ist bei Dauerschuldverhältnissen nicht begrenzt. Bei punktuellen Austauschverträgen gilt die Beweislastumkehr für den Zeitraum eines Jahres nach erfolgter Bereitstellung. In Bezug auf die Beweislast und die Fristen für die Haftung des Anbieters bei Vertragswidrigkeit gingen die Standpunkte der Mitgliedstaaten stark auseinander. Während der Kommissionsentwurf 2015 in Art. 9 eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers ohne Zeitlimit vorsah, trifft der finale Richtlinienentwurf nunmehr einen Kompromiss, da es, so der Rat der EU, aufgrund der sehr unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten betreffend die Gewährleistungs- und Verjährungsfristen „nicht möglich sein würde, eine vollständige Harmonisierung bei den Fristen zu erreichen“.¹⁴³

Art. 13 RL trifft Bestimmungen dazu, unter welchen Voraussetzungen der Verbraucher zur Vertragsbeendigung im Falle nicht erfolgter Bereitstellung berechtigt ist.

In Art. 14 RL sind die Abhilfen aufgeführt, die dem Verbraucher bei Vertragswidrigkeit der Vertragsleistung zur Verfügung stehen. In einem ersten Schritt hat der Verbraucher Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands innerhalb einer angemessenen Frist, ohne nennenswerte Unannehmlichkeiten und ohne Kosten. In einem zweiten Schritt steht dem Verbraucher in abschließend ausgezahlten Fällen ein Recht auf Minderung des Preises oder Beendigung des Vertrags zu.

In Art. 16 RL sind die Wirkungen der Beendigung des Vertrags wegen Vertragswidrigkeit der digitalen Inhalte aufgeführt. Hier trifft die Richtlinie einige für digitale Inhalte und Dienstleistungen maßgeschneiderte Bestimmungen. Neben den detaillierten Regelungen zu den Modalitäten der Rückzahlung, die auch moderne Zahlungsmittel berücksichtigen (Art. 18 RL) finden sich auch Regelungen, wie mit Inhalten, die der Verbraucher bei Nutzung der

¹⁴³ Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte – Allgemeine Ausrichtung, 9901/17 ADD 1 vom 01.06.2017, S. 24 f.

vom Unternehmer bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen erstellt oder bereitgestellt hat, umzugehen ist (Art. 16 Abs. 3 und 4 RL). Beispielsweise muss der Anbieter den Preis erstatten und vom Verbraucher bereitgestellte oder während der Vertragslaufzeit erstellte nicht personenbezogene Daten – vorbehaltlich einiger spezifischer Ausnahmen – nicht verwenden und muss die dem Verbraucher auf dessen Ersuchen bereitstellen. Im Gegenzug darf der Verbraucher die digitalen Inhalte nach Beendigung des Vertrags nicht weiter nutzen (Art. 17 RL). Die Fristen und die Art und Weise der Erstattung durch den Unternehmer sind in Art. 18 RL geregelt. Art. 19 RL listet die Bedingungen auf, unter denen der Unternehmer an der Vertragsleistung über das zur Erhaltung der Vertragsmäßigkeit erforderliche Maß hinausgehende Änderungen vornehmen kann.

Art. 20 RL gewährt dem Unternehmer Regressansprüche innerhalb der gewerblichen Vertragskette.¹⁴⁴ Die Modalitäten für die Ausübung dieses Rechts sind durch die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu regeln.

Mit Art. 21 RL werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, mit denen die Einhaltung dieser Richtlinie sichergestellt wird.

Art. 22 RL stellt klar, dass jede Abweichung von den in der Richtlinie enthaltenen Anforderungen zum Nachteil des Verbrauchers für den Verbraucher nicht bindend ist.

Art. 23 RL enthält die Änderungen an anderen Rechtsvorschriften der EU. In Art. 24 RL ist die Frist für die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten festgelegt. Mit Art. 25 RL wird die Kommission verpflichtet, die Anwendung dieser Richtlinie spätestens am 12. Juni 2024 zu überprüfen. In Art. 26 RL wird das Datum des Inkrafttretens der Richtlinie festgelegt. Art. 27 RL nennt die Adressaten der Richtlinie.

3.2 Der Erwerb des digitalen Spiels

Die erste Phase im Lebenszyklus eines digitalen Spiels ist der Erwerb der Zugangs- bzw. Client-Software. Zur Analyse dieser Phase wird analog zur Darstellung der Geschäftsmodelle (Kapitel 2.2) auf erster Ebene in PC-Client-Spiele, PC-Browserspiele, Spiele auf mobilen Endgeräten und Konsolenspiele unterschieden und sodann weiter nach Geschäftsmodellen differenziert. Hierbei erfolgt jeweils an erster Stelle die Beurteilung nach nationalem Recht und an zweiter Stelle die Beurteilung nach der Richtlinie. Innerhalb dieser Kategorien folgen die Ausführungen zum nationalen Recht und zur Richtlinie allerdings teils unterschiedlichen Strukturen, da nach nationalem Recht die Einordnung der digitalen Spielverträge nach den im BGB bestehenden verschiedenen Vertragstypen vorzunehmen ist, wohingegen sich für die Richtlinie, der keine Vertragstypologie zugrunde liegt, primär Fragen des sachlichen Anwendungsbereichs stellen.

Der personelle Anwendungsbereich der Richtlinie wurde im Überblick zur Richtlinie (Kapitel 3.1) bereits dargestellt und wird im Folgenden nicht erneut aufgenommen. An dieser Stelle sei lediglich erinnert, dass die Richtlinie nur im B2C-Verhältnis gilt, womit, soweit der Spieler

¹⁴⁴ Zur Frage, ob die Produkthaftung digitale Inhalte erfasst vgl. *Nemeth/Carvalho*, EuCML 2019, 160 f.

nicht etwa als „*Pro-Gamer*“ beim Spielen kommerzielle Ziele verfolgt (was der Spielanbieter in seinen AGB aber für gewöhnlich ohnehin untersagt), der personelle Anwendungsbereich in aller Regel eröffnet ist.

3.2.1 PC-Client-Spiele

Der Lebenszyklus eines Client-Spiels beginnt mit dem Erwerb der Client-Software, die, wie in Kapitel 2.2.1.2.1 dargestellt wurde, über zwei Vertriebswege angeboten wird. Sie kann entweder als DVD im stationären respektive im Internethandel erworben oder aber über das Internet *via Download* direkt auf den Rechner des Nutzers heruntergeladen werden.¹⁴⁵

Im Falle von Online-Clientspielen sind für die Nutzung des Spiels mehrere Verträge zwischen dem Spieler und gegebenenfalls unterschiedlichen Vertragspartnern erforderlich. Zunächst muss der Spieler die Client-Software erwerben und diese auf seinem Rechner installieren. Sodann muss er zumeist ein Benutzerkonto auf einer Online-Vertriebsplattform anlegen, da viele Spieltitel heute ohne Benutzerkonto nicht mehr spielbar sind. Soweit der Spieltitel einen Internetzugang zu den Servern der Spieleanbieter erfordert, kommt zum Erwerb des Vollpreisspiels und der Erstellung des Benutzerkontos noch ein Vertrag über die Nutzung der auf den Servern der Spielehersteller aufgespielten Online-Spielwelt hinzu. Die Verträge über den Erwerb der Client-Software und über die Nutzung der Spieleserver können hierbei mit demselben oder aber mit personenverschiedenen Vertragspartnern abgeschlossen sein. Je nach Geschäftsmodell können der Erwerb der Software und/oder die Nutzung der virtuellen Welt kostenpflichtig oder kostenlos sein.

Ferner sei darauf hingewiesen, dass zwischen dem Spielehersteller und dem Händler (von dem der Spieler das Client-Spiel z. B. als DVD erwirbt) wie auch zwischen dem Betreiber der Spieleplattform und dem Spielehersteller Personenverschiedenheit bestehen kann. Da heute fast jeder Spielentwickler – sei es ein größerer oder kleinerer – die Online-Spielplattformen als Verkaufskanal, als Service-Plattform und auch zum Schutz gegen Raubkopien nutzt, ist es eher die Regel als die Ausnahme, dass der Spieler für die Nutzung eines Client-Spiels mit bis zu drei personenverschiedenen Vertragspartnern Vertragsverhältnisse einget, um das Client-Spiel letztlich nutzen zu können.

Im Rahmen dieser Vertragsabschlüsse werden zudem regelmäßig verschiedene Regelwerke wie eine Endnutzerlizenzvereinbarung (englisch *End User License Agreement*, nachfolgend **EULA**) der Online-Spielplattform, Nutzungsbestimmungen oder Regeln zur Servicekündigung des Spielebetreibers verwendet, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zu werten sind.¹⁴⁶ Die Zustimmung zu diesen Regeln wird den Spielern für gewöhnlich in den verschiedenen Schritten, die erforderlich sind, um das Spiel zu nutzen, abverlangt.

¹⁴⁵ Umfassend zur Geschäftsabwicklung im Internet und zu den Verträgen im elektronischen Rechtsverkehr *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 20 Rn. 18 ff., Kap. 22 Rn. 21 ff. und Kap. 22 Rn. 70 ff.; *Köhler/Fetzer*, Recht des Internet, Rn. 168 ff.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 854 ff., 895 ff.

¹⁴⁶ Allgemein zur Einbeziehung von AGB *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 22 Rn. 128 ff.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 882.

3.2.1.1 Beurteilung nach nationalem Recht: Vertragstypologische Einordnung

Da das BGB unterschiedliche Vertragstypen (wie etwa den Kaufvertrag, den Schenkungsvertrag, den Werkvertrag etc.) kennt, für die es jeweils mehr oder weniger unterschiedliche Regelungen trifft, die insbesondere auch auf die Gewährleistungsrechte Einfluss nehmen, ist für die weitere rechtliche Beurteilung eine vertragstypologische Einordnung der verschiedenen Handlungen zum Erwerb und zur Nutzung des Client-Spiels vorzunehmen.

3.2.1.1.1 Erwerb der Client-Software

Nach nationalem Recht stellt sich zuvorderst die Frage, wie der Erwerb der Client- oder Zugangssoftware vertragstypologisch einzuordnen ist.

Für die vertragstypologische Einordnung von kostenpflichtiger Computer-Software (im Allgemeinen) ist zum einen zwischen Standardsoftware und individueller, maßgeschneiderter Anwendungs-Software (Individualsoftware) zu unterscheiden. Zum anderen sind die vereinbarte Überlassungsform und damit auch die zeitliche Dauer der Softwareüberlassung (Überlassung auf Zeit oder Überlassung auf Dauer) von Relevanz.¹⁴⁷ Wie der BGH hierzu klarstellte, hat „die Begriffswahl keinen Einfluss auf die Rechtsnatur des Vertrages“¹⁴⁸. Vielmehr kommt es auf den Sinn und Zweck des Vertrages, dessen wirtschaftliche Bedeutung und die Interessenlage der Parteien an.¹⁴⁹

Bei Client-Spielen handelt es sich klassischerweise um Standardsoftware, die dem Verbraucher zur dauerhaften Nutzung übertragen wird.¹⁵⁰ Aus diesem Grunde scheiden für den Erwerb des Client-Spiels – als auf Dauer überlassene Standardsoftware – bereits sowohl ein Werkvertrag als auch ein Mietvertrag aus.¹⁵¹

Nach ganz überwiegender Ansicht ist Software als „Sache“ (im Sinne des § 90 BGB) zu qualifizieren, womit der kostenpflichtige Erwerb von Standardsoftware, soweit sie auf Dauer überlassen wird, als Kaufvertrag einzuordnen ist,¹⁵² und zwar selbst dann, wenn die Lieferung der Software nicht auf einem Datenträger, sondern unkörperlich per *Download* erfolgt.¹⁵³ In diesem Sinne entschied der BGH bereits im Jahr 1987, dass bei Überlassung von vorgefertigter Standardsoftware auf unbegrenzte Zeit¹⁵⁴ gegen einmaliges Entgelt ein Kaufvertrag vorliegt, da es sich um ein auf einem Datenträger verkörpertes Programm und

¹⁴⁷ Zur Unterscheidung von Individual- und Standardsoftware sowie zur Unterscheidung nach der Dauer der Überlassung vgl. insb. *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 21 Rn. 121 ff.; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 677 ff.

¹⁴⁸ BGH Urt. v. 10.03.1983, Az. VII ZR 302/82, NJW 1983, 1489 (1490).

¹⁴⁹ Vgl. insb. BGH Urt. v. 08.10.2009, Az. III ZR 93/09, NJW 2010, 150 (151).

¹⁵⁰ So auch *Grabosch*, Analoges Recht, S. 88 ff.; siehe aber auch *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352).

¹⁵¹ Vgl. *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 11.

¹⁵² Siehe *Berger/Wündisch*, Urhebervertragsrecht, § 22 Rn. 79; *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561; *Goldmann/Redecke*, MMR 2002, 3 (3); *Sahin/Haines*, CR 2005, 241 (241); *Schweinoch*, CR 2010, 1 (2, 4, 6 f.).

¹⁵³ Siehe *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (561 f.); *Grabosch*, Analoges Recht, S. 108 ff.; *Oehler/von Ribbeck*, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 3; *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 85 f.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 528; jeweils m. w. N.

¹⁵⁴ Bei einer zeitlich begrenzten Überlassung (und entsprechend regelmäßigen Zahlungen) würde hingegen ein Mietvertrag vorliegen, und zwar auch dann, wenn der Vertragspartner keinen Besitz an der verkörperten Software erlangt, sondern diese ihm nur über das Internet zugänglich ist; siehe BGH Urt. v. 15.11.2006, Az. XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2394).

insofern um eine körperliche Sache handle.¹⁵⁵ Zwei Jahre später bestätigte der BGH dieses Urteil und ergänzte, dass dies auch dann gelte, wenn die Software per Datenübertragung und nicht auf einem Datenträger überlassen wird.¹⁵⁶ Auch der EuGH qualifiziert eine Softwareüberlassung auf Dauer als Kaufvertrag.¹⁵⁷

Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung 2002 trug der Gesetzgeber der Rechtsprechung des BGH bzw. der gegen diese Rechtsprechung teils erhobenen Kritik, dass digitale Inhalte, die nicht auf einem Datenträger gespeichert sind, keine „Sache“ seien,¹⁵⁸ Rechnung: Der neu eingeführte § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB („Rechtskauf“) sieht nunmehr vor, dass die Vorschriften über den Kauf von Sachen entsprechend auf den Kauf von „sonstigen Gegenständen“, worunter ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich auch „Software“ zu subsumieren ist,¹⁵⁹ Anwendung finden. Die früher noch zwingend notwendige „Sacheigenschaft“ benötigt es mithin nicht mehr.¹⁶⁰

Es sei angemerkt, dass ein Teil der Lehre den Vertrag zum Erwerb einer Software entgegen der Rechtsansicht des BGH als Lizenzvertrag¹⁶¹ (vereinzelt auch als Vertrag *sui generis*¹⁶²) einstuft, da die urheberrechtlich geschützte¹⁶³ Software ein immaterielles Wirtschaftsgut sei.¹⁶⁴ Die Annahme eines Lizenzvertrages erscheint mit Blick auf Client-Spiele durchaus berechtigt, weil der Anwender vorrangig an dem geistigen Inhalt des Programms interessiert ist und das sachenrechtliche Eigentum an dem Datenträger für ihn sekundär ist, womit sich der eigentliche wirtschaftliche Wert aus den gespeicherten Informationen und Befehlsfolgen ergibt.¹⁶⁵ Eine Einordnung als Lizenzvertrag erweist sich allerdings als problematisch, da das BGB einen solchen Vertragstypus gar nicht kennt und somit erneut Rechtsichunsicherheiten aufgeworfen würden. So müsste in jedem Einzelfall untersucht werden, aus welchen Vertragstypen sich der entsprechende Lizenzvertrag speist.¹⁶⁶ Insoweit mag die dogmatische Einordnung als Kaufvertrag vielleicht in Zweifel gestellt werden, für den Verbraucher bringt diese Sichtweise jedoch mehr Rechtsklarheit.

Aus der Einordnung des Erwerbs des (kostenpflichtigen) Client-Spiels als Kaufvertrag folgt, dass das Kaufvertragsrecht einschließlich das kaufvertraglichen Mängelgewährleistungsrecht anzuwenden ist. Mit dem Kaufvertrag geht die Pflicht zur Übertragung des Eigentums

¹⁵⁵ BGH Ur. v. 04.11.1987, Az. VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 (407 f.).

¹⁵⁶ BGH Ur. v. 18.10.1989, Az. VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 (321). Siehe aber auch BGH Ur. v. 15.11.2006, Az. XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 (2394 f.); BGH Ur. v. 14.07.1993, Az. VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436 (2437); LG München II Ur. v. 14.10.1992, Az. 3 O 3085/92, CR 1993, 367 (367); OLG Hamm Ur. v. 12.12.1990, Az. 31 U 126/90, CR 1991, 347 (348); OLG Düsseldorf Ur. v. 09.06.1989, Az. 16 U 209/88, NJW 1989, 2627 (2627).

¹⁵⁷ Vgl. EuGH Ur. v. 03.07.2012, Az. C-128/11, NJW 2012, 2565 (2566); kritisch hierzu *Hilty*, CR 2012, 625 (626, 636 f.).

¹⁵⁸ Hierzu z. B. *Grabosch*, Analoges Recht, S. 109 f.

¹⁵⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 242.

¹⁶⁰ So *Grabosch*, Analoges Recht, S. 110. Hierzu auch *Faust*, Digitale Wirtschaft, S. 26.

¹⁶¹ Vgl. *Hilty*, MMR 2003, 3 (5); *Hilty*, CR 2012, 625 (636 f.); *Goldmann/Redecke*, MMR 2002, 3 (6); *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 13; *Metzger*, NJW 2003, 1994 (1995); *Moritz*, MMR 2001, 94 (95); *Ulmer* CR 2000, 493 (498 f.). Ausführlich zur Rechtsnatur des Lizenzvertrages *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 703.

¹⁶² *Lauer*, BB 1982, 1758 (1759).

¹⁶³ Für Computerprogramme besteht mit den §§ 69a ff. UrhG ein spezieller urheberrechtlicher Schutz.

¹⁶⁴ BFH Ur. v. 03.07.1987, Az. III R 7/86, 259 (266).

¹⁶⁵ Diese Argumentation führend auch *Peintinger*, MMR 2016, 3 (5).

¹⁶⁶ Vgl. *Grabosch*, Analoges Recht, S. 110 f.

an der Client-Software einher, womit der Nutzer gleichzeitig mit der Eigentumsübertragung alle Nutzungsrechte an der Spielesoftware erwirbt. Der Abschluss einer zusätzlichen Nutzungsvereinbarung mit dem Spielehersteller als Urheberrechtsinhaber ist nicht erforderlich, zumal § 69d Abs. 1 UrhG bestimmt, dass, soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen, Handlungen¹⁶⁷ für eine bestimmungsgemäße Benutzung (einschließlich der Fehlerberichtigung) des Computerprogramms nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfen.¹⁶⁸

Im vorvertraglichen Stadium sind zudem Ansprüche aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB denkbar, wenn der Verkäufer den Käufer der Client-Software unrichtig beraten oder aufgeklärt hat. Eine allgemeine Aufklärungspflicht besteht jedoch nicht.¹⁶⁹ Eine Pflicht zur unaufgeforderten Aufklärung entsteht nur, wenn besondere Umstände nach der Verkehrsanschauung eine solche erwarten lassen. So z. B., wenn dem Käufer nicht bekannte, sich fachlich auswirkende Umstände vorliegen, die für seinen Kaufentschluss von wesentlicher Bedeutung sind, weil sie den mit dem Vertrag verfolgten Zweck vereiteln könnten und dies für den Verkäufer erkennbar war.¹⁷⁰ Da es sich bei den Client-Spielen um Standardsoftware handelt und ihr Verkauf ein Massengeschäft darstellt, werden – anders als dies z. B. bei hochpreisiger (Branchen-) Software der Fall sein könnte¹⁷¹ – in aller Regel keine besonderen vorvertragliche Aufklärungspflichten anzunehmen sein.

Mit der Qualifikation der Software als „Gegenstand“ ist aber auch die Frage nach der Einordnung von kostenfreien Client-Spielen beantwortet, sie ist als Schenkungsvertrag (§ 516 BGB) anzusehen.¹⁷²

3.2.1.1.2 Anlegen eines Benutzerkontos auf einer Online-Plattform

Wie bereits erörtert wurde,¹⁷³ erfordert die Nutzung von Client-Spielen heute immer häufiger ein Benutzerkonto (nachfolgend auch **Account**) auf einer Online-Plattform, über welches das Spiel zuerst freigeschaltet werden muss. Hinzu kommt, dass immer mehr Spieltitel zur deren Spielbarkeit eine ständige oder zumindest sporadische Internetverbindung zwischen dem Rechner des Spielers und einem Server des Spieleherstellers über das Benutzerkonto verlangen. Ohne diese Verbindung über das Benutzerkonto sind diese Spiele offline nicht mehr spielbar. Dies gibt den Spieleherstellern die Möglichkeit, die Legitimation des Spiel-Clients automatisiert über das Benutzerkonto zu prüfen.¹⁷⁴

Für die Nutzung der Online-Plattformen muss der Spieler die „Plattform-Software“ auf seinem Rechner installieren und ein Benutzerkonto einrichten. Das Anlegen des Benutzerkontos erfordert in aller Regel die Bereitstellung bestimmter personenbezogener Daten wie insb. Name, Anschrift, Telefonnummer und E-Mail-Adresse. Bei der Installation der Client-Software von einem Datenträger erfolgt die Einrichtung des Benutzerkontos nach der

¹⁶⁷ Welche Handlungen im Detail umfasst sind, ist nach § 69c Nr. 1 und 2 UrhG zu bestimmen.

¹⁶⁸ So die herrschende Meinung; vgl. *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562) m. w. N.

¹⁶⁹ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 123 BGB Rn. 5.

¹⁷⁰ *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 21 Rn. 128.

¹⁷¹ I.d.R. gehen hier der Kaufentscheidung eine besondere technische und fachliche Auswahl und längere Verhandlungen voraus.

¹⁷² So auch *Faust*, Digitale Wirtschaft, S. 14. Es ist zu ergänzen, dass bei einer zeitlich befristeten (unentgeltlichen!) Nutzung an Leihe zu denken wäre.

¹⁷³ Siehe Kapitel 2.2.1.2.1.

¹⁷⁴ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1778.

Installation. Bei direktem *Download* der Client-Software ist die Account-Erstellung vor dem Download der Client-Software durchzuführen.

Nach dem erfolgreichen Anlegen des Benutzerkontos erhält der Spieler das Recht zur Nutzung der Plattform und kann seinem Account Spiellizenzen hinzufügen, indem er den in der DVD-Verpackung beiliegenden oder auf elektronischem Wege zugesandten sog. „*Game-Key*“¹⁷⁵ zur Freischaltung des Spiels benutzt. Dieser *Key* ist für jedes Einzelexemplar einzigartig und wird vor der Installation auf Authentizität überprüft. Hiermit stellt der Spielehersteller sicher, dass die Spiele original sind und – gerade im Online- und Multiplayerbereich – dass jedes Computerspiel im *Multiplayer Modus* über das Internet nur einmal verwendet werden kann. Die Einrichtung des Accounts und die anschließende Nutzung der Plattform sind bei Vollpreisspielen typischerweise kostenfrei.

Die Einordnung des Benutzerkontos in die Vertragstypologie des BGB erweist sich als schwierig. Ein Mietvertrag scheidet aus, da die Nutzung der Plattform für den Spieler kostenfrei ist. Die Annahme eines Werkvertrags ist ebenso abzulehnen, da die dauerhafte Nutzung der Plattform mit dem damit verbundenen Angebot und nicht die punktuelle Herstellung eines bestimmten Werkes im Vordergrund steht. Außerdem ist der Werkvertrag ein zweiseitig verpflichtender Vertrag, bei dem der Besteller die Zahlung des Werklohns schuldet. Genau hierzu aber ist der Spieler aufgrund der Unentgeltlichkeit der Nutzung der Spielplattform nicht verpflichtet. Aus diesem Grunde dürfte auch die Einordnung des Nutzungsvertrags als (entgeltlicher) Dienstvertrag abzulehnen sein.

Da die Nutzung der Plattformen kostenfrei ist, könnten schenkungsrechtliche Regelungen der §§ 516 ff. BGB zur Anwendung kommen. Kritisch dürfte hier allerdings die Frage zu bewerten sein, worin die Vermögensverschiebung zu sehen ist. Außerdem treffen den Plattformbetreiber – anders als beim Schenkungsvertrag – auch nach der Registrierung eines Benutzerkontos weitere Pflichten. So dient die Plattform nicht nur zur Distribution von digitalen Spielen, sondern auch zur automatischen Aktualisierung von freigeschalteten Spielen, Mitteilung von Informationen zu aktuellen Spielen und Angeboten, den Zugang zu Foren, Chaträumen, Statistiken und Graphiken, virtuellen Marktplätzen sowie weiteren Inhalten und Leistungen. Zumindest jene Dienste, die der Spieler benötigt, um das Spiel bestimmungsgemäß und dauerhaft spielen zu können, muss der Betreiber aufrechterhalten. Hierzu werden aus Gründen der Sicherheit und Stabilität des Systems auch Updates vorzunehmen sein. Der Spielbetreiber steht somit in einem ständigen Leistungsaustausch mit dem Spieler, womit die schenkungsrechtlichen Regelungen keine Anwendung finden dürften. Am ehesten dürfte der Vertrag zur Nutzung der Onlinespielplattform daher als typen gemischter Vertrag anzusehen sein. Da die Nutzung der Plattform auf Dauer ausgelegt ist, handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis über die Einräumung von Nutzungsrechten.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Die Terminologie für den Authentifizierungsschlüssel ist nicht einheitlich; verwendet werden z. B. auch die Begriffe *Game-Key*; Authentifizierungsschlüssel, *Product-Key* oder Lizenzschlüssel.

¹⁷⁶ Bei dem die geschuldete Leistung des Plattformbetreibers wie aufgezeigt darin liegt, die Plattform mit den damit verbundenen Funktionen zu betreiben und dem Spieler den Zugang zu bestimmten Leistungen, zu Software und Inhalten der Plattform zu ermöglichen. Ausführlich zur Rechtsnatur von Lizenzverträgen *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 703.

3.2.1.1.3 Installation des Client-Spiels

Bei der Installation der Client-Software wird vom Spieler regelmäßig die Zustimmung zu den Nutzungsbestimmungen des Spielebetreibers verlangt. Dort ist typischerweise bestimmt, dass sich der Spieler neben dem Erwerb des Client-Spiels anmelden, über das Benutzerkonto *einloggen* und schließlich die Nutzungsbestimmungen akzeptieren müsse, um das Spiel nutzen zu können – und ihm bei Zustimmung zu den Nutzungsbestimmungen eine beschränkte Lizenz gewährt werde.¹⁷⁷ Zugleich ist den Nutzungsbestimmungen regelmäßig zu entnehmen, dass dem Spieler nur eine beschränkte Lizenz und ein Recht zur Nutzung der vertragsgegenständlichen Inhalte und Leistungen eingeräumt werde. So wird beispielsweise bestimmt, dass der Nutzer sein Eigentum am Spiel-Client sowie das von ihm erstellte Benutzerkonto nicht auf Dritte übertragen dürfe; oder auch, dass ihm verboten sei, einen Dritten auf dem eigenen Account spielen zu lassen oder auf dem Account eines Dritten zu spielen (etwa um schneller zu einem höheren Spiellevel, für das Belohnungen bereitstehen, zu gelangen). Ohne das Akzeptieren der Nutzungsbestimmungen kann der Installationsvorgang nicht fortgesetzt werden. Diese vom Spielehersteller der gekauften Spielversion beigefügten oder bei der Installation der Client-Software nachgereichten Nutzungsbestimmungen sind als AGB zu werten.¹⁷⁸

Für die Beantwortung der Frage, ob diese Nutzungsbestimmungen Vertragsbestandteil werden, ist zu unterscheiden, ob das Spiel auf einem Datenträger verkauft oder zum *Download* im Internet angeboten wird. Befindet sich das Spiel auf einem körperlichen Datenträger (z. B. DVD), so befinden sich in aller Regel auch die Nutzungsbestimmungen auf diesem Datenträger, sodass der Spieler von ihrem Inhalt erst nach dem Kauf des (eingeschweißten) Datenträgers Kenntnis nehmen kann. In diesem Fall werden die Nutzungsbestimmungen nicht Vertragsbestandteil, weil dem Kunden vor Vertragsschluss, wie § 305 Abs. 2 BGB dies verlangt, nicht die Möglichkeit, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, eingeräumt wurde. Auch ein Hinweis auf der Rückseite der Verpackung, dass die Nutzung der Spielsoftware den Nutzungsbestimmungen des Herstellers unterliege, ist unzureichend; denn der bloße Hinweis auf nicht mitabgedruckte Bestimmungen reicht für deren Einbeziehung nicht aus.¹⁷⁹ Der Spieler erhält daher ein üblicherweise beim Kauf eingeräumtes einfaches Nutzungsrecht – welches durch den Spielanbieter nachträglich nicht wieder (einseitig) beschränkt werden kann.

Beim direkten *Download* der Client-Software von einer Spieleplattform oder der Website des Herstellers erfolgt der Hinweis auf die Nutzungsbestimmungen für gewöhnlich¹⁸⁰ vor dem Abschluss des Vertrages zum Erwerb des Spiels und dessen *Download*, wobei zugleich die Möglichkeit gegeben ist, die Nutzungsbestimmungen tatsächlich zu lesen (oder auch herunterzuladen oder auszudrucken). In diesem Fall steht § 305 Abs. 2 BGB der

¹⁷⁷ Als Beispiel seien die Nutzungsbestimmungen der prominenten Plattform *Steam*, die unter http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/ eingesehen werden können, angeführt (siehe dort den Gliederungspunkt 2.A.), (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

¹⁷⁸ Allgemein zur Einbeziehung von AGB *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 22 Rn. 128 ff.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 882.

¹⁷⁹ Vgl. *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 21 Rn. 150 ff.

¹⁸⁰ Anders wäre dies zu beurteilen, wenn die Nutzungsbestimmungen erst nach dem Kauf des *Downloads*, etwa beim Installationsvorgang, eingesehen werden können; dann gilt das zum Erwerb des Spiels auf einem Datenträger Ausgeführte entsprechend.

Einbeziehung der Nutzungsbedingungen grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings ist auch hier einzuwenden, dass eine (technische) Nutzungsbeschränkung bei der als Kauf zu qualifizierenden Überlassung der Spielesoftware auf Dauer – und damit einem auf die endgültige Entäußerung des Eigentum gerichteten Rechtsgeschäft – mit dem Erschöpfungsgrundsatz des § 69c Nr. 3 UrhG unvereinbar ist.¹⁸¹ Auf die urheberrechtlichen Besonderheiten soll allerdings im Weiteren, da die RL diesen Gesichtspunkt völlig ausklammert, nicht weiter eingegangen werden.

3.2.1.1.4 Nutzung der (kostenpflichtigen) Online-Spielwelt

Bei Client-Spielen, die in einer sog. „Online-Spielwelt“ gespielt werden (dies trifft insbesondere auf Spiele im Mehrspielermodus zu), stellt sich die Frage, wie die Nutzung der Server des Spielebetreibers vertragsrechtlich zu beurteilen ist.

Bei solchen Spielen kommt der Spieler allein mit der Installation der Client-Software noch nicht in den Spielgenuss. Vielmehr wird über die Installation der Client-Software lediglich eine Verbindung zu den Servern der Spielebetreiber oder der von ihnen autorisierten Drittanbieter hergestellt.¹⁸² Die Client-Software dient dabei dazu, die audio-visuelle Darstellung sowie die Spielsteuerung am Rechner des einzelnen Nutzers zu ermöglichen. Die eigentliche Simulation des Spielgeschehens sowie die Verwaltung der Spielprofile und Spielstände etc. finden hingegen allein auf den Servern der Betreiber statt.¹⁸³ Die Software läuft damit im Wesentlichen auf den Servern der Spielehersteller und die Spieler erhalten nur einzelne kleine Softwarestücke, die sie auf ihren Rechnern installieren.¹⁸⁴ Der Spieler hat mithin nach dem Erwerb des Spiels nur die Grund- oder Zugangssoftware, sozusagen die softwaretechnischen Voraussetzungen zur Nutzung der Online-Spielwelt erworben; nicht jedoch die Berechtigung, die virtuelle Spielumgebung auch tatsächlich zu nutzen. Die Teilnahme an der Online-Spielwelt und damit letztlich die Nutzung der Spieleserver der Betreiber, auf denen die virtuelle Welt aufgespielt ist, ist mithin, wie dies in der Literatur auch ganz überwiegend gesehen wird,¹⁸⁵ als selbständiger Vertrag neben dem Erwerb des Client-Spiels einzuordnen.

Eine abweichende Ansicht vertritt allerdings *Redeker*, welcher den Erwerb der Zugangssoftware nicht als eigenständigen Vertrag ansieht; jedenfalls dann nicht, wenn die Zugangssoftware nur mit Online-Zugang nutzbar ist.¹⁸⁶ Damit wäre für diese Fälle von einem nachgeordneten Teil des Vertrages über die Nutzung der Online-Spielwelt zu sprechen. Die Annahme eines nachgeordneten Vertragsteils dürfte angesichts der Möglichkeit der

¹⁸¹ Vgl. *Ahrens*, in: Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, § 14 Rn. 41; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1780 ff.

¹⁸² Auf diese Weise kann der Spielehersteller sicherstellen, dass nur ordnungsgemäß erworbene Spiele verwendet werden können. Auch lassen sich Geschäftsmodelle mit Abonnement nur auf diese Weise realisieren. Der Käufer erhält im Gegenzug den Vorteil leistungsstarker, gepflegter und ausfallsicherer Server.

¹⁸³ Vgl. *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 24.

¹⁸⁴ Vgl. *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 442.

¹⁸⁵ So etwa *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352); *Rip-pert/Weimer*, ZUM 2007, 272 (274). Für die Eigenständigkeit solcher Verträge auch OLG München Urt. v. 02.07.2015, Az. U 3427/14, BeckRS, 2015, 119932; und BGH Urt. v. 11.02.2010, Az. I ZR 178/08, GRUR 2010, 822 (824).

¹⁸⁶ Siehe *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1165; *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 449.

Personenverschiedenheit von Verkäufer des Client-Spiels auf der einen Seite und dem Betreiber der Spieleserver auf der anderen Seite aber nur schwer haltbar sein. Insbesondere wäre der Spieler im Falle einer Schlechtleistung des Verkäufers der Client-Software diesbezüglich rechtlos gestellt, würde ihm ein eigenständiges Vertragsverhältnis zu diesem Vertragspartner abgesprochen. Abgesehen davon ist es wohl kaum vertretbar, den Erwerb z. B. einer DVD mit einem digitalen Spiel nicht als eigenständigen Vertrag anzusehen. Das Resultat wäre eine Rechtsverkürzung des Spielers.

Bis hierhin ist somit festzustellen, dass der Spieler durch den Kauf der Spiel-Client-Software nur das Recht erwirbt, die technischen Voraussetzungen für die Teilnahme an der Online-Spielwelt der Spieleanbieter durch Installation der Software auf dem PC zu schaffen, nicht aber das für das Spielen in der Online-Spielwelt darüber hinaus erforderliche Recht auf Nutzung der Online-Dienste des Anbieters.¹⁸⁷

Die Rechtsnatur dieses selbständigen Vertrages zur Nutzung der Online-Dienste des Anbieters (des Server-Nutzungsvertrages) ist allerdings umstritten.¹⁸⁸ Eine eindeutige Zuordnung fällt schwer, da der Vertrag über die Nutzung der virtuellen Spielumgebung und der Verpflichtung des Spieleanbieters zur Verwaltung und Speicherung der Spielprofile Elemente verschiedener Vertragstypen enthält.¹⁸⁹ So hat der Vertrag im Hinblick auf die Nutzung der Spieleserver Mietcharakter, aber im Hinblick auf die Pflege und Speicherung von Spielständen eher Dienst- oder Werkvertragscharakter.¹⁹⁰ Die vertragstypologische Einordnung ist hierbei nicht nur von theoretischem Interesse, sondern hat auch praktische Auswirkungen, die sich bei Leistungsstörungen im Rahmen des Vertrages ergeben.¹⁹¹

Für die vertragstypologische Einordnung ist zudem zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Leistungen des Spieleanbieters zu trennen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird an dieser Stelle allerdings nur die kostenpflichtige Nutzung der Spieleserver behandelt. Für die unentgeltliche Nutzung der Spieleserver sei auf die Ausführungen zu den Browser-Spielen (Kapitel 3.2.2.1.1) verwiesen und hier lediglich vervollständigt, dass unentgeltliche Leistungen nicht grundsätzlich gegen einen Vertragsschluss sprechen. Ein erkennbarer Rechtsbindungswille des Nutzers und des Anbieters lässt sich insbesondere dann annehmen, wenn die Nutzung längerfristig angelegt ist, eine virtuelle Identitätsbildung im Zusammenwirken mit den anderen Nutzern erfolgt und damit der einzelne Nutzer ein gesteigertes Interesse daran hat, nicht ohne Weiteres vom Spiel ausgeschlossen zu werden und der Anbieter ein Interesse an der Einhaltung der Verhaltensregeln hat.¹⁹²

3.2.1.1.4.1 Kaufvertrag

Gegen die Annahme eines Kaufvertrages spricht, dass der Spieleanbieter dem Spieler keinen dauerhaften Zugriff auf die Serversoftware ermöglicht. Eine für einen Rechtskauf erforderliche unbefristete und uneingeschränkte Überlassung der Serversoftware erfolgt nicht.

¹⁸⁷ I. d. S. auch OLG München Urt. v. 02.07.2015, Az. U 3427/14, BeckRS, 2015, 119932.

¹⁸⁸ Ausführlich zum Meinungsstand *Oehler/von Ribbeck*, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 11 f.; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 681 ff.

¹⁸⁹ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 681.

¹⁹⁰ Vgl. *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 16.

¹⁹¹ Daneben ist vertragstypologische Einordnung auch für die Inhaltskontrolle von AGB von entscheidender Bedeutung.

¹⁹² Vgl. *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 403.

Vielmehr erwirbt der Spieler durch seine Zahlung, die einmalig oder wiederkehrend ausgestaltet werden kann, ein Recht, die virtuelle Spielumgebung und damit die auf den Servern des Spieleanbieters aufgespielten Software für einen konkret festgelegten Zeitraum zu nutzen. Ein dauerhafter Zugriff auf die Server ist nicht Vertragsgegenstand, sodass auch ein Rechtskauf abzulehnen ist.¹⁹³

3.2.1.1.4.2 Miet- oder Pachtvertrag

Die Annahme, der Spieler miete die Server, auf denen die virtuelle Welt aufgespielt ist, liegt nahe.¹⁹⁴ Dies zumindest dann, wenn zwischen den Vertragspartnern ein Dauerschuldverhältnis besteht, bei dem der Spieler Zugang zur Spielwelt und ihren Funktionen erhält und durch die Abonnementzahlungen ein monatliches Entgelt entrichtet. Dazu müsste es sich bei der Online-Spielwelt allerdings um eine „Mietsache“ im Sinne des § 535 Abs. 1 BGB handeln. Bei der Spielwelt handelt es sich jedoch um nichts anderes als „die Außenschnittstelle eines komplexen Softwarepakets“¹⁹⁵. Lediglich wenn man Software und damit die Onlinewelt als „Sache“ im Sinne des § 90 BGB (und nicht als „sonstigen Gegenstand“ im Sinne des § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB)¹⁹⁶ ansieht, ist ein Mietvertrag denkbar.¹⁹⁷ Wollte man dennoch einen Mietvertrag annehmen, so stellt sich das weitere Problem, dass sich die Vertragspflichten des Spieleanbieters nicht in der bloßen Sachüberlassung erschöpfen dürften. Vielmehr ist auch gerade die Möglichkeit, in der Online-Spielwelt zu spielen, Gegenstand des Vertrages. Dazu gehört allerdings nicht nur die Überlassung der Spielwelt, sondern auch die Verwaltung, Steuerung und Speicherung der Datensätze auf den Servern und auch das Vorhandensein anderer Spieler sowie die Einhaltung der Spielregeln durchzusetzen. Dies ist weit mehr als die bloße im Mietrecht geschuldete Sachüberlassung,¹⁹⁸ so dass die Annahme eines reinen Mietvertrages abzulehnen ist.

Dieses Ergebnis legt wiederum einen Pachtvertrag nahe, da Gegenstand eines Pachtvertrages nicht nur Sachen, sondern auch Rechte sein können. Zum Wesen des Pachtvertrages gehört allerdings die Ziehung von Früchten aus der Pachtsache. Diese typenprägende Hauptleistungspflicht ist in dem vorliegenden Nutzerverhältnis allerdings nicht geschuldet.¹⁹⁹ Vielmehr ist dieses auf die Teilnahme am Spiel gerichtet. Hinzu kommt, dass der Spielebetreiber dem Nutzer ein Recht zur Fruchtziehung als selbständiger Vertragsbestandteil neben der Gebrauchsüberlassung nicht gewährt, womit ein Pachtvertrag in Form der Rechtspacht ebenfalls abzulehnen ist.²⁰⁰

¹⁹³ Geschuldet ist vielmehr die Gewährung der Online-Nutzung von Software für eine begrenzte Zeit, die gegen die Annahme eines Rechtskaufs spricht. I. d. S. auch *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1165; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 682.

¹⁹⁴ Vertreten von *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562).

¹⁹⁵ So *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 447.

¹⁹⁶ Zu dieser Diskussion bereits Kapitel 3.2.1.1.1.

¹⁹⁷ Laut *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 447, wird die Annahme, dass die virtuelle Welt eine Sache im Sinne des § 90 BGB ist, nicht vertreten.

¹⁹⁸ I. d. S. auch *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Kap. 12 Rn. 447; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 682, 687 f.; a.A. *Oehler/von Ribbeck*, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 11, 13, die von einem Mietvertrag ausgehen.

¹⁹⁹ Vgl. *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, S. 121 f.

²⁰⁰ I. d. S. auch *Alpert*, CR 2000, 345 (349). Siehe auch *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 686, welcher darauf hinweist, dass der Spieler in der virtuellen Umgebung zwar Gegenstände finden kann, diese jedoch vom Spielebetreiber in das Spiel integriert worden sind und

3.2.1.1.4.3 Schenkungs- oder Leihvertrag

Bei Vorliegen eines entgeltlichen Modells kann das Vertragsverhältnis zur Nutzung der Online-Spielwelt schon aufgrund der Entgeltlichkeit nicht als Schenkungsvertrag qualifiziert werden. Doch auch bei einer kostenlosen Nutzung der Onlinewelt dürfte die Frage, worin die konkrete Vermögensverschiebung zu sehen ist, problematisch sein. Hinzu kommt, dass der Spielebetreiber regelmäßig verpflichtet ist, die Spielwelt und das Spielgeschehen aktiv zu verwalten, zu steuern und gegebenenfalls zu aktualisieren. Diese auch nach Gewährung des Zugangs zur Onlinewelt bestehenden Pflichten stehen im Widerspruch zum Schenkungsrecht, bei dem es um eine einmalige Leistungserbringung geht.²⁰¹

Aufgrund der Entgeltlichkeit scheidet auch die Annahme eines (ggf. atypischen) Leihvertrages nach § 598 BGB aus. Ein Leihvertrag kommt mithin allenfalls bei der kostenfreien Nutzung der Online-Spielumgebung, worauf im Zuge der vertragstypologischen Einordnung der Browser-Spiele noch zurückgekommen wird, in Betracht.²⁰²

3.2.1.1.4.4 Dienst- oder Werkvertrag

Mit Blick auf ggf. auftretende Schwierigkeiten bei der Erreichbarkeit der Server wird in der Literatur mitunter das Vorliegen eines geschuldeten Erfolgs bezweifelt und das Vertragsverhältnis daher als Dienstvertrag eingeordnet.²⁰³ Dieser Ansatz berücksichtigt jedoch nicht ausreichend die Interessenlage der Parteien und deren Vertragspflichten. Dem Spieler geht es darum, jederzeit spielen zu können. Aufgabe des Plattformbetreibers ist es daher, zwar nicht zu jeder Zeit, so aber zumindest im marktüblichen Rahmen nahezu durchgehend²⁰⁴ Zugang zu einer funktionsfähigen Online-Spielwelt bereitzustellen. Die Leistungspflicht des Spieleanbieters erschöpft sich damit nicht in dem reinen Bemühen um die Gewährung des Zugangs zur Online-Spielwelt. Der Erfolgsbezug, der hieraus resultiert, steht der Annahme eines Dienstvertrages entgegen.²⁰⁵ Allenfalls können diverse nachfolgende Nebenpflichten dienstvertraglich geprägt sein.

Aufgrund des Erfolgsbezugs wird teils auch vertreten, dass die Zurverfügungstellung der Online-Spielwelt sowie die Verwaltungs- und Steuerungsarbeiten des Spieleanbieters als Werkvertrag zu bewerten seien.²⁰⁶ Die Auffassung ist allerdings problematisch, da weder die dauerhafte Nutzung der Spielwelt noch die punktuelle Herstellung eines bestimmten Werkes im Vordergrund steht.²⁰⁷ Vielmehr ist das auf einem ständigen Leistungsaustausch basierende Vertragsverhältnis zwischen Spieler und Spielebetreiber als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren und daher nicht ohne Weiteres mit dem Werkvertragsrecht in Einklang zu bringen. *Gräber* setzt dem entgegen, dass allein die Frage, ob die Parteien das

daher keine neuen, von der Hauptsache abtrennbaren Früchte im Sinne des § 99 BGB darstellen.

²⁰¹ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 685.

²⁰² Von einer atypischen Leihe bei den Free-to-Play-Spielen ausgehend *Oehler/von Ribbeck*, in: *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 12.

²⁰³ So etwa *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 432 (434).

²⁰⁴ Der Zugang zur Online-Spielwelt ist aufgrund von regelmäßigen Wartungsarbeiten an den Servern unterbrochen und wird typischerweise so auch im Service-Level-Agreement festgelegt, so dass kein Spieler einen Zugang zu jedem beliebigen Zeitpunkt erwartet.

²⁰⁵ So auch *Redeker* in: *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 448.

²⁰⁶ So etwa *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1165; *Schrader*, in: *Leible/Sonitza*, Online-Recht 2.0, S. 93 (107).

²⁰⁷ So auch *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 92; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 684.

bloße Tätigwerden vereinbaren wollen oder ein konkreter Erfolg geschuldet ist, für die Qualifizierung eines Werkvertrages maßgeblich ist. Der geschuldete Erfolg könne von den Parteien aber dergestalt definiert werden, dass der Zugang zu einer Leistung im Wege eines Dauerschuldverhältnisses über einen Zeitraum hinweg geschuldet sei.²⁰⁸

Letztlich kann dies dahinstehen, da sich die Haupt- und Nebenpflichten des Betreibers nicht in der Gewährung des Zugangs der Onlinewelt und damit in dem Werkvertragsrecht erschöpfen. Vielmehr verpflichtet sich der Betreiber regelmäßig auch dazu, Support-Leistungen anzubieten. Diese haben, da hier kein Erfolg, sondern lediglich ein Bemühen geschuldet ist, dienstvertraglichen Charakter. Genauso verhält es sich mit der Pflicht des Anbieters, die Einhaltung der Spielregeln zu überwachen und Regelverstöße zu ahnden.²⁰⁹ Auch diesbezüglich schuldet der Anbieter nur sein Bemühen und keinen Erfolg, so dass auch dieser Teil der Vertragsbeziehung dienstvertraglich zu beurteilen ist.²¹⁰

3.2.1.1.4.5 Ergebnis: Typengemischter Vertrag

Das entscheidende Kriterium für die Spieler ist, dass ihnen die Online-Spielwelt und die ihrem Spielstand entsprechenden Spielmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden. Aus dem bisher Gesagten ist zu resümieren, dass diese vom Spieleanbieter geschuldete Leistung erfolgsbezogen ist, sodass dieser Teil werkvertraglich geprägt ist. Die Verpflichtung des Betreibers, den Betrieb der und den Zugang zur Online-Spielwelt zu gewährleisten (bloße Verfügbarkeit der Spielumgebung ist nicht ausreichend), ist wohl mietvertragsrechtlich zu beurteilen. Die Wartung der Spielserver wäre dann lediglich eine Nebenpflicht aus dem Mietvertrag. Für die Spieler aber steht nicht bloß die Überlassung der Spielwelt und damit die auf den Servern aufgespielte Software im Vordergrund, sondern die Möglichkeit, virtuell zu spielen. Dazu gehört nicht nur die Überlassung der Spielwelt, sondern auch die Verwaltung, Steuerung und Speicherung der Datensätze auf den Servern, so dass dieser Vertragsteil werkvertraglich geprägt ist. *Helmut Redeker* spricht von einem Werkvertrag mit mietvertraglichen Ergänzungen.²¹¹ Die Bereitstellung von Support-Leistungen im Rahmen der Nutzung der Spielserver sowie die Überwachung der Spielregeln haben dienstvertraglichen Charakter.

Der Server-Nutzungsvertrag ist somit kein „typischer“ Vertrag, für die der nationale Gesetzgeber spezielle Normen geschaffen hat.²¹² Vielmehr lässt sich der zwischen dem Anbieter und dem Spieler geschlossene Vertrag zur Nutzung der Online-Spielwelt keinem der speziell geregelten Vertragstypen zuordnen, sondern weist Komponenten des Werk-, des Dienst- wie auch des Mietvertrags auf. Rechtsdogmatisch wird bei Verträgen, die sich nicht in die hergebrachte Vertragstypologie einordnen lassen, zwischen sog. „atypischen“ Verträgen (auch Vertrag „*sui generis*“ genannt) und „typengemischten“ Verträgen (auch

²⁰⁸ *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, S. 141.

²⁰⁹ Die Einhaltung der Spielregeln bildet die Grundlage für das Funktionieren des gesamten Spiels, so dass es wohl gerechtfertigt ist, diese sogar als eine Hauptleistungspflicht zu qualifizieren.

²¹⁰ Vgl. *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, S. 145, der aufgrund der diversen dienstvertraglich geprägten Nebenpflichten im Ergebnis ebenfalls einen gemischten Vertrag annimmt.

²¹¹ *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 449.

²¹² Zum Begriff des typischen und atypischen Vertrags siehe z. B. *Medicus/Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, Rn. 79 ff.; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, vor § 311 Rn. 11 ff.; *Prütting/Wegen/Weinreich*, Kommentar zum BGB, § 311 Rn. 29.

„gemischte“ oder „zusammengesetzte“ Verträge genannt) unterschieden. Erstere sind Verträge, bei denen die Parteien mehrere Leistungspflichten vereinbaren, die jeweils verschiedenen speziell geregelten Vertragstypen zugeordnet werden können. Bei Letzteren sind die Bestandteile verschiedener speziell geregelter Vertragstypen so eng verbunden, dass letztlich nur eine Leistung vorliegt.²¹³ Der Server-Nutzungsvertrag stellt folglich einen (typen-) gemischten Vertrag dar.

Die Einordnung als typengemischter Vertrag, bestehend aus dienst-, werk- und mietvertraglichen Elementen erlaubt es, einzelnen Varianten und Ausgestaltungen von Server-Nutzungsverträgen mit einer gewissen Flexibilität zu begegnen und jeweils diejenigen Vorschriften anzuwenden, die in Bezug auf das konkrete Rechtsproblem (insbesondere im Leistungsstörungenrecht) am passendsten erscheinen.²¹⁴

Mithin ist die Analyse dahingehend abzuschließen, dass der Vertrag zur Nutzung der Online-Spielwelt (der am ehesten als „Gebrauchsüberlassungsvertrag“ bezeichnet werden könnte)²¹⁵ als typengemischter Vertrag anzusehen ist, der werk-, dienst- und mietvertragliche Elemente enthält.²¹⁶

3.2.1.1.5 Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Erwerb der Client-Software zum Vollpreis ist nach nationalem Recht als Kaufvertrag zu werten, konkret ein Rechtskauf im Sinne des § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB. Wird die Client-Software kostenfrei zur Verfügung gestellt, handelt es sich hingegen um einen Schenkungsvertrag (§ 516 BGB).

Soweit es für das Spiel auch eines Zugangs zur Online-Spielwelt bedarf, ist jedoch festzuhalten, dass der Spieler mit dem Kauf der Client-Software nur das Recht erwirbt, die technischen Voraussetzungen für die Teilnahme an den Online-Spielen der Spieleanbieter durch Installation der Software auf seinem PC zu schaffen (indem er die Software installiert). Der Spieler erwirbt aber nicht das für das Spielen in der Online-Spielwelt erforderliche Recht auf Nutzung der Spieleserver. Der entgeltliche Vertrag zur Nutzung dieser Server ist als selbständiger typengemischter Vertrag anzusehen, der werk- dienst- und mietvertragliche Elemente enthält. Die Frage, wie es sich verhält, wenn die Online-Spielwelt unentgeltlich genutzt werden kann, wurde hier vorerst ausgespart und wird erst im Rahmen der Ausführungen zu den Browser-Spielen (Kapitel 3.2.2.1.1) aufgenommen.

Bedarf es nach Kauf der Client-Software noch der Erstellung eines Benutzerkontos (also Anmeldung) auf einer (an sich kostenfreien) *Online-Gaming-Plattform*, um das Spiel „freischalten“ zu lassen, so tritt ein weiterer Vertrag hinzu, der als typengemischter Vertrag zu qualifizieren ist.

²¹³ Vgl. *Kaiser*, JA 2007, 291 (291).

²¹⁴ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 688; *Grabosch*, Analoges Recht, S. 132 f.

²¹⁵ I. d. S. auch *Grabosch*, Analoges Recht, S. 126.

²¹⁶ Dies dürfte auch die herrschende Ansicht sein; vgl. *Klickermann*, MMR 2007, 766 (768); *Junker*, NJW 2004, 3162 (3167); *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 16; *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352); *Lober/Weber*, CR 2006, 837 (839) und MMR 2005, 653 (656); *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 688; *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holzner, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 448; *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272 (279).

3.2.1.2 Beurteilung nach der Richtlinie: Sachlicher Anwendungsbereich

Gemäß Art. 3 Abs. 3 RL gilt die Richtlinie (ungeachtet der nationalen Vertragstypologie) für alle Verträge, auf deren Grundlage der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder Dienstleistungen bereitstellt (oder deren Bereitstellung zusagt) und der Verbraucher einen (monetären) Preis zahlt (oder dessen Zahlung zusagt) oder der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt (oder deren Bereitstellung zusagt). Für die Beurteilung der Verträge in der Erwerbsphase ist somit der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie zu analysieren.

3.2.1.2.1 Erwerb der Client-Software

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet sich gem. Art. 3 Abs. 1 RL stets dann, wenn der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte (oder digitale Dienstleistungen) bereitstellt und der Verbraucher hierfür entweder einen (monetären) Preis zahlt oder dem Unternehmer personenbezogene Daten²¹⁷ bereitstellt (wobei auf beiden Seiten die Zusage reicht). Unter „digitalen Inhalten“ sind laut Art. 2 Nr. 1 RL Daten zu verstehen, „die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden“.²¹⁸ ErwG 19 führt als Beispiele unter anderem „Computerprogramme“ und „digitale Spiele“ an.²¹⁹ Die Client-Software ist mithin zweifelsohne unter den Begriff der „digitale Inhalte“ der Richtlinie zu subsumieren.²²⁰

Anders als das nationale Recht unterscheidet die Richtlinie nicht nach Vertragstypen, sondern legt ein allgemeines Vertragsrecht fest, das grundsätzlich auf alle Typen von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen Anwendung findet, ohne einen von ihnen spezifisch zu regeln. Die Richtlinie unterscheidet hierbei auch nicht nach der Art der Datenübermittlung bzw. dem Geschäftsmodell, sondern stellt ausschließlich auf die „Bereitstellung“ ab. Sie gilt somit, wie ErwG 19 der Richtlinie zu entnehmen ist, unabhängig von der Art der Bereitstellung (*Download*, *Streaming*, Ermöglichung des Zugangs zu Speicherkapazitäten oder zur Nutzung von sozialen Medien etc.) und unabhängig von der Art des für die Datenübermittlung oder die Gewährung des Zugangs verwendeten Datenträgers. In diesem Sinne bestimmt Art. 3 Abs. 3 RL dann auch ausdrücklich, dass von ihrem Anwendungsbereich auch körperliche Datenträger, die ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dienen, umfasst sind.

Dem Unionsgesetzgeber kam es somit gerade darauf an, eine Differenzierung bei den Vertriebswegen und damit eine Diskriminierung einzelner Geschäftsmodelle zu vermeiden. Vielmehr soll durch den weiten Anwendungsbereich der Richtlinie eine Fragmentierung nach verschiedenen Vertriebswegen vermieden und gleiche Wettbewerbsbedingungen für

²¹⁷ Zu der Frage, ob eine Differenzierung gerechtfertigt ist zwischen Verbrauchern, die einen monetären Preis bezahlen und solchen, die personenbezogene Daten bereitstellen, vgl. *Narciso*, Eu-CML 2017, 198 ff.

²¹⁸ Im nationalen Recht enthält § 312f Abs. 3 BGB eine Legaldefinition des Begriffs digitale Inhalte. Dazu, dass hierunter auch Spiele subsumiert werden vgl. *Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 312f Rn. 37.

²¹⁹ Im Kommissionsentwurf 2015 wurde das Beispiel „digitale Spiele“ sogar unmittelbar im Richtlinienentwurf (Art. 2 Nr. 1 lit. a) angeführt.

²²⁰ Spielesoftware (auf Datenträgern und als *Download*) bedenkenlos unter den Begriff der „digitalen Inhalte“ subsumierend auch *Grabosch*, Analoges Recht, S. 91 f.

Anbieter von verschiedenen Vertriebswegen sichergestellt werden.²²¹ Ebenso lag es dem Unionsgesetzgeber fern, die Rechtsnatur der Verträge für die Bereitstellung der digitalen Vertragsprodukte zu regeln. Wie der Richtlinienggeber im ErwG 12 der Richtlinie ausdrücklich hinweist, bleibt die Klärung der Frage, ob derartige Verträge beispielsweise Kaufverträge, Dienstleistungsverträge, Mietverträge oder Verträge *sui generis* sind, dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen.

Damit erübrig sich im Rahmen der Richtlinie eine komplizierte Feststellung, ob es sich bei einem Client-Spiel um eine Sache oder ein Recht handelt und damit das Kaufrecht anzuwenden ist, genauso wie die Differenzierung nach der Art des Vertriebsmodells (z. B. „*Boxed Games*“ auf körperlichem Datenträger oder direkter *Download*). Das Client-Spiel unterfällt der Richtlinie unabhängig davon, ob der Spieler es im stationären, im Versandhandel oder direkt per *Download* auf einer Online-Spieleplattform erwirbt. Denn in all diesen Fällen werden im Sinne des Art. 3 Abs. 1 RL digitale Inhalte in Form der Client-Software zur Verfügung gestellt bzw. zugänglich gemacht. Der Erwerb der kostenpflichtigen Client-Software ist somit zweifelsfrei vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst.

Soweit der Spielanbieter dem Nutzer die Client-Software z. B. im Wege des *Downloads* kostenfrei zur Verfügung stellt, kann es jedoch an einer Gegenleistung fehlen. Denn die Richtlinie setzt für die Eröffnung ihres Anwendungsbereichs auf Seiten des Verbrauchers entweder die Zahlung eines Preises (der in Geld oder einer digitalen Darstellung eines Wertes bestehen kann, Art. 2 Nr. 7 RL) oder die Bereitstellung von personenbezogenen Daten (worunter Daten im Sinne des Art 4 Nr. 1 der DSGVO zu verstehen sind) durch den Verbraucher voraus. Im Hinblick auf die Bereitstellung von personenbezogenen Daten, die vom Verbraucher bereitgestellt werden, besteht allerdings eine Ausnahme vom sachlichen Anwendungsbereich: In Fällen, in welchen die vom Verbraucher bereitgestellten Daten vom Unternehmer ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen oder zur Erfüllung von vom Unternehmer einzuhaltenden rechtlichen Anforderungen verarbeitet werden und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet, gilt die Richtlinie nicht (Art. 3 Abs.1 UAbs. 2 RL). Soweit der Nutzer die unentgeltlich zur Verfügung gestellte Client-Software schlicht via *Downloadlink* auf seinen Computer lädt (und hierfür keine personenbezogenen Daten bereitstellt), eröffnet sich der Anwendungsbereich der Richtlinie somit nicht.

3.2.1.2.2 Anlegen eines Benutzerkontos auf einer Online-Plattform

Wie erörtert wurde,²²² muss der Spieler für die Nutzung des erworbenen Client-Spiels heute zumeist zunächst ein Benutzerkonto auf einer Online-Spieleplattform einrichten, über welches das Spiel freigeschaltet werden muss. Die Einrichtung des Accounts (wie auch die anschließende Nutzung der Plattform) sind bei Vollpreisspielen typischerweise kostenfrei. Mit Blick Art. 3 Abs. 1 RL stellt sich hier die Frage, ob der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie trotz Unentgeltlichkeit eröffnet ist, da der Spieler dem Plattformbetreiber beim Anlegen eines Accounts bestimmte personenbezogene Daten zur Verfügung stellt.

Typischerweise sind für die Eröffnung eines Benutzerkontos zumindest die Angabe einer gültigen E-Mail-Adresse und des Namens erforderlich. Einige der prominenten Spieleanbieter

²²¹ Siehe insb. ErwG 19 und 24 der Richtlinie.

²²² Siehe Kapitel 2.2.1.2.1.

verlangen neben der Angabe des Namens allerdings auch die Angabe des Wohnsitzlandes (so die Plattform *Uplay*) bzw. des Heimatorts (so die Plattform *Origin*), des Geburtsdatums (so die Plattformen *battle.net* und *Origin*) oder des Geschlechts (so die Plattform *Uplay*).²²³ Mit diese Angaben handelt es sich um personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO, die einem bestimmten Spieler zugeordnet werden können.

Es sei resümiert, dass die Richtlinie gem. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL auch dann gilt, wenn der Verbraucher zwar keinen (monetären) „Preis“ bezahlt, er dem Unternehmer im Gegenzug aber personenbezogene Daten bereitstellt (oder deren Bereitstellung zusagt). Dies gilt allerdings nicht in Fällen, in denen die vom Verbraucher bereitgestellten personenbezogenen Daten durch den Unternehmer ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen oder zur Erfüllung von vom Unternehmer einzuhaltenden rechtlichen Anforderungen verarbeitet werden und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet. ErWG 24 führt hierzu beispielhaft an, dass die Richtlinie auch dann gilt, „wenn ein Verbraucher ein Konto in sozialen Medien eröffnet und dem Unternehmer Namen und E-Mail-Adresse bereitstellt (*was einem Spiele-Account gleich kommt*), die nicht ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen oder zur Erfüllung rechtlicher Anforderungen verwendet werden.“

Der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet sich nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL sowohl dann, wenn der Spieler beim Anlegen des Benutzerkontos aufgefordert ist, personenbezogene Daten anzugeben, die über das, was zur Bereitstellung des Dienstes oder zur Erfüllung der rechtlichen Anforderungen erforderlich ist, hinausgehen; wie auch dann, wenn die erhobenen personenbezogenen Daten zwar tatsächlich zur Vertragserfüllung oder zur Erfüllung der rechtlichen Anforderungen erforderlich sind, der Plattformbetreiber sie aber auch zu anderen Zwecken (etwa zu Marketingzwecken) verwendet. Hierbei ist es irrelevant, ob der Spieler seine datenschutzrechtliche Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) gegeben hat, dass seine Daten auch für bestimmte andere Zwecke verwendet werden; der sachliche Anwendungsbereich ist eröffnet, sowie der Unternehmer die personenbezogenen Daten nicht ausschließlich für die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder zur Erfüllung der rechtlichen Anforderungen verwendet.²²⁴

Zur Verwendung der personenbezogenen Daten des Verbrauchers zu „anderen Zwecken“ ist anzumerken, dass der Plattformbetreiber (als „Verantwortlicher“ im Sinne des Art. 4 Nr.

²²³ Für die Plattform *Uplay* siehe <https://account.ubisoft.com/de-DE/login>; für die Plattform *Origin* <https://connect.origin.com/de/create#basic>; und für die Plattform *battle.net* <https://eu.battle.net/account/creation/de/tos.html?theme=blizzard&style=PHOE-NIX&country=DEU> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

²²⁴ Vgl. ErWG 24 (vorletzter Satz). Siehe aber auch ErWG 38. Es sei angemerkt, dass es der Kommissionsentwurf 2015 versäumte, das Verhältnis der Richtlinie zur DSGVO klarauszustellen, was Anlass zu der Annahme gab, dass der Leistungsgegenstand im Falle der „Bezahlung“ mit personenbezogenen Daten die datenschutzrechtliche Einwilligung sei (zumal nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO keine Einwilligung der betroffenen Person erforderlich ist, wenn die Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrages oder einer rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt). Hierzu *Faust*, Digitale Wirtschaft, S. 7 f.; *Schmidt-Kessel* u. a., GPR 2016, 54 (58 ff.); *Zöchling-Jud*, in: Forgo/Zöchling-Jud, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand, S. 239 (261 ff., 266). Diese Diskussion ist entlang des finalen Textes der Richtlinie jedoch obsolet: der Anwendungsbereich der Richtlinie ist vielmehr, wie *Zöchling-Jud* (S. 266) bereits entlang des Entwurfes des Rates 2017 feststellte, autonom von jenem der DSGVO zu sehen. I. d. S. auch *Kern*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 33 (40, Fn. 28).

7 DSGVO) nach Art. 13 DSGVO verpflichtet ist, dem Spieler (als „betroffene Person“ im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DSGVO) zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen u. a. die Zwecke, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen, sowie die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung mitzuteilen (Abs. 1 lit. c). Ähnliches gilt, wenn sich später der Zweck ändert bzw. die Daten zu einem anderen Zweck weiterverarbeitet werden sollen (Abs. 3). Diese Informationen finden sich auf Online-Plattformen typischerweise als „Datenschutzerklärungen“, die jederzeit eingesehen werden können und die der Nutzer in aller Regel zu bestätigen hat, bevor er fortsetzen kann.

Für den Nutzer mag es zwar häufig schwierig sein, überhaupt zu erkennen, ob seine Daten auch zu „anderen Zwecken“ verwendet werden. Dies ist allerdings eine grundsätzliche datenschutzrechtliche Problemstellung, die hier nicht aufgenommen werden soll. Hier sei lediglich darauf hingewiesen, dass der für die Datenverarbeitung „Verantwortliche“ für die Einhaltung der Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlich ist und deren Erfüllung nachweisen können muss (Art. 5 Abs. 2 DSGVO). Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss er nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat (Art. 7 Abs. 1 DSGVO).

Soweit der Plattformbetreiber nur Name, E-Mail-Adresse, Geburtsdatum und Wohnsitzort ermittelt, erscheint dies, soweit er diese Daten nicht für andere Zwecke als die Vertragserfüllung verwendet, unproblematisch. Die E-Mail-Adresse ist für die Freischaltung bzw. die Übermittlung des *Product-Key* zwingend erforderlich. Mittels Name und Geburtsdatum kann der Kunde im Problemfall (etwa wenn die Rechte des *Users* am Account in Zweifel stehen oder der *User* seinen *Product-Key* nicht mehr auffinden kann) verifiziert werden; und auch der Heimatstaat des *Users* ist für den Plattformbetreiber aufgrund der länderweise unterschiedlichen rechtlichen Regelungen von Relevanz. Das Geburtsdatum mag zudem, auch wenn eine Verifizierung der Korrektheit der Angabe nicht möglich ist, ebenso als Alterskontrolle (oder zumindest als Hinweis darauf, dass für bestimmte Spiele ein Mindestalter empfohlen ist) gerechtfertigt sein.

Zwar empfiehlt sich bei Ausnahmeregelungen eine restriktive Auslegung, um die Kernregelung nicht auszuhöhlen, allzu eng sollte der Rahmen hier jedoch nicht gezogen werden.²²⁵ Denn anders als der Kommissionsentwurf 2015, der in Art. 3 Abs. 3 vorsah, dass die Richtlinie nur dann nicht gilt, wenn die erhobenen personenbezogenen Daten zur Erfüllung der Vertrags- oder der rechtlichen Pflichten „unbedingt erforderlich“ sind, ist der finale Text der Richtlinie etwas weniger eng formuliert, indem er darauf abstellt, ob die Daten „ausschließlich“ für die genannten Zwecke oder auch für „andere Zwecke“ verwendet werden. Diese Abänderung legt nahe, dass die Erhebung personenbezogener Daten auch dann nicht zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie führen soll, wenn der Plattformbetreiber diese Daten ausschließlich dazu verwendet, um einen besseren *Service*, wie etwa Erleichterungen bei der Bereitstellung, einen besseren *Kundensupport*, oder eine höhere Qualität der bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen (etwa auch für eine Verbesserung des Spielerlebnisses) bieten zu können. Denn in solchen Fällen hätte unter dem Kommissionsentwurf argumentiert werden können, dass diese Daten, wenngleich sie ausschließlich für die Bereitstellung des Dienstes verwendet werden, so doch

²²⁵ I. d. S. auch *Zöchling-Jud*, in: Forgo/Zöchling-Jud, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand, S. 239 (263); siehe auch *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (90).

nicht „zwingend erforderlich“ sind, um die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen prinzipiell bereitstellen zu können.²²⁶ Gleichwohl bleibt eine „gewisse Unsicherheit“²²⁷, wo exakt die Trennlinie zu ziehen ist.

Verdächtig erscheint, wenn, wie dies bei der Spieleplattform *Ubisoft* der Fall ist, auch das „Geschlecht“ des Spielers erhoben wird, denn dieses ist für die Vertragserfüllung völlig irrelevant, womit sich andeutet, dass die Daten auch für „andere Zwecke“ verwendet werden sollen. Bei Nachschau in der zugehörigen Datenschutzerklärung (Punkt 2.1.3)²²⁸ erweist sich, dass der Nutzer mit der Eröffnung eines *Ubisoft*-Kontos einwilligt, *Newsletter* oder Werbungen zu Produkten, Diensten und Verkäufen von *Ubisoft* zu erhalten. Werden die personenbezogenen Daten des Nutzers wie im Falle von *Ubisoft* (auch) zu Marketingzwecken verwendet, so ist der Anwendungsbereich der Richtlinie jedenfalls eröffnet.

3.2.1.2.3 Installation des Client-Spiels

Im Hinblick auf den Installationsvorgang bestehen, da die Richtlinie die Klausel-RL 93/13/EG unberührt lässt, keine Abweichungen von dem unter der Beurteilung nach nationalem Recht Gesagten.²²⁹ Die Installation des Client-Spiels begründet insbesondere kein weiteres von dem Kauf des Client-Spiels zu unterscheidendes Vertragsverhältnis, sondern eine Realhandlung des Spielers, durch die er den bereits erworbenen Client auf seinem Rechner aufspielt.

3.2.1.2.4 Nutzung der (kostenpflichtigen) Online-Spielwelt

Das Vertragsverhältnis zur Nutzung der vom Spielehersteller bereitgestellten Online-Spielwelt, das für die Nutzung vieler Client-Spiele heute erforderlich ist, stellt nach nationalem Recht einen vom Erwerb des Client-Spiels losgelösten Vertrag dar.²³⁰ Da die Richtlinie keine Regelungen für multipersonale Vertragsbeziehungen trifft, sind die Regelungen über das Zustandekommen eines Vertrages den Mitgliedstaaten überlassen (Art. 3 Abs. 10 RL) und ist mithin von zwei selbständigen Verträgen auszugehen.

Um Wiederholungen zu vermeiden wird auch hier, den Darstellungen zum nationalen Recht in Kapitel 3.2.1.1.4 folgend, lediglich auf die kostenpflichtige Nutzung der Spieleserver eingegangen und für die unentgeltliche Nutzung auf die Ausführungen zu den (typischerweise kostenfreien) Browserspielen (Kapitel 3.2.2.2.1) verwiesen.

Die Zurverfügungstellung der Online-Spielumgebung dürfte eher unter den Begriff der „digitalen Dienstleistungen“ des Art. 2 Nr. 2 lit. a RL („Dienstleistungen die dem Verbraucher die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder den Zugang zu diesen Daten ermöglichen“) als unter den Begriff der „digitalen Inhalte“ des Art. 2 Nr. 1 RL („Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden“) zu subsumieren sein.

²²⁶ I. d. S. auch *Zöchling-Jud*, in: Forgo/Zöchling-Jud, Das Vertragsrecht des AGBG auf dem Prüfstand, S. 239 (263).

²²⁷ So *Zöchling-Jud*, in: Forgo/Zöchling-Jud, Das Vertragsrecht des AGBG auf dem Prüfstand, S. 239 (263).

²²⁸ Siehe <https://legal.ubi.com/privacypolicy/de-DE> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

²²⁹ Siehe oben, Kapitel 3.2.1.1.3.

²³⁰ So BGH Urt. v. 11.02.2010, Az. I ZR 178/08, GRUR 2010, 822 (824). A.A. allerdings *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1165; *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 449. Hierzu bereits oben, Kapitel 3.2.1.1.4.

Denn vorliegend stellen die Spieleanbieter große Serveranlagen bereit, auf denen die komplexe virtuelle Spielumgebung aufgespielt ist, sowie sämtliche Spielstände der Spieler gespeichert werden. Die für das digitale Spiel erforderliche Software läuft im Wesentlichen auf den Serverfarmen der Spieleanbieter. Auf diese digitalen Daten greift der Client-Rechner des Spielers mithilfe der installierten Client-Software zu und ermöglicht so die audio-visuelle Darstellung des Spielgeschehens auf dem PC.²³¹ Der Server ist hierbei das einen Dienst oder Daten zur Verfügung stellende System und der Client das einen Dienst oder Daten anfordernde System.²³² Im Rahmen des Vertragsverhältnisses schuldet der Spieleanbieter nicht nur den Erfolg in dem Sinne, dass dem Spieler die Spielumgebung benutzbar wird, sondern er schuldet auch die Speicherung der Spielstände des Nutzers. *Level-Upgrades*, neu gesammelte oder erworbene Ausrüstungsgegenstände, das Erreichen von *Quests* und Wegpunkten und Ähnliches muss der Spieleanbieter speichern und verwalten. Folglich ermöglicht der Anbieter dem Spieler auch die Erstellung und Speicherung von Daten in digitaler Form, die der Spieler erspielt und dem Spieleserver übermittelt.

Zugebenermaßen ließe sich aber auch argumentieren, dass es sich bei der auf den Servern aufgespielten Spielesoftware um digitale Inhalte, also um Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden, handelt.²³³ Wie bereits angemerkt, ist eine saubere Trennung zwischen „digitalen Inhalten“ und „digitalen Dienstleistungen“ aber nicht erforderlich, da die Richtlinie keine unterschiedlichen Rechtsfolgen an diese Unterscheidung knüpft. Insofern ist es für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs ausreichend, wenn der in Frage stehende „Dienst“ unter einen der beiden Begriffe subsumiert werden kann – und dies ist hier ganz klar der Fall.

3.2.1.2.5 Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Erwerb der kostenpflichtigen Client-Software wie auch der Vertrag zur kostenpflichtigen Nutzung der Online-Spielwelt konnten problemlos dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie zugeordnet werden. Etwas problematisch erwies sich hingegen die Abgrenzung des Anwendungsbereiches im Hinblick auf die Erstellung eines zur Freischaltung des Client-Spiels erforderlichen Benutzerkontos, das typischerweise kostenfrei ist. Hier kommt es darauf an, ob die Daten ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen (oder zur Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen, welchen der Plattformbetreiber unterliegt) und zu keinem anderen Zweck verarbeitet werden (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL). Hier blieben „gewisse Unsicherheiten“, welche personenbezogenen Daten zur Bereitstellung der digitalen Inhalte gerechtfertigter Weise verwendet werden dürfen, ohne dass hierdurch der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet wird. Für „Basisdaten“ wie Name, E-Mail-Adresse, Geburtsdatum oder Herkunftsland wurde vertreten, dass sie von der Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL umfasst sind, soweit diese Daten nicht auch zu anderen Zwecken (wie etwa Marketingzwecke) verwendet werden. Im Detail kann sich

²³¹ Vgl. *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 24; *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holz-nagel, Handbuch Multimedia-Recht Teil 12 Rn. 442.

²³² *Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holz-nagel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1 Rn. 20.

²³³ So subsumiert *Grabosch* die Onlinespiele generell und ohne Weiteres unter die gleichlautende Definition der „digitalen Inhalte“ des Art. 2 Nr. 11 der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU (wobei zu ergänzen ist, dass der Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-RL, anders als jener der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, nicht auch digitale Dienstleistungen umfasst); siehe *Grabosch*, Analoges Recht, S. 92 f.

die Abgrenzung aber als schwierig erweisen, sodass sie sich der Beurteilung des Verbrauchers bzw. Spielers entzieht. Hier wäre eine Klarstellung, welche personenbezogenen Daten unter diese Ausnahmeregelung subsumiert werden können, sinnvoll gewesen.

3.2.2 PC-Browserspiele

Wie in Kapitel 2.2.1.3 dargestellt wurde, hat sich für Browserspiele das sog. „Freemium-Modell“ durchgesetzt, was bedeutet, dass der Nutzer das Spiel zunächst kostenfrei spielen kann. Üblicherweise muss er hierfür auch keinen Client auf seinem Rechner installieren, sondern kann das Spiel direkt über einen Internet-Browser spielen. Sämtliche Daten des Spiels liegen auf dem Spielserver des Betreibers. Profit generiert der Spieleanbieter sodann mit dem Angebot von kostenpflichtigen „Spielvorteilen“ wie z. B. virtuellen Gütern (sog. „Items“), Spielvereinfachungen oder Spielerweiterungen. Der Erwerb solcher Spielvorteile ist sehr verlockend, da die Browser-Spiele häufig so ausgestaltet sind, dass das Spiel ab einem bestimmten Spielfortschritt oder „Level“ sehr schwierig, frustrierend oder übermäßig zeitaufwendig wird, wenn der Spieler nicht durch *In-Game-Käufe* Erleichterungen oder Beschleunigungen erwirbt.

Hiernach sind für die folgenden Betrachtungen zwei Verträge zu unterscheiden: Zum einen der Vertrag über die (kostenfreie) Nutzung des Spiels und zum anderen der (kostenpflichtige) Vertrag zum Erwerb der Spielvorteile. Der letztgenannte Vertrag kann in Form eines einmaligen Erwerbs von Spielvorteilen (Micropayments) oder in Form eines Zugangs zu einem Premium-Account (Abonnementmodell) ausgestaltet sein, oder auch eine Kombination beider Modelle darstellen. Auch wenn diese beiden Verträge wirtschaftlich verknüpft sind, sind sie rechtlich zu trennen.²³⁴

3.2.2.1 Beurteilung nach nationalem Recht: Vertragstypologische Einordnung

Auch bei Browser-Spielen ist an erster Stelle die vertragstypologische Einordnung der einzelnen Handlungen zur Nutzung des Spiels vorzunehmen.

3.2.2.1.1 Kostenfreie Nutzung des (Basis-)Spiels

Es ist vorauszuschicken, dass der alleinige Umstand, dass die Nutzung des Servers und damit die Leistung des Spieleanbieters unentgeltlich erfolgt, nicht gegen die Annahme eines Vertragsschlusses spricht. Denn bei Browser-Spielen ist sehr wohl ein Rechtsbindungswille des Nutzers wie auch des Anbieters anzunehmen, da die Möglichkeit der Nutzung des Spiels längerfristig angelegt ist. So hat der Spieler, der im Spiel voranschreitet und virtuelle Gegenstände, Spielabschnitte etc. freispielt, ein gesteigertes Interesse daran, nicht ohne Weiteres vom Spiel ausgeschlossen zu werden; und der Anbieter ein Interesse an der Einhaltung der Verhaltensregeln.²³⁵

Fraglich ist jedoch, wie die kostenfreie Nutzung des Spiels vertragstypologisch einzuordnen ist. Das Vorliegen eines Kaufvertrags kann von vornherein ausgeschlossen werden, da ein Kaufvertrag Entgeltlichkeit voraussetzt (§ 433 BGB) und auch der Charakter des

²³⁴ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 679.

²³⁵ Vgl. *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 403.

Dauerschuldverhältnisses gegen einen Kauf spricht.²³⁶ Aus dem gleichen Grunde scheiden auch ein Miet- oder Pachtvertrag aus. Zudem wäre ein Miet- oder Pachtvertrag, wie in Zusammenhang mit dem kostenpflichtigen Zugang zur Online-Spielwelt bereits dargelegt wurde,²³⁷ selbst bei Entgeltlichkeit nicht anzunehmen.²³⁸ Es verbleiben somit der Dienstvertrag, der Werkvertrag, die Schenkung und die Leihe, die näher betrachtet werden müssen.

3.2.2.1.1.1 Dienst- oder Werkvertrag

Diegmann und *Kuntz* vertreten, dass für den kostenlos ausgestalteten Vertragsteil der Browser-Spiele die Anwendung dienst- als auch werkvertraglicher Regelungen in Betracht komme.²³⁹ Der Annahme eines Werkvertrages dürfte allerdings entgegenstehen, dass die auf einen längeren Zeitraum ausgelegte Nutzung der Spielservers und nicht die punktuelle Herstellung eines bestimmten Werkes im Vordergrund steht.²⁴⁰ Hinzu kommt, dass der Werkvertrag ein zweiseitig verpflichtender Vertrag ist, bei dem der Besteller die Bezahlung des Werklohns schuldet. Genau hierzu ist der Spieler bei dem unentgeltlichen Angebot des Spielebetreibers aber nicht verpflichtet. Daher dürfte auch die Einordnung des Nutzungsvertrags als entgeltlicher Dienstvertrag abzulehnen sein.²⁴¹

3.2.2.1.1.2 Schenkung oder Leihe

Aufgrund der unentgeltlichen Ausgestaltung dieses Vertragsverhältnisses liegt auf den ersten Blick die Annahme einer Schenkung nahe. Mangels Vorliegens einer Vermögensverschiebung ist das Schenkungsrecht jedoch nicht einschlägig. Der Spieleanbieter stellt dem Spieler das Softwareprogramm auf seinen Servern und damit einen virtuellen Raum zur Nutzung zur Verfügung, überträgt aber keine Software auf den Nutzer oder versetzt den Spieler anderweitig in eine eigentümerähnliche Position. Weil der Anbieter die Server durchgehend warten und eine funktionierende Spielumgebung bereitstellen muss, steht er in einem dauerhaften Leistungsaustausch mit dem Spieler, so dass auch dieser Gesichtspunkt mit dem einmaligen Charakter der Schenkung unvereinbar ist.²⁴²

Diese Überlegung dürfte wohl ebenso gegen die Annahme eines (atypischen) Leihvertrages sprechen, wie sie von *Oehler* und *von Ribbeck*²⁴³ vertreten wird. Auch hier dürfte es an einer für die Qualifizierung eines Leihverhältnisses notwendigen Besitzverschaffung²⁴⁴ fehlen. Darüber hinaus schuldet der Verleiher die einmalige Gestattung des Gebrauchs der Sache, während der Spieleanbieter hier nicht nur die einmalige Bereitstellung des virtuellen Raumes, sondern darüber hinaus die aktive und dauerhafte Steuerung, Aufrechterhaltung und Wartung der Spielumgebung sowie die Abspeicherung des Spielverlaufs und der

²³⁶ So auch *Grabosch*, Analoges Recht, S. 122.

²³⁷ Siehe Kapitel 3.2.1.1.4.2.

²³⁸ Das Vorliegen eines Miet- oder Pachtvertrages ablehnend auch *Alpert*, CR 2000, 345 (349); *Grabosch*, Analoges Recht, S. 88 ff.; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 686.

²³⁹ *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562).

²⁴⁰ I. d. S. einen Werkvertrag ablehnend auch *Grabosch*, Analoges Recht, S. 124 f.

²⁴¹ Siehe auch *Grabosch*, Analoges Recht, S. 122, der einen Dienstvertrag in Erwägung zieht (S. 122 ff.), aber letztendlich damit abschließt, dass sich die Kategorie „bloßer Zugang“ nicht als „einordnungstauglich“ erweise (S. 125).

²⁴² I. d. S. auch *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 685.

²⁴³ *Oehler/von Ribbeck*, in: *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 12.

²⁴⁴ Auch wenn man eng am Gesetzeswortlaut von § 598 BGB argumentieren könnte, dass keine Besitzverschaffung, sondern lediglich eine Gebrauchsüberlassung geschuldet sei.

Spielstände schuldet. Der ständige Leistungsaustausch steht daher der Qualifizierung als Leihvertrag entgegen.

3.2.2.1.1.3 Ergebnis: Typengemischter Vertrag

Greift man den dauerhaften Leistungsaustausch auf und betrachtet die vertraglich geschuldeten Pflichten des Spieleanbieters und des Nutzers genauer, so dürfte der Vertrag zur (kostenfreien) Nutzung des Browserspiels respektive der Online-Spielwelt wohl als Dauer-schuldverhältnis über die kostenlose Einräumung von Nutzungsrechten und Zugangsmöglichkeiten und damit als gesetzlich nicht geregelter Vertrag eigener Art anzusehen sein.²⁴⁵

Denn die geschuldete Leistung des Spieleanbieters besteht insbesondere darin, dem Spieler – kostenlos – den Onlinegebrauch einer funktionierenden virtuellen Spielumgebung zu ermöglichen, d. h. die zentrale Server- und Softwaretechnologie bereitzustellen, zu warten, und dem Spieler Nutzungsrechte einzuräumen sowie die Daten des Spielers, sein Nutzerprofil und die aktuellen Spielstände zu speichern. Der Spieler ist bei dem unentgeltlichen Angebot des (Grund-)Spiels lediglich zur Einhaltung der Spielregeln verpflichtet. Diese Vertragsverpflichtungen sind keinem dem BGB bekannten Vertragsarten zuzuordnen, so dass es im Ergebnis überzeugt, den kostenfreien Server-Nutzungsvertrag als typengemischten Vertrag mit dienst- werk- und mietvertraglichen Elementen zu qualifizieren.²⁴⁶

Dieser Vertrag eigener Art unterscheidet sich nicht zu Client-Spielen, bei denen der Spieler nach dem Erwerb des (kostenpflichtigen) Clients die Server der Spieleanbieter und damit die virtuelle Online-Spielumgebung kostenfrei nutzen kann.

3.2.2.1.2 Kostenpflichtiger Erwerb von Spielvorteilen

Üblicherweise sind Browser-Spiele so gestaltet, dass der Spieler nicht unbegrenzt alle Funktionen des Spiels kostenfrei nutzen kann, sondern für bestimmte Inhalte oder für die werbefreie Version des Spiels ein Entgelt entrichten muss. Je nach Spiel ist dieser kostenpflichtige Erwerb der Spielvorteile als Einmalzahlung oder als Abonnementmodell mit laufenden monatlichen Zahlungen ausgestaltet.

3.2.2.1.2.1 Micropayments

Der Kauf von virtuellen Gütern (sog. „Items“)²⁴⁷ gehört neben dem Abonnements inzwischen zu den häufigsten Finanzierungsmodellen von Online-Spielen.²⁴⁸ Die virtuellen Gegenstände werden in der Regel in einem eigenen *Shop* angeboten, der entweder in die

²⁴⁵ So auch AG Charlottenburg Urt. v. 04.05.2012, Az. 208 C 42/11, MMR 2012, 598 (599 f.); *Klickermann*, MMR 2007, 766 ff.; *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352 f.), *Lober/Weber*, CR 2006, 837 (841).

²⁴⁶ Vgl. *Oehler/von Ribbeck*, in: *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 28.

²⁴⁷ *Psczolla* definiert virtuelle Gegenstände als gestalterische Elemente, die in der computergenerierten virtuellen Umgebung wahrnehmbar und innerhalb dieser Umgebung real existierenden Sachen gleichartig sind; *Psczolla*, *Onlinespielrecht*, S. 53. Virtuelle Gegenstände i. d. S. sind z. B. die Spielfiguren (Avatare), Ausrüstungen sowie Eigenschaften und Fähigkeiten vermittelnde Objekte, die im Laufe des Spiels erworben oder erspielt werden können. Hierzu auch *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562).

²⁴⁸ Vgl. *Oehler/von Ribbeck*, in: *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kapitel 6 Rn. 16.

Benutzeroberfläche des Spiels integriert oder sogar Teil des Spiels selbst ist (sog. „*In-Game-Shop*“).²⁴⁹ Für digitale Güter, Spielerleichterungen und andere Vorzüge werden Cent-Beträge bis hin zu zweistelligen Euro-Beträgen, Micropayments, verlangt. Die virtuellen Güter werden entweder direkt „gekauft“ oder der Spieler erwirbt zunächst Verrechnungseinheiten in Form von „Spielwährung“ (sog. „*In-Game-Währung*“), die für den Erwerb bestimmter Spielvorteile eingesetzt werden können. Das Finanzierungsmodell Micropayments ist für Browser Spiele (Free-to-Play Spiele) typisch, findet aber immer häufiger auch auf Client-Spiele (Vollpreisspiele) Anwendung.

3.2.2.1.2.1.1 Rechtsnatur der virtuellen Güter

Für die Einordnung in die Vertragstypologie stellt sich zuvorderst die Frage nach der Rechtsnatur von virtuellen Gütern bzw. wie der virtuelle Gegenstand übertragen wird. Wie in Kapitel 3.2.1.1.1 dargestellt wurde, sind Software bzw. Computerprogramme nicht als „Sachen“ im Sinne des § 90 BGB, sondern als „sonstige Gegenstände“ im Sinne des § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB einzuordnen. Auf das dortige Ergebnis kann allerdings nicht unbesehen abgestellt werden, da virtuelle Waren keine eigenständige Software darstellen. Vielmehr ist heute anerkannt, dass virtuelle Gegenstände nur einen (technischen) Teil der Programmdateien einer Spielesoftware darstellen.²⁵⁰ Sie sind in der Softwareumgebung existierende Objekte und können in der virtuellen Welt gehandelt und übertragen werden.²⁵¹ Sie werden anders als die Software nicht installiert und stellen lediglich eine Funktionsweise der Software, also nur einen Bestandteil dieser dar. Sie funktionieren innerhalb der Spielumgebung, aber außerhalb des Softwareprogramms haben sie keinen eigenständigen Bestand.²⁵² Aus diesen Gründen können sie nicht als körperliche Gegenstände angesehen werden.²⁵³ Eine Sachqualität kommt den virtuellen Gegenständen somit nicht zu, selbst wenn man die Spielesoftware als Sache einstufen wollte.²⁵⁴ Da keine planwidrige Regelungslücke besteht, scheidet auch eine analoge Anwendung des § 90 BGB aus.²⁵⁵

Virtuelle Gegenstände stellen aber auch keine Forderungen im Sinne des § 398 BGB („Abtretung“) dar.²⁵⁶ Eine Forderung ist ein Anspruch, der gem. § 194 Abs. 1 BGB das Recht darstellt, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Virtuelle Gegenstände gewähren dem Inhaber zwar bestimmte Spielvorteile, doch kann der Inhaber weder vom Spieleanbieter noch von einem anderen Spieler etwas Konkretes verlangen. Insoweit fehlt virtuellen Gegenständen die „Forderungsqualität“²⁵⁷.

Da virtuelle Güter ein abgrenzbarer Teil eines Softwareprogramms sind und dem Nutzer das Recht geben, diesen abgrenzbaren Teil eines Computerprogramms entsprechend der

²⁴⁹ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 679.

²⁵⁰ Siehe *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (655); *Lutzi*, NJW 2012, 2070 (2071); *Psczolla*, Online-spielrecht, Rn. 744; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 744; *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 103.

²⁵¹ Vgl. *Schneider*, Virtuelle Werte, S. 41.

²⁵² Vgl. *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 60.

²⁵³ Vgl. *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272 (274).

²⁵⁴ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 744, welcher konstatiert, dass es sich bei Software nicht um eine Sache handelt, sodass virtuellen Gütern – als Bestandteil der immateriellen Software – „denknotwendig“ keine Sacheigenschaft zukommen kann.

²⁵⁵ Vgl. *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, S. 58 f.

²⁵⁶ Vgl. *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (655).

²⁵⁷ *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 745.

Spielregeln des Programms nutzen zu dürfen,²⁵⁸ liegt die Einordnung als Immaterialgut am nächsten.²⁵⁹ Immaterialgüter sind nicht-gegenständliche Wirtschaftsgüter, denen ein eigenständiger Wirtschaftswert zukommt. Ebendies trifft auf virtuelle Gegenstände zu. Der Nutzer kann faktisch auf einen virtuellen Gegenstand zugreifen, diesen nutzen sowie andere Nutzer – zumindest temporär – vom Zugriff darauf ausschließen.²⁶⁰ An den virtuellen Gegenständen können zwar keine absoluten Rechte begründet werden,²⁶¹ sie können aber dennoch Gegenstand rechtlicher Verpflichtungen sein.²⁶² Diese Position stellt einen Vermögenswert dar und kann – auch wenn sie nur im Kontext des Onlinespiels existiert – innerhalb dieser Onlinewelt übertragen werden. Mithin kann eine Rechtsmacht an den virtuellen Gegenständen ausgeübt werden. Richtigerweise sind virtuelle Gegenstände folglich als Immaterialgüter anzusehen.²⁶³

Dies bedeutet aber nicht, dass virtuelle Güter als Immaterialgüterrechte einzustufen wären. Denn aufgrund des Ausschließlichkeitscharakters der Immaterialgüterrechte können diese vom Gesetzgeber nur im Wege von Sondergesetzen eingeräumt werden (sog. *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte).²⁶⁴ Ein Sondergesetz, das virtuellen Gütern Schutz zuweist, existiert jedoch nicht. Virtuelle Gegenstände sind folglich nicht als Immaterialgüterrechte zu behandeln.²⁶⁵

3.2.2.1.2 Vertragstypologische Einordnung

Im nächsten Schritt ist die vertragstypologische Einordnung der Vertragsbeziehung zwischen Spieleanbieter und Spieler bei der Einräumung und Übertragung virtueller Gegenstände vorzunehmen. Hierzu ist wiederum auf die Hauptleistungspflichten der Parteien abzustellen und zu prüfen, ob die Pflichten mit den prägenden Merkmalen eines der Vertragstypen des BGB in Einklang zu bringen sind.

Aus Sicht des Spielers steht der Erhalt eines Gegenstandes, welcher in der virtuellen Spielwelt eingesetzt werden kann, im Vordergrund. Der Anbieter verpflichtet sich bei diesem Rechtsgeschäft dazu, den virtuellen Gegenstand mit den zuvor vereinbarten Eigenschaften in den Spielablauf einzugliedern, damit ihn der Spieler in einem vorher definierten Sinne innerhalb der virtuellen Welt gebrauchen kann. Der Anbieter verschafft dem Spieler somit durch eine konkrete Zugangsberechtigung die Inhaberschaft an dem Immaterialgut. Dies

²⁵⁸ Vgl. *Geis/Geis*, CR 2007, 721 (721).

²⁵⁹ Die virtuelle Ware als Immaterialgut fällt dabei unter den Begriff des „sonstigen Gegenstands“ im Sinne des § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB.

²⁶⁰ Vgl. *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (655).

²⁶¹ Sie bleiben zumindest im Verhältnis zum Betreiber relativ; ausführlich hierzu *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, S. 108, 151; *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 41 ff.

²⁶² Vgl. *Lutzi*, NJW 2012, 2070 (2071).

²⁶³ So die ganz überwiegende Ansicht: vgl. *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 83; *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, S. 61 f.; *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 59; *Krasmann* MMR 2006, 351 (352); *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (655); *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 748 f.; *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 107; *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 432 (435).

²⁶⁴ Ausführlich dazu, dass virtuelle Gegenstände nicht als Immaterialgüterrechte (*sui generis*) einzustufen sind: *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, S. 63 ff., 99 ff., 108 f. Von dem Grundsatz des *Numerus clausus* der Immaterialgüterrechte kann auch nicht durch die Schaffung von sondergesetzlich nicht geregelten Immaterialgüterrechten *sui generis* abgewichen werden.

²⁶⁵ So auch *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 746.

geschieht mittels eines Softwarebefehls. Aus Sicht des Spielers hat der Anbieter den virtuellen Gegenstand „gebrauchsfertig“ zu übertragen. Der Spieler schuldet im Gegenzug die – einmalige – Zahlung eines Entgelts.

Die damit isolierten Hauptleistungspflichten sind am ehesten mit dem Vertragstyp des Rechtskaufs nach § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB in Einklang zu bringen. Dies ist wohl auch ganz herrschende Auffassung.²⁶⁶ Soweit die Gegenleistung für die virtuellen Güter nicht in einer real existierenden Währung besteht, sondern in einer virtuellen Währung, liegt allerdings ein Tauschvertrag vor. Dies wirft jedoch keine Schwierigkeiten auf, da gem. § 480 BGB auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechend anzuwenden ist.²⁶⁷

Die Einrichtung der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit auf das erworbene virtuelle Gut ist hierbei als eine Übereignung im Sinne des § 929 BGB zu werten. Auch wenn beim Verkauf der virtuellen Gegenstände keine körperlichen Sachen übergeben werden, sind die §§ 929 ff. BGB zumindest entsprechend anwendbar, da die virtuellen Güter dem Spieler durch virtuelle Übergabe, häufig durch ein Handelsfenster auf dem Bildschirm des Spielers, übereignet werden und zugleich in dessen virtuelles Besitzverzeichnis übergehen.²⁶⁸ Der für eine Übereignung vorausgesetzte Publizitätsakt ist demnach gegeben.²⁶⁹

In der Lehre wird gegen die Annahme eines Rechtskaufs teils eingewendet, dass verkannt werde, dass der virtuelle Gegenstand gänzlich der Programmierung und Steuerung des Anbieters unterliege und jederzeit technisch verändert oder gar entfernt werden könne (womit sich der Spielanbieter nicht jeder Form des Besitzes begeben).²⁷⁰ Zudem spreche gegen einen Kauf, dass nicht die dauerhafte Überlassung des virtuellen Gutes Vertragsgegenstand sei, denn schließlich wolle der Anbieter das Spiel ja nicht unbefristet fortlaufen lassen.²⁷¹ Überzeugender sei daher die Annahme eines Dienst- oder Werkvertrages.²⁷²

Gegen das erste Argument, dass die virtuellen Güter durch den Anbieter technisch verändert oder entfernt werden können, ist einzuwenden, dass sich hierin lediglich bestätigt, dass virtuelle Gegenstände als Immaterialgüter nicht absolut geschützt sind und nicht als Immaterialgüterrechte zu qualifizieren sind. Dies bedeutet nun aber nicht, dass die virtuellen Güter vorliegend nicht Gegenstand rechtlicher Verpflichtungen sind und ihnen kein schuldrechtlicher Schutz zukommt. Denn auch nicht absolut geschützte Vermögenspositionen können Gegenstand eines Rechtskaufs sein.²⁷³

Aber auch die Bedenken, der Anbieter habe angesichts des typischen Produktzyklus nicht den Willen, dem Spieler die virtuellen Güter zeitlich unbeschränkt zu überlassen, lassen sich ausräumen. Nach der Verkehrsanschauung wird auch der Spieler die klare Vorstellung

²⁶⁶ So *Beurskens*, Beilage zu K&R 4/2008, 12 (13); *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); *Geis/Geis*, CR 2007, 721 (721); *Klickermann*, MMR 2007, 766 (768); *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (656); *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 432 (435). A.A. allerdings *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 36; *Krasemann*, MMR 2006, 351 (353); *Oehler/von Ribbeck*, in: *Duisberg/Picot*, *Recht der Computer- und Videospiele*, Kap. 6 Rn. 30.

²⁶⁷ I. d. S. auch *Beurskens*, Beilage zu K&R 4/2008, 12 (13); *Lutzi*, NJW 2012, 2070 (2071).

²⁶⁸ Vgl. *Beurskens*, Beilage zu K&R 4/2008, 12 (13).

²⁶⁹ Umfassend zur dinglichen Übertragung von digitalen Gütern *Rauda*, *Recht der Computerspiele*, Rn. 756 ff.

²⁷⁰ Vgl. *Krasemann*, MMR 2006, 351 (353).

²⁷¹ Vgl. *Gräber*, *Rechte an Accounts und virtuellen Gütern* S. 116 f.

²⁷² Vgl. *Gräber*, *Rechte an Accounts und virtuellen Gütern*, S. 137 ff; *Krasemann*, MMR 2006, 351 (353).

²⁷³ Siehe hierzu insb. *Lutzi*, NJW 2012, 2070 (2071).

haben, dass er den virtuellen Gegenstand nur in der virtuellen Umgebung und nur so lange wird nutzen können, wie das Spiel vom Anbieter betrieben wird.²⁷⁴ In dem Wissen, dass kein Spiel zeitlich unbefristet fortläuft, erwirbt der Spieler den Gegenstand. Hierbei kann der Spieler zumindest darauf vertrauen, dass, solange der Spieleanbieter virtuelle Gegenstände anbietet, er auch den Spielbetrieb weiter aufrechterhält. Veräußert der Spieleanbieter die virtuellen Gegenstände, obgleich er innerhalb eines wertungsmäßig kurzen Zeitraums hiernach den Spielbetrieb einstellt, kommen Schadensersatzansprüche des Spielers in Betracht.²⁷⁵ Unter dieser auflösenden Bedingung schließen Spieleanbieter und Spieler auf Schuldrechtsebene den Rechtskauf.²⁷⁶ Auf dinglicher Ebene erfolgt die Übertragung des virtuellen Gutes analog § 929 BGB²⁷⁷ ebenfalls unter der auflösenden Bedingung, dass der Spielbetrieb (zumindest für einen angemessenen Zeitraum) weiter fortbesteht.²⁷⁸ Eine zeitlich unbegrenzte Überlassung der virtuellen Güter schuldet der Anbieter daher auch bei Annahme eines Rechtskaufs nicht.

Gegen die Annahme eines Werkvertrages spricht zudem, dass der Spieleanbieter dem Nutzer lediglich die Zugangsberechtigung zu einem Detail eines bereits existierenden Softwareprogramms gewährt. Geschuldet ist also nicht die Herstellung eines neuen virtuellen Gegenstandes (respektive die Herstellung eines Werkes im Sinne des § 631 BGB), sondern die gebrauchsfertige Überlassung eines beim Spieleanbieter bereits existierenden virtuellen Gegenstandes. Wollte man dennoch annehmen, dass es sich um einen Vertrag handelt, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, so wäre § 650 BGB einschlägig. Dieser ist *lex specialis* zu § 631 BGB und bestimmt, dass auf solche Verträge die Vorschriften über den Kauf von Sachen Anwendung finden.²⁷⁹ Es spricht mithin wesentlich mehr dagegen als dafür, den Erwerb von virtuellen Gütern als Werkvertrag zu qualifizieren.

Gegen die Annahme eines Dienstvertrages spricht wiederum, dass der Anbieter nicht nur das bloße Tätigwerden schuldet, sondern einen ganz konkreten Erfolg, hier die Einräumung der Möglichkeit, das virtuelle Gut als abgrenzbaren Teil eines Computerprogramms entsprechend der Spielregeln des Programms im Spiel nutzen zu können.²⁸⁰

Im Ergebnis überzeugt es folglich, das Schuldverhältnis zwischen dem Spieleanbieter und dem Spieler beim Erwerb von virtuellen Gütern als Rechtskauf (§ 453 Abs. 1 Var. 2 BGB) zu qualifizieren.

3.2.2.1.2.2 Abonnementmodell (Premium-Account)

Wie in Kapitel 2.2.1.3 erörtert wurde, stehen dem Spieler in der kostenlosen (Basis-)Version des Browserspiels zumeist nur eingeschränkte Funktionen und Informationen bereit. Wird

²⁷⁴ Ausführlich hierzu *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 309 ff., 321

²⁷⁵ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 103 f.; *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 321 f., 332.

²⁷⁶ So auch *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 316, 331 f. nach dessen Ansicht der Vertragsschluss unter der Bedingung der Wahrnehmung der virtuellen Ware innerhalb der Computerumgebung steht.

²⁷⁷ Vgl. *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (656); *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352 f.).

²⁷⁸ I. d. S. auch *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 81, 94; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 737.

²⁷⁹ So auch *Beurskens*, Beilage zu K&R 4/2008, 12 (13).

²⁸⁰ Umfassend gegen die Annahme eines Dienst- Miet- und Pachtvertrages argumentierend *Gräber*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, S. 119, 121 ff., 125 ff.

hingegen ein kostenpflichtiger Premium-Account erworben, so erhält der Spieler zusätzliche *Spiel-Features* oder sonstige Bedien- oder Spielvorteile. Genauso wie beim Micropayment kann das Abonnement gegen reale Zahlungsmittel oder mit zuvor umgetauschter *In-Game-Währung* erworben werden. Häufig besteht aber auch die Option, sog. „Premium-Punkte“, die den Zugang zu den *Premium-Services* für einen bestimmten Zeitraum ermöglichen, zu erwerben.

Soweit der Spieler für den Premium-Account wiederkehrende Zahlungen (sei dies nun mit realen Zahlungsmitteln oder mit *In-Game-Währung*) leistet, ist das Vertragsverhältnis genauso gelagert wie bei einem kostenpflichtigen Vertrag zur Nutzung der Spielservers. Auch hier bezahlt der Spieler für die Nutzung der erweiterten virtuellen Spielwelt und die seinem Spielstand entsprechenden Spielmöglichkeiten. Das entscheidende Kriterium für den Spieler ist also, dass sein Serverzugang um die kostenpflichtigen Spielvorteile erweitert wird. Der Spieleanbieter ist zur Steuerung und Speicherung der Datensätze auf den Servern verpflichtet und hat den Betrieb und den Zugang zur virtuellen Welt zu gewährleisten. Das Vertragsverhältnis ist somit genauso wie jenes zur (kostenpflichtigen) Nutzung der Online-Spielwelt bei Client-Spielen zu bewerten;²⁸¹ es handelt sich um einen typengemischten Vertrag, der dienst-, werk- und mietvertragliche Elemente enthält.²⁸²

Werden hingegen Premium-Punkte oder eine *In-Game-Währung* gegen Einmalzahlung erworben, so gilt das zu den Micropayments Gesagte. Es handelt sich somit um einen Rechtskauf gem. § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB, wobei der nachfolgende Eintausch der Premium-Punkte oder *In-Game-Währung* gegen bestimmte virtuelle Güter einen Tausch im Sinne des § 480 BGB darstellt, auf den wiederum das Kaufvertragsrecht Anwendung findet.²⁸³

3.2.2.1.3 Zusammenfassung der Ergebnisse

Bei Browserspielen schuldet der Anbieter den Zugang zum Spiel und damit die Bereitstellung und Wartung der Server- und Softwaretechnologie, die Einräumung von Nutzungsrechten an der Software sowie die Speicherung von Spielständen. Kann das Browserspiel, wie dies häufig der Fall ist, in der Basisversion kostenfrei gespielt werden, so liegt ein typengemischter Vertrag mit dienst-, werk- und mietvertraglichen Elementen vor. Da sich die Leistungspflichten des Anbieters von Browserspielen nicht von jenen bei einem Vertrag zur Nutzung der Online-Spielwelt (Server-Nutzungsvertrag) für ein Client-Spiel unterscheiden, ist dies – wenn die Nutzung der Online-Spielwelt kostenfrei angeboten wird – auch für letztere Verträge der Fall.

Im Hinblick auf (kostenpflichtige) virtuelle Güter und Spielvorteile ist zwischen der Einmalzahlung (Micropayments) und laufenden Zahlungen (Abonnement) zu unterscheiden. Beim Erwerb von virtuellen Gütern gegen eine einmalige Entgeltleistung handelt es sich um einen Rechtskauf (§ 453 Abs. 1 Var. 2 i. V. m. § 433 BGB). Das Abonnement, für das der Spieler regelmäßige Zahlungen leistet, ist demgegenüber als typengemischter Vertrag – gemischt aus dienst-, werk- und mietvertraglichen Elementen – zu qualifizieren.

²⁸¹ Siehe hierzu bereits die ausführliche Darstellung in Kapitel 3.2.1.1.4.

²⁸² Für die Annahme eines typengemischten Vertrages aus dienst-, werk- und mietvertraglichen Elementen (spezifisch am Beispielsfall des Premium-Accounts) auch *Habel*, MMR 2008, 71 (74).

²⁸³ Hierzu oben, Kapitel 3.2.2.1.2.1.2.

3.2.2.2 Beurteilung nach der Richtlinie: Sachlicher Anwendungsbereich

Für PC-Browserspiele ist zu prüfen, ob die kostenfreie Nutzung des (Basis-)Spiels sowie der kostenpflichtige Erwerb von Spielvorteilen oder digitalen Gegenständen dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterfällt.

3.2.2.2.1 Kostenfreie Nutzung des (Basis-)Spiels

Ist für die Nutzung des Browserspiels ein (monetärer) Preis im Sinne des Art. 2 Nr. 7 RL zu leisten, so unterfällt dieser Vertrag ganz klar dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie. Wird das (Basis-)Spiel hingegen, wie dies bei Browserspielen ganz überwiegend der Fall ist, kostenfrei zur Verfügung gestellt und der Gewinn aus dem kostenpflichtigen Spielvorteilen generiert, so stellt sich – ähnlich wie für das kostenfreie Benutzerkonto – die Frage, ob der Spieler dem Spielbetreiber personenbezogene Daten bereitstellt, die nicht ausschließlich der Bereitstellung des Spiels dienen, sodass das Spiel dennoch dem Anwendungsbereich unterfällt.

Es sei resümiert, dass Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL bestimmt, dass die Richtlinie auch dann gilt, wenn der Verbraucher dem Unternehmer für die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen personenbezogene Daten bereitstellt (oder deren Bereitstellung zusagt) – außer in Fällen, in denen der Unternehmer diese personenbezogenen Daten „ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen“ oder zur Erfüllung von ihm auferlegten rechtlichen Anforderungen verarbeitet und der Unternehmer diese Daten zu keinen anderen Zwecken verarbeitet.

Ob es sich bei dem Browserspiel um eine digitale Dienstleistung (Art. 2 Nr. 1 RL) oder um digitale Inhalte (Art. 2 Nr. 2 RL) handelt, kann, wie bereits zur Online-Spielwelt für Client-Spiele erörtert wurde,²⁸⁴ dahingestellt bleiben, da die Richtlinie keine unterschiedlichen Rechtsfolgen an diese Unterscheidung knüpft. Im Hinblick auf das zur Nutzung des Browserspiels in aller Regel erforderliche Benutzerkonto gilt das zum Benutzerkonto zur Freischaltung von Client-Spielen Gesagte.²⁸⁵ Soweit für die Nutzung der Online-Spielwelt nur die Angabe von – für die Bereitstellung zweckdienlichen „Basisdaten“ wie Name, E-Mail-Adresse, Geburtsdatum oder Herkunftsland – gefordert wird und der Spieleanbieter diese Daten auch zu keinem anderen Zweck als den im Ausnahmetatbestand genannten verarbeitet, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet. Verarbeitet der Spieleanbieter solche „Basisdaten“ jedoch auch für andere Zwecke oder verarbeitet er darüber hinaus personenbezogene Daten, die nicht ausschließlich der Bereitstellung des Spiels dienen, so ist die Richtlinie anzuwenden.

Wie aufgezeigt wurde, bleibt entlang des Richtlinien textes und der Erwägungsgründe etwas unklar, wo die Grenze der Ausnahmeregelung exakt zu ziehen ist. Im Hinblick auf kostenfreie Browserspiele (oder auch die kostenfreie Nutzung der Online-Spielwelt bei Client-Spielen) tritt noch eine weitere Problematik hinzu. Denn für gewöhnlich erheben die Plattformbetreiber Daten für (interne) Statistiken, die für die Verbesserung und Optimierung des eigenen Marketings, des Kundensupports, der Spielesoftware oder der angebotenen Funktionen verwendet werden. Dabei sammeln die Plattform-Betreiber regelmäßig auch

²⁸⁴ Siehe oben, Kapitel 3.2.1.2.4.

²⁸⁵ Siehe oben, Kapitel 3.2.1.2.2

Evaluationsdaten vom Client des Spielers, die für Funktionsanalysen und zur Optimierung der Client-Software herangezogen werden.

Für die rechtliche Beurteilung sind zwei Konstellationen zu unterscheiden. Werden die Daten aus dem laufenden Browserspiel selbst gewonnen, sodass der Plattformbetreiber die gewonnenen Daten einzelnen Spielern gar nicht zuordnen kann, so liegen keine personenbezogenen Daten vor und ist der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet. Erhebt und verarbeitet der Plattformbetreiber hingegen auch personenbezogene Daten, so ist wiederum die Frage zu stellen, ob die Ausnahmeregelung (ausschließliche Verwendung für die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen) greift.

Bei einigen Datenkategorien kann es aber unklar sein, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist. Laut ErwG 25 der Richtlinie soll die Richtlinie nicht in Fällen gelten, „in denen der Unternehmer nur Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf erhebt“. Das automatische Sammeln von Metadaten im Hintergrund eröffnet, auch wenn sie personenbezogen sind, demnach noch nicht den Anwendungsbereich der Richtlinie. Der Kommissionentwurf 2015 war in diesem Punkt etwas weiter formuliert und hielt im ErwG 14 fest, dass die Richtlinie nicht in Fällen gelten soll, „in denen der Anbieter Informationen einschließlich personenbezogener Daten wie z. B. die IP-Adresse oder sonstige automatisch generierte Informationen wie durch Cookies gesammelte und übermittelte Informationen erhebt, ohne dass der Verbraucher diese aktiv bereitstellt“.²⁸⁶ Der Bericht des Parlaments 2017 erweiterte in einem Abänderungsantrag die Ausführungen zu ErwG 14 dahingehend, dass die Richtlinie nicht in Fällen gelten soll, „in denen der Unternehmer personenbezogene Daten ausschließlich zu dem Zweck erhebt, die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen bereitzustellen, in vertragsgemäßem Zustand zu erhalten oder zu verbessern.“²⁸⁷ Letztere Erwägung fehlt zwar im finalen Richtlinienentwurf, ist aber begründet, da der Unternehmer gem. Art. 8 RL (objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit) verpflichtet ist, die Qualität, Funktionalität und Kompatibilität, wie sie bei digitalen Inhalten oder digitalen Dienstleistungen derselben Art üblich sind, zu liefern und aufrecht zu erhalten.²⁸⁸

Dies alles macht eine abschließende Beurteilung nicht einfach. Als weitere Komplikation tritt hinzu, dass nach ErwG 30 der DSGVO „Online-Kennungen wie IP-Adressen und Cookie-Kennungen“ als personenbezogene Daten zu werten sind; dennoch eröffnet das Sammeln solcher Metadaten nicht den Anwendungsbereich der Richtlinie. Cookies erlauben nun aber nicht in jedem Fall die Identifizierung des Nutzers;²⁸⁹ in diesem Fall ist der Anwendungsbereich der Richtlinie schon deswegen nicht eröffnet, weil es sich bei den erhobenen

²⁸⁶ Es ist zu ergänzen, dass der Kommissionentwurf 2015 bei unentgeltlichen Verträgen für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs darauf abstellte, ob der Verbraucher *aktiv* eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt (Art. 3 Abs. 1), womit das passive Sammeln von Daten im Hintergrund nicht erfasst (und allein datenschutzrechtlich zu beurteilen) war. Hierzu auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (579).

²⁸⁷ Bericht A8-0375/2017 vom 27.11.2017; Abänderungstrag 21 (S. 20).

²⁸⁸ Vgl. ErwG 43 und 45; auf die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit wird in Kapitel 3.4.3 noch ausführlich zurückgekommen. Siehe hierzu auch *Zöchling-Jud*, in: Forgo/Zöchling-Jud, Das Vertragsrecht des AGBG auf dem Prüfstand, S. 239 (253), welche bezweifelt, ob sich die Anforderungen an die Datenqualität mit dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Datensparsamkeit und -minimierung vereinbaren lässt.

²⁸⁹ So auch *Zöchling-Jud*, in: Forgo/Zöchling-Jud, Das Vertragsrecht des AGBG auf dem Prüfstand, S. 239 (262).

Daten nicht um personenbezogene Daten handelt. Gleiches gilt z. B. auch für (reine) Standortdaten, soweit diese nicht mit weiteren Informationen angereichert werden, sodass sie einem konkreten Nutzer zugeordnet werden können.²⁹⁰

In Übereinstimmung mit den Ausführungen zum Benutzerkonto ist im Falle der Erhebung von personenbezogenen Daten im Hintergrund anzunehmen, dass die Ausnahmeregelung, wonach sich der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet, wenn die vom Verbraucher bereitgestellten Daten „ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen“ verarbeitet werden, nicht allzu eng gelesen werden darf. Die Erhebung personenbezogener Daten soll auch dann nicht zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie führen, wenn der Plattformbetreiber diese Daten ausschließlich dazu verwendet, um einen besseren Service, wie etwa Erleichterungen bei der Bereitstellung, einen besseren Kundensupport, oder eine höhere Qualität der bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen (etwa auch für eine Verbesserung des Spielerlebnisses) bieten zu können.²⁹¹ Auch hier bleibt etwas ungewiss, wo exakt die Trennlinie zu ziehen ist. Ob die Erhebung und Verarbeitung der personenbezogenen Daten aus datenschutzrechtlicher Perspektive rechtmäßig ist und insbesondere, ob eine datenschutzrechtliche Einwilligung der betroffenen Person vorliegt, ist für die Beurteilung des Anwendungsbereichs der Richtlinie irrelevant; sie stellt eine allein datenschutzrechtliche Problematik dar, die nach den Vorgaben der DSGVO zu beurteilen ist.²⁹²

3.2.2.2 *Kostenpflichtiger Erwerb von Spielvorteilen*

Bei Browserspielen wird der Gewinn zumeist nicht aus dem Browserspiel selbst, sondern aus der kostenpflichtigen Bereitstellung von diversen Spielvorteilen generiert. Da hierfür ein (monetärer) „Preis“ im Sinne des Art. 2 Nr. 7 RL zu entrichten ist, ist die Frage nach der Anwendbarkeit der Richtlinie fraglos – und ganz unabhängig davon, ob die Zahlung in Form von Micropayments erfolgt oder der Spieler einen Premium-Account erwirbt – zu bejahen. Denn unter der Richtlinie ist es irrelevant, ob der Verbraucher zu einer Einmalzahlung oder zu einer regelmäßigen Zahlung (Dauerschuldverhältnis) verpflichtet ist.²⁹³

Fraglich könnte allenfalls sein, ob dies auch zutrifft, wenn der Spieler nicht mit „Geld“ (in Form einer „realen“ Währung), sondern in Form einer (zuvor käuflich erworbenen) „fiktiven“ Spielwährung bezahlt. In diesem Punkt trifft die Richtlinie jedoch ausreichend Klarstellung. Gem. Art. 2 Nr. 7 RL sind unter dem Begriff Preis „Geld oder eine digitale Darstellung eines Werts, das bzw. die im Austausch für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen geschuldet wird“ zu verstehen. ErwG 23 der Richtlinie erläutert hierzu, dass zu diesen digitalen Darstellungen eines Wertes (wie z. B. elektronische Gutscheine oder *E-Coupons*) auch rechtlich anerkannte virtuelle Währungen zu zählen sind. Eine Differenzierung nach Zahlungsweisen soll möglichst vermieden werden, da dies zu Diskriminierung führen und Unternehmen einen ungerechtfertigten Anreiz bieten würde, digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen vermehrt im Austausch gegen digitale Darstellungen

²⁹⁰ Vgl. *Zöchling-Jud*, in: Forgo/Zöchling-Jud, Das Vertragsrecht des AGBG auf dem Prüfstand, S. 239 (262).

²⁹¹ Siehe oben, Kapitel 3.2.1.2.2.

²⁹² I. d. S. auch *Kern*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 33 (40, Fn. 29). Siehe auch oben, Fn. 224.

²⁹³ So auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (578).

eines Werts anzubieten. Da es sich bei Spielwährung nun um eine digitale Darstellung eines (monetären) Wertes handelt, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie auch dann eröffnet, wenn der Spieler nicht mit realer Währung, sondern mittels einer im Vorfeld erworbenen *In-Game-Währung* bezahlt oder Premium-Punkte eintauscht.

Es sei ergänzt, dass, wie im ErwG 23 der Richtlinie ausdrücklich hingewiesen wird, digitale Darstellungen eines Wertes selbst, da sie einzig und allein den Zweck haben, als Zahlungsmethode zu dienen, nicht als digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen im Sinne des Art. 2 Nr. 1 und 2 RL angesehen werden. Der Erwerb von Spielwährung fällt für sich allein somit nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie.²⁹⁴

3.2.2.2.3 Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Analyse der Browserspiele führte zu einem ähnlichen Bild wie jene zu den Client-Spielen. Soweit für die digitalen Inhalte oder die digitalen Dienstleistungen ein „Preis“ im Sinne des Art. 2 Nr. 7 RL zu entrichten ist, konnte die Frage nach der Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs jeweils bejaht werden. Eine Differenzierung zwischen „Micropayments“ und „kostenpflichtiger Erwerb von Spielvorteilen“ (Premium-Account) ist unter der Richtlinie gar nicht erst erforderlich. Da der Begriff „Preis“ auch „digitale Darstellungen eines Wertes“ umfasst, ist auch das Bezahlen mit *In-Game-Währung* oder Premium-Punkten umfasst.

Soweit das (Basis-)Spiel jedoch kostenfrei zur Verfügung gestellt wird, erweist sich die Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 der RL, wonach sich der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet, wenn die vom Verbraucher bereitgestellten Daten „ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen“ verarbeitet werden, als problematisch. In Entsprechung zu den Ausführungen zum Benutzerkonto für Client-Spiele²⁹⁵ wurde hier argumentiert, dass die Ausnahmeregelung nicht allzu eng verstanden werden darf. Die Ausnahmeregelung erfasst also im Hintergrund erhobene und verarbeitete personenbezogene Daten, soweit der Plattformbetreiber diese Daten ausschließlich dazu verwendet, um einen besseren Service, wie etwa Erleichterungen bei der Bereitstellung, einen besseren Kundensupport, oder eine höhere Qualität der bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen (etwa auch für eine Verbesserung des Spielerlebnisses) bieten zu können. Wo genau die Trennlinie zu ziehen ist, musste aber wiederum offengelassen werden, womit auf Seiten des Verbrauchers Rechtsunsicherheiten entstehen. Mangels Klarstellung in der Richtlinie bleibt an dieser Stelle nur, die Umsetzungsakte der Mitgliedstaaten und die Rechtsprechung des EuGH abzuwarten.

3.2.3 Spiele auf mobilen Endgeräten

Client- wie auch Browserspiele werden gerne auch auf mobilen Endgeräten wie dem Smartphone und dem Tablet-Computer gespielt. Sofern der Spieler ein digitales Spiel zuvor kostenpflichtig erwerben muss, stellt dies die gleiche Situation wie bei den Client-Vollpreisspielen für den PC dar. Zwar fällt der Kaufpreis für Spiele auf mobilen Endgeräten deutlich

²⁹⁴ Aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts kann der Erwerb von virtuellen Währungen aber durchaus einen Kaufvertrag darstellen.

²⁹⁵ Siehe Kapitel 3.2.1.2.2 und 3.2.1.2.5.

günstiger aus als für klassische PC-Client-Spiele, an der rechtlichen Beurteilung sowohl nach nationalem Recht als auch im Anwendungsbereich der Richtlinie ändert dies allerdings nichts. Insbesondere hat die Hardware keinen Einfluss auf die Frage der rechtlichen Beurteilung der Vertragsverhältnisse rund um die kostenlose oder kostenpflichtige Nutzung der Software.

Auf mobilen Endgeräten werden aber insbesondere auch Free-to-Play-Spiele und *Social Games* gespielt. Hier gelten die zu den Browserspielen gemachten Ausführungen entsprechend. Dies betrifft vor allem auch die Vertragsverhältnisse bei dem (punktuellen) Erwerb von virtuellen Gütern (Micropayments) und bei dem kostenpflichtigen Premium-Accounts (Abonnement-Modelle). Auch hier liegen die Unterschiede allein im Ausgabemedium bzw. der Hardware, auf der die digitalen Spiele laufen; dies ist für die rechtliche Beurteilung jedoch nicht von Relevanz.

3.2.4 Konsolenspiele

Im Hinblick auf Konsolenspiele sind zwei Varianten zu unterscheiden. Zum einen der Erwerb eines Konsolenspiels und zum anderen der Erwerb eines sog. „Konsolen-Bundles“, das aus einer Spielkonsole und beigefügten Konsolenspielen besteht.

3.2.4.1 Erwerb eines Konsolenspiels

3.2.4.1.1 Beurteilung nach nationalem Recht

Bei den Konsolenspielen gibt es in Bezug auf die rechtliche Einordnung der Vertragsverhältnisse zwischen Spieler und Spieleanbieter keine Unterschiede zu dem dargestellten Vertragsverhältnis des Spielers und des Anbieters beim Erwerb von Client-Spielen für den PC. Zu den Fragen der rechtlichen Einordnung der Spielesoftware und der vertragsrechtlichen Einordnung des Erwerbs des Konsolenspiels gelten somit die zu den Client-Spielen²⁹⁶ gemachten Ausführungen. Demnach ist das entgeltliche Konsolenspiel als Kaufvertrag und das unentgeltliche Konsolenspiel als Schenkung zu bewerten.

Im Hinblick auf den für Konsolenspiele häufig angebotenen „Seasons Pass“²⁹⁷, der Zugang zu verschiedenlichem DLC (Spieleerweiterungen) gegen eine Einmalzahlung ermöglicht, sei ergänzt, dass – genauso wie beim Erwerb von DLC für Client- oder Browserspiele²⁹⁸ – ein Rechtskauf gem. § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB vorliegt und mithin das Kaufvertragsrecht Anwendung findet.

3.2.4.1.2 Beurteilung nach der Richtlinie

Mit Blick auf die Richtlinie ist festzustellen, dass der kostenpflichtige Erwerb eines Konsolenspiels wie auch der kostenpflichtige Erwerb eines Season-Passes eindeutig in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Als Unterschied zu den Clientspielen ist nur die Hardware, auf die die Spielesoftware installiert wird (Spielkonsole auf der einen Seite und PC auf der anderen Seite), sowie das Ausgabemedium, auf dem die bildliche

²⁹⁶ Sieh oben, Kapitel 3.2.1.1.

²⁹⁷ Siehe oben, Kapitel 2.2.3.4.

²⁹⁸ Siehe oben, Kapitel 3.2.2.1.2.

Darstellung des Spiels erfolgt (PC-Bildschirm bei den PC-Spielen und zumeist ein Fernsehbildschirm bei den Konsolenspielen), festzustellen. Eine rechtliche Differenzierung zwischen Client- und Konsolenspiel ist somit nicht erforderlich.

Mitunter werden reduzierte Basisversionen der Konsolenspiele (insbesondere zu Testzwecken) kostenfrei zum Download angeboten. Muss sich der Spieler hierfür registrieren und personenbezogene Daten preisgeben, stellen sich bei der Beurteilung des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie die gleichen Probleme wie im Falle eines Benutzerkontos für Client-Spiele und es gelten die hierzu gemachten Ausführungen²⁹⁹ entsprechend.

3.2.4.2 Erwerb eines Konsolen-Bundles

Auch wenn die Konsolen selbst keine vorinstallierten Spiele enthalten, bieten die Konsolenhersteller ihre Konsolen aus verkaufstaktischen Gründen oft zusammen mit bekannten Spielklassikern oder neu herausgekommenen Spieliteln zu einem Aktionsangebot an. Der Verbraucher kauft die Konsole und die Spiele in einem Gesamtpaket, dem sog. „Konsolen-Bundle“ oder „Paketvertrag“.³⁰⁰ Es stellt sich mithin die Frage, ob ein einheitlicher Vertrag über die Konsole und das mitgelieferte Konsolenspiel vorliegt, oder ob der Erwerb von Konsole und Konsolenspiel (Spielsoftware) isoliert zu betrachten sind.

3.2.4.2.1 Beurteilung nach nationalem Recht

Nach nationalem Recht ist ein einheitlicher Vertrag jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Parteien die verschiedenen Kaufgegenstände nach ihrem Parteiwillen dahingehend verbinden, dass sie nicht isoliert, sondern nur in ihrer Gesamtheit seitens des Käufers erworben werden sollen.³⁰¹ In diesem Fall liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft mit völlig gleichen Rechtsfolgen für die verschiedenen Vertragsgegenstände vor. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH stellen zwei an sich selbständige Vereinbarungen nur dann ein einheitliches Rechtsgeschäft dar, wenn nach den Vorstellungen der Vertragsparteien die Vereinbarungen nicht für sich allein gelten, sondern gemeinsam miteinander „stehen und fallen“³⁰² sollen. Erforderlich ist der Wille zur rechtlichen Einheit und nicht nur zur wirtschaftlichen Verknüpfung.³⁰³ Ein einheitlicher Kaufvertrag wirkt sich bei einer Leistungsstörung und insbesondere bei einer Rückabwicklung des Vertrages aus, da bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft auch eine einheitliche Rückabwicklung stattfindet.³⁰⁴

Beim Konsolen-Bundle wird nun ein einheitlicher Verkauf von Konsole und Konsolenspielen (oft in einer einheitlichen Verpackung) gegen Zahlung eines Gesamtkaufpreises vereinbart, wobei nicht ersichtlich ist, welcher Teil des Kaufpreises auf die Spiele und welcher Teile auf die Spielkonsole entfällt. Dies nährt die Vermutung, dass es sich um einen einheitlichen Kaufvertrag über die Konsole und die (zumeist auf DVD beigefügten) Spiele handelt. Gegen

²⁹⁹ Siehe oben, Kapitel 3.2.1.2.2.

³⁰⁰ Zu Angeboten von Konsolen-Bundles siehe z. B. <http://www.chip.de/artikel/Konsolen-Bundle-guenstig-Hier-finden-Sie-den-besten-Preis-mit-PlayStation-4-113316355.html> (zuletzt aufgerufen am 01.03.2020).

³⁰¹ Vgl. *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, § 434 Rn. 74.

³⁰² BGH Urt. v. 25.03.1987, VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004 (2007).

³⁰³ Zur Unterscheidung zwischen Koppelungen zur Absatzförderung und mangelhaftungsrechtlicher Koppelung ausführlich *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 858 ff.

³⁰⁴ Vgl. *Gennen*, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 21 Rn. 38.

diese Vermutung spricht allerdings der Gegenstand beider Vereinbarungen. Mit der Konsole erwirbt der Käufer eine handelsübliche Spielkonsole, die weder speziell für die Bedürfnisse des Käufers noch für das beigefügte Client-Spiel hergestellt oder eingerichtet ist. Bei dem beigefügten Konsolenspiel handelt es sich um Standard-Software, die ebenfalls nicht für besondere Anforderungen des Käufers oder speziell für die an den Käufer veräußerte Konsole entwickelt worden war. Wird die gelieferte Konsole durch eine andere Konsole ersetzt, lässt sich das Konsolenspiel ohne Weiteres auf der neuen Konsole spielen.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Konsolenverkäufer und der Käufer den Bestand der verschiedenen Vereinbarungen nicht voneinander abhängig machen wollten. Für den Verkäufer wäre ein derartiges Interesse auch kaum anzunehmen, da es ihm nur um die wirtschaftliche Verknüpfung der beiden Vertragsteile zwecks besseren Absatzes ankommt und sein Interesse nicht darauf gerichtet ist, dass beide Vertragsteile demselben rechtlichen Schicksal unterworfen sind. Dies wäre insbesondere dann von Nachteil, wenn der Käufer bei einer Loslösung des Käufers vom Vertrag aufgrund eines technischen Defekts des Konsolenspiels sowohl die DVD als auch die ansonsten einwandfreie Konsole zurücknehmen müsste. Hieran ändert auch der Umstand, dass der Käufer die Konsole und das Konsolenspiel gemeinschaftlich verwenden wollte, nichts. Denn diese Zweckverbindung allein reicht nicht aus, einen einheitlichen Vertragswillen anzunehmen, wenn – wie im Falle von Konsolenspielen – nur handelsübliche standardisierte Ware in Anspruch genommen wird³⁰⁵. Bei Kauf eines Konsolen-Bundles liegt mithin kein einheitlicher Vertrag vor. Vielmehr sind die beiden Vertragsbestandteile (Kauf der Konsole und Kauf der Spielsoftware) isoliert zu betrachten.

3.2.4.2.2 Beurteilung nach der Richtlinie

Im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Richtlinie muss etwas weiter ausgeholt werden, denn die Spielkonsole als solche unterfällt nicht der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, sondern der Warenkauf-RL. In Art. 3 Abs. 4 RL wird der Anwendungsbereich im Verhältnis zur Warenkauf-RL wie folgt abgegrenzt:³⁰⁶

„Diese Richtlinie gilt nicht für digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, die im Sinne von Artikel 2 Nummer 3 in Waren enthalten oder mit ihnen verbunden sind und gemäß einem diese Waren betreffenden Kaufvertrag mit diesen Waren bereitgestellt werden, unabhängig davon, ob diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Verkäufer oder von einem Dritten bereitgestellt werden. Bestehen Zweifel, ob die Bereitstellung in einer Ware enthaltener oder mit ihr verbundener digitaler Inhalte oder in ihr enthaltener oder mit ihr verbundener digitaler Dienstleistungen Bestandteil des Kaufvertrags ist, so wird vermutet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Kaufvertrag umfasst sind“

Unter „Waren mit digitalen Inhalten“ sind nach der Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 3 RL „bewegliche körperliche Gegenstände“ zu verstehen,

„die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten“.

³⁰⁵ Vgl. BGH Urt. v. 25.03.1987, VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004 (2007).

³⁰⁶ Die entsprechende „Gegenausnahme“ findet sich in Art. 3 Abs. 3 Warenkauf-RL.

Der Unionsgesetzgeber unterstellt hiermit Waren, in die digitale Inhalte integriert sind (z. B. Smartphones, intelligente Armbanduhren, Smart-TVs³⁰⁷), bewusst der Warenkauf-RL. Mit der Spielkonsole handelt es sich um die Hardware und um eine „Ware mit digitalen Inhalten“ im Sinne des Art. 2 Nr. 3 RL, da auf der Spielkonsole Programm-Software installiert ist, die es ermöglicht, die verschiedenen für die Spielkonsole angebotenen Spiele auf der Konsole darzustellen und zu spielen. Anders als das Konsolenspiel ist die auf die Konsole aufgespielte Programm-Software zwingend mit der Ware verbunden und könnte die Konsole ihre Funktion ohne diese Programm-Software nicht erfüllen. Die Konsole unterfällt daher der Warenkauf-RL.³⁰⁸

Das (kostenpflichtige) Konsolenspiel fällt demgegenüber, wie digitale Spiele im Allgemeinen, unter die Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen. Da bei Erwerb eines Konsolen-Bundles die Spiele nicht bereits auf der Konsole aufgespielt, sondern der Konsole beigelegt sind, erübrigt sich die Frage, wie sich dies verhält, würden Spiele und Konsole als *All-in-one-Produkte* hergestellt und vertrieben.³⁰⁹

Es bleibt somit die Frage zu lösen, wie sich dies im Falle eines Konsolen-Bundles verhält, der Spieler also die Hardware (Konsole) und einschlägige Spielesoftware (Konsolenspiele) in einem Paket erwirbt. Der Kommissionsentwurf 2015 sah für solche Konstellationen keine Regelung vor;³¹⁰ der finale Richtlinienentwurf sieht in Art. 3 Abs. 6 RL nun jedoch vor, dass die Richtlinie in diesem Fall nur für jene Komponenten des Vertrages gilt, die die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen betreffen:

„Unbeschadet des Absatzes 4 dieses Artikels gilt diese Richtlinie bei einem einzigen Vertrag zwischen demselben Unternehmer und demselben Verbraucher, der in einem Paket neben der Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen Elemente der Bereitstellung anderer Dienstleistungen oder Waren enthält, nur für die Elemente des Vertrags, die die digitalen Inhalte bzw. Dienstleistungen betreffen.

[...]

Unbeschadet des Artikels 107 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2018/1972 werden die Auswirkungen, die die Beendigung eines Elements eines Paketvertrags auf die übrigen Elemente des Paketvertrags haben kann, vom nationalen Recht geregelt.

Laut ErwG 33 der Richtlinie wird mit diesen Regelungen dem Umstand Rechnung getragen, dass digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen oft mit der Bereitstellung von Waren oder anderen Dienstleistungen kombiniert und dem Verbraucher in dem gleichen Vertrag, der in einem Paket unterschiedliche Elemente beinhaltet, angeboten werden. Als Beispiel wird die

³⁰⁷ Diese Beispiele werden in ErwG 21 f. der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen und ErwG 14 ff. der Warenkauf-RL geführt.

³⁰⁸ Ausführlich zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs der beiden Richtlinien bei Waren mit digitalen Elementen *Kern*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 33 (43 ff.).

³⁰⁹ In diesem Fall käme es auf das vertraglich Vereinbarte und auch darauf an, was bei Waren der gleichen Art üblich ist und welche Funktionen und vorinstallierte Programme sich der Käufer vernünftigerweise erwarten kann; vgl. ErwG 21 bis 23 der RL über digitale Inhalte und Dienstleistungen sowie ErwG 14 bis 16 der Warenkauf-RL. Hierzu auch *Kern*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 33 (46).

³¹⁰ Art. 3 Abs. 6 des Kommissionsentwurfs legte lediglich fest, dass bei Verträgen, die neben der Bereitstellung digitaler Inhalte zusätzliche Elemente enthalten, die Richtlinie nur für die Pflichten und Abhilfen der Parteien als Verbraucher und Anbieter digitaler Inhalte gilt – womit viele Fragen aufgeworfen waren; hierzu *Schmidt-Kessel* u. a., GPR 2016, 54 (63 ff.).

Bereitstellung digitalen Fernsehens und der Kauf elektronischer Geräte geführt. In solchen Fällen soll die Richtlinie nur für die Elemente des Gesamtvertrags gelten, die die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen betreffen.

Demnach gilt die Richtlinie im Falle des Erwerbs eines Konsolen-Bundles nur für das Element „digitale Inhalte“, namentlich die Konsolenspiele. Im Hinblick auf die Konsole muss hingegen die Warenkauf-RL bemüht werden. Die Auswirkungen, die die Beendigung eines Elements eines Paketvertrages auf die übrigen Elemente haben, sind vom nationalen Recht zu regeln.

3.2.4.3 Zusammenfassung der Ergebnisse

Im Hinblick auf den Erwerb des kostenpflichtigen Konsolenspiels stellten sich weder nach nationalem Recht noch nach der Richtlinie Probleme: Es liegt nach nationalem Recht ein Kaufvertrag vor, der in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Im Falle eines kostenfreien Konsolenspiels stellen sich, soweit personenbezogene Daten weitergegeben werden, unter der Richtlinie allerdings die gleichen Probleme wie beim Anlegen eines Benutzerkontos für Clientspiele, da eine trennscharfe Abgrenzung des Ausnahmetatbestands (Verarbeitung von personenbezogenen Daten ausschließlich für die Bereitstellung des Spiels) nicht gelungen ist.

Der Kauf eines Konsolen-Bundles stellt nach nationalem Recht keinen einheitlichen Vertrag dar; vielmehr sind die beiden Vertragsbestandteile (Kauf der Software und Kauf der Konsole) isoliert zu beurteilen. Unter der Richtlinie ist das Konsolen-Bundle dagegen als „einzigster Vertrag“ zu werten, wobei sodann jedoch wiederum in die Vertragsbestandteile „digitale Inhalte“ und „Ware“ zu splitten ist, da die Richtlinie bei Paketverträgen (Art. 3 Abs. 6 RL) nur auf die Elemente „digitale Inhalte oder Dienstleistungen“ anzuwenden ist. Im Ergebnis sind im Falle des Kaufs eines Konsolen-Bundles nach Umsetzung der Richtlinie auf die Konsole die Warenkauf-RL und auf das Konsolenspiel die Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen anzuwenden. Dies wäre allerdings, da nach nationalem Recht kein einheitlicher Vertrag vorliegt, auch dann der Fall, wenn der Unionsgesetzgeber auf die Regelungen zu den Paketverträgen verzichtet hätte.

3.2.5 Resümee

Im Zuge der Ausführungen zeigte sich, dass unter der Richtlinie die aufwendige Bestimmung der Rechtsnatur der digitalen Güter und insbesondere die komplizierte und höchst diffizile vertragstypologische Einordnung, wie sie das nationale Recht erfordert, entfällt, womit mehr Transparenz für den Verbraucher und eine höhere Rechtssicherheit geschaffen ist. Soweit der Spieler für den Erwerb oder die Bereitstellung des Spiels oder den Erwerb von Spielvorteilen etc. einen „Preis“ im Sinne des Art. 2 Nr. 7 RL zu zahlen hat, erwies sich die Beurteilung des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie stets unproblematisch und ist es auch nicht erforderlich, nach Geschäftsmodellen zu differenzieren: Der Anwendungsbereich ist fraglos eröffnet.

Schwierig kann sich die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit der Richtlinie aber dann erweisen, wenn der Spieler keinen „Preis“ bezahlt, sondern dem Unternehmer für die Bereitstellung des Spiels personenbezogene Daten zur Verfügung stellt. Denn hier

wirft die Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Var. 1 RL, wonach die Richtlinie nicht gilt, wenn der Unternehmer die personenbezogenen Daten „ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen“ verarbeitet, einige Auslegungsprobleme auf.

Zu bedauern ist zudem, dass die Richtlinie keine Regelungen in Bezug auf multipersonale Vertragsbeziehungen trifft. So bieten Online-Spielplattformen dem Spieler z. B. die Möglichkeit, digitale Spiele unmittelbar über die Plattform zu beziehen. Dies können eigene Titel des Plattformbetreibers sein³¹¹ oder Spieltitel von anderen Spieleanbietern. Im letzteren Fall stellt sich die Frage zur Rolle des Plattformbetreibers: Ist er Verkäufer des heruntergeladenen Spiels und damit Vertragspartner? Oder ist er lediglich als Vermittler tätig und der Vertragsschluss kommt allein mit dem originären Spielehersteller zustande, der lediglich die Infrastruktur des Plattformbetreibers als Vertriebskanal nutzt? Die Richtlinie schafft zu dieser Problematik keine Regelung, insbesondere keine neuen zusätzlichen (vertraglichen) Haftungsregeln für Plattformbetreiber³¹²; dies bleibt somit (Art. 3 Abs. 10 RL) dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten überlassen.³¹³ Es muss daher für jede Konstellation separat geprüft werden, wer die konkreten Vertragsparteien sind.³¹⁴ Dies ist in der Tat etwas bedauerndswert, da gerade im Bereich der Computerspiele häufig verschiedene Anbieter (Händler, Plattformbetreiber, Spielehersteller und -entwickler) zusammenwirken und dieses Zusammenwirken verschiedener Anbieter ganz allgemein ein häufiges Charakteristikum von Verträgen über digitale Inhalte und Dienstleistungen darstellt.³¹⁵

3.3 Die Bereitstellung des digitalen Spiels

Unmittelbar an die Frage, für welche Vertragsgegenstände bzw. Vertragstypen der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist, schließt sich die Folgefrage an, wann der Anbieter seiner vertraglichen Pflicht zur Verschaffung des Vertragsgegenstandes nachgekommen ist, denn dies ist für die (Gewährleistungs-)Rechte des Verbrauchers maßgeblich. Bei nicht erfolgter Bereitstellung des Vertragsgegenstandes greifen nach nationalem Recht das allgemeine Schuldrecht des BGB („Nichterfüllung“). Die Richtlinie sieht demgegenüber mit Art. 13 RL spezifische Regelungen zur „Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung“ vor. Im Folgenden wird in einem ersten Schritt die „Erfüllung“ bzw. die „Bereitstellung“ besprochen. Im zweiten Schritt werden die Rechte des Verbrauchers bei „Nichterfüllung“ bzw. bei „nicht erfolgter Bereitstellung“ behandelt.

³¹¹ Bei der Spieleplattform *Steam* sind das zum Beispiel die Spieltitel *Half-Life* und *Counter-Strike*; vgl. die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag <https://de.wikipedia.org/wiki/Steam> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

³¹² Zur Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO) ausführlich *Busch*, GRUR 2019, 788 ff.

³¹³ Vgl. *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415 (416); vorgeschlagen wurden Haftungsregeln für Plattformbetreiber durch die *Research Group on the Law of Digital Services*, EuCML 2016, 164 (164 ff.).

³¹⁴ So auch *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415 (416).

³¹⁵ Vgl. *Gsell*, ZUM 2018, 75 (81).

3.3.1 Erfüllung bzw. Bereitstellung

3.3.1.1 Beurteilung nach nationalem Recht

Spezifische Regelungen, welchen zu entnehmen wäre, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass der Käufer seine Verpflichtung, den in digitalen Inhalten oder Dienstleistungen bestehenden Vertragsgegenstand dem Erwerber zu „verschaffen“ (§ 433 Abs. 1 BGB), erfüllt hat, finden sich im BGB nicht. Die vertraglichen Pflichten betreffend die Art und Weise der Liefer- bzw. Bereitstellungspflichten ergeben sich bei Software in der Praxis in erster Linie aus den Nutzungsbestimmungen (AGB).³¹⁶ Für die Bereitstellung von Online-Spielen (Browserspiel, Online-Spielewelt für Client-Spiel) sind nach nationalem Recht die mietvertraglichen Vorschriften maßgeblich,³¹⁷ womit für den Leistungszeitpunkt ebenfalls zuvorderst auf die vertragliche Vereinbarung abzustellen wäre (§ 535 BGB). Fehlt eine Vereinbarung über die Zeit der Leistung, so kommt § 271 Abs. 1 BGB zum Zug, der festlegt, dass, soweit eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist, der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken kann.

Soweit das digitale Spiel auf einem körperlichen Datenträger (Kauf einer Sache) geliefert wird, ist der Verkäufer verpflichtet, „dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen“ (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB). Unter dem Begriff „Übergabe einer Sache“ ist die Verschaffung des zumindest mittelbaren Besitzes zu verstehen.³¹⁸ Gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

Wird ein Client-Spiel nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert, so liegt ein Rechtskauf (§ 453 Abs. 1 Var. 2 BGB) vor. Gem. § 453 Abs. 2 BGB hat der Verkäufer die Kosten der Begründung und Übertragung des Rechts zu tragen. Hieraus ergibt sich auch, dass ein Recht im Sinne des § 453 BGB dem Käufer dadurch verschafft wird, dass der Verkäufer es unmittelbar für den Käufer begründet oder es ihm überträgt.³¹⁹ § 453 Abs. 3 BGB bestimmt, dass, soweit ein Recht verkauft ist, das zum Besitz einer Sache berechtigt, der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben.

Indessen finden sich weder im Abschnitt zum Sach- noch zum Rechtskauf Bestimmungen dazu, wann konkret gesagt werden kann, dass der Verkäufer seiner Verschaffungspflicht nachgekommen ist, bzw. wie dies – angesichts der Besonderheit von digitalen Inhalten und deren unterschiedliche Vertriebswegen – im Einzelnen zu erfolgen hat. Hier kann lediglich ergänzend eine Entscheidung des BGH herangezogen werden, wonach auch beim Kauf von Software die Kaufsache mangels anderweiter Vereinbarung dann "abgeliefert" ist, wenn sie vom Verkäufer in Erfüllungsabsicht derart in den Machtbereich des Käufers gebracht wird, dass dieser sie auf das Vorhandensein von Mängeln untersuchen kann.³²⁰

³¹⁶ So auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (579).

³¹⁷ Hierzu noch unten, Kapitel 3.5.1.2.1.

³¹⁸ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 433 Rn. 13.

³¹⁹ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 453 Rn. 11; eine Übergabe wird zusätzlich zur Übertragung des Rechts nur geschuldet, wenn das verkaufte Recht zusätzlich zum Besitz berechtigt.

³²⁰ BGH Urt. v. 22.12.1999, Az. VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 (1416).

Zudem ist hervorzuheben, dass der BGH die Lieferung einer Softwaredokumentation – auch ohne ausdrückliche Vereinbarung – als vertragliche Hauptpflicht erachtet.³²¹ Fehlt die Softwaredokumentation, gilt mithin die Hauptleistungspflicht noch nicht als (vollständig) erfüllt.³²² Unter der „Dokumentation“ versteht der BGH entsprechende Handbücher oder Bedienungsanleitungen, die in Wort oder graphischer Darstellung eine Beschreibung betreffend technischem Aufbau, Funktionen, Kompatibilität sowie zu Veränderungen oder Ergänzungen geben und somit die Summe aller Kenntnisse vermitteln, die erforderlich sind, um die Anlage (oder Software) bedienungsfehlerfrei und zur Verwirklichung des mit ihrer Anschaffung vertraglich vorgesehenen Zwecks nutzen zu können.³²³ Wenn es sich um kleine, einfache Programme handelt, können aber auch Online-Hilfsfunktionen ausreichend sein.³²⁴

3.3.1.2 Beurteilung nach der Richtlinie

Die Bestimmungen betreffend die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen finden sich in Art. 5 RL. Art. 5 Abs. 1 RL trifft hierbei Regelungen zum Leistungszeitpunkt; Art. 5 Abs. 2 RL zur Art und Weise der Bereitstellung.

3.3.1.2.1 Zeitpunkt der Bereitstellung

Die auf digitale Inhalte zugeschnittene Richtlinie hingegen trifft an dieser Stelle konkrete Regelungen. Nach Art. 5 Abs. 1 RL ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen, soweit nichts anderes vereinbart wurde, „unverzüglich nach Vertragsschluss“³²⁵ bereitzustellen. ErwG 41 erörtert hierzu, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen in Übereinstimmung mit den marktüblichen Praktiken und technischen Möglichkeiten und zur Sicherstellung einer gewissen Flexibilität unverzüglich bereitgestellt werden müssen, sofern die Parteien keine andere Vereinbarung über sonstige Bereitstellungsmodelle treffen. In Zusammenhang mit der Setzung einer Nachfrist durch den Verbraucher im Falle der Nicht-Bereitstellung durch den Unternehmer (Art. 13 RL) führt ErwG 60 weiter aus, dass, da die Bereitstellung ja in digitaler Form erfolgt, bei der Bereitstellung in den meisten Fällen keine zusätzliche Zeit erforderlich sein wird, um dem Verbraucher die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen bereitzustellen; und daher in solchen Fällen die Verpflichtung des Unternehmers zur unverzüglichen Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bedeute, dass sie „sofort“ bereitzustellen sind.

Daraus ist vermutlich zu schließen, dass, soweit die Bereitstellung automatisiert erfolgen kann (wie z. B. durch Übersendung eines Downloadlinks, von Zugangsdaten etc.), die Bereitstellung „in etwa sofort“³²⁶ stattzufinden hat; soweit jedoch (auch) „menschliche Arbeitsschritte“³²⁷ erforderlich sind (z. B. bei Entwicklungsleistungen oder wenn die Daten des

³²¹ BGH Urt. v. 20.02.2001, Az. X ZR 9/99, NJW 2001, 1718 (1719).

³²² So auch (bestätigend) BGH Urt. v. 22.12.1999, Az. VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 (1416). Ausführlich zur Rechtspflicht zur Dokumentation Koch, Computer-Vertragsrecht, S. 75 ff.

³²³ BGH Urt. v. 05.07.1989, Az. VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222 (3223 f.).

³²⁴ Vgl. Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 1 Rn. 90.

³²⁵ Im Kompromisstext des Rates 2017 hieß es noch „ohne ungebührliche Verzögerung“ (Art. 11 Abs. 1); im Kommissionsentwurf 2015 „sofort nach Vertragsschluss“ (Art. 5 Abs. 2).

³²⁶ So Faber, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (68).

³²⁷ So Faber, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (68).

Verbrauchers geprüft werden müssen etc.), ein hierfür angemessener Zeitraum (die englische Sprachversion der Richtlinie verwendet den treffenderen Begriff „*without undue delay*“³²⁸) einzuräumen ist.

Wesentlich problematischer erscheint demgegenüber, dass die Frage des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses hierdurch nicht gelöst ist. Diese Frage ist, da sie die Aspekte des allgemeinen Vertragsrechts (Art. 3 Abs. 10 RL) betrifft, entlang des nationalen Rechts zu beantworten. Bei Online-Vertragsabschlüssen wird im Allgemeinen vertreten, dass das Angebot des Anbieters auf seiner Website in aller Regel kein bindendes Angebot, sondern lediglich eine „*invitatio ad offerendum*“ darstellt; und mithin erst der Kunde das Angebot stellt, das der Unternehmer sodann annehmen oder ablehnen kann.³²⁹ Allenfalls könnte auch die Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU zu berücksichtigen sein. Diese bestimmt in Art. 18 Abs. 1 zur Lieferung von Waren, dass diese, soweit die Vertragsparteien nichts anders vereinbart haben, „unverzüglich, jedoch nicht später als dreißig Tage nach Vertragsabschluss“ zu übertragen sind. Diese Regelung erschiene für digitale Inhalte, die automatisiert bereitgestellt werden können, aber doch höchst unangemessen.³³⁰ Vor diesem Hintergrund ist es nur nachvollziehbar, dass in der Lehre Uneinigkeit darüber besteht, wie sich dies bei Verträgen über digitale Inhalte oder Dienstleistungen verhält,³³¹ und viele Unsicherheiten offenbleiben. Insofern ist den Unternehmen anzuraten, den Lieferungszeitpunkt und sonstige Lieferungsmodalitäten in ihren AGB zu regeln.³³²

3.3.1.2.2 Art und Weise der Bereitstellung

Art. 5 Abs. 2 RL präzisiert die Verpflichtung zur Bereitstellung getrennt nach digitalen Inhalten (lit. a) und digitalen Dienstleistungen (lit. b), wobei die Regelung betreffend die digitalen Inhalte ausführlicher ist. Soweit eine digitale Dienstleistung geschuldet ist, werden in aller Regel aber zugleich auch digitale Inhalte bereitzustellen sein, womit beide Regelungen heranzuziehen sind.³³³ Es ist hervorzuheben, dass die Art. 5 und 13 der Richtlinie nicht für digitale Inhalte gelten, die auf körperlichen Datenträgern geliefert werden (Art. 3 Abs. 3 RL). In diesem Fall richten sich die Lieferpflicht des Unternehmers sowie die Abhilfen, die dem Verbraucher bei nichterfolgter Lieferung zustehen, nach den Bestimmungen der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU.³³⁴

Art. 5 Abs. 2 RL ist bewusst sehr weit formuliert, sodass die verschiedenen Arten der digitalen Bereitstellung, sei dies nun der *Download-Link*, das *Streamen*, oder die Zugänglichmachung z. B. einer Spieleplattform durch Übermittlung von Zugangsdaten etc. umfasst

³²⁸ Laut *Bach* stellt der Begriff „*without undue delay*“ strengere Zeitvorgaben auf als derjenige der „angemessenen Frist“, den § 323 BGB verwendet; vgl. *Bach*, NJW 2019, 1705 (1709).

³²⁹ Vgl. *Spindler*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, vor § 145 Rn. 41 m. w. N.

³³⁰ So auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (68).

³³¹ Hierzu *Spindler*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, vor § 145 Rn. 41 m. w. N.

³³² So auch die Empfehlung von *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (68).

³³³ So auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (69).

³³⁴ Vgl. ErwG 20 der Richtlinie. Es sei vervollständigt, dass die Warenkauf-RL gem. ihrem Art. 3 Abs. 4 lit. a nicht für körperliche Datenträger gilt, die lediglich als Träger digitaler Inhalte dienen.

sind.³³⁵ Wie ErwG 41 der Richtlinie zusammenfasst, soll die Pflicht zur Bereitstellung als erfüllt angesehen werden, wenn die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen oder etwaige Mittel, mit denen auf sie zugegriffen werden kann oder mit denen sie heruntergeladen werden können, die Sphäre des Verbrauchers erreicht haben und keine weiteren Handlungen vonseiten des Unternehmers erforderlich sind, damit der Verbraucher die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen vertragsgemäß nutzen kann. In diesem Sinne müssen die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen für den Verbraucher „verfügbar oder zugänglich“³³⁶ sein.

Mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen auf einer „körperlichen oder virtuellen Einrichtung (folgend kurz „Einrichtung“) hat der Richtliniengesetzgeber Einrichtungen zur *Cloud-Speicherung* oder elektronische Plattformen (wie etwa Spielplattformen) vor Augen.³³⁷ ErwG 41 der Richtlinie erörtert hierzu, dass zu bedenken sei, dass der Unternehmer grundsätzlich nicht für die Handlungen oder Unterlassungen Dritter haften soll, und soweit der Verbraucher für den Empfang oder die Speicherung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen einen Dritten (bzw. die Einrichtung eines Dritten) auswählt, es daher ausreichend ist, wenn der Unternehmer die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen diesem Dritten bereitstellt.³³⁸ Im Sinne einer „effektiven Wahlfreiheit“³³⁹ ist jedoch, wie in ErwG 41 weiter ausgeführt wird, nicht davon auszugehen, dass der Verbraucher die betreffende Einrichtung ausgewählt (bzw. bestimmt) hat, wenn sie vom Unternehmer kontrolliert wird oder mit dem Unternehmer vertraglich verbunden ist oder der Verbraucher diese Einrichtung nur deswegen ausgewählt hat, weil sie vom Unternehmer als einzige Option angeboten wurde, um an die digitalen Inhalt oder Dienstleistungen zu gelangen.

Ist diesen Anforderungen nicht entsprochen, so ist die Verpflichtung des Unternehmers zur Bereitstellung nicht erfüllt, wenn die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen zwar in der körperlichen oder virtuellen Einrichtung bereitgestellt werden, der Verbraucher die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen jedoch nicht gemäß dieser Richtlinie empfangen oder auf diese zugreifen kann.³⁴⁰ Positiv formuliert bedeutet dies, dass, wenn der Unternehmer die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen auf einer Einrichtung wie z. B. einer Online-Spieleplattform bereitstellt, seine Bereitstellungspflicht erst erfüllt ist, wenn der Verbraucher, gegebenenfalls unter Heranziehung der ihm vom Unternehmer bereitgestellten Mittel, die für den Download oder den Zugang erforderlich sind, empfangen bzw. auf sie zugreifen kann; sie also für den Verbraucher verfügbar und zugänglich sind.³⁴¹ Kurzum, die Bereitstellungspflicht des Unternehmers ist erfüllt, sobald die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen dem Verbraucher oder einer von ihm zu diesen Zweck bestimmten Einrichtung „zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden“ sind.³⁴²

Im Hinblick auf die Softwaredokumentation ist anzumerken, dass die Richtlinie „Anleitungen“ (einschließlich solche zur Installation), zwar ausdrücklich anspricht (Art. 7 lit. c RL), diese aber

³³⁵ Hierzu ErwG 41 und 55 bis 57.

³³⁶ ErwG 41.

³³⁷ Vgl. ErwG 41.

³³⁸ Nach nationalem Recht wären bei einer Bereitstellung über einen Dritten die Regelungen des § 362 BGB (Erlöschen durch Leistung) heranzuziehen; hierzu *Metzger*, JZ 2019, 577 (580).

³³⁹ So *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (70).

³⁴⁰ ErwG 41, UAbs. 2).

³⁴¹ I. d. S. auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (70).

³⁴² So auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (580).

unter die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit des Art. 7 RL subsumiert. Soweit die Bereitstellung einer Softwaredokumentation vertraglich nicht vereinbart wurde, gilt die Bereitstellungspflicht des Unternehmers somit bereits bei Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen als erfüllt.

3.3.1.2.3 Bereitstellung des digitalen Spiels

3.3.1.2.3.1 Bereitstellung eines Client-Spiels

Im Hinblick auf das Client-Spiel, sei es nun ein PC-Client-Spiel oder ein Konsolenspiel, ist festzuhalten, dass, soweit die Spielesoftware (oder auch ein Add-On oder eine Expansion) auf einem Datenträger wie z. B. einer DVD erworben werden, für die Lieferpflicht des Unternehmers, die Abhilfen, die dem Verbraucher bei nichterfolgter Lieferung zustehen, wie auch das Widerrufsrecht nicht die Bestimmungen der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen, sondern die relevanten Bestimmungen der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU heranzuziehen sind.³⁴³ Da sich in diesem Punkt keine Veränderung der derzeitigen Rechtslage ergibt, soll hierauf nicht weiter eingegangen werden.

Ein *Download* lässt sich hingegen problemlos unter Art. 5 Abs. 2 lit. a RL subsumieren. Bei einem *Download* der Client-Software hat der Spieleanbieter seine Bereitstellungsverpflichtung somit erfüllt, sobald er den *Downloadlink* und gegebenenfalls auch den zugehörigen Zugangscode (wie etwa den *Game-Key*) oder eine zum *Download* erforderliche spezielle Software (also alle für den Zugriff erforderlichen Mittel) zur Verfügung stellt, sodass der Spieler die Client-Software mittels *Downloads* vollständig auf seinem Client-Rechner herunterladen kann.³⁴⁴

3.3.1.2.3.2 Bereitstellung der Online-Spielwelt

Die Verträge zur Nutzung der Online-Spielwelt, die für Client-Spiele typisch sind, sind laufzeitbezogene Austauschverträge über die Einräumung von Nutzungsrechten und Zugangsmöglichkeiten. Im Rahmen dieser Vertragskonstellation hat der Spielbetreiber dem Spieler den Onlinegebrauch einer funktionierenden virtuellen Spielumgebung zu ermöglichen, also dem Spieler die entsprechenden Nutzungsrechte einzuräumen, die Server- und Softwaretechnologie bereitzustellen und zu warten sowie die Daten des Spielers (Nutzerprofil, aktuelle Spielstände etc.) zu speichern. In Kapitel 3.2.1.2.4 wurde gefolgert, dass der Vertrag über die Nutzung der Online-Spielwelt eher als digitale Dienstleistung (Art. 2 Nr. 2 RL) einzuordnen ist, sich aber auch argumentieren ließe, dass es sich bei der auf den Servern aufgespielten Spielesoftware um digitale Inhalte (Art. 2 Nr. 1 RL) handelt³⁴⁵.

Eine saubere Differenzierung ist aber gar nicht erforderlich, da sowohl Art. 5 Abs. 2 RL sowohl unter lit. a wie unter lit. b darauf abstellt, ob die betreffenden Inhalte bzw. die betreffende Dienstleistung „zugänglich gemacht worden ist“. Lit. a fügt lediglich das „Zurverfügungstellen“ von digitalen Inhalten hinzu, womit insbesondere der *Download* gemeint ist. Zudem wird, wie *Faber* moniert, die Bereitstellung einer digitalen Dienstleistung ohne

³⁴³ Siehe Art. 3 Abs. und ErwG 20 der Richtlinie.

³⁴⁴ Vgl. *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (70).

³⁴⁵ So etwa *Grabosch*, Analoges Recht, S. 92 f.

Bereitstellung (auch) digitale Inhalte praktisch kaum denkbar sein, die ohne Datenzugriff die Dienstleistung nicht funktioniert³⁴⁶ – womit im Ergebnis beide Regelungen heranzuziehen sind. Dem entspricht es auch, dass der Kommissionsentwurf 2015 unter den Begriff der „digitalen Inhalte“ auch die „digitalen Dienstleistungen“ subsumierte (Art. 2 Nr. 1) und sodann auch bei der Art und Weise der Bereitstellung (Art. 5 Abs. 1) nicht weiter differenzierte. Wesentlich war es für den Unionsgesetzgeber, den Begriff der „Bereitstellung“ möglichst weit und neutral zu fassen, sodass sowohl den heutigen Geschäftsmodellen wie auch künftigen technologischen Entwicklungen Rechnung getragen ist.³⁴⁷

Tatsächlich ist es vorliegend irrelevant, ob der Vertrag zur Nutzung der Online-Spielewelt unter lit. a oder lit. b des Art. 5 Abs. 2 RL subsumiert wird, das Ergebnis bleibt das gleiche: Der Unternehmer hat seine Bereitstellungspflicht erfüllt, sobald dem Spieler die Online-Spielewelt „zugänglich gemacht worden ist“, er also zur Nutzung der Onlinespiele „freigeschaltet“ ist und sämtliche zum Zugriff erforderlichen Mittel (wie etwa Zugangsdaten oder Zugang via Benutzerkonto) in seine Sphäre gelangt sind.

Zu beachten ist allerdings, dass es sich bei den Online-Nutzungsverträgen um dauerhafte und nicht nur punktuelle Austauschverträge handelt. Es ist daher nicht ausreichend, wenn der Spiele-Anbieter dem Verbraucher seine Dienstleistung nur „einmalig“ zugänglich macht; vielmehr schuldet er eine „fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum“ im Sinne des Art. 11 Abs. 3 RL.

3.3.1.2.3.3 *Breitstellung eines Browserspiels*

Abweichungen zu Browser-Spielen³⁴⁸ ergeben sich hier nicht. Bei Browserspielen ist zwischen clientseitigen Browserspielen, bei denen die Programmlogik heruntergeladen wird und in der Browserumgebung abläuft, und serverseitigen Browserspielen mit serverseitig ablaufender Programmlogik, zu differenzieren.³⁴⁹ Bei clientseitigen Browserspielen wird die Software in der Browserumgebung installiert; der Spieler empfängt also nach einem entsprechenden Download- und Installationsvorgang die digitalen Inhalte auf seinem PC. Bei serverseitigen Browserspielen werden die digitalen Inhalte hingegen allein auf den Servern des Spieleanbieters abgespeichert und betrieben. In beiden Fällen ist die Bereitstellung erfolgt, wenn dem Spieler alle erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt worden sind, sodass er auf das Spiel zugreifen und es vereinbarungs- und bestimmungsgemäß nutzen kann.

3.3.1.2.3.4 *Breitstellung von Spielvorteilen*

Im Hinblick auf die Bereitstellung von virtuellen Gütern und anderen Spielvorteilen stellt sich entlang des Art. 5 Abs. 2 RL die Frage, ob diese unter digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen zu subsumieren sind. Denn die Speicherung der Spielstände des Spielers, zu denen auch neu erworbene virtuelle Gegenstände gehören, erfolgt in der Regel nicht auf dem Rechner des Spielers, sondern auf dem Zentralrechner (Server) des Spielbetreibers.

³⁴⁶ *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (69 f.).

³⁴⁷ Vgl. insb. ErwG 20 und 24.

³⁴⁸ Die Eröffnung des Anwendungsbereichs, z. B. aufgrund der Zurverfügungstellung von persönlichen Daten (Art. 3 Abs. 1 RL) wird hier vorausgesetzt.

³⁴⁹ Siehe die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag <https://de.wikipedia.org/wiki/Browserspiel> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

Anders als die Client-Software werden die virtuellen Gegenstände somit nicht auf dem Rechner des Spielers installiert, sondern vielmehr nach dem Bezahlvorgang dem Account des Spielers lediglich zugeordnet und auf dem Spielserver verwaltet.³⁵⁰

Die Tatsache, dass die virtuellen Güter und sonstigen Spielvorteile auf den Servern der Spielanbieter gespeichert sind, spricht für die Vermutung, dass eine digitale Dienstleistung vorliegt. Es ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass zugleich auch der Zugang zu gewissen digitalen Inhalten eröffnet wird. Die Differenzierung kann wiederum erspart bleiben, da die Auslegung hier wie dort zu dem Ergebnis führt, dass der Anbieter seine Bereitstellungsverpflichtung erfüllt, sobald er die digitalen Güter mit dem Account des Spielers verbindet und der Spieler die Gegenstände bestimmungsgemäß einsetzen und nutzen kann; und zwar unabhängig davon, wo sie konkret gespeichert sind. Denn maßgeblich ist, dass die erworbenen digitalen Inhalte oder Dienstleistungen (hier die Spielvorteile) zugänglich gemacht wurden bzw. der Spieler auf sie zugreifen und nutzen kann.

Auf das hinter den Spielvorteilen stehende Geschäftsmodell kommt es hierbei nicht an. Unabhängig davon, ob der Spieler einzelne Spielvorteile mittels Micropayment erwirbt oder ob er ein Abonnement (z. B. einen Premium-Account) oder eine Season-Pass erwirbt, um in den Genuss von Spielvorteilen zu gelangen, die Bereitstellungspflicht des Unternehmers ist stets dann erfüllt, wenn die Spielvorteile „aktiviert“ werden, sodass der Spieler auf sie zugreifen und sie nutzen kann. Anderes gilt nur dann, wenn die Spielvorteile (untypischerweise) auf einem körperlichen Datenträger geliefert würden; denn auf körperliche Datenträger sind die Art. 5 und 13 RL nicht anzuwenden.³⁵¹

3.3.2 Rechtsbehelfe bei Nichtleistung bzw. nicht erfolgter Bereitstellung

3.3.2.1 Beurteilung nach nationalem Recht

Für das nationale Recht muss kurz vorgegriffen werden. Auf das Client-Spiel oder andere Spielkomponenten, die zum Vollpreis erworben werden, sind die kaufvertraglichen Regelungen des BGB anzuwenden. Auf Server-Nutzungsverträge über die Nutzung der Online-Spielwelt für ein Clientspiel oder über die Nutzung eines Browser-Spiels, die als typenge-mischte Verträge mit werk-, dienst- und mietvertraglichen Elementen qualifiziert wurden, sind – der Schwerpunkttheorie folgend – hingegen die mietvertraglichen Regelungen des BGB anzuwenden.³⁵² Aufgrund der hierdurch entstehenden Differenzen muss die Beurteilung für die „einmalige“ und die „kontinuierliche“ Bereitstellung getrennt geführt werden. Da Art. 13 RL als Rechtsbehelf für die nicht erfolgte Bereitstellung lediglich die Vertragsbeendigung vorsieht, konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen zum nationalen Recht auf das Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht des Spielers.³⁵³

³⁵⁰ Vgl. *Lober/Weber*, MMR 2005, 653 (654).

³⁵¹ Siehe Art. 3 Abs. und ErwG 20 der Richtlinie.

³⁵² Hierzu unten, Kapitel 3.5.1.2.1.

³⁵³ Der Bereich des Schadensersatzes wird hingegen ausgeklammert, da dieser (i) in der Praxis kaum eine Rolle spielt und (ii) die Richtlinie das Schadensersatzrecht ausweislich von Art. 3 Abs. 10 RL den Mitgliedstaaten überlässt.

3.3.2.1.1 Einmalige Bereitstellung von Spielsoftware

Entlang der auf die einmalige Bereitstellung von Spielesoftware (Client-Spiel, Add-Ons, Season Pass, DLC, virtuellen Güter etc.) anzuwendenden kaufvertragsrechtlichen Bestimmungen ist an erster Stelle zu unterscheiden, ob der Schuldner nicht leistet, obwohl ihm die Leistung grundsätzlich möglich ist; oder ob ihm die Leistung unmöglich ist.

3.3.2.1.1.1 Nichtleistung trotz Möglichkeit der Leistung

In ersterem Fall ist § 323 Abs. 1 BGB einschlägig, der bestimmt, dass, wenn bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt, der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten kann. Die Frist zur Nachholung der Leistung beginnt ausweislich des Wortlautes des § 323 Abs. 1 BGB nicht automatisch mit der alleinigen Leistungsaufforderung zu laufen. Vielmehr muss der Gläubiger dem Schuldner eine Frist setzen. Als Frist gilt im Allgemeinen ein Zeitraum, dessen Ende unmittelbar durch Angabe eines Termins oder mittelbar durch Angabe einer Anzahl von Zeiteinheiten – zumeist Tage, unter Umständen aber auch Wochen oder Stunden – bestimmt ist.³⁵⁴ Nach der Rechtsprechung des BGH³⁵⁵ muss der Gläubiger für eine wirksame Fristsetzung indes keine konkreten Zeiteinheit bestimmen; vielmehr könne die Dauer einer Frist grundsätzlich auch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff bezeichnet werden (Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung).³⁵⁶ Auch mit einer solchen Aufforderung ist nach Ansicht des BGH eine aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbare „Frist“ gesetzt.³⁵⁷

§ 323 Abs. 2 BGB führt allerdings drei Tatbestände auf, bei deren Vorliegen das Setzen einer Nachfrist und deren fruchtloser Ablauf entbehrlich sind.

Nach dem Tatbestand Nr. 1 kann eine Fristsetzung bei ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung durch den Unternehmer entfallen. Der Tatbestand Nr. 2 befreit den Gläubiger vom Erfordernis der Nachfristsetzung in Vertragskonstellationen, in denen die Leistung bis zu einem bestimmten Termin für den Gläubiger wesentlich ist („relatives Fixgeschäft“) und dem Schuldner dies bekannt war oder aus den begleitenden Umständen heraus bekannt sein musste. Nach Tatbestand Nr. 3 ist eine Fristsetzung schließlich auch dann entbehrlich, wenn im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Dieser Tatbestand ist allerdings ausweislich seines Wortlauts nur auf den Fall der Schlechtleistung beschränkt und daher für die hier untersuchten Leistungsstörungenrechte des Verbrauchers bei Nichtleistung nicht anwendbar. Als ungeschriebene

³⁵⁴ Vgl. *Ernst*, in: MünchKomm zum BGB, § 323 Rn. 70.

³⁵⁵ BGH Urte. v. 02.08.2009, Az. VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153 (3164); kritisch hierzu *Koch*, NJW 2010, 1636 (1636 f.); strenger als der BGH ist hier ein erheblicher Teil der Literatur, siehe *Otto/Schwarze*, in: Löwisch, Staudinger BGB Buch 2, vor §§ 320-326, Rn. 59 m. w. N.; dem BGH zustimmend *Benicke/Hellwig*, in: Soergel, BGB Band 3/2, § 281 Rn. 91.

³⁵⁶ Es ist aber zu beachten, dass nach der Ansicht des BGH durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung für den Schuldner deutlich geworden sein muss, dass ihm für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; vgl. BGH Urte. v. 02.08.2009, Az. VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153 (3154).

³⁵⁷ Siehe insb. BGH Urte. v. 02.08.2009, Az. VIII ZR 254/08, NJW 2009, 3153 (3154).

Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis können darüber hinaus auch Gesichtspunkte nach Treu und Glauben herangezogen werden.³⁵⁸

3.3.2.1.1.2 Nichtleistung wegen Unmöglichkeit

Anderes gilt, wenn der Schuldner nicht leistet, weil ihm die Leistungserbringung unmöglich ist. Denn wenn die Leistungserbringung für den Schuldner unmöglich ist, so erlöschen die gegenseitigen Leistungspflichten. Konkret erlischt die Leistungspflicht des Unternehmers gem. § 275 BGB und die Gegenleistungspflicht des Verbrauchers gem. § 326 Abs. 1 BGB. Im Falle der Nichtleistung wegen Unmöglichkeit kann der Gläubiger (hier der Verbraucher) gem. § 326 Abs. 5 BGB ohne Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten.³⁵⁹

3.3.2.1.1.3 Rechtsfolgen

Die Wirkungen des Rücktritts sind in § 346 ff. BGB geregelt. Nach Erklärung des Rücktritts entsteht ein Rückgewährschuldverhältnis (§ 348 BGB), innerhalb dessen die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben sind. Tritt der Spieler also wirksam vom Rechtskauf zurück, hat der Spieleverkäufer ihm die bereits geleisteten Beträge zurückzuerstatten. Die Verpflichtung zur Rückgewähr oder Herausgabe wandelt sich in den Fällen des § 346 Abs. 2 BGB in einen Wertersatzanspruch und entfällt nur in den Fällen des § 346 Abs. 3 BGB. Auf die Rechtsfolgen bei Vertragsrücktritt wird im Zusammenhang mit der Gewährleistung noch vertieft eingegangen.³⁶⁰

Im Hinblick auf mögliche Schadensersatzansprüche sei vervollständigt, dass dem Spieler bei Nichtleistung durch den Unternehmer der Schadensersatzanspruch nach den allgemeinen Bestimmungen gem. §§ 280 ff. BGB und bei Verletzung der Verpflichtung zur Rückabwicklung nach § 346 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch nach § 346 Abs. 4 BGB zusteht. Da die Richtlinie die nationalen Regelungen betreffend das Recht auf Schadensersatz unberührt lässt (Art. 3 Abs. 10 RL), ist hierauf nicht näher einzugehen.³⁶¹

3.3.2.1.2 Kontinuierliche Bereitstellung von Spielsoftware

Etwas anders stellt sich dies für die kontinuierliche Bereitstellung von Online-Spielen dar, da auf diese das Mietrecht anzuwenden ist. Wird der Zugang nach Vertragsabschluss nicht eröffnet, sind die Spielserver generell nicht erreichbar oder funktionieren die Zugangsdaten zum Onlinespiel nicht, steht dem Spieler gegen den Spielebetreiber der ursprüngliche Erfüllunganspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu.

Bei einer verzögerten (erstmaligen) Ermöglichung des Zugangs zu der virtuellen Spielwelt oder bei Eintritt der Unmöglichkeit greifen die allgemeinen Vorschriften des Leistungsstörungenrechts aus §§ 275, 280 ff. BGB.³⁶²

³⁵⁸ Vgl. *Ernst*, in: MünchKomm zum BGB, § 323 Rn. 127 ff.

³⁵⁹ Hierzu auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (582).

³⁶⁰ Siehe unten, Kapitel 3.5.1.1.2.2.

³⁶¹ Für einen kurzen Überblick zu den Rechtsbehelfen bei Nichtleistung nach nationalem Recht siehe *Metzger*, JZ 2019, 577 (581 f.).

³⁶² Ausführlich zum Leistungsverzug und dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht *Koch*, Computervertragsrecht, Teil 7 Rn. 22.

Bei nicht rechtzeitiger Verschaffung des Mietgebrauchs kommt zudem ein außerordentliches Kündigungsrecht des Spielers nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 1 BGB in Betracht. Die Vorschrift knüpft an die Hauptpflicht des Vermieters nach § 535 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB an und bestimmt, dass ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt wird. § 543 Abs. 3 S. 1 BGB bestimmt, dass die Kündigung im Regelfall erst zulässig ist, wenn der Mieter dem Vermieter erfolglos eine angemessene Frist zur Verschaffung des Mietgebrauchs gesetzt hat.³⁶³ Ausnahmen gelten nach S. 2 dort, wo eine Fristsetzung „offensichtlich keinen Erfolg verspricht“ (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB) oder eine sofortige Kündigung aus Ermessensgesichtspunkten gerechtfertigt ist (§ 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BGB). Im Hinblick auf die Beurteilung der „Angemessenheit“ der vom Mieter gesetzten Frist stellt sich die gleiche Problematik, wie sie bereits für die einmalige Bereitstellung von Spielsoftware diskutiert wurde.³⁶⁴ Im Übrigen setzt die Kündigung (genau wie die Mietminderung nach § 536 BGB), nicht voraus, dass der Vermieter die Nichtgewährung des Gebrauchs zu vertreten hat.³⁶⁵

Durch die Kündigung des Mietvertrages existiert dieser nicht mehr und der Spieler kann Geldbeträge, die er im Hinblick auf das Mietverhältnis im Vorfeld geleistet hat, über das Bereicherungsrecht nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zurückverlangen. Eine eigene Vorschrift für das Rückabwicklungsverhältnis sieht das Mietrecht (anders als das Rücktrittsrecht mit § 346 BGB und die Richtlinie mit Art. 16 RL und Art. 17 RL) nicht vor. Auf die Rechtsfolgen bei Kündigung des Mietvertrages wird in Zusammenhang mit den Gewährleistungsansprüchen noch vertieft eingegangen.³⁶⁶

3.3.2.2 Beurteilung nach der Richtlinie

Es ist vorzuschicken, dass die Richtlinie im Hinblick auf die Rechtsbehelfe des Verbrauchers zwischen der „Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung“ (Art. 13 RL) und den „Abhilfen bei Vertragswidrigkeit“ (Art. 14 RL) differenziert. In diesem Kapitel ist nur die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung abzuhandeln; die Abhilfen bei vertragswidriger Bereitstellung werden in Kapitel 3.5.2 behandelt. Zur Abgrenzung ist allerdings darauf hinzuweisen, dass, soweit die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen über einen Zeitraum fortlaufend bereitzustellen sind, die Vertragsmäßigkeit während der gesamten Vertragslaufzeit zu wahren ist; und kurzfristige Unterbrechungen der Bereitstellung dann als Fälle von Vertragswidrigkeit (Art. 14 RL) zu behandeln sind, wenn diese Unterbrechungen mehr als vernachlässigbar oder wiederkehrend sind.³⁶⁷ Soweit bei fortlaufend bereitzustellenden digitalen Inhalten oder Dienstleistungen (wie etwa im Zuge eines Vertrages über die Online-Spielewelt) die Bereitstellung maßgeblich unterbrochen wird, ist mithin Art. 13 RL anzuwenden. Darüber hinaus ist zu ergänzen, dass der Unternehmer gem. Art. 12 Abs. 1 RL die Beweislast dafür trägt, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen im Einklang mit Art. 5 RL bereitgestellt wurden.³⁶⁸

Während der Kommissionsentwurf 2015 (Art. 11) dem Verbraucher bei nicht erfolgter Bereitstellung ein sofortiges Beendigungsrecht einräumte, ganz ohne dass dem Unternehmer

³⁶³ Vgl. *Bieber*, in: MünchKomm zum BGB, § 543 Rn. 20, 68.

³⁶⁴ Siehe oben, Kapitel 3.3.2.1.1.1.

³⁶⁵ Vgl. *Bieber*, in: MünchKomm zum BGB, § 543 Rn. 20.

³⁶⁶ Siehe unten, Kapitel 3.5.1.2.2.4.3.

³⁶⁷ Vgl. ErwG 51.

³⁶⁸ Auf die Regelungen zur Beweislast wird in Kapitel 3.6 noch gesondert eingegangen.

ein Recht auf zweite Andienung eingeräumt wurde, trifft der finale Richtlinienentwurf für den Fall der nicht erfolgten Bereitstellung mit Art. 13 RL nunmehr Regelungen, die jenen des nationalen Rechts durchaus ähnlich sind.

3.3.2.2.1 *Leistungsaufforderung durch den Verbraucher*

Stellt der Unternehmer die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht gemäß Art. 5 RL bereit, so muss der Verbraucher den Unternehmer zunächst zur Bereitstellung „auffordern“ (Art. 13 Abs. 1 RL). Kommt der Unternehmer dieser Aufforderung nicht unverzüglich oder innerhalb einer ausdrücklich vereinbarten (zusätzlichen) Frist nach, ist der Verbraucher zur Vertragsbeendigung berechtigt.

Ebenso wie das nationale Recht sieht die Richtlinie mithin ein Recht des Unternehmers auf zweite Andienung vor. Etwas diffiziler stellt sich der Vergleich im Hinblick auf die vom Verbraucher zu setzende Frist für die (erneute) Bereitstellung dar. Es sei resümiert, dass gem. § 323 Abs. 1 BGB der Gläubiger dem Schuldner (hier der Unternehmer) eine „angemessene Frist“ zur Nacherfüllung zu bestimmen hat, wobei er jedoch nicht zwingend eine konkrete Zeiteinheit benennen muss, sondern auch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung ausreichend sein kann.³⁶⁹

Nach Art. 13 RL hat der Unternehmer auf „Aufforderung“ des Verbrauchers die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen „unverzüglich oder innerhalb einer ausdrücklich zwischen den Vertragsparteien vereinbarten zusätzlichen Frist bereitzustellen“. Eine Definition des Begriffs „unverzüglich“ findet sich in der Richtlinie nicht. Auch ErwG 61 schafft insoweit keine Klarheit, da dieser den Begriff „unverzüglich“ nicht erläutert, sondern lediglich wiederholt. So führt ErwG 61 aus, dass der Unternehmer zur unverzüglichen (erneuten) Bereitstellung verpflichtet ist, da die Bereitstellung in elektronischer Form erfolgt und daher in den meisten Fällen keine zusätzliche Zeit erforderlich sein sollte, um dem Verbraucher die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bereitzustellen. Die englische bzw. französische Sprachfassung der Richtlinie sprechen von einer Bereitstellungspflicht „without undue delay“ bzw. „sans retard injustifié“. Dieser unionsrechtlichen Maßstab findet sich auch in Art. 18 der Verbraucherrechte-RL³⁷⁰. Die Vorschrift gewährt dem Schuldner bei Fehlen einer Leistungszeitvereinbarung das Recht auf eine „unverzügliche“ Leistung, wobei in der englischen bzw. französischen Sprachfassung der Verbraucherrechte-RL ebenfalls von einer Leistungspflicht „without undue delay“ bzw. „sans retard injustifié“ die Rede ist. Die Regelung entspricht wiederum weitgehend Art. 95 Nr. 1 des Proposal for a Common European Sales Law (PCESL).³⁷¹ Auch die Verbraucherrechte-RL und der PCESL enthalten keine Legaldefinition, auf die man zurückgreifen könnte. Nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers ist bei der Auslegung des Begriffs „unverzüglich“ i. S. d. Art. 18 Verbraucherrechte-RL auf die Legaldefinition des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB zurückzugreifen³⁷², wonach unverzüglich „ohne schuldhaftes Zögern“ bedeutet.³⁷³ *Windorfer*³⁷⁴ zweifelt den Rückgriff auf § 121 Abs. 1 S. 1 BGB an und meint, dass das Kriterium der Unverzüglichkeit aufgrund des

³⁶⁹ Siehe oben, Kapitel 3.3.2.1.1.1.

³⁷⁰ Richtlinie 2011/83/EU.

³⁷¹ KOM (2011) 635 endg.

³⁷² BT-Drs. 17/12637, 70.

³⁷³ So bereits *Schwab/Giesemann*, EuZW 2012, 253 (256) für die Auslegung der Verbraucherrechte-RL.

³⁷⁴ *Windorfer*, VuR 2014, 216 (218).

Vollharmonisierungsansatzes der Verbraucherrechte-RL unionsrechtlich autonom ausgelegt werden müsse. Soweit ersichtlich fehlen bisher tiefer gehende Erörterungen, wie „unverzüglich“ im Kontext des europäischen Rechts zu verstehen ist.³⁷⁵ In einer in anderem Zusammenhang ergangenen Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2011 findet sich die Aussage, dass unverzüglich so viel wie „schnellstmöglich“ bedeute.³⁷⁶ Hierauf wird wohl der Gesetzesanwender bei streitigen Fällen zur Auslegung des Begriffs „unverzüglich“ zurückgreifen müssen.

Zurück zu Art. 13 RL steht es dem Verbraucher frei, ob er ausdrücklich eine „zusätzliche(n) Frist“ benennt bzw. mit dem Unternehmer vereinbart. Die einfache Leistungsaufforderung durch den Verbraucher setzt demnach eine „automatische Frist“ in Gang und der Unternehmer kann das Beendigungsrecht des Verbrauchers sodann nur noch durch „unverzügliche“ Leistungserbringung abwenden. Gleichwohl bleibt es den Parteien unbenommen, diese „automatische Frist“ abzubedingen und sich auf eine (eigene) Frist zu einigen.³⁷⁷

Die Richtlinie bietet dem Verbraucher im Falle der nicht erfolgten Bereitstellung mithin ein höheres Schutzniveau als das nationale Recht, das wie gesehen zumindest das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung – und damit eine „qualifizierte“ Leistungsaufforderung – und das Abwarten einer „angemessenen Frist“ verlangt. Nach der Richtlinie hingegen genügt bereits die „einfache“ Leistungsaufforderung, die die Frist zur „unverzüglichen“ Nacherfüllung in Gang setzt.

3.3.2.2.1.1 *Ausnahmen vom Erfordernis der Leistungsaufforderung*

Art. 13 Abs. 2 RL bildet zwei Ausnahmetatbestände, in welchen der Verbraucher den Unternehmer nicht erst zur Nacherfüllung auffordern muss, sondern er sofort zur Vertragsbeendigung berechtigt ist. Art. 13 Abs. 2 lit. a RL betrifft Fälle der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung und entspricht im Wesentlichen § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB; Art. 13 Abs. 2 lit. b betrifft Fälle des (relativen) Fixgeschäfts und ist mit § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB nahezu identisch. Das nationale Mietrecht formuliert hier etwas weiter und gestattet eine sofortige Kündigung bereits in den Fällen, in denen die Fristsetzung offensichtlich keinen Erfolg verspricht oder aus Ermessensgesichtspunkten gerechtfertigt ist (§ 543 Abs. 3 BGB).

Der erste Ausnahmetatbestand der Richtlinie (lit. a) enthält im Vergleich zu § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB („wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert“) lediglich eine Ergänzung dahingehend, dass die Erfüllungsverweigerung des Schuldners nicht nur auf dessen Erklärung, sondern auch auf „Umstände“ gestützt werden kann, aus denen „eindeutig zu erkennen ist“, dass er die Leistung nicht bereitstellen wird. Dies stellt wiederum eine Erleichterung für den Verbraucher dar. So wird der Anwendungsbereich für diese Fallkonstellation erweitert, dadurch, dass für die Annahme einer Erfüllungsverweigerung nicht mehr die Erklärung des Anbieters von dessen „letztem Wort“³⁷⁸ zwingend ist.

³⁷⁵ Vgl. *Windorfer*, VuR 2014, 2016 (2018).

³⁷⁶ EuGH, LMRR 2011, 56 Rn. 72.

³⁷⁷ I. d. S. auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (582), welcher festhält, dass unter Art. 13 RL eine Nachfrist nur gewährt wird, wenn diese mit dem Verbraucher vereinbart ist, anderenfalls die Nacherfüllung unverzüglich zu erfolgen hat.

³⁷⁸ Zur Rechtsprechung des BGH zum „letzten Wort“ BGH Urt. v. 18.09.2014, Az. VII ZR 58/13, NJW-RR 2014, 1512 (1513).

Der zweite Ausnahmetatbestand der Richtlinie (lit. b) weist im Vergleich zu § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB ebenfalls nur einen einzigen nennenswerten Unterschied auf, nämlich im Hinblick auf die Frage, wie der Unternehmer bzw. Schuldner von dem Fixgeschäft Kenntnis erlangt. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB fordert in seiner Var. 1³⁷⁹ lediglich eine Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsabschluss darüber, dass die fristgerechte Leistung für ihn wesentlich ist. Art. 13 Abs. 2 b) Var. 1 RL hingegen verlangt mehr. Hiernach müssen der Verbraucher und der Anbieter „vereinbart haben“, dass die fristgerechte Bereitstellung von grundlegender Bedeutung ist. Eine Parteivereinbarung zur wesentlichen Bedeutung der fristgemäßen Bereitstellung ist aber etwas anderes als die einseitige Mitteilung, die § 323 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 BGB fordert. Bei einer einseitigen Mitteilung hat der Anbieter die Möglichkeit, den Vertrag unter den Bedingungen eines Fixgeschäfts abzulehnen. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, kommt gleichwohl ein Fixgeschäft zugunsten des Verbrauchers zustande, da die nationale Vorschrift eben nur eine einseitige Mitteilung erfordert.

Die in Art. 13 Abs. 2 b) Var. 1 RL aufgestellten Anforderungen sind also insofern höher, als der Verbraucher und der Anbieter gemeinschaftlich die Terminwesentlichkeit vereinbaren müssen. Der Anbieter muss der Terminwesentlichkeit – jedenfalls konkludent – zustimmen. Die Beweislast hierfür liegt bei dem Verbraucher. Bei einer bloßen Mitteilung über die Terminwesentlichkeit muss der Verbraucher lediglich die Mitteilung beweisen und nicht zusätzlich auch die Zustimmung der Gegenseite. Ob diese Erschwernis für den Verbraucher im Rahmen des Fixgeschäfts von dem Unionsgesetzgeber tatsächlich so intendiert war, lässt sich nicht beurteilen, da sich den Gesetzgebungsmaterialien und den Erwägungsgründen hierzu, soweit ersichtlich, nichts zu entnehmen ist. Jedenfalls entsteht für den Verbraucher hierdurch im Vergleich zur bisherigen Gesetzeslage eine Erschwernis.³⁸⁰ Diese relativiert sich allerdings dahingehend, als Art. 13 Abs. 2 b) Var. 2 RL – hier nahezu identisch zu § 323 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 BGB – bestimmt, dass ein sofortiges Beendigungsrecht auch dann besteht, wenn aus den „den Vertragsschluss begleitenden Umständen“ die Terminwesentlichkeit „eindeutig zu erkennen ist“.

Insgesamt ist im Vergleich zu den kaufvertraglichen Regelungen des nationalen Rechts somit in Art. 13 Abs. 2 b) RL eine kleine Erschwernis zulasten des Verbrauchers und in Art. 13 Abs. 2 a) RL eine Erleichterung zugunsten des Verbrauchers zu sehen. Die nationalen mietvertraglichen Regelungen scheinen hingegen, da sie etwas weiter formuliert sind (Fristsetzung nicht erfolgsversprechend, aus Ermessensgesichtspunkten gerechtfertigt) und keine spezifischen Regelungen zum Fixgeschäft treffen (womit auf das vertraglich Vereinbarte abzustellen ist), hingegen im Wesentlichen mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar.

3.3.2.2.1.2 *Leistungsaufforderung auch bei Unmöglichkeit der Leistungserbringung*

Anders als das nationale Recht unterscheidet die Richtlinie nicht, ob die Leistung wegen Unmöglichkeit nicht bereitgestellt werden konnte oder ob sie trotz Möglichkeit der Bereitstellung nicht erbracht wurde. Beide Varianten sind als „nicht erfolgte Bereitstellung“ im

³⁷⁹ Wenn „die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner [...] für den Gläubiger wesentlich ist“ (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 BGB).

³⁸⁰ Diesen Unterschied sieht auch *Bach*, NJW 2019, 1705 (1709).

Sinne des Art. 13 RL zu behandeln.³⁸¹ Da Art. 13 RL nun aber keine Regelung erhält,³⁸² wie im Falle der Unmöglichkeit der Leistung vorzugehen ist, führt dies zu dem Ergebnis, dass der Verbraucher, genauso wie im Falle der Nichtbereitstellung trotz Möglichkeit, den Unternehmer zunächst zur (erneuten) Bereitstellung aufzufordern hat. Nach nationalem Recht (§ 326 Abs. 5 BGB bzw. § 275 BGB) kann der Verbraucher demgegenüber im Falle der Nichtleistung wegen Unmöglichkeit ohne Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten.

Es mutet nun als reine „Förmelei“ an, wenn der Spieler, sollte ihm der Spieleanbieter nach Vertragsabschluss das Client-Spiel, den begehrten DLC oder die virtuellen Gegenstände wegen Unmöglichkeit nicht bereitstellen können, nicht zur sofortigen Vertragsbeendigung berechtigt ist, sondern den Spieleanbieter zunächst zur (Nach-)Leistung auffordern muss. Bei genauerem Hinsehen relativiert sich diese „Regelungslücke“ jedoch. Zum einen ist die „Wartefrist“ (der Unternehmer hat „unverzüglich“ bereitzustellen) sehr kurz. Zum anderen kann sich der Spieler, sowie er von der Unmöglichkeit in Kenntnis gesetzt wird, auf Art. 13 Abs. 2 lit. a RL berufen, wonach keine Aufforderung zur Nacherfüllung erforderlich ist, wenn der Unternehmer erklärt hat oder aus den Umständen eindeutig zu erkennen ist, dass er die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht bereitstellen wird. Darüber hinaus gibt ErwG 14 der Richtlinie den Hinweis, dass die Regelung etwaiger Folgen einer nicht erfolgten Bereitstellung dem nationalen Recht überlassen bleibt, „wenn diese nicht erfolgte Bereitstellung auf ein Hindernis zurückzuführen ist, auf das der Unternehmer keinen Einfluss hat und das oder dessen Folgen der Unternehmer nicht vermeiden oder beseitigen konnte“. Erfasst sind mithin Fälle vom Unternehmer nicht verschuldeter unterbliebener Bereitstellung. Beispielhaft wird der Fall höherer Gewalt aufgeführt.

Führt also ein vom Unternehmer unverschuldetes Ereignis dazu, dass er den Vertragsgegenstand nicht bereitstellen kann, dann ist im Hinblick auf etwaige Folgen auf das nationale Recht abzustellen. In diesem Falle würde § 326 Abs. 5 BGB (Kaufvertrag) bzw. § 543 Abs. 3 BGB (Mietvertrag) für die Frage der Entbehrlichkeit der Fristsetzung beim Rücktritt relevant werden. Konsequenz zu Ende gedacht bedeutet dies, dass das BGB und damit die Entbehrlichkeit der Fristsetzung immer dann greifen, wenn der Unternehmer unverschuldet nicht leisten kann. Sobald das Leistungshindernis verschuldet war, ist die Sache ausweislich des ErwG 14 nicht nach nationalem Recht zu bestimmen, sodass der Verbraucher trotz Unmöglichkeit den Unternehmer vor Rücktritt gem. Art. 13 Abs. 1 RL zuerst zur Leistung aufzufordern hat. Ob der Unionsgesetzgeber diese Folge vorhergesehen hat, ist eher fraglich.

3.3.2.2.2 Rechtsfolgen

Beendet der Verbraucher den Vertrag wegen nicht erfolgter Bereitstellung, so sind gem. Art. 13 Abs. 3 RL die Art. 15 bis 18 RL, die die Rechte und Pflichten des Unternehmers und des Verbrauchers im Falle der Vertragsbeendigung und insbesondere die Rückabwicklung regeln (und die auf die „Abhilfen bei Vertragswidrigkeit“ nach Art. 14 RL zugeschnitten sind), entsprechend anzuwenden. Auf diese Bestimmungen wird im Zuge der Besprechung der

³⁸¹ So auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (582).

³⁸² Es sei ergänzt, dass sich in der Richtlinie lediglich Regelungen zur Unmöglichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands (Art. 14 Abs. 2 und Abs. 4 lit. a) finden. Diese Regelung betrifft Fälle, in welchen der Unternehmer die Leistung vertragswidrig bereitgestellt hat; in der hier untersuchten Konstellation fehlt es aber bereits an der Bereitstellung.

Abhilfen bei Vertragswidrigkeit (Kapitel 3.5.2) noch ausführlich eingegangen. Da sich im Falle der nicht erfolgten Bereitstellung keine nennenswerten Besonderheiten ergeben, sei an dieser Stelle lediglich auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

3.3.3 Resümee

Im Hinblick auf die Leistungszeit bzw. den Zeitpunkt der Bereitstellung („sofort“ gem. § 271 Abs. 1 BGB; „unverzüglich“ gem. Art. 5 Abs. 1 RL) dürften sich durch die Richtlinie keine Änderungen ergeben. Zur Art und Weise der Bereitstellung trifft die Richtlinie zwar wesentlich detailliertere Regelungen, gleichwohl wird hiermit die eigentliche Problematik, nämlich die Bestimmung des Zeitpunkts des Vertragsschlusses, der für den Beginn der Leistungsfrist von Relevanz, nicht geklärt. Ebenso wird die Frage offen gelassen, was der (Spiele-)Anbieter im Rahmen der verschiedenen Geschäftsmodelle, die von der Richtlinie unterschiedslos erfasst sind, im Einzelnen schuldet.³⁸³ Die Chance, diese wichtigen Punkte im Rahmen der Richtlinie zu klären, wurde leider vergeben. Die Bestimmung, wann die Bereitstellungspflicht des Spieleanbieters unter der Richtlinie als erfüllt betrachtet werden kann, bereitete hingegen keine Schwierigkeiten.

Hinsichtlich der Rechtsbehelfe bei Nichtleistung bzw. nicht erfolgter Bereitstellung zeigten sich hingegen mehrere Differenzen. So wurde festgestellt, dass die Richtlinie insoweit ein höheres Verbraucherschutzniveau bietet, als der Verbraucher im Falle der Nichtbereitstellung keine sofortige, unverzügliche oder umgehende Leistung fordern, mithin nicht „qualifiziert“ zur Leistung auffordern muss. Ebenso muss er keine „angemessene“ Nachfrist (§ 323 Abs. 1 BGB) abwarten. Vielmehr muss der Unternehmer bereits auf „einfache“ Aufforderung des Verbrauchers „unverzüglich“ (Art. 13 Abs. 1 RL) tätig werden, anderenfalls dem Verbraucher das Recht auf Vertragsbeendigung zusteht. Für den Begriff „unverzüglich“ wiederum existiert ein unionsrechtlicher Maßstab, dem allerdings keine abschließende Aussage zu entnehmen ist, wie der Begriff auszulegen ist.

Was die Leistungsaufforderung des Verbrauchers bei Nichtbereitstellung anbelangt, zeigten sich im Vergleich zu den nationalen kaufvertragsrechtlichen Regelungen allerdings noch einige weitere und zwar äußerst diffizile Unterschiede. Diese betreffen die Ausnahmen vom Erfordernis der Leistungsaufforderung (Art. 13 Abs. 2 RL) bzw. vom Recht des Unternehmers auf zweite Andienung (§§ 323 Abs. 2, 326 Abs. 5 BGB), mit welchen dem Kunden in bestimmten Fällen ein sofortiges Vertragsbeendigungsrecht eingeräumt wird. Auf den ersten Blick wirken die Ausnahmetatbestände der Richtlinie zu jenen des BGB sehr ähnlich und teils nahezu identisch. Bei näherer Betrachtung zeigten sich jedoch kleine Abweichungen, die teils zugunsten, teils zulasten des Verbrauchers gehen. Diese kleinen Differenzen, deren Aufarbeitung einer gewissen Spitzfindigkeit bedarf, in das nationale Recht einzubetten, dürfte eine Herausforderung für den nationalen Gesetzgeber darstellen. Es sei erinnert, dass die Mitgliedstaaten gem. Art. 4 RL im Anwendungsbereich der Richtlinie weder strengere noch weniger strenge Verbraucherschutzvorschriften festlegen oder aufrechterhalten dürfen.

³⁸³ So auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (580).

3.4 Mangelbegriff bzw. Vertragsmäßigkeit

Im Folgenden werden der Mangelbegriff nach nationalem Recht und die Anforderungen an die „Vertragsmäßigkeit“ der bereitgestellten Inhalte oder Dienstleistungen der Richtlinie (Art. 6 bis 9 RL) einander gegenübergestellt. Im Anschluss werden verschiedene Mangelkonstellationen, die bei digitalen Spielen typischerweise auftreten können, einer Prüfung hinsichtlich ihrer Behandlung nach nationalem Recht und nach der Richtlinie unterzogen.

Im Hinblick auf das nationale Recht ist zu erinnern, dass das BGB keine speziellen Vorschriften für den Software-Erwerb enthält und daher zunächst eine vertragsrechtliche Typisierung vorzunehmen ist. Denn erst wenn der Vertragstypus feststeht, bestimmt der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, ob die allgemeinen oder die besonderen Leistungsstörungsnormen Anwendung finden. Nach der Übergabe bzw. Ablieferung des Vertragsgegenstandes, der Abnahme des Werkes oder der Übertragung eines Rechts greift das besondere Leistungsstörungsrecht (für das Kaufrecht §§ 434, 437 BGB). Soweit die Sonderregelungen für Mängelansprüche mangels Gefahrübergangs nicht anzuwenden sind, greift das allgemeine Leistungsstörungsrecht. Es gelten insbesondere die Vorschriften zur Unmöglichkeit (§§ 275, 283, 285, 311a BGB), zum Verzug (§§ 286-288 BGB), zu den Folgen von Pflichtverletzungen (§§ 280-284 BGB) und die Regelungen für gegenseitige Verträge (§§ 320-326 BGB).³⁸⁴

Zur Einordnung des Erwerbs von digitalen Spielen in die Vertragstypologie des BGB sei aus Kapitel 3.1 resümiert, dass der Erwerb eines Client-Spiels – sei dies für den PC, die Spielkonsole, das Smartphone oder das Tablet – jedenfalls über § 453 BGB – als Kaufvertrag gem. § 433 BGB zu qualifizieren ist. Nach Gefahrübergang greift somit das kaufrechtliche Leistungsstörungsrecht nach §§ 434, 437 BGB. Dies gilt ebenso für den Erwerb von Add-Ons, dem Season Pass, DLC und virtuellen Gütern. Auch beim Tausch von zuvor erworbener virtueller Währung gegen virtuelle Güter ist über § 480 BGB das Kaufrecht und damit das kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht anwendbar. Die beiden Server-Nutzungsverträge, also der Vertrag über die Nutzung der (kostenpflichtigen) Online-Spielwelt im Falle von Client-Spielen wie auch jener über die Nutzung des (kostenfreien) Browserspiels wurden hingegen als typengemischte Verträge mit dienstwerk- und mietvertraglichen Elementen qualifiziert. Für das nationale Recht wird daher im Folgenden zwischen einmaliger Bereitstellung (Kaufvertrag) und kontinuierlicher Bereitstellung (Server-Nutzungsverträge) unterschieden. Da sich im Hinblick auf das Browserspiel, soweit dieses, was für das Folgende vorausgesetzt wird, wegen der Hingabe von personenbezogenen Daten in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, keine Besonderheiten ergeben, werden die Online-Spielwelt für Client-Spiele und das Browser-Spiel unter den Begriff der Onlinespiele zusammengefasst und gemeinsam unter dem Punkt „kontinuierliche Bereitstellung“ abgehandelt.

Die Richtlinie unterscheidet demgegenüber nicht zwischen den unterschiedlichen Vertragstypen und fasst die Abhilferechte des Verbrauchers bei Vertragswidrigkeit des Vertragsgegenstandes einheitlich unter Art. 14 RL zusammen. Zwar unterscheidet auch die Richtlinie in Art. 11 RL (Haftung des Unternehmers) zwischen der einmaligen Bereitstellung oder einer Reihe einzelner Bereitstellungen (Abs. 2) auf der einen Seite und der fortlaufenden Bereitstellung (Abs. 3) auf der anderen Seite. Diese Differenzierung wird für die Beurteilung der Vertragsmäßigkeit der bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen aber nur

³⁸⁴ Vgl. *Moritz*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, Abschnitt 1 Teil 3 Rn. 3.

an einer einzigen Stelle relevant, und zwar in Art. 8 Abs. 2 RL, der den Zeitraum festlegt, über welchen der Unternehmer über Aktualisierungen zu informieren bzw. diese bereitzustellen hat. Die Frage der Vertragsmäßigkeit kann in einem abgehandelt werden und bedarf keiner Trennung in einmalige und kontinuierliche Bereitstellung.

3.4.1 Zur Unvermeidbarkeit von Softwarefehlern

Ein wichtiger Punkt für die Überlegungen zum Mangelbegriff der Spielesoftware ist der Umstand, dass Software einen besonderen Komplexitätsgrad aufweist. Aus diesem Grund lässt sich bei Software eine völlige Freiheit von Fehlern kaum erreichen.³⁸⁵ Laut dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik kann Software nicht fehlerfrei programmiert werden.³⁸⁶ Auch die Rechtsprechung³⁸⁷ und die juristische Literatur³⁸⁸ erkennen die Unvermeidbarkeit von Softwarefehlern grundsätzlich an. Ein Mangel im rechtlichen Sinne kann daher nicht schon bei jedem Programmfehler gegeben sein.³⁸⁹ Vielmehr liegt ein Mangel erst bei Unbrauchbarkeit der Software oder bei Tauglichkeitsmindernden Softwarefehlern vor.³⁹⁰

Umgekehrt kann ein Softwareprogramm technisch einwandfrei sein und dennoch einen Mangel aufweisen. So ist ein Programm bei Fehlen bestimmter Funktionen, soweit die Vertragsvereinbarung der Parteien bestimmte Funktionen vorsieht, auch dann mangelhaft, wenn es ansonsten einwandfrei arbeitet.

3.4.2 Beurteilung nach nationalem Recht: Mangelbegriff

Im Hinblick auf das nationale Recht wird wegen der unterschiedlichen Ergebnisse bei Einordnung in die Vertragstypologie zwischen der einmaligen und der kontinuierlichen Bereitstellung unterschieden. Da sich im Hinblick auf die Bereitstellung der Softwaredokumentation (die unter der Richtlinie zu den subjektiven und objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit zählt) keine Unterschiede ergeben, wird die Darstellung der diesbezüglichen nationalen Rechtslage als dritter Hauptpunkt angeschlossen.

3.4.2.1 Einmalige Bereitstellung von Spielsoftware

Bei der Überlassung der Client-Software, sei dies für einen PC, ein Tablet, ein Smartphone oder eine Konsole, handelt es sich um Standardsoftware,³⁹¹ da diese für einen breiten

³⁸⁵ Ausführlich zur Bedeutung der nicht zu verhindernden Fehlerhaftigkeit von Computersoftware *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1437 ff.

³⁸⁶ Vgl. Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015, S. 10; frei zugänglich unter <https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Lageberichte/Lagebericht2015.html> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

³⁸⁷ Vgl. BGH Urt. v. 04.11.1987, Az. VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 (408); OLG Düsseldorf Urt. v. 18.10.1990, Az. 6 U 71/87, CR 1992, 724 (724); OLG Hamburg Urt. v. 09.08.1985, Az. 11 U 209/84, CR 1986, 83 (84).

³⁸⁸ Vgl. *Grüter*, in: Formular Bibliothek Zivilprozess - Schuldrecht § 4 Rn. 588; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1437; *Stadler*, CR 2006, 77 (77).

³⁸⁹ Vgl. *Grüter*, in: Kroiß, Formular Bibliothek Zivilprozess - Schuldrecht, § 4 Rn. 588.

³⁹⁰ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 321.

³⁹¹ Hierzu bereits oben, Kapitel 3.2.1.1.1.

Nutzerkreis konzipiert ist, ohne dass eine weitere funktionelle Anpassung an individuelle Wünsche einzelner Kunden vorgesehen ist. Das Mängelgewährleistungsrecht ergibt sich beim Kauf von Standardsoftware aus den §§ 437 ff. BGB.³⁹² Diese kaufrechtlichen Sonderregelungen sind über die Vorschrift zum Rechtskauf nach § 453 Abs. 1 Var. 2 BGB selbst dann anwendbar, wenn – wie hier – der Auffassung gefolgt wird, dass es sich bei Software nicht um eine Sache im Sinne des § 90 BGB sondern um ein Recht handelt.³⁹³ Keinen Unterschied macht es daher auch, auf welchem Vertriebsweg die Client-Software überlassen wird, d. h. ob sie auf einem Datenträger oder lediglich per *Download* zur Verfügung gestellt wird.

3.4.2.1.1 Subjektive und objektive Sachmängel

Ob ein Sachmangel vorliegt richtet sich nach § 434 BGB.³⁹⁴ Diese Vorschrift sieht ein dreistufiges System vor. Der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen eines Mangels ist gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB der Zeitpunkt des Gefahrenübergangs.

3.4.2.1.1.1 Vereinbarte Beschaffenheit (subjektiver Mangel)

Ausgehend von einer subjektiven Begriffsbestimmung ist zunächst festzustellen, ob die Parteien eine bestimmte Beschaffenheit der Client-Software vereinbart haben (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB, „Sachmangel“).³⁹⁵ Trifft dies zu, liegt ein Mangel der Spielsoftware dann vor, wenn der tatsächliche Zustand der Software vom verabredeten Sollzustand negativ abweicht.

3.4.2.1.1.2 Vertragliche vorausgesetzte Verwendung (subjektiver Mangel)

Haben die Parteien keine spezifischen Vereinbarungen über die Beschaffenheit der Software getroffen, ist auf zweiter Stufe nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB ein Mangel anzunehmen, wenn sich die gelieferte Software nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet.³⁹⁶ Dieser zweite subjektive Mangelbegriff dient als Auffangtatbestand für die Fälle, in denen eine vorrangige vertragliche Vereinbarung nicht existiert oder in der Praxis nicht nachweisbar ist.³⁹⁷ Aus der Wendung „Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist“ wird deutlich, dass es auf die vertragsgemäße Verwendung nur ankommt, wenn die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben.

3.4.2.1.1.3 Gewöhnliche Verwendung (objektiver Mangel)

Führt auch das zweite subjektive Kriterium nicht weiter, ist gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf dritter Stufe auf die gewöhnliche Verwendung und die übliche Beschaffenheit

³⁹² Umfassend zu den Mängelrechten beim Erwerb von Standardsoftware auf Dauer vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 567 ff., 529 ff.

³⁹³ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 567.

³⁹⁴ Zu einer Systematisierung von Fehlern aus Informatiksicht vgl. z. B. *Gorny* CR 1986, 673; *Heussen* CR 1988, 894 ff.

³⁹⁵ Zur vereinbarten Beschaffenheit vgl. *Saenger*, in: Schulze, BGB, 10. Aufl. 2019, § 434 Rn. 8 f.

³⁹⁶ Im Hinblick auf die Eignung zur vertraglichen Verwendung vgl. *Saenger*, in: Schulze, BGB, 10. Aufl. 2019, § 434 Rn. 11.

³⁹⁷ Vgl. *Grabosch*, Analoges Recht, S. 149 ff.

abzustellen.³⁹⁸ Mit der „gewöhnlichen Verwendung“ und der „üblichen Beschaffenheit“ handelt es sich um objektive Mangelbegriffe. Indem der Gesetzgeber diese Regelung mit dem Wörtchen „sonst“ einleitet ist damit klarstellt, dass objektiver und subjektiver Beschaffenheitsstandard in einem Subsidiaritätsverhältnis stehen. Nur soweit die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen und auch keine vertragsgemäße Verwendung vereinbart haben, ist auf die übliche Beschaffenheit abzustellen.³⁹⁹

Zur üblichen Beschaffenheit zählen nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB auch solche Eigenschaften des Vertragsgegenstandes, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen erwarten kann, soweit nicht dort genannte Ausnahmen eingreifen.

3.4.2.1.2 Unsachgemäße Montage oder mangelhafte Montageanleitung

Gem. § 434 Abs. 2 BGB stellen im Übrigen auch eine unsachgemäße Montage und eine mangelhafte Montageanleitung (es sei denn, die Sache wäre dennoch fehlerfrei montiert worden) einen Sachmangel dar.⁴⁰⁰

3.4.2.2 Kontinuierliche Bereitstellung von Spielsoftware

Nach der hier vertretenen Auffassung stellen Online-Nutzungsverträge einen als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten typengemischten Vertrag mit miet-, dienst- und werkvertraglichem Charakter dar.⁴⁰¹ Die genaue Einordnung der einzelnen Elemente des Vertrages ist allerdings umstritten.⁴⁰² Überwiegend wird die Nutzung der virtuellen Umgebung eines Onlinespiels als Mietvertrag eingeordnet, im Rahmen dessen die Online-Umgebung einschließlich der Server- und der Softwaretechnologie den Mietgegenstand bildet.⁴⁰³

Fraglich ist hierbei, ob die Gewährung des Zugangs zum Onlinespiel und mithin die Erreichbarkeit der Spielservers ebenfalls mietvertraglich oder nicht vielmehr dienst- bzw. werkvertraglich geprägt ist. Da es dem Spieler entscheidend darauf ankommen wird, jederzeit das Spielangebot des Anbieters nutzen zu können, schuldet der Spieleanbieter eine funktionierende Spielumgebung und deren jederzeitige⁴⁰⁴ Erreichbarkeit. Eine bloße Verpflichtung zum Tätigwerden mit der Rechtsfolge, dass der Spieler zur Vergütung verpflichtet bliebe, auch wenn die Bemühungen des Anbieters erfolglos bleiben sollten, würde die

³⁹⁸ Zur gewöhnlichen Verwendungseignung vgl. *Berger*, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 434 Rn. 14.

³⁹⁹ Vgl. *Grabosch*, Analoges Recht, S. 149 ff., 151.

⁴⁰⁰ *Berger*, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 434 Rn. 18 f.

⁴⁰¹ Siehe hierzu oben, Kapitel 3.2.1.1 (Client-Spiel) und 3.2.2.1 (Browserspiel). Wie dargestellt, ist dies auch die überwiegende Auffassung. Siehe hierzu statt aller *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 31.

⁴⁰² Zum Meinungsstand siehe *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 31 f.; *Metzger*, JZ 2019, 577 (578).

⁴⁰³ Vgl. *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 402; *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 32; *Oehler/von Ribbeck*, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 11; *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 89 f.; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 688.

⁴⁰⁴ Abgesehen von den Wartungsphasen der Server, soweit sich dies im Rahmen des Handelsüblichen bewegt.

Bereitstellung einer funktionierenden, jederzeit erreichbaren Spielumgebung nicht gewährleisten. Daher kann dieses Element nicht dienstvertraglich eingeordnet werden.

Zutreffender erscheint es mithin, in der Gewährung des Zugangs zur virtuellen Spielumgebung ein werkvertragliches⁴⁰⁵ Element anzunehmen oder aber auch diese Pflicht mietvertraglich⁴⁰⁶ zu beurteilen. Gegen die Annahme eines Werkvertrages spricht auch nicht, dass die Hard- und Softwareumgebung des Spielers sowie Internet-Verbindungsprobleme entscheidenden Einfluss auf die Server-Erreichbarkeit haben.⁴⁰⁷ Denn das dem Werkvertrag innewohnende Erfolgsversprechen erfasst bei interessengerechter Auslegung nicht die Fälle, in denen die Schwierigkeiten bei der Erreichbarkeit der Spielserver in der Risikosphäre des Spielers zu finden sind.⁴⁰⁸ Vielmehr schuldet der Anbieter nur die Erhaltung der Gebrauchstauglichkeit der von ihm betriebenen technischen Einrichtungen und kann hierfür ein Erfolgsversprechen abgeben. Im Ergebnis kann die Gewährung des Zugriffs auf die Spielserver somit sowohl als Werkvertrag als auch als Mietvertrag qualifiziert werden.

Neben den Pflichten, den Zugang zum Onlinespiel und den Betrieb desselben zu gewährleisten, schuldet der Spieleanbieter vor allem auch „Nutzerprofile sowie Spielstände, die dem Teilnehmer während der Vertragslaufzeit eine dauerhafte Identität in der virtuellen Welt verschaffen und es ihm erlauben, nach dem Verlassen des Spiels an gleicher Stelle wieder in das laufende Spielgeschehen einsteigen zu können, zu speichern“.⁴⁰⁹ Diese Pflicht des Anbieters für eine entsprechende Speicherung und Verwaltung von Nutzerprofilen und Spielständen zu sorgen, dürfte letztlich als Teil des Gebrauchs der Mietsache und damit ebenfalls mietvertraglich zu beurteilen sein.⁴¹⁰ Dafür spricht, dass die Möglichkeit des Spielers, mit der individuellen Figur jederzeit nahtlos in das Spielgeschehen einsteigen zu können, zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache gem. § 535 Abs. 1 BGB gehört und die Annahme eines separaten Werkvertrages eine Vergütungspflicht begründen würde, die aber bereits in der mietvertraglichen Vergütung für die Gebrauchsüberlassung enthalten ist.⁴¹¹

Bei Einordnung der Nutzung der virtuellen Spielumgebung als Miete richtet sich der Mangelbegriff nach § 536 Abs. 1 BGB. Sollte der Spieler bereits keinen Zugriff auf den Spielserver erhalten, kann dies sowohl mietvertraglich als auch bei stärkerer Betonung des Erfolgsversprechens werkvertraglich anhand des § 633 Abs. 2 BGB beurteilt werden. Im letzteren Fall ergeben sich keine Unterschiede zum bereits skizzierten Sachmangelbegriff nach § 434 Abs. 1 BGB, da sich die Regelungen betreffend Sachmängel bei Werkvertrag nur unwesentlich von jenen zum Kaufvertrag unterscheiden.⁴¹²

Für den mietvertraglichen Mangelbegriff stellen sowohl § 536 Abs. 1 S. 1 BGB (Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrages) als auch § 535 Abs. 1 S. 2 BGB (Mietminderung bei

⁴⁰⁵ So *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 688.

⁴⁰⁶ So jedenfalls *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 32; *Oehler/von Ribbeck*, in: *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 11; *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 92.

⁴⁰⁷ A. A. *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 31.

⁴⁰⁸ Z. B. wegen inkompatibler Hard- oder Softwareumgebung oder nicht durchgehend bestehender Internetverbindung.

⁴⁰⁹ So das AG Charlottenburg Urt. v. 04.05.2012, Az. 208 C 42/11, MMR 2012, 598 (599 f.).

⁴¹⁰ I. d. S. auch *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561 (562); *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 93; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 688.

⁴¹¹ Vgl. *Hinderberger*, Der Entzug virtueller Gegenstände, S. 93. Des Weiteren wäre die sich aus § 640 BGB ergebende Abnahmeverpflichtung des Spielers nicht praktikabel.

⁴¹² Siehe oben, Kapitel 3.4.2.1.

Sach- und Rechtsmängeln) auf den „vertragsgemäßen Gebrauch“ der Mietsache ab. Nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Spieleanbieter als Vermieter die Pflicht, dem Spieler als Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache geeigneten Zustand zu überlassen und während der Vertragslaufzeit in diesem Zustand zu erhalten. Nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Mangel zu bejahen, wenn die Tauglichkeit der Mietsache „zum vertragsgemäßen Gebrauch“ aufgehoben (S. 1) oder gemindert (S. 2) ist. Der Mangelbegriff im Sinne dieser Vorschrift erfasst jede dem Mieter nachteilige Abweichung der tatsächlichen (Ist-) von der vereinbarten (Soll-) Beschaffenheit, die die Gebrauchstauglichkeit der Sache beeinträchtigt.⁴¹³ Nach § 536 Abs. 1 S. 3 BGB muss die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch und damit der Gebrauchswert erheblich gemindert sein. Ist die Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten, kann ein die Abhilferechte auslösender Mangel nicht angenommen werden. Ob der Mieter die Sache tatsächlich in dieser Weise nutzt und ihn der Mangel daher subjektiv beeinträchtigt, ist nach nationalem Recht hingegen irrelevant.⁴¹⁴ Hier bestehen somit größere Unterschiede zur Richtlinie, die nicht zwischen erheblichen und unerheblichen Mängeln unterscheidet und für die Beurteilung der Vertragsmäßigkeit einheitliche Standards für Verträge über digitale Inhalte oder Dienstleistungen setzt.

Fehlen sowohl eine Vereinbarung zur beabsichtigten Verwendung der Mietsache wie eine sonstige Beschaffenheitsabrede, ist mithin auch beim Mietvertrag der übliche oder gewöhnliche Gebrauch maßgeblich.⁴¹⁵ Im Ergebnis bestehen mithin keine wesentlichen Unterschiede zum Kauf- und auch zum Werkvertrag, obgleich § 536 Abs. 1 BGB, anders als die §§ 434 Abs. 1, 633 Abs. 2 BGB, keine ausdrückliche Abstufung zwischen subjektiven und objektiven Mängeln vornimmt.⁴¹⁶

Insoweit spricht bei Online-Spielen, bei welchen der Spieleanbieter für die Funktionsfähigkeit des Onlinespiels zu sorgen und sicherzustellen hat, dass die Onlinewelt entsprechend der Leistungsbeschreibung des Spielangebots nutzbar ist, wozu auch die Speicherung und Verwaltung der Nutzerprofile und Spielstände sowie die (jederzeitige)⁴¹⁷ Erreichbarkeit der Spielserver gehört, mietvertraglich zu beurteilen. Weicht der tatsächliche Zustand von der vereinbarten Sollbeschaffenheit ab, liegt sodann eine Aufhebung bzw. Minderung der Tauglichkeit der Mietsache „zum vertragsgemäßen Gebrauch“ und damit ein Mietmangel nach § 536 Abs. 1 BGB vor.

3.4.2.3 Fehlende oder unzureichende Softwaredokumentation

Wie im Kapitel zur Bereitstellung (3.3.1.1) bereits dargestellt wurde, handelt es sich nach mittlerweile herrschenden Auffassung⁴¹⁸ beim Fehlen einer Softwaredokumentation bzw.

⁴¹³ Vgl. Häublein, in: MünchKomm zum BGB, § 536 Rn. 3.

⁴¹⁴ Vgl. Häublein, in: MünchKomm zum BGB, § 536 Rn. 4.

⁴¹⁵ Vgl. Häublein, in: MünchKomm zum BGB, § 536 Rn. 4.

⁴¹⁶ Ebenso wenig unterscheidet § 536 BGB zwischen Sach- und Rechtsmängeln.

⁴¹⁷ Eine Einschränkung ist lediglich dahingehend vorzunehmen, als der Anbieter die Erhaltung der von ihm persönlich oder im Auftrag betriebenen technischen Einrichtungen schuldet und für eine funktionierende Computerumgebung bzw. Internetverbindung des Spielers nicht verantwortlich ist.

⁴¹⁸ BGH Urt. v. 04.11.1992, Az. VIII ZR 165/91, NJW 1993, 461 (462); BGH Urt. v. 03.11.1992, Az. X ZR 83/90, NJW 1063 (1064); Endler, CR 1995, 7 (9); Gennen, in: Schwartmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Teil 21 Rn. 146 ff.; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1550 f.; Redeker, in: Hoeren/Sieber/Holzner, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 103 ff.

eines Handbuchs um einen Fall der (teilweisen) Nichterfüllung und nicht um einen Sachmangel. Wie festgestellt wurde, erachtet der BGH die Lieferung einer Softwaredokumentation selbst dann, wenn dies vertraglich nicht ausdrücklich vereinbart wurde, als vertragliche Hauptpflicht.⁴¹⁹ Fehlt die Softwaredokumentation, gilt mithin die Hauptleistungspflicht noch nicht als (vollständig) erfüllt.⁴²⁰ Eine unvollständige Dokumentation oder eine qualitativ schlechte Dokumentation stellen demgegenüber einen Sachmangel der (ansonsten wöglich einwandfreien) Spielesoftware dar.⁴²¹ Die Anforderungen an Inhalt und Umfang der Programmdokumentation, die, so der BGH, die Summe aller Kenntnisse zu vermitteln hat, die erforderlich sind, um die Anlage (oder Software) bedienungsfehlerfrei und zur Verwirklichung des mit ihrer Anschaffung vertraglich vorgesehenen Zwecks nutzen zu können,⁴²² sind in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung des Adressatenkreises zu bestimmen. Die Anforderungen an die Programmdokumentation sind dort geringer, wo programmintegrierte Hilfssysteme die Erklärung der wesentlichen Funktions- und Bedienungsregeln übernehmen.⁴²³ Wenn es sich um kleine, einfache Programme handelt, können aber auch Online-Hilfsfunktionen ausreichend sein.⁴²⁴

Bei digitalen Spielen gibt es hierfür spezielle „*Tutorials*“, in denen die Spielfunktionen dargestellt werden. Zumeist werden auch im Laufe des Spiels die maßgeblichen Funktionen dargestellt. Die meisten Spiele enthalten umfassende Informationen zu den Spielregeln und den Spielfunktionen, auf die der Spieler über das Spielmenü zugreifen kann. Oftmals sind Spiele ohnehin selbsterklärend gestaltet, dass sich der Spieler intuitiv durch das Spielgeschehen bewegt. Wenngleich aufgrund der programmintegrierten Hilfssysteme die Anforderungen an die Benutzerdokumentation abnimmt, muss die Dokumentation doch soweit ausreichen, dass der Spieler mit deren Hilfe das Programm installieren und starten kann. Aufgrund der bei der Installation auf dem Bildschirm ausgegebenen Anweisungen benötigt der Spieler aber auch für die Durchführung der Installationsschritte nicht zwingend eine darüberhinausgehende Dokumentation. Im Ergebnis ist daher die Frage, inwieweit elektronische Hilfen ausreichen oder Erklärungen in einem Handbuch erforderlich sind, eine Einzelfallfrage. Elektronische Hilfsfunktionen sind jedenfalls in digitalen Spielen absolut üblich und dürften dazu führen, dass an die Anforderungen an die Handbücher eher geringere Anforderungen zu stellen sind.

3.4.3 Beurteilung nach der Richtlinie: Vertragsmäßigkeit

Anders als das nationale Recht verwendet die Richtlinie für die Schlechtleistung nicht den Begriff des „Mangels“ und verlangt auch keine Differenzierung nach Vertragstypen. Vielmehr stellt die Richtlinie in den Art. 6 bis 9 RL – ungeachtet der Art und Weise der

⁴¹⁹ BGH Urt. v. 14.07.1993, Az. VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436 (2438).

⁴²⁰ Bestätigend BGH Urt. v. 22.12.1999, Az. VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 (1416). Ausführlich zur Rechtspflicht der Dokumentation Koch, Computer-Vertragsrecht, S. 75 ff.

⁴²¹ Vgl. Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1552.

⁴²² BGH Urt. v. 05.07.1989, Az. VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222 (3223).

⁴²³ So auch Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1556 unter Darstellung der in diese Richtung tendierenden Rechtsprechung. Ablehnend hingegen das OLG Celle, NJW-RR 1993, 432 (433), das vertritt, dass der Anwender ungeachtet anderer Komponenten zum Erlernen des Programms einen Anspruch auf eine umfassende schriftliche Fixierung der Funktions- und Bedienungsregeln habe.

⁴²⁴ Vgl. Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 1 Rn. 90.

Bereitstellung – einheitliche Anforderung an die „Vertragsmäßigkeit“ der bereitgestellten digitalen Inhalte und Leistungen.

Art. 6 RL leitet die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit dahingehend ein, dass die vom Unternehmer dem Verbraucher bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen den Anforderungen der Art. 7, 8 und 8 der Richtlinie zu erfüllen haben. Art. 7 RL legt sodann die subjektiven, Art. 8 die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit fest. Wie das nationale Recht auch, stellt die Richtlinie somit auf subjektive und objektive Aspekte ab. Es besteht hierbei jedoch ein höchst bedeutsamer Unterschied zum nationalen Recht. Denn die objektiven Anforderungen sind nicht etwa, worauf unter Punkt 3.4.3.2.2 genauer zurückgekommen wird, subsidiär zu den subjektiven Anforderungen zu sehen. Sie stehen vielmehr gleichwertig neben einander und müssen folglich kumulativ erfüllt sein.⁴²⁵

Art. 9 RL trifft eine spezifische Regelung für Fälle der unsachgemäßen Integration der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen in die digitale Umgebung des Verbrauchers.

Zu den Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit ist schließlich aber auch Art. 10 RL zu zählen, wonach Beschränkungen in der Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen, die sich aus der Verletzung der Rechte Dritter ergeben, als Fälle der Vertragswidrigkeit zu behandeln sind.

Es ist zu ergänzen, dass der Unternehmer gem. Art. 12 RL die Beweislast dafür trägt, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vertragsgemäß bereitgestellt wurden.⁴²⁶ Sind die in der Richtlinie aufgestellten Anforderungen für die Vertragsmäßigkeit nicht erfüllt, so hat der Verbraucher Anspruch auf die in Art. 14 RL gewährten Abhilfen bei Vertragswidrigkeit.

3.4.3.1 Subjektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit

Art. 7 RL nennt vier Tatbestände, deren Erfüllung für die Vertragsmäßigkeit vorauszusetzen ist. Diese Aufzählung ist, wie sich aus dem einleitenden Tatbestandsmerkmal „insbesondere“ ergibt, nicht abschließend. Es handelt sich mithin um einen Katalog möglicher Parameter, auf die sich eine vertragliche Vereinbarung der Parteien beziehen kann. Geschuldet ist mithin das, was im Hinblick auf den jeweiligen Parameter vertraglich vereinbart wurde.

3.4.3.1.1 Beschaffenheit der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen

Der Tatbestand des Art. 7 lit. a RL betrifft die Beschaffenheit der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen.⁴²⁷ Hiernach befindet sich die Vertragsleistung im vertragsgemäßen Zustand, wenn sie den vertraglich vereinbarten Anforderungen hinsichtlich der Beschreibung, Quantität und Qualität, der Funktionalität, der Kompatibilität, der Interoperabilität und sonstiger Merkmale entspricht. Für die Begriffe der Funktionalität, der Kompatibilität und der Interoperabilität hält Art. 2 RL Legaldefinitionen bereit. Demnach bezeichnet der Ausdruck Funktionalität „die Fähigkeit digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen, ihre Funktionen ihrem Zweck entsprechend zu erfüllen“ (Nr. 11); der Ausdruck Kompatibilität „die Fähigkeit

⁴²⁵ So auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (581).

⁴²⁶ Auf die Regelungen zur Beweislast wird in Kapitel 3.6 noch gesondert eingegangen.

⁴²⁷ Umfassend zu den subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit vgl. *Staudenmayer*, in: *Schulze/Staudenmayer*, EU Digital Law, Art. 7 Rn. 18 ff.

[...], mit Hardware oder Software zu funktionieren, mit der digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen derselben Art in der Regel genutzt werden, ohne dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen konvertiert werden müssen“ (Nr. 10); und der Ausdruck Interoperabilität „die Fähigkeit [...], mit anderer Hardware oder Software als derjenigen, mit der digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen derselben Art in der Regel genutzt werden, zu funktionieren“ (Nr. 12).

Genauso wie nach nationalem Recht ist unter der Richtlinie zu fragen, ob eine Beschreibung des Zustands oder der Beschaffenheit des Softwareprogramms erfolgte, die Bestandteil des Vertragsinhalts geworden ist.⁴²⁸ Letztlich entspricht Art. 7 lit. a RL der Regelung in § 434 Abs. 1 S. 1 BGB und es sind keine Neuerungen festzustellen.⁴²⁹

Soweit das Basisspiel, das Add-On, der Season-Pass, der DLC oder der sonstige virtuelle Gegenstand die von den Parteien vereinbarten Funktionen oder Eigenschaften etc. nicht aufweist, sind diese somit nicht vertragsgemäß im Sinne des Art. 7 lit. a RL. Art. 7 lit. a RL greift aber ausdrücklich auch die Kompatibilität und die Interoperabilität auf. Soweit sich aus dem Vertrag ergibt, dass das Spiel in einer bestimmten Hard- oder Software-Umgebung ordnungsgemäß funktioniert und dies letztlich nicht der Fall ist, sind die subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Vertragsleistung nicht erfüllt.⁴³⁰ Die Leistung ist mithin nicht vertragsgemäß und der Spieler ist auf die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach Art. 14 RL verwiesen.

3.4.3.1.2 *Exkurs: Informationspflichten zu Funktionsweise und Kompatibilität*

Im ErwG 42 der Richtlinie findet sich ferner der Hinweis, dass zu den vertraglichen Anforderungen auch die Anforderungen gehören, die sich aus den „vorvertraglichen Informationen“ ergeben und im Einklang mit der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU wesentlicher Bestandteil des Vertrages sind. Die vorvertraglichen Informationen stellen damit – neben der konkreten vertraglichen Vereinbarung – eine weitere Quelle der vertraglichen Sollbeschaffenheit dar. Von besonderer Relevanz sind vorliegend die Informationspflichten nach der Verbraucherrechte-RL betreffend die Funktionsweise und die Interoperabilität von digitalen Inhalten. Diesbezüglich legt die Verbraucherrechte-RL sowohl für Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Art. 6) wie auch für andere als Fernabsatzverträge oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Art. 5) gleichlautend fest, dass der Verbraucher vom Unternehmer über Folgendes zu informieren ist, sofern sich diese Informationen nicht bereits unmittelbar aus den Umständen ergeben:

„die Funktionsweise digitaler Inhalte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen für solche Inhalte;“⁴³¹ und

⁴²⁸ Dies ist bei Individualsoftware, deren Beschaffenheit in sog. Pflichtenheften festgehalten wird, leichter festzustellen als bei Standardsoftware wie z. B. dem digitalen Spiel.

⁴²⁹ Dazu, dass Art. 7 lit. a RL seinen Ursprung im Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEK, KOM(2011) 635) hat, vgl. *Staudenmayer*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 7 Rn. 24.

⁴³⁰ Vgl. *Staudenmayer*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 7 Rn. 37, der zur Erläuterung der Kompatibilität das Beispiel der Spielbarkeit eines digitalen Spiels auf einer Xbox heranzieht.

⁴³¹ Art. 5 Abs. 1 lit. g bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. r Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU.

„– soweit wesentlich – die Interoperabilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software, soweit diese dem Unternehmer bekannt ist oder vernünftigerweise bekannt sein muss“⁴³².

Die Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen berücksichtigt diese Informationspflichten konsequenterweise bei den Beweislastregelungen des Art. 12 RL. Gem. Art. 12 Abs. 4 RL findet die Beweislastumkehr (zuungunsten des Unternehmers) nämlich keine Anwendung, wenn der Unternehmer nachweist, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers in Bezug auf die technischen Anforderungen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht kompatibel ist, und wenn er den Verbraucher vor Vertragsschluss in klarer und verständlicher Weise von diesen Anforderungen in Kenntnis gesetzt hat.⁴³³

Diese Regelungen finden ihre Entsprechung in Art. 246 Abs. 1 Nr. 7 und 8 (Informationspflichten beim Verbrauchervertrag und Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 14 und 15 (Informationspflichten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen) des Einführungsgesetzes zum BGB (EGBGB). Insoweit ergibt sich keine Änderung zur bestehenden Rechtslage. Im Hinblick auf das nationale Recht sei zudem erinnert, dass es sich bei Spielesoftware um Standardsoftware handelt, sodass eine Aufklärungs- und Beratungspflicht des Anbieters im Vorfeld des Softwareerwerbs nach der Verkehrsanschauung nicht verlangt werden kann.⁴³⁴

Die Hinweise zu den Systemanforderungen finden sich bei körperlich vertriebenen Spielen stets auf der Rückseite der Verpackung und in den Handbüchern zu den Spielen. Bei online vertriebenen Spielen finden sich die Angaben auf der Homepage, auf der das Spiel heruntergeladen werden kann, üblicherweise unter der Rubrik „Systemanforderungen“. Zumeist enthalten die Angaben die Mindestanforderungen, die die Systemumgebung des Spielers erfüllen muss, sowie die vom Anbieter empfohlenen Systemanforderungen. Der Anbieter schuldet durch (Pflicht-)Angaben die Lauffähigkeit des digitalen Spiels auf der so vorgegebenen Soft- und Hardware. Sollte die Spielumgebung des Verbrauchers die vom Unternehmer ausgewiesenen Mindestanforderungen erfüllen und das Spiel dennoch nicht ordnungsgemäß funktionieren, dann ist das Spiel nicht vertragsgemäß im Sinne des Art. 7 lit. a RL. Dies gilt selbst dann, wenn das Spiel auf einem anderen Rechner mit einem aktuellen Betriebssystem und/oder einem besseren Prozessor einwandfrei funktionieren würde. Insofern zeigt sich, dass falsche Angaben zu Kompatibilität und Interoperabilität ein Funktionsdefizit des Spiels darstellen und den Verbraucher zur Geltendmachung der Abhilfen nach Art. 14 RL berechtigen.

3.4.3.1.3 Vom Verbraucher angestrebter Zweck

Gemäß dem Tatbestand des Art. 7 lit. b RL müssen sich die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen für einen bestimmten, vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen, den der Verbraucher dem Unternehmer spätestens bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Unternehmer zugestimmt hat. Die Richtlinie sieht somit ebenso wie das nationale Recht die Möglichkeit der Parteien vor, einen bestimmten Verwendungszweck zu vereinbaren. Soweit ein bestimmter Verwendungszweck vereinbart wurde, müssen sich die digitalen

⁴³² Art. 5 Abs. 1 lit. h bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. s Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU.

⁴³³ Umfassend zum Ausschluss der Beweislastumkehr siehe *Zoll*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 12 Rn. 21 ff.

⁴³⁴ Siehe oben, Kapitel 3.2.1.1.1. Ausführlich hierzu *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1198, 1215 ff., 1292 f.

Inhalte oder Dienstleistungen somit für diesen bestimmten, vom Verbraucher angestrebten Zweck eignen.

Anders als § 434 Abs. 1 BGB (einmalige Bereitstellung) erfordert die Richtlinie jedoch ausdrücklich, dass der Verbraucher diesen bestimmten Vertragszweck dem Unternehmer spätestens bei Vertragsschluss „zur Kenntnis gebracht hat“ und der Unternehmer dem „zugestimmt hat“. Es bedarf somit eines aktiven Tätigwerdens des Verbrauchers und eine Zustimmung des Anbieters. § 434 Abs. 1 BGB enthält eine solche Vorgabe nicht; vielmehr ist es nach nationalem Recht bereits ausreichend, wenn bei Vertragsschluss für den Verkäufer erkennbar geworden ist, dass der Käufer gerade diese Sache für eine bestimmte Verwendung erwerben will.⁴³⁵ Dies ergibt sich in der Regel ohne besondere Erklärung aus dem allgemeinen Verwendungszweck der Sache.⁴³⁶ Es besteht mithin ein gradueller Unterschied zwischen den Voraussetzungen nach Art. 7 lit. b RL und § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB.

Etwas anders verhält sich dies im Hinblick auf den Mietvertrag (bzw. der kontinuierlichen Bereitstellung). Denn § 535 Abs. 1 und § 536 Abs. 1 BGB stellen auf „vertragsgemäßen Gebrauch“ ab; fehlt eine Beschaffenheitsabrede, so ist der übliche oder gewöhnliche Gebrauch maßgeblich. Hier bedarf es somit sehr wohl einer vertraglichen Abrede, wenn der Mieter die Eignung für einen bestimmten Zweck abgesichert wissen will. Sowohl bei einem Vertrag über die einmalige wie auch bei einem Vertrag über die fortlaufende Bereitstellung eines digitalen Spiels werden in aller Regel aber wohl keine besonderen Verwendungszwecke vereinbart werden.⁴³⁷

3.4.3.1.4 Zubehör und Anleitungen

Aus dem Tatbestand des Art. 7 lit. c RL folgt, dass eine Vertragswidrigkeit auch dann vorliegt, wenn die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht den Anforderungen des Vertrages entsprechend mit sämtlichem Zubehör, sämtlichen Anleitungen (einschließlich zur Installation) und einem Kundendienst bereitgestellt werden. Fehlen das Handbuch oder die Softwaredokumentation, liegt mithin selbst dann, wenn deren Bereitstellung ausdrücklich vereinbart wurde, lediglich eine Vertragswidrigkeit vor, womit nur die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach Art. 14 RL, nicht jedoch die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung nach Art. 13 RL offenstehen. Nach nationalem Recht kann die Nichtbereitstellung der Softwaredokumentation demgegenüber eine Nichterfüllung darstellen.⁴³⁸ Im Hinblick auf das „Zubehör“ gibt es keine Besonderheiten gegenüber dem nationalen Recht, denn auch nach nationalem Recht ist hierfür auf die Beschaffenheitsvereinbarung abzustellen.⁴³⁹

3.4.3.1.5 Vereinbarte Aktualisierungspflichten

Dem Tatbestand des Art. 7 lit. d RL folgend müssen die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen zur Wahrung der Vertragsmäßigkeit zudem wie im Vertrag bestimmt aktualisiert werden. Insoweit stellen fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Aktualisierungen, die

⁴³⁵ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 21.

⁴³⁶ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 434 Rn. 21.

⁴³⁷ So auch *Staudemeyer*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 7 Rn. 47, der feststellt, dass der Käufer beim (Online-)Kauf der Standardsoftware selten bestimmte Anforderungen an die Standardsoftware stellen wird.

⁴³⁸ Hierzu oben, Kapitel 3.3.1.1 und Kapitel 3.4.2.3.

⁴³⁹ Zur sog. Minuslieferung vgl. *Westermann*, in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl. 2019, § 434 Rn. 47 f.

dem vertraglich Vereinbarten zuwiderlaufen, eine Vertragswidrigkeit dar. Auch in diesem Punkt zeigt sich kein Unterschied zum nationalen Recht, denn was nun als ausdrückliche Regelung in die Richtlinie Eingang gefunden hat, wäre bereits nach nationalem Recht unter die Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) subsumiert worden.⁴⁴⁰

Im Hinblick auf die Richtlinie ist zu ergänzen, dass, wenn der Vertrag vorsieht, dass der Unternehmer Aktualisierungen bereitstellt, z. B. wenn neue Merkmale eines Computerspiels verfügbar sind, und diese dem Verbraucher nur so lange zur Verfügung stehen oder zugänglich sind, wie die festgelegte Vertragslaufzeit andauert oder der unbefristete Vertrag in Kraft ist, liegt eine fortlaufende Bereitstellung (Art. 11 Abs. 3 RL) vor.⁴⁴¹ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass, soweit keine befristete Vertragslaufzeit oder ein unbefristeter Vertrag vereinbart wurde, sehr wohl ein punktueller (Art. 11 Abs. 2 RL; einmalige Bereitstellung oder eine Reihe von einzelnen Bereitstellungen) anzunehmen ist.⁴⁴²

3.4.3.2 Objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit

Art. 8 RL formuliert die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit.

Art. 8 Abs. 1 RL listet Tatbestände auf, die „zusätzlich“ zur Einhaltung der subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit erfüllt sein müssen. Hierbei und mit den Regelungen zur Aktualisierungspflicht (Abs. 2 und 3) greift Art. 8 RL jene vier Parameter auf (Beschaffenheit, Eignung, Zubehör und Anleitungen, Aktualisierungen), die sich auch in Art. 7 RL (subjektive Anforderungen) finden, ergänzt und variiert diese und verwandelt sie in objektive Anforderungen, die auch dann geschuldet sind, wenn sie vertraglich nicht vereinbart worden sind. Anders als das nationale Recht benennt die Richtlinie hierbei gezielt Merkmale, an welchen die Vertragsleistung gemessen wird. Bevor auf diese objektiven Parameter und ihre Merkmale eingegangen wird, sind jedoch der Zeitpunkt der Beurteilung der Vertragsmäßigkeit und das Verhältnis der subjektiven und objektiven Anforderungen zueinander zu klären.

3.4.3.2.1 Zeitpunkt der Beurteilung der Vertragsmäßigkeit

An erster Stelle ist der für das Vorliegen einer Vertragsmäßigkeit maßgebliche Zeitpunkt zu klären. Die Richtlinie unterscheidet in Art. 11 RL für die Haftung des Unternehmers in Verträgen, die eine einmalige Bereitstellung oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen vorsehen, auf der einen Seite (Abs. 2), und Verträge, die eine fortlaufende Bereitstellung vorsehen, auf der anderen Seite. In ersterem Fall (punktuelle Bereitstellung) haftet der Unternehmer für jede Vertragswidrigkeit im Sinne der Art. 7, 8 und 9 der Richtlinie, die zum Zeitpunkt der Bereitstellung besteht, wobei für Vertragswidrigkeiten, die erst später offenbar werden, eine Verjährungsfrist von nicht weniger als zwei Jahren angeordnet wird (Art. 11 Abs. 2 RL). Im Falle der fortlaufenden Bereitstellung haftet der Unternehmer für eine Vertragswidrigkeit im Sinne der Art. 7, 8 und 9 der Richtlinie *während des Zeitraums*, in dem die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen aufgrund des Vertrages bereitzustellen sind, eintritt oder offenbar

⁴⁴⁰ Umfassend zu den „vereinbarten Updates“ *Staudemeyer*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 7 Rn. 53 ff. sowie *Staudenmayer*, ZEuP, 2019, 663 (683 f.).

⁴⁴¹ So das Beispiel in ErWG 57.

⁴⁴² Ausführlicher zur Unterscheidung zwischen fortlaufender und punktueller Bereitstellung sogleich unten, Kapitel 3.4.3.2.1.

wird (Art. 11 Abs. 3 RL). Wie Art. 8 Abs. 4 RL ergänzt, müssen im Falle eines Vertrages, der eine fortlaufende Bereitstellung vorsieht, die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen während des gesamten Zeitraums vertragsgemäß sein. Demnach ist für die Beurteilung der Vertragsmäßigkeit im Falle der einmaligen oder wiederholten einzelnen Bereitstellung der Zeitpunkt der Bereitstellung und im Falle der fortlaufenden Bereitstellung der gesamte Vertragszeitraum der Bereitstellung entscheidend.⁴⁴³

3.4.3.2.2 *Das Verhältnis zwischen objektiven und subjektiven Anforderungen*

Durch die Einleitung „zusätzlich“ in Art. 8 Abs. 1 RL wird deutlich, dass die in Art. 8 RL aufgeführten objektiven Anforderungen an die Vertragsleistung kumulativ zu den subjektiven Anforderungen erfüllt sein müssen.⁴⁴⁴ Hingegen ist nach nationalem Recht der objektive Mangelbegriff subsidiär gegenüber der vertraglichen Sollbeschaffenheit. Ein derartiges Subsidiaritätsverhältnis sieht die Richtlinie nicht vor. Das bedeutet, dass der objektive Mangelbegriff nicht nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Parteien keine konkrete vertragliche Vereinbarung zur Vertragsmäßigkeit getroffen haben, sondern stets als zusätzliche Anforderung an die Sollbeschaffenheit zu erfüllen ist.⁴⁴⁵ ErwG 45 begründet dies dahingehend, dass es, um sicherzustellen, dass den Verbrauchern ihre Rechte – beispielsweise in Fällen, in denen der Vertrag sehr niedrige Standards festlegt – nicht vorenthalten werden, unabdingbar sei, dass die digitalen Inhalte und Dienstleistungen nicht nur den subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit nach Art. 7 RL entsprechen, sondern darüber hinaus auch die in Art. 8 RL festgelegten objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit erfüllen. *De facto* die Unternehmer somit nicht, wie *Metzger* anmerkt, den üblichen Anforderungen durch umfangreiche „Disclaimer“ entgehen.⁴⁴⁶

Dennoch gelten die „zusätzlichen“ objektiven Anforderungen nicht absolut, denn gem. Art. 8 Abs. 5 RL kann – allerdings unter erschwerten Bedingungen – Abweichendes vereinbart werden. Nach Art. 8 Abs. 5 liegt keine Vertragswidrigkeit im Sinne der Absätze 1 und 2 vor, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses „eigens darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal“ der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen von den vorgesehenen objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit abweicht, und er bei Vertragsschluss diese Abweichung „ausdrücklich und gesondert akzeptiert“ hat.

Von den objektiven Anforderungen kann somit nur dann abgewichen werden, wenn der Verbraucher erstens „eigens in Kenntnis gesetzt wurde“. Es ist somit erforderlich, dass der Verbraucher positive Kenntnis von der Abweichung hat; wobei der Wortlaut nahelegt, dass es nicht genügen wird, wenn der Verbraucher die Negativabweichung von sich aus erkannt hat. Vielmehr muss er aktiv informiert worden sein.⁴⁴⁷ Für diese Sichtweise spricht auch ErwG 49 der Richtlinie, der festhält, dass eine solche Abweichung nur möglich sein soll, wenn der Verbraucher „ausdrücklich davon unterrichtet wurde“.⁴⁴⁸ Zweitens muss das Negativmerkmal bei der In-Kenntnissetzung des Verbrauchers konkret bezeichnet werden

⁴⁴³ Hierzu auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (77 f.).

⁴⁴⁴ I. d. S. auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (581).

⁴⁴⁵ Vgl. *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82 (85).

⁴⁴⁶ Vgl. *Metzger*, JZ 2019, 577 (581).

⁴⁴⁷ So auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (82 f.).

⁴⁴⁸ Siehe auch ErwG 53 („ausdrücklich davon informiert“).

(„bestimmtes Merkmal“).⁴⁴⁹ Drittens muss der Verbraucher die ihm zur Kenntnis gebrachte Abweichung „ausdrücklich und gesondert akzeptiert“ haben. Formerfordernisse stellt die Richtlinie allerdings nicht auf, weder für die In-Kenntnissetzung durch den Unternehmer noch für die Akzeptierung durch den Verbraucher. ErwG 49 erörtert hierzu, dass eine Negativabweichung nur zulässig ist, wenn der Verbraucher sie gesondert von anderen Erklärungen oder Vereinbarungen und durch sein aktives und eindeutiges Verhalten akzeptiert hat; und diese beiden Bedingungen beispielsweise durch Anklicken eines Kästchens, Betätigung einer Schaltfläche oder Aktivierung einer ähnlichen Funktion erfüllt werden.

Es ist mithin ausreichend, wenn der Spieleanbieter auf seiner Website den Spieler eigens und gesondert auf etwaige Negativmerkmale der von ihm angebotenen Inhalte oder Dienstleistungen hinweist und der Spieler diese durch Anklicken eines Pflicht-Buttons oder dergleichen (bei Vertragsabschluss) akzeptiert – wobei es, wie aus dem Beispiel in ErwG 49 hervorgeht, nicht schadet, wenn der Hinweis vorformuliert ist und der Verbraucher die Information lediglich bestätigt.⁴⁵⁰

3.4.3.2.3 Anforderungen an die Zweckeignung

Gem. Art. 8 Abs. 1 lit. a RL müssen sich die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen für die Zwecke eignen, für die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen derselben Art in der Regel genutzt werden. Dies entspricht der Regelung des § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB (einmalige Bereitstellung), wonach, soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, die Sache frei von Sachmängeln ist, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet. Auch im Hinblick auf den Mietvertrag (kontinuierliche Bereitstellung) ist, soweit eine spezifische Abrede fehlt, auf den üblichen oder gewöhnlichen Gebrauch abzustellen.⁴⁵¹ Eine Neuerung ergibt sich aus Sicht des nationalen Rechts daher nur insoweit, als unter der Richtlinie die Anforderungen an die Zweckeignungen nur unter den erschwerten Bedingungen des Art. 8 Abs. 5 RL abbedungen werden können.

3.4.3.2.4 Anforderungen an die Beschaffenheit

Art. 8 Abs. 1 lit. b RL, der die objektiven Anforderungen an die Beschaffenheit der digitalen Dienstleistungen formuliert, findet im nationalen Recht im Wesentlichen Entsprechung. Denn auch hier ist auf die Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (einmalige Bereitstellung), § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB) bzw. auf den üblichen oder gewöhnlichen Gebrauch (kontinuierliche Bereitstellung) abzustellen.⁴⁵² Da Art. 8 RL Abs. 1 lit. b einen extensiven Kriterienkatalog bereithält, zeigen sich im Detail jedoch – neben dem generellen Umstand, dass die objektiven Anforderungen nicht subsidiär zu den subjektiven Anforderungen zu sehen sind, sondern nur unter den (erschwerten) Bedingungen des Art. 8 Abs. 5 RL abbedungen werden können – kleine Unterschiede zur nationalen Rechtslage.

⁴⁴⁹ Vgl. *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (83).

⁴⁵⁰ So auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (85).

⁴⁵¹ Vgl. oben, Kapitel 3.4.2.2.

⁴⁵² Vgl. oben, Kapitel 3.4.2.2.

3.4.3.2.4.1 Die Standards der Üblich- und Vernünftigkeit

An erster Stelle fällt ins Auge, dass Art. 8 Abs. 1 Abs. 1 lit. b RL im Hinblick auf die Quantität, die Eigenschaften und die Leistungsmerkmale (darunter Funktionalität, Kompatibilität, Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit) nicht nur darauf abstellt, was bei digitalen Inhalten oder Dienstleistungen der gleichen Art „üblich“ ist, sondern auch darauf, was der Verbraucher aufgrund der Art der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen und unter Berücksichtigung von öffentlichen Erklärungen des Unternehmers „vernünftigerweise“ erwarten kann.

Dem gewöhnlichen Wortsinn nach kann das „Vernünftige“ über das Tatsächliche nun sowohl hinausgehen als auch zurückbleiben. *Marly* weist zu Recht darauf hin, dass die „Feststellung der gewöhnlichen Verwendung sowie der üblichen Beschaffenheit von Computersoftware erhebliche Probleme aufwirft, sobald ein gewisser Kernbereich der allgemein üblichen Verwendung verlassen wird“⁴⁵³. Ob es einen standardisierten oder gewöhnlichen Inhalt eines Programms gibt, wird allerdings auch in der nationalen Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt.⁴⁵⁴ ErwG 46 erörtert hierzu, dass der „Standard für Vernünftigkeit“ (also das, was eine Person vernünftigerweise erwarten kann) objektiv und unter Berücksichtigung der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, der Umstände des Einzelfalls und der Gebräuche und Gepflogenheiten der Vertragsparteien bestimmt werden. Eine objektive Bestimmung sei insbesondere dann erforderlich, wenn es gilt, eine angemessene Frist für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen festzulegen, wobei der Art der Vertragswidrigkeit Rechnung zu tragen ist. Damit bietet die Richtlinie (ebenso wie das nationale Recht) keine Antwort, wie eine gewöhnliche Verwendung, die übliche Beschaffenheit oder der Standard der Vernünftigkeit rechtssicher festgestellt werden können.⁴⁵⁵

Allerdings greift die Richtlinie mit dem Begriff der Üblichkeit und der vernünftigen Verbrauchererwartung (in der englischen Sprachfassung heißt es „*consumer may reasonably expect*“) auf einen bekannten Unionsrechtstandard zurück. So wird die „*reasonable consumer expectation*“ bereits Art. 2 Abs. 2 lit. d der Verbrauchsgüterkauf-RL verwendet, so dass für die Auslegung des – insoweit bekannten – unbestimmten Rechtsbegriffs auf die dort vorhandene Literatur und Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.⁴⁵⁶ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine 1:1 Übertragung der Erkenntnisse zu den vernünftigen Verbrauchererwartungen aus der Verbrauchsgüterkauf-RL auf die hier zu untersuchende Richtlinie nicht möglich sein dürfte. Denn die Bewertung der „*reasonable consumer expectation*“ kann in Bezug auf digitale Inhalte problematisch sein, da objektive Maßstäbe für diese Bewertung

⁴⁵³ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1448.

⁴⁵⁴ Verneinend OLG Stuttgart Ur. v. 12.09.1985, Az. 7 U 280/84, CR 1986, 381 (382); bejahend hingegen KG Berlin Ur. 22.11.1994, Az. 18 U 7070/93, CR 1995, 151; OLG Köln Ur. v. 14.07.1995, Az. 19 U 293/94, NJW 1996, 1683 (1683); OLG Düsseldorf Ur. v. 18.07.1997, Az. 22 U 3/97, NJW-RR 1998, 345 (346).

⁴⁵⁵ Auch *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82 (86) weisen darauf hin, dass es im Kontext des dynamischen und innovativen Wirtschaftsbereichs geradezu unmöglich sei, *ex ante* rechtssicher festzustellen, wie im Augenblick des Vertragsschlusses die „üblichen“ Anforderungen an vergleichbare digitale Inhalte oder Dienstleistungen aussehen, die der Verbraucher „vernünftigerweise“ erwarten kann. Richtigerweise könne dies seriös erst *ex post* festgestellt werden. Dann aber ist es für eine ausdrückliche und gesonderte Abbedingung der objektiven Anforderungen (Art. 8 Abs. 5 RL) zu spät.

⁴⁵⁶ Zu den berechtigten Erwartungen des Verbrauchers nach der Verbrauchsgüterkauf-RL und deren Umsetzung im nationalen Recht mit zahlreichen weiteren Fundstellen vgl. *Faust*, in: BeckOK zum BGB, § 434 Rn. 54, 56.

aufgrund des innovativen Charakters digitaler Inhaltsprodukte – dies gilt umso mehr für digitale Spiele – in der Regel schwer aufzustellen sind.⁴⁵⁷

Gleichwohl dürfte bei Computerprogrammen wohl ein allgemeiner Qualitäts- und Leistungsstandard innerhalb der jeweiligen Klassen vergleichbarer Programme feststellbar sein.⁴⁵⁸ Das Problem, einen einheitlichen Standard zu finden, wird durch den permanenten Wandel, dem Softwareprogramme im Allgemeinen und digitale Spiele (mit einem Lebenszyklus von etwa lediglich zwei Jahren) im Besonderen aufgrund der raschen technischen Weiterentwicklung unterworfen sind, allerdings verschärft.⁴⁵⁹ Bei digitalen Spielen, die einen hohen Individualisierungsgrad aufweisen, wird der Standard des „Üblichen“ und „Vernünftigen“ zudem schwieriger festzustellen sein als bei Produkten mit zahlreichen Mitbewerbern und nahezu identischer Produktpalette. Hier liegt es nahe, das Funktions- und Komfortspektrum des digitalen Spiels mit Konkurrenzprodukten zu vergleichen. Schließlich ist die Bedienungsoberfläche von vielen Spielen sehr ähnlich ausgestaltet und stellt einen Bezugspunkt für einen möglichen Vergleich dar. Es stellt sich die Frage, ob ein Spiel mit einer geringen Benutzerfreundlichkeit bereits nicht mehr über „Leistungsmerkmale“ verfügt, die für die Nutzung von Spielen „derselben Art üblich“ sind. Hier dürfte es für einen Verbraucher – abgesehen von absoluten Ausnahmefällen – kaum bis gar nicht möglich sein, bestimmen zu können, welche Benutzerfreundlichkeit „üblich“ ist. Eine Vertragswidrigkeit gestützt auf eine geringere Benutzerfreundlichkeit dürfte damit wohl in den seltensten Fällen anzunehmen sein.⁴⁶⁰ Ganz grundsätzlich dürfte wohl nur in eindeutigen und zweifelsfreien Fallgestaltungen eine negative Abweichung von der üblichen Beschaffenheit anzunehmen sein.⁴⁶¹

3.4.3.2.4.2 Öffentliche Erklärungen des Unternehmers

Gem. Art. 8 Abs. 1 lit. b RL sind bei der Beurteilung dessen, was der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, auch öffentliche Erklärungen, die von dem Unternehmer oder anderen Personen in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette oder in deren Namen insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett abgegeben werden, zu berücksichtigen. Hiervon sieht Art. 8 Abs. 1 lit. b RL drei Ausnahmen vor: Wenn der Unternehmer nachweist, dass er die betreffende öffentliche Erklärung nicht kannte und vernünftigerweise nicht kennen konnte (i); sie in derselben Weise oder einer vergleichbaren Weise wie jener, in der sie abgegeben wurde, berichtigt worden ist (iii); oder (iii) die Entscheidung, die digitalen Inhalte

⁴⁵⁷ Die Schwierigkeiten der Bestimmung der vernünftigen Verbrauchererwartungen bei digitalen Produkten im Vergleich zu körperlichen Sachen in typischen Kaufverträgen untersucht *Mak*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, S. 15 f.; die Problematik, die „reasonable consumer expectations“ bei digitalen Produkten festzustellen, sehen auch *Oprysk/Sein*, IIC 2020, 594 und stellen fünf Fallgruppen für digitale Inhalte auf, aus denen sich eine Abweichung zu den berechtigten Verbrauchererwartungen ergibt.

⁴⁵⁸ Vgl. statt vieler *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1449 m. w. N.

⁴⁵⁹ Zu der Problematik „objective benchmarks“ festzulegen wegen der innovativen Natur von digitalen Produkten siehe *Mak*, The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, S. 15.

⁴⁶⁰ Vgl. *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch, Rn. 121. Die Autoren betonen indessen ohne Begründung, dass sich ein Fehler eines Programms aus dem Programm selbst ergeben muss und eine geringere Benutzerfreundlichkeit noch keinen Mangel begründet.

⁴⁶¹ Zu Einschränkungen der Nutzbarkeit digitaler Inhalte in Endlizenzvereinbarungen (EULA's) in fünf Fallgruppen und wie diese gegen die vernünftige Verbrauchererwartungen verstoßen vgl. *Oprysk/Sein*, IIC 2020, 594.

oder Dienstleistungen zu erwerben, nicht durch die öffentliche Erklärung beeinflusst worden sein konnte.

Auch § 434 Abs. 1 S. 3 BGB⁴⁶² bestimmt, dass Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen erwarten kann, zu der objektiven Beschaffenheit eines Vertragsgegenstandes zählen.⁴⁶³ Diese Regelung dürfte ebenso bei der kontinuierlichen Bereitstellung eines digitalen Spiels anzuwenden sein, da hier die kaufvertragliche Komponente des typengemischten Vertrages durchgreift – zumal das Mietrecht hierzu keine Regelungen bietet und nur unter Heranziehung der kaufvertragsrechtlichen Regelungen die Eigenart des Vertrags richtig gewürdigt werden kann.⁴⁶⁴

Sowohl die Richtlinie als auch das nationale Recht sehen vor, dass der Anbieter nicht nur an seine eigene Werbeaussage und die des Herstellers gebunden ist, sondern darüber hinaus auch an öffentliche Erklärungen jeder beliebigen anderen Person in der Vertragskette, solange er nicht nachweist, dass er die betreffende Erklärung nicht kannte und vernünftigerweise auch nicht kennen konnte.⁴⁶⁵

3.4.3.2.5 *Entsprechung mit Testversion oder Voranzeige als objektive Anforderung*

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d RL haben die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen zudem der durch den Unternehmer vor Vertragsschluss (gegebenenfalls) zur Verfügung gestellten Testversion oder Voranzeige der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen zu entsprechen. Auf den ersten Blick ist diese Bestimmung der Beschaffenheit der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen zuzuordnen. Vermutlich wird diese Regelung aber deswegen getrennt geführt, da der Verbraucher entlang einer Testversion oder einer Voranzeige gegebenenfalls auch die Zweckeignung prüfen kann. Im Hinblick auf das nationale Recht gilt das im Vorkapitel zu den öffentlichen Erklärungen Gesagte.

3.4.3.2.6 *Anforderungen an Zubehör und Anleitungen*

Laut Art. 8 Abs. 1 lit. c RL sind die digitalen Inhalte – soweit zutreffend – mit dem Zubehör und den Anleitungen, deren Erhalt der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, bereitzustellen. Auch hier wird der „Vernünftighkeitsstandard“ bei der Rechtsanwendung wohl Probleme bereiten. Wollen diese nicht bereitgestellt werden, so bedarf es wiederum einer ausdrücklichen und gesonderten Abbedingung im Sinne des Art. 8 Abs. 5 RL.

Anders als nach nationalem Recht, wo die Nichtbereitstellung einer Softwaredokumentation, wenngleich deren Bereitstellung vertraglich nicht ausdrücklich vereinbart wurde, eine Nichterfüllung darstellen kann,⁴⁶⁶ ist nach der Richtlinie ein Mangel bzw. eine

⁴⁶² Der Inhalt des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB ist auf die Umsetzung von Art. 2 Abs. 2 lit. d) i. V. m. Abs. 4 Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG zurückzuführen.

⁴⁶³ Umfassend zur Erweiterung der Verkäuferhaftung aufgrund öffentlicher Äußerungen sowie zum Urheber der Äußerungen siehe *Westermann*, in: MünchKomm zum BGB, § 434 Rn. 27, 32.

⁴⁶⁴ BGH Urt. v. 12.01.2017, Az. III ZR 4/16, NJW-RR 2017, 622 (623). Zur rechtlichen Behandlung von typengemischten Verträgen noch unten, Kapitel 3.5.1.2.1.

⁴⁶⁵ Die Gefahr einer uferlosen Haftung der Unternehmer auch für – unzutreffende – Behauptungen Dritter besteht nicht, da die Richtlinie nur Dritte in der Vertragskette aufführt. Die entsprechende Kritik von *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82 (85) stellte noch auf den Kompromisstext des Rates 2017 ab und ist in der finalen Richtlinie mit der Konkretisierung der Haftung für Dritte in der „Vertragskette“ obsolet geworden.

⁴⁶⁶ Hierzu oben, Kapitel 3.3.1.1 und Kapitel 3.4.2.3.

Vertragswidrigkeit anzunehmen. Hiernach stehen lediglich die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach Art. 14 RL, nicht jedoch die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung nach Art. 13 RL offen. Im Hinblick auf die Anforderungen an die Anleitungen bzw. die Softwaredokumentation dürften sich die Regelungen hingegen kaum unterscheiden.⁴⁶⁷

Zum „Zubehör“ finden sich im nationalen Recht keine besonderen Regelungen; sie sind demnach nur nach Maßgabe des Vertrages bzw. der Beschaffenheitsvereinbarung breitzustellen.

3.4.3.2.7 Aktualisierungen zur Wahrung der Vertragsmäßigkeit

Es ist vorzuschicken, dass, sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses neuesten verfügbaren Version bereitgestellt werden müssen (Art. 8 Abs. 6 RL).

Gem. Art. 8 Abs. 2 RL hat der Unternehmer darüber hinaus sicherzustellen, dass der Verbraucher über Aktualisierungen („*Updates*“⁴⁶⁸), einschließlich Sicherheitsaktualisierungen⁴⁶⁹, informiert wird und ihm diese bereitgestellt werden. Hierbei unterscheidet die Richtlinie in Verträge, die eine fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum vorsehen, und solche, welche eine einmalige oder eine Reihe einzelner Bereitstellungen vorsehen. Im ersten Fall sind die Aktualisierungen für die vereinbarte Vertragslaufzeit bereitzustellen; im zweiten Fall sind Aktualisierungen nur für den Zeitraum bereitzustellen, den der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte oder digitale Dienstleistungen und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags „vernünftigerweise“ erwarten kann.

Was sich der Verbraucher „vernünftigerweise“ erwarten kann, ist wiederum⁴⁷⁰ schwierig zu bestimmen. ErwG 47 erörtert hierzu, dass beispielsweise in Bezug auf digitale Inhalte oder Dienstleistungen, deren Zweck zeitlich begrenzt ist, die Verpflichtung zur Bereitstellung von Aktualisierungen auf diesen begrenzten Zeitraum beschränkt sein sollte; während bei anderen Arten von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen der Gewährleistungszeitraum ein angemessener Zeitraum für die Aktualisierungspflicht sein könnte – und je nach Sachlage und insbesondere bei Sicherheitsaktualisierungen auch ein darüber hinausgehender Zeitraum. Es kann somit dazu kommen, dass der Unternehmer selbst über die Gewährleistungsfrist hinaus Aktualisierungen bereitzustellen hat. Hier sind die Mitgliedstaaten gefragt, im Zuge der Umsetzung der Richtlinie den Zeitraum für die Bereitstellung von Aktualisierungen bei punktueller Bereitstellung des Vertragsgegenstandes unter Beachtung der doch eher vagen Vorgaben der Erwägungsgründe näher (und rechtssicher) zu definieren.

⁴⁶⁷ Die Erwägungsgründe der Richtlinie treffen hierzu keine näheren Aussagen. Im Hinblick auf „Integrationsanweisungen“ (hierzu noch unten, Kapitel 3.4.3.3) ist ErwG 52 allerdings zu entnehmen, dass diese mangelhaft sind, wenn sie unvollständig oder nicht ausreichend klar und daher von einem Durchschnittsverbraucher nur schwer zu nutzen sind.

⁴⁶⁸ So ErwG 44 der Richtlinie.

⁴⁶⁹ Was konkret unter „Sicherheitsaktualisierungen“ zu verstehen ist, ergibt sich weder aus dem Text der Richtlinie noch aus den Erwägungsgründen. Nach *Spindler/Stein*, MMR 2019, 488 (488) wird der Begriff mangels europäischer und nationaler Standards noch etliche Probleme bereiten.

⁴⁷⁰ Zum „Vernünftighkeitsstandard“ und dazu, dass hierbei auf einen Unionrechtsstandard zurückgegriffen werden kann („*reasonable consumer expectations*“), der jedoch nicht 1:1 auf digitale Produkte übertragen werden kann, siehe bereits oben, Kapitel 3.4.3.2.4.1.

Zu beachten ist allerdings, dass der Unternehmer nach Maßgabe des Art. 8 Abs. 2 RL nur solche Aktualisierungen schuldet, die „für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit [...] erforderlich sind“. Darüberhinausgehende Aktualisierungen bzw. Verbesserungen oder „Upgrades“ schuldet der Unternehmer hingegen nicht.⁴⁷¹ Im Fokus werden in der Praxis somit Sicherheitsaktualisierungen und Aktualisierungen zur Wahrung der Funktionalität stehen, sodass die Software mit anderen Standardprodukten kompatibel bleibt.⁴⁷² Aktualisierungen (in Form von sog. „Patches“) können aber nicht nur zur Wahrung der Funktionalität, sondern auch im Rahmen der Mängelgewährleistung (Art. 14 RL) erforderlich werden, womit nach der jeweiligen Rechtsgrundlage zu unterscheiden ist. Soweit der Unternehmer bei Dauer-schuldverhältnissen Änderungen vornehmen will, kommt zudem Art. 19 RL ins Spiel, der festlegt, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer (einseitige) Änderungen an den digitalen Inhalten oder Dienstleistungen, die fortlaufend bereitgestellt werden, vornehmen darf. Auf Art. 19 RL wird in Kapitel 3.4.4.13.2.2 noch ausführlicher zurückgekommen.

Dem Verbraucher soll es nach dem Willen des Unionsgesetzgebers zudem freistehen, ob er die bereitgestellten Aktualisierungen installiert und er hat bei Nichtinstallation hinzunehmen, dass die Vertragsmäßigkeit womöglich nicht gewahrt bleibt.⁴⁷³ In diesem Sinne bestimmt Art. 8 Abs. 3 RL, dass der Unternehmer nicht für etwaige Vertragswidrigkeiten haftet, die allein dadurch entstehen, dass der Verbraucher die ihm bereitgestellten Aktualisierungen nicht innerhalb einer angemessenen Frist installiert. Hierfür setzt Art. 8 Abs. 3 RL allerdings voraus, dass der Unternehmer über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen bei unterbliebener Installation informiert (lit. a) sowie dass der Umstand, der den Verbraucher von der Aktualisierung abgehalten hat, nicht auf eine vom Unternehmer bereitgestellte mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist (lit. b).

Eine Pflicht zur laufenden Aktualisierung von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen besteht im nationalen Mängelgewährleistungsrecht nicht. Mit der Pflicht zur Aktualisierung erhalten die punktuellen Austauschverträge, bei welchen nach nationalem Recht für die Bestimmung eines Mangels auf den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs abzustellen ist, zudem ein Element der laufzeitbezogenen Austauschverträge. Denn der Anbieter ist nach der Richtlinie nicht nur dazu verpflichtet, die Vertragsleistung mangelfrei zu übergeben, sondern er hat über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinaus laufend jene (Sicherheits-)Aktualisierungen bereitzustellen, die der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann. Dies dürfte die Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie zu den Aktualisierungspflichten erschweren. Auf diese Differenzen und insbesondere auf die daraus resultierende Frage, wie mit durch Aktualisierungen bewirkte Vertragswidrigkeiten umzugehen ist, wird in Kapitel 3.4.4.13 noch gesondert eingegangen.

⁴⁷¹ Vgl. hierzu auch EwG 44 und 74 der Richtlinie.

⁴⁷² Hierzu auch *Wendehorst*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 111 (122 f.).

⁴⁷³ Vgl. ErwG 47.

3.4.3.3 Unsachgemäße Integration der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen

Art. 9 RL trifft spezifische Regelungen im Hinblick auf die Haftung des Unternehmers bei unsachgemäßer Integration der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen.

Art. 9 RL erweitert die Haftung des Unternehmers auf Mängel, die durch die unsachgemäße Integration in die digitale Umgebung des Verbrauchers verursacht werden, soweit der Unternehmer diese zu verantworten hat, weil er die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen selbst integriert hat oder unter seiner Verantwortung integriert wurden, oder weil die unsachgemäße Integration auf mangelhafte, vom Unternehmer bereitgestellte Anleitungen zurückzuführen ist. Integrationsanweisungen sind laut ErwG 52 mangelhaft, wenn sie z. B. unvollständig sind oder es ihr an Klarheit mangelt, sodass sie dadurch von einem Durchschnittsverbraucher nur schwer zu nutzen sind.

Art. 9 RL findet Entsprechung in § 434 Abs. 2 BGB, wonach ein Sachmangel auch dann gegeben ist, wenn die vereinbarte Montage durch den Verkäufer oder dessen Erfüllungshelfen unsachgemäß durchgeführt worden ist oder die Montageanleitung mangelhaft ist (es sei denn, die Sache ist fehlerfrei montiert worden).⁴⁷⁴

3.4.3.4 Konkurrierende Rechte Dritter

Gem. Art. 10 RL kann auch eine Beschränkung bei der Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen, die sich aus der Verletzung von Rechten Dritter – insbesondere von Rechten des geistigen Eigentums – ergibt, eine Vertragswidrigkeit darstellen, und zwar dann, wenn diese Beschränkung die Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen im Sinne der Art. 7 und 8 RL verhindert oder einschränkt. In diesem Fall haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass der Verbraucher Anspruch auf die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit gem. Art. 14 RL hat; es sei denn, im nationalen Recht ist in solchen Fällen die Nichtigkeit oder Aufhebung des Vertrags vorgesehen.

Der Anknüpfungspunkt dieser Regelung ist die Einschränkung oder Verhinderung der Nutzung, wobei diese Beschränkung aus der Verletzung von Rechten Dritter resultieren muss.⁴⁷⁵ Es geht also um Fälle, in denen der Verkäufer Rechte an der Software übertragen will, die er wegen fehlender Rechte nicht übertragen kann.⁴⁷⁶ Soweit der Spieleanbieter z. B. Mechanismen zum Schutz vor Raubkopien in die Spielsoftware einbindet, ist dies nicht zu beanstanden; erst wenn die programmtechnischen Schutzmechanismen dazu führen, dass der Spieler das Client-Spiel nicht mehr im Sinne der Art. 7 und 8 RL ordnungsgemäß nutzen kann, ist ein Funktionsmangel und damit eine Vertragswidrigkeit anzunehmen.⁴⁷⁷

ErwG 53 und 54 der Richtlinie ziehen zwei verschiedene Varianten, die zu vertragswidrigen Nutzungsbeschränkungen führen können, in Betracht. ErwG 53 hat Einschränkungen vor Augen, die sich aus der Endnutzerlizenzvereinbarung (EULA), die typischerweise im Zuge

⁴⁷⁴ Umfassend zu Montagefehlern und einer mangelhaften Montageanleitung siehe *Faust*, in: BeckOK zum BGB, § 434 Rn. 91 ff., 96 ff.

⁴⁷⁵ So auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (102).

⁴⁷⁶ Vgl. *Gennen*, in: *Schwartzmann*, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 21 Rn. 148.

⁴⁷⁷ Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1533 ff.

der Installation vom *User* zu akzeptieren sind, ergeben.⁴⁷⁸ Soweit eine solche Lizenzvereinbarung dazu führt, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen die in der Richtlinie festgelegten objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit nicht erfüllen, weil sie Merkmale betreffen, die digitale Inhalte oder Dienste desselben Typs für gewöhnlich aufweisen und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, liegt eine Vertragswidrigkeit vor. Somit müssen dem Verbraucher die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit (Art. 14 RL) eröffnet sein. Etwas anderes gilt nur dann, wie ErWG 53 korrekt ergänzt, wenn eine Negativvereinbarung vorliegt, die die Bedingungen des Art. 8 Abs. 5 RL erfüllt.

ErWG 54 nimmt demgegenüber Nutzungsbeschränkungen ins Visier, die ein Ergebnis von Verletzungen von Rechten Dritter sind und dazu führen, dass der Verbraucher überhaupt nicht oder nicht rechtmäßig auf die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen oder einiger ihrer Merkmale zugreifen kann. Etwa weil der Dritte (also der Rechteinhaber) den Unternehmer rechtmäßig zwingt, die Verletzung dieser Rechte einzustellen und die betreffenden digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht mehr bereitzustellen; oder weil der Verbraucher die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht nutzen kann, ohne gegen das Recht zu verstoßen. Soweit hierdurch Beschränkungen entstehen, die die Nutzung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen im Einklang mit den subjektiven und objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit verhindern oder einschränken, müssen dem Verbraucher die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit (Art. 14 RL) eröffnet sein. Es sei denn, nationale Rechtsvorschriften sehen die Nichtigkeit oder die Aufhebung des Vertrags (z. B. wegen Verstoß gegen die gesetzliche Rechtsmängelhaftung) vor.

Art. 10 RL weicht somit stark vom nationalen Recht ab, welches eine Unterscheidung zwischen einem die Gewährleistungsrechte auslösenden Rechtsmangel nach § 435 BGB (demnach liegt ein Rechtsmangel vor, wenn das verkaufte Recht nicht besteht, nicht dem Verkäufer zusteht, nicht in dem Umfang besteht, nicht übertragen wurde oder mit Rechten Dritter belastet ist)⁴⁷⁹ und der (subjektiven) Unmöglichkeit nach § 275 BGB erfordert, die zum Erlöschen der gegenseitigen Leistungspflichten führt. Es ist anzumerken, dass in den Kontext der Unmöglichkeitsregeln auch die Fälle gehören, in denen das verkaufte Softwareprogramm infolge eines inländischen oder ausländischen Lieferverbots nicht ausgeliefert werden darf oder mangels Erlaubnis nicht legal eingesetzt werden kann.⁴⁸⁰ Künftig wird auch in diesen Konstellationen Art. 10 RL anzuwenden sein, womit auf die Beschränkungen, die sich aus der (potentiellen) Verletzung von Rechten Dritter ergeben, abzustellen ist.

Keinen Hinweis geben die Richtlinie und die Erwägungsgründe ferner für die Beantwortung der Frage, ob allenfalls auch eine Weiterveräußerungsbefugnis des Verbrauchers als vertragswidrige Beeinträchtigung der Nutzung der Spielsoftware gesehen werden kann. Diese

⁴⁷⁸ Es ist anzumerken, dass in diesem Fall die Rechte des Dritten (also des Rechteinhabers) gar nicht erst verletzt werden (diese würden dann verletzt, wenn das EULA fehlt); der Begriff der „Verletzung Dritter“ ist somit dementsprechend weit zu verstehen; hierauf aufmerksam machend *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (103).

⁴⁷⁹ Vgl. *Büchner*, Die rechtlichen Grundlagen der Übertragung virtueller Güter, S. 128; *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 453 Rn. 18 ff. Es sei ergänzt, dass die Rechtsmängelhaftung beim Werkvertrag jener beim Kaufvertrag, und beim Mietvertrag der Sachmängelhaftung bei Mietmängeln entspricht; die Rechtsfolgen sind hier wie dort dieselben wie bei der Sachmängelhaftung.

⁴⁸⁰ Siehe zu diesen Fällen und allgemein zur Nichterfüllung wegen Unmöglichkeit *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1249.

dürfte entlang der in Art. 8 Abs. 1 RL aufgestellten objektiven Anforderungen aber eher zu verneinen sein.

Im Hinblick auf digitale Spiele sind Fälle denkbar, in denen der Spieleanbieter Spielesoftware veräußert, die er illegal kopiert hat. Naheliegender sind aber zwei andere Konstellationen. Wie bereits mehrfach angesprochen wurde, sind an der Herstellung von Spielen mittlerweile viele Unternehmen beteiligt, die Programmierleistungen erbringen. Daher sind in einem großen Spieltitel oft unterschiedlichste Programme von unterschiedlichen Softwareherstellern eingebunden. Sollte der Anbieter des Spieltitels die Rechte an bestimmten (Teil-)Programmen nicht in dem geschuldeten Umfang übertragen können, weil der Hersteller dieses (Teil-)Programms dem Anbieter diese Rechte nicht eingeräumt hat, dann führt dies nach nationalem Recht zu einem Rechtsmangel. Nach Art. 10 RL zur Vertragswidrigkeit, soweit die Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen im Sinne der Art 7 und 8 RL verhindert oder eingeschränkt wird. Gerade lizenzvertragliche Einschränkungen können hier somit Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Händler auslösen, soweit das nach der Richtlinie geschuldete „Nutzungs-Qualitätsniveau“⁴⁸¹ unterschritten wird.⁴⁸²

Die zweite Konstellation betrifft Fälle, in denen Hersteller und Verkäufer personenverschieden sind. So ist der Veräußerer eines Spieltitels – insbesondere im stationären Handel – nicht personenidentisch mit dem Spielehersteller. Wenn der Spielehersteller dem Veräußerer nicht die Rechte zum Verkauf einräumt oder die Übertragung der geschuldeten Nutzungsrechte an den Herstellerbedingungen scheitert – z. B. weil der Spieler die Spielesoftware wegen der Notwendigkeit der Aktivierung der Software oder Registrierung des Spielers nicht nutzen kann – liegt ein Rechtsmangel bzw. eine Vertragswidrigkeit vor. Denkbar wäre es, auch in Fällen der vollständigen Nichtübertragung von Nutzungsrechten, eine anfängliche subjektive Unmöglichkeit anzunehmen. Hiergegen spricht allerdings, dass der Veräußerer vom Rechteinhaber ein Weiterverbreitungsrecht kostenpflichtig erwerben kann. Demnach dürfte in den allermeisten Fällen aus diesen Gründen bereits kein Fall des anfänglichen Unvermögens vorliegen.⁴⁸³ Im Hinblick auf die Richtlinie stellt sich eine ähnliche Frage. Denn soweit die Bereitstellung aus einem der in Art. 10 RL genannten Gründe gar nicht erst erfolgt, sind nicht die Abhilfen wegen Vertragswidrigkeit (Art. 14 RL), sondern die Abhilfe wegen nicht erfolgter Bereitstellung (Art. 13 RL) heranzuziehen. Zwar könnte der Tatbestand des Art. 10 RL allenfalls auch weiter interpretiert werden, da er auch Fälle umfasst, die die Nutzung „verhindern“. Dies ist entlang der Regelungssystematik der Richtlinie jedoch eher abzulehnen.⁴⁸⁴ Vielmehr dürfte zu unterscheiden sein zwischen der Variante, dass das Spiel von vornherein nicht bereitgestellt worden ist, und der Variante, dass das Spiel zwar bereitgestellt wurde, aber durch die Nutzungsbeschränkungen eine Nutzung im Sinne der Art. 7 und 8 RL verhindert wird.

⁴⁸¹ Entlehnt von *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (103).

⁴⁸² Vgl. *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415 (416).

⁴⁸³ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 562.

⁴⁸⁴ So auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (102 f.).

3.4.4 Mögliche Mängel bei der Bereitstellung eines digitalen Spiels

Nach dem vorangestellten Überblick über die Sachmängelvorschriften im BGB und in der Richtlinie werden an dieser Stelle nun gezielt typische Mängel, die bei digitalen Spielen auftreten können, näher untersucht. Aus der Rechtsprechung selbst können nur einige wenige typische Fehlerarten abgeleitet werden und nur sehr wenige davon wiederum befassen sich gezielt mit digitalen Spielen.⁴⁸⁵ Gleichwohl lassen sich einige bei Spielesoftware vorkommende (typische) Fallgruppen identifizieren.

3.4.4.1 Defekt des Datenträgers

Der denkbar klarste Fall eines Mangels beim Erwerb von Spielesoftware, die sich auf einem körperlichen Datenträger befindet, wie dies für PC- und Konsolenspiele häufig der Fall ist,⁴⁸⁶ stellt ein defekter Datenträger dar. Erhält der Spieler einen defekten Datenträger, z. B. eine nicht lesbare DVD, dann stellt dies sowohl nach dem geltenden nationalen Mängelgewährleistungsrecht als auch nach der Richtlinie eine Vertragswidrigkeit dar. Die auf einem Datenträger erworbene Client-Software entspricht weder der vertraglichen Anforderung, noch eignet sie sich für den angestrebten Zweck oder die gewöhnliche Verwendung oder weist sie die übliche Beschaffenheit auf (§ 434 Abs. 1 BGB bzw. Art. 7 lit. a und b, 8 Abs. 1 lit. a und b). Dies gilt unabhängig davon, ob der Spieler die Spiele-Software beim Verkäufer oder unmittelbar beim (personenverschiedenen) Hersteller respektive ob er sie im stationären oder im Online-Handel erwirbt. Ein Unterschied besteht zwischen den bisherigen nationalen und den Regelungen aus der Richtlinie für diese Fallkonstellation nicht.

3.4.4.2 Download nicht möglich

Sollte der Spieler das digitale Spiel nicht im stationären Handel erwerben, sondern online herunterladen, dann können auch über diesen Vertriebsweg Schwierigkeiten auftreten. So kann der *Download* zumindest für einen bestimmten Zeitraum z. B. wegen einer Serverüberlastung des Anbieters nicht zur Verfügung stehen.⁴⁸⁷ Sollten der Spieler und der Verkäufer zu diesem Zeitpunkt noch keinen Vertrag geschlossen haben, dann kann auch keine Vertragswidrigkeit angenommen werden. Erst mit Abschluss des Vertrages stellen sich die Fragen der Nichtleistung bzw. nicht erfüllten Bereitstellung (Art. 5 RL), des Verzugs der Leistung und der Unmöglichkeit der Leistung.

Ist der *Download* nicht möglich, so liegt nach nationalem Recht eine Nichtleistung trotz Möglichkeit vor, sodass der Verbraucher eine „angemessene“ Nachfrist (§ 323 Abs. 1 BGB) zu setzen (und abzuwarten) hat. Unter der Richtlinie hat der Verbraucher bei

⁴⁸⁵ Zu den typischen Fehlern bei Standardsoftware *Moritz*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, Abschnitt 1 Teil 3 Rn. 125 ff.; *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, Teil D, Rn. 522 ff.

⁴⁸⁶ Client-Spiele auf Datenträgern können nur für PC und Konsolen erworben werden. Client-Spiele für das Smartphone oder das Tablet werden ausschließlich online auf den *App-Stores* angeboten und können dort heruntergeladen werden.

⁴⁸⁷ Prominentestes Beispiel in der jüngsten Vergangenheit dürfte hier das Spiel *Pokémon-Go* von den Herstellern *Niantic* und *Nintendo* sein. Hier gab es aufgrund massiver Nachfrage eine Serverüberlastung, die zu großen Downloadschwierigkeiten führte. Der internationale Verkauf der *App* wurde auch seinerzeit gestoppt, vgl. <https://www.golem.de/news/pokemon-go-internationaler-start-wegen-serverueberlastung-gestoppt-1607-122021.html> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

Nichtbereitstellung zwar ebenfalls zur Nachleistung aufzufordern, jedoch steht dem Verbraucher, soweit der Unternehmer der Aufforderung nicht „unverzüglich“ (Art. 13 Abs. 1 RL) Folge leistet, das Recht auf sofortige Vertragsbeendigung zu. Für das Weitere sei auf die Darstellungen zur nicht erfolgten Bereitstellung des Vertragsgegenstandes verwiesen.⁴⁸⁸

3.4.4.3 Installationsprobleme

Betrachtet man den *LifeCycle* eines Spiels weiter, so könnten bei der Installation des Spiels oder bei der Registrierung Schwierigkeiten auftauchen. Bei der Portierung einer Konsolenversion in eine PC-Version oder umgekehrt können technische Schwierigkeiten bis hin zu Installationsfehlern auftreten.⁴⁸⁹ Sollte das Client-Spiel, das Add-On, oder die Expansion nicht installiert werden können, dann entspricht die erworbene Software nicht der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) bzw. den vertraglichen Anforderungen (Art. 7 lit. a RL), sodass bereits der subjektive Mangelbegriff erfüllt ist. Auch in diesem klaren Fall gibt es zwischen der Richtlinie und dem BGB keine Unterscheidung.

Installationsprobleme können auch dann auftreten, wenn ein „CD-Key“ oder „Game-Key“, also ein Buchstaben- oder Zahlencode, welcher bei der Installation oder beim ersten Start einer Computer-Software eingegeben werden muss, um diese freizuschalten, nicht funktioniert. So beispielsweise, wenn der Lizenzschlüssel bereits anderweitig verwendet worden ist und damit seine Gültigkeit verloren hat. Das gleiche Problem stellt sich, wenn der Spieler die erforderliche Registrierung nicht durchführen kann und aus diesem Grunde z. B. das Client-Spiel, das Add-On oder die DLC's nicht ausführen kann.

In diesen Konstellationen liegt nach nationalem Recht ein Sachmangel (§ 434 Abs. 1 BGB) vor. Unter der Richtlinie ist demgegenüber zu differenzieren. Denn nach Art. 5 Abs. 2 RL hat der Unternehmer die Verpflichtung zur Bereitstellung erst dann erfüllt, wenn „die digitalen Inhalte oder jedes Mittel, die/das für den Zugang zu den digitalen Inhalten oder deren Herunterladen geeignet ist, dem Verbraucher oder einer von ihm zu diesem Zweck bestimmten körperlichen oder virtuellen Einrichtung zur Verfügung gestellt oder zugänglich gemacht worden ist.“ Erhält der *User* z. B. keinen funktionierenden *Game-Key*, so liegt ein Fall der nicht erfolgten Bereitstellung (Art. 13 RL) und nicht eine Vertragswidrigkeit (Art. 14 RL) vor. Anderes gilt für Spiele auf körperlichen Datenträger, denn auf diese sind die Art. 5 und 13 RL nicht anwendbar (Art. 3 Abs. 3 RL).

3.4.4.4 Nicht-Erreichbarkeit des Online-Spiels (Serverausfälle)

Bei Online-Spielen hat der Spieleanbieter genügend Serverkapazitäten und Schnittstellen zum Internet bereitzuhalten, über die der Nutzer des Online-Nutzungsvertrages auf das

⁴⁸⁸ Siehe oben, Kapitel 3.3.

⁴⁸⁹ Ein namhaftes Beispiel für ein Client-Spiel, bei dem Spieler gar nicht erst in den Spielgenuss kamen, weil sich der Client nicht installieren ließ, ist das Spiel „*Batman – Arkham Knight*“ von *Warner Bros*. Bei diesem Titel funktionierten die Konsolenversionen für *PS4* und *Xbox* einwandfrei. Bei der Umsetzung in eine PC-Version gab es allerdings technische Schwierigkeiten, die zu Installationsfehlern führten und den Hersteller schließlich dazu brachten, die PC-Version vom Markt zu nehmen und den Spielern auf deren Verlangen den Kaufpreis zu erstatten; vgl. <http://www.computerbild.de/fotos/Fehlstarts-Spielegeschichte-7812460.html#12> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

Spielangebot zugreifen kann.⁴⁹⁰ Neben einer unzureichenden Serverkapazität können auch (infolge verschiedener Ursachen) ungeplante Serverausfälle⁴⁹¹ dazu führen, dass der Spieler das Onlineangebot des Anbieters nicht nutzen kann. Zu den häufigsten Ursachen gehören der technische Defekt, der Virenbefall und schließlich der Hackerangriff.⁴⁹²

3.4.4.4.1 Beurteilung nach nationalem Recht

Auf Grundlage der nationalen Rechtsordnung ist bei der Nicht-Erreichbarkeit des Online-Spiels ein Mangel anzunehmen. Die gemietete Online-Spielumgebung mit den Servern und der Softwaretechnologie weist im Falle von Serverausfällen oder sonstiger Nichterreichbarkeit des Online-Spielangebots des Anbieters eine Abweichung der tatsächlichen (Ist-) von der vereinbarten (Soll-) Beschaffenheit auf, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch für den Zeitraum der Nicht-Erreichbarkeit aufhebt, sodass ein Mangel gem. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt. Hierbei muss allerdings gem. § 536 Abs. 1 S. 3 BGB die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch und damit der Gebrauchswert erheblich gemindert sein. Bei einem nur wenige Stunden andauernden Serverausfall dürfte die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch nur unwesentlich gemindert sein, sodass ein erheblicher Mangel abzulehnen sein dürfte. Erst wenn dieser Schwellenwert überschritten ist, also der Serverausfall mehrere Tage oder zumindest viele Stunden andauert, liegt ein die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers auslösender Mangel vor.⁴⁹³ Es ist zu ergänzen, dass die nicht termingerechte Gebrauchsgewährung der virtuellen Spielumgebung und damit die nicht erfolgte Überlassung des Mietgegenstandes (hier: die Nicht-Bereitstellung des Spiels) nach nationaler Rechtslage zur Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Leistungsstörungen führt und erst nach Überlassung der Mietsache die Spezialvorschriften der mietrechtlichen Gewährleistung gelten.⁴⁹⁴

3.4.4.4.2 Beurteilung nach der Richtlinie

Wenn der Spieleanbieter keine ausreichenden Serverkapazitäten vorhält, sodass es zu Funktionsstörungen oder zu Serverausfällen kommt, erfüllt der Anbieter eine wesentliche Anforderung an die Vertragsmäßigkeit nicht.⁴⁹⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob der Spieler möglicherweise das Spiel gegebenenfalls im „Offline- bzw. *Single-Player-Modus*“ noch spielen kann. Mit Abschluss des Online-Nutzungsvertrages schuldet der Anbieter den Zugriff auf die Spielserver und damit die Erreichbarkeit des vereinbarten Online-Spielangebots. Ist diese Erreichbarkeit nicht gewährleistet, entspricht die digitale Dienstleistung nicht den Anforderungen, die sich aus dem Online-Nutzungsvertrag ergeben, womit sie

⁴⁹⁰ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 98.

⁴⁹¹ Zu Serververträgen und Haftung für Serverausfälle, vgl. *Wulf*, CR 2004, 43.

⁴⁹² Vgl. *Wulf*, CR 2004, 43 (47).

⁴⁹³ I. d. S. macht *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 723, darauf aufmerksam, dass die Nichterreichbarkeit der Spielserver aufgrund regelmäßiger Wartungsarbeiten keine Mängelansprüche begründen kann. Zu den Schäden infolge fehlenden Zugangs siehe *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 725 ff.; auf den Zeitraum der Gebrauchsentziehung abstellend ohne Nennung eines Schwellenwerts *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1344.

⁴⁹⁴ Vgl. *Widerhold*, in: BeckOK zum BGB, § 536, Rn. 16.

⁴⁹⁵ Hinsichtlich technisch bedingter Störungen muss der Spieleanbieter im Vorfeld durch geeignete Maßnahmen wie regelmäßige Systemüberwachungen, Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten oder das Einspielen von *Updates* und *Upgrades* dafür Sorge tragen, dass Ausfälle möglichst vermieden werden, vgl. *Wulf*, CR 2004, 43 (47).

vertragswidrig im Sinne des Art. 7 lit. a und b RL ist. Selbst wenn die Erfüllung der subjektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit verneint werden sollte, wäre bei Serverausfällen bzw. sonstiger Nichterreichbarkeit des Online-Spielangebots jedenfalls der objektive Mangelbegriff nach Art. 8 Abs. 1 lit. a und b RL erfüllt.

Die Erheblichkeitsschwelle dürfte unter der Richtlinie allerdings wesentlich niedriger anzusetzen sein als nach dem nationalen Mietrecht. Denn, wie ErwG 51 der Richtlinie in Abgrenzung zu Nichtbereitstellungen klarstellt, sollen kurzfristige Unterbrechungen der Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen als Fälle von Vertragswidrigkeit behandelt werden, wenn diese Unterbrechungen mehr als vernachlässigbar oder wiederkehrend sind. Insoweit scheinen auch kurze Serverausfälle, zumindest soweit sich diese wiederholen, vertragswidrig zu sein. Gleichwohl nivelliert sich dieser Unterschied, da die Richtlinie die Abhilfemöglichkeiten von der Erheblichkeit des Mangels abhängig macht.⁴⁹⁶

3.4.4.5 Erworbener virtueller Gegenstand gelöscht oder unzugänglich

Als Vertragswidrigkeit ist auch zu werten, wenn ein vom Spieler für ein konkretes Spiel erworbenes virtuelles Gut (oder sonstiger DLC) vom Anbieter gelöscht oder unzugänglich gemacht wird – sofern dies nicht, wie z. B. bei einem verbrauchbaren virtuellen Gegenstand, innerhalb der Regeln der Spielwelt erfolgt ist. Hier ergibt sich unter der Richtlinie sodann ein Unterschied zur nationalen Rechtslage. Denn kurzfristige Unterbrechungen der Bereitstellung sollen nur dann als Fälle von Vertragswidrigkeit behandelt werden, wenn diese Unterbrechungen mehr als vernachlässigbar oder wiederkehrend sind (ErwG 51 der Richtlinie). Im Falle der Löschung wären demnach die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung (Art. 13 RL) einschlägig.

3.4.4.6 Verlust der beim Spieleanbieter gespeicherten Daten

Bei Online-Spielen schuldet der Spieleanbieter als wesentliche Vertragspflicht auch die Sicherung, Speicherung und Verwaltung des Spieler-Accounts und der sonstigen spielerbezogenen Daten wie z. B. die Spielstände.⁴⁹⁷ Kommt es aufgrund technischer Funktionsstörungen oder sonstiger Ursachen zu einem Verlust der vom Spieleanbieter gespeicherter Daten oder zu einer Löschung oder Sperrung des Benutzerkontos des Spielers – sodass der Spieler nicht mehr auf seine Daten oder die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen zugreifen kann – so entspricht dies nicht den sich aus dem Online-Nutzungsvertrag ergebenden Anforderungen. Es liegt mithin eine Vertragswidrigkeit im Sinne des Art. 7 lit. a und b RL vor.

Nach nationalem Recht ist bei einem Verlust der Daten ein Mietmangel anzunehmen, bei dem die Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 S. 3 BGB ohne Weiteres überschritten sein dürfte. Zu dieser Fallgruppe zählen auch Konstellationen, in denen der Spieleanbieter aufgrund technischer Funktionsstörungen oder sonstiger Ursachen Daten des Spielers überschreibt oder Daten des Spielers zerstört, so dass letzterer keinen Zugriff mehr auf diese hat.⁴⁹⁸ Kommt es zu einem Überschreiben, der Zerstörung oder sonstigem Verlust

⁴⁹⁶ Hierzu noch ausführlich unten, Kapitel 3.5.2.3.

⁴⁹⁷ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 88.

⁴⁹⁸ Vgl. zu dieser Fehlergruppe *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1282.

der vom Spieleanbieter gespeicherter Daten, kann dies nicht nur den laufzeitbezogenen Online-Nutzungsvertrag, sondern auch punktuelle Austauschverträge tangieren. So ist es denkbar, dass der Verbraucher z. B. virtuelle Rechtsgüter im Rahmen eines punktuellen Austauschvertrages erworben hat und diese ebenfalls vom Datenverlust betroffen sind, da sie regelmäßig nicht auf dem Client-Rechner, sondern auf dem Spielserver abgespeichert werden. Betroffen wäre hierdurch also ein vom Online-Nutzungsvertrag separierter und als Rechtskauf⁴⁹⁹ einzustufender Vertrag. Der Verlust des virtuellen Gegenstandes würde mithin eigene Gewährleistungsrechte des Verbrauchers bezogen auf den punktuellen Austauschvertrag begründen, die parallel neben den Rechten aus dem gestörten Online-Nutzungsvertrag bestünden. Ebenso ist es nicht ausgeschlossen, dass virtuelle Güter im Extremfall zu nicht lesbaren Daten reduziert werden, wenn der Anbieter z. B. Aktualisierungen in der Online-Spielwelt vornimmt. Haben Anpassungen der Onlinewelt bzw. der Spieleserver⁵⁰⁰ Auswirkungen auf die vom Spieler erworbenen digitalen Güter in der Form, dass die tatsächliche Ist-Beschaffenheit nicht mehr der vereinbarten Soll-Beschaffenheit entspricht, dann ist ein Mangel im Überlassungsvertrag anzunehmen.⁵⁰¹

Sollte der Spieleanbieter keine oder bloß unzureichende Möglichkeiten zur Datensicherung zur Verfügung stellen, obgleich dies vertraglich im Rahmen des Online-Nutzungsvertrages oder des Abschlusses des Premium-Accounts vorgesehen sind, dann würde dies ebenfalls zur Annahme einer Vertragswidrigkeit im Sinne des Art. 7 lit. a und b RL bzw. eines Mietmangels nach nationalem Recht führen.

3.4.4.7 Funktionsdefizite und Funktionsmängel

Ein im Bereich der Softwareprogramme bedeutsamer Fehlertyp stellen Funktionsdefizite dar. Ein Funktionsdefizit liegt immer dann vor, wenn das Programm bestimmte Funktionen nicht enthält, obgleich das Programm diese Funktionen nach der Parteivereinbarung oder nach üblicher Anschauung bieten sollte.⁵⁰² Hiervon ist die Fehlergruppe der Funktionsmängel zu unterscheiden. Während bei Funktionsdefiziten die relevanten Funktionen überhaupt nicht vorhanden sind, sind diese bei Funktionsmängel zwar vorhanden, werden aber fehlerhaft ausgeführt.⁵⁰³

3.4.4.7.1 Funktionsdefizite

Die Lösung der Frage, wie Funktionsdefizite zu behandeln sind, ist im Grunde einfach. Soweit das vertraglich Vereinbarte (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 7 lit. a RL) oder das, was „üblich“ (§ 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB; Art. 8 Abs. 1 lit. b RL) ist bzw. für gewöhnlich (§ 434 Abs. 1 Nr. 1; Art. 8 Abs. 1 lit. a RL) oder „vernünftigerweise“ (Art. 8 Abs. 1 lit. b RL) erwartet werden darf, nicht erfüllt ist, liegt ein Mangel bzw. eine Vertragswidrigkeit vor. Bei genauerer Betrachtung ergeben sich aber durchaus Probleme. Im Hinblick auf den Mietvertrag (bzw. das Online-

⁴⁹⁹ Bei einem vorherigen Erwerb von digitaler Währung und einem Tausch dieser gegen (andere) virtuelle Güter wäre ein Tauschvertrag nach § 480 BGB und damit ebenfalls das kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht einschlägig.

⁵⁰⁰ Diese Änderungen muss der Anbieter regelmäßig vornehmen, um die Stabilität der Plattform aufrechtzuerhalten.

⁵⁰¹ Ausführlich zu dieser Fallkonstellation: *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 309 ff.

⁵⁰² Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1490.

⁵⁰³ Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1490.

Spiel) stellt sich allerdings nach nationalem Recht wiederum die Problematik, dass die Erheblichkeitsschwelle für die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch vergleichsweise höher anzusetzen ist. Denn § 536 Abs. 1 S. 1 BGB verlangt für die Eröffnung der mietrechtlichen Gewährleistungsrechte, dass der Gebrauchswert erheblich gemindert sein muss.

Ein Funktionsdefizit liegt z. B. vor, wenn das digitale Spiel oder der erworbene virtuelle Gegenstand – wenngleich diese keinerlei Funktionsmängel ausweisen und sämtliche vorhandenen Funktionen einwandfrei laufen – bestimmte Funktionen, die vertraglich vereinbart wurden, nicht aufweisen. Etwa weil sich das Spiel oder der überlassene virtuelle Gegenstand nicht auf die vereinbarte (oder übliche) Art und Weise verwenden lässt oder das Erscheinungsbild nicht der Parteivereinbarung entspricht. Dennoch stellt sich die Frage, was z. B. für einen bestimmten virtuellen Gegenstand üblich ist oder was von diesem vernünftigerweise erwartet werden darf. Denkbar wäre beispielsweise, dass das vom Spieler erworbene Kleidungsstück oder die Rüstung nicht zu einer zuvor angegebenen Erscheinung führt; oder dass der vom Spieler erworbene Begleiter nicht Gold und sonstige Beutestücke aufsammelt, obgleich die für den Kauf ausschlaggebende Beschreibung anderes versprochen hatte. Hier bereiten die Standards der Üblich- und Vernünftigkeit durchaus Kopfzerbrechen, denn eine gewisse „künstlerische Freiheit“ oder „Trickyness“, die das Spiel von anderen Spielen am Markt unterscheidet, muss wohl zugestanden werden. Eindeutiger ist es demgegenüber, wenn das Client-Spiel für einen *Coop-Modus* (dies ist eine spezielle Mehrspielervariante)⁵⁰⁴ nicht geeignet ist, obwohl dies ausdrücklich in der Spielbeschreibung enthalten war.

Auch ein Spiel, dass z. B. auf einer veralteten „*Spiel-Engine*“ betrieben wird und hierdurch möglicherweise vom Funktionsumfang, von der bildlichen Darstellung oder sonstigen spielerischen Anwendungen nicht die Funktionen bietet, die bei gleichartigen aktuellen Spielen üblich sind bzw. der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann, könnte eventuell als Spiel mit Funktionsdefiziten bewertet werden. Eine Vertragswidrigkeit aufgrund eines (konzeptionell) veralteten Spiels zu konstruieren, dürfte für den Verbraucher aber stets mit Risiken verbunden sein, da auch ältere Spiele immer noch als Handelsware geeignet sind.⁵⁰⁵ Jedenfalls dürfte das alleinige Vorhandensein eines leistungsfähigeren digitalen Spiels auf dem Markt noch keine Vertragswidrigkeit begründen, sondern vielmehr Ausdruck eines freien Wettbewerbs sein.⁵⁰⁶

3.4.4.7.2 Funktionsmängel

Unter einem Funktionsmangel ist das technische Versagen einzelner (vorhandener) Programmfunktionen zu verstehen.⁵⁰⁷ Entscheidend ist, dass das Computerprogramm ein bestimmtes Ergebnis erzielen soll und auch entsprechende Programmfunktionen enthält, diese aber nicht den gewünschten Erfolg bringen.⁵⁰⁸ Ein derartiges technisches Versagen, das im Englischen auch als „*bug*“ oder „*glitch*“⁵⁰⁹ (nachfolgend **Bug**) bezeichnet wird, führt im

⁵⁰⁴ Siehe hierzu z. B. die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem Eintrag <https://de.wikipedia.org/wiki/Koop-Modus> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁵⁰⁵ Derartige Spiele haben insb. bei Nostalgikern, Sammlern und sonstigen Spieleliebhabern Kultstatus.

⁵⁰⁶ Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1449.

⁵⁰⁷ Vgl. *Hoeren*, IT-Recht, S. 146.

⁵⁰⁸ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1473.

⁵⁰⁹ Ein Grund für die immer häufiger auftretenden Programmierfehler liegt darin, dass die Entwicklung von Spielen immer komplexer wird und eine immer größer werdende Zahl an

Extremfall dazu, dass die Ausführung des Softwareprogramms abgebrochen wird („Absturz“⁵¹⁰). Neben Spielabstürzen kann das Programm in kritischen Fällen in einen Zustand übergehen, in dem es keine Benutzereingaben mehr akzeptiert („Einfrieren“, „Hängen“, im Englischen „Lag“). Außerdem kann es zu einer instabilen Bildwiederholungsrate kommen (sog. „Framerate-Einbrüche“ oder „FPS-Drops“), die sich in „ruckelnden“ Spielsequenzen äußert. Im Durchschnitt besitzt jedes größere neu entwickelte Spiel um die 10.000 Bugs.⁵¹¹ Viele Bugs werden zudem erst sichtbar, wenn eine hohe Zahl an Spielern in der Spielwelt interagiert. Selbst bei akribischster Qualitätskontrolle ist es mithin schier unmöglich, dass ein völlig Bug-freies Spiel veröffentlicht wird.⁵¹² Zudem können manche Bugs durchaus unterhaltsam sein, für Popularität sorgen und für den Spieler neben dem Spiel-Spaß mitunter gar Spiel-Vorteile bringen.

In den harmloseren Fällen führen Programmierfehler zu Grafikfehlern, durch die beispielsweise Objekte in der Spielwelt nicht korrekt angezeigt werden oder bestimmte Effekte ausgenutzt werden können (etwa das Betreten von Häusern, die im Hauptspiel eigentlich nicht betretbar sein sollten). Da Programmierfehler bei Computerprogrammen bekanntermaßen nie auszuschließen sind⁵¹³ und nicht jedes technische Versagen unmittelbar das „Gameplay“ des Spielers negativ beeinflusst, führt auch nicht jeder Schreibfehler im Programmcode zu der Annahme einer Vertragswidrigkeit. Insoweit besteht die Verkehrserwartung dahingehend, dass solche „kleinen“ Fehler in Spielen regelmäßig enthalten sind.⁵¹⁴ Vor allem bei einfachen Grafikfehlern und sonstigen eher geringfügigen Programmierfehlern, die den Spielfortschritt nicht oder nur ganz unwesentlich behindern, wird man wohl innerhalb der unbestimmten Rechtsbegriffe „Eignung für gewöhnlichen Zweck“ und „Verfügen von üblichen Leistungsmerkmalen“ eine „Gewöhnlichkeit“ und „Üblichkeit“ der Programmierfehler respektive eine „übliche Beschaffenheit“ § 434 Abs. 1 Nr. 2 BGB; Art. 8 Abs. 1 lit. a und b RL) annehmen und damit die Vertragsmäßigkeit in objektiver Hinsicht in diesen Fällen bejahen können.⁵¹⁵ Für den Mietvertrag bzw. das Onlinespiel ist unter dem nationalen Recht wiederum zu berücksichtigen, dass sich die Mangelhaftigkeit der virtuellen Spielumgebung nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB (und nicht nach § 434 Abs. 1 BGB) richtet, womit die Erheblichkeitsschwelle etwas höher anzusetzen ist.

Schwieriger als die Beurteilung, ob beständige „Spielabstürze“, die ganz offensichtlich eine starke Beeinträchtigung darstellen, vertragswidrig sind, ist für den Spieler wohl die Frage zu beantworten, worauf diese Spielabstürze zurückzuführen sind. Die Ursache hierfür muss nicht zwingend in Programmierfehlern zu suchen sein. So können die Abstürze auf die Computerumgebung des Spielers (Inkompatibilität) zurückzuführen sein; genauso kann es

Marktteilnehmern beteiligt ist. Hinzu kommt, dass viele Spiele parallel für den PC, Konsole und mobile Endgeräte (und hier häufig nicht nur für die aktuelle Hardware, sondern auch für das Vorgängermodell) entwickelt werden. Zugleich steigt der Druck auf die Entwickler durch immer kürzere *Release-Zyklen*. Insb. bei *Triple-A* Spielen (wie z. B. *Fifa*, *GTA*, *Assassins's Creed*, *Battlefield* etc.) gibt es fast jährlich Neuauflagen. Die Fehlersuche kommt hierbei oft zu kurz. Stattdessen versuchen die Hersteller häufig durch sog. *Patches* unmittelbar nach dem Spiel-Release („*Day-One-Patch*“) die wesentlichen Programmierfehler zu beheben.

⁵¹⁰ So das LG Bonn Urt. v. 15.01.2008, Az. 10 O 383/06, CR 2008, 767.

⁵¹¹ Vgl. Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 52.

⁵¹² Hierzu Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 52.

⁵¹³ Vgl. Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 52.

⁵¹⁴ Vgl. Rauda, Recht der Computerspiele, Rn. 718; hierzu bereits oben, Kapitel 3.4.1.

⁵¹⁵ So auch Rauda, Recht der Computerspiele, Rn. 718.

sein, dass das Client-Spiel (z. B. durch Virenbefall oder weil der Spieler versehentlich wichtige Programmkomponenten gelöscht hat) beschädigt ist. Dies zutreffend festzustellen, dürfte dem Verbraucher ohne sachverständige Unterstützung in den seltensten Fällen gelingen. Sollte der Verbraucher die Client-Software von einem Händler erworben, den Online-Nutzungsvertrag hingegen mit dem Spielehersteller selbst abgeschlossen haben – sind die Vertragspartner der beiden Verträge mithin personenverschieden – stellt sich für den Verbraucher zudem die Schwierigkeit, den „richtigen“ Anspruchsgegner zu bestimmen. An dieser Stelle hilft die Richtlinie, wie bereits wiederholt moniert wurde, nicht weiter. Auch die Beweislastumkehr (Art. 12 RL) hilft einem Spieler, der bereits an der Identifizierung des richtigen Vertragsgegners scheitert, sodann nur bedingt weiter.

3.4.4.8 Early-Access-Games

Spannend wird die Frage der Vertragsmäßigkeit eines Computerspiels, wenn es vor der offiziellen Veröffentlichung als sog. „*Early-Access-Game*“ (nachfolgend **Early-Access-Game**) erscheint. Im Falle eines Early-Access-Games bringen die Entwickler ein Computerspiel bewusst in einem frühen Entwicklungsstadium (oftmals auf den Online-Vertriebsplattformen wie *Steam*) im *Beta- oder Alphastatus* auf den Markt (nachfolgend **Beta-Version**). Das Spiel kann, obgleich es noch nicht fertiggestellt ist, bereits gespielt werden.⁵¹⁶ Vor allem kleinere Spieleentwickler nutzen gerne diese Möglichkeit, da sie mit den Einnahmen aus dem „Early-Access-Verkauf“ ihre Arbeit fortsetzen können und zusätzlich Fehlerberichte oder Verbesserungsvorschläge von den Spielern erhalten. Insoweit muss der Spieler damit rechnen, dass dieses Spiel noch einige (und möglicherweise gar grobe) Fehler aufweist. Hierauf lassen sich viele Spieler jedoch gerne ein, da sie sich zum einen praktisch an der Entwicklung des Spiels beteiligen können und zum anderen bei Early-Access-Games vergleichsweise großzügige Preisnachlässe gegeben werden.

Nach nationalem Recht dürfte das Auftreten von Fehlern in „unfertigen“ Client-Spielen (Kaufvertrag) unter die negative Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB subsumiert werden können. Auf die subsidiären objektiven Kriterien in § 434 Abs. 1 S. 2 BGB würde es aufgrund der vorrangigen Beschaffenheitsvereinbarung nicht ankommen. Ähnliches gilt für Onlinespiele (Mietvertrag), auch hier ist an erster Stelle auf die Beschaffenheitsvereinbarung und, liegt eine solche nicht vor, auf den üblichen oder gewöhnlichen Gebrauch abzustellen. Soweit ein Early-Access-Game eindeutig als solches deklariert ist, was in der Praxis regelmäßig der Fall ist, ist somit sowohl für Client- wie auch für Onlinespiele die Beschaffenheitsvereinbarung (die lediglich ein Spiel im Entwicklungsstadium verspricht) maßgeblich.

Diffiziler ist hingegen die Bewertung von Early-Access-Games unter der Richtlinie. Denn die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit (Art. 8 RL) treten zu den subjektiven Anforderungen (Art. 7 RL) hinzu und müssen kumulativ erfüllt sein. Erfüllt das Spiel nicht das, was „üblich“ ist oder „vernünftigerweise“ erwartet werden darf (Art. 8 Abs. 1 lit. b RL) oder entspricht die Zweckeignung nicht dem, wofür Spielen derselben Art genutzt werden (Art. 8 Abs. 1 lit. a RL), so liegt eine Vertragswidrigkeit vor, es sei denn, diese Abweichungen werden unter den erschwerten Bedingungen des Art. 8 Abs. 5 RL ausdrücklich und

⁵¹⁶ Siehe hierzu z. B. die freie Enzyklopädie Wikipedia unter dem https://de.wikipedia.org/wiki/Early_access (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

gesondert vereinbart. Dies könnte eine konkludente Zustimmung zu der erhöhten Fehlerrate, die in der Zahlung des günstigeren Kaufpreises gesehen werden kann, eventuell ausschließen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass, soweit das Spiel als Early-Access-Game deklariert ist, der Verbraucher an dieses Spiel keine höheren (objektiven) Anforderungen stellen kann, als dies für Early-Access-Games, die typischerweise Fehler und Unzulänglichkeiten aufweisen, üblich und vernünftigerweise zu erwarten ist. Insoweit müsste das Spiel z. B. als Beta-Version deklariert sein, also die einfache Information über die Qualität und den (frühen) Entwicklungsstand des Spiels enthalten; dies beeinflusst die objektiven Anforderungen, die an das Spiel zu stellen sind, womit sich ein vertragliche Abweichen „nach unten“⁵¹⁷ unter den Bedingungen des Art. 8 Abs. 5 RL erübrigt und eben nur eine Beta-Version geschuldet ist.⁵¹⁸ Dies setzt allerdings voraus, dass die (einfache) Deklaration als Early-Access-Game für den Spieler hinreichend erkennbar und klar ist, sodass es für den Spieler eindeutig ist, dass er kein volltaugliches Spiel erwirbt.⁵¹⁹

3.4.4.9 Inkompatibilität

Im Hinblick auf die Behandlung von Inkompatibilitäten ergeben sich keine nennenswerten Änderungen, denn die Richtlinie nimmt keine Änderungen im Hinblick auf die Informationspflichten über die Funktionsweise und Interoperabilität, die von der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU vorgegeben werden vor. Sollten die Angaben zur Kompatibilität unrichtig sein oder fehlen, so liegt nach nationalem Recht ein subjektiver Mangel und nach der Richtlinie eine subjektive Vertragswidrigkeit vor.⁵²⁰

Soweit Änderungen am Rechnersystem des Verbrauchers dazu führen, dass auf Seiten des Verbrauchers die Anforderungen an die (vom Unternehmer angegebene) Kompatibilität nicht mehr erfüllt sind, so fällt dies selbstverständlich nicht in die Risikosphäre des Spielanbieters. Es liegt mithin kein Mangel bzw. keine Vertragswidrigkeit vor und der Verbraucher kann nicht etwa eine Aktualisierung (Art. 8 Abs. 2 RL) der Spielsoftware fordern.

3.4.4.10 Geringe Rechengeschwindigkeit

Die Rechengeschwindigkeit ist primär von der Leistungsfähigkeit der Hardware (PC, Konsole etc.) abhängig. Gleichwohl kann eine ineffiziente Programmierung – trotz grundsätzlich ausreichender Leistungsfähigkeit der Hardware – zu überlangen Laufzeiten des Computerprogramms führen.⁵²¹ Hiervon können einzelne Funktionen des digitalen Spiels betroffen sein (z. B. für lange Ladezeiten, für lange Wartezeiten bei der Datensicherung) oder es kann das gesamte Spiel ein unzureichendes Laufzeitverhalten aufweisen.⁵²²

⁵¹⁷ Entlehnt von *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (87).

⁵¹⁸ Diese Sichtweise vorziehend auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (87).

⁵¹⁹ I. d. S. auch *Faber*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 63 (87).

⁵²⁰ Ausführlich hierzu bereits oben, Kapitel 3.4.3.1.2.

⁵²¹ Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1518.

⁵²² Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1518.

In der Praxis wird von den Gerichten bei Beschwerden über mangelnde Rechengeschwindigkeit unter Beiziehung eines Sachverständigen von Einzelfall zu Einzelfall entschieden.⁵²³ Rechtsprechung dazu, wo die Grenze zwischen noch hinreichender Geschwindigkeit und inakzeptablen Laufzeitverhalten spezifisch bei digitalen Spielen zu ziehen ist, ist soweit ersichtlich, jedoch nicht vorhanden. Im Falle der einmaligen Bereitstellung (Client-Spiel) wäre nach nationalem Recht zur Ermittlung der Erheblichkeitsschwelle an erster Stelle auf die Parteienvereinbarung und, soweit eine solche nicht vorliegt, auf die gewöhnliche Verwendung und sodann auf die übliche Beschaffenheit abzustellen (§ 434 Abs. 1 BGB). Selbiges gilt im Grunde auch unter der Richtlinie (Art. 7 lit. a und b RL; Art. 8 Abs. 1 lit. a und b RL) – und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine punktuelle oder fortlaufende Bereitstellung handelt.

Etwas anders stellt sich dies nach nationalem Recht im Falle der fortlaufenden Bereitstellung (Online-Spiele) dar. Denn soweit eine vertragliche Vereinbarung vorliegt bzw. auf den vertragsgemäßen Gebrauch des Mietgegenstandes abzustellen ist, muss der Gebrauchswert erheblich gemindert sein (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB), andernfalls eine Mietminderung oder andere Gewährleistungsrechte außer Betracht bleiben. Die Erheblichkeitsschwelle ist demnach etwas höher anzusetzen. Unter der Richtlinie würden dennoch die Abhilfen gem. Art. 14 RL zur Verfügung stehen (wenngleich die Richtlinie abhängig von der Erheblichkeit des Mangels unterschiedliche Abhilfen bereithält⁵²⁴). Fehlt eine diesbezügliche Beschaffenheitsabrede, ist aber auch beim Mietvertrag der übliche oder gewöhnliche Gebrauch maßgeblich.

3.4.4.11 Kapazitätsmängel

Bei Client-Spielen können neben der Problematik der zu geringen Rechengeschwindigkeit auch Kapazitätsmängel auftreten. So benötigt z. B. das Konsolenspiel „*Red Dead Redemption II*“ für die Installation unglaubliche 150 *Giga-Byte* (GB) Speicherplatz.⁵²⁵ Daneben gibt es digitale Spiele, die benötigen gerade einmal einen Bruchteil hiervon, insbesondere ältere Client-Spiele benötigen nur wenige *Mega-Byte* (MB) Speicherplatz. Neben dem Festplattenspeicher ist auch der Bedarf, den das Spiel an den Arbeitsspeicher stellt, eine maßgebliche Größe.⁵²⁶

⁵²³ Für die Bejahung eines Fehlers soweit die Antwortzeiten in einem Mehrplatzsystem auf 30 Sekunden herabsinken: LG Essen Urt. v. 16.01.1986, Az. 43 O 129/84, CR 1987, 428 (431). Das KG Berlin Urt. v. 01.06.1990, Az. 14 U 4238/86, CR 1990, 768 (769) hat einen Mangel angenommen in dem Fall, in dem sich die Geschwindigkeit eines Druckers auf 20% reduziert hat. Nach Auffassung des LG Stuttgart Urt. v. 30.09.1993, Az. 16 S 185/93, CR 1994, 286 (286) ist das Fehlen von 5% Festplattenplatz mangels Erheblichkeit kein Mangel.

⁵²⁴ Hierzu noch ausführlich unten, Kapitel 3.5.2.3.

⁵²⁵ Siehe <https://www.pcgameshardware.de/Red-Dead-Redemption-2-Spiel-59923/News/Systemanforderungen-im-Erwartbaren-aber-viel-Speicherplatz-1334354/> (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁵²⁶ Der Arbeitsspeicher ist dafür verantwortlich, dass alle Daten so schnell wie möglich zur Verfügung gestellt werden. Wenn der Computer nicht über ausreichend Arbeitsspeicher verfügt, dann muss das Betriebssystem relevante Programmteile auslagern. Das hat zur Folge, dass Programme sehr viel langsamer starten und das ganze System nicht flüssig arbeitet; vgl. [https://www.mindfactory.de/Hardware/Arbeitsspeicher+\(RAM\).html](https://www.mindfactory.de/Hardware/Arbeitsspeicher+(RAM).html) (zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

Welche Speicherplatz- und welche Arbeitsspeicheranforderungen das jeweilige Spiel an die Hardwareumgebung des Spielers stellt, ist im Allgemeinen den Informationen auf der Verpackung bzw. der Produktbeschreibung auf Website (*Download, Online-Shop*) zu entnehmen. Die Speicherplatzgröße ist sodann Gegenstand der Parteivereinbarung. Überschreitet das Spiel die Leistung des Arbeitsspeichers, dann hängt es von der Leistung des Endgerätes ab, ob das Spiel noch störungsfrei bzw. überhaupt funktioniert: Auf einem Endgerät, das „gerade so“ die technischen Vorgaben erfüllt, würde das Spiel nicht ordnungsgemäß funktionieren und entweder gar nicht oder instabil „laufen“. Folge hiervon ist nicht selten, dass die Software häufiger „abstürzt“. Fehlt es an ausreichendem Speicherplatz, so lässt sich die Installation von Anfang an nicht durchführen oder sich zumindest nicht abschließen. Entspricht die Hardware des Verbrauchers den vom Spielanbieter benannten Anforderungen und treten dennoch Kapazitätsmängel auf, so liegt sowohl gem. § 434 Abs. 1 BGB als auch gem. Art. 7 lit. a und b RL eine subjektive Vertragswidrigkeit vor. Dies gilt selbst für den Fall, dass das Spiel auf einem Endgerät mit besserer Leistung einwandfrei funktioniert.

Deutlich schwieriger wird die Beurteilung einer Vertragswidrigkeit betreffend die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit des Art. 8 Abs. 1 lit. a und b RL, die kumulativ erfüllt sein müssen. Ob Spiele mit besonders hohen Anforderungen an Speicherplatz und Arbeitsspeicher sich „für die Zwecke eignen, für die die digitale Inhalte gewöhnlich genutzt werden“ und über Leistungsmerkmale verfügen, die „üblich sind“ und die der Verbraucher „vernünftigerweise erwarten kann“, dürfte angesichts der Komplexität und Unterschiedlichkeit von digitalen Spielen kaum seriös beantwortet werden können. Nur in absoluten Ausnahmefällen dürfte es dem Verbraucher (unter Heranziehung eines Sachverständigen) gelingen, eine „Unüblichkeit“ nachzuweisen, auf die sich eine Vertragswidrigkeit stützen kann. In den meisten Fällen werden sich die Spieleanbieter zudem darauf zurückziehen können, dass das Spiel aufgrund des darin enthaltenen Angebots eine bestimmte Rechnerleistung notwendig macht.

3.4.4.12 Computerviren

Computerviren⁵²⁷ sind sich selbst verbreitende Computerprogramme, welche sich in andere Computerprogramme einschleusen und sich damit reproduzieren (sog. Fähigkeit zur Selbstreproduktion). Einmal gestartet, können Computerviren Veränderungen am Betriebssystem oder an weiterer Software vornehmen (sog. Schadfunktion) und mittelbar auch zu Schäden an der Hardware führen.⁵²⁸ Sofern die gelieferte Client-Software oder sonstiger auf dem Client-Rechner zu speichernder „Digital Content“ eine Schadsoftware enthält, ist der Inhalt objektiv mangelhaft bzw. erfüllt er nicht die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit.⁵²⁹ Eine Vertragswidrigkeit kann sich auch dadurch ergeben, dass die Client-Software zwar keinen Computervirus, jedoch Sicherheitslücken enthält, die den Eintritt

⁵²⁷ Der Ausdruck Computervirus wird umgangssprachlich auch für Computerwürmer, Trojanische Pferde und sonstige Malware genutzt, da es oft Mischformen gibt und für Anwender der Unterschied kaum zu erkennen ist; zu den Unterschieden *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1527 ff.

⁵²⁸ Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1526.

⁵²⁹ In Folge können beim Käufer Mangelfolgeschäden an dessen Rechtsgütern entstehen. Hierzu zählen Schäden, die durch überschriebene oder sonst wie zerstörte Daten des Käufers entstehen.

von Schadsoftware überhaupt erst ermöglicht. Eine derartige Client-Software, die Sicherheitslücken enthält ist mangelhaft und vertragswidrig.⁵³⁰

3.4.4.13 Durch Aktualisierung bewirkte Vertragswidrigkeit

Da die Richtlinie – anders als das nationale Recht – dem Unternehmer zur Erhaltung der Vertragsmäßigkeit Aktualisierungen abverlangt (Art. 8 Abs. 2 RL) bedarf die Bereitstellung von Aktualisierungen und insbesondere die Frage, wie mit (negativen) Veränderungen des Vertragsgegenstandes umzugehen ist, die in Folge einer Aktualisierung entstanden sind, einer ausgiebigeren Betrachtung. Denn die Spielesoftware kann durch Updates und Patches des Anbieters nachträglich, also nach erfolgter Bereitstellung, gegebenenfalls derart verändert werden, dass sie nicht mehr denselben Funktionsumfang hat (Funktionsdefizit) oder Funktionsmängel aufweist.⁵³¹ Etwa weil die Aktualisierung zu einer Verlangsamung der Spielesoftware, zu Systemabstürzen oder zu sonstigen Funktionsstörungen der Spielesoftware oder des Betriebssystems des Verbrauchers führt. Durch Aktualisierungen kann es auch passieren, dass die Spielesoftware mit der digitalen Umgebung des Verbrauchers nicht mehr kompatibel ist, z. B. weil die Spielesoftware nach der Aktualisierung deutlich mehr Speicherplatz und Arbeitsspeicher benötigt, als die Hardwareumgebung des Spielers hergibt; oder dass das Spiel nach dem *Update* nur noch auf dem neuesten Betriebssystem ordnungsgemäß funktioniert.

3.4.4.13.1 Beurteilung nach nationalem Recht

Zum nationalen Recht ist vorzuschicken, dass aufgrund des bloßen Erwerbs von Standardsoftware (sei dies nun ein Client-Spiel, ein Add-Ons bzw. eine Expansion, DLC oder sonstige Client-Software) oder eines Zugangs zu einem Onlinespiel der Verkäufer nicht die Bereitstellung von *Updates* oder *Upgrades* schuldet, wenn eine solche Pflicht nicht explizit vertraglich vereinbart worden ist.⁵³² Zwar bewerben einige Hersteller ihre Spielesoftware häufig mit Aktualisierungen und Händler machen sich diese Aussagen zu eigen, jedoch stellen die Hersteller – üblicherweise in den Endnutzer-Lizenzvereinbarungen – die weitere Lieferung der Aktualisierungen meist in ihr freies Ermessen.⁵³³ Wenn der Spieleanbieter nach der Bereitstellung des Spiels keine Aktualisierung mehr vornimmt, dann kann dies nach der geltenden Rechtslage somit nicht zu einer Vertragswidrigkeit führen. Nur wenn die Parteien ausdrücklich eine Pflicht des Unternehmers, Aktualisierungen bereitzustellen, vertraglich vereinbart haben, kann hieraus eine Vertragswidrigkeit begründet werden. Erwirbt der Spieler später in einem separaten Vertrag eine (kostenpflichtige) Aktualisierung (z. B. für sein PC-Client-Spiel oder sein Konsolenspiel), so haftet der Verkäufer für die Mängelfreiheit der Aktualisierungs-Software (einschließlich der Korrektheit der Kompatibilitätsangaben) genauso wie beim Kauf eines digitalen Spiels.

⁵³⁰ Ausführlich zu Sicherheitslücken in der gekauften Software und die sich hieraus ergebenden Mängel *Raue*, NJW 2017, 1841 (1843).

⁵³¹ Umfassend zur Verschlechterung des Vertragsgegenstandes nach Updates *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82 (87).

⁵³² Umfassend zur Frage, ob dem Käufer ein Anspruch auf Software-Updates zusteht, mit dem Ergebnis, dass sich ein solcher Anspruch *de lege lata* nicht herleiten lässt, *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 (361). Vgl. auch *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1504; *Schwartmann*, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, Kap. 21 Rn. 130.

⁵³³ Vgl. *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 (356 f.).

Auch für Sicherheitsaktualisierungen finden sich im nationalen Recht keine spezifischen Regelungen. Abhängig von der Art des sicherheitsrelevanten Fehlers, dessen Auswirkungen und dem zeitlichen Auftreten des Fehlers kann jedoch die Frage zu stellen sein, ob nicht bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs ein Mangel bestanden hat; also der Sicherheitsmangel in der Software bereits „angelegt“ sein könnte und sich lediglich erst später gezeigt hat. Denn es kann sein, dass eine Sache bei Gefahrübergang den äußeren Umständen nach genügt, jedoch „wegen eines im Keim bereits vorhandenen Missstands“⁵³⁴ unter Umständen mangelhaft ist. Denn bei objektiver Betrachtung ist die Verwendungsuntauglichkeit schon angelegt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn in den einschlägigen Fachkreisen allgemein bekannt ist, dass die Ausnutzung einer Sicherheitslücke innerhalb eines Zeitraums zu erwarten steht, der deutlich kleiner ist als der zu erwartende Nutzungszeitraum der Spielesoftware.⁵³⁵ So könnte beispielsweise bereits bei Veröffentlichung des Spieltitels klar sein, dass kurzfristig Sicherheitsaktualisierungen notwendig sein werden. In diesem Falle dürfte ein Mangel des – bei Gefahrübergang ansonsten einwandfreien – Spieltitels bejaht werden können. Ob das tatsächlich der Fall ist, dürfte am Ende allerdings nur ein Sachverständiger seriös beantworten können. An dieser Stelle schafft die Richtlinie Klarheit, indem sie den Komplex der Sicherheitsaktualisierungen als Bestandteil der objektiven Anforderungen in die Vertragsmäßigkeit aufnimmt.

Vereinzelt wurde von den Gerichten bezogen auf den Bereich der Softwarepflege hochpreisiger Softwareprodukte die Vornahme von Softwareaktualisierungen als nebenvertragliche Pflicht angenommen.⁵³⁶ Diesen Entscheidungen lag aber – der hier nicht einschlägige – spezielle Fall zugrunde, dass im Anschluss an den Verkauf einer Software ein Pflegevertrag mit dem Verkäufer geschlossen wurde, den dieser nicht mehr verlängern wollte, obgleich das Programm noch in Benutzung war.⁵³⁷ Ein derartiger Anspruch auf Bereitstellung von Software-Aktualisierungen nach Gefahrübergang ohne Vorliegen eines Mangels lässt sich für den Bereich der Standardsoftware ohne den Abschluss eines Wartungsvertrages nicht als leistungssichernde Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB konstruieren.⁵³⁸

Die Frage, ob Mängel, die durch Aktualisierungen entstehen, von der bisherigen Rechtslage Gewährleistungsrechtlich erfasst sind, hängt von der vertragstypologischen Einordnung von Updates ab. Soweit die Aktualisierungen kostenpflichtig sind, ist sie genauso wie andere Standardsoftware auch zu behandeln. Behebt der Anbieter mit der Aktualisierung einen Programmfehler, der bereits bei Gefahrübergang vorlag, dann stellt dies eine Maßnahme des Anbieters im Rahmen der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers dar – mit

⁵³⁴ *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1504; *Orthwein/Bernhard*, CR 2009, 354 (355).

⁵³⁵ Vgl. *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 1504.

⁵³⁶ Das OLG Koblenz Ur. v. 27.05.1993, Az. 5 U 1938/92, NJW 1993, 3144 (3145) nimmt eine Pflicht zur Aufrechterhaltung des Softwarepflegevertrages zumindest für die Zeit an, in der die Software angeboten wird (hier 5 Jahre); nach Auffassung des LG Köln Ur. v. 16.10.1997, Az. 83 O 26/97, NJW-RR 1999, 1285 (1286) bestimmt sich die Dauer der Wartungspflicht des Anbieters unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien sowie nach Treu und Glauben nach dem „Lebenszyklus“ des Software-Programms zuzüglich fünf Jahre; das OLG Koblenz Ur. v. 12.01.2005, Az. 1 U 1009/04, MMR 2005, 472 (473), nimmt hingegen eine Wartungspflicht des Anbieters nur bei individueller vertraglicher Vereinbarung; kritisch auch *Bartsch*, NJW 2002, 1526 (1530), der davon ausgeht, dass zur Begründung einer nebenvertraglichen Pflicht eine Lücke im Vertrag bestehen muss.

⁵³⁷ Vgl. *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 (358).

⁵³⁸ Umfassend zur Frage, ob dem Käufer einer Software ein Anspruch auf Bereitstellung von *Software-Updates* zusteht vgl. *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 ff.

welcher im Rahmen der von dem Anbieter geschuldeten Nachbesserung die Softwarefehler im digitalen Spiel beseitigt werden sollen. Ein eigenständiger Vertrag entsteht durch die Zurverfügungstellung des *Patches* in diesem Fall folglich nicht. Ist der *Patch* fehlerbehaftet, so ist keine ordnungsgemäße Mängelgewährleistung erfolgt. Dem Spieler stehen in diesem Falle im Hinblick auf die erneut oder die immer noch mangelhafte Sache weiterhin Gewährleistungsrechte zu.⁵³⁹

Offen bleibt mithin die Frage, wie Aktualisierungen einzuordnen sind, die über die Mängelgewährleistung hinausgehen und vom Anbieter kostenfrei zur Verfügung gestellt werden.⁵⁴⁰ Ein Werk- oder Dienstvertrag oder auch ein Miet- oder Pachtvertrag scheiden sodann schon wegen der Unentgeltlichkeit aus. Denkbar wäre hingegen die Annahme eines Auftrages, da Wesensmerkmal des Auftrages die Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung ist.⁵⁴¹ Allerdings handelt es sich auch beim Auftrag (genauso wie beim Werkvertrag) um einen Vertragstypus, der zu einer Tätigkeit verpflichtet. Zu einer Tätigkeit wird der Anbieter nach Zurverfügungstellung der Client-Software aber gerade nicht verpflichtet. Vielmehr räumt sich der Anbieter in den Nutzungsvereinbarungen regelmäßig das Recht ein, *Patches* nach freiem Ermessen zur Verfügung zu stellen.

Dies spricht jedoch nicht gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens des Anbieters. Ob ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, ist nicht nach dem nicht in Erscheinung getretenen inneren Willen des Leistenden zu beurteilen, sondern danach, ob der Leistungsempfänger unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste. Es kommt darauf an, wie sich dem objektiven Beobachter das Handeln des Leistenden darstellt. Eine vertragliche Bindung wird insbesondere dann zu bejahen sein, wenn erkennbar ist, dass für den Leistungsempfänger wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art auf dem Spiel stehen und er sich auf die Zusage des Leistenden verlässt oder wenn der Leistende an der Angelegenheit ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse hat.⁵⁴²

Vorliegend lässt sich ein erkennbarer Rechtsbindungswille des Spielers und des Anbieters annehmen, da der Spieler ein Interesse daran hat, dass bestehende Fehler behoben oder das Spiel aktualisiert wird. Jedenfalls besteht aber auch ein erhebliches Interesse des Spielers daran, dass die Aktualisierung keine negativen Auswirkungen auf das digitale Spiel hat und er es weiterhin wie vertraglich vorgesehen nutzen kann. Der Anbieter auf der anderen Seite hat ein Interesse daran, den Spieler durch die kontinuierliche Aktualisierung, Fehlerbehebung und Verbesserung des Spiels an das digitale Spiel zu binden und so den Lebenszyklus eines Spiels zu verlängern (und damit dessen Wirtschaftlichkeit zu erhöhen). Die entgeltlose Zurverfügungstellung eines *Patches* als Softwarebestandteil – ohne, dass der Anbieter hierzu im Rahmen der Nachbesserung oder eines Dauerschuldverhältnisses verpflichtet ist – dürfte daher im Ergebnis als Schenkungsvertrag⁵⁴³, Vertrag *sui generis*

⁵³⁹ Vgl. von dem Bussche/Schelinski, in: Leupold/Glossner, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Teil 1 Rn. 212.

⁵⁴⁰ Auf die Gewährleistungspflichten nach nationalem Recht wird in Kapitel 3.5.1 noch ausführlich eingegangen.

⁵⁴¹ Busche, in: MünchKomm zum BGB, § 631 Rn. 22.

⁵⁴² BGH Urt. v. 21.06.2012, Az. III ZR 290/11, BeckRS 2012, 14989.

⁵⁴³ Die für den Schenkungsvertrag maßgebliche (entgeltlose) Vermögensverschiebung liegt in der Zurverfügungstellung des Softwarebestandteils. Dabei dürfte es keine Rolle spielen, ob dieser Softwarebestandteil auf dem Rechner des Spielers oder aber auf dem Server des Anbieters

oder als sonstiges Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftlichem Einschlag einzuordnen sein.⁵⁴⁴ Ein Rechtsbindungswille ist nach alledem zwar nicht bzgl. eines Leistungsanspruchs, jedoch im Hinblick auf Sekundärrechte des Spielers anzunehmen. Denn sollten die *Patches* das digitale Spiel in irgendeiner Form negativ beeinflussen, sodass es im schlimmsten Fall nicht oder nur noch eingeschränkt spielbar ist, dann wird unter Berücksichtigung der gegenseitigen Interessen eine Haftung des Anbieters mit entsprechenden Sekundärrechten des Spielers anzunehmen sein.

In jenen Fällen, in denen zwischen dem Spieler und dem Anbieter ein Vertragsverhältnis zur Nutzung der auf den Servern des Anbieters gelagerten Software besteht (Online-Nutzungsverträge bzw. Server-Nutzungsverträge), dürfte sich die Verpflichtung des Anbieters zur Fehlerbehebung von Softwarefehlern hingegen direkt aus diesem typengemischtem Vertrag ergeben. Hier stellt sich die Pflicht des Anbieters auf Aktualisierung und Fehlerbehebung des digitalen Spiels als Annex des typengemischten Vertrages zur Nutzung der Online-Spielwelt dar. Nur noch bei wenigen (aktuellen) Spielen erwirbt der Spieler lediglich das digitale Spiel ohne mit dem Spieleanbieter einen zusätzlichen – kostenlosen oder kostenpflichtigen – Server-Nutzungsvertrag abzuschließen. Deshalb dürfte sich die Verpflichtung zur Fehlerbehebung von nachträglich eingetretenen Softwarefehlern in der Mehrzahl der Fälle als Annex aus dem typengemischtem Vertrag darstellen. Nur in den seltensten Fällen dürfte die Verpflichtung zur Fehlerbehebung als eigenständiges Vertragsverhältnis beruhend auf einem Schenkungsvertrag, einem Vertrag *sui generis* oder einem Gefälligkeitsverhältnis mit rechtsgeschäftlichem Einschlag einzuordnen sein.

3.4.4.13.2 *Beurteilung nach der Richtlinie*

Art. 8 Abs. 2 RL sieht vor, dass der Unternehmer zwecks Wahrung der Vertragsmäßigkeit gegebenenfalls auch Aktualisierungen schuldet. Dies bei fortlaufender Bereitstellung für die vereinbarte Vertragsdauer und bei punktueller Bereitstellung für die Dauer, die sich der Verbraucher je nach Art und Zweck des Vertragsgegenstandes, der Umstände und der Art des Vertrages „vernünftigerweise“ erwarten kann.⁵⁴⁵

3.4.4.13.2.1 *Verantwortlichkeit des Unternehmers für Aktualisierungen*

Folgerichtig haftet der Unternehmer, soweit er von der Richtlinie zur Bereitstellung von Aktualisierungen verpflichtet ist, sodann auch – entsprechend der allgemeinen Vorgaben für die Vertragsmäßigkeit – für die subjektive und objektive Mangelfreiheit der von ihm aufgrund dieser Pflicht bereitgestellten Aktualisierungen. Die Richtlinie behandelt diese Konstellation zwar nicht ausdrücklich. Jedoch ist ErWG 44 hierzu zu entnehmen, dass „fehlerhafte oder unvollständige Aktualisierungen“, seien diese nun vertraglich vereinbart (Art. 7 lit. d RL) oder zur Wahrung der Vertragsmäßigkeit (Art. 8 Abs. 2 RL) geschuldet, ebenfalls als Vertragswidrigkeiten zu betrachten sind.⁵⁴⁶ Damit stehen dem Spieler die Abhilferechte

gespeichert wird. Schließlich hat der Spieler in beiden Fällen die Möglichkeit, auf den Softwarebestandteil solange ungehindert zuzugreifen, wie das Spiel existiert. Bei der Lagerung des *Patches* auf den Servern des Anbieters wird dies durch den Vertrag zur Nutzung der Onlinewelt und damit der Spielserver des Anbieters sichergestellt.

⁵⁴⁴ Umfassend zu Gefälligkeitsverhältnissen *Olzen*, in: Löwisch, Staudinger BGB Buch 2, § 241 Rn. 73, 401 ff., 404 ff.

⁵⁴⁵ Hierzu bereits oben, Kapitel 3.4.3.2.1.

⁵⁴⁶ Hierzu auch *Zinner*, VuR 2019, 241 (242).

nach Art. 14 RL zu. Gleiches ist selbstverständlich auch für Aktualisierungen, die der Unternehmer im Rahmen seiner Gewährleistungspflichten vornimmt, um Mängel zu beheben; auch hier haftet der Unternehmer, wenn der Mangel dennoch nicht behoben ist oder sich durch die Aktualisierung neue Mängel ergeben.⁵⁴⁷

Da der Unternehmer hiernach jedoch nur für Aktualisierungen haftet, die er entweder aufgrund vertraglicher Vereinbarung schuldet (Art. 7 lit. d RL) oder zwecks Wahrung der Vertragsmäßigkeit bereitzustellen hat (Art. 8 Abs. 2 RL), bleibt zunächst die Frage offen, ob und inwieweit der Unternehmer für fehlerhafte oder unvollständige Aktualisierungen haftet. Nämlich in den Fällen, in denen er ohne hierzu gem. Art. 7 lit. d oder Art. 8 Abs. 2 RL verpflichtet zu sein, Aktualisierungen bereitstellt oder vornimmt. Dies ist gerade bei digitalen Spielen häufig der Fall und dient nicht zuletzt der Kundenzufriedenheit.

Soweit der Unternehmer aus eigenem Antrieb und ohne hierzu verpflichtet zu sein, Aktualisierungen bereitstellt und dem Kunden überlässt, ob er diese Aktualisierung z. B. herunterladen und installieren will, ist zu fragen, ob die Aktualisierung überhaupt in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist gem. Art. 3 Abs. 1 RL eröffnet, wenn der Verbraucher dem Kunden für die Aktualisierung einen „Preis“ bezahlt oder dem Unternehmer personenbezogene Daten zur Verfügung stellt, die der Unternehmer nicht ausschließlich zur Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen verarbeitet. Ist dies der Fall, so gelten die Regelungen zur Vertragsmäßigkeit für Aktualisierungen genauso wie für alle anderen digitalen Inhalte oder Dienstleistungen auch. Ist dies nicht der Fall, so ist der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet und können allenfalls die nationalen Regelungen zum Tragen kommen.

3.4.4.13.2.2 *Recht des Unternehmers zur Änderung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen*

Eine andere Konstellation liegt vor, wenn der Unternehmer an einem Onlinespiel Änderungen bzw. Aktualisierungen vornimmt. Diese Konstellation ist in der Richtlinie, wenngleich diese Bestimmungen nicht jenen zur Vertragsmäßigkeit unterstellt wurden, mit Art. 19 RL ausdrücklich bedacht.⁵⁴⁸ Denn Art. 19 RL definiert die Voraussetzungen, unter welchen der Unternehmer berechtigt ist, digitale Inhalte und Dienstleistungen zu ändern, die er dem Verbraucher im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses⁵⁴⁹ bereitstellt oder zugänglich macht.

Konkret bestimmt Art. 19 Abs. 1 RL, dass der Unternehmer über das zur Erhaltung der Vertragsmäßigkeit gem. Art. 7 und 8 der Richtlinie erforderliche Maß, hinausgehende Änderungen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen⁵⁵⁰ vornehmen kann, soweit folgende Bedingungen erfüllt sind:

- a) Der Vertrag gestattet eine solche Änderung und enthält einen triftigen Grund dafür;

⁵⁴⁷ I. d. S. auch *Wendehorst*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 111 (127).

⁵⁴⁸ Näher zu Art. 19 RL *Bach* NJW 2019, 1705 (1707); *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497 (2501); *Schulze*, ZEuP 2019, 695 (715).

⁵⁴⁹ Das bedeutet im Umkehrschluss, dass bei einer Einmallieferung von Spielesoftware über die Aktualisierungspflichten hinaus kein Recht zur – einseitigen – nachträglichen Modifikation besteht, und zwar mangels Disponibilität der Richtlinienvorschriften nicht einmal dann, wenn der Vertrag eine solche Modifikation ausdrücklich vorsieht; vgl. *Bach*, NJW 2019, 1705 (1707).

⁵⁵⁰ Die dem Vertrag zufolge dem Verbraucher während eines Zeitraums bereitzustellen oder zugänglich zu machen sind.

- b) die Änderung ist für den Verbraucher nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden;
- c) der Verbraucher wird in klarer und verständlicher Weise von der Änderung in Kenntnis gesetzt.

Sind diese Bedingungen erfüllt, so hat der Verbraucher bzw. der Spieler diese Änderungen zu dulden und ihm stehen keine Abhilferechte oder ein Ausgleich zu. Hiermit anerkennt die Richtlinie das Interesse des Unternehmers, bei laufzeitbezogenen Verträgen die Vertragsleistung (einseitig) anzupassen oder anderweitig zu ändern.⁵⁵¹

Diese Regelung besitzt nun gerade für Onlinespiele hohe Bedeutung. Denn bei Onlinespielen kommt es häufig zu Änderungen, die zumeist der Steigerung der Attraktivität des Spieles dienen. Mit neuen Funktionen, virtuellen Gegenständen, Karten und Missionen, Charakteren etc. sollen das Interesse des Spielers am „Weiterspielen“ aufrechterhalten und die Abonnentenzahlen nach Möglichkeit gesteigert werden. Auch kann der Spielebetreiber, erkennt er spieltechnische Verwerfungen oder Ungleichgewichte, mit entsprechenden Änderungen die Spielbalance wiederherstellen. Aus diesem Grunde behalten sich die Spieleanbieter in der Endnutzerlizenzvereinbarung (EULA) typischerweise Änderungen vor. Häufig ist dort zu lesen, dass der Anbieter berechtigt ist, Änderungen oder Ergänzungen vorzunehmen; der Kunde in diesem Fall mittels besonderen Hinweises hiervon in Kenntnis gesetzt wird und, soweit der Kunde nicht innerhalb einer vorbestimmten Frist (die zumeist zwischen vier bis sechs Wochen beträgt) keinen Einwand erhebt, die fortgesetzte Nutzung der Plattform bedeutet, dass der Spieler der geänderten Vereinbarung zugestimmt hat.⁵⁵² Hier stellt sich jedoch eine andere Hürde: Art. 19 Abs. 1 lit. a RL verlangt (neben der Information des Verbrauchers nach lit. c), dass der Vertrag einen „triftigen Grund“ für solche Änderungen enthält. Diese Hürde liegt zwar nicht allzu hoch, da ErWG 75 hierzu erläutert, dass auch Fälle umfasst sein sollen, in denen die Änderung erforderlich ist, um die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen z. B. an eine neue technische Umgebung oder an eine erhöhte Nutzerzahl anzupassen, oder in denen sie aus anderen wichtigen betriebstechnischen Gründen erforderlich ist. Es sind mithin nicht nur Gründe, die sich aus der technologischen Entwicklung ergeben, sondern auch solche, die in der Sphäre des Unternehmers liegen, umfasst.⁵⁵³ Die Gründe für Änderungen, die sich der Spieleanbieter vorbehält, müssen im EULA künftig jedoch definiert werden – und einer dieser Gründe muss *in concreto* dann auch vorliegen.⁵⁵⁴ Insoweit werden die Spieleanbieter ihre EULAs anpassen müssen.

Anderes gilt allerdings, wenn sich die Änderungen nachteilig für den Verbraucher auswirken sollten. Denn Art. 19 Abs. 2 RL bestimmt hierzu, dass, soweit die „Beeinträchtigung“ nicht „nur geringfügig“ ist, der Verbraucher sehr wohl berechtigt ist, den Vertrag zu beenden. Ist die Beeinträchtigung nicht nur geringfügig, so hat der Unternehmer den Verbraucher zudem gem. Art. 19 Abs. 1 lit. d RL innerhalb einer angemessenen Frist im Voraus mittels eines

⁵⁵¹ So kann beispielsweise der hohe Aktualisierungsaufwand für eine alte Software dadurch vermieden werden, dass der Verbraucher mit einer neuen Version dieses Produkts ausgestattet wird, siehe *Schulze*, ZEuP 2019, 695 (715).

⁵⁵² So z. B. Ziff. 9 der EULA der *Blizzard Entertainment*, vgl. <https://www.blizzard.com/de-de/legal/08b946df-660a-40e4-a072-1fbde65173b1/blizzard-endnutzerlizenzvereinbarung>; ähnlich Ziff. 14 der *Electronic Arts* Nutzervereinbarung, vgl. <https://tos.ea.com/legalapp/WEB-TERMS/US/de/PC/#ChangestothisAgreement> (beide zuletzt abgerufen am 01.03.2020).

⁵⁵³ I. d. S. auch *Kodek*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 141 (145).

⁵⁵⁴ So auch *Kodek*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 141 (145).

dauerhaften Datenträgers⁵⁵⁵ über Merkmale und Zeitpunkt der Änderung und über sein Recht auf Vertragsbeendigung zu informieren. Sodann ist der Verbraucher gem. Art. 19 Abs. 2 RL berechtigt, den Vertrag innerhalb von 30 Tagen nach Eingang der Information oder nach dem Zeitpunkt, zu welchem die Änderungen vorgenommen wurden (je nachdem, welcher Zeitpunkt der spätere ist) kostenfrei zu beenden. Mit dieser Regelung soll ein ausgewogener Ausgleich zwischen dem Interesse des Unternehmers auf Änderung und den Rechten des Verbrauchers erreicht werden.⁵⁵⁶ Beendet der Verbraucher den Vertrag auf Grundlage von Art. 19 Abs. 2 RL, so gelten gem. Art. 19 Abs. 3 RL die Regelungen des Art. 15 bis 18 RL entsprechend, die die Rechte und Pflichten des Unternehmers und des Verbrauchers im Falle der Vertragsbeendigung und insbesondere die Rückabwicklung regeln.

Art. 19 Abs. 4 RL ordnet darüber hinaus an, dass die Abs. 2 und 3 des vorliegenden Artikels keine Anwendung finden, wenn der Unternehmer dem Verbraucher ermöglicht hat, die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen unverändert beizubehalten, und wenn die Vertragsmäßigkeit gewahrt bleibt. Diese Bestimmung mutet auf den ersten Blick so selbstverständlich an, dass man sich fragt, warum sie überhaupt erforderlich ist. Bei genauerem Hinsehen erweist sich, dass sich die Ausnahme nur auf die Abs. 2 und 3 des Art. 19 RL bezieht, nicht jedoch auf Abs. 1. Dies hat zur Folge, dass der Unternehmer auch dann nach Abs. 1 vorzugehen hat (vertragliche Vereinbarung der Änderung samt Nennung der triftigen Gründe, Information des Verbrauchers), wenn er dem Verbraucher ohnedies ermöglicht, die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen unverändert beizubehalten (also die unveränderte bisherige Version zu nutzen). Wie *Kodek* anmerkt, ist dies aus rechtspolitischer Sicht wenig überzeugend, da dem Verbraucher vorliegend ja ein Wahlrecht zukommt und es daher denkunmöglich ist, dass in die Interessen des Verbrauchers eingegriffen wird.⁵⁵⁷ Zudem dürften sich die Konsequenzen dieser Regelung schon deswegen in Grenzen halten, weil sich der Verbraucher gegen Änderungen, die die Vertragsmäßigkeit nicht beeinträchtigen, sowieso nicht wehren kann.⁵⁵⁸

Da der Spieleanbieter mit Änderungen eine Verbesserung und eine höhere Attraktivität des Spieles bewirken will, werden die Änderungen für die Spieler regelmäßig vorteilhaft sein und sich unter Art. 19 Abs. 1 RL rechtfertigen lassen.⁵⁵⁹ Dies gilt wohl selbst für die Fälle, in denen der Spielebetreiber z. B. die Fähigkeiten oder Eigenschaften von virtuellen Gegenständen oder des Avatars zugunsten eines ausgewogenen Spiels so verändert, dass der Charakter des Spielers nicht mehr so „mächtig“ ist wie zuvor. Eine derartige Veränderung zugunsten der Spielbalance dürfte – wenn überhaupt – nur als eine Nutzungsänderung, die bloß geringfügige negative Auswirkungen hat, anzusehen sein.

⁵⁵⁵ Ein einfacher Hinweis auf der Website reicht hier insoweit nicht aus, als es gem. ErwG 76 dem Verbraucher möglich sein muss, diese Information zum Schutz seiner Interessen zu speichern; unter dauerhaften Datenträgern sind laut ErwG 76 insb. Papier, DVDs, CDs, USB-Sticks, Speicherkarten und Festplatten sowie E-Mails zu verstehen.

⁵⁵⁶ Vgl. ErwG 75.

⁵⁵⁷ Vgl. *Kodek*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 141 (150).

⁵⁵⁸ Vgl. *Kodek*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 141 (150) und ErwG 77.

⁵⁵⁹ Siehe auch *Wendland*, in: Schulze/Staudenmayer EU Digital Law, Art. 19 Rn. 23, wonach in Entsprechung des ErwG 74 Zweck der Vorschrift ist, *Updates* und *Upgrades* zu erlauben, die für den Verbraucher vorteilhaft sind.

Dennoch ist nicht auszuschließen, dass sich eine Änderung negativ auf den Zugang oder die Nutzung des Spiels auswirkt und zu einer nicht nur geringfügigen Beeinträchtigung (Art. 19 Abs. 2 RL) des Spielers führt. Auch in diesem Fall ist im Grunde danach zu fragen, ob die Vertragsmäßigkeit (bzw. die Leistungsmerkmale) weiterhin gewährleistet und nicht nur geringfügig beeinträchtigt ist (sind). Im negativen Fall steht dem Spieler das Recht auf Vertragsbeendigung zu.⁵⁶⁰ In aller Regel wird der Spieleanbieter, da er ja von der Kundenzufriedenheit abhängig ist, etwaige Funktionsmängel oder -defizite, die aufgrund der Aktualisierung entstehen, aber erst im vollen Spielbetrieb erkennbar werden, möglichst prompt beheben, sodass wiederum von einer nur geringfügigen (weil kurzfristigen) Vertragswidrigkeit auszugehen sein wird.

Etwas schwieriger ist die Frage zu lösen, wie sich dies verhält, wenn die Aktualisierung dazu führt, dass das Spiel nicht mehr oder nur unter starken Beeinträchtigungen gespielt werden kann, weil der Spieler lediglich über eine ältere, nicht mehr ausreichende Hard- und/oder Softwareumgebung verfügt. Da laut ErwG 75 Anpassungen an eine neue technische Umgebung einen „triftigen Grund“ darstellen, liegt es zunächst nahe, diese Konstellation unter Art. 19 Abs. 1 RL zu subsumieren. Dies führt allerdings zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass, soweit der Kunde z. B. ein einjähriges Abonnement abschließt, das Spiel aufgrund einer Aktualisierung aber bereits nach wenigen Wochen nicht mehr spielbar ist, kein Recht auf Vertragsbeendigung zusteht. Aus dem (etwas missglückten) Art. 19 Abs. 4 RL, wonach die Abs. 2 und 3 des Art. 19 RL nicht anzuwenden sind, wenn der Unternehmer dem Verbraucher ermöglicht, das digitale Spiel unverändert beizubehalten (also in der alten Version weiterzuverwenden), ließe sich allenfalls schließen, dass, soweit die vorgängige Version nicht weiter aufrecht erhalten wird, sehr wohl ein Recht auf Vertragsbeendigung (Art. 19 Abs. 2 RL) besteht (und vorab auch eine qualifizierte Information des Spielers nach Art. 19 Abs. 1 lit. d RL erforderlich ist). Die ErwG liefern allerdings keinen Hinweis darauf, ob dieser Umkehrschluss – der vom Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 RL nicht unmittelbar nahegelegt wird – zulässig ist. Eindeutig lässt sich mithin nur der Fall lösen, wenn der Unternehmer in seinen Nutzungsbedingungen die Interoperabilität ausdrücklich benennt und im Zuge der Aktualisierung Abstriche von der zugesagten Interoperabilität gemacht werden,⁵⁶¹ die dazu führen, dass Spieler das Spiel nicht mehr vereinbarungsgemäß spielen können. Da der Unternehmer, wie in Kapitel 3.4.3.1.2 erörtert wurde, nach der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU zur Bereitstellung von Informationen über die Interoperabilität und Funktionalität verpflichtet ist, liegt bei Abweichung von diesen Informationen eine (nicht nur geringfügige) Vertragswidrigkeit vor, die den Spieler mithin gem. Art. 19 Abs. 2 RL zur Vertragsbeendigung berechtigt.

Mit Blick auf Onlinespiele eröffnet sich, soweit der Spieler von seinem Recht auf Vertragsbeendigung nach Art. 19 Abs. 2 RL Gebrauch machen kann, jedoch eine weitere Problematik, die in der Richtlinie nicht bedacht ist. Denn möglicherweise hat der Spieler bereits diverse virtuelle Gegenstände oder andere Spielvorteile im Rahmen von *In-Game-Käufen* gegen Einmalzahlung (z. B. *via* Micropayments) erworben. Diese Käufe stellen nach nationalem Recht selbständige Verträge dar und sind daher grundsätzlich losgelöst von dem Dauerschuldverhältnis zu betrachten. Beendet der Spieler nun seinen Vertrag über das

⁵⁶⁰ Vgl. *Wendland*, in: Schulze/Staudenmayer EU Digital Law, Art. 19 Rn. 23.

⁵⁶¹ I. d. S. auch *Kodek*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 141 (150)

Onlinespiel, so werden die erworbenen Spielvorteile, die typischerweise nur in der konkreten virtuellen Welt nutzbar sind, für den Spieler nutzlos. Regelungen dazu, inwieweit der Untergang des einen Vertrages auf den anderen Vertrag Einfluss hat, der doch in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht, fehlen in der Richtlinie. Hier wäre es sinnvoll gewesen, zu verlangen, dass die Micropayments zurückzuerstatten sind, wenn der Spieler sie nicht zumindest für einen gewissen Zeitraum sinnvoll im Spiel nutzen konnte. Zu denken ist beispielsweise an eine vergleichbare Regelung zu § 360 BGB, der darauf abzielt, dem Verbraucher nicht aus dem Grund vom Widerruf eines Vertrages abzuhalten, weil er im Zusammenhang mit einem Vertrag einen weiteren Vertrag abgeschlossen hat, weshalb sich der Widerruf auch auf den zusammenhängenden Vertrag erstreckt.⁵⁶² Widerruft der Verbraucher einen Vertrag, so bestimmt § 360 BGB, dass er auch an einen „zusammenhängenden Vertrag“ nicht mehr gebunden ist. Da die Richtlinie in Art. 3 Abs. 6 UAbs. 3 RL zusammenhängende Verträge bzw. Paketverträge ausdrücklich aus deren Regelungsbe- reich herausnimmt, führt die Überlegung hier nicht weiter. Die Regelung der aufgezeigten Thematik bleibt letztlich dem EULA überlassen. Die Problematik dürfte sich jedoch insoweit relativieren, als ein Spieler, der aktiv im Spiel steht und aufgrund der hohen Attraktivität, die das Spiel für ihn hat, auch *In-Game-Käufe* in größerem Umfang getätigt hat, in aller Regel eher geneigt sein wird, seine Hard- und Software entsprechend aufzurüsten. Er wird eher bereit sein, kleinere Nachteile, die für ihn durch Aktualisierungen entstehen, zu tolerieren, als das Spiel zu kündigen.

Im Hinblick auf das nationale Recht ist zu ergänzen, dass das Mietrecht keine mit Art. 19 RL vergleichbare Möglichkeit vorsieht, die Vertragsleistung einseitig zu ändern. Allein der im Zuge des Mietrechtsänderungsgesetzes⁵⁶³ im Jahre 2013 neu eingeführte Duldungsanspruch des Vermieters bei Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen (§§ 555a ff. BGB) hat einen etwa vergleichbaren Regelungsgehalt, soweit es um die Verpflichtung des Mieters geht, Erhaltungsmaßnahmen zu dulden. Auf Online-Nutzungsverträge dürfte die Vorschrift gleichwohl nicht anwendbar sein, da der sachliche Anwendungsbereich ausweislich des Untertitels 2 lediglich auf Mietverhältnisse über Wohnraum Anwendung findet.⁵⁶⁴ Da im Mietrecht ohne ausdrückliche Vereinbarung weder Mieter noch Vermieter den Mietgegenstand während der Mietzeit ändern können,⁵⁶⁵ sind entsprechende Änderungsklauseln erforderlich, die auch in AGB vereinbart werden können. Andernfalls ist die nachträgliche Zustimmung der anderen Vertragspartei einzuholen.

3.4.4.14 Zu kurzer Lebenszyklus durch eine zeitliche Begrenzung der Online-Spielwelt

Die Anbieter von Online-Spielwelten werden die virtuelle Spielumgebung nicht dauerhaft unterhalten, sondern den Betrieb einstellen, wenn die Spielserver nicht mehr kosteneffizient betrieben werden können.⁵⁶⁶ Mithin ist jede Onlinewelt von vornherein zeitlich begrenzt,

⁵⁶² Vgl. *Ring*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, § 360 Rn. 1.

⁵⁶³ Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln vom 11.03.2013, BGBl. Teil I, Nr. 13 vom 18.03.2013.

⁵⁶⁴ Vgl. *Schlosser*, in: BeckOK BGB, § 555a Rn. 4.

⁵⁶⁵ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 600.

⁵⁶⁶ Der Aufwand für Wartung, Aktualisierung und sonstige Produktpflege von Online-Spielen ist immens und liegt im Bereich von 15-20 Prozent der gesamten Produktionskosten des Spiels. In der Regel verpflichten sich die Spieleentwickler gegenüber den Publishern, die *Patch-* und *Update-*Arbeiten für zwei bis drei Jahre zu übernehmen. Jedoch sind zwei bis drei Jahre bei wenig

wobei zumeist die Kostenstruktur und nicht ein fixer Zeitpunkt über die Einstellung der Online-Spielwelt und der damit zusammenhängender Dienste bestimmen wird.⁵⁶⁷ In der Regel wird der Spieleanbieter eine solche Einstellung mit ausreichend langem zeitlichem Vorlauf ankündigen. In Einzelfällen kann es aber auch zu kurzfristigen und unvorhergesehenen Einstellungen kommen. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie sich diese kurzfristige Einstellung zum einen auf den Online-Nutzungsvertrag und zum anderen auf die punktuellen Austauschverträge auswirkt.

3.4.4.14.1 Auswirkungen auf Dauerschuldverhältnisse

Unproblematisch sind jene Fälle, in welchen zwischen dem Anbieter und dem Spieler ein z. B. mehrmonatiger Online-Nutzungsvertrag besteht, der Anbieter jedoch entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung seine Dienste vor Ablauf des Dauerschuldverhältnisses einstellt. Dadurch hat der Verbraucher keinen Zugriff mehr auf die digitale Dienstleistung des Anbieters, der Anbieter kommt mithin seiner Bereitstellungsverpflichtung nach Art. 5 RL nicht mehr nach, womit die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung des Art. 13 RL einschlägig ist. Die Bewertung nach nationalem Recht führt zu dem Ergebnis, dass der Anbieter dem Mieter den Mietgegenstand nicht mehr zur Verfügung stellt und damit seiner Hauptleistungspflicht als Vermieter nicht mehr nachkommt. Eine Nichtleistung ist also auch hier anzunehmen. Ebenso unproblematisch gelagert sind Konstellationen, in denen der Spieleanbieter den Vertragszeitraum zu Ende erfüllt und erst hiernach seine Dienste einstellt. Hier wird es kaum gelingen, eine Vertragswidrigkeit bzw. einen Mietmangel zu argumentieren (etwa weil der Spieler darauf vertraut hat, seinen Nutzungsvertrag verlängern zu können). Schließlich bestehen nach Ende des Dauerschuldverhältnisses keine vertraglichen Verpflichtungen des Anbieters mehr, zur Bereitstellung derartiger Dienste.

3.4.4.14.2 Auswirkungen auf punktuelle Austauschverträge

Schwieriger sind demgegenüber Fälle zu bewerten, in denen durch die Einstellung der Online-Spielwelt die vom Spieler für dieses Spiel erworbene Client-Software oder die von ihm vor Vertragsbeendigung erworbenen virtuellen Gegenstände nicht mehr in der virtuellen Umgebung eingesetzt werden können. Tatsächlich sind virtuelle Gegenstände – anders als Musik- oder Bilddateien bei verschiedenen Social-Media-Diensten – untrennbar mit der konkreten virtuellen Welt verbunden, für die sie geschaffen worden sind. Stellt der Spieleanbieter den Betrieb der Online-Spielwelt ein, dann hat dies daher unmittelbar Auswirkungen auf die Verträge zum Erwerb der Client-Software und der virtuellen Waren. Ohne die entsprechende Computerumgebung sind sie – für die Zukunft – vollkommen nutzlos und damit auch wertlos.

Wird auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs bzw. der Bereitstellung abgestellt, so führt dies zu dem Ergebnis, dass die digitalen Waren zu diesem Zeitpunkt vertragsmäßig waren. Insbesondere konnten sie zu diesem Zeitpunkt wirksam in der virtuellen Umgebung eingesetzt werden. Da nun sowohl nach nationalem Recht (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) wie nach der Richtlinie (Art. 11 Abs. 2 RL) bei punktuellen Austauschverträgen der Zeitpunkt der Bereitstellung für die Haftung des Anbieters maßgeblich ist, führt eine nach Bereitstellung

oder nur kurzzeitig erfolgreichen Spieliteln nicht immer gewährleistet, da der *Support* aus Kostengründen eingestellt wird; vgl. *Savio*, Die Computer- und Videospielebranche, S. 53.

⁵⁶⁷ Vgl. *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 321.

eingetretene Unbrauchbarkeit des virtuellen Gegenstandes (soweit keine vertragliche Vereinbarung über die Verwendungsdauer vorliegt) nicht zu einer vertragswidrigen Leistung.

Anders kann dies nur dann bewertet werden, wenn im Erwerb des virtuellen Gegenstandes bzw. der Client-Software gleichzeitig die konkludente Vereinbarung gesehen wird, dass die erworbene Software zumindest für einen gewissen Zeitraum zum vertragsgemäßen Gebrauch genutzt werden kann. Bei einer derartigen (konkludenten) Vereinbarung zum Nutzungszeitraum würde eine kurzfristige Einstellung der Dienste, die zur Unbrauchbarkeit der virtuellen Waren oder der Client-Software führt, die Annahme einer subjektiven Vertragswidrigkeit (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 7 RL) der Software rechtfertigen.

Ab welchem Zeitraum eine Einstellung der Dienste für den Anbieter sanktionslos möglich ist und wann die Einstellung Abhilferechte des Spielers auslöst, wäre sodann in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen. Entscheidend dürften sein die Höhe der Kosten, die der Spieler für die digitalen Inhalte aufgebracht hat, die Bekanntheit des Spieleanbieters bzw. der Spielreihe⁵⁶⁸ sowie der Zeitraum, in dem der Spieler von der Ankündigung der Einstellung bis zur Einstellung der virtuellen Umgebung die digitalen Waren bzw. die Client-Software nutzen konnte. Zu berücksichtigen wäre aber auch, dass dem Spieler bekannt ist, dass die Bereitstellung der Spielwelt stets zeitlich begrenzt ist und die Bereitstellungsdauer vor allem von dessen wirtschaftlichem Erfolg abhängt.⁵⁶⁹

Unter diesen Wertungsgesichtspunkten erschiene z. B. bei einem sehr kostengünstigen Client-Spiel wie auch im Falle von kostengünstig erworbenen virtuellen Gütern (Micropayments) ein Zeitraum von drei Monaten, in welchem diese „Käufe“ genutzt werden können, angemessen.⁵⁷⁰ Zugleich kann dem Anbieter wohl zugemutet werden, innerhalb einer Frist von drei Monaten vor der „Sperrung“ der Onlinewelt keine virtuellen Gegenstände mehr zu verkaufen und die allenfalls für dieses Spiel benötigte Client-Software vom Markt zu ziehen.

3.4.5 Resümee

Der Vergleich des „Mangelbegriffs“ nach nationalem Recht mit den Anforderungen der Richtlinie an die Vertragsmäßigkeit brachte einige für den Spieler durchaus ins Gewicht fallende Unterschiede hervor.

So ist festzustellen, dass das nationale Recht den subjektiven und objektiven Beschaffenheitsstandard in ein Subsidiaritätsverhältnis stellt. Hiernach kommt es primär auf die Parteienvereinbarung an. Lediglich wenn die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben, kommt es subsidiär auf die übliche Beschaffenheit an. Nach der Richtlinie hingegen müssen die subjektiven (Art. 7 RL) und objektiven (Art. 8 RL) Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte grundsätzlich kumulativ erfüllt sein und der Unternehmer kann von den objektiven Anforderungen nur unter erschwerten Bedingungen (Art. 8 Abs. 5 RL) abweichen. Der Richtliniengeber will hiermit ausweislich des ErwG 45 der Richtlinie verhindern, dass Verbraucherrechte dadurch umgangen werden, dass der Unternehmer vertraglich sehr

⁵⁶⁸ Ein Spieler wird bei einer Spielreihe und bekannten *Publishern* allein aufgrund von Erfahrungswerten in der Vergangenheit und der bisherigen Lebenszyklen der Spiele darauf vertrauen dürfen, dass die weiteren Titel etwa gleich lang betrieben werden.

⁵⁶⁹ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 103 f.; *Struwe*, Zivil- und urheberrechtliche Aspekte virtueller Waren, S. 321 f., 332 und bereits oben in Kapitel 4.1.2.1.2.1.2.

⁵⁷⁰ I. d. S. auch *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 738.

niedrige Standards festlegt. Für das nationale Recht bedeutet dies, dass durch die Richtlinie das Subsidiaritätsverhältnis des subjektiven und objektiven Beschaffenheitsstandards durchbrochen wird. Dies führt gleichzeitig dazu, dass Abweichungen von objektiven Beschaffenheitsanforderungen deutlich schwerer als bisher möglich sind: Konnten die Parteien bislang auch konkludent hiervon abweichen, hat der Unternehmer den Verbraucher nunmehr über Abweichungen von den objektiven Standards eigens in Kenntnis zu setzen und das ausdrückliche und gesonderte Einverständnis des Verbrauchers einzuholen.

Ein weiterer bedeutender Unterschied stellt die Aktualisierungsverpflichtung des Unternehmers (Art. 8 Abs. 2 RL) dar. Die Richtlinie sieht die Aktualisierungsverpflichtung nicht nur für laufzeitbezogene Verträge, sondern auch für punktuelle Austauschverträge vor. Hierdurch wird eine Verantwortlichkeit des Unternehmers für nach der Bereitstellung bzw. nach dem Gefahrübergang entstandene Mängel geschaffen. Das Ergebnis ist die Implementierung einer Dauerschuldkomponente in Verträgen mit einmaligem Leistungsaustausch. Denn der Anbieter ist nach der Richtlinie nicht nur dazu verpflichtet, die Vertragsleistung mangelfrei zu übergeben, sondern er hat über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinaus laufend jene (Sicherheits-)Aktualisierungen bereitzustellen, die der Verbraucher aufgrund der Art und des Zwecks der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann. Auch die Aktualisierungspflichten des Unternehmers können nur unter den erschwerten Bedingungen des Art. 8 Abs. 5 RL abbedungen werden. Nach nationalem Recht besteht demgegenüber keine (objektive) Verpflichtung des Verkäufers, Aktualisierungen bereitzustellen. Lediglich wenn sich der Anbieter vertraglich zur Bereitstellung von Aktualisierungen verpflichtet hat, stellt das Unterlassen, diese Aktualisierungen vorzunehmen, eine Vertragswidrigkeit dar. Auch *Patches* für Sicherheitslücken, die nach Gefahrübergang durch neue Schadprogramme entstehen, sind demnach nach nationalem Recht vom Anbieter nicht geschuldet.

Eng verwandt mit der Aktualisierungspflicht sind die Bestimmung der Richtlinie betreffend den Änderungen der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen, die dem Vertrag zufolge dem Verbraucher während eines Zeitraums bereitzustellen oder zugänglich zu machen sind (Art. 19 RL). An dieser Stelle schränkt der Unionsgesetzgeber die Vertragsfreiheit des Unternehmers zugunsten des Verbrauchers ein und definiert die Bedingungen, unter welche der Unternehmer (einseitige) Änderungen vornehmen darf. So ist der bisherige pauschale Vorbehalt, Änderungen vornehmen zu können, nicht mehr ausreichend. Vielmehr verlangt Art. 19 Abs. 1 lit. a RL, dass der Vertrag einen „triftigen Grund“ für solche Änderungen enthält und dieser normierte Grund muss sodann auch einschlägig sein, damit es dem Unternehmer möglich ist, sein Vertragsprodukt abzuändern. Insoweit werden die Spieleanbieter ihre EULAs zukünftig anpassen müssen. Gleichzeitig räumt Art. 19 Abs. 1 lit. d RL dem Verbraucher ein Beendigungsrecht ein, das einige Unternehmer womöglich davon abhalten könnte, einseitige Änderungen vorzunehmen.

Aber auch im Hinblick auf allenfalls konkurrierende Rechte Dritter ergeben sich Neuerungen. Künftig wird bei Rechtsmängeln, die sich aus konkurrierenden Interessen der Rechteinhaber ergeben, Art. 10 RL anzuwenden sein. Damit ist auf die Beschränkungen, die sich aus der (potentiellen) Verletzung von Rechten Dritter für den Verbraucher ergeben, abzustellen.

Für den Verbraucher, hier den „Spieler“, bringt die Richtlinie in diesen Punkten klare Vorteile und es darf wohl guten Gewissens von einer „deutlichen Erhöhung des

Verbraucherschutz-niveaus bei vertragswidrigen Leistungen⁵⁷¹ gesprochen werden. Auch wurde in diesem Kapitel sehr deutlich, wie beschwerlich die nach nationalem Recht notwendige Differenzierung in die hergebrachten BGB-Vertragstypen ist und – will sie dem Verbraucher überhaupt zugemutet werden – sodann mitunter dennoch keine befriedigende Lösung der Rechtsfrage gewonnen werden kann. Denn der Gesetzgeber hatte, als er die einschlägigen Regelungen traf, keine virtuellen Gegenstände oder Räume vor Augen.

3.5 Rechtsbehelfe bzw. Abhilfen bei Vertragswidrigkeit

Das Herzstück der Richtlinie stellen die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers im Falle einer Vertragswidrigkeit dar. Die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit werden in Art. 14 RL festgelegt und umfassen, abhängig von den jeweiligen Voraussetzungen, den Anspruch des Verbrauchers auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes, auf eine anteilmäßige Preisminderung oder auf Beendigung des Vertrages. Diese Bestimmungen werden durch die Art. 15 bis 18 RL, welche die Modalitäten für die Erstattung bzw. Rückabwicklung regeln, ergänzt.

Wie bereits erörtert wurde, unterscheidet die Richtlinie zwischen der Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung (Art. 13 RL) und den Abhilfen bei Vertragswidrigkeit (14 RL). Die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung (Richtlinie) bzw. bei Nichtleistung (nationales Recht) wurde in Kapitel 3.3.2 bereits abschließend behandelt und wird daher in diesem Kapitel nicht erneut aufgenommen. Für den Fall der nicht erfolgten Bereitstellung sieht Art. 13 RL den Anspruch auf Vertragsbeendigung vor, womit, wie Art. 13 Abs. 3 RL auch ausdrücklich festhält, die Art. 15 bis 18 RL betreffend die Modalitäten der Rückabwicklung entsprechend Anwendung finden.

Im Folgenden werden zuerst die Rechtsbehelfe nach nationalem Recht und sodann die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit nach der Richtlinie besprochen und einander gegenübergestellt. Bei der Betrachtung der nationalen Rechtslage wird wiederum in einmalige Bereitstellung (Kaufvertrag) und kontinuierliche Bereitstellung (Server-Nutzungsverträge) getrennt, da diese Verträge entlang der Vertragstypologie des BGB zu unterschiedlichen Gewährleistungsansprüchen führen. Unter der Richtlinie ist eine solche Trennung nicht erforderlich, da sie alle von ihrem Anwendungsbereich umfassten Verträge über digitale Inhalte oder Dienstleistungen einheitlich regelt und nur sehr punktuell differenzierte Regelungen für die fortlaufende und die punktuelle Bereitstellung trifft.

3.5.1 Beurteilung nach nationalem Recht

Da das BGB die Gewährleistung nicht allgemein, sondern im Zusammenhang mit den besonderen Vertragstypen regelt, ergeben sich je nach Vertragstyp mehr oder weniger unterschiedliche Gewährleistungsrechte. Da die Einordnung in die Vertragstypologie des BGB für die einmalige und die kontinuierliche Bereitstellung von Spielen bzw. Spielkomponenten zu unterschiedlichen Ergebnissen führte, ist auch für die Betrachtung der Gewährleistungsrechte hiernach zu trennen. Auf zweiter Ebene muss sodann zwischen der unentgeltlichen

⁵⁷¹ Metzger, JZ 2019, 577 (581).

und der entgeltlichen Bereitstellung unterschieden werden, da das Kriterium der Entgeltlichkeit ebenfalls auf die Einordnung in die Vertragstypologie Einfluss nimmt.⁵⁷²

3.5.1.1 Einmalige Bereitstellung von Spielsoftware

3.5.1.1.1 Unentgeltliche Bereitstellung

Werden ein Client-Spiel oder Spielkomponenten (wie Add-Ons, virtuelle Güter, Aktualisierungen etc.) vom Anbieter kostenfrei zur Verfügung gestellt, so liegt ein Schenkungsvertrag (§ 516 BGB) vor. Für Schenkungsverträge ist der Haftungsmaßstab denkbar gering. Der Schenker (§ 521 BGB) haftet grundsätzlich lediglich für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 521 BGB) – und im Hinblick auf Rechtsmängel (§ 523 BGB) und Sachmängel (§ 523 BGB) gar nur dann, wenn er diesen Mangel bei Vertragsabschluss arglistig verschwiegen hat.

Hinzu kommt, dass bei Client-Spielen oder virtuellen Gegenständen etc., die kostenfrei zur Verfügung gestellt werden, die Verbrauchererwartung geringer als bei entgeltlichen Spielen ist, sodass hier ein höheres Maß an Toleranz verlangt werden kann und an die Bejahung eines Mangels etwas höhere Anforderungen zu stellen sind, als dies bei entgeltlichen Spielen oder Spielkomponenten der Fall ist.⁵⁷³

Fraglich könnte allenfalls sein, ob tatsächlich ein unentgeltlicher Vertrag vorliegt, wenn der Spieler, wie die Richtlinie dies im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich vorsieht, zwar keinen monetären Preis für das Spiel (oder die Komponenten) bezahlt, dem Spieleanbieter jedoch im Gegenzug personenbezogene Daten bereitstellt – die über das vom Unternehmer zur Bereitstellung der digitalen Inhalte Erforderliche hinausgehen (Art. 3 Abs. 1 RL). Dies wird im Falle von Client-Spielen oder anderer Spielkomponenten, die frei zum *Download* ins Internet gestellt werden, aber in aller Regel nicht der Fall sein. Selbst wenn der Spieler vor dem Download personenbezogene Daten anzugeben hat, die für den *Downloadlink* oder die Übermittlung nicht zwingend erforderlich sind, wird in aller Regel ein Schenkungsvertrag anzunehmen sein. Zumal, wenn es sich nicht um Pflichtfelder handelt oder die Eingaben nicht verifiziert werden können, sodann von einer rechtlichen Abhängigkeit der Zuwendung von einer anderen Leistung nicht gesprochen werden kann.⁵⁷⁴ Soweit der Anbieter dem Spieler dennoch personenbezogene Daten abverlangt und verarbeitet, die über den Rahmen der Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL hinausgehen, läge aber sehr wohl ein entgeltlicher Vertrag vor⁵⁷⁵ und können die im nationalen Recht bei Unentgeltlichkeit vorgesehenen Haftungserleichterungen nicht aufrechterhalten werden⁵⁷⁶.

3.5.1.1.2 Entgeltliche Bereitstellung

Der kostenpflichtige Erwerb eines Client-Spiels oder auch von Spielkomponenten ist – jedenfalls über § 453 BGB – als Kaufvertrag gem. § 433 BGB zu qualifizieren. Nach Gefahrübergang greift somit das kaufrechtliche Leistungsstörungsrecht (§§ 434, 437 BGB). Auch beim

⁵⁷² Zur Einordnung der verschiedentlichen Verträge über digitale Spiele in die Vertragstypologie des BGB bereits oben, Kapitel 3.1.

⁵⁷³ Ausführlich hierzu *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 720.

⁵⁷⁴ Vgl. *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (93 f.).

⁵⁷⁵ Hierzu auch *Faust*, Digitale Wirtschaft, S. 13 ff.

⁵⁷⁶ So auch *Schmidt-Kessel* u. a., GPR 2016, 54 (60).

Tausch von zuvor erworbener virtueller Währung gegen virtuelle Güter ist über § 480 BGB das Kaufrecht und damit das kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht anwendbar.

§ 437 BGB listet für den Fall eines Sachmangels folgende Rechtsbehelfe: Die Nacherfüllung (Nr. 1), den Rücktritt vom Vertrag oder die Minderung des Kaufpreises (Nr. 2) und den Schadensersatz oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen (Nr. 3). Es ist vorauszuschicken, dass die Nacherfüllung, deren Modalitäten in § 439 BGB geregelt sind, der primäre Rechtsbehelf ist. Dies bedeutet, dass die Nacherfüllung den Vorrang vor den anderen (sekundären) Rechtsbehelfen hat und die sekundären Rechtsbehelfe erst dann in Anspruch genommen werden können, wenn die Nacherfüllung des Unternehmers fehlschlägt, dem Verbraucher unzumutbar ist oder aus sonstigen Gründen scheitert.

3.5.1.1.2.1 *Nacherfüllung als primärer Rechtsbehelf*

3.5.1.1.2.1.1 *Nachbesserung oder Neulieferung*

Bei Mängeln kann der Käufer zunächst nur Nacherfüllung (§§ 439 Abs. 1, 437 Nr. 1 BGB) verlangen. Das Recht auf Nacherfüllung teilt sich wiederum in das Recht auf Nachbesserung und in das Recht auf Neulieferung, wobei es dem Käufer freisteht, ob er die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache fordert (§ 439 Abs. 1 BGB). Der Käufer kann die Wahl zwischen Nachbesserung und Neulieferung allerdings auch dem Verkäufer überlassen, indem er ohne Differenzierung nur Nacherfüllung verlangt.⁵⁷⁷

Da es sich bei Spielesoftware um Standardsoftware handelt, stellt sich im Hinblick auf die Variante Neulieferung allerdings ein faktisches Problem. Denn soweit nicht lediglich das spezifische gelieferte Exemplar mangelhaft ist (etwa defekter Datenträger, Kopierfehler), sondern das erworbene Spiel oder die Spielkomponente an sich mangelhaft ist (Programmierfehler, Funktionsmängel oder -defizite etc.), kann der Anbieter durch Neulieferung eines – an demselben Mangel leidenden – Exemplars keine Nacherfüllung bewirken.

Vielmehr wird der Anbieter versuchen, den Fehler zu identifizieren und ein *Update* bzw. *Patch* zu entwickeln, das diesen Fehler punktuell und minimalinvasiv beseitigt. Eine aufwendige und vollständige Neuprogrammierung der Client-Software wird der Anbieter aus Kostengründen regelmäßig vermeiden wollen. Gegebenenfalls kann es für den Anbieter aber auch günstiger sein, nicht einzelne *Patches* auszuliefern, sondern eine entsprechend verbesserte Vollversionen.⁵⁷⁸ Da die Reparatur durch *Updates* oder *Patches*⁵⁷⁹ und die Zurverfügungstellung einer verbesserten Vollversion für den Spieler am Ende auf das Gleiche hinausläuft, wird der Anbieter ein – etwaiges für ihn nachteiliges – Neulieferungsbegehren daher regelmäßig nach § 439 Abs. 4 S. 1 BGB (wonach der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten möglich ist) zurückweisen können.⁵⁸⁰ Ohnehin können *Updates* technisch auch Vollversionen sein, so dass diese Unterscheidung bei digitalen Spielen keine ernsthafte

⁵⁷⁷ Vgl. *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 439 Rn. 5.

⁵⁷⁸ Vgl. *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 187. Am Ende ist es für den Spieler ohnehin ohne Belang, ob das digitale Spiel deshalb funktioniert, weil er eine neue Vollversion erhalten hat oder die Software durch *Patches* bzw. *Updates* repariert worden ist.

⁵⁷⁹ Dazu, dass es sich bei *Patches* und *Updates* um Nachbesserungen handelt, vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 553.

⁵⁸⁰ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 554.

Rolle spielen wird.⁵⁸¹ Ebenso sind Fälle denkbar, in denen nur eine Kombination aus Mängelbeseitigung und Nachlieferung zu einem mangelfreien Zustand führen kann;⁵⁸² hier muss es genügen, wenn der Kunde „einfach“ Nacherfüllung verlangt und keine Wahl trifft.⁵⁸³ Sollte der Anbieter in der Vollversion neue Funktionen oder sonstige Verbesserungen im Vergleich zur Ursprungsversion eingefügt haben, dann kann er sich diese Verbesserung allerdings nicht etwa zusätzlich vergüten lassen. Denn diese, vom Käufer nicht beauftragten Verbesserungen, sind als unverlangte Zusatzleistungen nicht zu vergüten.⁵⁸⁴

Macht der Spieler sein Recht auf Nacherfüllung geltend und erhält er sodann ein Spiel, das zwar nicht die gerügten Mängel, jedoch andere Mängel aufweist (Neulieferung); oder werden die gerügten Mängel durch ein *Update* oder ein *Patch* zwar behoben, jedoch entstehen hierdurch neue Mängel, die in der ursprünglichen Version nicht bestanden haben (Nachbesserung), so wird mit dem Zeitpunkt der Übergabe des nachgelieferten Exemplars oder der *Updates* bzw. *Patches* (Gefahrenübergang) eine neue Gewährleistungsfrist in Gang gesetzt.⁵⁸⁵ Soweit es sich hingegen um Mängel handelt, die bereits der erstgelieferten oder ursprünglichen Version anhafteten, wird durch die Nachlieferung oder die Nachbesserung die Gewährleistungsfrist nicht erneuert. Ganz grundsätzlich gilt bei fehlerhafter Nacherfüllung, dass die Gewährleistungsansprüche identisch zu jenen bei Erfüllung des Primäranspruchs sind; für den Primäranspruch jedoch die reguläre dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB und im Hinblick auf die Nacherfüllung die kürzere Verjährungsfrist von zwei Jahren des § 437 Abs. 1 Nr. 3 BGB heranzuziehen ist.

Im Falle der Neulieferung ist der Käufer gem. § 439 Abs. 5 BGB zudem zur Rückgewähr der mangelhaften Sache verpflichtet. Dieser Anspruch geht bei Software auf Löschung aller Kopien der Erstlieferung, weil andernfalls eine Doppelnutzung möglich wäre.⁵⁸⁶ Allerdings sind die *Patches*, *Updates* und auch Vollversionen bei Massengeschäften bereits so programmiert, dass technisch mit der Installation der neuen Version die alte Version gelöscht wird und eine Doppelnutzung somit unmöglich wird. Sollte der Spieler die Client-Software auf einem Datenträger im stationären Handel erworben haben, ist es denkbar, dass er diese Software erneut installiert und damit zwei Versionen hat. Allerdings sind die Spiele, wenn sie online gespielt werden können, zumeist „accountgebunden“, so dass die Client-Software nur mit einem verifizierten Account des Spielers genutzt werden kann. Auch wird der Spieler bei Nachlieferung einer mangelfreien Version wenig Interesse daran haben, die erstgelieferte, mangelhafte Version zu spielen. Das Problem der Doppelnutzung ist damit ein eher theoretisches und wirkt sich in der Praxis zumindest bei digitalen Spielen in den seltensten Fällen aus.

3.5.1.1.2.1.2 Aufwendungen und Kosten für die Nacherfüllung

Die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen und Kosten wie insbesondere Transport-, Arbeits- und Materialkosten hat gem. § 439 Abs. 2 BGB der Verkäufer zu tragen. Bei Standardsoftware wie den hier untersuchten digitalen Spielen wird der

⁵⁸¹ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 554.

⁵⁸² Vgl. *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 162.

⁵⁸³ Vgl. *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 162.

⁵⁸⁴ Näher hierzu *Mankowski*, NJW 2011, 1025 (1026).

⁵⁸⁵ Hierzu *Faust*, in: BeckOK BGB, § 439 Rn. 64; *Koch*, Computervertragsrecht, Teil 7 Rn. 176; *derselbe*, ITBR 2008, 131 (133); *Weidenkaff*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 439 Rn. 22a.

⁵⁸⁶ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 554.

Anbieter zur Nacherfüllung in aller Regel lediglich ein Fehlerbeseitigungs-*Update* bzw. ein *Patch* zum *Download* bereitstellen,⁵⁸⁷ das der Spieler kostenfrei herunterladen kann. Tut er das nicht, kommt er mit der Fehlerbeseitigung in Annahmeverzug und bleibt verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Der Ansicht von *Redeker*⁵⁸⁸, wonach der Anbieter die *Updates* und *Patches* beim Kunden installieren müsse und das bloße Bereitstellen zum *Download* den Anforderungen des § 439 Abs. 1 BGB nicht genüge, kann – zumindest mit Blick auf Standardsoftware – nicht gefolgt werden. Dies gilt vor allem mit Blick auf den hohen wirtschaftliche Aufwand des Anbieters, bei jedem einzelnen Verbraucher vor Ort ein *Update* zu installieren, im Vergleich zum geringen Aufwand des Spielers, ein *Update* herunterzuladen und der Installationsanweisung zu folgen. Aufgrund dieses Missverhältnisses wird der Anbieter daher die Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung (§ 439 Abs. 4 BGB) einwenden können. Auch dieses Problem ist aber ein eher theoretisches, da der Spieler es vorziehen wird, den Mangel durch einen online verfügbaren *Patch* rasch und einfach selbst zu beheben – und wenig Einsehen dafür haben wird, wenn er die Installation durch den Anbieter abwarten und dem Anbieter hierzu womöglich sogar Zugriff auf seine Soft- und Hardwareumgebung geben muss.

3.5.1.1.2.1.3 Fälligkeit des Nacherfüllungsanspruchs

Bis der Anbieter ein *Update* oder *Patch* (oder eine neue Vollversion) zur Behebung der Mängel bereitstellen kann, kann es einige Zeit dauern, da die Entwicklung dieser Fehlerbehebungs-Software mitunter einiges an Analyse- und Programmieraufwand benötigt. Je nach Schweregrad und Komplexität des Fehlers und der zur Verfügung stehenden Ressourcen kann die Entwicklung sogar mehrere Monate dauern.⁵⁸⁹ Dies führt zu der für die Vertragsparteien bedeutenden Frage, wie viel Zeit dem Anbieter zur Nacherfüllung zur Verfügung steht.

§ 439 BGB trifft keine Regelung darüber, bis zu welchem Zeitpunkt der Nacherfüllungsanspruch durch den Verkäufer erfüllt sein muss. Klar ist, dass aufgrund des dem Käufer eingeräumten Wahlrechts der Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB erst mit dem Nacherfüllungsverlangen des Käufers erfüllt werden kann.⁵⁹⁰ Da der Käufer erst vom Vertrag zurücktreten kann, wenn er dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (§§ 323 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB), ist für die Nacherfüllung zunächst eine angemessene Frist einzuräumen.⁵⁹¹ Zu diesem Ergebnis gelangt auch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 BGB. Insoweit ist auf Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL abzustellen, wonach die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung „innerhalb einer angemessenen Frist“ zu erfolgen hat.⁵⁹² Dies hilft, soweit *Updates*, *Patches* oder eine neue Vollversion nicht bereits bereit stehen, sondern erst entwickelt werden müssen, allerdings nur bedingt weiter,

⁵⁸⁷ Aus diesem Grund kommt es auch nicht auf die neu eingefügte Regelung in § 439 Abs. 3 BGB an, wonach der Käufer vom Verkäufer Ersatz der Ein- und Ausbaurkosten verlangen kann.

⁵⁸⁸ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 555.

⁵⁸⁹ So beispielsweise beim Actionspiel *Stalker*. Auf die Nachbesserung des schwerwiegenden Fehlers, der dazu führte, dass die Spieler mitten in einer feindlichen Gruppe starteten, mussten die Spieler mehrere Monate warten, vgl. *Savio*, Die Computer- und Videospielebranche, S. 52.

⁵⁹⁰ Zu den Begriffen „Fälligkeit“ und „Erfüllbarkeit“, die in der Regel zusammenfallen, *Krüger*, in: MünchKomm zum BGB, § 271 Rn. 2 ff.

⁵⁹¹ So auch *Redeker*, IT-Recht, Rn. 556.

⁵⁹² Zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG in Deutschland im Allgemeinen und der Umsetzung des Nacherfüllungsrechts des Verbrauchers im Besonderen vgl. *Schulte-Nölke*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 24 Rn. 140, 162 ff.

da es schwierig ist zu bestimmen, welche Frist vorliegend angemessen ist. Nach einer Entscheidung des LG München I kann eine Frist von 14 Tagen zur Nachbesserung eines Standardprogramms aufgrund der Vielzahl der Nachbesserungswünsche als zu kurz bemessen sein.⁵⁹³ Die Frage, wieviel Zeit dem Spieleanbieter zur Bereitstellung von Fehlerbehebungs-Software einzuräumen ist, scheint somit die praktisch bedeutendste und zugleich am schwierigsten zu beantwortende Frage zu sein. Die sofortige Nacherfüllung ist bei den Anbietern von digitalen Spielen als Massensoftware derzeit jedenfalls nicht gängige Praxis.⁵⁹⁴

Es sei ergänzt, dass einem – und sei es auch nur ein teilweiser – Ausschluss von Nachverfüllungsansprüchen in den AGB des Unternehmers nicht nur die Klauselverbote des § 309 Nr. 8b lit. b BGB entgegenstehen, sondern auch wegen § 476 Abs. 1 BGB im Verbrauchsgüterkauf – selbst individualvertraglich – unzulässig ist.⁵⁹⁵

3.5.1.1.2.1.4 Multipersonale Vertragsverhältnisse

Das Recht des Käufers auf Nacherfüllung § 439 Abs. 1 BGB führt bei digitalen Spielen zu einem weiteren spezifischen Problem. Sind der Verkäufer und der Spielhersteller personenverschieden, so wird dem Verkäufer die Entwicklung einer Fehlerbehebungs-Software zur Beseitigung des Mangels nicht möglich sein, zumal es ihm am notwendigen *Knowhow* fehlen wird, um die fremde Software weiterzuentwickeln; zudem wird er auch nicht die dafür erforderlichen Rechte des Spieleentwicklers haben.⁵⁹⁶ Lediglich der Spieleentwickler ist technisch und rechtlich in der Lage, ein *Patch* oder *Update* für die mangelhafte Software zu entwickeln. Spiele-*Publisher* können diese Leistung über Verträge mit den Spieleentwicklern rechtlich einfordern. Der Händler hingegen kann allenfalls Nacherfüllung in Form der Neulieferung erbringen. Wenn die sonstige Ware des Verkäufers allerdings an demselben Mangel leidet wie die verkaufte Client-Software, dann kann der Händler auch nicht durch Neulieferung nacherfüllen, da die übrige Ware ebenso mangelhaft sein wird wie die bereits gelieferte. Soweit der Verkäufer aus diesen Gründen seiner Pflicht zur Nacherfüllung nicht oder nicht in angemessener Zeit nachkommen kann, muss eine vom Spieler gesetzte Frist zur Nacherfüllung fruchtlos ablaufen, sodass der Spieler jedenfalls auf die sekundären Rechtsbehelfe zurückgreifen kann.

Noch komplizierter wird es, wenn der Spieler beim Händler die Client-Software erworben, mit dem Spieleanbieter einen Abonnementvertrag zur Nutzung der Spieleserver abgeschlossen hat und das Spiel über eine Internet-Vertriebsplattform gestartet und unterstützt wird. Diese Mehrpersonenverhältnisse beim Erwerb und der Nutzung der digitalen Spiele werden von der nationalen Rechtslage nicht hinreichend abgebildet. Insbesondere enthält das BGB keine Vorschriften dazu, wer der richtige Anspruchsgegner bei multipersonalen Vertragsbeziehungen ist und wie sich Leistungsstörungen in einem Vertrag auf den

⁵⁹³ LG München I, Urt. v. 21.03.1991, 7 O 3919/89, CR 1992, 474 (474); eine zu kurze Fristsetzung setzt eine angemessene Frist in Gang.

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 197; siehe auch *Zoll*, der sich bei nicht maßgeschneidertem Vertragsprodukte wie z. B. Film-Download für ein sofortiges Beendigungsrecht ausspricht *Zoll*, EuCML 2016, 250 (253).

⁵⁹⁵ Umfassend zur Frage, inwieweit Nacherfüllungsansprüche des Käufers in AGB beschränkt werden können *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 197; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 556, 452, 454.

⁵⁹⁶ Vgl. *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356 (358).

anderen Vertrag auswirken. Vielmehr ist das BGB auf die traditionelle Absatzkette des Zwei-Personen-Vertrages beschränkt.

3.5.1.1.2.2 Rücktritt vom Vertrag

Erst nach Ablauf einer angemessenen Frist für die Nacherfüllung kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten (§§ 323, 437 Nr. 2 BGB) oder mindern (§§ 441, 437 Nr. 2 BGB). Eine Fristsetzung ist allerdings entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, es sich um ein (relatives) Fixgeschäft handelt oder besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 BGB).⁵⁹⁷ Sowie wenn der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert oder wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist (§ 440 BGB). Nach § 440 S. 2 BGB gilt eine Nachbesserung erst nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, es sei denn es ergibt sich aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes.

Ein Rücktritt vom Vertrag scheidet nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB allerdings aus, wenn die Pflichtverletzung „unerheblich“ ist (es sei denn, der Mangel wurde arglistig verschwiegen⁵⁹⁸). Eine erhebliche Pflichtverletzung ist, wenngleich dies nicht ausdrücklich kodifiziert ist, auch bei einer Vielzahl von geringfügigen Mängeln anzunehmen.⁵⁹⁹ Dennoch bleibt etwas vage, wo genau diese Erheblichkeitsschwelle liegt. Der BGH vertritt hierzu, dass die Beurteilung der Frage, ob eine Pflichtverletzung unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist, eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls erfordert. Hiernach ist bei einem behebbaren Mangel im Rahmen dieser Interessenabwägung von einer Geringfügigkeit des Mangels und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB jedenfalls in der Regel nicht mehr auszugehen, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von fünf Prozent des Kaufpreises übersteigt.⁶⁰⁰ Die Erheblichkeitsschwelle von (nur) fünf Prozent stehe dabei, so der BGH, im Einklang mit Art. 3 Abs. 6 der Verbrauchsgüterkauf-RL1999/44/EG. Die in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB umgesetzte Regelung bestimmt, dass der Verbraucher bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit keinen Anspruch auf Vertragsauflösung hat.⁶⁰¹

Der Rücktritt führt zur Rückabwicklung des Vertrages. Nach § 346 Abs. 1 BGB sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen⁶⁰² herauszugeben. Weitere Vorgaben dazu, in welchem Zeitraum die Rückgewähr zu erfolgen hat, wer die Kosten der Rückgewähr zu tragen hat oder was beispielsweise mit virtuellen Gegenständen oder sonstigen digitalen Inhalten geschieht, die der Spieler innerhalb des Spiels hochgeladen oder erstellt hat,⁶⁰³ finden sich weder in den Regelungen des § 346 BGB noch an einer anderen

⁵⁹⁷ Hier gilt das bereits in Kapitel 3.3.2.1.1.1. zur Nichterfüllung Gesagte.

⁵⁹⁸ BGH Ur. v. 24.03.2006, Az. V ZR 173/05, NJW 2006, 1960 (1961).

⁵⁹⁹ Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 205.

⁶⁰⁰ BGH, Ur. v. 28.05.2014, Az. VIII ZR 94/13, NJW 2014, 3229 (3230).

⁶⁰¹ BGH, Ur. v. 28.05.2014, Az. VIII ZR 94/13, NJW 2014, 3229 (3230).

⁶⁰² Nutzungersatz ist mithin trotz der Mangelhaftigkeit der Vertragsleistung zu gewähren.

⁶⁰³ Denkbar sind beispielsweise Karten und Missionen, die der Spieler selbständig mithilfe eines Karten-Editors erstellt hat. Ebenso sind einige Spiele, wie die vor einigen Jahren sehr populären Spiele „The Sims“ und „SimCity“ vom Spieleentwickler *Maxis* darauf ausgelegt, dass der Spieler digitale Inhalte (hier sind das Wirtschafts-, Städte oder Lebenssimulationen) erstellt und diese sodann Teil der virtuellen Welt werden.

Stelle des BGB. Insbesondere im Hinblick auf den zuletzt genannten Aspekt, wenn der Spieler also digitale Inhalte herstellt, ist zunächst die Frage zu beantworten, wer eine Leistung empfangen hat. Wird angenommen, dass der Spieleanbieter, der die digitalen Inhalte auf seinen Servern verwaltet und speichert, diese Leistung des Spielers empfangen hat, dann wäre der Spieleanbieter bei genauer Verfolgung des § 346 Abs. 1 BGB auch verpflichtet, diese digitalen vom Verbraucher erstellten Inhalte an den Verbraucher herauszugeben. Wohlwissend, dass die virtuellen Gegenstände und sonstigen digitalen Inhalte lediglich in der virtuellen Umgebung des Anbieters eingesetzt werden können. Allenfalls könnte auf § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB zurückzugreifen sein, wonach der Schuldner Wertersatz zu leisten hat, wenn die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist. In diesem Fall stellt sich die Frage, wie dieser Wert im Falle von virtuellen Gütern oder Leistungen im Rahmen eines digitalen Spiels zu bemessen ist. Hierzu bieten die Bestimmungen des – nicht auf digitale Inhalte zugeschnittenen – Rückgewährschuldverhältnisses in § 346 BGB keine eindeutige Lösung.

3.5.1.1.2.3 Minderung des Kaufpreises

Gem. § 441 Abs. 1 BGB kann der Verkäufer „statt zurückzutreten“ den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Käufer mindern. Der Käufer darf sich mithin unter den gleichen Voraussetzungen, unter welchen er vom Kaufvertrag zurücktreten kann, auch zu einer Minderung des Kaufpreises entscheiden. Gem. § 441 Abs. 1 S. 2 BGB findet im Falle der Minderung allerdings der Ausschlussgrund des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB keine Anwendung. Ein Recht auf Minderung steht dem Spieler mithin auch dann zu, wenn die Erheblichkeitsschwelle des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB nicht erfüllt ist.⁶⁰⁴

Nach § 441 Abs. 3 S. 1 BGB ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Soweit erforderlich, ist die Minderung durch Schätzung zu ermitteln. Hat der Spieler den Kaufpreis bereits bezahlt, hat der Verkäufer den bereits bezahlten Mehrbetrag zu erstatten (§ 441 Abs. 4 BGB). Die Berechnungsweise ergibt sich aus § 441 Abs. 3 S. 1 BGB.

Eine Minderung dürfte vom Spieler allerdings nur in den seltensten Fällen ernsthaft in Betracht gezogen werden. Dann etwa, wenn das digitale Spiel oder der virtuelle Gegenstand im Grunde fehlerfrei ist, aber (mehr als handelsübliche) Grafikfehler aufweist. Denkbar ist auch, dass das Spiel im Verhältnis zu vergleichbaren Spielen insgesamt sehr langsam oder mitunter „ruckelig“ läuft. In diesen Fällen kann eine Kaufpreisminderung sinnvoll sein. Bei den übrigen oben dargestellten Mängeln wie z. B. Systemabstürzen, Installationsfehler oder Funktionsmängel ist dem Spieler mit einer Minderung nicht geholfen, da das Client-Spiel bzw. der virtuelle Gegenstand für den Spieler schlicht unbrauchbar ist. In solchen Fällen wird jedoch regelmäßig die Erheblichkeitsschwelle des Art. § 323 Abs. 5 S. 2 erfüllt sein, sodass die Option des Rücktritts vom Vertrag besteht.

⁶⁰⁴ Im Übrigen ist Minderung auch bei Rechtsmängeln möglich, vgl. *Koch*, Computervertragsrecht, Teil 7 Rn. 210.

3.5.1.1.2.4 Keine Gewährleistung bei Kenntnis des Mangels

Es ist zu ergänzen, dass § 442 Abs. 1 BGB Gewährleistungsansprüche ausschließt, wenn der Käufer bei Vertragsschluss den Mangel kannte oder ihm nur infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Eine Gegen Ausnahme sieht § 442 Abs. 1 BGB nur dann vor, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Aus Wertungsgesichtspunkten ist diese Regelung gerechtfertigt, da der Käufer aufgrund seiner Kenntnis bzw. verschuldeten Unkenntnis vom Mangel keine berechtigten Erwartungen haben kann, eine fehlerfreie Sache zu erhalten.⁶⁰⁵

3.5.1.1.2.5 Schadensersatz

Gem. § 437 Nr. 3 BGB kann der Käufer im Falle eines Sachmangels nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a BGB Schadensersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen. Hiervon ist z. B. auch der Verzugsschaden in Form von Rechtsanwaltskosten umfasst. Hierauf ist nicht näher einzugehen, da die Richtlinie ausweislich ihres Art. 3 Abs. 10 RL die Regelung des Rechts auf Schadensersatz unberührt lässt und sich in diesem Punkt daher keine Änderungen ergeben. Es sei jedoch ergänzt, dass der Schadensersatz im Zusammenhang mit dem Erwerb und der Nutzung von digitalen Spielen ganz grundsätzlich keine tragende Rolle spielt.

3.5.1.2 Kontinuierliche Bereitstellung von Spielsoftware

Die Server-Nutzungsverträge, sei dies nun der Vertrag über Nutzung der Online-Spielwelt für ein Client-Spiel oder der Vertrag über die Nutzung eines Browser-Spiels (diese beiden Varianten werden nachfolgend wiederum unter dem Oberbegriff „Online-Spiele“ zusammengefasst) wurden im Kapitel 3.1 als typengemischte Verträge mit dienst-, werk- und mietvertraglichen Elementen qualifiziert.⁶⁰⁶ Damit stellt sich zuvorderst die Frage, wie solche „gemischten“ Verträge rechtlich zu behandeln sind.

3.5.1.2.1 Rechtliche Behandlung von typengemischten Verträgen

Wie typengemischte Verträge zu behandeln sind, ist gesetzlich nicht geregelt. In der Literatur werden hierzu im Wesentlichen drei verschiedene Ansätze diskutiert: Die Kombinationstheorie, die Theorie der analogen Rechtsanwendung und die Absorptions- bzw. Schwerpunkttheorie.⁶⁰⁷ Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH

„[...] bildet ein gemischter Vertrag ein einheitliches Ganzes und kann deshalb bei der rechtlichen Beurteilung nicht in dem Sinn in seine verschiedenen Bestandteile zerlegt werden, dass etwa auf den Mietvertragsanteil Mietrecht, auf den Dienstvertragsanteil Dienstvertragsrecht und auf den Kaufvertragsanteil Kaufrecht anzuwenden wäre. Der Eigenart des Vertrags wird

⁶⁰⁵ Umfassend zum Normzweck des § 442 BGB *Westermann*, in: MünchKomm zum BGB, § 442 Rn. 1.

⁶⁰⁶ So auch das AG Charlottenburg Urt. v. 04.05.2012, Az. 208 C 42/11, MMR 2012, 598 (599 f.); *Klickermann*, MMR 2007, 766 ff.; *Krasemann*, MMR 2006, 351 (352 f.); *Lober/Weber*, CR 2006, 837 (841);

⁶⁰⁷ Siehe die Nachweise bei *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, vor § 311 Rn. 24 f.

vielmehr grundsätzlich nur die Unterstellung unter ein einziges Vertragsrecht gerecht, nämlich dasjenige, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Vertrags liegt.⁶⁰⁸

Dies schließt nach dem BGH indes nicht aus, auch Bestimmungen des Vertragsrechts heranzuziehen, bei dem der Schwerpunkt des Vertrags nicht liegt, wenn allein hierdurch die Eigenart des Vertrags richtig gewürdigt werden kann.⁶⁰⁹

Demnach ist im Falle von Spielserver-Nutzungsverträgen bei Leistungsstörungen das Recht desjenigen geregelten Vertragstyps anzuwenden, der den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt bildet oder dem Zweck des Vertrages am ehesten nahe kommt. Regelungen, die außerhalb des Schwerpunktes des Vertrages liegen, sind nur dann anzuwenden, wenn allein hierdurch die Eigenart des Vertrages richtig gewürdigt werden kann. Daher muss entlang der von der Rechtsprechung favorisierten Theorie an erster Stelle der Schwerpunkt des Server-Nutzungsvertrages ausgemacht werden.⁶¹⁰ Hierbei werden der entgeltliche und der unentgeltliche Server-Nutzungsvertrag getrennt betrachtet.

3.5.1.2.1.1 *Schwerpunkt des Vertrages: Entgeltliche Spielserver-Nutzungsverträge*

Aus Sicht des Spielers ist das entscheidende Kriterium für Online-Spiele, dass ihm die virtuelle Spielwelt und die seinem Spielstand entsprechenden Spielmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden. Die Verpflichtung des Betreibers, den Betrieb und den Zugang der virtuellen Welt zu gewährleisten, ist am ehesten mietvertragsrechtlich zu beurteilen. Die Wartung der Spielserver würde dann lediglich Nebenpflichten aus dem Mietvertrag darstellen. Neben der Überlassung der Spielwelt steht auch und insbesondere die Verwaltung, Steuerung und Speicherung der Spielstände des Spielers und sonstiger Datensätze auf den Spielservern im Vordergrund. Dieser Vertragsteil ist eher werkvertraglich geprägt, enthält jedoch mietvertragliche Ergänzungen.⁶¹¹ Die Bereitstellung von Support-Leistungen im Rahmen der Nutzung der Spielserver sowie die Überwachung der Spielregeln haben wohl dienstvertraglichen Charakter.

Insgesamt dürfte also der Schwerpunkt des Vertrages im Werk- oder aber Mietvertrag zu sehen sein. Auf die vom Spielanbieter über einen längeren Vertragszeitraum bereit gehaltene virtuelle Umgebung kann der Spieler online zugreifen und innerhalb dieses virtuellen Raums mit seiner Spielfigur agieren. Aufgrund des Dauerschuldcharakters⁶¹² und weil die Zurverfügungstellung der virtuellen Spielwelt dem Vertragsverhältnis letztlich sein typisches Gepräge geben, bildet der Mietvertrag wohl am ehesten den Schwerpunkt des Spielserver-Nutzungsvertrages. Der Mietvertrag kommt dem vertraglichen Zweck daher wohl am nächsten. Nachfolgend soll folglich auf die Leistungsstörungsvorschriften des Mietvertrages abgestellt werden.⁶¹³

⁶⁰⁸ BGH Urt. v. 08.10.2009, Az. III ZR 93/09, NJW 2010, 150 (151); BGH Urt. v. 12.01.2017, Az. III ZR 4/16, NJW-RR 2017, 622 (623); BGH Urt. v. 15.03.2018, III ZR 126/17, NJW-RR 2018, 683 (685) jeweils m. w. N.

⁶⁰⁹ BGH Urt. v. 12.01.2017, Az. III ZR 4/16, NJW-RR 2017, 622 (623).

⁶¹⁰ Zur Problematik der Haftung bei atypischen Verträgen *Kaiser*, JA 2007, 291 (291).

⁶¹¹ *Redeker* spricht vom Werkvertrag mit mietvertraglichen Ergänzungen, *Redeker*, in: *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Rn. 449.

⁶¹² Die dauerhafte Nutzung des Spielangebots steht im Vordergrund und nicht die punktuelle Herstellung eines Werkes.

⁶¹³ Auch in der Literatur wird – soweit ersichtlich – überwiegend entweder direkt oder in analoger Anwendung auf die mietvertraglichen Vorschriften abgestellt oder aber bei der Annahme eines

3.5.1.2.1.2 *Schwerpunkt des Vertrages: Unentgeltliche Spielserver-Nutzungsverträge*

Eine andere Beurteilung ist auch nicht in Fällen geboten, in denen der Spieler die Server der Spieleanbieter kostenfrei nutzen kann. Auch bei diesen Vertragskonstellationen handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse über die kostenlose Einräumung von Nutzungsrechten und Zugangsmöglichkeiten und damit um gesetzlich nicht geregelte Verträge eigener Art. Der einzige Unterschied zur kostenpflichtigen Nutzung der Spielwelt ist der Umstand, dass der Spieler bei dem unentgeltlichen Angebot lediglich zur Einhaltung der Spielregeln und nicht zur Zahlung eines wiederkehrenden Geldbetrages verpflichtet ist. Kostenlos werden in aller Regel nur Browser-Basisspiele angeboten, wobei der Erlös typischerweise über Micropayments oder über den Abschluss eines Premium-Accounts erzielt wird. Der Anbieter erwartet daher trotz der kostenfreien Zurverfügungstellung des Spiels im Ergebnis einen wirtschaftlichen Vorteil. Ein entgeltlicher Vertrag wäre wohl auch dann anzunehmen, wenn der Anbieter über die Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 1 RL hinaus personenbezogene Daten des Spielers verarbeitet. Es überzeugt daher im Ergebnis, den kostenfreien Server-Nutzungsvertrag ebenfalls unter das Haftungsregime des Mietrechts zu stellen.⁶¹⁴ Auf eine Differenzierung zwischen kostenpflichtigen und unentgeltlichen Server-Nutzungsverträgen wird daher im Folgenden verzichtet.

3.5.1.2.2 *Gewährleistung bei Schlechtleistung*

Tritt während der Laufzeit des Server-Nutzungsvertrages, mithin nach Überlassung der Mietsache, ein Ereignis auf, das den Zugang zum Spiel verhindert, so liegt hierin ein Mangel.⁶¹⁵ Die gewährleistungsrechtliche Beurteilung dieses Mangels richtet sich nach Überlassung der Mietsache nach den mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften, welche die allgemeinen Vorschriften verdrängen.

3.5.1.2.2.1 *Mängelbeseitigungsanspruch*

Für den Spieler ist die Aufrechterhaltung einer ordnungsgemäßen Funktionsweise des Servers das ausschlaggebende Interesse. Dieses Interesse wird durch § 535 Abs. 1 S. 2 BGB geschützt, der bestimmt, dass der Vermieter die Mietsache (hier die vermieteten Spielserver) während der gesamten Mietzeit in einem für den vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten hat. Mit dieser Erhaltungspflicht korrespondiert ein Mängelbeseitigungsanspruch des Mieters. Beim Auftreten von Mängeln kann der Spieler vom Anbieter die Beseitigung von Mängeln der Mietsache, also beispielsweise von Hardwarefehlern der Server und/oder der darauf aufgespielten Software verlangen. Dies wird in der Praxis

gemischten Vertrages der Schwerpunkt im Mietrecht gesehen. Für die Annahme eines gemischten Vertrages mit Schwerpunkt Mietrecht *Lober/Weber*, CR 2006, 837 (839); *Oehler/von Ribbeck*, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 31; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 721 ff.; *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272 (279). Für die direkte Einordnung als Mietvertrag *Diegmann*, NJW 2010, 561 (562); für die Annahme eines Werkvertrages *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1165; *derselbe*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Kap. 12 Rn. 449.

⁶¹⁴ Denkbar wäre es auch die kostenfreie Server-Nutzung unter das Haftungsregime eines Leihvertrages nach §§ 598 ff. BGB zu stellen (so auch *Oehler/von Ribbeck*, in: Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6 Rn. 12). Mit Blick auf die vorherrschenden Geschäftsmodelle und wegen der Kostenfreiheit als einzige Unterscheidung zur kostenpflichtigen Server-Nutzung, die aber nur vordergründig ist, wird vorliegend das Mietrecht angenommen.

⁶¹⁵ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 723. Hierzu bereits oben, Kapitel 3.4.2.2.

besonders dann relevant, wenn ein Spieltitel nicht wie von den Spielern erhofft (wirtschaftlich) erfolgreich ist. In diesen Fällen kommt es häufig dazu, dass der *Support*, die Aktualisierungen und die sonstige Produktpflege nach wenigen Monaten eingestellt werden.⁶¹⁶ Aber auch durch unterlassene Produktpflege können nachträglich Mängel an den Servern bzw. deren Software auftreten. In diesen Fällen kann der Spieler vom Spielanbieter die Wiederherstellung des geschuldeten Zustands der Mietsache und mithin die erforderliche Wartung (Erweiterung der Serverkapazitäten, *Patches* etc.) fordern. Auch der Anspruch des Spielers auf Verwaltung, Steuerung und Speicherung seines Spielstandes und sonstiger Datensätze, kann im Rahmen der Schwerpunkttheorie auf § 535 Abs. 1 S. 2 BGB gestützt werden. Dem Spieler steht mithin während der gesamten Mietdauer ein Anspruch auf Mängelbeseitigung zu, der – im Unterschied zu den einmaligen Austauschverträgen – auch Mängel erfasst, die erst nach Abschluss des Mietverhältnisses eintreten.

Dieser verschuldensunabhängige Mängelbeseitigungsanspruch des Spielers ist auch dann gegeben, wenn der Spieler bei Vertragsschluss den Mangel der Mietsache kennt. Dies folgt im Umkehrschluss aus § 536b S. 1 BGB. Denn dieser Bestimmung zufolge sind allein die Ansprüche auf Mietminderung (§ 536 BGB) sowie auf Schadens- und Aufwendungsersatz (§ 536a BGB) ausgeschlossen, wenn der Mieter bei Vertragsabschluss den Mangel kennt.⁶¹⁷ Der Mängelbeseitigungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ist somit nicht erfasst. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zu den kaufvertraglichen Regelungen dar. Denn für Kaufverträge (Client-Software) legt § 442 Abs. 1 S. 1 BGB fest, dass die Gewährleistungsrechte des Käufers (und damit auch der Nacherfüllungsanspruch) bei Mangelkenntnis ausgeschlossen sind.

3.5.1.2.2.2 *Recht auf Minderung des Mietzinses*

Neben dem Mängelbeseitigungsanspruch steht dem Spieler während der gesamten Mietdauer auch ein verschuldensunabhängiges Minderungsrecht⁶¹⁸ zu. Nach § 536 Abs. 1 BGB ist der Mieter, unabhängig davon, ob die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter an einem Mangel litt, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder ob ein solcher Mangel erst während der Mietzeit entsteht, für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit (S. 1). Ist die Tauglichkeit nicht aufgehoben, sondern lediglich gemindert, so hat der Mieter nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten (S. 2). Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit hat hierbei allerdings außer Betracht zu bleiben (S. 3), sie führt zu keiner Minderung der Miete.

Gleiches gilt gem. § 536 Abs. 2 BGB, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt – allerdings mit einer wichtigen Ausnahme, denn § 536 Abs. 2 BGB verweist nur in Abs. 1 S. 1 und S. 2 und nicht in S. 3. Demnach steht dem Spieler bei Entfall von zugesicherten Eigenschaften auch dann Minderung zu, wenn die Tauglichkeit nur unerheblich gemindert ist (S. 3).⁶¹⁹

⁶¹⁶ Vgl. Savio, Die Computer- und Videospielebranche, S. 53 m. w. N.

⁶¹⁷ Nach § 536b S. 3 BGB kann der Mieter sich diese Rechte bei der Annahme der Mietsache jedoch vorbehalten.

⁶¹⁸ Hierzu Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 288.

⁶¹⁹ Zugesicherte Eigenschaften spielen bei Beschreibungen der Hard- und Softwareanforderungen des Spiels eine Rolle.

Die Höhe der Minderung richtet sich grundsätzlich nach der Einschränkung des Gebrauchs, also nach der Erheblichkeit und Dauer des Mangels.⁶²⁰ Demnach ist, wenn für einen längeren Zeitraum kein Zugang zu den Spieleservern besteht, die Gebrauchstauglichkeit aufgehoben und der Spieler ist daher für diesen Zeitraum von der Entrichtung der Gegenleistung (vollständig) befreit (S. 1).⁶²¹ Weist die serverseitige Software hingegen lediglich Funktionsmängel oder -defizite auf, die die Gebrauchstauglichkeit zwar nicht aufheben, aber herabsetzen, so hat der Spieler nur eine angemessene herabgesetzte Miete zu entrichten (S. 2).⁶²²

Relevant wird das Minderungsrecht des Spielers beispielsweise auch dann, wenn der Unternehmer Mängelbeseitigungsarbeiten durchführt und in dieser Zeit die Spielserver nicht oder nur eingeschränkt genutzt werden können. Hierin liegt eine Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit der Mietsache, die den Spieler berechtigt, die Gegenleistung angemessen für die Zeit der Reparatur herabzusetzen. Allerdings sind derartige Reparaturarbeiten nicht mit Wartungsarbeiten an den Servern gleichzusetzen. Für angemessene Ausfallzeiten wegen üblicher Wartungsarbeiten kann der Spieler in diesen Fällen keine Mängelansprüche geltend machen. Insoweit ist dem Spieler (bereits aus den Nutzungsbedingungen des Anbieters) bekannt, dass die Server regelmäßig gewartet werden müssen, was aus technischen Gründen zu Unterbrechungen des Spielbetriebs führt. Es dürfte diesbezüglich bereits keine negative Abweichung von der vereinbarten Sollbeschaffenheit vorliegen und somit ein Mangel zu verneinen sein.⁶²³ Wollte man dennoch das Vorliegen eines Mangels annehmen, so wäre, solange sich die Ausfallszeiten für die Wartung in angemessenen Grenzen halten, wohl eine unerhebliche Minderung (S. 3) anzunehmen, die zu keiner Minderung der Miete führt (S. 3). Generell wird – ungeachtet der Ursache hierfür – bei nur sehr kurzen Serverausfällen, zumindest solange sie sich nicht in einer Häufigkeit zeigen, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Spielvergnügens führt, eine unerhebliche Minderung (S. 3) anzunehmen sein.

An dieser Stelle zeigt sich im Vergleich zum Kaufrecht eine Verschärfung: Denn während im Kaufrecht eine Kaufpreisminderung auch bei geringfügigen Mängeln möglich ist (§ 441 Abs. 1 S. 2 BGB), ist eine Minderung im Mietrecht ausgeschlossen, wenn die Tauglichkeit nur unerheblich gemindert ist (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB). Letzteres ist dann der Fall, wenn sich der Mangel nur unerheblich auf die Gebrauchsmöglichkeit auswirkt.⁶²⁴ Bei unerheblichen Mängeln kann der Spieler (Mieter) gleichwohl die Beseitigung des Mangels nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen. Soweit es sich bei dem Mangel um eine Eigenschaft (§ 536 Abs. 2 BGB) handelt, die z. B. in der Endnutzervereinbarung zugesagt wurde, ergibt sich allerdings kein Unterschied. Denn es besteht auch bei Mängeln, die nur eine unerhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit darstellen, ein Recht auf Minderung der Miete.

⁶²⁰ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Kap. B. V. Rn. 604.

⁶²¹ Es spielt hierbei keine Rolle, ob das Spiel insgesamt für alle oder aber nur für einen oder mehrere Spieler nicht erreichbar ist.

⁶²² Rechtsprechung zu Minderungsquoten in digitalen Spielen gibt es nicht. Die Minderungsquote wird sehr von diversen Aspekten des Einzelfalles und den jeweiligen Einschätzungen des zuständigen Gerichts abhängen, sodass die Höhe der Minderung sehr unterschiedlich ausfällt.

⁶²³ So auch *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 724.

⁶²⁴ Etwa wenn die Abweichung objektiv geringfügig ist und primär das ästhetische Empfinden stört, die Brauchbarkeit hierdurch aber nicht wesentlich beeinträchtigt ist. Gleiches hat der BGH für leicht erkennbare Mängel angenommen, die schnell und mit geringen Kosten beseitigt werden können, vgl. BGH Urt. v. 30.06.2004, Az. XII ZR 251/02, NZM 2004, 776 (777).

Nach § 536c Abs. 1 S. 1 BGB hat der Mieter einen Mangel der Mietsache, der sich im Laufe der Mietzeit zeigt, unverzüglich anzuzeigen. Unterlässt der Mieter diese Anzeige und kann der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige nicht Abhilfe schaffen, entfallen die Rechte des Mieters auf Minderung nach § 536 BGB, auf Schadensersatz nach § 536a Abs. 1 BGB sowie sein Recht, ohne Bestimmung einer angemessenen Frist zur Abhilfe nach § 543 Abs. 3 S. 1 zu kündigen (§ 536c Abs. 2 BGB). Gerade im Hinblick auf Online-spiele dürfte die Bedingung, dass der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige nicht Abhilfe schaffen konnte, keine große Bedeutung haben. Denn ist der Mangel auch ohne die Anzeige offensichtlich (wie etwa bei einem Totalausfall des Spiel-Servers), so bedarf es einer Anzeige des einzelnen Spielers nicht, um Abhilfe zu schaffen. In solchen Fällen kann der Spieler nicht erst nach der Fehleranzeige, sondern bereits ab demjenigen Zeitpunkt die Miete mindern, in dem der Mangel aufgetreten ist.⁶²⁵

Die Miete wird kraft Gesetzes gemindert ohne dass der Spieler neben einer Fehleranzeige (§ 536c Abs.1 S. 1 BGB) eine weitere Erklärung abgeben muss (rechtsvernichtende Einwendung). Überschüssig vorausbezahlte Mietbeträge kann der Spieler über das Bereicherungsrecht nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zurückverlangen; noch nicht bezahlte Miete summenmäßig reduzieren.⁶²⁶

3.5.1.2.2.3 Anspruch auf Aufwendungsersatz bei Mängelbeseitigung durch den Mieter

Nach § 536a Abs. 2 BGB kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und die dafür erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen, wenn der Vermieter mit der Mängelbeseitigung in Verzug kommt oder ein Fall einer unaufschiebbaren Notmaßnahme vorliegt. Im Fall von digitalen Spielen wird eine Mängelbeseitigung durch den Spieler selbst nicht in Betracht kommen, da ihm bereits der Quellcode und der Zugriff auf die Spielserver fehlt, um eine Programmierung der Software vornehmen zu können.⁶²⁷

3.5.1.2.2.4 Kündigungsrecht

Das Mietrecht sieht sowohl für den Mieter als auch für den Vermieter ein gesetzliches Kündigungsrecht vor. Es sei vorausgeschickt, dass die Richtlinie lediglich dem Verbraucher ein gesetzliches Beendigungsrecht einräumt (Art. 14 Abs. 4 RL).

3.5.1.2.2.4.1 Kündigungsrecht des Spielers

Der Spieler kann den Server-Nutzungsvertrag mit dem Spielebetreiber außerordentlich (§ 543 BGB) oder ordentlich (§ 542 BGB) kündigen. Eine außerordentliche Kündigung ist möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, sodass die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 543 Abs. 1 BGB). Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Besteht der wichtige Grund der Kündigung in der Verletzung der Pflicht aus dem Mietvertrag, so hat der Mieter dem Vermieter zunächst eine zur Abhilfe bestimmten angemessene Frist zu setzen. Es sei

⁶²⁵ Vgl. Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 287.

⁶²⁶ Vgl. Putzo, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 537 Rn. 23.

⁶²⁷ Dies gilt natürlich erst Recht für die Hardware eines zum Teil in anderen Ländern stehenden Spielservers. Zum Aufwendungsersatz bei Verträgen über Software allgemein siehe Koch, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 293.

denn, eine Fristsetzung verspricht offensichtlich keinen Erfolg oder die sofortige Kündigung ist aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen gerechtfertigt (Abs. § 543 Abs. 3 BGB). Wird dem Spieler der Gebrauch des Spielservers nach Gebrauchsüberlassung wieder entzogen, so kann der Spieler seinen Server-Nutzungsvertrag somit nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB kündigen. Soweit offensichtlich ist, dass der Server gesperrt bzw. das Onlinespiel beendet wurde, so wird die Setzung einer Frist entbehrlich sein.

Ist in den Nutzungsbedingungen des Spieleanbieters keine Kündigungsfrist bestimmt und will der Spieler (ordentlich) kündigen, so ist die Regelung zur Kündigung bei einem Mietverhältnis über bewegliche Sachen des § 580a Abs. 3 Nr. 2 BGB anzuwenden.⁶²⁸ Demnach hat der Spieler (wenn die Miete nach längerem Zeitraum bemessen ist) eine dreitägige Kündigungsfrist einzuhalten.

3.5.1.2.2.4.2 Kündigungsrecht des Spielbetreibers

Auch dem Spielbetreiber stehen ein außerordentliches (§ 543 BGB) und ein ordentliches (§ 542 BGB) Kündigungsrecht zu. Zur außerordentlichen Kündigung ist der Betreiber nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB berechtigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der für ihn das Festhalten am Vertrag unter Abwägung der beiderseitigen Interessen unzumutbar macht. Dies wäre im Falle von Online-Spielen insbesondere bei schwerwiegenden oder wiederholten Verstößen gegen die Nutzungsbedingungen oder bei Einsatz unzulässiger Programme wie *Bots*⁶²⁹, die den Spielverlauf manipulieren, der Fall.⁶³⁰ Eine weitere wichtige Fallgruppe ist das unbefugte Überlassen der Mietsache an einen Dritten (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 2 BGB). Die Überlassung des Spiel-Accounts an Dritte, insbesondere zum Zwecke des „*Power-Levelling*“, fällt unter diese Vorschrift und berechtigt den Spieleanbieter zur außerordentlichen Kündigung.⁶³¹ Ebenso stellt der unbefugte (d. h. gegen die Nutzungsbedingungen verstoßende) Handel mit virtuellen Gütern oder mit Spielwährungen einen möglichen Kündigungsgrund dar.⁶³² Allerdings ist hier regelmäßig zuvor eine Abmahnung des Betreibers erforderlich (§ 543 Abs. 3 BGB), darüber hinaus hat der Vermieter dem Mieter im Falle einer außerordentlichen Kündigung schriftlich über den (wichtigen) Grund der Kündigung zu informieren (§ 569 Abs. 4 BGB). Es ist zu ergänzen, dass auch der Zahlungsverzug einen wichtigen Kündigungsgrund darstellt, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigt (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB).⁶³³

⁶²⁸ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 734. Insb. kann aus offensichtlichen Gründen bei der Servermiete nicht auf die Kündigungsvorschriften über (Wohnraum)Mietverhältnisse nach § 573c BGB abgestellt werden. Dazu, dass die Anwendung der Vorschrift nicht ausscheidet, weil es sich bei Software nicht um eine Sache i. S. d. § 90 BGB handelt, vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 682 f.

⁶²⁹ *Bots* sind Zusatzprogramme, die dem Spieler unerlaubte Spielvorteile gewähren, z. B. dadurch, dass die Programme Spielzüge im Originalspiel automatisieren. Zur Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung wegen des Einsatzes von *Bots* vgl. AG Charlottenburg, Urte. v. 04.05.2012, Az. 208 C 42/11, MMR 2012, 598 (599 f.).

⁶³⁰ Hierzu *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 95; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 740.

⁶³¹ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 94 f.

⁶³² Hierzu AG Karlsruhe Urte. v. 24.07.2012, Az. 8 C 220/12; das Gericht ließ allerdings die Frage offen, ob der gegen die Nutzungsbedingungen erfolgte Handel mit der Spielwährung einen Kündigungsgrund darstellt.

⁶³³ Regelmäßig wird der Spielbetreiber den Zahlungsverzug bereits in seinen Nutzungsbedingungen als Kündigungsgrund aufnehmen.

Problematisch ist, innerhalb welcher Fristen der Spielbetreiber den Server-Nutzungsvertrag ordentlich kündigen kann. Wie bereits dargestellt, kann es passieren, dass das Betreiben des Spielerservers aufgrund geringer Verkaufs- bzw. Abonnementzahlen wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll ist und der Spieleanbieter daher das Spiel einstellen möchte. Hat der Spieleanbieter in den Nutzungsbedingungen Fristen festgelegt, dann gelten diese, wenn sie nicht unangemessen kurz sind und damit gegen § 307 BGB verstoßen. Bei einem Verstoß gegen § 307 BGB (Inhaltskontrolle von AGB) oder wenn der Anbieter keine Kündigungsfristen in seinen Nutzungsbedingungen niedergelegt hat, gelten die gesetzlichen Fristen aus § 580a Abs. 3 Nr. 2 BGB, die gleichermaßen für Vermieter und Mieter Anwendung finden. Allerdings wird die dortige dreitägige Kündigungsfrist in der Literatur als unangemessen kurz angesehen, insbesondere in jenen Fällen, in denen der Spielbetreiber den Spielern virtuelle Gegenstände zum Kauf anbietet.⁶³⁴ Dies ist insbesondere bei Freemium-Modellen der Fall. In diesen Fällen hat der Spieler möglicherweise virtuelle Gegenstände angesammelt oder sich sonstige Spielvorteile erkaufte, um im Spiel schneller voranzuschreiten und hat an der Nutzung der virtuellen Gegenstände bzw. Spielvorteile bis zum Vertragsende noch ein erhebliches Interesse. Dieses ist dem Interesse des Spieleanbieters gegenüber zu stellen, ein Spiel profitabel zu betreiben. Dass der Betrieb des Spiels vor allem davon abhängt, ob der Betreiber mit dem Spiel Gewinne erwirtschaftet, ist jedem Spieler bekannt.

Wie *Rauda* festhält, müssen die Spieler „[g]erade wegen der rasanten technischen Entwicklungen [...] damit rechnen, dass ein Spiel eingestellt wird, weil es technisch überholt ist und der Spielbetreiber mit seinem Personal lieber andere, modernere Spiele auf den Markt bringen will. Er muss daher davon ausgehen, dass der Spielbetreiber von der Möglichkeit einer Kündigung Gebrauch macht. In diesem Wissen kauft der Nutzer auch virtuelle Gegenstände“⁶³⁵. Unter diesen Ermessensgesichtspunkten und gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben erscheint eine dreitägige Kündigungsfrist unangemessen und muss je nach Möglichkeit des Spielers, die virtuellen Güter sinnvoll zu verwerten, erweitert werden. *Psczolla* erachtet eine Frist von zwei Wochen angemessen, wenn der Spieleanbieter den Handel mit virtuellen Gütern zugelassen und der Spieler daher die Möglichkeit hat, die virtuellen Güter innerhalb dieses Zeitraums angemessen zu verwerten.⁶³⁶ *Rauda* vertritt, dass, soweit die virtuellen Gegenstände nicht wirtschaftlich verwertbar sind, eine Kündigungsfrist von drei Monaten regelmäßig ausreichend aber auch erforderlich sein wird.⁶³⁷

Meines Erachtens ist eine Frist von zwei Wochen auch für den Fall der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Gegenstände unzureichend. Denn wenn der Spielanbieter sich für eine zeitnahe Schließung des Spiel-Servers entschließt, dann wird der Marktwert der virtuellen Güter schlagartig abnehmen. Der Spieler wird bei offizieller Bekanntgabe der Einstellung des Spiels auf keinen Fall auch nur ähnliche Beträge für die virtuellen Gegenstände erhalten, die er seinerzeit bezahlt hat. Es wird schlichtweg kein Spieler bereit sein, Geld für ein Spiel auszugeben, von dem klar ist, dass es ohnehin in kurzer Zeit eingestellt wird. Daher sollte – auch bei einer grundsätzlichen Möglichkeit zur wirtschaftlichen Verwertung – dem

⁶³⁴ So *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 94; *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 736 f.

⁶³⁵ *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 738. *Rauda* ergänzt, dass den Anbieter eine Hinweispflicht trifft, wenn er weiterhin virtuelle Gegenstände verkauft, obwohl er den Nutzer ordentlich gekündigt hat und den Betrieb des Spiels einstellen will (Rn. 739).

⁶³⁶ *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 94. Laut *Psczolla* reicht diese Zeit aus, um die virtuellen Gegenstände zu verkaufen.

⁶³⁷ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 736.

Spieler eine ausreichend lange Spielzeit zur Nutzung des Spiels gewährt werden. Mithin dürften auch hier im Ergebnis drei Monate Kündigungsfrist angemessen bemessen sein.

3.5.1.2.2.4.3 Rechtsfolgen der Kündigung

Nach der Kündigung des Online-Spielvertrages ist der Spieleanbieter zur Rückerstattung etwaiger bereits im Voraus entrichteter Beiträge verpflichtet (§ 547 BGB). Hat der Spieler also für die Befugnis zur Nutzung der Online-Spielwelt z. B. für einen Jahrespass ein Jahr im Voraus bezahlt und wird der Vertrag nach zwei Monaten Laufzeit beendet, erhält der Spieler vom Anbieter den gezahlten Jahresbeitrag für den Zeitraum von zehn Monaten zurückerstattet. In der Praxis wird dies allerdings selten der Fall sein, da eine ordentliche Kündigung des Spielers nach der vertraglichen Regelung meist erst zum Ende des vom Teilnehmer vorausbezahlten Abrechnungszeitraums wirksam wird.⁶³⁸ Dies ist auch ohne weiteres möglich, da die dreitägige Kündigungsfrist in § 580a Abs. 3 Nr. 2 BGB dispositiv ist.⁶³⁹

Eine Verpflichtung des Spielers, die „Mietsache“ nach Beendigung des Vertrags zurückzugeben (§ 546 Abs. 1 BGB), ist hingegen nicht anzunehmen, da der Spieleanbieter ohnehin im Besitz der zentralen Spielsoftware und der Serverkapazitäten ist.⁶⁴⁰ Allerdings dürfte aus dieser Vorschrift die Verpflichtung des Spielers abzuleiten sein, nicht mehr auf das Online-Spielangebot zuzugreifen.

Anders als § 346 BGB dies für Kaufverträge vorsieht,⁶⁴¹ enthalten die mietvertraglichen Regelungen keine Vorschrift, die bei einer Kündigung eine vollständige Rückgewähr sämtlicher empfangener Leistungen bzw. deren Wertersatz vorschreibt. Damit stellt sich die Frage, was bei Kündigung des Vertrages mit den virtuellen Gegenständen oder sonstigen Spielvorteilen geschieht, die der Spieler im Laufe des Spiels kostenpflichtig angehäuft hat und die nun in seinem Spiele-Account verkörpert sind. Es liegt nahe, die virtuellen Gegenstände und Add-Ons als überlassenes Zubehör zur Mietsache anzusehen, welches der Mieter im Zuge der Rückgabe ebenfalls zurückzugeben hat.⁶⁴² Diese werden wie aufgezeigt, typischerweise zusammen mit dem Spieleraccount auf den Servern der Anbieter gespeichert, so dass eine „echte Rückgabepflicht“ auch bei virtuellen Gegenständen nicht entsteht. Dies gilt aber nur insoweit, als dass der Spieler die virtuellen Gegenstände im Rahmen des – nun gekündigten – Online-Spielvertrages erlangt hat. Beruht der Erwerb hingegen auf einem punktuellen Austauschvertrag, ist dieser separat vom Dauerschuldvertrag zu behandeln. Die Rechtsfolgen der Kündigung erfassen das auf einmalige Leistung gerichtete Schuldverhältnis grundsätzlich nicht.⁶⁴³ Der Spieler wird also versuchen, die virtuellen Gegenstände zu veräußern, da er sie bekanntlich nur in der virtuellen Spielumgebung nutzen kann und nach Kündigung des Online-Spielvertrages eine isolierte Nutzung der virtuellen Gegenstände nicht mehr möglich ist.

Einer Veräußerung der virtuellen Gegenstände steht jedoch entgegen, dass Spieleanbieter zum Teil in ihren Nutzungsbedingungen die Weiterveräußerung von virtuellen Gegenständen

⁶³⁸ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 94.

⁶³⁹ Vgl. *Klein-Blenkers*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, § 580a Rn. 14.

⁶⁴⁰ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 95.

⁶⁴¹ Hierzu bereits oben, Kapitel 3.5.1.1.2.2.

⁶⁴² Zur Pflicht des Mieters nach Mietende auch Zubehör zurückzugeben vgl. *Wiederhold*, in: BeckOK zum BGB, § 546 Rn. 23.

⁶⁴³ Zur Bestimmung von einheitlichen Verträgen und deren Rückabwicklung siehe bereits oben, Kapitel 3.2.4.2.1.

verbieten. In diesen Fällen gibt es keine spielinternen und erst recht keine externen (erlaubten) Marktplätze, um die Güter zu veräußern. Auch die Übertragung des ganzen Spiel-Accounts wird von den Spielbetreibern regelmäßig in den Nutzungsbedingungen ausgeschlossen. Nach der Kündigung des Nutzungsvertrages verliert der Spieler somit diese virtuellen Gegenstände, ohne die Möglichkeit zu haben, sie vorher zu veräußern. Ein ähnliches Problem stellt sich, wenn der Spieler z. B. mithilfe der anbieterseitigen Software digitale Inhalte erstellt (etwa Karten oder Missionen mithilfe der Karten-Editoren) oder Texte, Bilder oder sonstige Dateien hochgeladen hat.

Eine dem § 346 BGB im Regelungsgehalt ähnliche Bestimmungen findet sich allein in § 539 Abs. 2 BGB. Das dort kodifizierte Wegnahmerecht gestattet dem Mieter, „eine Einrichtung wegzunehmen, mit der er die Mietsache versehen hat“. Unter einer Einrichtung sind nach allgemeiner Auffassung bewegliche Sachen zu verstehen, die mit der Mietsache fest verbunden sind, aber wieder abgetrennt werden können, und nach ihrer wirtschaftlichen Bestimmung dazu bestimmt sind, der Mietsache zu dienen.⁶⁴⁴ Ob vom Spieler im Rahmen des Server-Nutzungsvertrages hochgeladene oder neu hergestellte digitalen Inhalte und Daten unter den Begriff der Einrichtung fallen, ist soweit ersichtlich nicht diskutiert worden. Wird das Mietrecht auf digitale Inhalte (also nicht körperliche Gegenstände) angewandt, dann spricht allerdings einiges dafür, in dem Hochladen und Abspeichern auf den Servern der Anbieter durchaus eine feste Verbindung mit den Spielservern und damit eine Einrichtung, die mit der Mietsache fest verbunden ist, zu sehen. Allerdings gewährt die Vorschrift dem Mieter lediglich ein Recht, die Einrichtungen wegzunehmen, womit die Pflicht des Vermieters korrespondiert, die Wegnahme zu dulden.⁶⁴⁵ Keineswegs verpflichtet die Vorschrift den Vermieter aber, die Einrichtung aktiv herauszugeben. Genau dies aber wäre notwendig, damit der Spieler die von ihm hochgeladenen oder erstellten digitalen Inhalte von dem Spielbetreiber erhält.

Da eine Regelung zur Herausgabe bzw. zum Wertersatz fehlt und auch das Wegnahmerecht an dieser Stelle nicht weiterführt, bleibt dem Spieler somit allenfalls, soweit der Spielanbieter den Schaden zu vertreten hat (§ 536a BGB), Schadensersatz zu fordern. Im Falle einer ordentlichen Kündigung durch den Spieler wird hierbei ein Schadensersatz zu verneinen sein, da der Spieler die virtuellen Güter schließlich in dem Wissen gekauft hat, dass sie nur in der virtuellen Umgebung Wirkung entfalten.⁶⁴⁶ Auch bei einer rechtmäßigen außerordentlichen Kündigung durch den Spielanbieter scheint es angemessen, einen Schadensersatzanspruch zu verneinen.⁶⁴⁷ Im Falle einer gerechtfertigten außerordentlichen Kündigung durch den Spieler sowie einer ungerechtfertigten außerordentlichen Kündigung durch den Spielanbieter wäre ein Schadensersatzanspruch des Spielers hingegen zu bejahen. Eine differenzierte Betrachtung erfordert der Fall der ordentlichen Kündigung durch den Spielanbieter. Hier wird ein Schadensersatzanspruch zu bejahen sein, wenn die Kündigungsfrist unangemessen kurz war, sodass der Spieler die virtuellen Gegenstände nicht mehr hinreichend nutzen bzw. wirtschaftlich verwerten kann.

⁶⁴⁴ *Bieber*, in MünchKomm zum BGB, § 539 Rn. 13 m. w. N.

⁶⁴⁵ Vgl. *Bieber*, in MünchKomm zum BGB, § 539 Rn. 16 m. w. N.

⁶⁴⁶ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 734 – *Rauda* vergleicht die Situation mit einem Mieter, der den Vermieter der Wohnung bittet, gegen Entgelt die weißen Wände rot zu streichen. Der Mieter weiß, dass er solange von den roten Wänden profitieren kann, solange er in der Wohnung wohnt. Er weiß aber auch, dass er seine Investition nicht ersetzt erhält, wenn er den Mietvertrag kündigt und aus der Wohnung auszieht.

⁶⁴⁷ So auch *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 741.

3.5.1.2.2.5 Schadensersatz

Dem Spieler steht unbeschadet des Minderungsrechts grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch wegen nicht erfolgter oder verzögerter Mängelbeseitigung aus § 536a Abs. 1 BGB zu. Wenn der Mangel bereits anfänglich bei Vertragsschluss vorhanden war, dann haftet der Spieleanbieter verschuldensunabhängig aus seiner Erfüllungsverpflichtung auf Schadensersatz (§ 536a Abs. 1 Var. 1 BGB). In diesem Fall muss der Spieler nachweisen, dass der Mangel bei Vertragsschluss bereits vorhanden war. Insoweit genügt, dass die Mangelursache bei Vertragsschluss bereits vorhanden war, es ist nicht erforderlich, dass der Mangel bereits aufgetreten ist.⁶⁴⁸ Eine solche verschuldensunabhängige Garantiehftung besteht jedoch nicht, wenn ein Mangel erst nach Vertragsschluss entsteht. Für diese nachträglichen Mängel sieht das Gesetz in § 536a Abs. 1 Var. 2 BGB eine verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung vor. Damit behandelt das Gesetz anfänglich und später auftretende Mängel unterschiedlich, obwohl die Folgen für die Gebrauchsüberlassung in beiden Fällen für den Spieler dieselben sein können.⁶⁴⁹

Da die Richtlinie ausweislich ihres Art. 3 Abs. 10 RL das nationale Schadensersatzrecht unberührt lässt und sich mithin diesbezüglich keine Änderungen ergeben, kann eine vertiefte Betrachtung ausbleiben. Dennoch soll hier auf eine für digitale Spiele spezifische Problemstellung aufmerksam gemacht werden, die weder der nationale noch der Unionsgesetzgeber bedacht zu haben scheinen.

Der Spieler kann nämlich durchaus einen Schaden erleiden in Fällen, in denen die Spielserver grundsätzlich erreichbar sind, einzelne Spieler aber z. B. wegen eines technischen Defekts der Zugangsdaten das Spiel plötzlich nicht weiterspielen können. Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass sich der von dem technischen Defekt betroffene Spieler bereits eine virtuelle Existenz im Spiel aufgebaut und virtuelle Gegenstände erspielt oder für diese sogar einen Kaufpreis entrichtet hat. Verliert der Spieler mitten im Spiel wegen eines Defekts nun plötzlich die Verbindung zum Spielserver, kann es passieren, dass er infolge des fehlenden Zugangs zum Spiel durch Aktionen von Mitspielern virtuelle Güter verliert. Zumal der ausgelagerte Spieler keine Schutzmaßnahmen mehr gegen den Verlust seiner virtuellen Güter ergreifen kann. *Rauda* führt als Beispiel Spiele mit Kampfelementen auf, in denen sich der Spieler sodann nicht mehr gegen Angriffe von Dritten wehren kann und hierdurch wertvolle Gegenstände verliert.⁶⁵⁰ In der zwangsweisen Abwesenheit des Spielers vom Spiel ist es auch vorstellbar, dass die Spielfigur des Spielers besiegt oder gar getötet, also die virtuelle Existenz des Spielers vernichtet wird. Der Verlust dieser (ggf. kostenpflichtig erworbenen) virtuellen Gegenstände stellt einen Schaden des Spielers dar. Es geht somit um einen Ersatz für den Verlust der Gegenstände, die der Spieler im Laufe des Spiels angehäuft oder gekauft und nun infolge eines fehlenden Zugangs zum Spielserver verloren hat.

Auch wäre es möglich, dass dem Spieler aufgrund seiner ungewollten Abwesenheit Spielvorteile entgehen. Diese Konstellation erlangt insbesondere dort Bedeutung, wo die relative Stärke des Spielers im Verhältnis zu den anderen Spielern besonders wichtig ist. So geht es beispielsweise bei Online-Rollenspielen für den Spieler darum, seinen Spielcharakter durch zeitintensives Spielen immer weiter zu verbessern. Durch das Spielen sammelt er

⁶⁴⁸ OLG München Urt. v. 26.03.1990, Az. Lw U 2024/90, NJW-RR 1990, 1099 (1100).

⁶⁴⁹ Vgl. *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Teil 7 Rn. 292.

⁶⁵⁰ Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 726.

Erfahrungspunkte und entwickelt so die Fähigkeiten und Eigenschaften seines Spielcharakters immer weiter fort. Durch die unfreiwillige Inaktivität verliert der Spieler nicht nur die Möglichkeit seinen Charakter weiter „hochzuleveln“, sondern kann in dieser Zeit auch keine virtuellen Gegenstände sammeln.

Wenngleich diesbezüglich bislang keine Rechtsprechung vorliegt, dürften die entgangenen Spielvorteile und verlustig gegangenen virtuellen Gegenstände als ersatzfähige Schäden zu werten sein. Mit der Folge, dass der Spieler – allerdings nur, soweit er ein Verschulden des Spielanbieters nachweisen kann – Schadensersatz geltend machen kann. Im Falle eines längeren Ausschlusses vom Spiel steht dem Spieler neben dem Schadensersatz auch das (verschuldensunabhängige) Recht auf Mietminderung (§ 536 BGB)⁶⁵¹ für diesen Zeitraum zu.

Der Umfang des Schadens richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Hiernach muss der Spieler im Wege der Naturalrestitution so gestellt werden, wie er stünde, wenn das schadensauslösende Ereignis nicht eingetreten wäre, der Spieler mithin Zugang zum Spiel gehabt hätte. Hat der Spieler infolge des unterbrochenen Zugangs zu den Spielservern virtuelle Gegenstände verloren, muss ihm der Spielebetreiber diese wieder zur Verfügung stellen. Im Falle der entgangenen Spielvorteile muss der Anbieter möglichst unter Berücksichtigung der üblichen Spielaktivität des Spielers ermitteln, welche Fortschritte der vom Spiel ausgeschlossene Spieler in der Zeit seiner Inaktivität gehabt hätte und dem Spielcharakter des Spielers diesen Fortschritt gewähren.⁶⁵² Zudem kann der Spieler dem Anbieter zur Herstellung des geschuldeten Zustands eine Frist setzen (die angemessen zu sein hat), sodass er, wenn die Herstellung nicht rechtzeitig erfolgt, nach Ablauf der gesetzten Frist Schadensersatz in Geld verlangen kann (§ 250 BGB). Im Falle des Verlustes von virtuellen Gegenständen wäre zur Bemessung des monetären Schadens der Geldbetrag, der erforderlich ist, um den Gegenstand in einer im Spiel vorhandenen oder auf einer externen Handelsplattform erneut zu kaufen, anzusetzen. Schwieriger wird die Bemessung dort, wo Spielvorteile entgangen sind, die nicht auch erworben werden können. Hier könnte der Preis für verwandte käufliche Spielvorteile als Orientierung dienen.

3.5.2 Beurteilung nach der Richtlinie

Die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers im Falle einer Vertragswidrigkeit werden in Art. 14 RL festgelegt. Diese Bestimmungen werden durch die Art. 15 bis 18 RL, welche die Modalitäten für die Erstattung bzw. Rückabwicklung regeln, ergänzt.

Gem. Art. 14 Abs. 1 RL hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen, auf eine anteilmäßige Preisminderung oder auf Beendigung des Vertrags. Während der Kommissionsentwurf 2015 in Art. 12 Abs. 1 eine sehr strikte Hierarchie der Abhilferechte vorsah,⁶⁵³ ist der finale Richtlinienentwurf etwas flexibler formuliert, sodass den

⁶⁵¹ Hierzu bereits oben, Kapitel 3.5.1.2.2.2.

⁶⁵² Vgl. *Rauda*, Recht der Computerspiele, Rn. 728.

⁶⁵³ „Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher Anspruch auf unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der digitalen Inhalte, es sei denn, dies ist unmöglich, unverhältnismäßig oder rechtswidrig.“ (Art. 12 Abs. 1 Kommissionsentwurf 2015).

unterschiedlichen Systemen der Mitgliedstaaten besser Rechnung getragen werden kann.⁶⁵⁴ Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass indirekt auch im finalen Richtlinientext eine Hierarchie der Rechtsbehelfe besteht. Denn während Art. 14 Abs. 1 RL die Rechtsbehelfe ohne weitere Differenzierung nacheinander aufzählt, legt Art. 14 Abs. 2 RL fest, wann der Verbraucher *nicht* die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes verlangen kann. Art. 14 Abs. 4 RL schließlich listet die Voraussetzungen auf, unter welchen dem Verbraucher ein Recht auf Minderung oder Vertragsbeendigung zusteht. Damit ist, wie aus ErwG 65 auch sehr klar hervorgeht, ganz ähnlich wie dies nach §§ 437 ff. BGB für Kaufverträge der Fall ist, zwischen dem primären Rechtsbehelf der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands (bzw. der „Nacherfüllung“) und den sekundären Rechtsbehelfen der Minderung des Kaufpreises und der Vertragsbeendigung zu unterscheiden.⁶⁵⁵

3.5.2.1 Herstellung des vertragsgemäßen Zustands als primäre Abhilfe

Die Bedingungen und Modalitäten des Rechts auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes werden in Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 RL geregelt.

3.5.2.1.1 Art der Behebung des Mangels

An erster Stelle fällt auf, dass die Richtlinie, anders als § 439 Abs. 1 BGB, nicht zwischen Nachbesserung und Neulieferung unterscheidet, sondern beides einheitlich unter die „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“ subsumiert.⁶⁵⁶ Damit wird nicht dem Verbraucher die Art der Abhilfe zur Wahl gestellt. Vielmehr steht es dem Unternehmer frei, „wie er den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen herstellt, beispielsweise indem er aktualisierte Versionen übermittelt oder dem Verbraucher eine neue Kopie der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen bereitstellt.“⁶⁵⁷

Diese Lösung erscheint im Hinblick auf digitale Inhalte sachgerecht. Denn wie sich bei der Diskussion zur Nachbesserung und Neulieferung (§ 439 Abs. 1 BGB)⁶⁵⁸ zeigte, wird es dem Spieler gleichgültig sein, ob die Mängel des Spiels mittels *Patches* oder *Updates* (Nachbesserung) oder durch Bereitstellung einer neuen, verbesserten Version (Neulieferung) behoben werden.⁶⁵⁹ Zudem wird der Verbraucher bei digitalen Inhalten oder Dienstleistungen ohnehin nicht fachgerecht beurteilen können, auf welche Art der Mangel behoben werden kann.⁶⁶⁰

Dem entspricht es, dass der Verbraucher den Unternehmer nicht ausdrücklich zur Nacherfüllung (Nacherfüllungsverlangen) auffordern oder gar eine Wahlerklärung abgeben muss.

⁶⁵⁴ Die Richtlinie hat damit einen Kompromiss zwischen Rechtsordnungen mit strenger Hierarchie wie in Deutschland und flexibler bzw. freier Wahl wie etwa in Polen gefunden, vgl. *Spindler/Sein*, MMR 2019, 488 (490).

⁶⁵⁵ I. d. S. auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (162).

⁶⁵⁶ Dazu, dass Art. 14 Abs. 2 RL nicht spezifiziert, wie der vertragsgemäße Zustand herzustellen ist und der Verbraucher kein Wahlrecht bei den Abhilfemodalitäten hat vgl. *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn.20.

⁶⁵⁷ ErwG 63 der Richtlinie.

⁶⁵⁸ Siehe oben, Kapitel 3.5.1.1.2.1.1.

⁶⁵⁹ So auch *Maier*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 51 (54).

⁶⁶⁰ I. d. S. auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (163).

Für den Beginn der Frist für die Mangelbeseitigung ist vielmehr ausreichend, wenn der Verbraucher den Unternehmer von der Vertragswidrigkeit „in Kenntnis gesetzt“ hat (Art. 14 Abs. 3 RL). Soweit der Verbraucher einen der sekundären Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen will, ist aber auch unter der Richtlinie eine entsprechende (Wahl-)Erklärung unumgänglich.⁶⁶¹

3.5.2.1.2 *Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands*

Gem. Art. 14 Abs. 2 RL hat der Verbraucher Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands, „es sei denn, dies wäre unmöglich oder würde dem Unternehmer Kosten verursachen, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls unverhältnismäßig wären“.⁶⁶² Bei der Beantwortung der Frage, ob die Kosten unverhältnismäßig sind, sind insbesondere (aber nicht ausschließlich) der Wert, den die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen hätten, wenn keine Vertragswidrigkeit vorläge, und die Erheblichkeit der Vertragswidrigkeit zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die Unmöglichkeit ist ErwG 65 der Richtlinie zu entnehmen, dass sowohl die rechtliche wie auch die tatsächliche Unmöglichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands umfasst sein sollen. Anders als bei der Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung berücksichtigt die Richtlinie bei den Abhilfen bei Vertragswidrigkeit somit die Variante der Unmöglichkeit der Leistungserbringung.⁶⁶³

Die Richtlinie korrespondiert an dieser Stelle somit sehr gut mit den kaufvertraglichen Regelungen des BGB, wonach der Verkäufer die Art der Nacherfüllung verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 439 Abs. 4 BGB)⁶⁶⁴; ebenso ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen und der Käufer kann vom Vertrag zurücktreten (§ 326 Abs. 5 BGB), wenn die Leistung für den Schuldner oder jedermann (tatsächlich oder rechtlich)⁶⁶⁵ unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB).

3.5.2.1.3 *Freiheit von Kosten und „Unannehmlichkeiten“*

Nach Art. 14 Abs. 3 RL hat der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand „kostenfrei und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herzustellen“. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen den Vorgaben der kaufrechtlichen Bestimmungen des BGB, wonach alle Kosten und Aufwendungen für die Nacherfüllung vom Verkäufer zu tragen sind (§ 439 Abs. 2 BGB), die Art der Nacherfüllung so zu wählen ist, dass keine erheblichen Nachteile für den Verbraucher entstehen (§ 439 Abs. 4 S. 2) und dem Käufer die sekundären Rechtsbehelfe zustehen, wenn die ihm zustehende Art der Nacherfüllung unzumutbar ist (§ 440 S. 1 BGB). § 439 BGB wiederum basiert auf Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 UAbs. 3

⁶⁶¹ I. d. S. auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (163).

⁶⁶² Umfassend zu den beiden Ausschlussstatbeständen *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 30 ff.

⁶⁶³ Hierzu oben, Kapitel 3.3.2.2.1.2.

⁶⁶⁴ Zu den Ausschlussgründen nach § 439 Abs. 4 BGB siehe *Westermann*, in: MünchKomm zum BGB, § 439 Rn. 26 ff.

⁶⁶⁵ Auch § 275 BGB erfasst die Unmöglichkeit infolge rechtlicher Nichterbringbarkeit der Leistung; hierzu *Ernst*, in: MünchKomm zum BGB, § 275 Rn. 41 ff.

Verbrauchsgüterkauf-RL.⁶⁶⁶ Der Wortlaut des Richtlinien textes entspricht nahezu vollständig dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL.⁶⁶⁷ Diese räumt dem Käufer bei Vertragswidrigkeit einen Anspruch auf „unentgeltliche“ Nachbesserung oder Ersatzlieferung, die „innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ erfolgen muss. Dennoch empfiehlt sich eine nähere Betrachtung.

ErwG 64 merkt zu Art. 13 Abs. 3 RL an, dass der vertragsgemäße Zustand kostenfrei hergestellt werden sollte und dem Verbraucher insbesondere keine Kosten im Zusammenhang mit der Entwicklung einer aktualisierten Version entstehen sollten. Hiermit ist jedenfalls klar gestellt, dass die Entwicklungskosten für *Patches* und *Updates* vom Unternehmer zu tragen sind und dem Spieler auch dann keine Kosten entstehen dürfen, wenn er statt eines *Patches* eine neue, verbesserte Version des Spiels erhält. Im Hinblick auf das Recht des Verbrauchers, bestimmte Daten im Falle der Vertragsbeendigung „kostenfrei“ wiederzuerlangen (§ 16 Abs. 4 RL), schränkt ErwG 71 insoweit ein, als dies nicht für Internetverbindungskosten gelten soll, die durch die digitale Umgebung des Verbrauchers bedingt sind. Diese Einschränkung ist vermutlich auch auf Art. 13 Abs. 3 RL zu beziehen. Internetverbindungskosten, die dem Spieler durch ein erneutes *Download* des Spiels oder durch den *Download* eines *Updates* oder eines *Patches* entstehen, sind demnach vom Unternehmer nicht zu ersetzen.

Eine Konkretisierung, wann von „erheblichen Unannehmlichkeiten“ zu sprechen sein könnte, findet sich in der Richtlinie nicht. Ein Rückgriff auf den wortlautidentischen Art. 3 UAbs. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL zeigt, dass die Abhilfe für den Verbraucher nicht mit zeitlichen oder sonstigen Belastungen verbunden sein darf, die über hinzunehmende Unbequemlichkeiten hinausgehen.⁶⁶⁸ Der EuGH⁶⁶⁹ bestätigt, dass „ein gewisser Aufwand“ dem Verbraucher zuzumuten ist, der Verbraucher jedoch keiner Belastung ausgesetzt sein darf, die „geeignet wäre, einen durchschnittlichen Verbraucher von der Geltendmachung seiner Ansprüche abzuhalten“, wobei die Art des Verbrauchsgutes sowie der Zweck, für den der Verbraucher dieses Gut benötigt, zu berücksichtigen sind.

Unter Berücksichtigung dieses Maßstabs könnte bezogen auf den Untersuchungsgegenstand hiernach eine „erhebliche Unannehmlichkeit“ dann anzunehmen sein, wenn dem Verbraucher über die Installation des *Patches* oder der neuen Version hinaus, ein erheblicher Mehraufwand entsteht, der den Aufwand für die Ersteinrichtung deutlich übersteigt.⁶⁷⁰ Bei digitalen Spielen, die Standardsoftware darstellen, dürfte dies in aller Regel aber nicht zutreffen. Generell dürfte der Hinweis, dass der vertragsgemäße Zustand „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Verbraucher herzustellen ist, dahingehend zu verstehen sein, dass der Unternehmer, soweit verschiedene Optionen zur Mangelbehebung gegeben sind, nicht

⁶⁶⁶ Umfassend zur Entstehung des § 439 BGB vgl. *Westermann*, in: MünchKomm zum BGB, § 439 Rn. 5 m. w. N.

⁶⁶⁷ Zur Wechselwirkung und den Überschneidungen von Art. 14 RL und der Verbraucherrechte-RL sowie der Warenkauf-RL vgl. *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 8 ff.

⁶⁶⁸ *Magnus*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 Rn. 45; derselbe auch dazu, welche Fälle der Begriff umfasst.

⁶⁶⁹ EuGH NJW 2019, 2007 (2009).

⁶⁷⁰ Vgl. *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (168).

zwecks Kosteneinsparung auf der eigenen Seite zu einer Variante greifen darf, die für den Verbraucher erhebliche Unannehmlichkeiten bedeutet.

Zu den mietvertraglichen Regelungen des BGB ist anzumerken, dass eine Vorgabe, wonach die Behebung des Mangels „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Mieter von statten zu gehen hat, fehlt. Dies dürfte im Hinblick auf digitale Spiele jedoch wenig Unterschied machen, zumal das nationale Mietrecht keine Hierarchie der Rechtsbehelfe vorsieht und der Spieler somit parallel Mietminderung (§ 536 BGB) verlangen kann. Auch nach nationalem Recht hat der Vermieter grundsätzlich die Kosten bzw. den Aufwand zu tragen, der für die Aufrechterhaltung des vertragsgemäßen Zustands erforderlich ist (§ 535 BGB).⁶⁷¹

3.5.2.1.4 Fälligkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes

Gem. Art. 14 Abs. 3 RL hat der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand innerhalb einer „angemessenen Frist“ herzustellen, nachdem er vom Verbraucher von der Vertragswidrigkeit in Kenntnis gesetzt wurde. Ergänzend findet sich lediglich der Zusatz, dass die Art der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen und der Zweck, für den der Verbraucher das Vertragsprodukt benötigt, zu berücksichtigen sind. ErwG 64 erörtert hierzu, dass feste Fristen der Vielfalt der digitalen Inhalte und Dienstleistungen nicht gerecht würden und je nach Fall zu kurz oder zu lang ausfallen könnten. Somit sei es sinnvoller vorzuschreiben, dass der vertragsgemäße Zustand innerhalb einer angemessenen Frist hergestellt werden muss. Den Parteien stehe es aber frei, wie ErwG 64 ergänzt, eine bestimmte Frist hierfür zu vereinbaren.

Damit stellt sich die gleiche Problematik, wie vor dem Hintergrund der nationalen kaufvertraglichen Regelungen, die vorsehen, dass der Käufer (§ 323 Abs. 1 BGB) bzw. der Mieter (§ 543 Abs. 3 BGB) erst vom Vertrag zurücktreten kann, wenn er dem Verkäufer bzw. dem Vermieter eine „angemessene Frist“ zur Nacherfüllung bzw. zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten gewährt hat. Wie das nationale Recht auch, überlässt es die Richtlinie mithin der richterlichen Praxis, dem Begriff der „Angemessenheit“ Konturen zu verleihen. Ein Blick in Art. 3 Abs. 3 S. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL hilft auch nur bedingt weiter. Hiernach richtet sich die Dauer der Frist nach den Umständen, insbesondere nach der Art des Mangels und dem nötigen Aufwand für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands, aber auch danach, wie sehr der Verbraucher auf das Verbrauchsgut angewiesen ist.⁶⁷² Letztlich wird man vom Verkäufer verlangen, die Nachbesserung oder Ersatzlieferung in der Frist vorzunehmen, in der ein sorgfältiger Verkäufer die entsprechende Form der Abhilfe in vergleichbaren Fällen üblicherweise leisten kann und der Verbraucher sie daher erwarten darf.⁶⁷³ *Gsell*⁶⁷⁴ stellt eine generelle Regel auf, wonach dem Verkäufer wohl mehr Zeit einzuräumen sei, je komplexer das Vertragsprodukt ist. Zieht man eine Parallele zur nicht erfolgten Bereitstellung in Art. 13 Abs. 1 RL, wonach die Abhilfe „unverzüglich“ zu erfolgen habe, wird ersichtlich, dass die in Art. 14 Abs. 3 RL kodifizierte Anforderung „innerhalb einer angemessenen Frist“ großzügiger ist und dem Verkäufer hier wohl mehr Zeit einräumt.⁶⁷⁵ Trotz dieser

⁶⁷¹ Zur Pflicht des Vermieters zur Erhaltung des Mietgebrauchs vgl. *Häublein*, in: MünchKomm zum BGB, § 535 Rn. 119 ff.

⁶⁷² *Magnus*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 Rn. 42.

⁶⁷³ So auch *Magnus*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 Rn. 42.

⁶⁷⁴ *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 22.

⁶⁷⁵ So auch *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 22.

Erkenntnisse bleibt für den Spieler aber nach wie vor die Frage offen, wieviel Zeit konkret er dem Spielanbieter z. B. zur Bereitstellung von *Patches* oder *Updates* einzuräumen hat.⁶⁷⁶ Der Begriff der „Angemessenheit“ dürfte unter Berücksichtigung der vorangestellten Grundsätze unter der hier untersuchten Richtlinie im Ergebnis wohl eher eng zu interpretieren sein. Insbesondere dort, wo der Mangel z. B. durch den schlichten Austausch der fehlerhaften Datei behoben werden kann oder ein *Patch* bereits verfügbar ist, wird die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands – ähnlich wie im Falle der Nichtbereitstellung – „in etwa sofort“⁶⁷⁷ zu erfolgen haben.⁶⁷⁸ Ist der *Patch* hingegen noch nicht verfügbar, wird man dem Spieleanbieter eine Zeit einräumen, die ein sorgfältiger Anbieter in vergleichbaren Fällen benötigt, um einen fehlerbeseitigenden *Patch* oder *Update* herzustellen, wobei aufgrund der Kurzlebigkeit von vielen digitalen Spielen ein Zuwarten von mehreren Wochen oder Monaten eher abzulehnen sein dürfte.⁶⁷⁹

Im nationalen Mietrecht besteht demgegenüber keine Bestimmung, wonach die Behebung des Mangels bzw. die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands binnen „angemessener Frist“ zu erfolgen hat. Dafür gestattet das nationale Mietrecht dem Spieler, soweit der Mangel nicht unerheblich ist, jederzeit und ohne eine Mangelbehebung abwarten zu müssen, die Mietminderung (§ 536 BGB) und ggf. auch die Kündigung des Mietverhältnisses (§ 543 BGB).⁶⁸⁰

3.5.2.1.5 Multipersonale Vertragsverhältnisse

Auffällig ist, dass die Richtlinie multipersonale Vertragsstrukturen nicht spezifisch regelt. Probleme, die daraus resultieren können, dass ein Spieleanbieter, der häufig nicht mit dem Händler identisch ist, die digitalen Inhalte bereitstellt oder die digitalen Dienstleistungen erbringt, finden mithin keine gesonderte Regelung.⁶⁸¹ Vielmehr ist die Richtlinie – genauso wie das nationale Recht – durchweg auf die überkommene, der traditionellen Absatzkette entsprechenden Perspektive des Zwei-Personen-Vertrages beschränkt. Die Richtlinie überlässt diese Problematik, wie aus ErwG 13 hervorgeht, bewusst den Mitgliedstaaten. Denn, wie ErwG 13 hervorhebt, soll es den Mitgliedstaaten weiterhin freistehen, „Haftungsansprüche eines Verbrauchers gegenüber einem Dritten zu regeln, bei dem es sich nicht um einen Unternehmer handelt, der die digitalen Inhalte liefert oder die digitale Dienstleistung erbringt, bzw. sich dazu verpflichtet, wie z. B. ein Entwickler, der nicht identisch mit dem Unternehmer nach dieser Richtlinie ist.“ Die Richtlinie bringt in diesem Punkt somit keine Verbesserungen für den Verbraucher.

Dies führt zu der schon zum nationalen Recht erörterten Problematik zurück, dass, soweit der Spielanbieter (z. B. ein Händler) zum Spielehersteller personenverschieden ist, es für

⁶⁷⁶ Zu dieser Problematik bereits oben, Kapitel 3.5.1.1.2.1.3.

⁶⁷⁷ Hierzu oben, Kapitel 3.3.1.2.1.

⁶⁷⁸ I. d. S. auch Koch, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (164).

⁶⁷⁹ So auch Gsell, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 23, die zu beachten gibt, dass bei digitalen Vertragsprodukten die Verbraucherinteressen oft kurzlebig seien und auf kurzfristige Bedürfnisse reagierten und sich an aktuellen Trends orientierten, so dass bei Verträgen mit kurzer Laufzeit der Verbraucher i. d. R. einen Abhilfezeitraum von mehreren Wochen oder Monaten nicht hinnehmen müsse.

⁶⁸⁰ Umfassend zu den Rechten des Mieters vgl. Schüller, in: BeckOK zum Mietrecht, § 536 Rn. 11 ff.; § 543 Rn. 10 ff.

⁶⁸¹ Vgl. Gsell, ZUM 2018, 75 (81).

den Spielanbieter zumeist weder möglich sein wird, den Mangel selbst zu beheben, da ihm das notwendige *Knowhow* und der Zugriff auf den Quellcode fehlt und ihm auch nicht die Rechte eingeräumt worden sind, um Veränderungen an der Spielesoftware durch Programmierarbeiten vorzunehmen. Ebenso wird er den Mangel nicht durch die Neulieferung eines anderen Exemplars beheben können, wenn dieser Mangel der ganzen Serie anhaftet. Auch unter der Richtlinie ist eine Unmöglichkeit nicht schon deswegen anzunehmen, weil der konkrete Schuldner die Vertragswidrigkeit nicht beheben kann, ein anderer (z. B. der Spielhersteller, ein Dienstleister etc.) aber sehr wohl hierzu in der Lage ist.⁶⁸² Damit wird – genauso wie unter nationalem Recht – die angemessene Frist zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands fruchtlos ablaufen und dem Spieler sodann die sekundären Rechtsbehelfe eröffnet.

3.5.2.2 Eröffnung der sekundären Rechtsbehelfe

Art. 14 Abs. 4 RL legt die Voraussetzungen fest, unter welchen die sekundären Rechtsbehelfe anteilmäßige Preisminderung oder Vertragsbeendigung geltend gemacht werden können. Hierzu stellt Art. 14 Abs. 4 RL fünf Fallgruppen (lit. a bis e) auf.⁶⁸³

3.5.2.2.1 Unmöglichkeit oder unverhältnismäßige Kosten

Gem. Art. 14 Abs. 4 lit. a RL hat der Verbraucher Anspruch auf die sekundären Rechtsbehelfe, wenn die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes gem. Art. 14 Abs. 2 RL unmöglich ist oder dem Unternehmer unverhältnismäßige Kosten verursachen würde.⁶⁸⁴

Wie bereits angemerkt,⁶⁸⁵ korrespondiert die Richtlinie in diesen Punkten sehr gut mit den kaufvertraglichen Regelungen, wonach der Verkäufer die Art der Nacherfüllung verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist (§ 439 Abs. 4 BGB) oder der Anspruch auf Leistung wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen ist und der Käufer daher vom Vertrag zurücktreten kann (§ 326 Abs. 5 BGB). Aufgrund der abweichenden Systematik formuliert die Richtlinie die Unverhältnismäßigkeit für den Unternehmer und die Unmöglichkeit der Leistung jedoch unmittelbar als Voraussetzung für die sekundären Rechtsbehelfe. Dennoch ergibt sich ein kleiner Unterschied. Denn während § 440 S. 1 BGB für die Eröffnung der sekundären Rechtsbehelfe voraussetzt, dass der Verkäufer beide Arten der Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten (§ 439 Abs. 4 BGB) verweigert hat, setzt die Richtlinie dieses Erfordernis nicht. Damit kann sich der Verbraucher unter der Richtlinie direkt auf die Art. 14 Abs. 4 lit. a RL berufen und so gleich Minderung oder Vertragsbeendigung begehren. Damit ist praktisch aber nicht viel

⁶⁸² So auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (170, Fn. 71). § 275 Abs. 1 BGB ist in diesem Punkt etwas deutlicher („so weit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist“); die Grenze zieht Art. 14 Abs. 2 RL, wonach der Anspruch im Falle der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen ist („es sei denn, dies ist unmöglich oder würde dem Unternehmer Kosten verursachen, die [...] unverhältnismäßig wären“).

⁶⁸³ Umfassend zu diesen Fallgruppen *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 43 ff.

⁶⁸⁴ Auch sind die Parallelen zu dem nahezu wortgleichen Art. 3 Abs. 3 S. 1 und 2 Verbrauchsgüterkauf-RL erkennbar; allgemein zur Unverhältnismäßigkeit siehe auch *Unberath*, ZEuP 2005, 19 ff.

⁶⁸⁵ Siehe oben, Kapitel 3.5.2.1.2.

gewonnen, da der Unternehmer entgegenhalten kann, dass ihm die Mangelbehebung wohl möglich und zumutbar ist. Auch wird es für den durchschnittlichen Verbraucher schwierig sein, den Aufwand für die Mangelbehebung richtig einzuschätzen.⁶⁸⁶

3.5.2.2 Scheitern der Nacherfüllung angekündigt oder erkennbar

Gem. Art. 14 Abs. 4 lit. e RL kann der Verbraucher sofort auf die sekundären Rechtsbehelfe zurückgreifen, wenn der Unternehmer erklärt hat oder es klar aus den Umständen zu erkennen ist, dass er den vertragsgemäßen Zustand nicht innerhalb einer angemessenen Frist bzw. nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird. Damit bezieht sich lit. e (wenngleich nicht ausdrücklich) auf Art. 14 Abs. 3 RL. Soweit der Unternehmer eine diesbezügliche Erklärung abgibt oder bereits aus den Umständen klar zu erkennen ist, dass der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand nicht innerhalb einer angemessenen Frist bzw. nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher herstellen wird, hat der Verbraucher somit, selbst dann, wenn der Unternehmer mit der Nacherfüllung bereits begonnen haben sollte,⁶⁸⁷ nicht erst eine (angemessene) Frist abzuwarten. Eine Verpflichtung des Unternehmers, den Verbraucher darauf hinzuweisen, dass sich die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands unangemessen verzögern oder nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten durchführen lassen wird, ist lit. e nicht zu entnehmen.

Art. 14 Abs. 4 lit. e RL findet teilweise Entsprechung in § 323 Abs. 2 Nr. 1 und in § 440 S. 1 BGB. Gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB kann eine Fristsetzung durch den Gläubiger entfallen, wenn der Schuldner die Leistung „ernsthaft und endgültig“ verweigert. Dies bedeutet, dass der Schuldner die Erfüllung des Vertrages gegenüber dem Gläubiger unmissverständlich, endgültig und ernsthaft abgelehnt haben muss, sodass vernünftigerweise nicht in Zweifel gezogen werden kann, dass der Schuldner seiner Verpflichtung zur Nacherfüllung nicht nachkommen wird.⁶⁸⁸ Nach Art. 14 Abs. 4 lit. e RL reicht es hingegen aus, wenn der Unternehmer (schlicht) „erklärt“, dass er den vertragsgemäßen Zustand nicht herstellen wird oder dies den Umständen klar zu entnehmen ist. Wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zwar nicht verweigert, sondern lediglich erklärt, dass sich die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands (unangemessen) verzögern wird, so reicht dies unter der Richtlinie für das Recht des Verbrauchers auf sofortige Vertragsbeendigung aus. Darüber hinaus ist nach § 440 S. 1 BGB ein sofortiger Rückgriff auf die sekundären Rechtsbehelfe nur dann möglich, wenn die Nacherfüllung für den Käufer „unzumutbar“ ist, wohingegen die sekundären Rechtsbehelfe der Richtlinie bereits dann eröffnet sind, wenn aus den Erklärungen des Unternehmers oder den Umständen klar hervorgeht, dass sich der vertragsgemäße Zustand „nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ herstellen lässt.

An dieser Stelle wiederum ist unklar, ob dem Spieler die sekundären Rechtsbehelfe auch dann zustehen, wenn der Unternehmer zwar Abhilfe leistet, dies aber mit erheblichen Unannehmlichkeiten für den Spieler einherging. Diese Frage wirft auch *Gsell*⁶⁸⁹ auf und schlägt

⁶⁸⁶ Hierzu auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (169, Fn. 69).

⁶⁸⁷ So auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (174).

⁶⁸⁸ Vgl. *Ernst*, in: MünchKomm zum BGB, § 323 Rn. 101.

⁶⁸⁹ *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 50.

vor, danach zu differenzieren, ob die Unannehmlichkeit einen „*lasting effect*“ haben. Koch⁶⁹⁰ hingegen nimmt ohne Differenzierung an, dass der Verbraucher, nicht mehr auf die sekundären Rechtsbehelfe zurückgreifen könne, soweit der Unternehmer die Vertragswidrigkeit, wengleich nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher, beseitigt hat. Ersteres dürfte zutreffend sein, da die in Art. 14 Abs. 3 RL gesetzte Bedingung, dass der vertragsgemäße Zustand „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ herzustellen ist, vom Verweis des Art. 14 Abs. 4 lit. b RL umfasst ist. So stellt lit. b darauf ab, dass der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand nicht gem. Art. 14 Abs. 3 RL hergestellt hat. Daher wird der Verbraucher wohl auf die sekundären Rechtsbehelfe zurückgreifen können, soweit der Unternehmer die Vertragswidrigkeit nur mit erheblichen Unannehmlichkeiten beseitigt hat. Je nach Art, Dauer und Auswirkung der „Unannehmlichkeit“ dürfte im Einzelfall aber wohl eine restriktive Lesart angebracht und die sekundären Rechtsbehelfe abzulehnen sein.

Insgesamt stellt die Richtlinie somit deutlich geringere Anforderungen für den Rückgriff auf die sekundären Rechtsbehelfe als die kaufrechtlichen Regelungen des BGB und bietet dem Verbraucher somit ein höheres Schutzniveau.

3.5.2.2.3 *Unterlassene oder gescheiterte Nacherfüllung*

Gem. Art. 14 Abs. 4 lit. b RL ist der Verbraucher auch dann berechtigt, die sekundären Rechtsbehelfe in Anspruch zu nehmen, wenn der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand nicht gemäß Art. 14 Abs. 3 RL hergestellt hat. Anders als der Tatbestand des lit. e geht lit. b somit davon aus, dass der Verbraucher bereits eine angemessene Frist für die Nacherfüllung abgewartet hat. Der Erfolg der Nacherfüllung ist hierbei nach den Kriterien des Art. 14 Abs. 3 RL zu bemessen.⁶⁹¹

Die Entsprechung zu dieser Regelung findet sich in § 440 S. 1 BGB eine Bestimmung, wonach die sekundären Rechtsbehelfe offenstehen, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. § 440 S. 2 BGB legt darüber hinaus fest, dass eine Nachbesserung erst nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen gilt, wenn sich nicht insbesondere aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt.⁶⁹² Eine Festlegung auf die Anzahl der Verbesserungsversuche enthält die Richtlinie nicht, vielmehr kann der Unternehmer auch mehrere Versuche zur Behebung des Mangels unternehmen, solange die Frist insgesamt angemessen bleibt und für den Verbraucher hierdurch keine erheblichen Unannehmlichkeiten entstehen. Da sich aber auch nach § 440 S. 2 BGB aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes als ein zweimaliger Versuch ergeben kann, dürfte der Unterschied dieser beiden Bestimmungen marginal sein.

Auch in dieser Fallgruppe ist nicht eindeutig, ob der Spieler den Vertrag beenden oder mindern kann, wenn der Unternehmer erst nach Ablauf einer angemessenen Frist dem Spieler

⁶⁹⁰ Koch, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (173).

⁶⁹¹ Zu den dort aufgeführten „triple requirements“ siehe und den praktisch häufigsten Anwendungsfall Gsell, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 48 f.

⁶⁹² Zum Fehlschlag der Nacherfüllung siehe Büdenbender, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, § 440 Rn. 11 f.

eine vertragsgemäße Leistung anbietet. *Gsell*⁶⁹³ spricht sich für ein Bestehen der sekundären Rechtsbehelfe nach verspäteter Mängelbeseitigung aus, was sich mit Blick auf den Verweis des Art. 14 Abs. 4 lit. b RL auf Art. 13 Abs. 3 RL gut argumentieren lässt.

3.5.2.2.4 *Neue Vertragswidrigkeiten im Zuge der Nacherfüllung*

Gem. Art. 14 Abs. 4 lit. c RL steht dem Verbraucher auch dann ein Anspruch auf die sekundären Rechtsbehelfe zu, wenn trotz des Versuchs des Unternehmers, den vertragsgemäßen Zustand der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen herzustellen, „eine“ Vertragswidrigkeit eintritt. Auf den ersten Blick wirkt der Tatbestand der lit. c sehr ähnlich zu jenem der lit. b, mit dem Unterschied, dass lit. c indirekt zumindest einen Versuch des Unternehmers zur Herstellung des vertragswidrigen Zustands voraussetzt, wohingegen es nach lit. b genügt, wenn der Unternehmer untätig ist. Tatsächlich dürfte dem Tatbestand des lit. c aber eine wesentlich weitergehende Bedeutung zukommen und dieser auch den Fall umfassen, dass durch die Nacherfüllung eine neue Vertragswidrigkeit auftritt.⁶⁹⁴ Dies wird auch dadurch impliziert, dass lit. c (anders als lit. a, b, d und e) nicht „die“ Vertragswidrigkeit, sondern „eine“ Vertragswidrigkeit anspricht.⁶⁹⁵

Demnach stehen dem Verbraucher die sekundären Rechtsbehelfe (und hiermit insbesondere das Recht auf Vertragsbeendigung) auch dann zu, wenn im Zuge der Nacherfüllung, selbst wenn hierdurch der ursprüngliche Mangel beseitigt wird, ein neuer Mangel eintritt. Dies umfasst somit auch die Fälle, in denen *Patches* zwar den ursprünglichen Mangel beseitigen, aber zu neuen Problemen z. B. im Hinblick auf die Funktionalität führen; oder wenn die nachgereichte neue, an sich mängelfreie Version des Spiels mit der Hard- oder Software-Umgebung des Spielers nicht kompatibel ist. Die Richtlinie erspart somit, dass, wie *Koch* dies formuliert, das Spiel von vorne losgeht, indem ein neuer Mangel neue Gewährleistungsrechte auslöst, und gestatte dem Verbraucher, „direkt die Reißleine zu ziehen und sofort zu den sekundären Rechtsbehelfen überzugehen“⁶⁹⁶. Diese Verkürzung ist aus Sicht des Spielers jedenfalls sehr zu begrüßen.

3.5.2.2.5 *Schwerwiegende Vertragswidrigkeit*

Der Verbraucher hat gem. Art. 14 Abs. 4 lit. d RL schlussendlich auch dann Anspruch auf eine sofortige Preisminderung oder Beendigung des Vertrages, wenn die Vertragswidrigkeit „derart schwerwiegend“ ist, dass dies gerechtfertigt ist.⁶⁹⁷ Demnach hat der Verbraucher bei schwerwiegenden Vertragswidrigkeiten nicht eine angemessene Frist abzuwarten, sondern kann die sekundären Rechtsbehelfe sofort geltend machen. ErwG 65 führt hierzu aus, dass der Verbraucher sofort Anspruch auf die sekundären Rechtsbehelfe haben sollte, wenn aufgrund der schwerwiegenden Art der Vertragswidrigkeit vom Verbraucher kein weiteres Vertrauen in die Fähigkeit des Unternehmers, den vertragsgemäßen Zustand

⁶⁹³ *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 49.

⁶⁹⁴ So auch *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 53.

⁶⁹⁵ Hierauf aufmerksam machend *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (173).

⁶⁹⁶ *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (173); anders aber *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 53, die davon ausgeht, dass die neue Vertragswidrigkeit bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben muss, um ein Beendigungsrecht zu begründen.

⁶⁹⁷ Hierzu *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 55.

herzustellen, erwartet werden kann; und führt als Beispiel für eine schwerwiegende Vertragswidrigkeit die Bereitstellung eines Antivirenprogramms, das selbst mit Viren infiziert ist, an. Diese Regel dürfte problemlos mit § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB (i. V. m. § 440 BGB) korrespondieren, wonach die sekundären Rechtsbehelfe auch dann ohne Fristsetzung durch den Gläubiger in Anspruch genommen werden können, wenn „im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.“⁶⁹⁸

3.5.2.2.6 Keine spezifische Regelung für „relative Fixgeschäfte“

Es fällt auf, dass Art. 14 Abs. 4 RL, anders als § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB (i. V. m. § 440 BGB) und auch anders als Art. 13 Abs. 2 lit. b RL im Hinblick auf den Rücktritt vom Vertrag bei nicht erfolgter Bereitstellung keine spezifische Regelung trifft, die im Falle von relativen Fix- bzw. Termingeschäften zu einem sofortigen Vertragsrücktritt berechtigten würde.⁶⁹⁹ Dies dürfte darin begründet liegen, dass in der Systematik der Richtlinie bei nicht fristgerechter Leistung des Unternehmers nicht die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit, sondern die Abhilfe bei nicht erfolgter Bereitstellung greift.⁷⁰⁰ Auch ErwG 61 geht davon aus, dass der Verbraucher zum sofortigen Beendigung nach Art. 13 RL berechtigt ist, wenn „für den Verbraucher ein bestimmter Zeitpunkt für die Bereitstellung von grundlegender Bedeutung ist“.

Tatsächlich dürfte sich daraus, dass im Rahmen der Abhilfen bei Vertragswidrigkeiten des Art. 14 RL auf das relative Fixgeschäft kein Bezug genommen wird, kein bedeutsamer Unterschied zur nationalen Rechtslage ergeben. Denn soweit ein relatives Fixgeschäft vorliegt, wird sich die „angemessene Frist“ für die Nacherfüllung, deren Überschreitung einen sofortigen Vertragsrücktritt gestattet (Art. 14 Abs. 4 lit. e RL), entsprechend verkürzen. Allenfalls könnte auch eine schwerwiegende Vertragswidrigkeit, die eine sofortige Beendigung des Vertrages rechtfertigt (Art. 14 Abs. 4 lit. d), angenommen werden. Für den Verbraucher wäre eine ausdrückliche Regelung aber sicherlich transparenter gewesen.

3.5.2.3 Preisminderung oder Vertragsbeendigung?

Ist eine der in Art. 14 Abs. 4 RL genannten Voraussetzungen erfüllt, so kann der Verbraucher grundsätzlich zwischen der anteilmäßigen Minderung des Kaufpreises und der Vertragsbeendigung wählen. Diese Wahl ist jedoch zwei Einschränkungen unterworfen.⁷⁰¹

Erstens kommt eine Minderung dann nicht in Frage, wenn der Verbraucher keinen (monetären) „Preis“ (im Sinne des Art. 2 Nr. 7 RL), sondern mit personenbezogenen Daten „bezahlt“ hat. Der Richtlinienentwurf nimmt hierauf zwar nicht ausdrücklich Bezug, der Richtlinien-gesetzgeber setzt dies, wie sich ganz klar aus ErwG 67 ergibt, aber als selbstverständlich voraus. Denn ErwG 67 weist darauf hin, dass der Verbraucher, wenn er ausschließlich mit personenbezogenen Daten „bezahlt“ hat, auch in Fällen einer nur geringfügigen

⁶⁹⁸ Zur Entbehrlichkeit der Nachfrist nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB siehe *Ernst*, in: MünchKomm zum BGB, § 323 Rn. 124 ff.

⁶⁹⁹ Zum relativen Fixgeschäft und der Abgrenzung zum absoluten Fixgeschäft vgl. *Ernst*, in: MünchKomm zum BGB, § 323 Rn. 113 ff.

⁷⁰⁰ So auch *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 13 Rn. 35; zur Unterscheidung und möglicher Konflikte zwischen Art. 13 RL und Art. 14 RL siehe *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 13 Rn. 16 ff.

⁷⁰¹ Zu den Einschränkungen vgl. *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 67 f.

Vertragswidrigkeit das Recht haben sollte, den Vertrag zu beenden, „da ihm Abhilfe in Form einer Preisminderung nicht zur Verfügung steht“.

Damit ist zugleich die zweite Einschränkung angesprochen. Diese ergibt sich aus Art. 14 Abs. 6 RL. Demnach ist ein Verbraucher, der für die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen einen monetären Preis bezahlt, nur dann berechtigt, den Vertrag zu beenden, wenn die Vertragswidrigkeit bzw. der Mangel nicht nur geringfügig ist.⁷⁰² Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass, soweit der Verbraucher ausschließlich mit personenbezogenen Daten „bezahlt“ hat, er auch im Falle eines bloß geringfügigen Mangels zur Vertragsbeendigung berechtigt ist. Damit wollte der Unionsgesetzgeber, wie sich aus ErwG 67 ergibt, dem Umstand Rechnung tragen, dass dem Verbraucher, soweit er ausschließlich mit personenbezogenen Daten bezahlt, die Preisminderung nicht offensteht. Darüber hinaus legt Art. 14 Abs. 6 RL fest, dass der Unternehmer die Beweislast dafür trägt, dass die Vertragswidrigkeit bloß geringfügig ist.⁷⁰³ Insoweit stellt sich die Frage, ob der Mangel geringfügig ist, erst dann, wenn der Unternehmer die Vertragsbeendigung abwenden will.

3.5.2.3.1 Vergleich mit dem Kaufvertrag nach nationalem Recht

Das nationale Recht weist eine andere Rechtsbehelfs-Systematik als die Richtlinie auf. Das nationale Recht legt eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Grundsatz fest (§ 323 Abs. 1 BGB) und bildet von diesem Grundsatz Ausnahmetatbestände, die ein fristloses Überwechseln zu den sekundären Rechtsbehelfen gestatten (§§ 323 Abs. 2, 326 Abs. 5., 440 S. 1, 441 Abs. 1 BGB). Die Richtlinie hingegen arbeitet nicht mit der Grundsatz-Ausnahme-Struktur, sondern normiert in Art. 14 Abs. 4 lit. a bis e, fünf Tatbestände, die dem Verbraucher den Rückgriff auf die sekundären Rechtsbehelfe gestatten. Trotz dieses systematischen Unterschieds sind im Ergebnis lediglich geringfügige materielle Unterschiede zwischen dem nationalen Recht und den Vorgaben der Richtlinie festzustellen.

Soweit der Verbraucher einen monetären Preis bezahlt hat, entspricht Art. 14 Abs. 6 RL dem § 323 Abs. 5 S. 2 BGB, demzufolge der Gläubiger nicht vom Vertrag zurücktreten kann, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.⁷⁰⁴ Zwar geht aus der Richtlinie nicht hervor, wann ein Mangel als geringfügig einzustufen ist. Da auch die Verbrauchsgüterkauf-RL den Anspruch auf Vertragsauflösung bei bloß „geringfügigen Vertragswidrigkeiten“ verneint (Art. 3 Abs. 6 RL), dürften sich jedoch keine unerwarteten Neuerungen ergeben, zumal § 323 Abs. 5 S. 2 BGB in Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL eingefügt wurde.⁷⁰⁵ Auch der Beweislastregelung des Art. 14 Abs. 6 S. 2 RL ist im Übrigen bereits mit § 323 Abs. 5 S. 2 BGB Rechnung getragen. Denn aufgrund der negativen Formulierung „nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist“ trägt der Rückgewährschuldner die Beweislast dafür, dass der Mangel unerheblich ist.⁷⁰⁶

⁷⁰² Zur Bestimmung, wann ein Mangel nur geringfügig ist vgl. *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 69.

⁷⁰³ *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 70.

⁷⁰⁴ Zur Feststellung der Erheblichkeit nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung vgl. Leitsatzentscheidung des BGH Ur. v. 28.05.2014, Az. VIII ZR 94/13, NJW 2014, 3229 (3230).

⁷⁰⁵ Siehe ergänzend *Magnus*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 Rn. 75 f.

⁷⁰⁶ Vgl. *Ernst*, MünchKomm zum BGB, § 323 Rn. 254.

Des Weiteren ist zu bemerken, dass die Richtlinie einen Gewährleistungsausschluss bei Kenntnis oder verschuldeter Unkenntnis des Mangels, wie § 442 Abs. 1 BGB dies vorsieht, nicht kennt.⁷⁰⁷ Dies liegt wohl in den in Art. 8 RL formulierten objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit begründet, die durch eine solche Regelung konterkariert würden. Diese Differenz dürfte sich vorliegend aber kaum auswirken, da sich Mängel an der Software regelmäßig erst bei der Installation und Erprobung des Spiels zeigen werden und dem Käufer sodann nicht vorgehalten werden kann, den Mangel infolge grober Fahrlässigkeit nicht bereits bei Vertragsabschluss erkannt zu haben.

3.5.2.3.2 Vergleich mit dem nationalen Mietrecht

Nach dem nationalen Mietrecht steht dem Mieter das Recht auf Preisminderung unbeschadet der anderen Rechtsbehelfe zu. Der Mieter kann somit, anders als unter der Richtlinie, gleichzeitig Mietminderung und Mängelbeseitigung geltend machen oder auch die Miete mindern und zusätzlich den Vertrag beenden. Ob sich diese Differenz gravierend in der Praxis auswirkt, ist eher fraglich, denn auch die Richtlinie sieht in Art. 16 Abs. 1 RL für laufzeitbezogene Verträge im Falle der Vertragsbeendigung die Erstattung bereits geleisteter Beträge für den Zeitraum vor, in dem sich die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht in vertragsgemäßem Zustand befanden.⁷⁰⁸ Hiervon sind Konstellationen wie Ausfall der Spieleserver oder irrtümliche Sperrung des Accounts des Spielers gleichermaßen umfasst: der Spieler kann sodann die im Abonnement überschüssig vorausbezahlten Beträge herausverlangen. Dies entspricht letztlich dem Ergebnis der Mietminderung aus § 536 BGB (Vertragsbeendigung und Anspruch auf Rückzahlung der Miete für den Zeitraum, in welchem die Gebrauchstauglichkeit aufgehoben war).

Eine kleine Differenz ergibt sich auch daraus, dass nach dem nationalen Mietrecht der Mieter bereits kraft Gesetzes von der Miete befreit ist (§ 536 Abs. 1 BGB).⁷⁰⁹ Nach Art. 14 Abs. 4 RL kann der Verbraucher aber nicht einfach die „Miete“ nicht bezahlen, sondern er muss zuerst sein Recht auf Preisminderung gegenüber dem Unternehmer ausüben. Eine weitere – und durchaus bedeutsame Differenz ergibt sich im Hinblick auf die Erheblichkeitsschwelle. Denn unter der Richtlinie steht das Recht auf Preisminderung auch bei bloß geringfügigen Mängeln zu. Das nationale Recht gestattet demgegenüber keine Mietminderung, wenn die Tauglichkeit der Mietsache bloß „unerheblich“ gemindert ist (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB).

Weiterhin fällt ins Auge, dass sich die Richtlinie nicht zu etwaigen Kündigungsrechten des Unternehmers äußert. Da die Richtlinie die Regelung von allgemeinen Aspekten des Vertragsrechts wie die Bestimmungen über die Wirksamkeit, die Nichtigkeit oder die Wirkungen eines Vertrages einschließlich der Folgen der Vertragsbeendigung, soweit diese Aspekte nicht in der Richtlinie geregelt werden, den Mitgliedstaaten überlässt (Art. 3 Abs. 10 RL), bleiben in diesem Punkt die nationalen Regelungen aufrecht.⁷¹⁰ Damit bleibt leider auch die zum nationalen Recht dargestellte Problematik der Unangemessenheit der nur dreitägigen

⁷⁰⁷ Zur unionsrechtlichen Grundlage des § 442 in Art. 2 Abs. 3 Verbrauchsgüterkauf-RL siehe *Faust*, in: BeckOK zum BGB, § 442 Rn. 4.

⁷⁰⁸ Auf Art. 16 Abs. 1 RL wird unten, Kapitel 3.5.2.6.1.1 noch ausführlicher eingegangen.

⁷⁰⁹ Diesen Unterschied sehend auch *Spindler/Sein*, MMR 2019, 488 (490 f.).

⁷¹⁰ So auch *Spindler/Sein*, MMR 2019, 488 (491).

Kündigungsfrist (§ 580a Abs. 3 Nr. 2 BGB)⁷¹¹ offen. Hier wurde leider die Chance vertan, auch für diese Teilaspekte Lösungen zu finden und eine Harmonisierung vorzunehmen.

Ferner ist festzustellen, dass das im Kommissionsentwurf 2015 (Art. 16 Abs. 1) und im Kompromisstext des Rates 2017 (Art. 16 Abs. 1) vorgesehene Recht des Verbrauchers, Verträge jederzeit nach Ablauf von zwölf Monaten ohne besonderen Grund zu beenden, gestrichen wurde. Auch hier bleibt es somit bei der nationalen Rechtslage. Die Grenze bildet damit das Klauselverbot des § 309 Nr. 9 lit. a BGB, wonach Verträge mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren unwirksam sind.⁷¹²

3.5.2.4 Abhilfen im Falle unterlassener oder mangelhafter Aktualisierungen

Da die Richtlinie den Unternehmer verpflichtet, die für die Erhaltung der Vertragsmäßigkeit gegebenenfalls erforderlichen Aktualisierungen bereitzustellen (Art. 8 Abs. 2 RL)⁷¹³ und diese Verpflichtung aus dem Blickwinkel des nationalen Rechts eine Novität darstellt, erscheint es angebracht, auf die möglichen Abhilfen im Falle unterlassener oder mangelhafter Aktualisierung kurz gesondert einzugehen.

Auch auf diese Konstellation sind die Abhilfen bei Vertragswidrigkeit des Art. 14 RL anzuwenden. Der Spieler hat somit an erster Stelle Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes, also auf die Nachholung der Aktualisierung bzw. auf die Nachbesserung einer fehlerhaften Aktualisierung. Alternativ kann bei einmaliger Bereitstellung eine „Neulieferung“ einer aktualisierten oder verbesserten Version des Spiels in Frage kommen. Soweit der Vertragspartner personenverschieden zum Hersteller des Spiels ist und daher den Aktualisierungspflichten nicht nachkommen kann, wird es vielfach jedoch zu einer Preisminderung oder einer Vertragsbeendigung kommen.⁷¹⁴ Im Falle einer Preisminderung wird allerdings die Bestimmung des Anteils des Preises, der auf die unterlassene oder mangelhafte Aktualisierung entfällt, in der Praxis Probleme bereiten.⁷¹⁵

Ferner sei daran erinnert, dass der Verbraucher sein Recht auf Abhilfe verliert, wenn die Vertragswidrigkeit durch die Installation der entsprechenden Aktualisierung hätte behoben werden können, der Verbraucher diese aber nicht installiert (Art. 8 Abs. 3 RL). Nimmt der Unternehmer über seine Verpflichtung gem. Art. 8 Abs. 2 RL hinaus, etwa zur Verbesserung seines Angebots und zur Bereitstellung neuer Funktionalitäten, Aktualisierungen vor, so ist für den Fall, dass hierdurch Vertragswidrigkeiten entstehen (z. B. Kompatibilitätsprobleme, zu geringe Rechnerleistung etc.), Art. 19 RL betreffend das Recht des Unternehmers auf Änderung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen heranzuziehen.⁷¹⁶

⁷¹¹ Hierzu oben, Kapitel 3.5.1.2.2.4.2.

⁷¹² Vgl. Metzger, JZ 2019, 577 (582).

⁷¹³ Ausführlich hierzu oben, Kapitel 3.4.4.13.

⁷¹⁴ So auch Wendehorst, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 111 (132).

⁷¹⁵ I. d. S. auch Wendehorst, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 111 (132).

⁷¹⁶ Hierzu bereits oben, Kapitel 3.4.4.13.2.2.

3.5.2.5 Rechtsfolgen bei Preisminderung

Die Berechnung der Preisminderung unter der Richtlinie (Art. 14 Abs. 6 UAbs. 1 RL) entspricht auf dem ersten Blick § 441 Abs. 3 BGB, wonach bei der Minderung der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen ist, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde.⁷¹⁷ Bei genauerem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass die Richtlinie auf den Zeitpunkt der Bereitstellung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen abstellt.⁷¹⁸ Das nationale Recht hingegen stellt auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab. Diese Differenzen dürfte auf digitale Spiele allerdings kaum Auswirkung nehmen, da es sich um Standardsoftware handelt, die in aller Regel „in etwa sofort“ bereitgestellt wird.

Art. 14 Abs. 5 UAbs. 2 RL trifft eine ergänzende Bestimmung im Hinblick auf laufzeitbezogene Schuldverhältnisse und schränkt die Preisminderung auf den Zeitraum ein, in dem die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen nicht in vertragsgemäßen Zustand waren. Hiernach ist wohl zu unterscheiden, ob die bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen z. B. für einen längeren Zeitraum gar nicht erreicht werden konnten oder so mangelhaft waren, dass sie *de facto* (etwa aufgrund beständiger Serverausfälle) nicht genutzt werden konnten; oder ob es sich um einen geringfügigen Mangel handelte, der die Nutzung zwar erlaubte, aber die gelieferte Qualität (z. B. Auflösung, kurze „Aussetzer“ wie „ruckelnde“ Bilder) nicht vertragskonform war. In ersterem Fall wird die Preisminderung anteilmäßig am Preis des Abonnements (bzw. nach nationalem Recht: der Miete) zu bemessen sein. Im letzterem Fall wird die Differenz zwischen Ist- und Sollbeschaffenheit zu ermitteln und wiederum der anteilmäßige Anteil abzuziehen sein.⁷¹⁹ Damit entspricht Art. 14 Abs. 5 UAbs. 2 RL im Wesentlichen den Vorgaben des § 536 BGB zur Minderung im nationalen Mietrecht, der ebenfalls auf die Erheblichkeit und Dauer des Mangels abstellt.⁷²⁰

3.5.2.6 Rechtsfolgen bei Beendigung des Vertrages

Gem. Art. 15 RL übt der Verbraucher sein Recht auf Vertragsbeendigung durch eine Erklärung an den Unternehmer aus, die seinen Entschluss zur Vertragsbeendigung zum Ausdruck bringt.⁷²¹ Der Regelungsgehalt des Art. 15 RL dürfte sich darin erschöpfen, dass dem Verbraucher im Falle der Vertragsbeendigung keine formalen Hürden in den Weg gestellt werden dürfen und eine einfache (im Gegensatz zu einer formgebundenen oder gar gerichtlich geltend zu machenden) Erklärung des Verbrauchers ausreicht ist.⁷²²

Übt der Verbraucher sein Recht auf Vertragsbeendigung aus, kommen die in Art. 16 RL normierten „Pflichten des Unternehmers im Falle der Beendigung des Vertrages“ und die

⁷¹⁷ Umfassend zur Berechnung der Preisminderung mit Rechenbeispielen siehe *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 61 f.

⁷¹⁸ So auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (175 f.).

⁷¹⁹ I. d. S. auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (176).

⁷²⁰ Auch *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 14 Rn. 63 stellt darauf ab, ob die Teilleistung für den Verbraucher noch nutzbar bzw. von Interesse ist oder nicht.

⁷²¹ Zur Funktion des Art. 15 RL vgl. *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 15 Rn. 1.

⁷²² Vgl. *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (177).

in Art. 17 RL normierten „Pflichten des Verbrauchers im Falle der Beendigung des Vertrages“ zur Anwendung.

3.5.2.6.1 Pflichten des Unternehmers

Die Pflichten des Unternehmers im Falle der Beendigung des Vertrages sind in Art. 16 RL geregelt.

Art. 16 Abs. 1 RL handelt die Rückerstattung von bereits bezahlten Beträgen ab.⁷²³ Nicht weiter einzugehen ist auf Art. 16 Abs. 2 RL, der lediglich klarstellt, dass der Unternehmer in Bezug auf personenbezogene Daten des Verbrauchers die gem. der DSGVO (EU) 2016/679 geltenden Verpflichtungen einzuhalten hat. Art. 16 Abs. 3 RL legt fest, unter welchen Bedingungen der Unternehmer etwaige vom Verbraucher erstellte oder bereitgestellte Inhalte (die nicht personenbezogene Daten sind) verwenden darf. Der Richtlinientext korrespondiert mit Art. 16 Abs. 4 RL, der bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Verbraucher die „Herausgabe“ der von ihm erstellten oder bereitgestellten Inhalte verlangen kann. Art. 16 Abs. 5 RL schränkt das Recht, das Nutzerkonto des Verbrauchers zu sperren für den Fall ein, dass der Verbraucher dieses noch benötigt, um an die von ihm erstellten oder bereitgestellten Inhalte zu gelangen.

3.5.2.6.1.1 Rückerstattung bereits bezahlter Beträge

Erklärt der Verbraucher dem Unternehmer die Beendigung des Vertrages, so hat der Unternehmer gem. Art. 16 Abs. 1 UAbs. 1 RL dem Verbraucher alle im Rahmen des Vertrags gezahlten Beträge zurückzuerstatten. Für laufzeitbezogene Verträge trifft Art. 16 Abs. 1 UAbs. 2 RL eine gesonderte Regelung. Demnach hat der Verbraucher, soweit er für die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen einen monetären „Preis“ (Art. 2 Nr. 7 RL) gezahlt hat und soweit die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen während eines Zeitraums vor der Beendigung des Vertrages in vertragsgemäßen Zustand waren, lediglich Anspruch auf jenen Anteil des Preises, der dem Zeitraum entspricht, in dem die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen in vertragswidrigem Zustand waren. Darüber hinaus ist ihm der Teil des Preises zu erstatten, den er gegebenenfalls im Voraus für den verbleibenden Zeitraum des Vertrages – wenn dieser nicht beendet worden wäre – gezahlt hat.

Von der weiten Formulierung des Art. 16 Abs. 1 RL („alle im Rahmen des Vertrages gezahlten Beträge“, „wenn dieser nicht beendet worden wäre“) sind nicht nur der z. B. für das Abonnement (teilweise oder zur Gänze) bezahlte Preis, sondern auch „andere“ Beträge, die etwa für *In-Game-Käufe* oder kostenpflichtige Add-Ons und dergleichen bezahlt wurden, umfasst.⁷²⁴ Im Falle der Vertragsbeendigung sind somit auch Beträge, die im Rahmen der Nutzung des Dienstes des Spielanbieters für Spielerweiterungen, Sonderfunktionen, DLC etc. bezahlt wurden, für den Zeitraum, in welchem die vertraglichen Leistungen nicht

⁷²³ Umfassend zu den einzelnen Verpflichtungen des Unternehmers in Art. 16 vgl. *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 16 Rn. 7 ff.

⁷²⁴ Vgl. *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (177).

in vertragsgemäßem Zustand waren wie auch für durch die Beendigung hinfällige Zeitabschnitte zurückzuerstatten.⁷²⁵

Im Hinblick auf den Kaufvertrag ist den Vorgaben des Art. 16 Abs. 1 RL mit § 346 BGB entsprochen, demzufolge bei Vertragsrücktritt „die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben“ sind. Anders stellt sich dies für den Mietvertrag dar. Denn gem. § 547 BGB ist der Vermieter im Falle der Kündigung zwar verpflichtet, etwaige bereits im Voraus entrichtete Beträge zurückzuerstatten, eine Regelung, die im Falle der Kündigung die Rückgewähr sämtlicher empfangener Leistungen vorschreiben würde, fehlt jedoch. Hier wird der nationale Gesetzgeber mithin nachbessern müssen und ist für den (Online-)Spieler ein Vorteil gewonnen. Ein etwaiger Rückgriff auf die nationalen schadenersatzrechtlichen Regelungen, der sich, wie in Kapitel 3.5.1.2.2.4.3 ausgeführt wurde, sehr problematisch erweist, bleibt ihm im Hinblick auf entgeltlich erworbene Spielvorteile erspart.

Aus Art. 16 Abs. 1 RL ergibt sich im Umkehrschluss, dass, soweit der Verbraucher keinen monetären Preis bezahlt hat, sondern er dem Unternehmer im Gegenzug ausschließlich personenbezogenen Daten (die über die Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 RL hinausgehen) bereitgestellt hat, kein Anspruch auf monetäre Abgeltung besteht.⁷²⁶ Damit hat der Unionsgesetzgeber die heikle Frage, wie vom Verbraucher erstellte oder bereitgestellte digitale Inhalte und Daten monetär zu bewerten sind, umgangen. Hier greifen die Regelungen des Art. 16 Abs. 3 und 4 RL, die die Pflichten des Herausgebers im Hinblick auf vom Verbraucher erstellte oder bereitgestellte Inhalte regeln.

3.5.2.6.1.2 Nutzung und Herausgabe von vom Nutzer erstellten Inhalten

Mit den Regelungen des Art. 16 Abs. 3 und 4 RL handelt es sich um für digitale Inhalte maßgeschneiderte Vorschriften, die die Besonderheiten aufgreifen, die sich aus einem Vertragsverhältnis über digitale Inhalte und Dienstleistungen ergeben. Es kann bereits an dieser Stelle vorausgeschickt werden, dass das nationale Recht diesbezüglich keine Entsprechungen enthält.

Art. 16 Abs. 3 RL gebietet dem Unternehmer, sich der Nutzung der gegebenenfalls vom Verbraucher im Rahmen der Nutzung seines Dienstes erstellten oder bereitgestellten Inhalte zu enthalten, es sei denn, einer der vier in lit. a bis d genannten Tatbestände ist erfüllt.⁷²⁷ Im hiesigen Kontext sind der Tatbestand der lit. a (Inhalte, die außerhalb des Kontextes der von dem Unternehmer bereitgestellten digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen keinen Nutzen haben) und jener der lit. c (Inhalte, die vom Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt wurden, und die andere Verbraucher weiterhin nutzen können) von Relevanz. Denn von lit. d sind z. B. auch vom Spieler mithilfe der entsprechenden Editoren erstellte zusätzliche Missionen, Levels oder Karten oder adaptierte bzw. personalisierte

⁷²⁵ I. d. S. auch Gsell, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 16 Rn. 11, die die Beispiele der „In-App“ Käufe und „pay-per-view“ anführt.

⁷²⁶ Vgl. Gsell, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 16 Rn. 14, die darauf hinweist, dass Art. 16 Abs. 1 RL auch dann eingreift, wenn der Ausgangsvertrag zwar gegen personenbezogene Daten erfolgt, aber im Anschluss monetäre Zusatzkäufe erfolgen. Diese Beträge muss der Verbraucher nach Art. 16 Abs. 1 RL herausverlangen können.

⁷²⁷ Zu den vier Ausnahmetatbeständen vgl. sowie Gsell, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 16 Rn. 41 ff.

Avatare umfasst. Gleiches gilt für Gebäude, Waffen, und andere virtuelle Gegenstände, die der Spieler mithilfe entsprechender Software des Anbieters erstellt.

Art. 16 Abs. 4 RL bestimmt sodann, dass der Unternehmer, mit Ausnahme der in lit. a bis c genannten Fälle, dem Verbraucher auf dessen Ersuchen die Möglichkeit geben muss, alle von ihm erstellten oder bereitgestellten Inhalte kostenfrei und in allgemein gebräuchlichem Format wiederzuerlangen. Damit stellt sich für digitale Spiele das Problem, dass der Unternehmer bei Vertragsbeendigung zwar grundsätzlich die vom Spieler erstellten Inhalte (die lit. d unterfallen) zu übermitteln hätte – doch wird der Spieleanbieter regelmäßig einwenden können, dass der Tatbestand des lit. a erfüllt ist, da die vom Spieler erstellten Inhalte außerhalb des Kontextes des konkreten Spiels für den Spieler eben keinen Nutzen haben.⁷²⁸ Insoweit stört es nicht, dass die Spieleanbieter in ihren Lizenzvereinbarungen typischerweise regeln, dass die vom Spieler mithilfe der vom Anbieter bereitgestellten Editoren erstellten Inhalte nicht herausgegeben werden. Insoweit kann sich der Spieleanbieter auf lit. a und eventuell auch auf lit. d (aggregierte Daten, die nur mit unverhältnismäßigem Aufwand disaggregiert werden können) stützen. Die Beweislast für das Vorliegen eines Ausnahmestatbestandes trägt im Übrigen der Unternehmer („es sei denn“).

Dieses Ergebnis ist an sich sachgerecht, da der Spieler mit den von ihm erstellten virtuellen Gegenständen oder sonstigen Inhalten außerhalb der Spielwelt ohnehin nichts anfangen kann.⁷²⁹ Außerhalb des Spiels sind die virtuellen Gegenstände bloß unlesbare Daten auf einem Datenträger, die der Spieler nicht ansehen, anhören oder sonst wahrnehmen kann – im Unterschied zu Fotos, Audio-, Video-, oder Textdateien oder ähnlichen Inhalten, die der Spieler auch außerhalb der Plattform oder der *Cloud*, auf bzw. in die er die Daten hochgeladen hat, nutzen kann. Mit der Vorschrift wollte der Unionsgesetzgeber sicherstellen, dass der Verbraucher nach Vertragsbeendigung seine Dateien, wie etwa die in einer *Cloud* oder in sozialen Netzwerken gespeicherten digitalen Bilder, Video- und Audiodateien in allgemein lesbaren Format zurückerhält.⁷³⁰ Hierdurch sollte Lock-in-Effekten und Transaktionskosten im Falle des Wechsel zu einem anderen Anbieter entgegengewirkt werden.⁷³¹

Es sei ergänzt, dass der Kommissionsentwurf 2015 lediglich vorsah, dass der Verbraucher die von ihm erstellten digitalen Inhalte zurückerhält (Art. 13 Abs. 2 lit. c). Wären die Ausnahmestatbestände in den finalen Richtlinienentwurf nicht eingefügt worden, hätte der Verbraucher für ihn nutzlose Software zurückerlangt und wäre auf Seiten des Anbieters womöglich ein großer Aufwand daraus entstanden, die für den Spieler nutzlos gewordenen digitalen Inhalte extrahieren zu müssen. Dies ist im Übrigen auch das Ergebnis nach nationalem Recht: Durch das Rückgewährschuldverhältnis in § 346 Abs. 1 BGB hat der Spieleanbieter „die empfangenen Leistungen zurückzugewähren“.⁷³² Ausnahmen von dieser

⁷²⁸ So auch *Gsell*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 16 Rn. 42, die das Beispiel von vom Spieler geschaffenen Spiellandschaften und -avataren ins Feld führt.

⁷²⁹ *Riehm und Abold* verwenden als Beispielfall für den Ausschluss der Herausgabepflicht des Unternehmers „erworbene Gegenstände in einem Online-Spiel“, weil die Inhalte nur im Kontext des jeweiligen Dienstes von Nutzen sind, vgl. *Riehm/Abold*, ZUM 2018, 82 (89 f.). Ähnlich *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (178).

⁷³⁰ Vgl. ErwG 69 und 71.

⁷³¹ Vgl. *Metzger*, JZ 2019, 577 (583).

⁷³² Vorausgesetzt man sieht in den vom Spieler erstellten virtuellen Gegenständen und sonstigen Inhalten „empfangene Leistungen“ i. S. d. § 346 Abs. 1 BGB.

Rückgewährpflicht für Fälle, in denen der Rückgewährgläubiger die Leistung nur im Kontext der Leistung des Rückgewährschuldners nutzen kann, sehen die nationalen Vorschriften nicht vor.

Die Bestimmung in Art. 16 Abs. 4 RL, wonach der Verbraucher berechtigt ist, die streitgegenständlichen Inhalte „ohne Behinderung durch den Unternehmer, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem allgemein gebräuchlichen und maschinenlesbaren Format wiederzuerlangen“, wird mithin im Hinblick auf digitale Spiele vermutlich schon deswegen keine Rolle spielen, da die Verpflichtung zur Herausgabe regelmäßig bereits mit Art. 16 Abs. 3 a RL abgewehrt werden können.

3.5.2.6.1.3 Sperrung des Nutzerkontos des Verbrauchers

Kündigt der Spieler den Vertrag, so wird der Spielanbieter den Zugang zum Onlinespiel unterbinden, indem er das Nutzerkonto sperrt, sodass der Spieler nicht trotz Vertragsbeendigung weiterspielen kann. Gleiches gilt für Client-Spiele, die ohne (Online-)Benutzerkonto nicht gespielt werden können. Art. 16 Abs. 5 RL schränkt den Unternehmer nun dahingehend ein, als dass es dem Verbraucher vor gänzlicher Schließung des Nutzerkontos möglich sein muss, etwaige von ihm erstellte oder bereitgestellte Inhalte „zurückzuholen“.⁷³³ Soweit der Unternehmer diese Inhalte auf anderem Wege übermittelt oder bereitstellt, steht der kompletten Sperrung des Nutzerkontos allerdings nichts im Wege. Aus den im Vorkapitel genannten Gründen wird diese Regelung für Onlinespiele von geringer Relevanz sein.

Ein findiger Spieler, könnte allerdings erwägen, die Client-Software auf einem Datenträger (z. B. DVD) im Handel zu erwerben und die Online-Spielwelt über den entsprechenden Online-Anbieter zu buchen. Beendet er dann den Vertrag, weil ihm z. B. die nach Art. 8 Abs. 2 RL zustehenden Aktualisierungen nicht erhält, so könnte er sodann, da er die Client-Software zwischenzeitlich auf seinem PC installiert hat, in der Onlinewelt weiterspielen. Sollte sich diese Idee durchsetzen, werden die Händler jedoch entsprechende Gegenmaßnahmen setzen und die ID, die mit der DVD (die der Spieler gem. Art. 17 Abs. 2 RL auf Verlangen des Unternehmers zurückzugeben hat) verbunden ist, an den Spielhersteller oder Anbieter der Online-Spielwelt weitergeben, sodass der Spieler gesperrt wird.

3.5.2.6.2 Pflichten des Verbrauchers

Art. 17 RL regelt gegengleich zu den Pflichten des Unternehmers die Pflichten des Verbrauchers bei Vertragsbeendigung.

3.5.2.6.2.1 Keine weitere Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen

Gem. Art. 17 Abs. 1 RL hat sich der Verbraucher der weiteren Nutzung der bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen zu enthalten, wovon ausdrücklich auch die Zurverfügungstellung an Dritte umfasst ist. Im Falle von Online-Spielen wird der Spiele-Anbieter die weitere Nutzung des Spiels bereits durch Sperrung des Nutzerkontos (Art. 16 Abs. 5 RL) verhindern. Art. 17 Abs. 1 RL hat somit primär Software oder Dateien (wie etwa das Client-Spiel) im Sinne, die auf dem Rechner oder einem sonstigen Endgerät des Spielers

⁷³³ Vgl. Gsell, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 16 Rn. 75 ff.

installierte sind.⁷³⁴ Diese – und allenfalls auch vom Verbraucher angefertigte Kopien – sind, wie ErWG 72 ausführt, vom Verbraucher zu löschen bzw. unzugänglich zu machen.⁷³⁵ Schlussendlich wird es für den Unternehmer aber schwierig sein nachzuweisen, dass der Verbraucher seiner Pflicht aus Art. 17 Abs. 1 RL nicht ausreichend nachgekommen ist.⁷³⁶

3.5.2.6.2.2 Rückübersendung von körperlichen Datenträgern

Gem. Art. 17 Abs. 2 hat der Verbraucher, soweit die digitalen Inhalte auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt wurden, diesen Datenträger auf Aufforderung des Unternehmers unverzüglich an diesen zurückzusenden. Will der Unternehmer den Datenträger zurück, so hat die Aufforderung binnen 14 Tagen, nachdem er über den Entschluss des Verbrauchers in Kenntnis gesetzt wurde, auszusprechen. Der Verbraucher hat den Datenträger mithin nur nach (fristgerechter) Aufforderung des Unternehmers zurückzugeben, wobei die Kosten für die Rücksendung gem. Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL zudem vom Unternehmer zu tragen sind.

Es sei ergänzt, dass Konsolenspiele neben der Installation des Spiels sehr häufig einer sog. *Play-Disc* bedürfen, die, je nach technischer Ausführung, eingelegt sein muss, um das Spiel zu starten, oder auch während der gesamten Spieldauer im Laufwerk der Konsole verbleiben muss. Hier ist eine Rückforderung des Datenträgers durchaus wirksam. Bei PC-Client-Spielen ist dies hingegen selten der Fall, womit, soweit die Client-Software nicht an eine Online-Spielwelt bzw. ein Nutzerkonto gekoppelt ist, lediglich Art. 17 Abs. 1 RL bleibt.

Art. 17 Abs. 2 RL stellt im Vergleich zu § 346 Abs. 1 BGB deutlich schärfere Bedingungen für den Unternehmer auf. Zum einen sind die empfangenen Leistungen gem. § 346 Abs. 1 BGB nicht erst auf Aufforderung der jeweils anderen Vertragspartei herauszugeben. Noch weniger bestimmt § 346 Abs. 1 BGB eine Frist für den Rückgewährungsanspruch. Zum anderen sieht § 346 BGB nicht vor, dass die Kosten für die Rückgewährung vom Unternehmer zu tragen wären, womit diese Kosten (Transportkosten, Ausbaurkosten etc.) grundsätzlich vom Rückgewährschuldner zu tragen sind.⁷³⁷ Allerdings verlangt § 346 BGB auch nicht, dass der Rückgewährschuldner die empfangene Leistung auf Aufforderung „unverzüglich“ zurücksendet. Insgesamt geht Art. 17 Abs. 2 RL im Vergleich zu § 346 BGB jedoch zum Vorteil des Verbrauchers, da er davon profitieren kann, wenn der Unternehmer den Datenträger nicht oder nicht rechtzeitig zurückfordert.

3.5.2.6.2.3 Keine Zahlungspflicht für den Zeitraum des vertragswidrigen Zustands

Gem. Art. 17 Abs. 3 RL ist der Verbraucher für die Nutzung der digitalen Inhalte oder Dienstleistungen vor Beendigung des Vertrags in dem Zeitraum, in dem die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht in vertragsgemäßem Zustand waren, nicht zahlungspflichtig.⁷³⁸ Art. 17 Abs. 3 RL geht somit über das, was Art. 14 Abs. 5 RL für die Preisminderung anordnet, hinaus. Denn im Falle der Vertragsbeendigung ist der Spieler – unabhängig

⁷³⁴ Vgl. *Twigg-Flesner*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 17 Rn. 10.

⁷³⁵ *Twigg-Flesner*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 17 Rn. 10 hingegen geht davon aus, dass eine Verpflichtung zur Löschung oder Deinstallation des digitalen Vertragsprodukts nicht durch Art. 17 Abs. 1 RL begründet wird.

⁷³⁶ So auch *Koch*, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (179, Fn. 119).

⁷³⁷ Vgl. *Gaier*, in: MünchKomm zum BGB, § 346 Rn. 18 m. w. N.

⁷³⁸ Zum Anwendungsbereich der Vorschrift vgl. *Twigg-Flesner*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 17 Rn. 34.

davon, ob der Mangel den Spielgenuss lediglich (nicht nur geringfügig)⁷³⁹ beeinträchtigt hat, oder ob der Mangel so gravierend war, dass die Nutzung des Spiels mehr oder weniger unmöglich war – für den gesamten Zeitraum, in dem das Spiel im vertragswidrigem Zustand war, nicht zahlungspflichtig und muss sich nicht etwa mit einer verhältnismäßigen Herabsetzung begnügen.⁷⁴⁰ Macht der Spieler sein Recht auf Preisminderung geltend, so ist der „Restnutzen“ mithin abzuziehen. Dies kann gerade bei Online-Spielen den Ausschlag geben, etwa wenn es wiederholt zu Serverausfällen oder Verbindungsproblemen kommt. Denn dann hat der Spieler, macht er sein Recht auf Vertragsbeendigung geltend, für den gesamten Zeitraum, in dem wiederholt derartige Störungen auftraten, nicht zu zahlen.⁷⁴¹

Damit steht, Art. 17 Abs. 3 RL im Widerspruch zum nationalen Recht. Denn Teil der umfassenden Rückgewährungsverpflichtung des § 346 Abs. 1 BGB ist auch die Verpflichtung zur Herausgabe gezogener Nutzungen bzw. deren Wertersatz. Hat der Spieler z. B. das Client-Spiel trotz des Mangels für einen Zeitraum benutzt, so muss er sich einen Nutzungersatz anrechnen lassen. Gleiches gilt nach nationalem Mietrecht. Auch im Falle der gerechtfertigten außerordentlichen Kündigung hat der Mieter (bzw. Spieler) für den Zeitraum, in welchem die Tauglichkeit der Mietsache (bzw. des Online-Spiels) nur gemindert, aber nicht aufgehoben ist, lediglich Anspruch auf eine angemessene Herabsetzung der „Miete“ (§ 536 BGB). Art. 17 Abs. 3 RL bietet dem Verbraucher im Vergleich zum nationalen Recht somit einen Vorteil.

3.5.2.7 Fristen und Zahlungsmitteln für die Erstattung

Zu den Fristen und Zahlungsmitteln für die Erstattung durch den Unternehmer trifft die Richtlinie mit Art. 18 RL sehr ausführliche Regelungen.⁷⁴² Art. 18 Abs. 1 RL bestimmt, dass der Unternehmer dem Verbraucher die aufgrund einer Preisminderung oder der Beendigung des Vertrags geschuldeten Beträge zurückzuerstatten hat. Dies entspricht im Grunde dem Regelungsgehalt des § 346 Abs. 1 BGB, demzufolge im Falle des Rücktritts vom Kaufvertrag die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind.⁷⁴³ Auch das nationale Mietrecht trifft solche Regelungen; hier ist für die Frage des bis zur Vertragsbeendigung gezahlten Mietzinses vor allem das Minderungsrecht nach § 536 Abs. 1 i. V. m. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB maßgeblich.⁷⁴⁴

Anders als die nationalen Regelungen enthält Art. 18 RL aber klare Vorgaben in Bezug auf die Fristen und Mittel der Erstattung. In Bezug auf die Fristen legt Art. 18 Abs. 1 RL fest, dass die Erstattung „unverzüglich“ und in jedem Fall innerhalb von 14 Tagen zu erfolgen hat. Maßgeblich für den Beginn der Frist ist hierbei der Zeitpunkt, zu welchem der

⁷³⁹ Es sei jedoch erinnert, dass dem Verbraucher das Recht auf Vertragsbeendigung im Falle von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen, für die er einen monetären Preis bezahlt hat, grundsätzlich nur dann zusteht, wenn die Vertragswidrigkeit nicht nur geringfügig ist (Art. 14 Abs. 6 RL).

⁷⁴⁰ Vgl. Metzger, JZ 2019, 577 (583).

⁷⁴¹ So das Beispiel von Koch, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (180).

⁷⁴² Umfassend zu den Regelungen siehe Twigg-Flesner, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital, Art. 18 Rn. 6 ff.

⁷⁴³ Zur Rückgewährpflicht nach § 346 BGB siehe Gaier, in: MünchKomm zum BGB, § 346 Rn. 18 ff.

⁷⁴⁴ Umfassend zu den Rechten des Mieters nach § 536 BGB siehe Schüller, in: BeckOK zum Mietrecht, § 536 Rn. 11 ff.

Verbraucher den Unternehmer darüber in Kenntnis gesetzt hat, dass er sein Recht auf Preisminderung oder Vertragsbeendigung in Anspruch nehmen will. Zudem hat nach Art. 18 Abs. 2 RL die Rückzahlung auf dem gleichen Weg zu erfolgen, den der Verbraucher für die Zahlung verwendet hat. Hat der Spieler beispielsweise mit einer EC-/Kreditkarte oder seinem PayPal-Konto bezahlt, so hat die Erstattung auf eben dieses EC-/Kreditkarten bzw. PayPal-Konto zu erfolgen. Eine Gutschrift für künftige Käufe oder dergleichen kann nur dann genügen, wenn der Verbraucher dem ausdrücklich zugestimmt hat. Art. 18 Abs. 3 RL ergänzt, was eigentlich selbstverständlich scheint, dass der Unternehmer dem Verbraucher keine Gebühren für die Erstattung berechnen darf. Art. 18 RL erschöpft sich mithin – anders als die nationalen Regelungen – nicht in der bloßen Pflicht zur Rückerstattung bereits geleisteter Beträge, sondern stellt detaillierte Vorgaben für die Rückerstattung auf. Aus Sicht des Verbrauchers ist dies sehr positiv zu bewerten.⁷⁴⁵

3.5.2.8 Auswirkungen der Kündigung auf den Vertrag über die Client-Software

Für die Frage, was bei Kündigung des Server-Nutzungsvertrages mit der gegebenenfalls getrennt erworbenen Client-Software geschieht, hält die Richtlinie keine ausdrückliche Regelung bereit. Soweit der Vertrag zur Nutzung der Spiel-Server als Browser-Game keine Client-Software erfordert, existiert nur ein Vertragsverhältnis mit dem Spieler, so dass die Beendigung des Server-Nutzungsvertrages keine weiteren Probleme aufwirft. Ebenso verhält es sich, wenn der Spieler für das Onlinespiel zwar eine Client-Software benötigt, der Spieleanbieter ihm diese aber zum kostenlosen Download bereitstellt und der Spieler auch nicht mit personenbezogenen Daten (im Sinne des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1) „bezahlt“. Denn hier hat die Beendigung des Server-Nutzungsvertrages für den Spieler keine negativen Auswirkungen auf den Vertrag zur Bereitstellung der Client-Software. Dieses Vertragsverhältnis fällt nicht einmal in den Anwendungsbereich der Richtlinie (Art. 3 Abs. 1 RL). Dass der Spieler mit der Beendigung des Server-Nutzungsvertrages keinen Nutzen mehr für die Client-Software hat, ist insoweit unbedenklich, da er für diese weder ein Entgelt entrichtet noch mit personenbezogenen Daten „gezahlt“ hat.

Anders stellt sich die Situation indes dar, wenn der Spieler für die Client-Software einen Kaufpreis gezahlt hat bzw. personenbezogene Daten bereitstellen musste und dieses Client-Spiel nicht als sog. „*Stand-Alone*“ Spiel unabhängig von weiterer, auf den Spiel-Servern gespeicherter, Software der Anbieter funktioniert. Oder aber der Spieler kann die Client-Software nun nur noch für *Offline*-Einzelspieler-Partien verwenden, da *Online*-Mehrspieler-Modi einen Spielserver-Zugang erfordern. In diesen Fällen führt die Beendigung des Server-Nutzungsvertrages dazu, dass der Spieler mit der (kostenpflichtig erworbenen) Client-Software nichts mehr anfangen kann. Sie ist für ihn ohne den Spielserver-Zugang nicht oder nicht im vollen Umfang weiter nutzbar. Die Sperrung eines Nutzerkontos kann sogar, wenn unter dem Nutzerkonto mehrere Client-Spiele registriert sind, dazu führen, dass der Spieler durch eine Sperrung keines seiner mitunter zahlreichen Client-Spiele mehr spielen kann. Dies gilt unabhängig davon, ob der Veräußerer der Client-Spiele und der Betreiber des Nutzerkontos personenverschieden sind oder nicht. Es stellt sich in diesen

⁷⁴⁵ Kritisch ist allerdings, wie *Twigg-Flesner*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 18 Rn. 33 zu Recht anmerkt, dass die Vorschrift keine Sanktionen enthält, falls der Unternehmer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt.

Konstellationen mithin die Frage, inwieweit sich die Beendigung des Server-Nutzungsvertrages auf den Bestand des Vertrages zum Erwerb der Client-Software auswirkt.

Zu dieser Problematik enthält die Richtlinie keine ausdrücklichen Regelungen. Für den Spieler ist dies allerdings eine wichtige Frage, die sich insbesondere dann stellt, wenn er den Server-Nutzungsvertrag rechtmäßig beendet und die Erwartungshaltung hat, dass er auch den Vertrag über den Kauf der Client-Software rückabwickeln kann. Denkbar ist in den beiden Verträgen einen einheitlichen Vertrag zu sehen, sodass das Erlöschen des einen Vertrages gleichzeitig auch zum Untergang des anderen Vertrages führt. Dieser Überlegung steht jedoch das nationale Recht entgegen, denn der Vertrag über den Erwerb der Client-Software und der Server-Nutzungsvertrag stellen zwei selbstständige Verträge dar. Die Beurteilung, wann ein einheitlicher Vertrag vorliegt, bleibt nach Art. 3 Abs. 6 UAbs. 3, Abs. 10 RL explizit den Mitgliedstaaten überlassen. Nach nationalem Recht ist ein einheitlicher Vertrag aber nur dann anzunehmen, wenn nach den Vorstellungen der Vertragsparteien die Vereinbarungen nicht für sich allein gelten, sondern gemeinsam miteinander „stehen und fallen“⁷⁴⁶ sollen, wozu der Wille zur rechtlichen Einheit, also insbesondere auch der Wille zur einheitlichen Rückabwicklung erforderlich ist. Eine derartige rechtliche Einheit kann bei Verträgen, die völlig isoliert voneinander, mit unterschiedlichen Vertragspartnern und zu unterschiedlichen Zeitpunkten geschlossen werden können, nicht angenommen werden.⁷⁴⁷

Da die Richtlinie keine ausdrücklichen Regelungen hierzu enthält, können nur die Regelungen zu den subjektiven (Art. 7 RL) und den objektiven (Art. 8 RL) Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit herangezogen werden. Demnach wird zu differenzieren sein, ob der Händler, bei dem der Spieler das Client-Spiel erworben hat, das Spiel als schlichtes „*Stand-Alone*“-Spiel verkauft hat, oder ob aus dem Vertrag selbst (Art. 7 Abs. 1 lit. a RL) bzw. aus der Bewerbung/Beschreibung des Client-Spiels, sei dies durch den Händler selbst oder andere Personen in vorgehenden Gliedern der Vertragskette, klar hervorgeht (Art. 8 Abs. 1 lit. b RL), dass dieses Spiel über *Online*-Mehrspielermodi verfügt bzw. als Client den Zugang zu einem bestimmten Onlinespiel eröffnet. In letzterem Fall wären die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit des Vertrages über die Client-Software nicht erfüllt, wenn die Online-Spielwelt eingestellt wird oder in vertragswidrigen Zustand gerät, sodass der Spieler, wenn er aufgrund der Mängel berechtigt ist, seinen Server-Nutzungsvertrag zu beenden, wohl auch berechtigt sein muss, vom Vertrag über die hierdurch nutzlos gewordene Client-Software zurückzutreten. Der Händler kann seinerseits den innerhalb der gewerblichen Vertragskette Haftenden für die nicht erfolgte oder nicht vertragsgemäße Bereitstellung in Regress nehmen (Art. 20 S. 1 RL). Welche Person der Unternehmer in Regress nehmen kann sowie die diesbezüglichen Maßnahmen und Bedingungen für die Geltendmachung des Rückgriffsanspruchs, bestimmt sich allerdings wiederum nach nationalem Recht (Art. 20 S. 2 RL).⁷⁴⁸

⁷⁴⁶ BGH Urt. v. 25.03.1987, VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004 (2007).

⁷⁴⁷ Hierzu bereits oben, Kapitel 3.2.4.2.1.

⁷⁴⁸ Zu dem Rückgriffsrecht nach Art. 20 RL vgl. *Mozina*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 20 Rn. 16 ff.

3.5.3 Resümee

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Abhilferechte des Verbrauchers bei Vertragswidrigkeit für alle Vertragstypen einheitlich nach Art. 14 RL richten. Dieser Gleichlauf der Abhilferechte führt zu einer deutlichen Vereinfachung der Rechtsanwendung und höherer Transparenz für den Verbraucher, da die Einordnung in die Vertragstypologie zwecks Bestimmung der einschlägigen Gewährleistungsrechte entfällt.

Bei vertragswidriger Leistungserbringung sieht Art. 14 RL drei Abhilferechte vor, die aus dem nationalen Recht wohlbekannt sind: Die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands (Nacherfüllung), die Preisminderung oder die Vertragsbeendigung. Aus diesem Grunde entsprechen die Abhilferechte im Wesentlichen den nationalen Mängelgewährleistungsvorschriften nach §§ 434 ff. BGB bzw. §§ 536 ff. BGB. Dennoch zeigen sich im Detail – und mehr noch im Vergleich zu den mietvertragsrechtlichen Regelungen des BGB – einige markante Unterschiede.

Im Hinblick auf die punktuellen Austauschverträge ist festzustellen, dass sich die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Rechtsbehelfe, obwohl das nationale Recht einer anderen Systematik folgt (Fristsetzung zur Nacherfüllung als Grundsatz und Ausnahmetatbestände, die ein fristloses Überwechseln zu den sekundären Rechtsbehelfen gestatten, §§ 323, 440, 441 BGB), in vielen Punkten entsprechen. Nach nationalem Recht muss der Spieler, bevor er den Kaufpreis mindern oder vom Kaufvertrag zurücktreten kann, dem Verkäufer aktiv eine angemessene Nacherfüllungsfrist setzen (§ 323 Abs. 1 BGB). Die Richtlinie verzichtet hingegen auf das Erfordernis einer solchen Fristsetzung und normiert, dass der Unternehmer den vertragsgemäßen Zustand „innerhalb einer angemessenen Frist“ herzustellen hat (Art. 14 Abs. 3 RL). Die Richtlinie eröffnet die sekundären Rechtsbehelfe zudem bereits dann, wenn sich der vertragsgemäße Zustand „nicht ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Verbraucher herstellen lässt. Insgesamt betrachtet erleichtert die Richtlinie mithin den Zugriff auf die sekundären Rechtsbehelfe. Hier wie dort wirkt allerdings der unbestimmte Rechtsbegriff der „angemessenen Frist“ das Problem auf, dass unklar bleibt, wieviel Zeit dem Spieleanbieter einzuräumen ist, um z. B. *Patches* und *Updates* zu entwickeln und auf diesem Wege die Vertragswidrigkeiten zu beseitigen – bevor der Spieler auf die sekundären Rechtsbehelfe zurückgreifen und den Vertrag beenden oder Preisminderung verlangen kann. In diesem Punkt bringt die Richtlinie somit keine weitere Konkretisierung und es wird an der Rechtsprechung sein, diesen Rechtsbegriff in entsprechender Kasuistik zu konkretisieren.

Ein kleiner Vorteil für den Spieler ergibt sich zudem daraus, dass er, soweit er ein Client-Spiel oder Spielvorteile auf einem körperlichen Datenträger erworben hat, den Datenträger nur bei Aufforderung des Unternehmers zurückzugeben hat und die Kosten für die Rücksendung zudem vom Unternehmer zu tragen sind.

Im Vergleich mit den mietrechtlichen Vorschriften der §§ 536 ff. BGB ist festzustellen, dass die Abhilferechte des Verbrauchers für laufzeitbezogene Verträge nach der Richtlinie in einem (strengen) Alternativitätsverhältnis stehen. Nach nationalem Recht besteht die Mietminderung indes unbeschadet des Nacherfüllungsanspruchs und des Kündigungsrechts des Spielers, womit der Spieler bei Vorliegen eines Mangels die Preisminderung sofort geltend machen kann – ohne dass dies an besondere Voraussetzungen gebunden wäre, § 536 Abs. 1 BGB. Anders als nach der Richtlinie hat nach § 536 Abs. 1 S. 3 BGB eine nur

„unerhebliche“ Minderung der Tauglichkeit außer Betracht zu bleiben. Die Richtlinie gesteht die Preisminderung hingegen auch bei lediglich „geringfügigen“ Vertragswidrigkeiten zu (Art. 14 Abs. 6 RL).⁷⁴⁹

Darüber hinaus ist der Spieler unter der Richtlinie im Falle der Vertragsbeendigung für den Zeitraum, in welchem die Leistung des Anbieters vertragswidrig war, nicht zahlungspflichtig bzw. sind ihm bereits geleistete Zahlungen für diesen Zeitraum in Gänze zu erstatten (Art. 16 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 3 RL). Das nationale Mietrecht hingegen sieht lediglich eine Mietminderung vor, solange die Gebrauchstauglichkeit des Mietgegenstandes nicht vollends aufgehoben ist; nicht jedoch den gänzlichen Entfall der Miete für den vertragswidrigen Zeitraum, § 536 Abs. 1 BGB.

Zudem enthält die Richtlinie, anders als das nationale Recht, mit Art. 16 RL klare Bestimmungen zu den Herausgabe- und sonstigen Pflichten des Anbieters nach Vertragsbeendigung. Dazu gehört insbesondere auch die Pflicht des Anbieters, vom Verbraucher bei der Nutzung der bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen erstellte oder hochgeladene Inhalte im Falle der Vertragsbeendigung in gebräuchlichem Format an den Verbraucher herauszugeben. Im Hinblick auf digitale (Online-)Spiele bleibt diese „Herausgabepflicht“, wie festgestellt wurde, jedoch wirkungslos, da der Unternehmer den Einwand erheben kann, dass die vom Spieler auf der Spiele-Plattform erstellten Inhalte nur im Kontext der konkreten digitalen Spielwelt genutzt werden können (Art. 16 Abs. 3 lit. a RL).

Für den Verbraucher positiv erweist sich aber auch Art. 16 Abs. 1 RL, demzufolge der Unternehmer dem Verbraucher im Fall der Beendigung des Vertrages „alle im Rahmen des Vertrages gezahlten Beträge“ zurückzuerstatten hat. Denn hiervon sind auch „Beträge“, die z. B. für *In-Game-Käufe* oder kostenpflichtige Add-Ons oder virtuelle Güter „gezahlt“ wurden umfasst. Damit ist mit Blick auf § 346 BGB, demzufolge bei Vertragsrücktritt „die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben“ sind, eine Klarstellung getroffen und besteht im Hinblick auf das nationale Mietrecht, dass eine solche Regelung nicht enthält, Nachbesserungsbedarf.

Hervorzuheben ist zudem, dass dem Verbraucher im Hinblick auf neue Mängel, die im Zuge der Nacherfüllung auftreten, das leidige Ping-Pong-Spiel erspart bleibt und er direkt die „Reißleine“⁷⁵⁰ ziehen kann, da ihm Art. 14 Abs. 4 lit. c RL in solchen Fällen ein Recht auf Vertragsbeendigung einräumt. Dies ist aus Sicht des Verbrauchers sehr zu begrüßen.

Ferner trifft die Richtlinie mit Art. 18 RL sehr klare Vorgaben betreffend die Fristen und Mittel für die Erstattung, die der Unternehmer aufgrund einer Preisminderung oder der Beendigung des Vertrages vorzunehmen hat. Damit ist für den Verbraucher mehr Rechtssicherheit geschaffen als dies nach den nationalen Regelungen, die sich in der bloßen Pflicht zur Rückerstattung erschöpfen, der Fall ist.

Insgesamt betrachtet stärkt die Richtlinie im Vergleich zum nationalen Recht die Position des Verbrauchers. Ihr kann nicht vorgehalten werden, die nationalen Gewährleistungsrechte durch Nivellierung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner der Mitgliedstaaten zu unterlaufen. Zugleich wird mit der Richtlinie für den Spieler mehr Transparenz geschaffen,

⁷⁴⁹ Mit Ausnahme des Falles, dass der Verbraucher keinen monetären Preis gezahlt hat, Art. 14 Abs. 4 RL.

⁷⁵⁰ Entlehnt von Koch, in: Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (173).

da die Abhilfen bei nicht vertragsgemäßer Bereitstellung für einmalige und laufzeitbezogene Verträge grundsätzlich einheitlich geregelt sind. Nur dort, wo dies nach der Art des Vertrages nötig ist, trifft die Richtlinie punktuelle (differenzierende) Ergänzungen.

Dennoch darf der Richtlinie wohl vorgehalten werden, das Ziel der Vollharmonisierung verfehlt zu haben. Denn zum einen beschränkt sie sich auf die Pflichten des Unternehmers und die Rechte des Verbrauchers, wohingegen die Rechte des Unternehmers und die Pflichten des Verbrauchers weitgehend ausgeblendet und der mitgliedstaatlichen Ebene überlassen bleiben.⁷⁵¹ Dies wirkt sich auch auf digitale Spiele aus, da die Kündigungsrechte des Unternehmers bei laufzeitbezogenen Verträgen weiterhin dem nationalen Mietrecht überlassen bleiben. Dieses hält jedoch nicht bloß zufriedenstellende Regelungen bereit, da es nicht auf digitale Inhalte und virtuelle Räume zugeschnitten ist. Auch steht zu erwarten, dass die Lösungen der einzelnen Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich ausfallen. Ähnliches ist im Hinblick auf den Schadensersatz zu konstatieren.⁷⁵² Denn ausweislich des Art. 3 Abs. 10 RL bleiben die mitgliedstaatlichen Regelungen zum Schadensersatz unberührt, mit der Konsequenz, dass zentrale Unterschiede fortbestehen bleiben. Zudem ist auch für das nationale Schadensersatzrecht zu vermerken, dass es nur sehr bedingt geeignet ist, den spezifischen Problematiken, die sich bei der Bereitstellung von digitalen Spielen ergeben können, Rechnung zu tragen.

⁷⁵¹ Vgl. *Metzger*, JZ 2019, 577 (584).

⁷⁵² Kritisch auch *Koch*, in: *Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud*, Das neue europäische Gewährleistungsrecht, S. 157 (180 f., 196); *Metzger*, JZ 2019, 577 (584).

3.6 Beweislast und Fristen

In Bezug auf die Beweislast und die Fristen für die Haftung des Anbieters bei Vertragswidrigkeit gingen die Standpunkte der Mitgliedstaaten stark auseinander. Während der Kommissionsentwurf 2015 in Art. 9 eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers ohne Zeitlimit vorsah, trifft der finale Richtlinientext nunmehr einen Kompromiss, da es, so der Rat der EU, aufgrund der sehr unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten betreffend die Gewährleistungs- und Verjährungsfristen „nicht möglich sein würde, eine vollständige Harmonisierung bei den Fristen zu erreichen“⁷⁵³.

Zur Beweislast bestimmt der finale Richtlinientext nunmehr, dass der Unternehmer für Vertragswidrigkeiten, die innerhalb eines Jahres nach Bereitstellung offenbar werden, die Beweislast dafür trägt, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen im Zeitpunkt der Bereitstellung in vertragsgemäßen Zustand waren (Art. 12 Abs. 2 RL). Für Mängel, die binnen eines Jahres auftreten, wird die Beweislast somit zulasten des Unternehmers umgekehrt: er muss beweisen, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen im Zeitpunkt der Bereitstellung bzw. Lieferung mangelfrei waren. Anderes gilt für Verträge über eine fortlaufende Bereitstellung, also im Falle von Dauerschuldverhältnissen; hier trägt der Unternehmer für Vertragswidrigkeiten, die während des Zeitraums offenbar werden, in dem er vertraglich zur Bereitstellung verpflichtet ist, die Beweislast dafür, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen in vertragsgemäßen Zustand waren (Art. 12 Abs. 3 RL). Es blieb daher bei einer Kompromisslösung, die große Abstriche vom Grundsatz der Vollharmonisierung (Art. 4 RL) macht. Vermutlich sind es auch die Abänderungen und die Kompromisslösung, die die diesbezüglichen Regelungen des Art. 12 RL (Beweislast) und Art. 11 RL (Haftung des Unternehmers) recht unübersichtlich und schwer lesbar machen. Im Folgenden werden diese Bestimmungen einer genaueren Analyse unterzogen und dem nationalen Recht gegenübergestellt.

3.6.1 Beweislast

Art. 12 Abs. 1 RL befasst sich mit der Beweislast für die erfolgte Bereitstellung. Art. 12 Abs. 2 RL befasst sich mit der Beweislast für eine Vertragswidrigkeit bei punktuellen Austauschverträgen. Art. 12 Abs. 3 RL regelt die Beweislast für laufzeitbezogene Verträge. Art. 12 Abs. 4 und Abs. 5 RL benennen die Umstände, unter denen die Beweislast beim Verbraucher liegt, auch wenn ein Fall nach Art. 12 Abs. 2 oder Abs. 3 RL vorliegt (Ausnahme von der Beweislastumkehr).⁷⁵⁴

3.6.1.1 Beweislast für die erfolgte Bereitstellung

Die Reichweite der Beweislastumkehr des Art. 12 RL beschränkt sich nicht auf das Vorliegen eines Mangels. Vielmehr stellt Art. 12 Abs. 1 RL klar, dass der Unternehmer die

⁷⁵³ Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte – Allgemeine Ausrichtung, 9901/17 ADD 1 vom 01.06.2017, S. 24 f.

⁷⁵⁴ Umfassend zur Beweislast siehe *Zoll*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 12 Rn. 11 ff. sowie zur Umkehr der Beweislast Rn. 21 ff.

Beweislast auch dafür trägt, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistung überhaupt bereitgestellt wurden (Art. 12 Abs. 1 RL).

Dies stellt im Vergleich zur nationalen Rechtslage eine Neuerung dar, da die für den Verbrauchsgüterkauf angeordnete Beweislastumkehr in § 477 BGB an einen Sachmangel bei Gefahrübergang anknüpft. Die Vorschrift bestimmt hingegen nicht, dass der Unternehmer die Beweislast für die erfolgreiche Übergabe des Vertragsgegenstandes trägt. Ganz grundsätzlich finden sich auf nationaler Ebene weder im Mietrecht noch im Kaufrecht ausdrückliche Vorschriften betreffend die Beweislast für die Übergabe der Sache bzw. den Gefahrübergang. Es ist daher auf die Grundregel für die Beweislastverteilung abzustellen, die lautet: Der Anspruchsteller trägt die Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner für die rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale.⁷⁵⁵ Möchte der Spieler also beispielsweise Rechte wegen einer Nichtleistung geltend machen, weil der Spieleanbieter die Client-Software nicht übergeben oder bei laufzeitbezogenen Verträgen den Zugang zu den Spiel-Servern nicht zur Verfügung gestellt hat, dann muss der Spieler die nicht erfolgte Leistungserbringung beweisen. Den Anbieter hingegen trifft aufgrund der Schwierigkeiten für die beweisbelastete Partei, eine negative Tatsache zu beweisen, nur eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast.⁷⁵⁶

Nach der Richtlinie hat hingegen der Unternehmer die Beweislast für die erfolgte Bereitstellung zu tragen – und zwar unabhängig davon, wer sich auf das Tatbestandsmerkmal der Bereitstellung der digitalen Vertragsleistung beruft.⁷⁵⁷ Insoweit führt die Regelung in Art. 12 Abs. 1 RL zu einer Besserstellung des Spielers.

3.6.1.2 Beweislast bei einmaliger Bereitstellung

Art. 12 Abs. 2 RL regelt die Beweislast für punktuelle Austauschverträge. Hiernach trägt der Anbieter für ein Jahr ab dem Bereitstellungszeitpunkt die Beweislast dafür, dass die Vertragsleistung zum Bereitstellungszeitpunkt im vertragsgemäßen Zustand war. Für Mängel, die binnen eines Jahres nach Bereitstellung auftreten, wird die Beweislast somit zulasten des Unternehmers umgekehrt: er muss beweisen, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen im Zeitpunkt der Bereitstellung bzw. Lieferung mangelfrei waren.

Im Vergleich zu den gegenwärtig einschlägigen nationalen Bestimmungen erfährt der Verbraucher hierdurch eine Verbesserung, da § 477 BGB die Dauer der Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers auf (nur) sechs Monate beschränkt.⁷⁵⁸ Ferner schränkt § 477 BGB die Beweislastumkehr insoweit ein, als die Vermutungsregel nicht gilt, wenn die Vermutung, dass die Sache bereits bei Gefahrenübergang mangelhaft war, mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.⁷⁵⁹ Eine solche Einschränkung trifft die Richtlinie

⁷⁵⁵ Umfassend zur Beweislastverteilung nach nationalem Recht *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 286 Rn. 34 ff.

⁷⁵⁶ Vgl. *Saenger*, in: Saenger, ZPO, § 286 Rn. 92 ff.

⁷⁵⁷ *Zoll*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 12 Rn. 11.

⁷⁵⁸ Anders als Art. 11 Abs. 2 Warenkauf-RL gestattet die Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen den Mitgliedstaaten nicht, die Beweislastumkehr auf zwei Jahre auszudehnen (hierauf hinweisend ErwG 11 der Richtlinie, letzter Satz). Damit wird gerade in diesem zentralen Aspekt des Verbraucherschutzes eine Vollharmonisierung erreicht.

⁷⁵⁹ Zum Ausschluss der Vermutungswirkung bei Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels vgl. *Faust*, in: BeckOK BGB, § 477 Rn. 14 ff. m. w. N.

nicht, womit erneut eine Besserstellung des Verbrauchers durch die Richtlinie zu verzeichnen ist.

3.6.1.3 Beweislast bei kontinuierlicher Bereitstellung

Art. 12 Abs. 3 RL regelt die Beweislast für laufzeitbezogene Verträge (wie dies etwa mit dem den Server-Nutzungsvertrag der Fall ist). Diese Regelung ist zusammen mit Art. 11 Abs. 3 RL zu lesen, der bestimmt, dass der Unternehmer bei fortlaufender Bereitstellungspflicht für jede Vertragswidrigkeit haftet, die während des Zeitraums, in dem er vertraglich zur Bereitstellung verpflichtet ist, eintritt oder offenbar wird.⁷⁶⁰ In diesem Sinne legt Art. 12 Abs. 3 RL fest, dass der Unternehmer bei fortlaufender Bereitstellungspflicht für Vertragswidrigkeiten, die während des Zeitraums, in dem er vertraglich zur Bereitstellung verpflichtet ist, offenbar werden, die Beweislast dafür trägt, dass die digitalen Inhalte oder Dienstleistungen in vertragsgemäßen Zustand waren. Tritt während des Dauerschuldverhältnisses eine Vertragswidrigkeit auf, trägt der Anbieter somit (für die gesamte Vertragslaufzeit) die Beweislast dafür, dass die Vertragsleistung während der Vertragslaufzeit im vertragsgemäßen Zustand war. Verliert der Spieler also während der Vertragslaufzeit seinen Zugang zum Spiel-Server, erleidet er Unterbrechungen oder sonstige Störungen beim Versuch, sich mit dem Spiel-Server zu verbinden oder tritt ein sonstiger Mangel ein, dann muss der Unternehmer bei streitigen Sachverhalten darlegen und beweisen, dass die angebotene Vertragsleistung vertragsgemäß war – die Störung mithin aus der Sphäre des Spielers stammt. Eine derartige Beweislastumkehr sieht das nationale Mietrecht nicht vor. Auch hier führt die Richtlinie somit zu einer Neuerung, die den Verbraucher privilegiert.

3.6.1.4 Beweislast bei mangelnder Kompatibilität

Art. 12 Abs. 4 RL sieht eine Ausnahme von der Beweislastumkehr vor. Hiernach findet die Beweislastumkehr sowohl bei Dauerschuldverhältnissen als auch bei einmaligen Austauschverträgen keine Anwendung, wenn der Unternehmer nachweist, dass die digitale Umgebung des Verbrauchers in Bezug auf die technischen Anforderungen der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht kompatibel ist, und wenn er den Verbraucher vor Vertragsabschluss in klarer und verständlicher Weise Sprache von diesen Anforderungen in Kenntnis gesetzt hat.

Unter „digitaler Umgebung“ sind nach Art. 2 Nr. 9 RL Hardware, Software und Netzverbindungen aller Art zu verstehen, die der Verbraucher verwendet, um Zugang zu digitalen Inhalten und Dienstleistungen zu erlangen oder diese zu nutzen. Die „Kompatibilität“ bezeichnet nach Art. 2 Abs. 10 RL die Fähigkeit der digitalen Inhalte und Dienstleistung, in einer Standard-Hard- oder Software-Umgebung ordnungsgemäß zu funktionieren.

Die Leistung des vom Spieler verwendeten Endgeräts, das dort aufgespielte Betriebssystem sowie die Internetverbindung, mithin die digitale Umgebung, bestimmen maßgeblich, ob das digitale Spiel ordnungsgemäß funktioniert. Sämtliche digitale Spiele stellen konkrete technische Anforderungen an die Hardware, die Software und ggf. die Leistungsfähigkeit

⁷⁶⁰ Vgl. Zoll, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 12 Rn. 20.

der Internetverbindung des Spielers. Sind diese technischen Anforderungen nicht erfüllt, so kann das Spiel in aller Regel nicht ordnungsgemäß installiert oder ausgeführt werden.

Im Falle der mangelnden Kompatibilität eine Ausnahme von der Beweislastumkehr zu machen und die Beweislast dem Verbraucher zu übertragen, erscheint durchaus sachgerecht. Zwar kann der Unternehmer, wie ErwG 59 hinweist, in der Regel besser als der Verbraucher beurteilen, warum die bereitgestellten digitale Inhalte oder Dienstleistungen vertragswidrig sind, da er über bessere Fachkenntnisse verfügt und Zugang zu Know-how, technischen Informationen und Unterstützung durch Hochtechnologie hat.⁷⁶¹ Liegt das Problem jedoch in der digitalen Umgebung des Verbrauchers, so wäre es unangemessen, müsste der Unternehmer nachweisen, dass die digitale Umgebung des Spielers die an das Spiel gesetzten Anforderungen nicht erfüllt.⁷⁶²

Zum anderen setzt Art. 12 Abs. 4 RL voraus, dass der Unternehmer den Verbraucher in klarer und verständlicher Weise über die technischen Anforderungen informiert hat. Die Systemvoraussetzungen und sonstigen technischen Anforderungen sind typischerweise der Rückseite der Spielverpackung oder, bei Online-Kauf bzw. bei Browserspielen, der (Produkt-)Beschreibung auf der Website des Anbieters zu entnehmen. Dort werden in aller Regel sowohl die Mindestvoraussetzungen wie auch die empfohlenen Systemanforderungen angegeben. Damit sind nur jene Fälle umfasst, in welchen der Unternehmer seinen Informationspflichten betreffend die Kompatibilität⁷⁶³ entweder gar nicht nachkommt, die Information nicht gänzlich korrekt oder ausreichend klar und verständlich ist.⁷⁶⁴ Auch darf der Konnex zu Art. 8 Abs. 5 RL nicht übersehen werden, der ein Abweichen von den objektiven Anforderungen an Kompatibilität und Funktionalität (Art. 8 Abs. 1 lit. b RL) nur unter erschwerten Bedingungen (Verbraucher wurde eigens in Kenntnis gesetzt und hat die Abweichung von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit ausdrücklich und gesondert akzeptiert) gestattet.

Art. 12 Abs. 5 RL ergänzt die Ausnahmeregelung des Abs. 4 und normiert die Verpflichtung des Verbrauchers, mit dem Unternehmer – soweit dies vernünftigerweise notwendig und möglich ist – zusammenzuarbeiten, um festzustellen, ob die Ursache für die Vertragswidrigkeit in der digitalen Umgebung des Verbrauchers lag.⁷⁶⁵ Kommt der Verbraucher seiner Pflicht zur Zusammenarbeit nicht nach, trägt der Verbraucher die Beweislast dafür, dass im maßgebenden Zeitpunkt eine Vertragswidrigkeit vorlag. Die Pflicht zur Zusammenarbeit ist allerdings auf die technisch verfügbaren Mittel beschränkt, die für den Verbraucher den geringsten Eingriff darstellen (Art. 12 Abs. 5 S. 2 RL). ErwG 60 führt hierzu aus, dass der Unternehmer jenes technische Mittel zu verwenden hat, die die Privatsphäre des Verbrauchers am wenigsten beeinträchtigen – wie etwa die Übermittlung automatisch erzeugter Berichte über Zwischenfälle oder Details der Internetverbindung des Verbrauchers. Nur in begründeten Ausnahmefällen, in denen alle anderen Mittel ausgeschöpft wurden, es also

⁷⁶¹ Womit die Beweislastumkehr zulasten des Unternehmers grundsätzlich gerechtfertigt scheint.

⁷⁶² Etwa weil für die problemlose Nutzung des Spiels eine stärkere Grafikkarten-, Prozessor- oder Arbeitsspeicherleistung oder ein jüngeres Betriebssystem erforderlich ist oder die Verwendung eines spezifischen Browsers oder eines Breitbandanschlusses vorausgesetzt wird.

⁷⁶³ Zu den Informationspflichten des Unternehmers betreffend die Funktionsweise und Kompatibilität von digitalen Inhalten bereits oben, Kapitel 3.4.3.1.2.

⁷⁶⁴ Vgl. *Zoll*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 12 Rn. 25.

⁷⁶⁵ Hierzu *Zoll*, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 12 Rn. 28 f.

keine andere Möglichkeit gibt, müssen Verbraucher möglicherweise virtuellen Zugang zu ihrer digitalen Umgebung gewähren.

3.6.2 Gewährleistungs- und Verjährungsfristen

Im Hinblick auf die Fristen ist grundsätzlich zwischen dem Zeitraum, in welchem die Vertragswidrigkeit offenbar werden muss (Gewährleistungsfrist) und der Frist, innerhalb welcher der Verbraucher Abhilfe geltend machen muss, um seinen Anspruch auf Gewährleistung nicht zu verlieren (Verjährungsfrist), zu unterscheiden. Auch hier differenziert die Richtlinie in einmalige bzw. einzelne Bereitstellung (punktuelle Austauschverträge) und fortlaufende (kontinuierliche) Bereitstellung. Für die einmalige Bereitstellung legt die Richtlinie lediglich fest, dass die Gewährleistungsfrist nicht weniger als zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung betragen darf (Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 RL); für die fortlaufende Bereitstellung, dass der Unternehmer für eine Vertragswidrigkeit haftet, die während des Zeitraums, in welchem er vertraglich zur Bereitstellung verpflichtet ist, eintritt oder offenbar wird (Art. 11 Abs. 3 UAbs. 2 RL). Verjährungsfristen legt die Richtlinie nicht fest, sondern begnügt sich damit festzuhalten, dass die unionsrechtliche Haftung nicht durch (zu enge) nationale Verjährungsfristen unterlaufen werden darf (Art. 11 Abs. 2 UAbs. 3 und Abs. 2 UAbs. 2 RL).

ErwG 58 präzisiert, dass es den Mitgliedstaaten weiterhin freistehen sollte, die nationalen Verjährungsfristen einschließlich den Beginn der Verjährungsfrist zu regeln. Die nationalen Verjährungsfristen dürfen die Verbraucher allerdings nicht daran hindern, ihre Rechte während des gesamten Zeitraums, in dem der Unternehmer für eine Vertragswidrigkeit haftet, wahrzunehmen.

3.6.2.1 Einmalige Bereitstellung

Im Hinblick auf punktuelle Austauschverträge, legt die Richtlinie lediglich fest, dass die Gewährleistungsfrist nicht weniger als zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung betragen darf (Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 RL). Dies entspricht der nationalen Gesetzeslage. Denn auch das hier einschlägige Kaufvertragsrecht ordnet in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB eine zweijährige Verjährungsfrist an, welche gemäß § 438 Abs. 3 BGB im Übrigen erst mit Ablieferung der Sache, also dem Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB), beginnt. Es ist jedoch anzumerken, dass die Richtlinie in diesem Punkt lediglich eine Mindestharmonisierung vornimmt und es den Mitgliedstaaten freistellt, eine längere Gewährleistungsfrist festzulegen.⁷⁶⁶

3.6.2.2 Kontinuierliche Bereitstellung

Für Dauerschuldverhältnisse bestimmt Art. 11 Abs. 3 UAbs. 2 RL, dass der Unternehmer für jede Vertragswidrigkeit haftet, die während des Zeitraums, in welchem er vertraglich zur Bereitstellung verpflichtet ist, eintritt oder offenbar wird (Art. 11 Abs. 3 UAbs. 2 RL). Dies entspricht im Ergebnis dem § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, der anordnet, dass der Vermieter die Mietsache während der gesamten Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten hat.

⁷⁶⁶ Zoll, in: Schulze/Staudenmayer, EU Digital Law, Art. 11 Rn. 20 ff., 27 f.

Im nationalen Mietrecht ist in § 548 BGB jedoch eine sechsmonatige Verjährungsfrist normiert.⁷⁶⁷ Allerdings erfasst diese nach § 548 Abs. 2 BGB nur Aufwendungsersatzansprüche (§§ 536a Abs. 2, 539 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 677 ff. BGB) sowie Wegnahmerechte (§ 539 Abs. 2 BGB) des Mieters. Ansprüche aus Mietminderung (§ 536 BGB i. V. m. § 812 BGB) oder Schadensersatzansprüche (§ 536a Abs. 1 BGB) sind von der verkürzten Verjährungsfrist nicht erfasst.⁷⁶⁸ Für diese Tatbestände gilt mangels spezieller Regelung im Mietrecht die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). Die Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt ab Kenntnis bzw. Unkenntnis des Verbrauchers mit der Besonderheit, dass die Unkenntnis nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf grober Fahrlässigkeit beruhen muss.

Hinsichtlich der Verjährungsfrist sieht Art. 11 Abs. 3 UAbs. 3 RL lediglich vor, dass diese die unionsrechtliche Haftung nicht unterlaufen dürfen. Als Orientierung kann hier die „Rügeobliegenheit“ des Art. 12 der Warenkauf-RL dienen.⁷⁶⁹ Art. 12 Warenkauf-RL stellt es den Mitgliedstaaten frei, Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, nach denen der Verbraucher zur Inanspruchnahme seiner Rechte den Verkäufer innerhalb eines Zeitraums von mindestens zwei Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem er die Vertragswidrigkeit festgestellt hat, über diese Vertragswidrigkeit unterrichten muss. Eine solche Bestimmung wäre auch für die Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen zielführend gewesen. Wenn beim Warenkauf eine Beschränkung der Rügepflicht auf zwei Monate akzeptabel ist, muss eine Verjährungsfrist von sechs Monaten (und erst recht von drei Jahren) jedenfalls ausreichend sein. Auch wird sich diese Problematik im Hinblick auf die kontinuierliche Bereitstellung eines digitalen Spiels (oder eines Accounts) nicht ernsthaft stellen, da ein Spieler nicht erst monatelang abwarten wird, wenn das Spiel unzugänglich, nicht ausführbar oder mangelhaft ist.

⁷⁶⁷ Klotz-Hörlin, in: BeckOK zum Mietrecht, § 548 Rn. 10 ff.

⁷⁶⁸ Vgl. zur Reichweite der verkürzten Verjährungsfrist Weidenkaff, in: Palandt, BGB, § 548 Rn. 10.

⁷⁶⁹ Umfassend zur Warenkauf-RL siehe Carvalho, EuCML 2019, 194 ff.

4 Fazit und Ausblick

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Richtlinie zwar hier und da Schwächen zeigt und von der beabsichtigten Vollharmonisierung Abstriche gemacht werden mussten, sie dem Verbraucher im Vergleich zur bisherigen nationalen Rechtslage aber dennoch ein höheres Schutzniveau und wohl auch mehr Transparenz bietet. Dies ist nicht zuletzt dem Umstand zu verdanken, dass die Richtlinie einheitliche und für Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen maßgeschneiderte Regelungen trifft, wohingegen solche Verträge in Deutschland in die hergebrachte und nicht auf das digitale Zeitalter zugeschnittene Vertragstypologie des BGB eingeordnet werden müssen und sich die Gewährleistungsansprüche je nach Vertragstyp mehr oder weniger stark unterscheiden.

4.1 Schwächen und Auslassungen

An erster Stelle seien die Schwächen bzw. Auslassungen der Richtlinie resümiert. Im Hinblick auf ihren Anwendungsbereich ist anzumerken, dass der Richtlinie zwar hoch anzurechnen ist, dass sie auch digitale Inhalte oder Dienstleistungen umfasst, die nicht gegen einen monetären Preis, sondern im Gegenzug für personenbezogenen Daten bereitgestellt werden. Denn hiermit trägt die Richtlinie den neuen, vermeintlich kostenlosen Geschäftsmodellen Rechnung, die gerade auch für digitale Spiele von hoher Relevanz sind. In der Praxis wird jedoch die Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Var. 1 RL, wonach der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet ist, wenn der Unternehmer die personenbezogenen Daten „ausschließlich zur Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen“ verarbeitet, einige Auslegungsprobleme und damit auch Rechtsunsicherheiten aufwerfen (Kapitel 3.1). Zudem überlässt die Richtlinie die Bestimmung des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses wie auch die grundsätzliche Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, den Mitgliedstaaten. Ebenso bleibt offen, was der (Spiele-)Anbieter im Rahmen der verschiedenen Geschäftsmodelle, die von der Richtlinie unterschiedslos erfasst sind, im Einzelnen schuldet (Kapitel 3.3).

Weiterhin ist zu kritisieren, dass sich die Richtlinie im Hinblick auf die Vertragsbeendigung damit begnügt, die Pflichten des Unternehmers und die Rechte des Verbrauchers festzulegen, wohingegen sie die Rechte des Unternehmers und die Pflichten des Verbrauchers weitgehend ausblendet und wiederum den Mitgliedsstaaten überlässt (Kapitel 3.5.2). Für die fortlaufende Bereitstellung von digitalen Spielen wäre eine Klärung der Kündigungsrechte des Unternehmers bzw. Spieleanbieters jedoch sehr wünschenswert gewesen, zumal die anzuwendenden nationalen mietvertraglichen Regelungen und insbesondere die nur dreitägige Kündigungsfrist des § 580 Abs. 3 Nr. 2 BGB für viele Konstellationen keine angemessene Lösung ermöglichen (Kapitel 3.5.1.2.2.4.2).

Ähnliches ist im Hinblick auf das Schadenersatzrecht zu konstatieren, das gem. Art. 3 Abs. 10 RL zur Gänze den Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Hier wurde darauf aufmerksam gemacht, dass das nationale Schadenersatzrecht nur sehr bedingt geeignet ist, den spezifischen Problematiken, die sich bei der Bereitstellung von digitalen Spielen ergeben können, Rechnung zu tragen. So stellt sich etwa die Frage, ob und inwieweit Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können, wenn der Spieler beispielsweise durch einen technischen Fehler vom Spiel ausgeschlossen ist und ihm durch seine Abwesenheit

vom Spiel z. B. virtuelle Güter oder andere Spielvorteile entgehen oder verlustig gehen (Kapitel 3.5.1.2.2.5).

Aber auch für multipersonale Vertragsverhältnisse finden sich in der Richtlinie keine spezifischen Regelungen (Kapitel 3.5.2.1.5), womit auch hier die Unzulänglichkeiten des nationalen Rechts, das sich auf die traditionelle Absatzkette des Zwei-Personen-Vertrages beschränkt, erhalten bleiben (Kapitel 3.5.1.1.2.1.4).

Die Regelungen zur Beweislast sowie zu den Gewährleistungs- und Verjährungsfristen können insoweit als wenig gelungen bezeichnet werden, als sie zu komplex formuliert und daher zu schwierig zu lesen sind und die Regelungen betreffend die Fristen zudem große Abstriche vom Ziel der Vollharmonisierung machen.

Die Chance, diese wichtigen Punkte im Rahmen der Richtlinie zu klären, wurde leider vergeben. Es bleibt somit nur zu hoffen, dass der nationale Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der Richtlinien die Spielräume, die ihm die Richtlinie einräumt, nutzt und die hier aufgezeigten Problemstellungen berücksichtigt.

4.2 Hebung des Verbraucherschutzniveaus

Dies alles soll jedoch nicht davon ablenken, dass die Richtlinie ihr Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, wenngleich in einigen Punkten nur ein Kompromiss erzielt werden konnte, in vielen Punkten doch erreicht. So trifft sie einheitliche Regelungen für alle Typen von Verträgen über digitale Inhalte und Dienstleistungen, womit bereits die diffizile Einordnung in die nationale Vertragstypologie, die mit Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten verbunden ist, entfällt; zudem nimmt sie den Unternehmer auch dann in Haftung, wenn der Verbraucher lediglich mit personenbezogenen „bezahlt“ (Kapitel 3.1).

Hinsichtlich der Rechtsbehelfe bei Nichtleistung bzw. nicht erfolgter Bereitstellung zeigte sich, dass die Richtlinie insoweit ein höheres Verbraucherschutzniveau bietet, als der Verbraucher im Falle der Nichtbereitstellung keine „angemessene“ Nachfrist (§ 323 Abs. 1 BGB) zu setzen und (abzuwarten) hat, sondern der Unternehmer auf Aufforderung „unverzüglich“ (Art. 13 Abs. 1 RL) tätig werden muss. Anderenfalls steht dem Verbraucher das Recht auf Vertragsbeendigung zu (Kapitel 3.3).

Aber auch der Vergleich des „Mangelbegriffs“ des nationalen Rechts mit den Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit (Art. 7 und 8 RL) brachte klare und durchaus gewichtige Vorteile für den Verbraucher bzw. Spieler zutage (Kapitel 3.4). Während nach nationalem Recht die subjektiven Beschaffenheitsanforderungen im Vordergrund stehen und nur subsidiär auf die übliche Beschaffenheit abzustellen ist, müssen nach der Richtlinie die subjektiven (Art. 7 RL) und objektiven (Art. 8 RL) Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit grundsätzlich kumulativ erfüllt sein. Eine Abweichung von den objektiven Anforderungen ist nur unter erschwerten Bedingungen möglich, namentlich wenn der Verbraucher „eigens darüber in Kenntnis gesetzt wurde“ und er bei Vertragsabschluss diese Abweichung „ausdrücklich und gesondert akzeptiert hat“ (Art. 8 Abs. 5 RL).

Einen weiteren, sehr wichtigen Vorteil für den Verbraucher stellt die in Art. 8 Abs. 5 RL normierte Verpflichtung des Unternehmers, über Aktualisierungen, einschließlich Sicherheitsaktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte und Dienstleistungen erforderlich sind, zu informieren und diese bereitzustellen

(Kapitel 3.4.3.2.7 und 3.4.4.13). Eine solche Verpflichtung besteht nach nationalem Recht derzeit nicht. Es ließe sich allenfalls für Sicherheitsaktualisierungen eine kurzfristige Haftung konstruieren (Kapitel 3.4.4.13.1).

Aber auch der Vergleich der Gewährleistungsansprüche zeigte, dass die Richtlinie dem Verbraucher Vorteile gegenüber dem nationalen Recht bietet (Kapitel 3.5). Hier ist im Verhältnis zum Kaufvertrag hervorzuheben, dass die Richtlinie dem Verbraucher den sofortigen Rückgriff auf die sekundären Rechtsbehelfe (Minderung, Vertragsbeendigung) in einigen Konstellationen erleichtert. Ebenso bietet die Richtlinie dem Verbraucher im Vergleich zum nationalen Mietrecht einen Vorteil; denn anders als nach der Richtlinie kann nach § 536 Abs. 1 S. 3 BGB im Falle einer nur „unerheblichen“ Minderung der Tauglichkeit keine Preisminderung gefordert werden. Besonders hervorzuheben ist, dass dem Verbraucher im Hinblick auf neue Mängel, die im Zuge der Nacherfüllung auftreten, das leidige „Ping-Pong-Spiel“ erspart bleibt, da ihm nach Art. 14 Abs. 4 lit. c RL in solchen Fällen ein Recht auf Vertragsbeendigung eingeräumt wird (Kapitel 3.5.2.2.4).

Aus Verbrauchersicht sehr zu begrüßen ist auch die in Art. 16 Abs. 3 und 4 RL statuierte Pflicht des Unternehmers, im Falle der Vertragsbeendigung vom Verbraucher bei der Nutzung der bereitgestellten digitalen Inhalte oder Dienstleistungen erstellte oder hochgeladene Inhalte im Falle der Vertragsbeendigung in gebräuchlichem Format an den Verbraucher herauszugeben. Für digitale Spiele zeigt sich diese Regelung allerdings wenig relevant, da der Unternehmer regelmäßig den Einwand erheben können, dass die vom Spieler gegebenenfalls erstellten Inhalte nur im Kontext der konkreten digitalen Spielwelt genutzt werden können (Kapitel 3.5.2.6.1.2). Lobenswert ist auch die – für digitale Spiele höchst relevante – Festlegung des Art. 16 Abs. 1 RL, dass dem Verbraucher im Falle der Vertragsbeendigung „alle im Rahmen des Vertrages gezahlten Beträge“ zurückzuerstatten sind. Denn hiervon sind auch Beträge, die z. B. für *In-Game-Käufe* oder kostenpflichtige Add-Ons oder virtuelle Güter gezahlt wurden, umfasst (Kapitel 3.5.2.6.1.1). Ferner trifft die Richtlinie mit Art. 18 RL sehr klare Vorgaben betreffend die Fristen und Mittel für die Erstattung, die der Unternehmer aufgrund einer Preisminderung oder der Beendigung des Vertrages vorzunehmen hat, wohingegen sich nationalen Regelungen in der bloßen Pflicht zur Rückerstattung erschöpfen (Kapitel 3.5.2.7).

Insgesamt betrachtet stärkt die Richtlinie im Vergleich zum nationalen Recht somit die Position des Verbrauchers in zentralen Punkten. Keinesfalls kann ihr vorgehalten werden, die nationalen Gewährleistungsrechte zu nivellieren.

4.3 Umsetzungsperspektiven

Obschon im Zentrum der vorliegenden Arbeit der Vergleich der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften mit der Richtlinie und die Frage stand, ob die Richtlinie dem Verbraucher – hier konkret dem Spieler – Vorteile oder Nachteile bringt (was bejaht werden konnte), scheint es angebracht, einen kurzen Ausblick auf die Umsetzung der Richtlinie in Deutschland zu geben. Denn entlang der hier vorgenommenen Analysen, die neben den hier resümierten markanten Abweichungen noch zahlreiche kleine, diffizile Differenzen hervorbrachten, erscheint eine punktuelle Umsetzung der Richtlinie im Rahmen der bestehenden

Vertragstypen, wie sie in der Lehre teils vertreten wird,⁷⁷⁰ wenig zielführend. Denn es besteht die Gefahr, dass Details übersehen werden und daraus neue Rechtsunsicherheiten entstehen. Wie auch *Metzger*⁷⁷¹ aufmerksam macht, bedürfte es zahlreicher kleinteiliger Änderungen im allgemeinen und besonderen Schuldrecht. Mit Blick auf die digitalen Spiele müssten das Kaufvertragsrecht und das Mietvertragsrecht adaptiert werden; mit Blick auf den Anwendungsbereich der Richtlinie insgesamt bedürfte es aber insbesondere auch entsprechender Regelungen (oder Doppelungen) im Dienst- oder Werkvertragsrecht.⁷⁷² Dies würde die nationalen Regelungen für den Verbraucher noch intransparenter machen, als sie – zumindest im Hinblick auf die verschiedenen Geschäftsmodelle für digitale Spiele – bereits jetzt schon sind. In diesem Sinne wäre die Einführung eines neuen Vertragstypus zu befürworten.⁷⁷³ Es scheint an der Zeit, sich einzugestehen, dass die rechtlichen Problemstellungen, die durch die modernen Geschäftsmodelle für die Bereitstellung von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen aufgeworfen werden, im Rahmen der hergebrachten Vertragstypologie des BGB nicht adäquat abgehandelt werden können.

⁷⁷⁰ So insb. *Faust*, Digitale Wirtschaft, insb. 5 f., 58 ff.

⁷⁷¹ Vgl. *Metzger*, JZ 2019, 577 (585).

⁷⁷² I. d. S. auch *Metzger*, JZ 2019, 577 (585).

⁷⁷³ Zur Anpassung des Privatrechts an die Erfordernisse der Datenwirtschaft vgl. *Staudenmayer*, IWRZ 2020, 147 (147 f.).