

Juridicum – Schriften zum
Medien-, Informations- und Datenrecht

RESEARCH

Maximilian Vonthien

Online- Komponenten digitaler Spiele

Eine rechtliche Untersuchung ihres
Supports, ihrer Wiederherstellung und
ihrer Eliminierung

OPEN

 Springer

Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht

Reihe herausgegeben von

Matthias Cornils, Mainz, Deutschland

Louisa Specht-Riemenschneider, Bonn, Deutschland

In der Schriftenreihe erscheinen Forschungsbeiträge zum Kommunikations- und Medienrecht in seiner vollen Breite, vom Äußerungs-, Urheber- und Kunsturheberrecht über das Daten- und Informationsrecht bis zu Fragen öffentlich-rechtlicher Medien- oder Intermediärsregulierung, einschließlich ihrer theoretischen Hintergründe. Erfasst sind insbesondere innovative akademische Qualifikationsschriften, aber auch Abhandlungen und Sammelbände von herausragendem wissenschaftlichen Wert.

Weitere Bände in der Reihe <http://www.springer.com/series/16165>

Maximilian Vonthien

Online-Komponenten digitaler Spiele

Eine rechtliche Untersuchung ihres
Supports, ihrer Wiederherstellung
und ihrer Eliminierung

OPEN

 Springer

Maximilian Vonthien
Berlin, Deutschland

Dissertation Humboldt-Universität zu Berlin, 2019

Die Veröffentlichung wurde gefördert aus dem Open-Access-Publikationsfonds der Humboldt-Universität zu Berlin



ISSN 2662-9488 ISSN 2662-9496 (electronic)
Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht
ISBN 978-3-658-29992-7 ISBN 978-3-658-29993-4 (eBook)
<http://doi.org/10.1007/978-3-658-29993-4>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en) 2020. Dieses Buch ist eine Open-Access-Publikation. **Open Access** Dieses Buch wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Buch enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt allen Personen, die mich während der Bearbeitung meiner Promotion unterstützt haben. Vor allem möchte ich meinen Eltern, Monika und Ralf Vonthien, für ihre unermüdliche und bedingungslose Unterstützung danken, die sie mir während der Promotionsphase und auch während meiner Studienzeit zuvor zuteilwerden ließen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Mein Dank gilt außerdem meiner Betreuerin, Frau Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale), für die stets wertvollen Hinweise während der Erstellung der Arbeit sowie Herrn Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard) für die schnelle Anfertigung des Zweitgutachtens.

Die Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen wurde in der verabschiedeten Fassung vom 20. Mai 2019 in die Dissertation eingearbeitet. Die bis Ende 2019 erschienene Literatur zur verabschiedeten Richtlinie wurde ebenfalls berücksichtigt.

Darüber hinaus wurde das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18. April 2019 eingearbeitet.

Die in der Arbeit zitierten Internetquellen wurden zuletzt am 10. Januar 2020 abgerufen.

Maximilian Vonthien, LL.M. (Columbia)

Inhaltsübersicht

| | |
|---|------------|
| Einleitung | 1 |
| Kapitel 1: Technischer Hintergrund..... | 15 |
| A. Arten von Online-Komponenten digitaler Spiele | 15 |
| B. Maßnahmen zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit digitaler Spiele | 23 |
| C. Arten digitaler Spiele | 31 |
| Kapitel 2: Rechtspflichten zum Support der Online-Komponenten | 35 |
| A. Inklusivspiele | 35 |
| B. Free-to-Play-Spiele | 84 |
| C. Abospiele | 93 |
| Kapitel 3: Recht zur Beendigung des Supports..... | 105 |
| A. Das Kündigungsrecht des Supportverpflichteten und sein Ausschluss | 105 |
| B. Die Bemessung des Ausschlusszeitraums | 122 |
| C. Gesamtergebnis für Kapitel 3..... | 142 |
| Kapitel 4: Die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels..... | 145 |
| A. Die urheberrechtliche Nutzungsberechtigung des Erwerbers..... | 146 |
| B. Rechtsschutz und Eliminierung von Online-DRM-Systemen nach dem Supportende..... | 151 |
| C. Die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus..... | 176 |

| | |
|---|------------|
| D. Zulässigkeit der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele nach US-amerikanischem Copyright law..... | 213 |
| E. Zusammenfassung..... | 217 |
| Literaturverzeichnis..... | 221 |
| Sachregister | 247 |

Inhalt

| | |
|--|-----------|
| Einleitung..... | 1 |
| Kapitel 1: Technischer Hintergrund..... | 15 |
| A. Arten von Online-Komponenten digitaler Spiele | 15 |
| I. Der Online-Mehrspielermodus..... | 15 |
| 1. Dedicated Gameserver und Masterserver..... | 16 |
| 2. Abgrenzung zum LAN-Mehrspielermodus | 19 |
| II. Online-DRM-Systeme..... | 19 |
| B. Maßnahmen zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit digitaler Spiele | 23 |
| I. Eliminierung von Online-DRM-Systemen | 24 |
| II. Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus | 26 |
| 1. Verbindung der Spielkopie mit einem neuen Masterserver | 27 |
| 2. Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls und der Payloads..... | 28 |
| III. Initiativen zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit..... | 30 |
| C. Arten digitaler Spiele | 31 |
| Kapitel 2: Rechtspflichten zum Support der Online-Komponenten | 35 |
| A. Inklusivspiele | 35 |
| I. Der Direktvertrieb | 36 |
| 1. Die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 20. Mai 2019 | 38 |
| a) Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen der DI-RL | 38 |

| | | |
|------|--|----|
| b) | Die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen | 39 |
| c) | Herleitung einer Supportpflicht | 39 |
| aa) | Vereinheitlichende Betrachtung von Spiel und Online-Komponenten..... | 40 |
| bb) | Getrennte Betrachtung von Spiel und Online-Komponenten..... | 41 |
| 2. | Ermittlung der Supportpflicht durch Auslegung | 42 |
| a) | Auslegung der AGB des Publishers..... | 43 |
| b) | Ergänzende Auslegung | 44 |
| aa) | Die Softwarepflege | 47 |
| (1) | Das Urteil des LG Köln vom 16. 10. 1997..... | 47 |
| (2) | Ansichten in der Literatur | 48 |
| (3) | Vergleich mit dem Support von Online-Komponenten..... | 49 |
| bb) | Die Lieferung von Ersatzteilen | 50 |
| cc) | Ausfüllen der Regelungslücke | 51 |
| (1) | Interessengerechte Auslegung..... | 52 |
| (2) | Entgegenstehende Vereinbarungen..... | 53 |
| c) | Verhältnis der Supportpflicht zu gesonderten Regeln..... | 54 |
| II. | Der Händlervertrieb | 55 |
| 1. | Supportpflicht des Händlers..... | 56 |
| 2. | Supportpflicht des Publishers..... | 57 |
| a) | Abtretung oder Vertrag zugunsten Dritter | 57 |
| b) | Multipolar-mehrseitiger Austauschvertrag | 58 |
| c) | Zustandekommen des Supportvertrages | 59 |
| aa) | Der Händler als Stellvertreter oder Bote..... | 59 |
| bb) | Unmittelbarer Vertragsschluss zwischen Publisher und Erwerber | 61 |
| d) | Zusammenfassung | 62 |
| III. | Typologisierung der Supportpflicht | 63 |
| 1. | Kaufvertragliche Pflicht..... | 64 |
| a) | Die Verpflichtung zur Überlassung des Inklusivspiels | 65 |

| | |
|--|----|
| b) Die Verpflichtung zum Support der Online-Komponenten..... | 69 |
| aa) Pflicht zur Überlassung der Kaufsache | 69 |
| bb) Pflicht gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB | 70 |
| (1) § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB | 71 |
| (2) § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB | 75 |
| (3) § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB | 76 |
| (4) Zwischenergebnis | 77 |
| c) Zusammenfassung | 78 |
| 2. Mietvertragliche Pflicht | 78 |
| 3. Typengemischte Pflicht | 79 |
| 4. Dienstvertragliche Pflicht | 80 |
| 5. Einordnung als Hauptleistungspflicht | 82 |
| 6. Der Überlassungsvertrag mit Support-Verpflichtung als gemischter Vertrag..... | 83 |
| 7. Zusammenfassung | 83 |
| B. Free-to-Play-Spiele | 84 |
| I. Überlassung des Spielclients..... | 84 |
| 1. Einordnung als Gefälligkeitsverhältnis | 84 |
| 2. Einordnung als Schenkung..... | 86 |
| a) Zuwendung..... | 86 |
| b) Unentgeltlichkeit | 87 |
| aa) Anlegung eines Nutzer-Accounts und Zustimmung zu Nutzungsbedingungen..... | 87 |
| bb) Bereitstellung personenbezogener Daten | 87 |
| II. Support der Online-Komponenten | 89 |
| 1. Nutzung des Spiels ohne Erwerb virtueller Gegenstände..... | 89 |
| 2. Nutzung des Spiels mit Erwerb virtueller Gegenstände | 90 |
| a) Typologisierung des dauerhaften Erwerbs virtueller Gegenstände | 90 |
| b) Zusammenhang zwischen Support und virtuellen Gegenständen | 92 |
| C. Abospiele | 93 |
| I. Konsolenspiele | 93 |

| | |
|---|-----|
| II. Zeitspiele..... | 94 |
| 1. Typologisierung der Überlassungspflicht | 94 |
| a) Pachtvertragliche Einordnung..... | 95 |
| b) Mietvertragliche Einordnung..... | 97 |
| 2. Der Support der Online-Komponenten | 98 |
| a) Pflicht gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 u. Satz. 2 BGB | 98 |
| b) Pflicht gemäß § 611 Abs. 1 BGB..... | 100 |
| III. MMOG..... | 101 |
| IV. Ergebnisse für Unterabschnitt C..... | 102 |

Kapitel 3: Recht zur Beendigung des Supports.....105

| | |
|--|-----|
| A. Das Kündigungsrecht des Supportverpflichteten und sein Ausschluss | 105 |
| I. Recht zur Kündigung des Supports | 106 |
| 1. Die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB..... | 106 |
| 2. Das Recht zur ordentlichen Kündigung gemäß § 620 Abs. 2 i. V. m. 621 Nr. 5 BGB..... | 107 |
| a) Inklusivspiele..... | 107 |
| b) Free-to-Play- und Abspiele..... | 108 |
| 3. Vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht..... | 109 |
| II. Ausschluss des Kündigungsrechts..... | 109 |
| 1. Inklusivspiele..... | 109 |
| a) Ausschluss der Anwendung des ordentlichen Kündigungsrechts | 109 |
| b) Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts | 112 |
| aa) Ausschluss wegen mangelndem schutzwürdigen Interesses | 112 |
| bb) Ausschluss wegen überwiegender Interessen einer Partei..... | 113 |
| (1) Kündigung des Softwarepflegers | 114 |
| (2) Kündigung des Supportverpflichteten..... | 116 |
| (3) Die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte..... | 118 |

| | |
|---|------------|
| cc) Unwirksamkeit von AGB | 118 |
| c) Zusammenfassung | 119 |
| 2. Free-to-Play- und Abospiele | 120 |
| III. Ergebnisse für Unterabschnitt A. | 121 |
| B. Die Bemessung des Ausschlusszeitraums | 122 |
| I. Konzepte und Kriterien | 122 |
| 1. Der „Lebenszyklus“ von digitalen Spielen | 123 |
| a) Juristisches Begriffsverständnis..... | 123 |
| b) Begriff im Software Engineering und in der Betriebswirtschaftslehre | 125 |
| c) Leistungsfähigkeit des Softwarelebenszyklus- Konzepts | 126 |
| 2. Die Nutzungsdauer digitaler Spiele | 129 |
| a) Die lineare Teilwertabschreibung | 129 |
| b) Die Pflicht zur Lieferung von Ersatzteilen..... | 131 |
| c) Softwarepflege und virtuelle Gegenstände | 133 |
| d) Leistungsfähigkeit des Konzepts der Nutzungsdauer..... | 133 |
| 3. Durchschnittliche Supportdauer..... | 134 |
| 4. Die Dauer von Konsolengenerationen | 136 |
| 5. Orientierung an Verjährungsfristen..... | 138 |
| 6. Weitere Kriterien | 139 |
| II. Auf einzelne Spielarten anwendbare Ansätze und Kriterien | 140 |
| C. Gesamtergebnis für Kapitel 3..... | 142 |
| Kapitel 4: Die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels..... | 145 |
| A. Die urheberrechtliche Nutzungsberechtigung des Erwerbers..... | 146 |
| I. Der Schutz digitaler Spiele nach dem UrhG..... | 146 |
| II. Die Nutzungsberechtigung vor dem Supportende | 147 |
| 1. Einräumung von Nutzungsrechten | 147 |
| 2. Berechtigung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG | 148 |
| III. Die Nutzungsberechtigung nach dem Supportende..... | 149 |
| B. Rechtsschutz und Eliminierung von Online-DRM-Systemen nach | |

| | |
|--|-----|
| dem Supportende..... | 151 |
| I. Schutz supportloser Online-DRM-Systeme | 152 |
| 1. Schutz gemäß § 95a Abs. 1, 2 UrhG | 152 |
| a) Objektive Zweckbestimmung und Wirksamkeit der Online-DRM-Systeme | 153 |
| b) Verhinderung nicht genehmigter Handlungen | 154 |
| c) Verhältnismäßigkeit..... | 156 |
| 2. Schutz gemäß § 69f Abs. 2 UrhG | 157 |
| a) Ansichten in Literatur und Rechtsprechung..... | 158 |
| b) Stellungnahme | 160 |
| 3. Schutz nach dem Zugangskontrolldiensteschutzgesetz (ZKDSG) | 161 |
| II. Eliminierung supportloser Online-DRM-Systeme | 163 |
| 1. Bewertung nach § 95a Abs. 1, 3 UrhG | 163 |
| a) Eliminierung als Umgehung i.S.d. § 95a Abs. 1 UrhG | 163 |
| b) Verbot von Vorbereitungshandlungen gemäß § 95a Abs. 3 UrhG..... | 164 |
| c) Zwischenergebnis | 166 |
| 2. Bewertung nach § 69d Abs. 1 UrhG | 166 |
| 3. Verhältnis von § 95a Abs. 1 und §§ 69a ff. UrhG..... | 168 |
| a) Schwerpunkttheorie | 168 |
| b) Trennungstheorie | 169 |
| c) Weitere Ansichten | 170 |
| d) Stellungnahme | 171 |
| e) Pflicht zur Zurverfügungstellung erforderlicher Mittel gemäß § 95b Abs. 1 UrhG | 172 |
| 4. Zulässigkeit weiterer Nutzungshandlungen | 175 |
| C. Die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus..... | 176 |
| I. Die Herstellung einer unerlaubten Verbindung | 177 |
| 1. Herstellung der Verbindung durch Veränderung der Spielkopie | 178 |
| 2. Herstellung der Verbindung ohne Veränderung der Spielkopie | 179 |
| II. Das Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls..... | 181 |

| | |
|--|-----|
| 1. Verletzung eines nach dem UrhG geschützten Rechts am Kommunikationsprotokoll | 181 |
| a) Schutz als Werk gemäß § 69a Abs. 1, 2 UrhG | 182 |
| b) Schutz als technische Maßnahme oder Programmschutzmechanismus | 183 |
| 2. Verletzung eines Patents am Kommunikationsprotokoll | 184 |
| 3. Verletzung von Vorschriften aus dem StGB | 185 |
| a) Strafbarkeit gemäß § 202a Abs. 1 StGB | 186 |
| b) Strafbarkeit gemäß § 202b StGB und § 303a Abs. 1 StGB | 187 |
| 4. Unzulässige Erlangung eines Betriebsgeheimnisses | 188 |
| a) Alte Rechtslage | 188 |
| aa) Schutz als Betriebsgeheimnis | 188 |
| bb) Verstoß gegen § 17 UWG | 189 |
| cc) Verwirklichung zivilrechtlicher Unterlassens- und Schadensersatzansprüche | 192 |
| (1) Deliktsrechtliche Ansprüche | 192 |
| (2) Ansprüche aus Bereicherungsrecht und einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag | 194 |
| b) Aktuelle Rechtslage | 195 |
| 5. Reverse Engineering der Payloads | 197 |
| 6. Mitwirkungspflichten des Supportverpflichteten | 197 |
| a) Vertragliche Pflicht zur Offenlegung der Protokollinformationen | 198 |
| b) Kartellrechtliche Pflicht zur Lizenzierung der Protokollnutzung | 201 |
| aa) Europäisches Kartellrecht | 202 |
| bb) Subsumtion | 203 |
| cc) Deutsches Kartellrecht | 205 |
| III. Der Betrieb des neuen Masterservers | 205 |
| 1. Zulässigkeit nach dem UWG | 206 |
| 2. Zulässigkeit nach dem MarkenG | 208 |
| D. Zulässigkeit der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele nach US-amerikanischem Copyright law | 213 |

| | |
|----------------------------------|------------|
| E. Zusammenfassung..... | 217 |
| Fazit | 218 |
| Literaturverzeichnis..... | 221 |
| Sachregister | 247 |

Abkürzungsverzeichnis

Im Folgenden werden lediglich solche Abkürzungen erläutert, welche sich weder in *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage 2018, noch in *Dudenredaktion*, Duden: Die deutsche Rechtschreibung, Band 1, 27. Aufl. 2017, finden.

| | |
|----------------------|---|
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| <i>ACM</i> | <i>Association for Computing Machinery</i> |
| ASP | Application Service Providing |
| BT-Drs. | Drucksache des Deutschen Bundestages |
| BVB-Überlassung | Besondere Vertragsbedingungen für die Überlassung von DV-Programmen |
| Computerprogramm-RL. | Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen |
| DI-RL | 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 |
| DMCA | Digital Millenium Copyright Act |
| DNS | Domain Name System |
| <i>EA</i> | <i>Electronic Arts</i> |
| <i>EFF</i> | <i>Electronic Frontier Foundation</i> |
| Einf | Einführung |
| <i>ESA</i> | <i>Entertainment Software Association</i> |
| EULA | End User License Agreement |
| EVB-IT | Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik |
| gem. | gemäß |

| | |
|-------------------------|--|
| Geschäftsgeheimnis-Rl. | Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung |
| GeschGehG | Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18. April 2019 (BGBl. I S. 466) |
| i. S. d. InfoSoc-Rl. | im Sinne des / im Sinne der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft |
| i. V. m. IP | in Verbindung mit Internet Protocol |
| <i>jurisPR ITR</i> | <i>juris PraxisReport IT-Recht</i> |
| MMOG | Massively Multiplayer Online Game |
| mwN | mit weiteren Nachweisen |
| <i>PS3</i> | <i>PlayStation 3</i> |
| Rl. | Richtlinie |
| SchR | Schuldrecht |
| TDG | Teledienstegesetz |
| TMG | Telemediengesetz |
| UrhWissG | Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft v. 01. September 2017 |
| U.S.C. | United States Code |
| Var. | Variante |
| ZKDSG | Zugangskontrolldiensteschutzgesetz |



Einleitung

Diese Arbeit befasst sich mit den Fragen, wer rechtlich zum Support von Online-Komponenten digitaler Spiele, insbesondere des Online-Mehrspielermodus und der Online-DRM-Systeme, verpflichtet ist, wann er sich von dieser Pflicht lösen darf und ob nach dem Ende des Supports Erwerber digitaler Spiele eigenmächtig den Online-Mehrspielermodus wiederherstellen und Online-DRM-Systeme eliminieren dürfen.

Gegenstand dieser Arbeit sind digitale Spiele. Sofern digitale Spiele in Literatur und Rechtsprechung definiert werden, beschränken sich diese Begriffsbestimmungen bisher auf die audio-visuelle Rezeption dieses Produkts. Sie werden als „Bild- bzw. Bildtonfolgen“¹ umschrieben, die „vergleichbar einem Film“² „mittels Grafik- und Audioausgaben eine virtuelle Spielumgebung“³ erzeugen. Aufgrund ihres Fokusses auf die audio-visuelle Rezeption vermögen die genannten Begriffsbestimmungen digitale Spiele jedoch nicht von anderen multimedialen Produkten, wie z.B. Webseiten, animierten Präsentationen oder gar Videofilmen, trennschaft abzugrenzen. Zum Zwecke der Ermöglichung sowohl einer solchen Abgrenzung als auch einer besseren inhaltlichen Konturierung des Begriffs „digitale Spiele“, soll dieser Arbeit die folgende Definition zugrunde gelegt werden, die weitgehend dem „classic game model“⁴ von *Juul* entspricht, dieses jedoch um den Aspekt des Digitalcomputers erweitert. Hiernach ist ein digitales Spiel ein Produkt, welches ein interaktives, regelgebundenes Handeln mit variablen, persönlichen Ergebnissen innerhalb einer mittels Digitalcomputer simulierten Realität ermöglicht und nur nach Vereinbarung Konsequenzen im Leben nach sich zieht.⁵ Dabei ist der Begriff des „Digitalcomputers“ weit zu verstehen und umfasst digitale Geräte, wie z.B. PCs, Spielekonsolen, Smartphones oder auch Tablets. Unter-

¹ *Poll/Brauneck*, GRUR 2001, 389, 389.

² *Katko/Maier*, MMR 2009, 306, 306; vgl. zu diesem Aspekt auch *Wandtke/Bullinger/Manegold/Czernik*, Vor. §§ 88 ff. UrhG, Rn. 61; *Schack*, Urheberrecht, S. 732; OLG Hamburg, GRUR 1983, 436, 437 – *PUCKMAN*.

³ *Lambrecht*, Bildschirmspiele, S. 22.

⁴ *Juul*, *The Game, the Player, the World: Looking for a Heart of Gameness* (2003), abrufbar unter <https://www.jesperjuul.net/text/gameplayerworld/>.

⁵ Vgl. ebd.

suchungsgegenstand dieser Arbeit sind dabei ausschließlich digitale Spiele, deren Nutzung die Installation eines Spielclients auf dem Digitalcomputer ihres Erwerbers voraussetzt.

Moderne digitale Spiele enthalten verschiedene Online-Komponenten. Zu ihnen zählt vor allem der Online-Mehrspielermodus, mithilfe dessen mehrere Spieler innerhalb einer Spielwelt über das Internet mit- oder gegeneinander spielen können.

Daneben gibt es Online-Komponenten, welche die ungenehmigte Verbreitung und Nutzung von Spielkopien verhindern. Da ihre Aufgaben somit im Bereich des Digital Rights Management⁶ liegen, werden diese Online-Komponenten im Folgenden Online-DRM-Systeme genannt.

Beide Arten dieser Online-Komponenten können ihre Zwecke nur erfüllen, wenn die Spielkopie über das Internet mit bestimmten Servern verbunden ist.

Wenn diese Verbindung der Spielkopie mit den jeweiligen Servern nicht zustande kommt, kann die Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie ganz oder zum Teil entfallen. Wenn bspw. die für die DRM-Systeme notwendigen Server nicht erreichbar sind, kann sich der Spieler nicht mehr beim Start des Spiels anmelden, sodass der weitere Ablauf des Spiels blockiert wird. Falls eine Verbindung zu den für den Online-Mehrspielermodus eingesetzten Servern fehlschlägt, kann der Online-Mehrspielermodus nicht mehr genutzt werden.

In der digitalen Spielindustrie ist eine Vielzahl von Akteuren tätig. Dazu zählen vor allem Entwickler, Publisher, Konsolenhersteller und Händler.

Der Spieleentwickler befasst sich mit der Konzeption, dem Design und der Programmierung des digitalen Spiels.⁷ Er ist entweder unabhängig am Markt tätig oder einem Publisher angegliedert.⁸

Zu den Hauptaufgaben des Publishers zählen die Finanzierung und die Vermarktung digitaler Spiele.⁹ Darüber hinaus sind sie für die Preisgestaltung verantwortlich, übernehmen das Lizenzmanagement und koordinieren alle an der Produktion und Distribution der Spiele beteiligten Unternehmen.¹⁰ Viele Publisher stellen international agierende Konzerne mit zum Teil über 1.000 Beschäftigten dar.¹¹

Die Händler veräußern die Kopien der digitalen Spiele an den Endverbraucher.

⁶ Siehe zum Begriff *Bechtold*, Informationsrecht, S. 2 ff.; *Arlt*, Digital Rights Management Systeme, S. 9 f.

⁷ *Kempf*, Videospieleindustrie, S. 45; vgl. *Wirtz*, Internetmanagement, S. 677.

⁸ *Wimmer*, Massenphänomen, S. 131.

⁹ Ebd.; *Kempf*, Videospieleindustrie, S. 46; *Wirtz*, Internetmanagement, S. 702.

¹⁰ *Kempf*, Videospieleindustrie, S. 46.

¹¹ *Wimmer*, Massenphänomen, S. 131.

Zwar werden in Deutschland digitale Spiele nach wie vor noch auf Datenträgern im Einzelhandel vertrieben¹², jedoch gewinnt die Online-Distribution zunehmend an Bedeutung¹³. Es gibt mittlerweile verschiedene Online-Plattformen, auf denen Privatpersonen digitale Spiele erwerben und herunterladen können.¹⁴ Es gibt auch Planungen einiger Publisher, in Zukunft digitale Spiele ausschließlich selbst online zu verbreiten.¹⁵

Publisher digitaler Spiele betreiben in der Regel die sowohl für den Online-Mehrspielermodus¹⁶ als auch für DRM-Systeme erforderlichen Server¹⁷. Sie setzen die Nutzer der digitalen Spiele üblicherweise auch darüber in Kenntnis, dass der Support der Online-Komponenten bestimmter Spiele demnächst beendet wird.¹⁸

Es ist aber auch möglich, dass Händler den Support der Online-Komponenten übernehmen. Ein Beispiel hierfür stellt die Vertriebsplattform *Steam* dar, die nicht nur den Erwerb von digitalen Spielen per Download anbietet, sondern auch den Betrieb von für den Online-Mehrspielermodus erforderlichen Servern.¹⁹

Für den Support schalten Publisher zum Teil auch externe Betreiber großer Datacenter ein.²⁰ Zu diesen Betreibern gehören insbesondere *Microsoft*, *Google* und *IBM*, die für Publisher maßgeschneiderte Lösungen für den Betrieb der einzusetzenden Server entwickeln.²¹ Hinzu kommen Unternehmen, die vor allem auf den Support von Online-Komponenten digitaler Spiele spezialisiert sind, wie z. B. das mittlerweile nicht mehr am Markt tätige Unternehmen *GameSpy*.

¹² Wirtz, Internetmanagement, S. 704.

¹³ Wimmer, Massenphänomen, S. 132; vgl. insgesamt hierzu auch die Marktübersicht des *game – Verband der deutschen Games-Branche*, Deutscher Games-Markt 2018 (2018), abrufbar unter <https://www.game.de/marktdaten/deutscher-games-markt-2018/>.

¹⁴ Wirtz, Internetmanagement, S. 722.

¹⁵ Wimmer, Massenphänomen, S. 132.

¹⁶ *Armitage*, in Cormode/Thottan, Algorithms for Next Generation Networks, S. 408.

¹⁷ Vgl. *Hartley*, Ubisoft apologises after DRM server fail (2010), abrufbar unter <https://www.techradar.com/news/gaming/ubisoft-apologises-after-drm-server-fail-675623>; *Plafke*, Valve pulls a game from Steam library for the first time, even if you bought it (2013), abrufbar unter <http://www.geek.com/games/valve-pulls-game-from-steam-library-for-the-first-time-even-if-you-bought-it-1580981/>.

¹⁸ Dazu sogleich, S. 8 f.

¹⁹ Vgl. die Erläuterung des Matchmaking auf der Webseite von *Steamworks*, Steam-Matchmaking und Lobbys (2020), abrufbar unter <https://partner.steamgames.com/doc/features/multiplayer/matchmaking>.

²⁰ *Kauert*, in Wandtke/Ohst, Medienrecht Praxishandbuch, Band 2: Schutz von Medienprodukten, S. 559.

²¹ *Microsoft Corporation*, Errichten Sie Ihr Gaming-Imperium -- mit Microsoft Azure! (2019), abrufbar unter <https://azure.microsoft.com/de-de/solutions/gaming/>; *Google LLC*, Überblick über die Cloud-Spieleinfrastruktur (2020), abrufbar unter <https://cloud.google.com/solutions/gaming/cloud-game-infrastructure>; *IBM Corporation*, IBM IBM Cloud for game servers (2020), abrufbar unter <https://www.ibm.com/cloud/gaming>.

Dem Nutzer ist im Zeitpunkt des Erwerbs weder klar, ob sich der Publisher zum Support der Online-Komponenten des digitalen Spiels verpflichtet und falls ja, wie lange diese Verpflichtung andauert. Rein tatsächlich ist die Dauer des Supports von Online-Komponenten jedenfalls begrenzt. Jährlich wird er für zahlreiche digitale Spiele beendet mit der Folge, dass ihre Nutzungsmöglichkeit ganz oder zum Teil wegfällt.²²

Im Jahr 2014 wurde der Support der Online-Komponenten von einer verhältnismäßig großen Anzahl von Spieletiteln beendet. Betroffen waren insgesamt ca. 563²³ Spieletitel von Publishern, wie *Nintendo*, *Electronic Arts* (im Folgenden: „EA“), *Ubisoft*, *2K*, *Microsoft*, *Sony Computer Entertainment* und *Capcom*.²⁴

Insgesamt fiel die Supportdauer der einzelnen Spieletitel sehr unterschiedlich aus. Zwischen der Erstveröffentlichung der 563 Spiele und dem Ende des Supports ihrer Online-Komponenten lag eine durchschnittliche Supportdauer von rund 5,5 Jahren. Für etwa sechs der 563 Spieletitel wurde der Support für eine Dauer von mindestens 12 Jahren aufrechterhalten.²⁵ Auf der anderen Seite wurde der Support für die Online-Komponenten von mindestens 40 Spieletiteln bereits vor Ablauf von drei Jahren nach ihrem Erscheinungsdatum beendet. Darunter sind 15 Spiele, deren Support vor Ablauf von zwei Jahren beendet wurde und ein Spiel, dessen Online-Komponenten weniger als ein Jahr genutzt werden konnten. Die folgende Tabelle listet in alphabetischer Reihenfolge die zuletzt genannten 16 Spiele und die Dauer des Supports ihrer Online-Komponenten auf:

²² *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 2, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf; vgl. auch *Orland*, The day the Mario Kart died: Nintendo's kill switch and the future of online consoles (2014), abrufbar unter <http://arstechnica.com/gaming/2014/02/the-day-the-mario-kart-died-nintendos-killswitch-and-the-future-of-online-consoles/>.

²³ Die Zählung der Spieletitel erfolgt hier und bei allen weiteren Mengenangaben plattformbezogen. Wenn von einem Spieletitel also beispielsweise drei Plattform-Ableger vertrieben werden (z. B. für die Xbox One, die PS4 und den PC), so zählt dieser Spieletitel dreifach. Die Begriffe „Spieletitel“ und „Spiel“ werden dabei synonym verwendet.

²⁴ Die Informationen über die Supporteinstellungen der genannten 563 Spiele sind auf den folgenden Seiten abrufbar: <http://www.nintendo.com/consumer/gameslist/en/games-wifi.jsp> (*Nintendo*); <http://www.ea.com/de/1/service-updates> (*EA*); <http://forums.ubi.com/showthread.php/1241617> (*Ubisoft*); <http://support.2k.com/hc/en-us/articles/201967707-2K-Online-Server-Migration-from-GameSpy-Technology> (*2K*); <https://web.archive.org/web/20141031113630/http://support.xbox.com/en-US/xbox-360/games/decommissioned-games> (*Microsoft*). Siehe für die Supporteinstellungen der Publisher *Sony/Sony Computer Entertainment* und *Capcom* den Anhang von *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf.

²⁵ Zu diesen Spielen gehören *F1 2002*, PC; *Global Operations*, PC; *Medal of Honor: Allied Assault*, PC & Mac; *NASCAR Sim Racing*, PC; *Neverwinter Nights*, PC (alle zuvor genannten EA); *Leadfoot*, PC (2K).

Tabelle 1: *Supportdauer ausgewählter digitaler Spiele*²⁶

| Spieltitel | Plattform | Veröffentlicht | Supportende | Supportdauer |
|--------------------------------------|------------------|-----------------------|--------------------|---------------------|
| Bookworm Heroes (EA) | iOS | 15.04.2013 | 01.12.2014 | ~ 1,6 Jahre |
| Doritos Crash Course 2 (Microsoft) | Xbox | 08.05.2013 | 15.10.2014 | ~ 1,4 Jahre |
| Madden NFL 25 (EA) | iOS | 27.08.2013 | 30.10.2014 | ~ 1,2 Jahre |
| Monopoly Bingo (EA) | iOS | 15.11.2013 | 30.11.2014 | ~ 1 Jahr |
| Monopoly Bingo (EA) | Android | 15.11.2013 | 30.11.2014 | ~ 1 Jahr |
| Monopoly Bingo (EA) | Amazon | 15.11.2013 | 30.11.2014 | ~ 1 Jahr |
| Monopoly Hotels (EA) | Android | 01.05.2013 | 21.10.2014 | ~ 1,4 Jahre |
| Monopoly Hotels (EA) | Amazon | 01.05.2013 | 21.10.2014 | ~ 1,4 Jahre |
| Plants vs. Zombies Adventures (EA) | - | 24.05.2013 | 12.10.2014 | ~ 1,3 Jahre |
| Pokémon Black Version 2 (Nintendo) | DS | 07.10.2012 | 20.05.2014 | ~ 1,6 Jahre |
| Pokémon White Version 2 (Nintendo) | DS | 07.10.2012 | 20.05.2014 | ~ 1,6 Jahre |
| Pro Evolution Soccer 2013 (Nintendo) | Wii | 06.11.2012 | 20.05.2014 | ~ 1,5 Jahre |
| Scribblenauts Collection (Nintendo) | DS | 05.03.2013 | 20.05.2014 | ~ 1,2 Jahre |
| Style Savvy (Nintendo) | DS | 22.10.2012 | 20.05.2014 | ~ 1,5 Jahre |
| Supreme Heroes (EA) | iOS | 06.06.2013 | 08.05.2014 | ~ 0,9 Jahre |
| The Last Story (Nintendo) | Wii | 14.08.2012 | 20.05.2014 | ~ 1,8 Jahre |

²⁶ Es wurden die Veröffentlichungsdaten von Nordamerika zugrunde gelegt, die in der Datenbank <http://www.metacritic.com/game> abrufbar sind. Die Supporteinstellungsdaten der jeweiligen Spieltitel sind über die oben, in Fn. 24 aufgeführten Links abrufbar.

Aus der Tabelle wird zunächst ersichtlich, dass Spiele, die auf mobilen Betriebssystemen wie *Android* oder *iOS* gespielt werden können, nur eine sehr kurze Supportdauer erfahren haben.

Darüber hinaus befinden sich in der Liste zwei Spiele, die sportliche Themen zum Inhalt haben, nämlich *Madden NFL 25* (American Football) und *Pro Evolution Soccer 2013* (Fußball). Sportbezogene Spiele werden von verschiedenen Publishern herausgegeben und simulieren in der Regel das Spiel selbst und oftmals auch Aspekte, die mit dem Spiel zusammenhängen, wie z. B. Ligen, Turniere oder Spielertransfers. Oftmals werden die Spieletitel jährlich neu aufgelegt. Zu den bekanntesten Serien dieser Art gehören *FIFA (EA)*, *NBA 2K (2K)* und *Pro Evolution Soccer (Konami)*. Sportbezogene Spiele haben häufig nur relativ kurze Support-Zeiträume.²⁷ Unter den 563 im Jahr 2014 eingestellten Spielen befanden sich mindestens 58 sportbezogene Spiele. Acht davon hatten eine Support-Dauer von weniger als 3 Jahren.²⁸

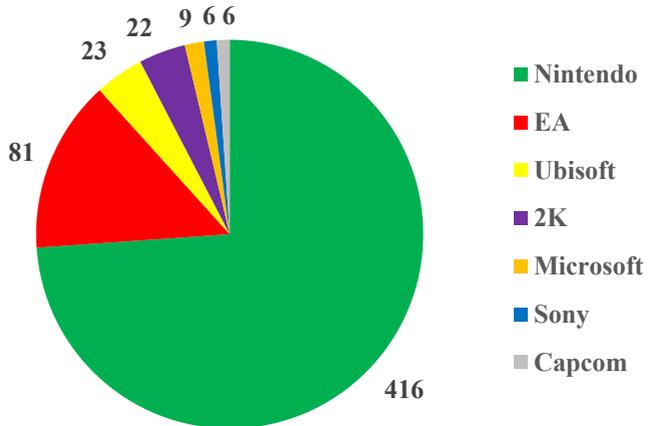
Es ist außerdem zu beachten, dass nicht alle Spielclients der in der Tabelle aufgelisteten Spiele gegen Entgelt zu erwerben sind. Die Spiele, die beispielsweise auf den Betriebssystemen *iOS* und *Android* gespielt werden konnten, stehen bzw. standen zum kostenlosen Download zur Verfügung. Andere Spiele hingegen, wie z. B. die auf der *DS*-Konsole von *Nintendo* spielbaren Spiele *Pokémon White Version 2* sowie *Pokémon Black Version 2* können dagegen nur gegen die einmalige Entrichtung eines Entgelts erworben werden. Wenngleich wahrscheinlich nicht alle Spiele, die im Jahr 2014 den Support ihrer Online-Komponenten verloren hatten, wirtschaftlich erfolgreich gewesen sein mögen, waren dennoch auch Spiele betroffen, welche in hohen Stückzahlen abgesetzt werden konnten. So wurden allein 23 Millionen Kopien des Spiels *Mario Kart* für die *DS*-Konsole und über 34 Millionen Kopien desselben Spieletitels für die *Wii*-Konsole veräußert.²⁹

²⁷ Vgl. *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 3, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf.

²⁸ Neben den oben angeführten Spielen gehören dazu unter anderem *Pro Evolution Soccer 2012 (2K)*; *Motion Sports: Adrenaline (Ubisoft)* sowie *Madden NFL 12 (EA)*.

²⁹ *Orland*, The day the Mario Kart died: Nintendo's kill switch and the future of online consoles (2014), abrufbar unter <http://arstechnica.com/gaming/2014/02/the-day-the-mario-kart-died-nintendos-killswitch-and-the-future-of-online-consoles/>.

Das folgende Diagramm gibt einen Überblick über die Verteilung der im Jahr 2014 betroffenen 563 Spiele auf die verschiedenen Publisher:³⁰



Es fällt auf, dass die meisten der von Online-Supportbeendigungen im Jahr 2014 betroffenen Spiele von *Nintendo* stammten. Sämtliche dieser Spiele sind ausschließlich auf den von *Nintendo* hergestellten Konsolen *Wii* und *DS* spielbar. Aber nur ein relativ geringer Teil dieser Spiele wurde von *Nintendo* verlegt.³¹ Dass die Supporteinstellung aller 416 Spiele dennoch *Nintendo* zuzurechnen ist, liegt darin begründet, dass *Nintendo* für all diese Spiele den sog. *Nintendo Wi-Fi Connection Service* am 20. Mai 2014 eingestellt hat.³² Dieser Service umfasste Funktionen wie den Online-Mehrspielermodus, den Abruf von Ranglisten und Turnier-Daten sowie das Herunterladen von Zusatzinhalten.³³ Hinzu kommt, dass *EA* bei ca. 21 der 416 *Wii*- und *DS*-Spiele weitere Online-Komponenten am 30. Juni 2014 beendete, die unabhängig vom *Nintendo Wi-Fi Connection Service* betrieben wurden.³⁴

Dass eine dreistellige Anzahl von Spielen eines Publishers innerhalb eines Jahres den Support ihrer Online-Komponenten verliert, stellt jedoch wohl die Ausnahme dar. Publisher beenden jährlich den Support für eine in der Regel zweistellige Zahl der von

³⁰ Siehe zum Nachvollziehen der Verteilung der von der Supporteinstellung betroffenen Spiele auf die einzelnen Publisher die oben, in Fn. 24 aufgeführten Links.

³¹ 69 der 416 eingestellten Spiele wurden von *Nintendo* verlegt, siehe *Nintendo*, Service Update: Online Gameplay (2014), abrufbar unter <http://www.nintendo.com/consumer/gameslist/en/games-wifi.jsp>.

³² Ebd.

³³ Vgl. *Nintendo*, Service Discontinuation: Nintendo Wi-Fi Connection Service (2014), abrufbar unter http://www.nintendo.com/consumer/info/en_na/services-update.jsp.

³⁴ Da bei diesen Spielen jeweils von *Nintendo* und *EA* unterschiedliche Online-Komponenten ihren Support verloren haben, werden sie doppelt gezählt, vgl. *EA*, Online Service Updates, abrufbar unter <http://www.ea.com/de/1/service-updates>.

ihnen verlegten digitalen Spiele. So hat der Publisher *Ubisoft* in den Jahren 2013 und 2015 für jeweils 14 seiner verlegten Spiele den Support beendet.³⁵ Der Publisher *EA* hat in den Jahren 2014 bis 2019 den Support für jährlich neun bis 85 Spieletitel beendet, wie sich aus der folgenden Tabelle ergibt:

Tabelle 2: *Beendigung des Supports durch EA zwischen 2014 und 2019*³⁶

| Jahr | Anzahl der Spiele |
|------|-------------------|
| 2014 | 81 |
| 2015 | 9 |
| 2016 | 25 |
| 2017 | 85 |
| 2018 | 25 |
| 2019 | 17 |

EA kündigt die Abschaltung der von ihm betriebenen Online-Komponenten auf einer separaten Webseite an.³⁷ Nach Angaben des Publishers verlieren solche Spiele den Support ihrer „Online-Dienste“, die von „weniger als 1 % aller Online-Spieler der EA-Titel“ gespielt werden.³⁸ In diesem Fall sei es nicht mehr „praktikabel, all die Arbeit hinter den Kulissen fortzuführen“, die mit der Aufrechterhaltung der Online-Dienste für diese Spiele zusammenhänge.³⁹ Darüber hinaus fallen die Informationen über die von der Supporteinstellung konkret betroffenen Online-Komponenten der von *EA* verlegten digitalen Spiele ganz unterschiedlich aus. Sehr oft erfolgt keine nähere Konkretisierung diesbezüglich. Nur manchmal weist der Publisher in seinen Informationen auf bestimmte Online-Komponenten hin, welche von der Supporteinstellung betroffen sind.

Im Gegensatz zu *EA* beschreibt *Nintendo* oft konkret, welche Online-Komponenten beendet werden.⁴⁰ Anders als *EA* gibt der Publisher jedoch keine Gründe für die Einstellung des Supports an.

³⁵ Vgl. *Ubisoft Forums*, Online Services Update Masterlist (2020), abrufbar unter <http://forums.ubi.com/showthread.php/1241617>.

³⁶ Quelle: <https://www.ea.com/de-de/service-updates>.

³⁷ Vgl. *EA*, Online Service Updates, abrufbar unter <http://www.ea.com/de/1/service-updates>.

³⁸ Ebd.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Vgl. *Nintendo*, Service Discontinuation: Nintendo Wi-Fi Connection Service (2014), abrufbar unter http://www.nintendo.com/consumer/info/en_na/services-update.jsp.

Ubisoft betreibt – soweit ersichtlich – keine gesonderte Seite, auf der Supportbeendigungen ankündigt werden. Die Informationen hierüber werden vielmehr in dem Publisher-eigenen Forum veröffentlicht, das für jeden frei abrufbar ist.⁴¹ Betroffen seien ältere Spiele, die nur noch ein „kleineres Publikum“ hätten.⁴² Zweck der Deaktivierung sei es, dass sich das IT- und Service-Personal besser auf die Serviceerbringung zugunsten neuerer und populärer Titel von *Ubisoft* konzentrieren könne.⁴³

Microsoft erläutert, dass es zwar „unüblich“, aber manchmal notwendig sei, die Online-Komponenten von Spielen zu deaktivieren.⁴⁴ Die Supporteinstellung erfolge typischerweise bei solchen Spielen, die sehr geringe Nutzerzahlen aufweisen.⁴⁵

Sowohl *EA* als auch der Publisher *2K* begründen darüber hinaus die Beendigung des Supports der Online-Komponenten ihrer Spiele speziell im Jahr 2014 mit der Betriebseinstellung von *GameSpy*.⁴⁶ Hierbei handelte es sich um ein Unternehmen, welches 1997 gegründet wurde und den Support für Online-Komponenten digitaler Spiele erbrachte.⁴⁷ *Gamespy* betrieb unter anderem die für den Online-Mehrspielermodus erforderlichen Server für eine Vielzahl von digitalen Spielen.⁴⁸ Unter anderem *EA*, *2K*, *Activision* und *Ubisoft* machten von diesen Diensten Gebrauch, sodass allein im Jahr 2012 die *GameSpy*-Technologie in mehr als 1.000 Spieletiteln integriert war.⁴⁹ Am 31. Mai 2014 schaltete *GameSpy* seine Server ab mit der Folge, dass zahlreiche Spiele ihre Online-Komponenten verloren und dadurch die in den Spielen integrierten Online-

⁴¹ Vgl. *Ubisoft Forums*, Online Services Update Masterlist (2020), abrufbar unter <http://forums.ubi.com/showthread.php/1241617>.

⁴² Ebd., „older games with smaller audiences“.

⁴³ Ebd.

⁴⁴ So *Microsoft Corporation*, Decommissioned online services for Xbox games (2014), abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20141031113630/http://support.xbox.com/en-US/xbox-360/games/decommissioned-games>.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Vgl. *EA*, Update on EA titles hosted on GameSpy (2014), abrufbar unter <http://www.ea.com/news/update-on-ea-titles-hosted-on-gamespy>; *Take-Two Interactive Software*, 2K Online Server Migration From Gamespy Technology (2015), abrufbar unter <http://support.2k.com/hc/en-us/articles/201967707-2K-Online-Server-Migration-from-GameSpy-Technology>.

⁴⁷ *Sarkar*, GameSpy Technology shutting down May 31 (2014), abrufbar unter <http://www.polygon.com/2014/4/3/5579254/gamespy-technology-shutdown-date-multiplayer-server-hosting-matchmaking>.

⁴⁸ *Berkner*, Electronic Arts stellt Betrieb zahlreicher Battlefield Masterserver ein | Update (2014), abrufbar unter <https://www.bf-games.net/news/10715/electronic-arts-stellt-betrieb-zahlreicher-battlefield-masterserver-ein-update.html>.

⁴⁹ *Sarkar*, GameSpy Technology shutting down May 31 (2014), abrufbar unter <http://www.polygon.com/2014/4/3/5579254/gamespy-technology-shutdown-date-multiplayer-server-hosting-matchmaking>.

DRM-Systeme zum Teil nicht mehr in der Lage waren, serverbasierte Authentifizierungsmaßnahmen durchzuführen.⁵⁰ Es ist unklar, warum *GameSpy* seine Tätigkeit beendete.

Weitere mögliche Gründe für die Supportbeendigung sind die hohen Kosten, die entweder mit dem eigenen Betrieb von Servern oder deren Anmietung verbunden sind. Möglich ist auch, dass der Publisher sein Geschäft und damit den Support beendet.⁵¹ Es kommt schließlich in Betracht, dass die Spiele nicht mehr aktuellen Sicherheits- und sonstigen technischen Anforderungen moderner Server entsprechen. Darauf deutet die Aussage von *EA* hin, derzufolge manchmal „überholte Funktionen und Modi“ digitaler Spiele entfernt werden müssten.⁵²

Außerdem kann es vorkommen, dass – versehentlich – die Internet-Domain nicht erneuert wird, die man für die Verbindung mit den DRM-Servern benötigt.⁵³

Zu den Nutzern digitaler Spiele zählen vor allem Privatpersonen. Dazu kommen allerdings auch Forscher und Gedächtnisinstitutionen wie Bibliotheken und Museen.

Vertreter dieser verschiedenen Interessengruppen hatten sich in den USA von 2014 bis 2015 am sog. *Sixth Triennial Section 1201 Proceeding* beteiligt, welches vom *US Copyright Office* durchgeführt wurde. Gegenstand dieses Verfahrens war unter anderem eine Petition der US-amerikanischen Verbraucherschutzorganisation *Electronic Frontier Foundation* (im Folgenden *EFF*), die zum Ziel hatte, die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit von Spielkopien, deren Online-Komponenten keinen Support mehr erhielten, vom Verbot der Umgehung technischer Schutzmaßnahmen i. S. d. sec. 1201(a)(1)(A) *US Copyright Act*⁵⁴ auszunehmen. Im Rahmen dieses Verfahrens kamen Privatpersonen, Vertreter von Gedächtnisinstitutionen sowie Publisher zu Wort. Auf die Hintergründe und den Ausgang des Verfahrens wird in Kapitel 4⁵⁵ dieser Arbeit näher eingegangen. Bereits an dieser Stelle sollen jedoch kurz die Probleme erläutert werden, die jede der Interessengruppen mit der Beendigung des Supports und dem dadurch eintretenden Wegfall der Nutzungsmöglichkeit der digitalen Spiele hat.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ Vgl. *Schwabach*, Internet and the Law, S. 1.

⁵² So die „Policy“ von *EA* bzgl. der Online-Komponenten digitaler Spiele, abrufbar unter <https://www.ea.com/de-de/service-updates>.

⁵³ *Battilina*, Long Comment Regarding a Proposed Exemption Under 17 U.S.C. 1201 (2014), S. 2, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_MBattilana_Class24.pdf.

⁵⁴ 17. U.S.C. (im Folgenden *Copyright Act*).

⁵⁵ Siehe dort S. 213 ff.

Der Wunsch, ein digitales Spiel zu spielen, endet für private Inhaber einer Spielkopie nicht immer mit dem Supportende, sondern geht mitunter weit über diesen Zeitpunkt hinaus.⁵⁶ Da die Privatpersonen oftmals der Auffassung sind, dass sie gegen ein einmaliges Entgelt „Eigentum“ an der digitalen Spielkopie erworben hätten, gehen sie davon aus, dass sie die Spielkopie mitsamt ihren Online-Komponenten zeitlich unbegrenzt nutzen dürfen.⁵⁷ Darüber hinaus sind sie der Meinung, dass der Online-Mehrspielermodus digitaler Spiele nicht nur ein untergeordnetes Produkt sei, sondern vielmehr den Kern des Spiels ausmache.⁵⁸ Diese Erwartungen der Privatpersonen werden enttäuscht, sobald der Support der Online-Komponenten beendet wird und die Spielkopien gar nicht oder nur noch zum Teil genutzt werden können.

Digitale Spiele sind darüber hinaus mittlerweile Gegenstand einer Vielzahl wissenschaftlicher Disziplinen, wie z. B. der Ingenieurwissenschaften, der Entwicklungs- und Sozialpsychologie, der Pädagogik, der Medien- und Kulturwissenschaften sowie der Medienökonomie.⁵⁹ Der Wegfall der Nutzungsmöglichkeit infolge der Supportbeendigung kann zu Einschränkungen der Erforschungsmöglichkeiten digitaler Spiele führen.⁶⁰ Die bloße körperliche Verfügbarkeit des Informationsträgers eines digitalen Spiels reicht dabei für eine umfassende Forschung nicht aus – erforderlich ist vielmehr auch der Zugang zu den einzelnen Online-Komponenten des digitalen Spiels.⁶¹

Die Beendigung des Supports der Online-Komponenten beeinträchtigt jedoch auch Gedächtnisinstitutionen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben. So weist der Gründer und Direktor des *Museum of Art and Digital Entertainment*, Alex Handy, darauf hin,

⁵⁶ Siehe die Stellungnahme von Taylor in *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf.

⁵⁷ *Digital Right to Repair*, Combined comments received through Digital Right to Repair website (2015), abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/reply-comments-050115/class%2023/70_Combined_class23_reply_comments_recd_through_Digital_Right_to_Repair.pdf.

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ Vgl. hierzu ausführlich Klimmt, in Quandt/Wimmer/Wolling, *Die Computerspieler*, S. 59 ff.; vgl. auch Huth/Lange, *Die Entwicklung neuer Strategien zur Bewahrung und Archivierung von digitalen Artefakten für das Computerspiele-Museum Berlin und das Digital Game Archive* (2004), S. 10, abrufbar unter http://www.archimuse.com/publishing/ichim04/2758_HuthLange.pdf.

⁶⁰ *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 9, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf.

⁶¹ So der Soziologe Taylor in seiner Stellungnahme im Anhang von *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf; siehe außerdem *Electronic Frontier Foundation*, Reply Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 13, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/reply-comments-050115/class%2023/ReplyComments_LongForm_EFF_Class23.pdf.

dass sein Museum über mehr als 100 digitale Spiele verfügt, welche das Museum wegen der Beendigung des Supports ihrer Online-Komponenten nur unvollständig ausstellen kann.⁶²

Es gibt mehrere Anstrengungen von Spielergemeinschaften, die sich der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit digitaler Spiele widmen. Beispielhaft hierfür sind Fan-Projekte für die Spiele *Metal Gear Online*⁶³, *Resident Evil Outbreak*⁶⁴ und *Battleforge*⁶⁵. Ein weiteres Beispiel ist das sog. *Wiimmfi*-Projekt, welches aus Anlass der oben erläuterten Beendigung des *Nintendo Wi-Fi Connection Service* ins Leben gerufen wurde und die Nutzungsmöglichkeit spielbezogener Online-Komponenten von Spielen wiederherstellt, die für die *Nintendo Wii*-Konsole entwickelt wurden.⁶⁶ Auch die Beendigung des Supports der Online-Komponenten durch *GameSpy* führte dazu, dass sich Privatpersonen der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit der betroffenen digitalen Spiele widmeten.⁶⁷

Im Rahmen des oben erläuterten *Sixth Triennial Rulemaking Proceeding* vor dem *US Copyright Office* veröffentlichte auch die *Entertainment Software Association (ESA)*, die in den USA alle größeren Spielplattform-Hersteller und Publisher vertritt, eine eigene Stellungnahme zu der von der *EFF* vorgebrachten Petition.⁶⁸

Nach Ansicht der *ESA* sei an der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit digitaler Spiele vor allem die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen wie der Online-DRM-Systeme problematisch. Die *ESA* meint, dass der Einsatz verlässlicher und sicherer technischer Schutzmaßnahmen Publishern erst einen Anreiz gebe, Spiele für

⁶² Vgl. die Stellungnahme von *Handy* im Anhang von *Electronic Frontier Foundation*, Reply Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/reply-comments-050115/class%2023/ReplyComments_LongForm_EFF_Class23.pdf.

⁶³ *SaveMGO*, Frequently Asked Questions (2018), abrufbar unter <https://savemgo.com/forums/app.php/help/faq>; vgl. auch die ausführliche mündliche Erläuterung der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Spiels *Metal Gear Online* insgesamt bei *media.ccc.de*, Joseph Tartaro, Matthew Halchyshak: *Cyber Necromancy* (2014), abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=fNULvFT08-Q&t>.

⁶⁴ *Outbreak Server*, FAQ (2015), abrufbar unter <http://wiki.obsrv.org/index.php?n=Server.FAQ>.

⁶⁵ *Skylords Reborn*, *Skylords Reborn* FAQ (2015), abrufbar unter <https://forum.skylords.eu/index.php?topic/572-skylords-reborn-faq/>.

⁶⁶ <http://wiiki.wii-homebrew.com/Wiimmfi>; eine aktuelle Liste von Spielen, deren Nutzungsmöglichkeit bereits wiederhergestellt wurde, ist unter dem folgenden Link abrufbar: <http://wiimmfi.de/stat?showall=1>.

⁶⁷ Siehe für eine ausführliche Liste den Eintrag auf der Plattform *reddit*, abrufbar unter https://www.reddit.com/r/Games/comments/2az5kf/the_final_list_of_community_solutions_for_gamespy/.

⁶⁸ *Entertainment Software Association*, Long Comment Regarding a Proposed Exemption Under 17 U.S.C. 1201 (2015), abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-032715/class%2023/Entertainment_Software_Association_Class23_1201_2014.pdf.

verschiedene Plattformen zu veröffentlichen.⁶⁹ Wäre jedoch die Umgehung solcher technischen Schutzmaßnahmen rechtlich zulässig, würden den Publishern sowohl dieser Anreiz als auch eine Möglichkeit genommen, sich vor Piraterieware, also illegal hergestellten Kopien digitaler Spiele, zu schützen.⁷⁰

Besonders problematisch sei dabei, dass die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit von Konsolenspielen mit der Umgehung von Schutzmechanismen der Konsolen selbst einhergehe (sog. Jailbreaking⁷¹), wodurch auf diesen generell Piraterieware abgespielt werden könne.⁷²

Die *ESA* argumentiert weiter, dass der Kauf einer digitalen Spielkopie noch nicht die Berechtigung umfasse, den Mehrspielermodus zu nutzen, da es sich hierbei um ein separates Produkt handle, wofür der Käufer manchmal sogar ein zusätzliches Entgelt entrichten und gesonderten Nutzungsbestimmungen zustimmen müsse.⁷³ Außerdem merkt die *ESA* an, dass unautorisierte Server die Markenrechte der Publisher verletzen können.⁷⁴

Die *ESA* erläutert weiterhin, dass manche Spieletitel, bei denen der Support der Online-Komponenten einmal eingestellt wurde, durchaus wieder neu aufgelegt werden würden.⁷⁵ So habe der Publisher *Microsoft* beispielsweise den Support der Online-Komponenten für das Spiel *Halo 2* im Jahr 2010 eingestellt, das Spiel jedoch 2014 als Teil eines sog. Bundles mit der Bezeichnung *Halo: The Master Chief Collection* wiederveröffentlicht.⁷⁶

Die *EFF* räumt ein, dass supportlose digitale Spiele durchaus wiederveröffentlicht werden, weist zugleich aber darauf hin, dass die Kopien der wiederveröffentlichten Titel nicht dieselben Online-Komponenten aufwiesen wie die Kopien der ursprünglichen Spieletitel.⁷⁷ Dies habe zur Folge, dass z. B. Inhaber der alten Spielkopien nicht mit den Inhabern der neuen Spielkopien desselben Spieletitels zusammen im Online-Mehrspielermodus spielen können.⁷⁸

⁶⁹ Ebd., S. 2.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Siehe für eine Erläuterung dieses Begriffs unten, S. 24 f.

⁷² *Entertainment Software Association*, Long Comment Regarding a Proposed Exemption Under 17 U.S.C. 1201 (2015), S. 3 f., 8, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-032715/class%2023/Entertainment_Software_Association_Class23_1201_2014.pdf.

⁷³ Ebd., S. 4, 8 f.

⁷⁴ Ebd., S. 10.

⁷⁵ *Entertainment Software Association*, Kommentar zur Wiederveröffentlichung von Abandonware-Titeln (2015), S. 1, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/post-hearing/answers/Class_23_Hearing_Response_ESA_Docket_No_2014-07_2015.pdf.

⁷⁶ Ebd., S. 2.

⁷⁷ *Electronic Frontier Foundation*, Response of Electronic Frontier Foundation to June 3, 2015 Copyright Office Questions on Proposed Class 23 (2015), S. 2, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/post-hearing/answers/Class_23_Hearing_Response_EFF_Albert_Docket_No_2014-07_2015.pdf.

⁷⁸ Ebd.

Unter Spielern, Forschern und Gedächtnisinstitutionen besteht eine große rechtliche Unsicherheit in Bezug auf den Support der Online-Komponenten digitaler Spiele: Ist der Publisher zum Support der Online-Komponenten verpflichtet? Darf er den Support stets ohne Weiteres beenden oder gibt es vielmehr einen Mindestzeitraum, währenddessen er den Support erbringen muss? Dürfen Spieler, Forscher und Gedächtnisinstitutionen einerseits Online-DRM-Systeme beseitigen, welche nach dem Supportende die Nutzungsmöglichkeit des Spiels in Gänze blockieren und andererseits den supportlosen Online-Mehrspielermodus eigenmächtig wiederherstellen?

Diese Fragen sind Gegenstand der vorliegenden Arbeit mit Blick auf das deutsche und das EU-Recht.

In Kapitel 1 dieser Arbeit wird der technologische Hintergrund der soeben beschriebenen Online-Komponenten digitaler Spiele beleuchtet.

In Kapitel 2 der Arbeit wird untersucht, für wen eine Rechtspflicht zum Support der Online-Komponenten besteht und wie sie typologisiert werden kann.

Kapitel 3 beschäftigt sich mit der Frage, wie lange der Support für die Online-Komponenten eines digitalen Spiels erbracht werden muss und ob es hierfür einen Mindestzeitraum gibt.

In Kapitel 4 wird untersucht, ob Spieler, Forscher und Gedächtnisinstitutionen berechtigt sind, sowohl supportlose Online-DRM-Systeme zu umgehen, welche die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels blockieren, als auch den supportlosen Online-Mehrspielermodus wiederherzustellen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Kapitel 1: Technischer Hintergrund

Der Support von Online-Komponenten digitaler Spiele umfasst zum einen den Betrieb von verschiedenen Servern und zum anderen die Herstellung und Aufrechterhaltung einer Verbindung zwischen diesen Servern und der Kopie des digitalen Spiels. Nur wenn eine solche Verbindung besteht, kann ein Austausch von Informationen zwischen der Spielkopie und den Servern erfolgen, was Voraussetzung für die Realisierung verschiedener Online-Komponenten des digitalen Spiels ist.

Zunächst sollen die zwei der in dieser Arbeit im Vordergrund stehenden Online-Komponenten digitaler Spiele erläutert werden: der Online-Mehrspielermodus und die Online-DRM-Systeme (A.).

Im Anschluss daran werden Maßnahmen erörtert, die von den Nutzern der digitalen Spiele ergriffen werden können, um die infolge der Supportbeendigung verlorengegangene Nutzungsmöglichkeit digitaler Spiele selbstständig wiederherstellen zu können (B.).

Schließlich werden die unterschiedlichen Arten digitaler Spiele vorgestellt, welche im weiteren Verlauf dieser Arbeit untersucht werden (C.).

A. Arten von Online-Komponenten digitaler Spiele

I. Der Online-Mehrspielermodus

Nahezu alle heutzutage veröffentlichten digitalen Spiele besitzen eine Form des Mehrspielermodus. Darin spielen mehrere real existierende Menschen gegeneinander oder zusammen in einer virtuellen Umgebung.

Der Mehrspielermodus stellt das Gegenstück zum Einzelspielermodus dar, in dem lediglich eine Person am Spiel teilnehmen kann.⁷⁹ Der Spieler tritt darin nicht gegen andere Menschen, sondern nur gegen einen vom Computer gesteuerten Gegner an.⁸⁰

Wenngleich der Online-Mehrspielermodus im Fokus dieser Arbeit steht, ist zu beachten, dass es noch eine Reihe weiterer serverbezogener Online-Komponenten gibt,

⁷⁹ Vgl. *Khosrow-Pour*, Information Science, S. 816.

⁸⁰ Vgl. *Schmidt/Dreyer/Lampert*, Spielen im Netz (2008), S. 31, abrufbar unter https://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/42.

welche Einfluss auf das Nutzungserlebnis eines digitalen Spiels haben können. So werden häufig Spielstände und andere spielerbezogene Daten, unabhängig davon, ob sie aus dem Mehrspieler- oder dem Einzelspielermodus stammen, auf zentralen Servern gespeichert, um im Laufe des Spiels von dort wieder abgerufen zu werden.⁸¹

Die Mehrzahl der in kommerziellen digitalen Spielen nutzbaren Online-Mehrspielermodi basiert auf der sog. Client-Server-Architektur.⁸² Bei einem Server handelt es sich um einen Rechner, der an ein Netzwerk angeschlossen ist und Dienste anderen Rechnern in diesem Netzwerk zur Verfügung stellt.⁸³ Der Client wiederum macht von diesen Diensten des Servers Gebrauch.

Für den Mehrspielermodus digitaler Spiele kann eine Vielzahl von Servern mit ganz unterschiedlichen Aufgaben zum Einsatz kommen. Zu den wichtigsten Servern zählen dabei die im Folgenden zu erörternden Dedicated Gameserver sowie die Masterserver.

1. Dedicated Gameserver und Masterserver

Die auf den Rechnern bzw. Konsolen der Spieler installierten Spielkopien nehmen die Eingaben der Spieler entgegen und senden sie an Dedicated Game Server, welche auf der Grundlage dieser Spielereingaben den sog. Game State permanent neu berechnen.⁸⁴ Der Game State beschreibt den kompletten Status der Spielwelt eines Spielers.⁸⁵ Seine Eingaben führen zu Änderungen des Game State, welche der Server berechnen und den anderen Spielern mitteilen muss, damit auch deren Game State entsprechend aktualisiert wird.

Zu diesem Zweck sendet der Dedicated Game Server Dutzende Male in der Sekunde sog. snapshot messages an die Clients, damit die Geschehnisse innerhalb des Spiels möglichst ohne merkbliche Verzögerung allen Spielern mitgeteilt werden.⁸⁶ Der Dedicated Game Server ist bei den hier zu untersuchenden digitalen Spielen, deren Nutzung den Erwerb eines Clientprogramms voraussetzt, grundsätzlich nicht für die grafische Darstellung des Game State zuständig. Der Server übermittelt lediglich Informationen über den Game State an die Clientprogramme, welche auf dieser Grundlage die aktualisierte Spielwelt auf den Endgeräten der Spieler rendern.

⁸¹ Beispiele hierfür sind die digitalen Spiele *Battleforge (EA)*; *NBA 2K14 (2K)* und *FIFA 16 (EA Sports)*.

⁸² Vgl. *Armitage/Claypool/Branch*, Online Games, S. 16, 84.

⁸³ Vgl. *Schimpf/Ullfors/Peters*, Informationstechnik, S. 433.

⁸⁴ Vgl. *Barron*, Multiplayer, S. 83; *Armitage*, in *Cormode/Thottan*, Algorithms for Next Generation Networks, S. 406.

⁸⁵ *Barron*, Multiplayer, S. 81.

⁸⁶ *Armitage*, in *Cormode/Thottan*, Algorithms for Next Generation Networks, S. 409.

Der Begriff „Dedicated“ Game Server wird deshalb für die genannten Server verwendet, weil sie dauerhaft und ausschließlich die soeben beschriebene Funktion innehaben⁸⁷ und nicht wie etwa in einem Peer-to-Peer-Netzwerk⁸⁸ einmal Client sind und ein anderes Mal die Aufgaben eines Servers erfüllen.

Bei einer Vielzahl von digitalen Spielen besteht die Möglichkeit, dass die Spieler sich eigene Dedicated Game Server einrichten können. Dies ist unter Spielern sehr beliebt, da sie dadurch die Möglichkeit erhalten, selbst zu bestimmen, wann, mit wem und zu welchen Regeln sie das digitale Spiel im Mehrspielermodus spielen möchten.⁸⁹ Für die Einrichtung eines Dedicated Game Servers wird neben einer Server-Software ein Rechner benötigt, der auch gemietet werden kann.⁹⁰

Zu beachten ist jedoch, dass nicht für jedes Spiel die Einrichtung von Dedicated Game Servern möglich und vom Publisher des Spiels erlaubt ist.⁹¹ Ein Beispiel, bei dem die Nutzung von privaten Dedicated Game Servern verboten ist, stellt das Massively Multiplayer Online Game (MMOG⁹²) *World of Warcraft* (Activision/Blizzard) dar. Im April 2016 versandte der Publisher einen letter of notice an die Betreiber des privaten Game Servers „Nostalrius“ mit der Aufforderung, diesen abzuschalten.⁹³ Auf diesem Server konnte eine separate Version des Spiels ohne Genehmigung des Publishers gespielt werden.

Eine weitere wichtige Kategorie von Servern stellen die Masterserver dar. In der Regel existiert eine Vielzahl von Dedicated Game Servern, auf denen der Spieler Mehrspieler-Matches absolvieren kann. Damit der Spieler diese Dedicated Game Server auffinden und mit seiner Spielkopie verbinden kann, werden sog. Masterserver eingesetzt, welche eine übersichtliche Liste von registrierten Dedicated Game Servern erstellen und anzeigen.⁹⁴ Diese Liste enthält dabei insbesondere Informationen über

⁸⁷ Vgl. *Le*, Call of Duty: Modern Warfare 2 – Dedicated Server und Viren (2009), abrufbar unter http://www.gamestar.de/spiele/call-of-duty-modern-warfare-2/news/call_of_duty_modern_warfare_2,44634,2310692.html.

⁸⁸ Siehe zum Begriff sogleich, S. 16.

⁸⁹ *Le*, Call of Duty: Modern Warfare 2 – Dedicated Server und Viren (2009), abrufbar unter http://www.gamestar.de/spiele/call-of-duty-modern-warfare-2/news/call_of_duty_modern_warfare_2,44634,2310692.html.

⁹⁰ Vgl. *Johnson*, How to Set Up a Dedicated Gaming Server (2015), abrufbar unter <http://www.pcgamer.com/dedicated-gaming-server/>.

⁹¹ Vgl. *Le*, Call of Duty: Modern Warfare 2 – Dedicated Server und Viren (2009), abrufbar unter http://www.gamestar.de/spiele/call-of-duty-modern-warfare-2/news/call_of_duty_modern_warfare_2,44634,2310692.html.

⁹² Näheres zu diesem Begriff unten, S. 31 ff.

⁹³ *Allegra*, Team behind World of Warcraft's biggest private server calls for change after shutdown (2016), abrufbar unter <https://www.polygon.com/2016/4/7/11384154/world-of-warcraft-nostalrius-shutdown-blizzard>.

⁹⁴ *Armitage*, in Cormode/Thottan, Algorithms for Next Generation Networks, S. 408; *Armitage/Heyde*, ACM Transactions on Multimedia Computing, Communications and Applications 2012, 20:1, 20:1 f.

die Karte, welche gespielt werden kann, und die Anzahl der Spieler, die sich bereits auf dem Server bzw. in einem spezifischen Match befinden.⁹⁵ Die Spieler können die Liste mit verfügbaren Dedicated Game Servern innerhalb eines spielinternen „Server Browsers“⁹⁶ einsehen und dort den gewünschten Server zum Spielen auswählen.

Der Service des Auflistens von spielbaren Game Servern ist Teil des sog. Matchmakings, welches es Spielern ermöglicht, die für sie in spielerischer und technischer Hinsicht passenden Multiplayer-Matches ausfindig zu machen.⁹⁷

Masterserver kommen dabei nicht nur in reinen Client-Server-Architekturen vor, sondern auch in Peer-to-Peer-Netzwerken. Innerhalb eines solchen Netzwerk existieren mehrere gleichberechtigte Clients, z. B. mehrere PCs oder Spielekonsolen, die direkt miteinander verbunden sind und Informationen sowie Ressourcen teilen.⁹⁸ Jeder der Clients nimmt an der Verteilung von Informationen teil und es gibt keinen übergeordneten oder zentralen Punkt, von dem eine einheitliche Kontrolle über alle Clients bzw. über die Verteilung von Informationen ausgeht.⁹⁹

Bei digitalen Spielen, welche auf der Peer-to-Peer-Architektur beruhen, funktioniert dies im Prinzip ähnlich, jedoch kommt hier die Besonderheit hinzu, dass das Endgerät eines Teilnehmers die Rolle des sog. Hosts der jeweiligen Spiel-Session übernimmt.¹⁰⁰ Die Kommunikation aller Spielteilnehmer läuft dann über diesen Host¹⁰¹, welcher auf Grundlage der erhaltenen Informationen den Spielverlauf bestimmt¹⁰². Ein Beispiel für ein solches Peer-to-Peer-Netzwerk stellt der *Xbox Live*-Service für die Spiele der Spielekonsole *Xbox 360* dar. Allerdings wird das Matchmaking hier durch einen Masterserver unterstützt, der Host-Konsolen für andere Spieler anzeigt.¹⁰³

Mithilfe des Client-Server-Modells kann eine große Anzahl von Spielern in Online-Matches zusammengebracht werden. Zu beachten ist jedoch, dass die Einrichtung und

⁹⁵ *Armitage*, in Cormode/Thottan, Algorithms for Next Generation Networks, S. 408; *Armitage/Heyde*, ACM Transactions on Multimedia Computing, Communications and Applications 2012, 20:1, 20:2.

⁹⁶ *Armitage*, in Cormode/Thottan, Algorithms for Next Generation Networks, S. 408; *Armitage/Heyde*, ACM Transactions on Multimedia Computing, Communications and Applications 2012, 20:1, 20:2.

⁹⁷ *Steamworks*, Steam-Matchmaking und Lobbys (2020), abrufbar unter <https://partner.steamgames.com/doc/features/multiplayer/matchmaking>.

⁹⁸ Vgl. *Dembowski*, Lokale Netze, S. 27; *Tanenbaum/Wetherall*, Computernetzwerke, S. 28 f.

⁹⁹ Vgl. *Tanenbaum/Wetherall*, Computernetzwerke, S. 833, 847; *Armitage/Claypool/Branch*, Online Games, S. 15.

¹⁰⁰ Vgl. *Lee/Agarwal/Butcher/Padhye*, in Claypool/Uhlig, Passive and Active Network Measurement, S. 42; *Halo.Bungie.Org*, A Guide to Networking, Matchmaking, and Host in Halo, version 2.1.1 (2009), abrufbar unter <http://halo.bungie.org/misc/networkguide.html>.

¹⁰¹ Vgl. *Lee/Agarwal/Butcher/Padhye*, in Claypool/Uhlig, Passive and Active Network Measurement, S. 42.

¹⁰² *Halo.Bungie.Org*, A Guide to Networking, Matchmaking, and Host in Halo, version 2.1.1 (2009), abrufbar unter <http://halo.bungie.org/misc/networkguide.html>.

¹⁰³ *Lee/Agarwal/Butcher/Padhye*, in Claypool/Uhlig, Passive and Active Network Measurement, S. 42.

der Betrieb einer Client-Server-Architektur mit vergleichsweise hohen Kosten verbunden ist.¹⁰⁴

Bisher wurde oft von „Server“ im Singular gesprochen, was jedoch nicht darüber hinwegtäuschen soll, dass gerade bei digitalen Spielen, welche von einer großen Menge von Spielern gespielt werden können, eine hohe Anzahl von Servern zum Einsatz kommen kann. Dazu ist es nicht unüblich, dass insbesondere die Masterserver verschiedene Funktionen auf einmal übernehmen. Im Gegensatz dazu ist es aber auch möglich, dass der Support der verschiedenen Online-Komponenten von unterschiedlichen Servern durchgeführt wird. Letzteres ist insbesondere bei MMOG der Fall.¹⁰⁵

2. Abgrenzung zum LAN-Mehrspielermodus

Um ein Spiel im Mehrspielermodus spielen zu können, ist nicht stets eine Internetverbindung erforderlich. Ein Beispiel hierfür stellt der LAN-Mehrspielermodus dar. Der Begriff „LAN“ steht für Local Area Network.

LANs dienen dazu, Informationen zwischen PCs auszutauschen und Ressourcen wie z. B. Drucker zu teilen.¹⁰⁶ Auch digitale Spiele können über ein LAN gespielt werden, wobei jedoch nicht alle Spiele diese Option vorsehen. Seit einigen Jahren erscheinen immer weniger digitale Spiele, welche die Möglichkeit bieten, einen lokalen Mehrspielermodus zu spielen.¹⁰⁷

Der wesentliche Unterschied zu den bisher behandelten netzwerkbasieren Online-Mehrspielermodi besteht beim LAN-Mehrspielermodus darin, dass die Nutzungsmöglichkeit nicht von einer Verbindung mit einem zentralen Server abhängig ist.

Wie jedoch noch unten näher zu erläutern ist, kann der LAN-Mehrspielermodus dazu genutzt werden, den Online-Mehrspielermodus wiederherzustellen.¹⁰⁸

II. Online-DRM-Systeme

Anders als der Online-Mehrspielermodus werden Online-DRM-Systeme nicht zur Realisierung des Spielerlebnisses, sondern vielmehr aus Gründen des Digital Rights Management (DRM) eingesetzt. Unter diesen Begriff werden grundsätzlich Maßnahmen und Mittel der Zugangskontrolle und des Kopierschutzes gefasst, welche die Verbreitung digitaler Medien und Inhalte kontrollieren und damit das geistige Eigentum schützen sollen.¹⁰⁹ „DRM-Systeme“ bezeichnen konkrete Technologien, welche der Erreichung der Zwecke von DRM zu dienen bestimmt sind und ganz unterschiedliche

¹⁰⁴ Vgl. *Halo.Bungie.Org*, A Guide to Networking, Matchmaking, and Host in Halo, version 2.1.1 (2009), abrufbar unter <http://halo.bungie.org/misc/networkguide.html>.

¹⁰⁵ Ausführlich dazu *Bozcan/Isler*, Simulation: Transactions of the Society for Modeling and Simulation International 2011, 908, 909.

¹⁰⁶ *Tanenbaum/Wetherall*, Computernetzwerke, S. 42.

¹⁰⁷ *Wigriff*, The sad demise of local gaming (2012), abrufbar unter <http://venturebeat.com/2012/04/18/lost-local-loyalty/>.

¹⁰⁸ Siehe dazu unten, S. 26 f.

¹⁰⁹ *Harte*, DRM, S. 11, 35; *Arlt*, GRUR 2004, 548, 548; vgl. *Hoppen*, CR 2013, 9, 10.

Erscheinungsformen haben können.¹¹⁰ Gegenstand dieser Arbeit sind DRM-Systeme, die zu ihrer Funktionserfüllung eine Verbindung zu einem Server (im Folgenden: „DRM-Server“) benötigen und deshalb im Folgenden „Online-DRM-Systeme“ genannt werden.

Der Einsatz von Online-DRM-Systemen bei digitalen Spielen erfolgt vor allem deshalb, um zu verhindern, dass illegale Kopien dieser Spiele verwendet werden.¹¹¹ Dieses Verfahren wird auch als „Authentifizierung“ der Spielkopie bezeichnet.¹¹²

Zum Zwecke der Authentifizierung ist die Herstellung einer Online-Verbindung zwischen der Spielkopie und dem DRM-Server erforderlich.¹¹³ Der Aufbau dieser Verbindung kann entweder nur einmal – etwa bei der Installation der Spielkopie – oder periodisch während des gesamten Spielverlaufs erforderlich werden.¹¹⁴ Erst nach einer positiven Rückmeldung des DRM-Servers kann das Spiel benutzt werden. Wenn die Verbindung zwischen der Spielkopie und dem DRM-Server – aus welchen Gründen auch immer – abbricht, wird die Nutzung des Spiels dagegen blockiert.¹¹⁵

Es ist zu beachten, dass die genaue technologische Funktionsweise der Online-DRM-Systeme von Spiel zu Spiel variieren kann.¹¹⁶ Die folgenden Erläuterungen enthalten daher lediglich bekannte und verbreitete Beispiele von Authentifizierungstechnologien.

Eine – nicht nur bei digitalen Spielen – verbreitete Form der Authentifizierung stellt die Online-Aktivierung zum Zeitpunkt der Installation der Software dar.¹¹⁷ Die Online-

¹¹⁰ *Arlt*, GRUR 2004, 548, 549

¹¹¹ *Register of Copyrights*, Recommendation of the Register of Copyrights (2015), S. 321, abrufbar unter <http://copyright.gov/1201/2015/registers-recommendation.pdf>.

¹¹² Ebd.

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ Ebd.

¹¹⁵ Ebd.; vgl. *Electronic Frontier Foundation*, Petition of Electronic Frontier Foundation and Kendra Albert (2014), S. 5, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2014/petitions/Electronic_Frontier_Foundation_and_Kendra_Albert_1201_Initial_Submission_2014.pdf; vgl. auch Lowood, zitiert in *Electronic Frontier Foundation*, Reply Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 21, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/reply-comments-050115/class%2023/ReplyComments_LongForm_EFF_Class23.pdf.

¹¹⁶ Aufgrund des technologischen Fortschritts ändern sich die zum Zwecke der Authentifizierung eingesetzten Technologien häufig, vgl. *Electronic Frontier Foundation*, Reply Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 14, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/reply-comments-050115/class%2023/ReplyComments_LongForm_EFF_Class23.pdf.

¹¹⁷ Siehe dazu *PC Gaming Wiki*, Digital rights management (DRM) (2018), abrufbar unter [https://pcgamingwiki.com/wiki/Digital_rights_management_\(DRM\)#Online_activation](https://pcgamingwiki.com/wiki/Digital_rights_management_(DRM)#Online_activation); vgl. auch *Electronic Frontier Foundation*, Reply Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 11, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/reply-comments-050115/class%2023/ReplyComments_LongForm_EFF_Class23.pdf.

Aktivierung wurde erstmals im Jahr 2001 von *Microsoft* bei seiner Betriebssystemsoftware *Windows XP* eingesetzt und soll die Verbreitung illegaler Softwarekopien verhindern.¹¹⁸ Durch die Aktivierung wird die Software an ein Hardwaresystem „gebunden“, wodurch mehrfache Installationen auf verschiedenen Rechnern verhindert werden sollen.¹¹⁹ Bei der Aktivierung werden üblicherweise zunächst hardwarebezogene Informationen wie die Seriennummer des Festplattenlaufwerks oder die Versionsnummer des BIOS mithilfe einer *Hash*-Funktion in eine Prüfsumme (engl. *checksum*) umgewandelt.¹²⁰ Hash-Funktionen dienen dazu, Nachrichten einer beliebigen Länge auf einen numerischen Wert mit einer festen Länge von bspw. 160 oder 256 Bit umzuwandeln.¹²¹ Die Prüfsumme ist das Ergebnis dieser Umwandlung. Üblicherweise werden sog. kollisionsresistente Einweg-Hash-Funktionen verwendet. Das bedeutet, dass durch den Einsatz dieser Funktionen keine zwei Nachrichten auf denselben Wert komprimiert werden können¹²² und dass es nicht möglich ist, von der Prüfsumme auf den Ausgangswert zu schließen¹²³. Diese Prüfsumme wird dann zusammen mit dem einmaligen Produktschlüssel (auch *CD-Key* genannt), welchen der Erwerber der Software erhalten hat, an den DRM-Server übermittelt, welcher überprüft, ob dieser Produktschlüssel schon einmal für eine andere Aktivierung verwendet wurde.¹²⁴ Nur wenn die (erneute) Installation zulässig ist, wird die Software aktiviert und kann daraufhin verwendet werden. Es ist auch möglich, dass die Aktivierung bei jedem Start der Software über das Internet von einem DRM-Server überprüft wird.¹²⁵

Eine zweite bedeutende Form der servergebundenen Authentifizierung basiert auf einer „Verschmelzung“ der Spielkopie mit einem Account des Spielers, auch „account-based DRM“ genannt.¹²⁶ Einige der größeren Publisher betreiben eigene Online-Verkaufsplattformen, die sowohl für den Download eines Spiels als auch für die Installation und Nutzung desselben die Erstellung eines Spieler-Accounts voraussetzen können. Zu den bekanntesten Plattformen zählen *Origin (EA)*, *Uplay (Ubisoft)* sowie *Steam (Valve)*. Einige der über diese Plattformen vertriebenen Spiele erfordern bereits bei der Installation eine Online-Aktivierung, welche die jeweilige Spielkopie nicht –

¹¹⁸ *Jobke*, Produktaktivierung, S. 27; *Mayer-Wegelin*, JurPC 2009, Web-Dok 28, Abs. 29.

¹¹⁹ *Jobke*, Produktaktivierung, S. 28.

¹²⁰ *Vahldiek*, FAQ: Windows aktivieren (2010), abrufbar unter <http://www.heise.de/ct/hotline/FAQ-Windows-aktivieren-1021145.html>.

¹²¹ Vgl. *Swoboda/Spitz/Pramateftakis*, Kryptographie, S. 95; *Beutelspacher*, Kryptologie, S. 141.

¹²² *Beutelspacher*, Kryptologie, S. 141.

¹²³ *Swoboda/Spitz/Pramateftakis*, Kryptographie, S. 95.

¹²⁴ Vgl. *Jobke*, Produktaktivierung, S. 32 mwN.

¹²⁵ *Senior*, Constant net connection no longer required for Ubisoft games (2010), abrufbar unter <http://www.pcgamer.com/constant-net-connection-no-longer-required-for-ubisoft-games/>; *Electronic Frontier Foundation*, Reply Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 4, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/reply-comments-050115/class%2023/ReplyComments_LongForm_EFF_Class23.pdf.

¹²⁶ *PC Gaming Wiki*, Digital rights management (DRM) (2018), abrufbar unter [https://pcgamingwiki.com/wiki/Digital_rights_management_\(DRM\)#Online_activation](https://pcgamingwiki.com/wiki/Digital_rights_management_(DRM)#Online_activation).

wie oben beschrieben – mit dem Endgerät des Nutzers, sondern vielmehr mit dem jeweiligen Account des Spielers verbindet.¹²⁷

Ein Beispiel hierfür stellt die Plattform *Steam* des Unternehmens *Valve* dar. Das Unternehmen bietet Publishern, die Spiele über diese Plattform vertreiben wollen, als Online-DRM-System unter anderem die sog. *Steamworks Custom Executable Generation* an, durch die für jeden Nutzer eine Spielkopie erzeugt wird, die nur von einem autorisierten Nutzer-Account gespielt werden kann.¹²⁸ Der jeweilige Nutzer kann das Spiel zwar auf beliebigen Endgeräten unabhängig von ihrer Hardware-Konfiguration spielen.¹²⁹ Allerdings kann er auf dieses Spiel über seinen Account nur einmal zur gleichen Zeit zugreifen und eine Verknüpfung dieser Spielkopie mit einem anderen Account ist nicht mehr möglich.¹³⁰

Darüber hinaus kann es erforderlich sein, dass sich der Spieler bei jedem Start des Spiels mit seinem Spieler-Account über das Internet einloggt, unabhängig davon, ob das Spiel überhaupt einen Online-Mehrspielermodus hat oder nicht.¹³¹ Dies ist beispielsweise bei aktuellen Spielen des Publishers *EA* der Fall.¹³² Während einige der über die Plattform *Steam* vertriebenen Spiele zum Teil offline gespielt werden können¹³³, scheint auch bei solchen Spielen nach Ablauf von mindestens zwei Wochen eine Online-Authentifizierung im Wege eines erneuten Einloggens mit einem Spieler-Account erforderlich zu sein¹³⁴.

¹²⁷ *Tsai*, Digital Rights Management (DRM) (2015), abrufbar unter [http://pcgamingwiki.com/wiki/Digital_rights_management_\(DRM\)](http://pcgamingwiki.com/wiki/Digital_rights_management_(DRM)); *Metaboli SA*, Activation on Steam (2016), abrufbar unter <https://uk.gamesplanet.com/support/14-activations/108-activation-on-steam>; *Metaboli SA*, Activation on Origin (2016), abrufbar unter <https://uk.gamesplanet.com/support/14-activations/109-activation-on-origin>; *Metaboli SA*, Activation on Uplay (2016), abrufbar unter <https://uk.gamesplanet.com/support/14-activations/110-activation-on-uplay>.

¹²⁸ *Humphries*, Valve adds CEG to Steamworks removing need for games DRM (2009), abrufbar unter <https://www.geek.com/games/valve-adds-ceg-to-steamworks-removing-need-for-games-drm-724892/>.

¹²⁹ Vgl. ebd.

¹³⁰ *Mendez*, How Steam Employs DRM & What That Means For Your Game (2017), abrufbar unter <https://blackshellmedia.com/2017/06/28/steam-employs-drm-means-game/>; vgl. insofern auch das *Half Life 2*-Urteil des BGH vom 11.02.2010 (Az. I ZR 178/08), dem ein digitales Spiel zugrunde lag, welches erst nach Einrichtung eines Steam-Accounts gespielt werden konnte.

¹³¹ Vgl. *Zhang*, A Survey of Digital Rights Management Technologies (2011), abrufbar unter <http://www.cse.wustl.edu/~jain/cse571-11/ftp/drm/#sec2.4.2>; vgl. *Grundmann*, Vom Irrglauben an den Kopierschutz: Ein Besuch bei GOG.com (2015), abrufbar unter <http://www.eurogamer.de/articles/2015-03-06-vom-irrglauben-an-den-kopierschutz-ein-besuch-bei-gog-com>.

¹³² *Zick*, Origin: Online-Login klappt nicht – daran kann es liegen (2017), abrufbar unter http://praxistipps.chip.de/origin-online-login-klappt-nicht-daran-kann-es-liegen_24118.

¹³³ *Wekenborg*, Steam: Offline Modus aktivieren – Ohne Internet spielen (2014), abrufbar unter <http://www.giga.de/downloads/steam/tipps/steam-offline-modus-ohne-internet-spielen/>.

¹³⁴ *Mendez*, How Steam Employs DRM & What That Means For Your Game (2017), abrufbar unter <https://blackshellmedia.com/2017/06/28/steam-employs-drm-means-game/>.

Schließlich existieren digitale Spiele, die eine permanente Verbindung mit DRM-Servern benötigen, was auch als *always online*¹³⁵ bezeichnet wird. Diese Spiele bauen eine Verbindung mit einem DRM-Server auf, deren Unterbrechung dazu führen kann, dass auch das Spiel unterbrochen wird.¹³⁶ Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Spieler den – an sich keine Internetverbindung erfordernden – Einzelspielermodus spielt oder den Online-Mehrspielermodus. Das *always online*-DRM kann sich auf beide Spielmodi erstrecken.¹³⁷

Die Publisher bzw. Entwickler von Spielen, die ein derartiges *always online*-DRM in ihre Spiele implementieren, hüllen sich hinsichtlich der technologischen Funktionsweise dieser Art von DRM in Schweigen. Denkbar ist jedoch, dass die Spielkopie permanent bestimmte Daten vom DRM-Server heruntergeladen muss¹³⁸ oder in regelmäßigen Abständen die Hardware überprüft wird, auf welcher das Spiel installiert ist¹³⁹.

B. Maßnahmen zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit digitaler Spiele

Die Beendigung des Supports sowohl für die spielbezogenen Online-Komponenten, wie den Online-Mehrspielermodus, als auch für die Online-DRM-Systeme kann zu einem Wegfall der Nutzungsmöglichkeit nur des Online-Mehrspielermodus oder auch der gesamten Spielkopie führen.

Es ist prinzipiell möglich, die aufgrund der Supportbeendigung der Online-Komponenten weggefallene Nutzungsmöglichkeit eigenmächtig und ohne Hilfe des Publishers wiederherzustellen. Zu beachten ist dabei, dass die dafür vorzunehmenden Maßnahmen – je nachdem, welche Art von Online-Komponente betroffen ist – eine andere Zielrichtung haben.

¹³⁵ Vgl. *Electronic Frontier Foundation*, Petition of Electronic Frontier Foundation and Kendra Albert (2014), S. 5, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2014/petitions/Electronic_Frontier_Foundation_and_Kendra_Albert_1201_Initial_Submission_2014.pdf.

¹³⁶ *Apczynski*, Always online gaming: who wins? (2013), abrufbar unter <https://www.zendesk.com/blog/drm-always-online-gaming-much-good-thing/>; *Biermann*, Wer spielen will, muss online sein (2010), abrufbar unter <http://www.zeit.de/digital/games/2010-04/ubisoft-siedler-drm>; *Hartley*, Ubisoft apologises after DRM server fail (2010), abrufbar unter <https://www.techradar.com/news/gaming/ubisoft-apologises-after-drm-server-fail-675623>.

¹³⁷ Vgl. *Apczynski*, Always online gaming: who wins? (2013), abrufbar unter <https://www.zendesk.com/blog/drm-always-online-gaming-much-good-thing/>.

¹³⁸ *Tsai*, Digital Rights Management (DRM) (2015), abrufbar unter [http://pcgamingwiki.com/wiki/Digital_rights_management_\(DRM\)](http://pcgamingwiki.com/wiki/Digital_rights_management_(DRM)).

¹³⁹ *Weiß*, GTA 5 PC: Always On-DRM in der Kritik – "Du kommst hier nicht rein, nur Clubmitglieder!" (2015), abrufbar unter <http://www.pcgames.de/GTA-5-Grand-Theft-Auto-5-Spiel-4795/Specials/Kolumne-zu-GTA-5-fuer-PC-mit-Always-On-DRM-Du-kommst-hier-nicht-rein-nur-Clubmitglieder-1148028/>.

Falls die Nutzungsmöglichkeit des gesamten Spiels aufgrund der Beendigung des Supports der Online-DRM-Systeme weggefallen ist, werden bestimmte Authentifizierungs-Checks innerhalb des Programmcodes eliminiert, um zu verhindern, dass die Spielkopie eine Verbindung mit DRM-Servern aufbaut (dazu I.). In diesem Fall geht es also nicht um die Wiederherstellung der Funktionen der Online-DRM-Systeme, sondern um die Entfernung ihrer „Überbleibsel“, welche die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels beeinträchtigen.

Die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus ist dagegen auf die Rekonstruktion dieser Online-Komponente gerichtet und erfolgt durch die Verbindung der Spielkopie mit einem neuen, nicht vom Publisher betriebenen Server (dazu II.).

I. Eliminierung von Online-DRM-Systemen

Die Beendigung des Supports von Online-DRM-Systemen kann dazu führen, dass das Spiel als Ganzes nicht mehr gespielt werden kann.¹⁴⁰ Das ist dann der Fall, wenn das digitale Spiel so programmiert wurde, dass es sich bei der Installation, bei jedem Start des Spiels oder in regelmäßigen Abständen während des Programmablaufs mit einem entsprechenden Server verbinden muss. Ein Beispiel hierfür stellt das 2009 veröffentlichte Spiel *Order of War: Challenge (Square Enix)* dar, für dessen Online-Komponenten der Publisher die Server Ende des Jahres 2013 abgeschaltet hatte.¹⁴¹ Da das Spiel eine Form von „Always-Online“-DRM-System besaß, konnte es nach der Beendigung des Supports weder im Mehrspieler- noch im Einzelspielermodus gespielt werden.¹⁴² Wengleich derzeit nur wenige Spiele bekannt sind, deren gesamte Nutzungsmöglichkeit infolge der Beendigung des Supports der Online-DRM-Systeme weggefallen ist, erscheint es aufgrund der zunehmenden Implementierung von Online-DRM-Systemen in digitalen Spielen nicht unwahrscheinlich, dass sich die Zahl solcher Spiele in Zukunft vergrößern wird¹⁴³.

Um die Nutzungsmöglichkeit des Spiels wiederherstellen zu können, ist es zunächst theoretisch denkbar, den Authentifizierungsmechanismus nachzubauen, um dem Spiel letztlich vorzutäuschen, dass es nach wie vor mit einem „legitimen“ DRM-Server verbunden ist. Dies haben die beiden IT-Experten *Matthew Halchyshak* und *Joseph Tartaro* bei dem ursprünglich vom Publisher *Sony* vertriebenen digitalen Spiel *Metal Gear*

¹⁴⁰ *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 4, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf; *Register of Copyrights*, Recommendation of the Register of Copyrights (2015), S. 321, abrufbar unter <http://copyright.gov/1201/2015/registers-recommendation.pdf>.

¹⁴¹ Vgl. *Plafke*, Valve pulls a game from Steam library for the first time, even if you bought it (2013), abrufbar unter <http://www.geek.com/games/valve-pulls-game-from-steam-library-for-the-first-time-even-if-you-bought-it-1580981/>.

¹⁴² Ebd.

¹⁴³ So *Jason Scott*, Mitarbeiter des Internet Archive, zitiert in *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 19, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf.

Online versucht, nachdem der Support für dessen Online-Komponenten beendet wurde.¹⁴⁴ Der Nachbau des *Sony*-eigenen *Dynamic Network Authentication*-Netzwerks hatte jedoch aufgrund erheblicher technischer Schwierigkeiten nicht funktioniert.¹⁴⁵

Anstelle dessen hatten *Halchyshak* und *Tartaro* bestimmte Werte innerhalb des Programmcodes der Spielkopie ermittelt und derart verändert, dass die entsprechenden Authentifizierungs-Checks eliminiert bzw. nicht mehr durchgeführt wurden.¹⁴⁶ Dies erforderte ein Umschreiben des Programmcodes, welches grundsätzlich entweder permanent oder auch nur temporär erfolgen kann.¹⁴⁷ Im zweiten Fall wird der Programmcode mithilfe eines sog. „Cheat Device“ verändert, einer Software, die kleine Teile des Programmcodes jedes Mal erneut umschreibt, sobald das Programm in den Arbeitsspeicher des Endgeräts geladen wird.¹⁴⁸

Mit Blick auf digitale Spiele, welche auf einer Spielekonsole gespielt werden, kann über eine Veränderung der Spielkopie hinaus auch eine Modifikation der Spielekonsole selbst erforderlich werden. Diesem Zweck dient der sog. Jailbreak von Spielekonsolen.

Unter diesem Begriff versteht man die Modifizierung der Firmware der Spielekonsole mit dem Ziel, nicht autorisierte Software auf ihr ablaufen zu lassen.¹⁴⁹ Beispielsweise die auf der Nintendo *Wii*-Konsole standardmäßig installierte und verschlüsselte Firmware führt bei jeder eingelegten Spielkopie einen sog. signature check durch.¹⁵⁰ Der signature check verhindert das Abspielen von Spielkopien, die ohne Erlaubnis kopiert oder modifiziert wurden, z. B. um sich – wie hier – mit einem anderen Server zu verbinden.¹⁵¹ Daher ist es erforderlich, den signature check-Mechanismus auszuschalten, was nur im Wege der Modifikation der Firmware der *Wii*-Konsole möglich ist.¹⁵² Denn während handelsübliche PCs grundsätzlich nach Belieben verändert und umprogrammiert werden können, ist eine technische Anpassung von Spielekonsolen regelmäßig nur in sehr begrenztem Maße möglich. Durch Ausnutzung einer Sicherheitslücke der *Wii*-Konsole kann die Verschlüsselung der Firmware umgangen werden, die verhindert, dass unbefugte Modifikationen an dieser vorgenommen werden.¹⁵³

¹⁴⁴ *zi*, Toorcon: San Diego (2014), ab Min. 5:15, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=K4dyyLpMkQk>.

¹⁴⁵ Ebd.

¹⁴⁶ Ebd., ab Min. 5:38.

¹⁴⁷ Vgl. ebd.

¹⁴⁸ Ebd., ab Min. 6:12.

¹⁴⁹ Siehe die Stellungnahme von *Rhoads* im Anhang zu *Entertainment Software Association*, Long Comment Regarding a Proposed Exemption Under 17 U.S.C. 1201 (2015), abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-032715/class%2023/Entertainment_Software_Association_Class23_1201_2014.pdf.

¹⁵⁰ Ebd.

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² Ebd.

¹⁵³ Ebd.

Die gewünschte Veränderung der Firmware kann daraufhin vorgenommen und veränderte Spielkopien auf der *Wii*-Konsole abgespielt werden.

II. Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus

Sehr häufig kann der Online-Mehrspielermodus nach dem Ende des Supports nicht mehr genutzt werden. Dieser Modus ist bei allen 73 *EA*-Spielen, deren Support im Jahr 2014 eingestellt wurde, nicht mehr nutzbar.¹⁵⁴ Zwar sind die Dedicated Game Server verschiedener Spiele auch nach dem Ende des Supports des Online-Mehrspielermodus möglicherweise noch online. Allerdings können diese Server mangels Betriebs der Masterserver nicht mehr im Server Browser des Spiels aufgefunden werden.

Soweit ersichtlich können die Spiele jedoch noch im Einzelspielermodus gespielt werden. Dies ist jedoch dann nicht möglich, wenn das Spiel ausschließlich im Mehrspielermodus gespielt werden kann. Dies war beispielsweise der Fall bei zwei von *Sony* verlegten digitale Spielen, *SOCOM: Confrontation* und *MAG* jeweils für die *PS3*-Konsole, deren Online-Komponenten seit 2014 keinen Support mehr erhalten.¹⁵⁵

In diesem Zusammenhang ist eingangs zu beachten, dass die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus ohne Unterstützung des Publishers in jenen Fällen unmöglich ist, bei denen sich der Großteil der Spielsoftware nicht in der Spielkopie, sondern auf den Servern des Publishers befindet.¹⁵⁶ Dies kann beispielsweise bei MMOG der Fall sein. Sofern man jedoch über die Spielkopie verfügt, kann man die Nutzungsmöglichkeit derselben grundsätzlich eigenhändig wiederherstellen.

Falls das digitale Spiel über einen LAN-Mehrspielermodus verfügt, kann zunächst dieser dazu genutzt werden, den nicht mehr funktionsfähigen Online-Mehrspielermodus zu ersetzen.¹⁵⁷ Dabei wird auf einem Computer ein Programm installiert, welches die Spielinformationen über das Internet versendet, jedoch der Spielkopie gegenüber „vortäuscht“, dass es mit einem anderen Spieler innerhalb eines LAN verbunden ist.¹⁵⁸ Dieser Prozess wird auch Tunneling genannt.¹⁵⁹ Aus dem Internet können in der Regel kostenlos Programme heruntergeladen werden, die diese Funktionalität nicht nur für PC-, sondern auch für Konsolenspiele anbieten.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Siehe die Tabelle im Anhang der Stellungnahme der *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf.

¹⁵⁵ Ebd.

¹⁵⁶ Ebd., S. 2.

¹⁵⁷ *Hoffman*, How to Play Old LAN Games Over the Internet (2013), abrufbar unter <https://www.howtogeek.com/172762/how-to-play-old-lan-games-over-the-internet/>.

¹⁵⁸ Vgl. *Carless*, Gaming Hacks, S. 181.

¹⁵⁹ Ebd.

¹⁶⁰ Ebd., S. 181 f.; *Hoffman*, How to Play Old LAN Games Over the Internet (2013), abrufbar unter <https://www.howtogeek.com/172762/how-to-play-old-lan-games-over-the-internet/>.

Es gibt jedoch auch zahlreiche digitale Spiele, die keinen LAN-Mehrspielermodus haben. Doch auch in einem solchen Fall kann die Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus grundsätzlich in zwei Schritten wiederhergestellt werden.¹⁶¹

Zunächst ist es erforderlich, die Spielkopie mit einem nicht vom Publisher betriebenen Masterserver zu verbinden (1.). Im zweiten Schritt führt man eine Untersuchung der zwischen Spielkopie und Server ablaufenden Kommunikation durch, um das eingesetzte Kommunikationsprotokoll und die zwischen Client und Server ausgetauschten Informationen (Payloads) nachvollziehen zu können (2.).

1. Verbindung der Spielkopie mit einem neuen Masterserver

Da die Publisher-eigenen Server deaktiviert wurden, ist es erforderlich, neue Server einzurichten, welche die Aufgaben der deaktivierten Server übernehmen. Damit zwischen der Spielkopie des Spiels und dem neuen Server allerdings auch eine Client-Server-Kommunikation stattfinden kann, ist es erforderlich, dass das Spiel mit dem neuen Server verbunden wird. Dieser Vorgang wird auch „Traffic Redirection“ genannt.¹⁶² Hierfür gibt es grundsätzlich drei Möglichkeiten.

Zunächst kommt in Betracht, die Domain, über welche der alte Server zu erreichen war, zu erwerben und diese mit dem neuen Server zu verknüpfen, sodass die Spielkopie sich ohne Weiteres mit dem neuen Server verbindet.¹⁶³ Diese Option der „Traffic Redirection“ wird oftmals allerdings nicht möglich sein, da die Domain möglicherweise noch dem Publisher gehört und damit nicht verfügbar ist.¹⁶⁴

Zweitens kann ein sog. custom DNS-Server eingerichtet werden, der die von der Spielkopie angefragte Server-URL mit der IP-Adresse des neuen Servers verknüpft.¹⁶⁵ Die Abkürzung *DNS* steht für *Domain Name System* und bezieht sich auf Komponenten des Internets, sog. DNS-Server, mit deren Hilfe – vergleichbar mit einem Telefonbuch – die zu einer URL gehörende IP-Adresse gefunden werden kann.¹⁶⁶ Es ist für diese Methode nicht erforderlich, dass man die eigentliche IP-Adresse oder URL des ursprünglichen Servers kennt. Es genügt, dass der custom DNS-Server jede denkbare URL mit der IP-Adresse des Ersatz-Servers verknüpft. Eine Veränderung des Programmcodes der Spielkopie ist hiermit nicht verbunden.

¹⁶¹ Dazu *Halchyshak*, *Creating Server Emulators* (2013), abrufbar unter <http://blog.securityinnovation.com/blog/2013/10/creating-server-emulators.html>.

¹⁶² *media.ccc.de*, Joseph Tartaro, Matthew Halchyshak: *Cyber Necromancy* (2014), Minute 3:55, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=fNULvFT08-Q&t>.

¹⁶³ *zi*, Toorcon: *San Diego* (2014), Min. 3:57, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=K4dyLpMkQk>.

¹⁶⁴ Vgl. ebd., Min. 3:59.

¹⁶⁵ *Halchyshak*, *Creating Server Emulators* (2013), abrufbar unter <http://blog.securityinnovation.com/blog/2013/10/creating-server-emulators.html>.

¹⁶⁶ *Tanenbaum/Wetherall*, *Computernetzwerke*, S. 695.

Schließlich ist es möglich, die URL des alten Servers in der Spielkopie mit der URL des neuen Servers zu überschreiben.¹⁶⁷ Permanent kann die URL mithilfe eines Texteditors geändert werden. Es gibt jedoch auch die Möglichkeit, die URL im Wege des sog. run-time memory editing nur vorübergehend zu modifizieren.¹⁶⁸ Nachdem das Spiel in den Arbeitsspeicher geladen worden ist, werden dabei mithilfe von Cheat Devices¹⁶⁹ entsprechende Veränderungen vorgenommen.

2. Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls und der Payloads

Nachdem das Spiel mit einem neuen Server verbunden wurde, ist eine funktionierende Kommunikation zwischen der Spielkopie und dem Server herzustellen. Dafür muss einerseits festgestellt werden, nach welchen Regeln die Spielkopie mit dem Server kommuniziert (das sog. Protokoll) und andererseits, welchen konkreten Inhalt die einzelnen zwischen Spielkopie und Server ausgetauschten Informationen enthalten.

Um die Funktion von Protokollen nachvollziehen zu können, kann man sich die Architektur des Internets als einen Stapel von sieben Ebenen vorstellen, bei dem jede Schicht eine bestimmte Aufgabe für die jeweils höhere Ebene erfüllt.¹⁷⁰ Bei der Kommunikation zwischen zwei Parteien – auch „peers“ genannt – wird auf dem Absendergerät eine Nachricht von der höchsten Ebene (Anwendungsebene) zur untersten, der physikalischen Ebene, durchgereicht und an den Empfänger versandt, wo sie umgekehrt von der physikalischen Ebene bis zur Anwendungsschicht durchgeleitet wird.¹⁷¹ Somit findet, mit Ausnahme der physikalischen Schicht, kein direkter Austausch von Informationen zwischen den gleichen Schichten zweier peers statt.¹⁷² Dennoch ist es erforderlich, dass die gleichen Schichten beider peers demselben Protokoll folgen, damit eine Kommunikation überhaupt stattfinden kann.¹⁷³ Protokolle sind vereinbarte Regeln, welche Format und Bedeutung von Paketen oder Nachrichten festlegen, die zwischen den peers einer Schicht ausgetauscht werden.¹⁷⁴ Viele Protokolle sind standardisiert und ausreichend dokumentiert.¹⁷⁵ Es gibt aber auch proprietäre Pro-

¹⁶⁷ *Halchyshak*, *Creating Server Emulators* (2013), abrufbar unter <http://blog.securityinnovation.com/blog/2013/10/creating-server-emulators.html>.

¹⁶⁸ Ebd.

¹⁶⁹ Zum Begriff siehe oben, S. 24 ff.

¹⁷⁰ Vgl. *Tanenbaum/Wetherall*, *Computernetzwerke*, S. 53, 66 f.

¹⁷¹ Vgl. ebd., S. 55 f.

¹⁷² Ebd., S. 54.

¹⁷³ Vgl. ebd., S. 53.

¹⁷⁴ Vgl. ebd., S. 65.

¹⁷⁵ *Pilny*, GRUR Int. 1990, 431, 435.

tolle, deren Spezifikationen nicht veröffentlicht und der Öffentlichkeit damit unbekannt sind.¹⁷⁶ Auf solche Protokolle kann man stoßen, wenn man die Kommunikation zwischen einer Spielkopie eines digitalen Spiels und einem Server wiederherstellen möchte.¹⁷⁷ Ziel des Reverse Engineerings des Kommunikationsprotokolls ist es letztlich, herauszufinden, welche Antworten der Client vom Game Server in welcher Form erwartet.¹⁷⁸

Abhängig von der Ausgangslage kann sich dieser Prozess unterschiedlich zeitaufwendig gestalten. *Halchyshak*, der ein solches Reverse Engineering eines Kommunikationsprotokolls für das digitale Spiel *Metal Gear Online* durchgeführt hat, betont, dass der Zeitaufwand geringer ist, wenn der ursprüngliche Server noch aktiv ist und man die Kommunikation zwischen diesem und der Spielkopie mithilfe des sog. Packet Capturing beobachten kann.¹⁷⁹ Packets sind kleine Einheiten aus Bytes, in die Nachrichten zum Zwecke ihres Versands über das Internet aufgespalten werden. Mithilfe bestimmter Programme wie *Wireshark*¹⁸⁰ kann man diese Packets abfangen und näher auf ihren Inhalt hin untersuchen. Sofern der ursprüngliche Server noch online ist, kann man dann nachvollziehen, welche Antworten der Client vom Server akzeptiert.¹⁸¹ Unter Umständen werden bereits diese Packets in verschlüsselter Form von der Spielkopie ausgesandt, sodass eine Entschlüsselung der Packets erforderlich werden kann.¹⁸²

Die Komplexität des Reverse Engineerings nimmt jedoch ungemein zu, wenn die ursprüngliche Kommunikation zwischen Client und Server nicht mehr nachvollzogen werden kann, weil der Original-Server nicht mehr online ist.¹⁸³ In einem solchen Fall untersucht man die vom Client ausgesandten Packets nach Gemeinsamkeiten in ihrer Struktur sowie nach eventuell in ihnen vorhandenen Metadaten, um die Spezifikationen des Kommunikationsprotokolls herauszufinden.¹⁸⁴

¹⁷⁶ *Halchyshak*, *Creating Server Emulators* (2013), abrufbar unter <http://blog.securityinnovation.com/blog/2013/10/creating-server-emulators.html>; *Pilny*, GRUR Int. 1990, 431, 435.

¹⁷⁷ Vgl. *Halchyshak*, *Creating Server Emulators* (2013), abrufbar unter <http://blog.securityinnovation.com/blog/2013/10/creating-server-emulators.html>; siehe auch *Schweyer*, *Reverse Engineering*, S. 64; *Pilny*, GRUR Int. 1990, 431, 435.

¹⁷⁸ Vgl. *Halchyshak*, *Creating Server Emulators* (2013), abrufbar unter <http://blog.securityinnovation.com/blog/2013/10/creating-server-emulators.html>.

¹⁷⁹ Vgl. ebd.

¹⁸⁰ Nähere Informationen zu diesem Programm sind abrufbar unter der Internet-Adresse <https://www.wireshark.org/>.

¹⁸¹ *Halchyshak*, *Creating Server Emulators* (2013), abrufbar unter <http://blog.securityinnovation.com/blog/2013/10/creating-server-emulators.html>.

¹⁸² Vgl. ebd.

¹⁸³ Vgl. ebd.

¹⁸⁴ Ebd.

Nachdem die Spezifikationen des Protokolls verstanden wurden, muss man im letzten Schritt den Inhalt der Packets untersuchen, den sog. Payload.¹⁸⁵ Dies kann am Beispiel eines herkömmlichen Briefes verdeutlicht werden. Während das Kommunikationsprotokoll den Briefumschlag mit Adresse und Absenderinformationen darstellt, verkörpert der Payload das im Umschlag enthaltene Schriftstück. Das Reverse Engineering des Payloads erfolgt letztlich nach dem trial and error-Prinzip, indem man serverseitige Testeingaben an den Client sendet und überprüft, wie der Client darauf reagiert.¹⁸⁶

Nachdem schließlich sowohl das Kommunikationsprotokoll als auch die ausgetauschten Payloads verstanden wurden, kann man eine Software für den Server schreiben, und damit den Online-Mehrspielermodus wiederherstellen.

Insgesamt ist zu den soeben erläuterten Schritten festzustellen, dass die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus im Wege des Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls ein sehr zeitaufwendiges Verfahren darstellen kann, das nicht unerhebliche Fachkenntnisse erfordert. So dauerte die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Spiels *Metal Gear Online* insgesamt 10 Monate und es waren mehrere Personen daran beteiligt.¹⁸⁷

III. Initiativen zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit

In der Einleitung sind bereits verschiedene Initiativen und Projekte aufgezählt worden, welche sich der Wiederherstellung der infolge von Supporteinstellungen verlorengegangenen Nutzungsmöglichkeit digitaler Spiele widmen.¹⁸⁸ Die Projekte stellen üblicherweise für interessierte Spieler Informationen und Anleitungen auf ihren Webseiten zur Verfügung, die darlegen, wie man die Nutzungsmöglichkeit der eigenen Spielkopie nach dem Ende des offiziellen Supports wiederherstellt.¹⁸⁹ Darüber hinaus stellen sie Dateien zum Download bereit, wie z. B. Software, welche automatisch die Server-Adresse im Programmcode der Spielkopie verändert.¹⁹⁰ Es werden aber auch angepasste Spielkopien zum Download im Netz angeboten.¹⁹¹

Neben den diversen Fan-Initiativen zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit spezifischer Spieletitel ist außerdem das australische Unternehmen *GameRanger* zu nennen. Vergleichbar mit *GameSpy* ermöglicht *GameRanger* Spielern die Nutzung der

¹⁸⁵ Vgl. ebd.

¹⁸⁶ *media.ccc.de*, Joseph Tartaro, Matthew Halchyshak: Cyber Necromancy (2014), Min. 24:30, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=fNULvT08-Q&t>.

¹⁸⁷ Siehe ebd., Min. 39:04.

¹⁸⁸ Siehe dazu oben, S. 12 f.

¹⁸⁹ Siehe z. B. *SaveMGO*, [PCSX2] MGO1 Tutorial: Getting Started (2016), abrufbar unter <https://savemgo.com/forums/viewtopic.php?f=9&t=13#p13>.

¹⁹⁰ *Wiimmfi-Projekt*, Wiimmfi-Patcher (2014), abrufbar unter <http://wiiki.wii-homebrew.com/Wiimmfi/Patcher>.

¹⁹¹ So z. B. Client Binaries des Spiels *Battlefield 2*, bei denen die Adresse des alten Master-Servers mit der des neuen, inoffiziellen Master-Servers ausgetauscht wurde, vgl. das einschlägige Forum dazu, abrufbar unter: <http://forum.bf1942.sk/viewtopic.php?f=6&t=1813>.

Online-Komponenten diverser Spieletitel.¹⁹² Darüber hinaus ist das Unternehmen auch darum bemüht, die Online-Komponenten supportloser Spiele wieder nutzbar zu machen und kooperiert zu diesem Zweck mit einigen Publishern.¹⁹³

Angesichts des hohen Aufwands und der technischen Komplexität, welche das Reverse Engineering von Kommunikationsprotokoll und Payload kennzeichnen, wird der Wunsch geäußert, dass die Informationen über die Kommunikationsprotokolle und die Payloads in Form von Packet Captures in Bibliotheken gesammelt und verfügbar gemacht werden.¹⁹⁴

Zu den technischen Herausforderungen, die mit der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit verbunden sind, kommen jedoch rechtliche Unsicherheiten. Es besteht vor allem Unklarheit darüber, ob die hierfür notwendigen Maßnahmen rechtlich zulässig sind.¹⁹⁵ Wenngleich noch kein Fall bekannt ist, in dem ein Publisher rechtlich gegen Personen vorgegangen ist, welche die Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele wiederhergestellt haben, ist ungewiss, ob sich dies in Zukunft ändern wird.

Es fällt außerdem auf, dass die dargestellten Initiativen zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele ausschließlich von Spielern zu privaten Zwecken ins Leben gerufen worden sind. Vergleichbare Bestrebungen von Forschern oder Gedächtnisinstitutionen sind bislang nicht bekannt.

C. Arten digitaler Spiele

In dieser Arbeit wird im weiteren Verlauf zwischen drei Arten digitaler Spiele differenziert, welche allesamt Online-Komponenten enthalten können, sich jedoch hinsichtlich der Bedingungen ihres Erwerbs und ihrer Nutzung unterscheiden. Dies sind die drei Gruppen der Inklusivspiele, der Free-to-Play-Spiele sowie der Abospiele.

Die Spielkopie eines Inklusivspiels wird auf unbegrenzte Dauer erworben und setzt als Gegenleistung die einmalige Entrichtung eines Entgelts¹⁹⁶ voraus. Typische Vertreter dieser Art von Spielen sind die gegenwärtig sowohl im Ladengeschäft als auch per Download erhältlichen PC-Spiele. Der Begriff „Inklusivspiel“ verdeutlicht, dass

¹⁹² Vgl. <http://www.gameranger.com/about/>.

¹⁹³ *Wesley*, GameRanger battles to keep multiplayer alive after GameSpy server shutdown (2014), abrufbar unter www.eurogamer.net/articles/2014-05-07-gameranger-battles-to-keep-multiplayer-alive-after-gamespy-server-shutdown.

¹⁹⁴ Vgl. *media.ccc.de*, Joseph Tartaro, Matthew Halchyshak: Cyber Necromancy (2014), ab Min. 47:29, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=fNULvfT08-Q&t>.

¹⁹⁵ Vgl. ebd., ab Min. 49:22.

¹⁹⁶ Entgelte, welche für den Erwerb notwendiger Hardware oder für den Zugang zum Internet entrichtet werden müssen, bleiben hier außer Betracht. Gemeint sind hier ausschließlich solche Entgelte, die als Gegenleistung für die Nutzung des digitalen Spiels oder seiner Online-Komponenten gezahlt werden müssen.

der Erwerber für den Support der Online-Komponenten – außer dem Preis für den Erwerb der Spielkopie – kein gesondertes Entgelt entrichten muss.¹⁹⁷

Im Gegensatz zu den Inklusivspielen kann die Gruppe der clientbasierten Free-to-Play-Spiele – von einigen noch näher darzustellenden Ausnahmen abgesehen – kostenlos erworben und genutzt werden. Free-to-Play-Spiele enthalten zum Teil auch einen Online-Mehrspielermodus.¹⁹⁸ Für den Erwerb sog. virtueller Gegenstände kann die Entrichtung eines Entgelts erforderlich sein. Bei virtuellen Gegenständen handelt es sich um digitale Objekte, die nur innerhalb einer virtuellen Welt – wie z. B. einem digitalen Spiel – erworben, wahrgenommen und verwendet werden können.¹⁹⁹ Vor allem in Free-to-Play-Spielen wird dieses auch als „Mikrotransaktionen“ bezeichnete Geschäftsmodell eingesetzt.²⁰⁰

In die dritte Gruppe fallen digitale Spiele, die hier als Abospiele bezeichnet werden, ohne dass damit bereits eine rechtliche Wertung verbunden wird. Kennzeichen der Abospiele ist es, dass entweder nur der Online-Mehrspielermodus oder das gesamte Spiel nur gegen Zahlung einer wiederkehrenden Gebühr genutzt werden können. Abospiele können unterschieden werden in die Kategorien der Konsolenspiele, der Zeitspiele und der MMOG.

Konsolenspiele sind Spiele, die auf Spielekonsolen, wie beispielsweise der *Xbox One* von *Microsoft* und der *PlayStation* von *Sony Computer Entertainment* gespielt werden können. Das Client-Programm dieser Spiele kann gegen ein einmal zu entrichtendes Entgelt erworben und zeitlich unbegrenzt gespielt werden. Der Support des Online-Mehrspielermodus wird jedoch erst erbracht, nachdem der Erwerber des Spielclients einen zusätzlichen Vertrag abgeschlossen hat (im Folgenden „Abonnementvertrag“), welcher ihn zur Entrichtung einer wiederkehrenden Gebühr verpflichtet.²⁰¹

¹⁹⁷ Vgl. hierzu *Müller*, PC & Konsole im Vergleich: Was ist besser für Gamer? (2017), abrufbar unter <https://www.turn-on.de/play/ratgeber/pc-konsole-im-vergleich-was-ist-besser-fuer-gamer-334473>; *Bodoky*, Gamer-PC oder Konsole? (2016), abrufbar unter <http://www.pctipp.ch/gaming/artikel/gamer-pc-oder-konsole-84984/>; *Spiegel Magazin*, Die Übersicht: 15 Pro- und Kontra-Argumente zum PC-Gaming (2015), abrufbar unter <http://www.spiegel.de/fotostrecke/spielen-am-pc-pro-und-contra-gegen-konsole-fotostrecke-131838-9.html>; *Knight*, PC vs Console: Which should you buy? (2016), abrufbar unter <http://gamewire.org/pc-vs-console/>.

¹⁹⁸ Siehe für eine Auswahl solcher Spiele *Schischka*, Früher teuer, heute gratis – die besten Free-to-Play-Spiele (2018), abrufbar unter <https://www.pcwelt.de/ratgeber/Gratis-Free-to-Play-Spiele-5764517.html>.

¹⁹⁹ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 53; *Lober/Weber*, CR 2006, 837, 838; *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Virtuelle Güter bei Computerspielen (2011), S. 6, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/blob/412052/a2ff34407556f84c8b5a31e90db0df8c/wd-10-085-11-pdf-data.pdf>.

²⁰⁰ *game – Verband der deutschen Games-Branche*, Jahresreport der Computer- und Videospielbranche in Deutschland 2016 (2016), S. 12, abrufbar unter <https://www.game.de/publikationen/jahresreport-der-computer-und-videospielbranche-in-deutschland-2016/>.

²⁰¹ Um Support für Online-Komponenten wie den Online-Mehrspielermodus zu erhalten, ist für Spiele auf der *Xbox One* eine entgeltpflichtige *Xbox Live Gold*-Mitgliedschaft erforderlich

Eine relativ neue Form des Vertriebs digitaler Spiele stellen Spiele dar, die hier unter dem Begriff der Zeitspiele zusammengefasst werden. Der Game-Publisher bietet dabei den Abschluss eines Vertrages an, aufgrund dessen der Spieler Zugang zu einer größeren Anzahl von Spielen erhält, die er sich auf sein Endgerät herunterladen und für die Dauer des Vertrages spielen kann. Ein Beispiel für dieses Geschäftsmodell stellt die Plattform *EA Access* des Publishers *EA* dar.²⁰²

MMOG werden üblicherweise auf dem PC gespielt und stellen Spiele dar, in denen eine große Anzahl von Spielern zur gleichen Zeit an einer virtuellen Spielwelt teilnehmen kann. Das hierfür erforderliche MMOG-Clientprogramm kann dabei entweder für eine begrenzte Dauer gegen Entrichtung eines Entgelts oder kostenlos für unbegrenzte Zeit erworben werden.²⁰³ Zum Teil kann der Erwerber den Online-Mehrspielermodus bei dieser Spielart ohne Entrichtung einer gesonderten Gebühr nutzen. Um jedoch in vollem Umfang an der virtuellen Spielwelt teilnehmen zu können, ist in jedem Fall der Abschluss eines Abonnementvertrages vonnöten.

(<http://www.xbox.com/de-DE/LIVE/games-with-gold>), für Spiele auf der PlayStation eine entgeltspflichtige *Play Station Plus*-Mitgliedschaft (<https://www.playstation.com/de-de/explore/playstation-plus/online-multiplayer/?cid=online-multiplayer-three-column-01-eu-ps4-18sep15>).

²⁰² Nähere Informationen darüber sind abrufbar unter <https://www.ea.com/de-de/ea-access>.

²⁰³ Ein Beispiel hierfür ist das Spiel *World of Warcraft* des Publishers *Activision Blizzard*. Der Nutzer kann kostenlos und auf zeitlich unbegrenzte Dauer die sogenannte *Starter Edition* spielen, mit der er in begrenztem Maße an der virtuellen Spielwelt teilnehmen kann, siehe dazu die Informationsseite des Publishers, abrufbar unter <https://worldofwarcraft.com/de-de/news/10014076/die-starter-edition-von-world-of-warcraft>. Alternativ dazu kann der Nutzer einen Spielclient gegen Entrichtung eines einmaligen Entgelts erwerben, der den vollständigen Funktionsumfang bietet, aber ohne Abschluss des Abonnementvertrages nur 30 Tage lang gespielt werden kann, siehe dazu <https://eu.shop.battle.net/de-de/product/wow-complete-collection>.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Kapitel 2: Rechtspflichten zum Support der Online-Komponenten

In diesem Kapitel wird untersucht, ob es eine Rechtspflicht zum Support der in Kapitel 1 dargestellten Online-Komponenten digitaler Spiele gibt und woraus eine solche Pflicht entsteht. Es wird außerdem geprüft, wie diese Pflicht rechtlich zu typologisieren ist. Die rechtliche Einordnung der Pflicht soll als Ausgangspunkt für die in Kapitel 3 behandelte Frage dienen, ob der Support ohne Weiteres beendet werden darf oder zumindest für eine bestimmte Zeit lang erbracht werden muss.

Kapitel 2 dieser Arbeit gliedert sich in drei Abschnitte. In Abschnitt A. wird untersucht, woraus sich eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten von Inklusivspielen ergibt. Abschnitte B. und C. widmen sich der gleichen Frage, jedoch in Bezug auf Free-to-Play- sowie auf Abospiele.

A. Inklusivspiele

Um ein Inklusivspiel nutzen zu können, schließt der Erwerber verschiedene Verträge mit dem Publisher bzw. Händler ab. Neben dem Vertrag, welcher die Überlassung der Spielkopie zum Gegenstand hat, zählt dazu auch das sog. *End User License Agreement* (im Folgenden: EULA), welches im Wesentlichen den Umfang der erlaubten Nutzung des Spiels durch den Erwerber festlegt. Bei Inklusivspielen findet sich aber üblicherweise in keiner dieser Vereinbarungen eine eindeutige und ausdrückliche Regelung darüber, ob und wer zum Support der in Kapitel 1 dargestellten Online-Komponenten des digitalen Spiels verpflichtet ist. Erst recht sind keine Aussagen darüber ersichtlich, wie lange die Online-Komponenten Support erhalten werden.

Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung über eine Supportpflicht erstaunt, da der Support der Online-Komponenten – wie in der Einleitung und in Kapitel 1 deutlich wurde – von großer Bedeutung für die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels ist. Aus diesem Grund soll im Folgenden untersucht werden, ob bei Inklusivspielen dennoch eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten besteht. Die Untersuchung erfolgt dabei sowohl mit Blick auf den Direkt- (dazu I.) als auch den Händlervertrieb (dazu II.) von Inklusivspielen.

I. Der Direktvertrieb

Der Direktvertrieb von Inklusivspielen erfolgt regelmäßig im Internet über Publisher-eigene Plattformen. Beispiele hierfür sind der Online-Shop *Origin*²⁰⁴ von EA sowie der *UplayStore*²⁰⁵ von Ubisoft. Zum Zweck des Erwerbs der Spielkopie schließt der Erwerber auf diesen Plattformen einen Überlassungsvertrag mit dem Publisher ab.

Fraglich ist, ob Teil dieses Vertrages auch eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels ist.

Die Literatur und Rechtsprechung diskutieren Verträge über die Bereitstellung von spielbezogenen Online-Komponenten ganz überwiegend in Bezug auf Abospiele im hier verstandenen Sinn.²⁰⁶ Dabei wird jedoch nicht der Begriff „Mehrspielermodus“, sondern vielmehr die Bezeichnung „Online-Spiel“²⁰⁷, „virtuelle Welt“²⁰⁸ oder auch „virtuelle Umgebung des Spiels“²⁰⁹ verwendet. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese recht weit gefassten Begriffe auch spielbezogene Online-Komponenten wie den Online-Mehrspielermodus erfassen sollen.

²⁰⁴ Abrufbar unter <http://www.ea.com/de/1/origin>.

²⁰⁵ Abrufbar unter <https://store.ubi.com/de/home>.

²⁰⁶ Vgl. *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 5 ff.; *Vetter*, Virtuelle Welten, S. 7 f.; *Schneider*, Virtuelle Werte, S. 20 ff., 41; *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 1-Abs. 60, Abs. 1 ff.; *Völmann-Stickelbrock*, in FS Eisenhardt, S. 330; *Redeker*, in Hoeren/Sieber/Holzengel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 441; AG Charlottenburg, MMR 2012, 598, 599; AG Karlsruhe, Urt. v. 19.05.2015 – Az. 8 C 377/14 – BeckRS 2015, 09351.

²⁰⁷ *Oehler/von Ribbeck*, in Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 10.

²⁰⁸ *Creutz*, Regeln virtueller Welten, S. 137 f.; *Vetter*, Virtuelle Welten, S. 115 f.; *Preuß*, Virtuelle Güter, S. 127; *Schneider*, Virtuelle Werte, S. 67; *Weber*, in Brandi-Dohrn/Lejeune, Recht 2.0, S. 207; ähnlich *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 1-Abs. 60, Abs. 13; *Krasemann*, MMR 2006, 351, 352; *Klickermann*, MMR 2007, 766, 768; *Striezel*, Virtuelle Gegenstände, S. 199.

²⁰⁹ *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 85.

Die herrschende Meinung ist dabei der Auffassung, dass zwischen dem Erwerber und dem „Spielanbieter“²¹⁰ ein gesonderter Vertrag über die Nutzung der Online-Komponenten des Spiels zustande kommt²¹¹, der zeitlich erst nach dem Überlassungsvertrag abgeschlossen wird²¹². Einer vereinzelt und auch ohne nähere Begründung gebliebenen Minderansicht zufolge liegen dagegen nur dann zwei getrennt zu behandelnde Verträge vor, wenn sich das Spiel auch ohne die Online-Komponenten nutzen lässt.²¹³

Lediglich *Oehler/von Ribbeck* nehmen ausdrücklich auf Inklusivspiele nach hiesigem Verständnis Bezug und sind diesbezüglich der Ansicht, dass ein gesonderter Vertrag abgeschlossen wird, welcher erst eine Pflicht zum Betrieb der notwendigen Server begründet.²¹⁴ Diese Auffassung stößt jedoch auf Bedenken. Würde eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten tatsächlich erst in einer vom Überlassungsvertrag unterschiedlichen Vereinbarung entstehen, liefe der Erwerber Gefahr, diesen Vertrag gar nicht mehr abschließen zu können, weil der Publisher beispielsweise in der Zwischenzeit den Support beendet hat. Darüber hinaus erbringt der Erwerber des Inklusivspiels das Entgelt für die Nutzung des digitalen Spiels bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs des Spielclients. Danach kann der Erwerber das Spiel ohne zeitliche Begrenzung nutzen. Es stellt sich dann aber die Frage, wann ein gesonderter Vertrag über den Support der Online-Komponenten noch zustande kommen soll.

Darüber hinaus sind die beiden Leistungen – die Überlassung der Spielkopie und der Support ihrer Online-Komponenten – in tatsächlicher Hinsicht so eng miteinander verbunden, dass eine Aufspaltung in zwei getrennte Verträge lebensfremd erscheint. Dies gilt sowohl für den Online-Mehrspielermodus als auch und insbesondere für die Online-DRM-Systeme, mit deren Support sich die Literatur bisher nicht auseinandergesetzt hat.

²¹⁰ Ein Gebrauch der Begriffe Publisher oder Entwickler erfolgt – soweit ersichtlich – nicht. Anstelle dessen wird der unscharfe Begriff des „Spielanbieters“ verwendet, wobei unklar bleibt, ob es sich hierbei um eine der soeben genannten Personen handelt.

²¹¹ Vgl. *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 10; *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 85; *Creutz*, Regeln virtueller Welten, S. 137; *Vetter*, Virtuelle Welten, S. 119 f.; *Preuß*, Virtuelle Güter, S. 127; *Schneider*, Virtuelle Werte, S. 67 f.; *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 1-Abs. 60, Abs. 16; *Krasemann*, MMR 2006, 351, 352; *Klickermann*, MMR 2007, 766, 768; *Weber*, in *Brandi-Dohrn/Lejeune*, Recht 2.0, S. 207; *Striezel*, Virtuelle Gegenstände, S. 199; *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 400; *Moser*, Browsergames, S. 70, 74.

²¹² *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Rn. 10 (mit Einrichtung und Freischaltung des Benutzerkontos); *Schneider*, Virtuelle Werte, S. 68 (mit der erstmaligen Verbindung zwischen installierter Software und Server); vgl. auch *Preuß*, Virtuelle Güter, S. 126 f.; *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 1-Abs. 60, Abs. 15.

²¹³ *Redeker*, IT-Recht, Rn. 1165; *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 400; vgl. auch *Lober/Weber*, MMR 2005, 653, 656, die davon ausgehen, dass die Überlassung und die "Nutzung der Online-welt" als "verbundenes Geschäft, als gemischter Vertrag mit zwei Komponenten" zusammenhängen, wobei jedoch unklar ist, auf welche Arten digitaler Spiele sie sich beziehen.

²¹⁴ So *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 10.

Aus diesen Gründen ist zu prüfen, ob eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels bereits im Überlassungsvertrag entsteht.

1. Die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 20. Mai 2019

Am 20. Mai 2019 wurde die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (im Folgenden: „DI-RL“) verabschiedet. Sie trat am 11.06.2019 in Kraft und ist innerhalb von zwei Jahren in nationales Recht umzusetzen.²¹⁵ Die DI-RL hat zum Ziel, bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte innerhalb der EU zu vollharmonisieren.²¹⁶

a) Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen der DI-RL

Die Richtlinie findet in persönlicher Hinsicht zwar nur auf Verträge Anwendung, die zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen werden (Art. 3 Abs. 1).²¹⁷ Darüber hinaus hat sie jedoch einen sehr weiten sachlichen Anwendungsbereich²¹⁸, denn zu den digitalen Inhalten gehören alle „Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden“²¹⁹. Diese denkbar weite Definition erfasst eine Vielzahl von Produkten, wozu unter anderem ausdrücklich auch „digitale Spiele“ zählen.²²⁰ Auch der Begriff der „Bereitstellung“ der digitalen Inhalte ist ausweislich der Erwägungsgründe weit zu verstehen und bewusst technologieoffen gestaltet.²²¹ Er beschränkt sich nicht auf bestimmte Vertriebsformen, sodass es nicht weiter darauf ankommt, ob der digitale Inhalt beispielsweise auf dem Endgerät des Verbrauchers installiert werden muss oder ob auf diesen im Rahmen einer Cloud-Computing-Umgebung zugegriffen werden kann.²²²

Die Richtlinie regelt die Bereitstellung sowohl digitaler Inhalte als auch digitaler Dienstleistungen und behandelt beide Gegenstände gleich.²²³ Dabei ist jedoch eine Dienstleistung nicht schon dann als „digitale Dienstleistung“ i.S.d DI-RL anzusehen, wenn sie nur mithilfe von Digitaltechnik erbracht wird, wie Art. 5 Abs. 3 lit. a) DI-RL

²¹⁵ *Bach*, NJW 2019, 1705, 1705.

²¹⁶ Vgl. Erwägungsgrund 3 sowie Art. 3 der DI-RL, dazu auch *Ehle/Kreß*, CR 2019, 723, 723.

²¹⁷ *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415, 416.

²¹⁸ Vgl. *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 671; *Ehle/Kreß*, CR 2019, 723, 723.

²¹⁹ Art. 2 Nr. 1 DI-RL.

²²⁰ So Erwägungsgrund 19.

²²¹ Vgl. *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 671.

²²² Siehe Erwägungsgrund 19, vgl. auch *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 671; *Metzger*, JZ 2019, 577, 583.

²²³ *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 671.

klarstellt.²²⁴ Kern der digitalen Dienstleistung muss vielmehr die digitale Erstellung, Verarbeitung, Speicherung oder Nutzung von Daten in digitaler Form sein (Art. 2 Nr. 2 DI-RL).

Zu beachten ist, dass die DI-RL nicht alle denkbaren vertragsrechtlichen Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen behandelt. So regelt die Richtlinie ausdrücklich nicht Fragen des Zustandekommens und der Wirksamkeit von Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen.²²⁵ Die Mitgliedsstaaten haben also nach wie vor die Möglichkeit, eigenständig Regelungen in dieser Hinsicht zu treffen.

b) Die Vertragsmäßigkeit digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

Kern der DI-RL sind die Regelungen der Art. 6 bis 9, welche die Vertragsmäßigkeit der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen betreffen.

Art. 5 und 6 statuieren die Pflicht des Unternehmers, dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitzustellen, welche den Anforderungen der Art. 7, 8 und 9 entsprechen. Art. 7 enthält subjektive und Art. 8 objektive Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit. Art. 9 regelt darüber hinaus die Haftung des Unternehmers bei einer unsachgemäßen Integration digitaler Inhalte bzw. Dienstleistungen in die „digitale Umgebung des Verbrauchers“. Er enthält damit ein Äquivalent der sog. „IKEA-Klausel“, welche mit der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie eingeführt wurde.²²⁶ Die Beweislast dafür, dass digitale Inhalte bzw. Dienstleistungen vertragsgemäß bereitgestellt wurden, hat nach Art. 12 der Unternehmer zu tragen.²²⁷

Art. 8 Abs. 1 stellt mit Blick auf die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit maßgeblich auf die Zweckeignung ab und führt zur Bestimmung der einzuhaltenden Leistungsmerkmale mehrere Kriterien ein, wie z.B. die für digitale Inhalte bzw. Dienstleistungen derselben Art übliche und vom Verbraucher zu erwartende „Funktionalität“, „Kompatibilität“ und „Zugänglichkeit“.²²⁸ Ausweislich des Erwägungsgrundes 43 wird dabei der Begriff der „Funktionalität“ maßgeblich von der Verwendungsmöglichkeit des digitalen Inhalts bestimmt. Zur Funktionalität eines digitalen Inhalts kann daher auch der Austausch von Informationen mit anderer Hard- oder Software gehören, wie es z.B. in Client-Server-Umgebungen der Fall ist.

c) Herleitung einer Supportpflicht

Fraglich ist, ob sich mit Blick auf die Online-Komponenten digitaler Spiele eine Supportpflicht aus der neuen DI-RL ergibt. Die Antwort auf diese Frage hängt ent-

²²⁴ *Ehle/Krefß*, CR 2019, 723, 723 f.

²²⁵ Art. 3 Abs. 10; vgl. *Metzger*, JZ 2019, 577, 583; *Staudenmayer*, ZEuP, 2019, 663, 677.

²²⁶ *Metzger*, JZ 2019, 577, 581.

²²⁷ *Metzger*, JZ 2019, 577, 581.

²²⁸ *Spindler/Sein*, MMR 2019, 488, 488.

scheidend davon ab, ob die Online-Komponenten je für sich als *separate* digitale Inhalte bzw. digitale Dienstleistungen einzuordnen sind oder ob sie untrennbare Bestandteile des digitalen Spiels selbst und damit eines *einheitlichen digitalen Inhalts* darstellen.

aa) Vereinheitlichende Betrachtung von Spiel und Online-Komponenten

Im letzteren Fall bestünde stets und ohne weiteres mit der Bereitstellung des digitalen Spiels auch eine Pflicht zum Support (all) seiner Online-Komponenten. Gemäß Art. 5 Abs. 1 müsste der Support dann nämlich zeitgleich mit der Bereitstellung des digitalen Spielclients erbracht werden.

Für die einheitliche Betrachtung spricht zwar, dass es sich bei den Online-Komponenten um Bestandteile des digitalen Spiels handelt, die von wesentlicher Bedeutung für dessen Nutzungsmöglichkeit sind.²²⁹ Sie haben also maßgeblichen Einfluss auf die Funktionalität des digitalen Spiels.

Gegen die vereinheitlichende Betrachtung spricht jedoch das damit einhergehende erhebliche Haftungsrisiko für den Publisher. Würde er den Support nämlich gar nicht oder erst später als die Bereitstellung des Spielclients – etwa nach Zahlung eines zusätzlichen Entgelts – erbringen, liefe der Publisher Gefahr, wegen der Bereitstellung eines nicht vertragsgemäßen digitalen Inhalts zu haften.

Neben diesem erheblichen Haftungsrisiko würde die vereinheitlichende Betrachtung auch dazu führen, dass der in hohem Maße ausdifferenzierte Markt digitaler Spiele und die verschiedenen Geschäftsmodelle, welche sich mittlerweile dort etabliert haben, nicht mehr aufrecht erhalten werden könnten. Zwar können die Publisher noch eine abweichende Vereinbarung über einen einheitlichen Zeitpunkt der Bereitstellung des digitalen Spiels und des Supportbeginns seiner Online-Komponenten mit dem Verbraucher treffen.²³⁰ Allerdings hätte die vereinheitlichende Betrachtung zur Folge, dass es ihnen nicht mehr möglich wäre, *allein* für den Support der Online-Komponenten bestimmter digitaler Spiele einen separaten Bereitstellungszeitpunkt zu vereinbaren, geschweige denn hierfür eine gesonderte Vergütung zu verlangen, wie dies z.B. bei Konsolenspielen der Fall ist.²³¹ Denn wenn das digitale Spiel und dessen Online-Komponenten ein *einheitlicher digitaler Inhalt* sind, müssen sie auch als eine Einheit nach entsprechender Vergütung bereitgestellt werden. Eine Aufspaltung der Bestandteile digitaler Inhalte nimmt die DI-RL nicht vor und erst recht regelt sie für solche Bestandteile keine gesonderte Bereitstellungs- oder Vergütungsmöglichkeit.

Die Zusammenfassung vom digitalen Spiel und seinen Online-Komponenten zu einem digitalen Inhalt bzw. zu einer digitalen Dienstleistung würde damit zu einer nicht interessengemäßen Vereinheitlichung ausdifferenzierter Geschäftsmodelle führen. Die zusammenfassende Betrachtung ist daher abzulehnen.

²²⁹ Siehe dazu oben, S. 2.

²³⁰ „Sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben [...]“, Art. 5 Abs. 1 S. 2.

²³¹ Siehe dazu unten, S. 93 ff.

bb) Getrennte Betrachtung von Spiel und Online-Komponenten

Vielmehr ist der getrennten Betrachtung des digitalen Spiels und des Supports seiner Online-Komponenten der Vorzug zu geben. Sowohl der Online-Mehrspielermodus als auch die Online-DRM-Systeme stellen eigenständige digitale Inhalte bzw. digitale Dienstleistungen i.S.d. Art. 2 der DI-RL dar.

Der Online-Mehrspielermodus ist ein eigenständiger digitaler Inhalt i.S.d. Art. 2 Nr. 1 DI-RL. Hier werden digitale Daten, nämlich eine virtuelle Spielumgebung, vermittelt durch den Einsatz von Master- bzw. Dedicated Game-Servern²³², vom Publisher bereitgestellt.

Der Online-Mehrspielermodus weicht außerdem auch inhaltlich erheblich vom Rest des digitalen Spiels ab. Wie in Kapitel 1 ersichtlich geworden ist, ermöglicht der Online-Mehrspielermodus das Zusammenspiel mehrerer real existierender Personen in einer virtuellen Spielumgebung, wohingegen der Einzelspielermodus des restlichen Spiels nur das Spielen gegen eine künstliche Intelligenz erlaubt.²³³ Damit unterscheidet sich der Online-Mehrspielermodus in bedeutender Weise vom Rest des digitalen Spiels, auch wenn er – wie bei Inklusivspielen üblich – in dieses integriert ist.

Doch auch in wirtschaftlicher Hinsicht hebt sich der Online-Mehrspielermodus vom Rest des digitalen Spiels ab. Dies ergibt sich daraus, dass der Support dieser Online-Komponente bei bestimmten Arten digitaler Spiele, wie z.B. bei Konsolenspielen, nur nach Abschluss eines zusätzlichen, entgeltpflichtigen Vertrages erbracht wird. Somit kommt dem Online-Mehrspielermodus durchaus ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zu, der es verbietet, diese Online-Komponente und das digitale Spiel als *einen einheitlichen* digitalen Inhalt zu betrachten.

Aber auch Online-DRM-Systeme werden vom Anwendungsbereich der DI-RL erfasst. Doch anders als der Online-Mehrspielermodus fallen sie nicht unter Art. 2 Nr. 1, sondern vielmehr unter Art. 2 Nr. 2 lit. a) DI-RL. Es handelt sich bei den Online-DRM-Systemen zwar nicht um Dienstleistungen, welche die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung digitaler Daten ermöglichen. Allerdings kontrollieren und ermöglichen diese Systeme den Zugang zum digitalen Spiel. Sie dienen damit nicht der Verwirklichung des Spielerlebnisses, sondern vielmehr dem Rechtemanagement zugunsten der Publisher.²³⁴ Darüber hinaus können sie aber auch – jedenfalls in Fällen, in denen die Online-DRM-Systeme Account-basiert sind –, verhindern, dass Dritte unbefugt Zugriff auf die vom Spieler erworbenen Spielkopien nehmen, sodass sie somit auch den Interessen der Spieler dienen.

Wenn man die Online-Komponenten bzw. ihren Support als separate, vom digitalen Spiel zu unterscheidende digitale Inhalte bzw. digitale Dienstleistungen ansieht, ergibt sich nicht ohne weiteres eine Supportpflicht ab dem Zeitpunkt der Bereitstellung des digitalen Spiels aus Art. 5 Abs. 1 DI-RL. Vielmehr ist hier zu prüfen, ob überhaupt

²³² Siehe dazu oben, S. 15 ff.

²³³ Siehe dazu oben, S. 15.

²³⁴ Siehe dazu oben, S. 19 ff.

eine Vereinbarung zum Support der konkreten Online-Komponenten zustande gekommen ist. Dabei handelt es sich um eine Frage des Zustandekommens von Verträgen, welche die DI-RL, wie bereits erläutert, ausdrücklich ausklammert. Zwar muss – eine Supportpflicht unterstellt – der Support der Online-Komponenten den Anforderungen der Art. 7-9 der DI-RL entsprechen. Jedoch geht es in diesem Kapitel nicht darum, dass der Support nicht ordnungsgemäß erbracht wird, sondern vielmehr um die Frage, ob eine Supportpflicht überhaupt besteht.

Insgesamt muss daher auch nach dem Inkrafttreten der DI-RL für jede Art digitaler Spiele gesondert geprüft werden, ob eine Supportpflicht hinsichtlich der Online-Komponenten besteht. In Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Regelung hierzu fehlt, kann die Supportpflicht vor dem Hintergrund des höchst ausdifferenzierten Marktes digitaler Spiele nur im Wege der Vertragsauslegung im Einzelfall ermittelt werden, worauf im Folgenden näher eingegangen wird.

2. Ermittlung der Supportpflicht durch Auslegung

Die Auslegung hat das Ziel, den rechtlich relevanten Sinn einer Erklärung festzustellen.²³⁵ §§ 133 und 157 BGB enthalten Vorschriften zur Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen. Wengleich ihrem Wortlaut nach die Regelung des § 133 BGB nur auf Willenserklärungen und die des § 157 BGB nur auf Verträge Anwendung zu finden scheinen, sind sich Literatur und Rechtsprechung darin einig, dass sich beide Vorschriften ergänzen und für alle Arten von Rechtsgeschäften gelten.²³⁶ Der in § 133 BGB niedergelegte Grundsatz, dass man zur Sinnermittlung nicht beim Wortlaut stehen bleiben darf, gilt somit nicht nur für Willenserklärungen, sondern auch für Verträge – und umgekehrt sind nicht nur Verträge, sondern alle Rechtsgeschäfte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte auszulegen.²³⁷

Hinsichtlich der Auslegungsmethode ist zwischen der sog. einfachen bzw. eigentlichen²³⁸ und der dieser nachrangigen²³⁹ ergänzenden Auslegung zu unterscheiden.²⁴⁰ Die einfache Auslegung hat das Ziel, den rechtserheblichen Inhalt einer Erklärung zu ermitteln, während die ergänzende Auslegung Lücken in der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung schließen will.²⁴¹

Regelmäßig enthalten die auf den Abschluss des Überlassungsvertrages des Inklusivspiels gerichteten Willenserklärungen des Publishers keine Aussagen über eine

²³⁵ Vgl. *Bork*, BGB AT, Rn. 502; *Walker*, BGB AT, § 6, Rn. 2; *Leipold*, BGB AT, S. 226; *Palandt/Ellenberger*, § 133 BGB, Rn. 1.

²³⁶ Vgl. statt vieler nur *Bork*, BGB AT, Rn. 499 f.; BGH, NJW-RR 2002, 1096, 1096.

²³⁷ Vgl. *Bork*, BGB AT, Rn. 499 ff.; *Staudinger/Singer*, § 133 BGB, Rn. 3; *MüKo BGB/Busche*, § 133 BGB, Rn. 18.

²³⁸ Vgl. zu den unterschiedlichen Bezeichnungen dieser Auslegung in Literatur und Rechtsprechung *Staudinger/Roth*, § 157 BGB, Rn. 3.

²³⁹ BGH, NJW-RR 2009, 593, 594 f.; *Staudinger/Roth*, § 157 BGB, Rn. 4, 5; *Bork*, BGB AT, Rn. 533; *NK-BGB/Looschelders*, § 157, Rn. 6; *PWW/Brinkmann*, § 157 BGB, Rn. 15.

²⁴⁰ *Bork*, BGB AT, Rn. 511.

²⁴¹ *Palandt/Ellenberger*, § 157 BGB, Rn. 2; *Soergel/Wolf*, § 157 BGB, Rn. 29.

Supportpflicht. Es fehlt in diesen Fällen sowohl an einer eindeutigen als auch an einer mehrdeutigen Willenserklärung des Publishers, welcher der normative Wille entnommen werden kann, eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten zu übernehmen. Aus diesem Grunde führt die einfache Auslegung der Willenserklärung selbst nicht weiter.

Der Erwerber des Inklusivspiels muss aber regelmäßig zum Abschluss des Überlassungsvertrages über das Inklusivspiel besonderen Vertragsbedingungen des Publishers zustimmen, die in der Regel Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB darstellen und sich als Auslegungsgrundlage anbieten.

Der ständigen Rechtsprechung des BGH²⁴² und der herrschenden Literatur²⁴³ zufolge sind AGB nach einem objektiven Maßstab auszulegen. Dies bedeutet, dass die besonderen Umstände des Einzelfalles keine Berücksichtigung finden dürfen.²⁴⁴ Für die Auslegung ist vom Wortlaut der vorformulierten Klauseln auszugehen und auf den Verständnishorizont derjenigen Verkehrskreise abzustellen, die typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligt sind.²⁴⁵

a) Auslegung der AGB des Publishers

Fraglich ist, ob sich den Vertragsbedingungen der Publisher durch Auslegung eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten entnehmen lässt. Dies soll am Beispiel der „Verkaufsbedingungen“²⁴⁶ des Publishers *EA* untersucht werden. Diese regeln unter anderem den

„Kauf von Software-Produkten, digitalen Inhalten, einschließlich zusätzlicher oder besonderer Funktionalitäten, Abonnements von Inhalten, virtueller Währungen und In-Game-Inhalte [...]“.²⁴⁷

Die soeben aufgezählten Gegenstände fasst der Publisher unter dem umfassenden Begriff der „*EA*-Inhalte“ zusammen. Zwar werden Online-Komponenten nicht ausdrücklich aufgeführt. Jedoch lässt der sehr weite Begriff der zusätzlichen oder besonderen „Funktionalitäten“ den Schluss zu, dass darunter auch Online-Komponenten wie Online-DRM-Systeme und der Online-Mehrspielermodus fallen sollen. Jedenfalls lässt aber die allgemeine und vor allem nicht abschließende („einschließlich“) Auflistung verschiedener digitaler Inhalte, die eine sehr große Palette an Produkten, Diensten und Services umfasst, darauf schließen, dass zu den *EA*-Inhalten auch die Online-Komponenten digitaler Spiele gehören sollen.

²⁴² BGH, NJW 2011, 2122, 2123; NJW-RR 2007, 1697, 1700; NJW 2005, 1183, 1184; vgl. NJW 1961, 212, 213; NJW 1953, 21, 21.

²⁴³ MüKo BGB/*Basedow*, § 305c, Rn. 33 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c BGB, Rn. 73 ff.; Erman/*Roloff*, § 305c BGB, Rn. 20; Palandt/*Grüneberg*, § 305c BGB, Rn. 16; Jauernig/*Stadler*, § 305c BGB, Rn. 6; *Bork*, BGB AT, Rn. 1771.

²⁴⁴ BGH, NJW 1989, 3010, 3011; MüKo BGB/*Basedow*, § 305c, Rn. 39.

²⁴⁵ Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Schäfer*, § 305c BGB, Rn. 80.

²⁴⁶ Abrufbar unter <http://tos.ea.com/legalapp/termsofsale/US/de/PC/> (Stand vom 22. Juli 2019).

²⁴⁷ Vgl. die Einleitung der „Verkaufsbedingungen“ von *EA*.

Der zweite Absatz von Ziff. 2 der „Verkaufsbedingungen“ enthält zu den *EA*-Inhalten die folgende Bestimmung:

„Unsere Verpflichtung zur Bereitstellung der gekauften *EA*-Inhalte beginnt mit Abschluss der Bestellung und endet, sobald Sie die *EA*-Inhalte erhalten haben“.

Der Publisher verspricht hier die „Bereitstellung der *EA*-Inhalte“ nach Abschluss des Bestellvorgangs. Auch diese Regelung verdeutlicht, dass der Publisher hier nicht nur die Lieferung einer Spielkopie übernimmt, sondern grundsätzlich auch für den Support ihrer Online-Komponenten eintreten will. Nur so erklärt sich die Verwendung des – weit zu verstehenden – Wortes „Bereitstellung“ anstelle von Begriffen wie „Lieferung“ oder „Übergabe“.

Nur ein solches Verständnis wird letztlich auch den Interessen der durchschnittlichen Erwerber eines Inklusivspiels gerecht. Diese gehen davon aus, dass sie das Spiel nach Erwerb im kompletten Umfang – samt Online-Komponenten – nutzen können. Diese Auslegung steht auch nicht im Widerspruch zum Interesse des Publishers, seine Verpflichtung zum Support von Online-Komponenten zu begrenzen. Er hat es schließlich selbst in der Hand, ob und mit wem er überhaupt einen Überlassungsvertrag abschließt.

b) Ergänzende Auslegung

Es ist möglich, dass nicht immer AGB vorhanden sind, aus welchen sich im Wege einer objektiven Auslegung eine Supportpflicht ergibt. Aus diesem Grunde ist zu untersuchen, ob auch durch eine ergänzende Auslegung des Überlassungsvertrages eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten ermittelt werden kann.

Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur ist anerkannt, dass die ergänzende Vertragsauslegung zur Ermittlung von Pflichten eines Vertrages genutzt werden kann, über welche die Parteien keine Regelung getroffen haben.²⁴⁸ So hat der BGH beispielsweise in einem Fall, in welchem zwei Ärzte ihre Arztpraxen auf Grundlage eines Vertrages getauscht hatten, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine Pflicht für die Vertragsparteien ermittelt, es zu unterlassen, jeweils in ihren alten geografischen Praxisbereich zurückzukehren und dort eine neue Praxis zu eröffnen.²⁴⁹

Die gesetzliche Grundlage der ergänzenden Vertragsauslegung sieht der BGH in §§ 133, 157 BGB²⁵⁰, die Literatur dagegen entweder in §§ 157, 242 BGB²⁵¹ oder allein in § 157 BGB²⁵². Welche dieser Vorschriften als Ausgangspunkt für die ergänzende Vertragsauslegung herangezogen wird, macht jedoch im Ergebnis keinen Unterschied.

²⁴⁸ BGH, NJW 1955, 337, 337; Staudinger/*Olzen*, § 241 BGB, Rn. 166; MüKo BGB/*Bachmann*, § 241 BGB, Rn. 32; Hk-BGB/*Schulze*, § 242 BGB, Rn. 20.

²⁴⁹ BGH, NJW 1955, 337, 337.

²⁵⁰ BGH, NJW 2015, 955, 957; NJW 2013, 678, 679; NJW 2010, 1742, 1742.

²⁵¹ *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 343.

²⁵² *Walker*, BGB AT, § 6, Rn. 19; wohl auch Staudinger/*Roth*, § 157 BGB, Rn. 2; *Finkenauer*, AcP 2013, 619, 619 mwN.

Die ergänzende Vertragsauslegung setzt eine Regelungslücke voraus, die gegeben ist, wenn im Vertrag eine zur Verwirklichung des Regelungsplans des Vertrages erforderliche Bestimmung fehlt.²⁵³ Ohne die Vervollständigung der Lücke darf eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen sein.²⁵⁴ Zur Feststellung der Lücke sind neben den Interessen der Parteien auch Zweck und Ziel des Vertrages zu berücksichtigen.²⁵⁵ Demgegenüber ist das Vorliegen einer Regelungslücke zu verneinen, wenn die Parteien einen Punkt bewusst nicht geregelt haben, weil der Vertrag in dieser Hinsicht abschließend gemeint war.²⁵⁶ Dasselbe gilt auch dann, wenn es sich um einen schlicht unbilligen oder ungünstigen Vertrag handelt.²⁵⁷

Die Parteien des Inklusivspiel-Überlassungsvertrages haben eine Einigung über die dauerhafte Überlassung der Spielkopie des Inklusivspiels gegen die einmalige Entrichtung eines Entgelts getroffen. Sie haben jedoch die Frage offengelassen, ob der Publisher zum Support der Online-Komponenten auch rechtlich verpflichtet sein soll. Durch das Fehlen einer solchen Regelung wird der Regelungsplan des Rechtsgeschäfts – die Überlassung einer in vollem Umfang nutzbaren Spielkopie – gefährdet, da jederzeit der Support beendet und dadurch die Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie ganz oder zum Teil wegfallen könnte.

Über die Frage, warum eine Regelung über den Support der Online-Komponenten im Vertrag nicht erfolgt ist, kann letztlich nur spekuliert werden; jedoch kommt es darauf nicht an.²⁵⁸ Zwar liegt es sicherlich im Interesse des Publishers, dass er nicht zum Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels verpflichtet wird. Allerdings hat sich dieses Interesse in der Regel nicht zu einer diese Pflicht kategorisch ausschließenden „negative[n] Entscheidung“ verdichtet.²⁵⁹ So ergibt sich weder aus vorformulierten Vertragsbedingungen, etwaigen – in der Praxis ohnehin nicht stattfindenden – Vertragsverhandlungen²⁶⁰ noch aus einer anderen Regelung im Vertrag²⁶¹, dass die Parteien darin übereingekommen sind, dass den Publisher keine Supportpflicht bzgl. des Inklusivspiels treffen soll.

²⁵³ BGH, NJW-RR 2007, 687, 690; NJW 2004, 1873, 1873; NJW 2013, 678, 679; vgl. NJW-RR 2005, 205, 206; Palandt/*Ellenberger*, § 157 BGB, Rn. 3; *Finkenauer*, AcP 2013, 619, 619 f.

²⁵⁴ BGH, NJW 2015, 1167, 1168; NJW 2015, 955, 957; NJW 2013, 678, 679; Staudinger/*Roth*, § 157 BGB, Rn. 15.

²⁵⁵ BGH, NJW-RR 2013, 494, 495; vgl. *Soergel/Wolf*, § 157 BGB, Rn. 124.

²⁵⁶ BGH, NJW 1990, 1723, 1724; NJW 1980, 2180, 2181; Staudinger/*Roth*, § 157 BGB, Rn. 17 mwN.

²⁵⁷ Zur Unerheblichkeit der Gründe für das Vorliegen einer Regelungslücke im Vertrag siehe *Flume*, BGB AT, S. 326; Staudinger/*Roth*, § 157 BGB, Rn. 19 mwN.

²⁵⁸ Siehe allgemein zur ergänzenden Vertragsauslegung BGH, NJW 1982, 2184, 2185; NJW 2004, 1590, 1591; BeckOK BGB/*Wendtland*, § 157 BGB, Rn. 36.

²⁵⁹ Vgl. hierzu BGH, NJW 1965, 1960, 1960.

²⁶⁰ Vgl. ebd.

²⁶¹ Vgl. BGH, WM 1965, 1284, 1285.

Zum Ausfüllen der Regelungslücke ist der sog. hypothetische Parteiwille zu ermitteln. Hierfür ist zu fragen, welche Regelung „die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner getroffen hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten“.²⁶² Die Wertungen der Parteien sollen quasi „zu Ende gedacht“²⁶³ werden, weswegen die im Vertrag enthaltenen Grundentscheidungen und Wertungen der Parteien, ihre Interessenslage sowie der Sinn und Zweck des Vertrages eine zentrale Bedeutung für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens haben.²⁶⁴

Die Rechtsprechung und Literatur ziehen zum Füllen der Regelungslücke auch objektive Kriterien wie die Verkehrssitte und Treu und Glauben heran.²⁶⁵ Die Verkehrssitte beschreibt „die im Verkehr tatsächlich herrschende Übung“.²⁶⁶ Einen Aspekt, welchen der BGH und *Medicus* unter dem Rechtsbegriff von Treu und Glauben im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung diskutieren, ist die Unzumutbarkeit des Risikos, welches eine Partei für den Fall zu tragen hätte, dass die im Vertrag vorhandene Lücke nicht durch eine interessengerechte Regelung geschlossen wird.²⁶⁷ Grundsätzlich ist hierzu festzustellen, dass eine unbillige Risikoverteilung allein noch keinen Grund für eine Lückenfüllung darstellt und unter Umständen noch nicht einmal zu einer Regelungslücke im Vertrag führt.²⁶⁸ Anders kann der Fall jedoch liegen, wenn eine Partei in Folge der Regelungslücke mit einem *unzumutbaren* Risiko belastet wird.²⁶⁹

Um die dargestellten Grundsätze zum Ausfüllen der Regelungslücke näher zu konkretisieren, sollen im Folgenden Kriterien zur Feststellung des hypothetischen Parteiwillens des Publishers und des Erwerbers des Inklusivspiels ermittelt werden. Zu diesem Zweck sollen im Folgenden zwei Fallgruppen dargestellt werden, bei denen die Rechtsprechung und die Literatur in der Vergangenheit eine Pflicht zu fortdauernden Erhaltungsmaßnahmen des Veräußerers eines Produktes diskutiert haben. Dies betrifft

²⁶² So im Wortlaut BGH, NJW 1981, 219, 220; NJW 1982, 2184, 2185; NJW 2004, 1590, 1591 f.; NJW 2013, 678, 679; vgl. außerdem NJW 1993, 3193, 3194; NJW 2004, 3413, 3416; *Finkenauer*, AcP 2013, 619, 621 f.; *Staudinger/Roth*, § 157 BGB, Rn. 30 mwN.

²⁶³ BGH, NJW 1993, 3193, 3194; *Finkenauer*, AcP 2013, 619, 623.

²⁶⁴ Vgl. BGH, NJW-RR 2013, 494, 495; NJW 2012, 526, 527; MüKo-BGB/*Busche*, § 157 BGB, Rn. 47; *Bork*, BGB AT, Rn. 537; NK-BGB/*Looschelders*, § 157, Rn. 22.

²⁶⁵ BGH, NJW 1953, 937, 937; NJW 1984, 1177, 1178; *Palandt/Ellenberger*, § 157 BGB, Rn. 7; im Ergebnis auch *Staudinger/Roth*, § 157 BGB, Rn. 31; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 343, welche die Verkehrssitte mit „Üblichkeit“ und Treu und Glauben mit „Billigkeit“ gleichsetzen.

²⁶⁶ *Soergel/Wolf*, § 157 BGB, Rn. 63; vgl. NK-BGB/*Looschelders*, § 157, Rn. 59.

²⁶⁷ Vgl. BGH, JZ 1977, 179, 180; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 343.

²⁶⁸ So *Jauernig/Mansel*, § 157 BGB, Rn. 2; vgl. auch BGH, BB 1984, 694, 695, der jedoch nicht auf die Risikoverteilung, sondern allgemein auf die Unangemessenheit der Folgen eines Vertrages abstellt.

²⁶⁹ Vgl. BGH, JZ 1977, 179, 180, der entschied, dass eine Bindung eines Reisebüros an eine einmal getätigte Zimmerreservierung ohne Rücktrittsrecht als ein unangemessenes Risiko des Reisebüros anzusehen sei, da es häufig zu Stornierungen durch Reisegruppen komme.

einerseits die Pflege von Software (dazu im Folgenden aa)) und andererseits die Lieferung von Ersatzteilen (dazu im Folgenden bb)).

aa) Die Softwarepflege

In der Literatur – und vereinzelt in der Rechtsprechung – wurde in der Vergangenheit die Frage diskutiert, ob der Veräußerer von Software neben der Überlassung des Programms auch zur Durchführung der Pflege der überlassenen Software verpflichtet ist.

Die Softwarepflege kann eine breite Palette ganz unterschiedlicher Leistungen umfassen.²⁷⁰ Ihnen allen ist jedoch gemein, dass sie die Erhaltung der Nutzungsmöglichkeit und die Beseitigung von Funktionsstörungen der Software bezwecken.²⁷¹ Typische Leistungsgegenstände von Softwarepflegeverträgen sind dementsprechend die Behebung von Fehlern im Programm, die Aktualisierung und Weiterentwicklung der Software, aber auch Maßnahmen wie telefonische Hotlines und Schulungen, welche den Anwender des Programms unterstützen sollen.²⁷²

Üblicherweise wird die Softwarepflege bereits im Zusammenhang mit dem Erwerb der zu pflegenden Software vertraglich vereinbart.²⁷³ Die Literatur und vereinzelt auch die Rechtsprechung diskutieren für die Fälle, in denen keine derartige Vereinbarung getroffen wurde, ob und auf welcher Rechtsgrundlage der Veräußerer der Software dennoch die Pflege bzw. den Abschluss eines Pflegevertrages schuldet.

Im Zentrum dieser Diskussion steht die Frage, ob sich eine vertragliche Pflicht zur Pflege bzw. zum Abschluss eines Pflegevertrages aus dem Überlassungsvertrag selbst ergibt. Für eine entsprechende vertragliche Nebenpflicht sprechen sich das LG Köln²⁷⁴ sowie – wenn auch zum Teil zurückhaltend – verschiedene Literaturstimmen²⁷⁵ aus.

(1) Das Urteil des LG Köln vom 16. 10. 1997

In dem vom LG Köln entschiedenen Fall aus dem Jahr 1997 erwarb das klagende Unternehmen von der Beklagten die Rechte zur unbefristeten Nutzung verschiedener

²⁷⁰ Siehe für eine beispielhafte Aufzählung möglicher Leistungen *Wieczorek*, in Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, Abschnitt 1, Teil 3, 32.5, Rn. 19 ff.

²⁷¹ Ebd., Abschnitt 1, Teil 3, Rn. 191; NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 107; *von dem Bussche/Schelinski*, in Leupold/Glossner, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 407.

²⁷² Vgl. dazu *Wieczorek*, in Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, Abschnitt 1, Teil 3, 32.5, Rn. 19 ff.

²⁷³ *Marly*, Softwarerecht, Rn. 1033 f.; so für Individualsoftware, NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 115.

²⁷⁴ LG Köln, NJW-RR 1999, 1285 – *Zeitliche Begrenzung von Software-Wartungsleistungen*.

²⁷⁵ *Zahrnt*, CR 2000, 205, 206; *ders.*, Computervertragsrecht, Kap. 14.2 (1); *Kaufmann*, CR 2005, 841, 845; nur bei Vorliegen besonderer Umstände: *Fritzemeyer/Splittgerber*, CR 2007, 209, 213; *Gabriel/C. Cornels*, ITRB 2008, 277, 279 f.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 675 f.; *Bischof/Witzel*, ITRB 2003, 31, 38; a. A. *Moritz*, CR 1999, 541, 542; *Wieczorek*, in Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, Abschnitt 1, Teil 3, 32.5, Rn. 15; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530; differenzierend NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 120.

Softwarepakete, welche zur Abwicklung der Kundenaufträge des Klägers eingesetzt werden sollten.²⁷⁶ Die Parteien stritten darüber, ob die Beklagte dazu berechtigt war, den zwischen ihr und der Klägerin zusätzlich abgeschlossenen „Wartungsvertrag“²⁷⁷ in Bezug auf die Softwarepakete zu kündigen.

In seiner Entscheidung ging das LG Köln zunächst auf die einem etwaigen Kündigungsrecht vorgelagerte Frage nach dem Bestehen einer Pflegepflicht ein. Es stellte hierzu fest, dass eine selbstständige leistungsbezogene Nebenpflicht zur „Wartung für eine bestimmte Zeit“²⁷⁸ Teil des Überlassungsvertrages sei. Das Gericht begründete dieses Ergebnis mit der Pflicht des Veräußerers zur Sicherung des vertraglichen Leistungserfolges.²⁷⁹ Dieser konnte nur gewährleistet werden, wenn der Hersteller der Software auch zur Wartung derselben verpflichtet war, da etwaige Störungen im Betriebsablauf, die ohne Wartung weder vermieden noch unverzüglich behoben worden wären, zu nicht unerheblichen Nachteilen für den Kläger geführt hätten.²⁸⁰ Zusätzlich vergleicht das Landgericht die Pflege von Software mit dem Vorhalten von Ersatzteilen für Industrieprodukte wie Kraftfahrzeuge. So seien Automobilhersteller verpflichtet, für einen bestimmten Zeitraum solche Ersatzteile vorrätig zu halten.²⁸¹

(2) Ansichten in der Literatur

In der Literatur wird eine generelle Pflicht zur Pflege bzw. zum Abschluss eines Pflegevertrages zum Teil abgelehnt.²⁸² Begründet wird dies damit, dass eine entsprechende Pflicht in unangemessener Weise in die Dispositionsfreiheit des Software-Herstellers eingreifen würde²⁸³ und der Erwerber der Software nicht schutzbedürftig sei, da er schließlich einen Pflegevertrag mit dem Hersteller aushandeln könnte²⁸⁴. Darüber hinaus wird der Vergleich, den das LG Köln zwischen der Bereithaltung von Ersatzteilen für Industrieprodukte und der Pflege von Software gezogen hat, kritisiert. Software verschleißt im Gegensatz zu Hardware nicht²⁸⁵ und die Softwarepflege erschöpfe

²⁷⁶ LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1285.

²⁷⁷ Ebd.

²⁷⁸ Ebd., 1286.

²⁷⁹ Ebd.

²⁸⁰ Ebd.

²⁸¹ Ebd.; siehe auch AG München, NJW 1970, 1852, 1852; Palandt/*Grüneberg*, § 242 BGB, Rn. 29; Palandt/*Weidenkaff*, § 433 BGB, Rn. 29.

²⁸² *Junker*, NJW 2000, 1304, 1309; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530; *Moritz*, CR 1999, 541, 542; *Wieczorek*, in Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, Abschnitt 1, Teil 3, 32.5, Rn. 15; NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 118.

²⁸³ NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 118; vgl. *Junker*, NJW 2000, 1304, 1309.

²⁸⁴ NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 118; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530.

²⁸⁵ *Moritz*, CR 1999, 541, 541f.

sich auch nicht in einer bloßen Bereithaltung von Ersatzteilen, sondern in der Herbeiführung eines Wartungserfolges²⁸⁶.

Neuere Literaturstimmen sprechen sich im Gegensatz dazu dafür aus, dass im Falle des Fehlens einer vertraglichen Regelung eine Pflegepflicht im Einzelfall aufgrund einer entsprechenden Interessenabwägung bejaht werden könne.²⁸⁷ Abzuwägen seien die Interessen des Erwerbers an einer funktionstüchtigen Software mit den Interessen des Softwareherstellers, wobei hierbei vor allem seine personelle und sachliche Ausstattung sowie seine Dispositionsfreiheit von Bedeutung seien.²⁸⁸ Zu berücksichtigen sei dabei, ob und inwiefern andere Marktteilnehmer zur gewünschten Softwarepflege in der Lage sind²⁸⁹ und in welchem Ausmaß die Nutzungsmöglichkeit der Software von der Pflege abhängt²⁹⁰. Eine Pflicht könne auch umso eher angenommen werden, je höher der Erwerbspreis für die Software ausfällt.²⁹¹

Für die zuletzt genannte Ansicht spricht, dass sie aufgrund der anzuwendenden Interessenabwägung eher zu interessengerechten Ergebnissen gelangt als die erste Auffassung, welche eine vertraglich verankerte Pflege-Nebenpflicht kategorisch ausschließt.

Zu den Kriterien, die für die Interessenabwägung von Bedeutung sind, gehören somit die Dispositionsfreiheit der Parteien, der Grad der Abhängigkeit der Nutzungsmöglichkeit der Software von der jeweiligen – nicht geregelten – Leistung, die Höhe des Entgelts, welches der Erwerber als Gegenleistung für den Erwerb der Software erbracht hat, und die Möglichkeit des Erwerbers, die gewünschte Leistung auch von anderen Unternehmen am Markt zu erhalten.

(3) Vergleich mit dem Support von Online-Komponenten

Fraglich ist, ob die Kriterien der Literatur und Rechtsprechung zur Ermittlung einer nicht ausdrücklich geregelten Pflegepflicht auch für die Herleitung einer Pflicht zum Support der Online-Komponenten fruchtbar gemacht werden können. Dies setzt voraus, dass beide Sachverhalte – die Softwarepflege und der Support der Online-Komponenten – hinreichend ähnlich sind.

Auf den ersten Blick scheint es kaum Unterschiede zwischen der Softwarepflege und dem Support der Online-Komponenten zu geben. Beide Maßnahmen haben einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Nutzungsmöglichkeit der Software.

Zwischen der – in durchaus vielfältigen Formen vorkommenden – Softwarepflege und dem Support der Online-Komponenten gibt es jedoch einen entscheidenden Unterschied. Die Softwarepflege dient der Sicherung des Leistungserfolges. Der Support

²⁸⁶ *Junker*, NJW 2000, 1304, 1309.

²⁸⁷ *Gabriel/C. Cornels*, ITRB 2008, 277, 279 f.; *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137, 138; *Fritzemeyer/Splittgerber*, CR 2007, 209, 212 f.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 675 f.

²⁸⁸ *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137, 138.

²⁸⁹ *Ebd.*, Fn. 3; *Kaufmann*, CR 2005, 841, 845; *Fritzemeyer/Splittgerber*, CR 2007, 209, 210.

²⁹⁰ *Fritzemeyer/Splittgerber*, CR 2007, 209, 210.

²⁹¹ *Vgl. Zahmt*, CR 2000, 205, 206; *Kaufmann*, CR 2005, 841, 845.

der Online-Komponenten führt diesen dagegen erst herbei und ist damit Voraussetzung für diesen und dessen Absicherung. Der Support geht hinsichtlich seiner Tragweite und Auswirkungen für die Nutzungsmöglichkeit der Software somit weit über die bloße Pflege derselben hinaus. Während die Software grundsätzlich auch ohne Pflege zumindest für eine gewisse Zeit noch genutzt werden kann, entfällt jegliche oder zumindest die teilweise Nutzungsmöglichkeit derselben in dem Moment, in dem die Client-Server-Kommunikation unterbrochen wird. Die Auswirkungen des Supportendes treten also abrupt und umfassend ein, die des Pflegendes dagegen schleichend.

Es ist daher folgerichtig, dass Literatur und Rechtsprechung eine Pflicht zur Pflege des Software-Herstellers über die Grundsätze des § 242 BGB herleiten und nicht über die ergänzende Vertragsauslegung. Die Herleitung von vertraglichen Nebenpflichten über § 242 BGB betrifft nämlich das *Wie* der Leistungserbringung.²⁹² Leistungsbezogene Nebenpflichten haben den Sinn, die vertraglich geschuldete Hauptleistung abzusichern.²⁹³ Die ergänzende Vertragsauslegung dagegen betrifft das *Ob* der Leistung und damit die Frage, welcher Leistungserfolg überhaupt herbeigeführt werden soll.²⁹⁴

Damit wird deutlich, dass der Support der Online-Komponenten zwar Ähnlichkeiten mit der Softwarepflege aufweist, der Support den Leistungserfolg aber überhaupt erst herbeiführt, während die Pflege selbigen absichert.

Die Unterschiede zwischen Softwarepflege und Support der Online-Komponenten bedeuten jedoch nicht, dass die Kriterien, welche für die Herleitung einer vertraglichen Pflegepflicht herangezogen wurden, nicht auch für die Ermittlung einer Supportpflicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nutzbar gemacht werden können. Denn sowohl die Softwarepflege als auch der Support der Online-Komponenten sind auf die Nutzungsmöglichkeit der Software bezogen. Für eine Übertragbarkeit der Wertungen spricht auch ein Erst-Recht-Schluss. Denn wenn schon – bei einer fehlenden Vereinbarung – die Herleitung einer leistungssichernden (Pflege-)Nebenpflicht in Betracht kommt, muss dies erst recht für eine Pflicht gelten, die den Leistungserfolg überhaupt erst herbeiführt.

bb) Die Lieferung von Ersatzteilen

Eine weitere in der Literatur und vereinzelt auch in der Rechtsprechung diskutierte Frage ist, ob der Verkäufer bzw. Hersteller von Gegenständen dazu verpflichtet ist, dem Käufer Ersatzteile für diese Gegenstände zu liefern.

Die Frage wirft grundsätzlich keine rechtlichen Probleme auf, wenn sich die Vertragsparteien im Kauf- oder in einem separaten Vertrag auf eine solche Pflicht geeinigt haben.²⁹⁵ Sie wird jedoch in solchen Fällen relevant, in denen es an einer solchen Vereinbarung mangelt.

²⁹² Vgl. Erman/*Armbrüster*, § 157 BGB, Rn. 3.

²⁹³ *Medicus/Lorenz*, SchR I AT, Rn. 109.

²⁹⁴ Erman/*Armbrüster*, § 157 BGB, Rn. 3.

²⁹⁵ *Kühne*, BB 1986, 1527, 1527.

Dann könne nach der herrschenden Meinung – jedenfalls bei der Lieferung von langlebigen, teuren Kaufgegenständen, wie z. B. Kraftfahrzeugen – eine Ersatzteillieferungspflicht des Herstellers bzw. Verkäufers in Betracht kommen.²⁹⁶ Hierbei handle es sich entweder um eine nachvertragliche Pflicht aus dem Kaufvertrag²⁹⁷ oder um eine im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden Pflicht²⁹⁸.

Die Ersatzteillieferungspflicht wird im Wesentlichen damit begründet, dass vor allem Erwerber komplexer Kaufsachen, die sich aus mehreren Einzelteilen zusammensetzen, darauf angewiesen seien, vom Verkäufer bzw. Hersteller Ersatzteile zu beziehen, weil sie diese weder selbst herstellen noch anderweitig beschaffen können.²⁹⁹ Dies gelte insbesondere dann, wenn der Hersteller in der Werbung oder anderweitig einen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen hat, dass er Ersatzteile für das Produkt herstellen und liefern wird.³⁰⁰

Die Unterschiede zwischen der Lieferung von Ersatzteilen und dem Support der Online-Komponenten von Inklusivspielen liegen vor allem darin, dass die Ersatzteile nur eventuell und erst nach Verstreichen einiger Zeit benötigt werden, wohingegen der Erwerber des Inklusivspiels ohne Weiteres auf den Support der Online-Komponenten angewiesen ist.

Wie auch beim Erwerb der Ersatzteile gibt es für den Support der Online-Komponenten oftmals nur eine Quelle, welche diese Leistungen erbringen kann. In der Regel ist dies der Publisher oder ein von diesem beauftragtes Drittunternehmen.³⁰¹ Die Abhängigkeit des Erwerbers vom Veräußerer ist damit ein Kriterium, das – wie auch bei der Frage nach einer Software-Pflegepflicht – für die Interessenabwägung im Rahmen der Ermittlung der Supportpflicht fruchtbar gemacht werden kann.

cc) Ausfüllen der Regelungslücke

Unter Anwendung der soeben ermittelten Kriterien soll im Folgenden geprüft werden, ob die im Inklusivspiel-Überlassungsvertrag festgestellte Lücke³⁰² derart geschlossen werden kann, dass den Publisher eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels trifft.

²⁹⁶ AG München, NJW 1970, 1852, 1852; Soergel/Huber, Anh I § 433 BGB, Rn. 26; Palandt/Grüneberg, § 242 BGB, Rn. 29; Ramm, Fortwirkung, S. 66 ff.; Kühne, BB 1986, 1527, 1528; Rodig, BB 1971, 854, 855; Finger, NJW 1970, 2049, 2050 ff.; Greulich, BB 1955, 208, 210; keine generelle Pflicht: Ulrich/Ulrich, BB 1995, 371, 372; Staudinger/Beckmann, § 433 BGB, Rn. 165.

²⁹⁷ Staudinger/Beckmann, § 433 BGB, Rn. 165; Palandt/Weidenkaff, § 433 BGB, Rn. 29 f.; AG München, NJW 1970, 1852, 1852; Finger, NJW 1970, 2049, 2050; Greulich, BB 1955, 208, 209.

²⁹⁸ Vgl. Soergel/Huber, Anh I § 433 BGB, Rn. 26; Rodig, BB 1971, 854, 854; Welters, Obsoleszenz, S. 54 f.

²⁹⁹ Vgl. statt vieler nur Kühne, BB 1986, 1527, 1528; Ramm, Fortwirkung, S. 68 f.

³⁰⁰ Ramm, Fortwirkung, S. 68 f.

³⁰¹ Siehe dazu oben, S. 3.

³⁰² Siehe dazu oben, S. 44 f.

(1) Interessengerechte Auslegung

Ausgangspunkt für das Ausfüllen der Regelungslücke ist der enge funktionelle Zusammenhang zwischen der Spielkopie und den Online-Komponenten, der darin besteht, dass im Falle des Fehlens des Supports das Inklusivspiel ganz oder teilweise nicht mehr genutzt werden kann. Es besteht damit eine sehr hohe Abhängigkeit der Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie von der nicht geregelten Leistung (dem Support der Online-Komponenten). Dieser Aspekt spricht bereits für eine Regelungsbedürftigkeit des Supports der Online-Komponenten.

Hinzu kommt, dass aus Sicht des Erwerbers das von ihm zu entrichtende Entgelt die Gegenleistung sowohl für die Überlassung des Spielclients als auch für den Support der Online-Komponenten darstellt. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass es bei Inklusivspielen üblich ist, das gesamte Spiel, einschließlich des Online-Mehrspielermodus nach Erwerb des Spielclients nutzen zu können. Es ist außerdem keine weitere Gegenleistung des Erwerbers für die Nutzung des Spiels oder für den Support seiner Online-Komponenten erforderlich. Der Erwerber des Inklusivspiels hat daher die berechnete Leistungserwartung, dass ihm das Spiel samt Support der Online-Komponenten nach dem Erwerb zur Verfügung steht. Die Verneinung einer Supportpflicht bei Inklusivspielen stünde im Widerspruch zu dieser Leistungserwartung und gefährdete darüber hinaus das Äquivalenzinteresse des Erwerbers, da er ohne Support nur mit einer weitgehend wert- und funktionslosen Spielkopie zurückbliebe.

Hinzu kommt, dass der Publisher in aller Regel das einzige Unternehmen ist, welches dazu in der Lage ist, den Support der Online-Komponenten zu erbringen. Es ist nicht bekannt, dass Käufer eines Inklusivspiels ohne Einverständnis des Publishers Dritte mit dem Support der Online-Komponenten³⁰³ beauftragen könnten. Der Erwerber des Inklusivspiels ist also in besonderem Maße auf die Support-Leistung des Publishers des Inklusivspiels angewiesen. Die Aufbürdung des Risikos des vollständigen Funktions- und Wertverlustes ist für den Erwerber der Spielkopie somit mangels anderweitiger „Supportalternativen“ unzumutbar.

Gegen eine Supportpflicht könnte zwar sprechen, dass Inklusivspiele grundsätzlich und vor allem im Vergleich mit komplexer Firmen- und Industriesoftware im unteren Preissegment anzusiedeln ist. Die Literatur und Rechtsprechung hat eine Pflegepflicht schließlich eher bei hochpreisiger Software bejaht.³⁰⁴ Es ist aber nicht einzusehen, warum der Support der Online-Komponenten nur bei hochpreisiger Software verpflichtend sein soll. Es würde sich dann nämlich die Frage stellen, wo man die Grenze zwischen „hochpreisiger“ und „günstiger“ Software zieht. Im Vergleich zu komplexer Firmen- und Industriesoftware sind digitale Spiele immer weitaus günstiger. Dies hätte zur Folge, dass eine ganze Kategorie von Produkten per se von der Herleitung einer Supportpflicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ausgeschlossen wäre.

Darüber hinaus spielt die Dispositionsfreiheit für den Erwerber des Inklusivspiels nur eine sehr untergeordnete Rolle. Denn der Erwerber kann faktisch ohnehin keine

³⁰³ Ausgenommen von dieser Aussage sind Dedicated Games-Server, die durchaus von Drittfirmen betrieben werden und mit denen der Käufer eines Inklusivspiels – unabhängig vom Publisher bzw. Entwickler – ein vertragliches Verhältnis eingehen kann.

³⁰⁴ Siehe dazu oben, S. 48 f.

Regelungen mit dem Publisher in Bezug auf den Support der Online-Komponenten aushandeln. Die Vertragsparteien daher darauf zu verweisen, eine ausdrückliche Regelung zum Support der Online-Komponenten selbstständig auszuhandeln und in den Überlassungsvertrag aufzunehmen, wäre realitätsfremd.

Trotz der nicht unwesentlichen Kosten, die mit dem Support der Online-Komponenten für den Publisher verbunden sind³⁰⁵, ist die Aufnahme einer Pflicht zur Etablierung und Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation im Überlassungsvertrag für den Publisher auch nicht unzumutbar. Er hat es schließlich selbst in der Hand, zu bestimmen, wie viele Vervielfältigungsstücke des Spiels in Verkehr gebracht werden bzw. mit wie vielen Erwerbern er einen Überlassungsvertrag abschließt.

Die hohe Abhängigkeit der Nutzungsmöglichkeit des Inklusivspielclients vom nicht geregelten Support der Online-Komponenten, die berechtigte Leistungserwartung des Käufers, die fehlenden „Supportalternativen“ und die praktische Unfähigkeit des Erwerbers, mit dem Publisher den Support vertraglich zu regeln, sprechen für die Herleitung einer Supportpflicht im Überlassungsvertrag.

(2) Entgegenstehende Vereinbarungen

In Rechtsprechung und Literatur findet sich die Einschränkung, dass die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer Abänderung oder Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen dürfe.³⁰⁶ Diese Schranke dient dem Schutz des Parteiwillens und der Privatautonomie der Parteien.³⁰⁷ Das Verbot der Erweiterung des Vertragsgegenstandes meint aber nicht, dass es unzulässig ist, eine neue Regelung oder eine neue Pflicht einer Partei im Wege der ergänzenden Auslegung zu ermitteln. Gemeint ist damit vielmehr, dass die ergänzende Vertragsauslegung nicht die Grenze des Regelungsplans des Vertrages der Parteien überschreiten darf.³⁰⁸ Diese Grenze ist überschritten, wenn die Auslegung zu einem Ergebnis führt, welches im Widerspruch zum Willen der Parteien steht.³⁰⁹ In Bezug auf Inklusivspiele ist es insofern denkbar, dass in den Überlassungsvertrag seitens des Publishers eine Regelung aufgenommen wird, nach der kein vertraglicher Anspruch auf den Support der Online-Komponenten des Spiels begründet werden soll.

Der generelle Ausschluss einer Pflicht zum Support der Online-Komponenten eines Inklusivspiels wird in der Regel aber gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoßen und damit unwirksam sein. Eine derartige Klausel benachteiligt den Erwerber des Inklusivspiels unangemessen, da sie sein Äquivalenzinteresse gefährdet und ihn dem Risiko aussetzt,

³⁰⁵ Siehe dazu oben, S. 18 f.

³⁰⁶ BGH, NJW-RR 2015, 183, 185; NJW 2009, 1482, 1484; NJW 1953, 937, 937; MüKo-BGB/*Busche*, § 157 BGB, Rn. 56; *Staudinger/Roth*, § 157 BGB, Rn. 39; *Palandt/Ellenberger*, § 157 BGB, Rn. 9.

³⁰⁷ *Staudinger/Roth*, § 157 BGB, Rn. 39; vgl. *Soergel/Wolf*, § 157 BGB, Rn. 125 ff.; MüKo-BGB/*Busche*, § 157 BGB, Rn. 55.

³⁰⁸ *Finkenauer*, AcP 2013, 619, 629; *Staudinger/Roth*, § 157 BGB, Rn. 42; *Ehricke*, *RabelsZ* 1996, 661, 688.

³⁰⁹ *Ehricke*, *RabelsZ* 1996, 661, 688; vgl. *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 344.

dass die einmal erworbene Spielkopie in Gänze nicht mehr genutzt werden kann und damit vollständig an Wert verliert. Das Gleiche gilt – jedenfalls für Inklusivspiele – für etwaige Regelungen, nach denen eine Supportpflicht erst in einer später zu treffenden Vereinbarung entstehen soll.

c) Verhältnis der Supportpflicht zu gesonderten Regeln

Es ist bereits angesprochen worden, dass der Erwerber der Spielkopie nicht nur einen Überlassungsvertrag abschließt, sondern auch gesonderten Regeln und Bestimmungen des Publishers zustimmen muss, wie z. B. dem EULA.³¹⁰ Darüber hinaus kann es erforderlich werden, dass der Erwerber einen Spieler-Account einrichtet, mit dem er sich jedes Mal neu einloggen muss, wenn er das Spiel nutzen möchte.

Oftmals kann der Spieler auf das Spiel bzw. bestimmte spielbezogene Online-Komponenten desselben gar nicht erst zugreifen, wenn er einen solchen Account nicht einrichtet bzw. den genannten Regelwerken nicht zustimmt. Andererseits hat der Spieler jedoch schon – wie soeben festgestellt – mit dem Erwerb des Inklusivspiels einen Anspruch auf den Support der Online-Komponenten und damit auf die Nutzung derselben erworben. Damit stellt sich die Frage, wie sich die bereits aus dem Überlassungsvertrag mit dem Direktverkäufer ergebende Supportpflicht zu diesen gesonderten Regelwerken verhält.

Hierfür ist zunächst zu beachten, dass sowohl der Spieler als auch der Publisher ein vitales Interesse daran haben, dass das Spiel von Störungen und Manipulationen, die durch Mitspieler verursacht werden, nicht beeinträchtigt wird. Es muss dem Publisher daher möglich sein, die Spieler an Spielregeln und Nutzungsbeschränkungen zu binden sowie die ordnungsgemäße Verwendung des Spiels samt seinen Online-Komponenten zu kontrollieren. Zu diesem Zweck dienen Vereinbarungen wie das EULA und andere Regelwerke, denen der Spieler unter Umständen zustimmen muss.

Sofern der Spieler diesen Regelwerken bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Überlassungsvertrages zustimmen muss, ergeben sich – sofern die Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB erfüllt sind – in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich keine weiteren Probleme. Denn hier fällt die Entstehung der Supportpflicht mit der Zustimmung zu den genannten Regelwerken zusammen.

Problematisch kann jedoch der Fall sein, in welchem beide Ereignisse auseinanderfallen. Es ist vorstellbar, dass der Publisher die Nutzung bestimmter Online-Komponenten von der Zustimmung zu weiteren Regeln abhängig macht, wobei die Einsichtnahme in diese Regeln und die Zustimmung dazu erst nach der Installation des Spiels ermöglicht wird.

Fraglich ist, ob die Zustimmung zu den gesonderten Regelwerken bzw. die Einrichtung eines Accounts als eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) angesehen werden kann mit der Folge, dass der im Überlassungsvertrag entstandene Anspruch auf den Support der Online-Komponenten erst ab dem Eintritt der Bedingung³¹¹ geltend gemacht werden kann.

³¹⁰ Siehe dazu oben, S. 35.

³¹¹ Vgl. MüKo BGB/Westermann, § 158 BGB, Rn. 40.

Die Pflicht zur Erbringung des Supports des Online-Mehrspielermodus kann durchaus unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung zu gesonderten Regelwerken vereinbart werden. Hierfür spricht einerseits das Interesse sowohl des Publishers als auch des Spielers an einer kontrollierten sowie bestimmten Regeln unterworfenen Nutzung der spielbezogenen Online-Komponenten durch alle Nutzer. Zu beachten ist jedoch, dass der Erwerber des digitalen Spiels auf die Notwendigkeit der Zustimmung zu den gesonderten Regelwerken ausdrücklich hingewiesen werden und er diesem Erfordernis bei Erwerb des Spielclients – und damit beim Erwerb des aufschiebend bedingten Supportanspruchs – zugestimmt haben muss. Dies ergibt sich nunmehr aus Art. 8 Abs. 5 sowie aus Erwägungsgrund 53 der DI-RL. Hiernach kann das Erfordernis der Zustimmung zu gesonderten Regelwerken eine Beschränkung der Nutzung des digitalen Inhalts bedeuten, die nicht mehr vertragsgemäß ist und damit gegen Art. 8 DI-RL verstößt.³¹²

Ganz anders verhält es sich allerdings mit den Online-DRM-Systemen. Hierzu gehören die Software-Aktivierung, die bei jedem Spielstart erforderliche Anmeldung mit einem Spieler-Account und die in regelmäßigen Abständen erfolgende Authentifizierung der Spielkopie im Laufe des Spiels.³¹³ Diese Online-Komponenten begegnen dem Spieler bereits bei der Installation und können darüber hinaus das gesamte Spielerlebnis beeinflussen, unabhängig davon, ob spielbezogene Online-Komponenten genutzt werden oder nicht. Es widerspräche den Interessen des Erwerbers des Inklusivspiels, wenn ein Anspruch auf Support dieser Art der Online-Komponenten aufschiebend bedingt wäre, da er von vornherein vom Support dieser Funktionen abhängig ist. Erfolgt der Support nicht, fällt die Nutzungsmöglichkeit des Spiels weg und der Erwerber gelangt unter Umständen nicht einmal mehr zu dem Punkt im Spiel, wo er gesonderten Regelungen zustimmen kann. Der Anspruch auf den Support der Online-DRM-Systeme ist damit bedingungsfeindlich und entsteht unbedingte.

II. Der Händlervertrieb

Der Vertrieb von Inklusivspielen wird nicht nur von Publishern vorgenommen. Es ist weit verbreitet, dass auch Händler digitale Spiele an Endabnehmer veräußern.³¹⁴ Sie sind sowohl im Internet anzutreffen als auch in Form von spezialisierten Fachgeschäften oder allgemeinen Elektronikmärkten.

Fraglich ist hier, wer gegenüber dem Erwerber zum Support der Online-Komponenten des digitalen Spiels verpflichtet ist.

In eher seltenen Fällen kann der Händler zum Support verpflichtet sein (dazu 1.), häufiger wird jedoch den Publisher die Pflicht zum Support treffen (dazu 2.).

³¹² Vgl. *Ehle/Kreß*, CR 2019, 723, 724.

³¹³ Siehe dazu auch oben, S. 19 ff.

³¹⁴ Vgl. *Moser*, Browsergames, S. 70 f.

1. Supportpflicht des Händlers

Es ist durchaus möglich, dass der Händler, welcher digitale Spiele an Endabnehmer veräußert, zum Support des Online-Mehrspielermodus bzw. der Online-DRM-Systeme dieser Spiele verpflichtet ist.

Da es sich bei den Online-Komponenten digitaler Spiele um separate, vom digitalen Spiel zu trennende digitale Inhalte bzw. digitale Dienstleistungen handelt³¹⁵, ergibt sich eine Pflicht des Händlers zum Support der Online-Komponenten nicht ohne Weiteres aus Art. 5 DI-RL aufgrund der Tatsache, dass dieser das digitale Spiel dem Erwerber überlässt. Eine Pflicht des Händlers zum Support der Online-Komponenten ergibt sich nur dann, wenn die Umstände des Einzelfalles auch für eine solche Verpflichtung sprechen.

Um dies festzustellen, ist die zwischen dem Händler und dem Erwerber abgeschlossene Vereinbarung – wie auch der Vertrag im Direktvertrieb zwischen Publisher und Erwerber – (ergänzend) auszulegen.³¹⁶

Eine Pflicht des Händlers zum Support der Online-Komponenten kommt aber grundsätzlich bereits dann nicht in Betracht, wenn er für den Support rein tatsächlich nicht zuständig ist bzw. zuständig sein kann. Die folgenden Kriterien können herangezogen werden, um eine Zuständigkeit des Händlers für den Support zu bejahen oder zu verneinen.

Für eine Support-Zuständigkeit des Händlers spricht es, wenn er eine spielspezifische Online-Vertriebsplattform betreibt und für die Nutzung der Spiele die Installation gesonderter Software und die Einrichtung eines Spieler-Accounts verlangt.³¹⁷ Ein Beispiel hierfür stellt die Internet-Vertriebsplattform *Steam* dar, auf welcher digitale Spiele zum Download angeboten werden. Wie bereits oben erläutert³¹⁸, übernimmt der Betreiber dieser Plattform zum Teil auch den Support für die Masterserver, die für die Verbindung des Spielclients zu den jeweiligen Dedicated Game-Servern erforderlich sind.

Gegen eine Zuständigkeit des Händlers zum Support der Online-Komponenten kann im Einzelfall angeführt werden, dass der Händler mit dem Erwerber des Spiels nur zum Zeitpunkt des Erwerbs und auch dann nur in anonymisierter Form in Kontakt kommt. Denn in solchen – insbesondere für Ladengeschäfte typischen – Fällen will der Ladenbetreiber lediglich das Spiel veräußern, jedoch nicht darüber hinausgehende Maßnahmen wie den Support der Online-Komponenten übernehmen, wozu er regelmäßig auch kaum in der Lage sein wird.

Diese Aspekte können jedoch allenfalls eine Richtschnur bieten für die Frage, ob im Einzelfall der Händler oder der Publisher des digitalen Spiels den Support der Online-Komponenten übernimmt. Für eine abschließende Beurteilung kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.

³¹⁵ Siehe dazu oben, S. 40 ff.

³¹⁶ Siehe dazu oben, S. 42 ff.

³¹⁷ Vgl. hierzu das *Steam* Subscriber Agreement, abrufbar unter http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/.

³¹⁸ Siehe dazu oben, S. 3.

2. Supportpflicht des Publishers

Die Veräußerung des Spiels wird hier vom Händler vorgenommen, der Support der Online-Komponenten jedoch vom Publisher des Spiels. Zusammen mit dem Erwerber des Spielclients sind in dieser Konstellation also – im Gegensatz zum Direktvertrieb – drei Personen beteiligt. Es stellt sich damit die Frage, ob und woraus der Erwerber der Spielkopie einen Anspruch auf den Support der Online-Komponenten gegen den Publisher erwirbt.

a) Abtretung oder Vertrag zugunsten Dritter

Es ist möglich, dass der Händler vom Publisher einen Anspruch auf den Support der Online-Komponenten erworben hat, den er an den Erwerber des Inklusivspiels gemäß § 398 BGB abtritt.³¹⁹ Als Kausalgeschäft für die Abtretung kommt dabei der zwischen dem Händler und dem Erwerber abgeschlossene Überlassungsvertrag über das Inklusivspiel in Betracht.

Wenngleich in Einzelfällen ein derartiger Erwerb des Anspruchs auf den Support der Online-Komponenten durch den Endabnehmer zumindest im Prinzip möglich ist, dürfte die Annahme einer Abtretung überwiegend zu verneinen sein.

Erstens ist es für den Endabnehmer nicht ersichtlich, ob er tatsächlich vom Händler einen solchen Anspruch im Zusammenhang mit dem Erwerb des Inklusivspiels bekommt. Der Händler trifft hierüber in der Regel keine Aussage und es sind grundsätzlich auch sonst keinerlei Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass eine solche Abtretung tatsächlich stattfindet. Zweitens liefe der Erwerber Gefahr, den Anspruch nicht abgetreten zu bekommen, falls er überhaupt nicht vom Publisher an den Händler abgetreten wurde. Ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen ist grundsätzlich nicht möglich.³²⁰ Drittens ist auch zu bezweifeln, ob sich der Händler bzw. seine Erfüllungsgehilfen bei jedem einzelnen digitalen Spiel darüber im Klaren sind, ob eine Abtretung von Support-Ansprüchen erforderlich ist.

Schließlich ist auch ein Erwerb des Anspruchs auf Support der Online-Komponenten auf Grundlage eines Vertrages zwischen dem Händler und dem Publisher zugunsten des Endabnehmers gemäß § 328 Abs. 1 BGB möglich. Doch auch hier wird der Erwerber in der Regel keine Kenntnis darüber haben, ob zwischen Letzterem und dem Publisher ein solcher Vertrag tatsächlich abgeschlossen wurde. Hinzu kommt, dass bei einem Vertrag zugunsten des Endabnehmers stets die Gefahr besteht, dass dieser seine Drittberechtigung wieder verliert, ohne dafür verantwortlich zu sein. Denn im Falle einer Leistungsstörung aufseiten des Versprechensempfängers – in diesem Fall der Händler – ist es nicht ausgeschlossen, dass der Versprechende – also der Publisher – den das Deckungsverhältnis bildenden Vertrag beendet, bspw. im Wege des Rücktritts.³²¹

³¹⁹ So für einen Anspruch des Standard-Software-Erwerbers gegen den Hersteller auf Mitwirkung an der Software-Aktivierung *Faust*, K&R 2002, 583, 586.

³²⁰ BeckOK BGB/*Rohe*, § 398 BGB, Rn. 30.

³²¹ Vgl. MüKo BGB/*Gottwald*, § 334 BGB, Rn. 5.

Diese Unsicherheiten der Begründung eines Anspruchs durch Abtretung oder Vertrag zugunsten Dritter verdeutlichen das Bedürfnis des Endabnehmers nach einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Publisher des Spiels.

b) Multipolar-mehrseitiger Austauschvertrag

Im Gegensatz zum Direktvertrieb sind beim Händlervertrieb von Inklusivspielen drei Parteien zu berücksichtigen: der Händler, der Publisher und der Erwerber des Inklusivspiels. Würde man die Supportpflicht also als Teil des Überlassungsvertrages ansehen, hätte dies zur Folge, dass ein einziger Vertrag vorliegt, an dem drei Personen beteiligt sind, welche jede für sich unterschiedliche Interessen verfolgt.

Derartige Vereinbarungen werden auch *multipolar-mehrseitige (Austausch-)Verträge* genannt.³²² Sie zeichnen sich im Gegensatz zu den weitaus verbreiteteren zweiseitigen Verträgen dadurch aus, dass an ihnen mindestens drei Personen beteiligt sind und jede dieser Personen eine eigenständige Rechtsposition bzw. ein eigenes „Lager“ einnimmt.³²³ Damit wird auch die Abgrenzung dieser Vereinbarungen zu Gesellschaftsverträgen klar: die Vertragsparteien multipolar-mehrseitiger Verträge erbringen ihre Leistungen nicht zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, sondern tauschen sie untereinander aus – wie auch bei herkömmlichen gegenseitigen Verträgen üblich.³²⁴ Grundsätzlich ist eine solche Multipolarität auch in der hiesigen Parteienkonstellation zu erkennen. Der Händler will dem Erwerber den Spielclient überlassen und im Gegenzug dafür ein Entgelt erhalten. Der Publisher will den Support der Online-Komponenten als Gegenleistung für ein Entgelt erbringen. Der Erwerber wiederum entrichtet das Entgelt für beide Leistungen, also für den Erhalt des Spielclients sowie für den Support der Online-Komponenten. Dennoch ist aus den folgenden Gründen die Zusammenfassung der Überlassungs- und der Supportpflicht zu einem multipolar-mehrseitigen Vertrag abzulehnen.

Mehrseitige Verträge kommen erst zustande, wenn zwischen allen Parteien Willenserklärungen ausgetauscht worden sind, da ansonsten ein Vertragsschluss bereits zu einem Zeitpunkt bejaht werden könnte, an dem mindestens noch einer Partei keine Willenserklärung einer anderen Partei zugegangen ist.³²⁵ Hier fehlt es aber an einem Austausch von Willenserklärungen zwischen dem Händler und dem Publisher. Zwar wird es zwischen diesen Personen vertragliche Beziehungen geben, jedoch sind diese verschieden von dem konkreten Überlassungs- bzw. Supportvertrag mit dem Kunden.

Hinzu kommt, dass mehrseitige Verträge auf längere Zeit abgeschlossen werden und sich eher für die Regelung von Sachverhalten eignen, die vom Vertrauen der beteiligten Parteien zueinander gekennzeichnet sind.³²⁶ Ein solches Vertrauensverhältnis erscheint jedoch zumindest im Hinblick auf die Beziehung zwischen dem Erwerber und

³²² Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 9 f.; vgl. Luber, Austauschvertrag, S. 10; Gernhuber, Hdb. SchR, S. 326.

³²³ Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 9 f.

³²⁴ Larenz, LBS Band 1, AT, S. 209.

³²⁵ Ausführlich dazu Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag, S. 143 f.

³²⁶ Ebd., S. 94.

dem Händler fraglich. Der Händler ist darauf aus, den Vertrag mit seinem Kunden möglichst schnell abzuwickeln und keine längerfristige vertragliche Bindung mit diesem einzugehen. Bei der Veräußerung von Inklusivspielen handelt es sich um Massengeschäfte, bei denen der Händler die Identität des Kunden oft noch nicht einmal kennt und es ihm auf diese Kenntnis auch nicht ankommt.

Mithin liegen zwei getrennte Verträge vor, einerseits ein Überlassungsvertrag zwischen Kunde und Händler, andererseits ein Vertrag zwischen dem Publisher und dem Erwerber, welcher die Pflicht des Publishers zum Support der Online-Komponenten enthält (im Folgenden „Supportvertrag“).

c) Zustandekommen des Supportvertrages

Problematisch ist, dass im Falle des Händlervertriebs der Publisher – jedenfalls persönlich – nicht am Abschluss des Software-Überlassungsvertrages beteiligt ist und sich damit die Frage stellt, ob und auf welche Weise ein Vertrag zwischen dem Publisher und dem Erwerber der Software über den Supportvertrag zustande kommt.

Es ist zum einen denkbar, dass der Händler als Stellvertreter des Publishers fungiert und mit seiner Hilfe der Supportvertrag zustande kommt (dazu aa)). Alternativ ist es möglich, dass der Supportvertrag zwischen dem Publisher und dem Erwerber direkt abgeschlossen wird, ohne dass der Händler dabei als Stellvertreter in Erscheinung tritt (dazu bb)).

aa) Der Händler als Stellvertreter oder Bote

Die Frage, ob bei Verträgen, welche zwischen dem Hersteller einer Software und ihrem Erwerber zustande kommen sollen, der Händler als Stellvertreter tätig wird, kam in der Vergangenheit bei den sog. Shrinkwrap-, Click- bzw. Enter-Vereinbarungen auf. Hierbei handelt es sich um Vereinbarungen, welche die Nutzungsbefugnisse des Software-Erwerbers mit Blick auf die gekaufte Software beschränken sollen.³²⁷

Die Besonderheit dieser Verträge liegt darin, dass sie nach der Intention des Herstellers nach Vornahme bestimmter Handlungen des Erwerbers zustande kommen sollen, wie dem Aufreißen der Softwareverpackung, dem Mausklick auf einem „Akzeptieren“-Button oder dem Betätigen der Enter-Taste.

Diskutiert wird dabei, ob es überhaupt zu dem gewünschten Vertragsschluss kommt³²⁸ und ob die als AGB einzuordnenden Nutzungsbeschränkungen in den Überlassungsvertrag einbezogen werden und Wirkung entfalten³²⁹.

³²⁷ *Schuhmacher*, CR 2000, 641, 641; *Lejeune*, ITRB 2001, 263, 263; ausführlich dazu *Schubert*, Schutzhüllenverträge, S. 15 ff.; *Söder*, Schutzhüllenverträge, S. 37 ff.; *Sicking*, Standardsoftware, S. 78.

³²⁸ *Söder*, Schutzhüllenverträge, S. 88 ff.; *Schubert*, Schutzhüllenverträge, S. 309 ff.; *Sicking*, Standardsoftware, S. 81 ff.; *Marly*, Softwarerecht, Rn. 999 ff.; *Schuhmacher*, CR 2000, 641, 642 f.

³²⁹ *Söder*, Schutzhüllenverträge, S. 127 ff.; *Schuhmacher*, CR 2000, 641, 644 ff.

Mit Blick auf das Zustandekommen des Vertrages lehnt die überwiegende Literatur das Tätigwerden des Händlers als Stellvertreter des Softwareherstellers ab.³³⁰ Begründet wird dies zum einen damit, dass aufgrund des Offenkundigkeitsprinzips die Stellvertretung des Händlers für den Erwerber eindeutig ersichtlich werden müsse – entweder ausdrücklich oder aus den Umständen.³³¹ Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Stellvertretung sei aber als AGB einzuordnen und überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB.³³²

Darüber hinaus sprächen der äußere Anschein sowie die berechtigten Erwartungen des Erwerbers regelmäßig gegen eine Stellvertretung des Händlers.³³³ Der Händler selbst habe außerdem kein Interesse daran, für den Hersteller der Software als Stellvertreter zu fungieren, da er die Verträge mit den Endkunden zügig und ohne Komplikationen abwickeln wolle.³³⁴ Diesem Ziel widerspräche eine Stellvertreterstellung, welche nicht unerhebliche logistische Herausforderungen mit sich bringen würde, da der Händler für jedes einzelne Softwareprodukt mit Vertretungsmacht ausgestattet werden und auf den Abschluss inhaltlich vorgeschriebener Verträge achten müsste.³³⁵ Es bestünde für den Händler außerdem stets das Risiko, dass das Rechtsgeschäft als ein solches des Händlers gilt, wenn die Voraussetzungen des Offenkundigkeitsprinzips nicht eingehalten wurden, wobei dem Händler aufgrund der Regelung des § 164 Abs. 2 BGB auch keine Möglichkeit zur Anfechtung dieses Rechtsgeschäfts zusteht.³³⁶

Dieser Ansicht ist zu folgen. Die Interessen des Händlers und das äußere Erscheinungsbild des Auftretens desselben gegenüber dem Erwerber der Software sprechen gegen eine Einordnung des Händlers als Stellvertreter des Herstellers mit Blick auf den Shrinkwrap-, Click- bzw. Entervertrag.

Diese Wertungen lassen sich auch auf den Supportvertrag übertragen. Auch beim Supportvertrag fehlt es sowohl an ausdrücklichen Erklärungen als auch an Umständen, aus denen sich ergeben könnte, dass der Händler als Stellvertreter beim Abschluss dieser Vereinbarung fungiert. Es bestünde ebenfalls das Risiko, dass der Händler bei mangelnder Offenkundigkeit Gefahr laufen würde, den Supportvertrag als ein Eigengeschäft abzuschließen, woran der Händler kein Interesse haben wird, da er zum Support – wie bereits ausgeführt – regelmäßig nicht in der Lage ist.

Zwar ist es denkbar, dass der Händler als Bote des Herstellers bzw. des Erwerbers der Software auftritt, jedoch sprechen auch hier logistische Herausforderungen gegen

³³⁰ *Söder*, Schutzhüllenverträge, S. 90; *Loewenheim*, in FS Kitagawa, S. 953; *Schuhmacher*, CR 2000, 641, 642; *Runte*, CR 2001, 657, 660; *Baus*, Verwendungsbeschränkungen, S. 46; *Stickinger*, Standardsoftware, S. 79 f.; a. A. *Marly*, Softwarerecht, Rn. 1010, der nunmehr vom Vorliegen einer Anscheinsvollmacht des Händlers ausgeht.

³³¹ *Söder*, Schutzhüllenverträge, S. 90; vgl. *Baus*, Verwendungsbeschränkungen, S. 46.

³³² *Baus*, Verwendungsbeschränkungen, S. 46.

³³³ *Söder*, Schutzhüllenverträge, S. 90.

³³⁴ Ebd.

³³⁵ Vgl. ebd.

³³⁶ *Baus*, Verwendungsbeschränkungen, S. 46.

eine solche Konstruktion, da der Händler jedes Mal die Willenserklärung des Erwerbers an den entsprechenden Hersteller übermitteln müsste.³³⁷

Daher scheidet im Regelfall eine Stellvertretung oder Botenschaft des Händlers aus.

bb) Unmittelbarer Vertragsschluss zwischen Publisher und Erwerber

Damit bleibt zu untersuchen, ob ein Supportvertrag unmittelbar zwischen dem Publisher und dem Erwerber des Inklusivspiels über den Support der Online-Komponenten zustande kommt. Hierfür ist erforderlich, dass der Publisher zusammen mit dem Inverkehrbringen der Spielkopie auch ein Angebot *ad incertam personam* auf Abschluss eines Supportvertrages entäußert. Ob ein solches Angebot vorliegt, wird durch Auslegung ermittelt. Denn nicht nur der Inhalt einer Willenserklärung, sondern auch die Tatsache, ob überhaupt eine Willenserklärung entäußert wurde, wird im Wege der Auslegung bestimmt³³⁸, wobei eine Trennung zwischen der Auslegung einer Willenserklärung und der Feststellung ihrer Existenz nicht immer trennscharf möglich ist³³⁹.

Es kommt für das Vorliegen einer Willenserklärung darauf an, ob der Leistende mit Rechtsbindungswillen gehandelt hat, auf den der Leistungsempfänger „aus dem Handeln des Leistenden unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“³⁴⁰ schließen musste.³⁴¹

Der Nutzer des Inklusivspiels geht davon aus, dass er ebendieses nach dem Erwerb in vollem Umfang verwenden kann. Er weiß auch, dass er das Spiel und seine Online-Komponenten nur mithilfe der Support-Leistungen des Publishers verwenden kann, er aber mit diesem direkt allenfalls nach dem Erwerb und der Installation des Spiels in Kontakt tritt. Da aber – wie bereits oben erläutert³⁴² – ein zeitlich nachgelagerter Abschluss des Supportvertrages die berechtigten Interessen des Erwerbers und den Zweck des Erwerbs des Inklusivspiels gefährden würde, kann der Erwerber das Inverkehrbringen der Spielkopie des Inklusivspiels so verstehen, dass dieses bereits das konkludente Angebot des Publishers auf Abschluss des Supportvertrages enthält. Damit liegt ein Angebot des Publishers auf Abschluss eines Supportvertrages vor.

Ein solches Angebot bedarf dann der Annahme des Erwerbers der Software. Die Annahme erfordert ein nach außen hin erkennbares Verhalten, welches eindeutig auf den Annahmewillen schließen lässt.³⁴³ Ein solches Verhalten kann in dem Erwerb der

³³⁷ Im Ergebnis ebenfalls gegen eine Botenstellung des Händlers *Runte*, CR 2001, 657, 660; a. A. *Sickingler*, Standardsoftware, S. 80.

³³⁸ *Jauernig/Mansel*, § 133 BGB, Rn. 1; *Hk-BGB/Dörner*, § 133 BGB, Rn. 2; *MüKo BGB/Busche*, § 133 BGB, Rn. 51.

³³⁹ *Erman/Arnold*, § 133 BGB, Rn. 11.

³⁴⁰ So zur Unterscheidung zwischen Gefälligkeiten mit und ohne rechtsgeschäftlichen Charakter der BGH, NJW 1956, 1313, 1313.

³⁴¹ Vgl. *Hk-BGB/Dörner*, § 133 BGB, Rn. 2.

³⁴² Siehe oben S. 52 f.

³⁴³ *Palandt/Ellenberger*, § 151 BGB, Rn. 2; *BeckOK BGB/Eckert*, § 151 BGB, Rn. 3.

Spielkopie des Inklusivspiels erblickt werden. In dem Moment, in welchem der Erwerber das Spiel auf das Kassenband legt oder im Internet auf den Bestellen-Button klickt, gibt er unzweideutig zu erkennen, dass er das Inklusivspiel erwerben und alle seine Funktionen nutzen möchte. Er will damit auch alle rechtsgeschäftlichen Handlungen vornehmen, die erforderlich sind, um dieses Ziel zu erreichen.

Daher gibt er auch eine Annahmeerklärung ab, die sich auf den Abschluss des Supportvertrages bezieht. Dies stellt einen entscheidenden Unterschied zu den Shrinkwrap-, Click- bzw. Enter-Vereinbarungen dar, bei denen gerade eine vom Rechtsbindungswillen getragene Annahmehandlung zweifelhaft erscheint.³⁴⁴

Damit die Annahme wirksam wird, muss sie dem Publisher grundsätzlich auch zugehen, es sei denn, der Zugang ist gem. § 151 Satz 1 BGB kraft eines Verzichts des Anbietenden oder aufgrund der Verkehrssitte entbehrlich. Eine solche Verkehrssitte existiert bei rechtlich lediglich vorteilhaften Geschäften.³⁴⁵ Auf den ersten Blick könnte der Supportvertrag ohne weiteres als ein rechtlich lediglich vorteilhaftes Geschäft angesehen werden, da der Spieler für den Support kein gesondertes Entgelt erbringt. Es ist jedoch oben bereits erläutert worden, dass sich das für den Erwerb des Inklusivspiels zu entrichtende Entgelt aus Sicht des Spielers als Vergütung sowohl für die Überlassung des Spielclients als auch für den Support der Online-Komponenten darstellt.³⁴⁶ Diese Vergütung entrichtet der Erwerber an den Händler, welcher mit Blick auf die Support-Vergütung gemäß § 362 Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 Abs. 1 BGB empfangsermächtigt ist.

Abgesehen von der Pflicht zur Vergütung treffen den Erwerber darüber hinaus allerdings keine weiteren Verpflichtungen in Bezug auf den Support der Online-Komponenten. Der Supportvertrag ist damit mit einem rechtlich lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäft vergleichbar, sodass der Zugang der Annahme kraft Verkehrssitte entbehrlich ist.

d) Zusammenfassung

Für den Fall, dass der Veräußerer des Inklusivspiels nicht identisch ist mit dem Publisher, welcher den Support der Online-Komponenten erbringt, kommt zwischen dem Erwerber und dem Publisher zum Zeitpunkt des Erwerbs des Inklusivspiels ein separater Supportvertrag zustande, welcher die Pflicht des Publishers zum Support der Online-Komponenten enthält.

³⁴⁴ Vgl. dazu *Loewenheim*, in FS Kitagawa, S. 954; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 579; *Bischof/Witzel*, in *Redeker*, Handbuch der IT-Verträge, Teil 2.3, Rn. 76; *Schubert*, Schutzhüllenverträge, S. 310; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rn. 414; *Wiesemann/Kast*, in *Auer-Reinsdorf/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 24, Rn. 134; *von dem Bussche/Schelinski*, in *Leupold/Glossner*, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 152; *Jobke*, Produktaktivierung, S. 112.

³⁴⁵ BGH, NJW 2000, 276, 277; NJW 2004, 287, 288; Palandt/*Ellenberger*, § 151 BGB, Rn. 4; MüKo BGB/*Busche*, § 151 BGB, Rn. 5.

³⁴⁶ Siehe dazu oben, S. 52.

III. Typologisierung der Supportpflicht

Es konnte durch Auslegung ermittelt werden, dass im Falle des Direktvertriebs die Supportpflicht bereits Teil des Überlassungsvertrages des Inklusivspiels ist, wohingegen beim Händlervertrieb zwischen dem Verbraucher und dem Publisher ein vom Überlassungsvertrag zu unterscheidender Supportvertrag zustande kommt.

Damit ist als Nächstes die Frage zu klären, wie die Supportpflicht vertragsrechtlich zu typologisieren ist.

Die DI-RL legt nicht die Rechtsnatur der Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte bzw. digitaler Dienstleistungen fest.³⁴⁷ Damit bleibt es nach wie vor Aufgabe der Mitgliedsstaaten, festzulegen, wie der Support von Online-Komponenten digitaler Spiele vertragsrechtlich zu typologisieren ist.

Es ist bereits dargestellt worden, dass sowohl die Literatur als auch die Rechtsprechung mit Blick auf Abo- und Inklusivspiele davon ausgeht, dass ein separater Vertrag zwischen dem Erwerber und dem „Anbieter“ des Spiels über den Zugang zur „virtuellen Welt“ zustandekommt.³⁴⁸

Es besteht sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung weitgehend Einigkeit darüber, dass sich aus diesem Vertrag die Pflicht des Spielanbieters ergebe, die Nutzung der virtuellen Spielwelt für den Spieler zu ermöglichen und sie zu erhalten.³⁴⁹ Geschuldet sei somit „die Bereitstellung einer für den Teilnehmer online erreichbaren, funktionierenden virtuellen Spielumgebung“³⁵⁰.

Zumeist konkretisieren Literatur und Rechtsprechung die zum Zwecke der Bereitstellung der virtuellen Spielwelt zu erbringenden Handlungen. So müsse der Vertragspartner des Spielers den Spielverlauf und die Nutzerprofile abspeichern³⁵¹ sowie die erforderlichen Server bereitstellen, warten und den Zugang zu diesen eröffnen³⁵².

Der Etablierung und Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation kommt für das Funktionieren der Online-Komponenten nach Ansicht der Literatur und Rechtsprechung damit aber allenfalls nur eine gleichrangige Rolle im Vergleich zu anderen

³⁴⁷ Erwägungsgrund 12 der DI-RL; vgl. *Ehle/Kreß*, CR 2019, 723, 724; *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415, 415.

³⁴⁸ Siehe dazu oben, S. 36 ff.

³⁴⁹ *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 11; vgl. *Pszczolla*, Onlinespielrecht, S. 89; *Lober/Weber*, MMR 2005, 653, 656; *Creutz*, Regeln virtueller Welten, S. 138; *Völmann-Stickelbrock*, in *FS Eisenhardt*, S. 331; *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 432, 433; *Krasemann*, MMR 2006, 351, 352; *Weber*, in *Brandi-Dohrn/Lejeune*, Recht 2.0, S. 207; AG Charlottenburg, MMR 2012, 598, 599; AG Karlsruhe, Urt. v. 19.05.2015 – Az. 8 C 377/14 – BeckRS 2015, 09351.

³⁵⁰ *Pszczolla*, Onlinespielrecht, S. 89; vgl. auch *Vetter*, Virtuelle Welten, S. 119.

³⁵¹ Vgl. *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 11; *Vetter*, Virtuelle Welten, S. 119, 131; *Pszczolla*, Onlinespielrecht, S. 88; *Schrader*, in *Leible/Sosnitzka*, Onlinerecht 2.0: Alte Fragen – neue Antworten?, S. 107.

³⁵² Vgl. *Pszczolla*, Onlinespielrecht, S. 88; *Vetter*, Virtuelle Welten, S. 119; *Völmann-Stickelbrock*, in *FS Eisenhardt*, 331; *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 432, 433; *Krasemann*, MMR 2006, 351, 352; siehe hierzu auch AG Charlottenburg, MMR 2012, 598, 599; *Schneider*, Virtuelle Werte, S. 83.

Prozessen wie der servergestützten Abspeicherung von Spielständen oder Nutzerprofilen zu.

Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend, da sämtliche serverbasierten Prozesse – und damit auch die Bereitstellung der „virtuellen Welt“ – nur Erfolg haben können, wenn die Client-Server-Kommunikation etabliert und aufrechterhalten wird. Sie ist damit Voraussetzung für das Funktionieren aller Online-Komponenten, und ihre Unterbrechung führt dazu, dass – wie oben erläutert³⁵³ – nicht nur die Nutzungsmöglichkeit der Online-Spielwelt, sondern die des gesamten Spielclients wegfallen kann.

Gegenstand der folgenden Typologisierung ist damit der Support der Online-Komponenten, also konkret die Etablierung und Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation.

1. Kaufvertragliche Pflicht

Die rechtliche Einordnung eines schuldrechtlichen Vertrages orientiert sich an der Vereinbarung der Parteien und an dem in ihr zutage tretenden Parteiwillen.³⁵⁴ Die hieraus ermittelten Rechte und Pflichten der Vertragspartner sind sodann – unter Berücksichtigung ihrer Interessenlage und der von ihnen verfolgten wirtschaftlichen Ziele – einem Vergleich mit den Merkmalen eines gesetzlich geregelten Vertragstypus zu unterziehen.³⁵⁵

Die Zuordnung einer Vereinbarung zu einem gesetzlich geregelten Vertragstyp setzt dabei nicht voraus, dass eine exakte Übereinstimmung des Vertrages mit dem geregelten Typus in allen Punkten vorliegt.³⁵⁶ Es genügt, wenn die Vereinbarung dem Leitbild der jeweiligen Vertragsart hinreichend ähnlich ist.³⁵⁷

Die Besonderheit von Inklusivspielen liegt darin, dass der Erwerber die Spielkopie als Gegenleistung für die einmalige Zahlung eines Entgelts erwirbt und daraufhin das Spiel verwenden darf, ohne ein weiteres Mal hierfür Geld entrichten zu müssen.³⁵⁸ Die Überlassung der Spielkopie erinnert daher an ein Austauschgeschäft wie den Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 BGB. Der Support dagegen stellt eine Leistung dar, welche sich nicht in einem einmaligen Erwerbsvorgang erschöpft, sondern fortlaufend zu erbringen ist, jedoch – wie bereits oben festgestellt – in einem engen funktionellen Zusammenhang mit der Spielkopie steht.³⁵⁹

Es ist daher denkbar, dass die Pflicht zum Support der Online-Komponenten von der kaufvertraglichen Pflicht zur sach- und rechtmangelfreien Überlassung der Kaufsache gem. § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB mit umfasst ist. Hierfür ist freilich Voraussetzung,

³⁵³ Siehe dazu die Einleitung.

³⁵⁴ Vgl. *Martinek*, Vertragstypen I, S. 21; *Stoffels*, Schuldverträge, S. 173.

³⁵⁵ Vgl. *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 183; *Martinek*, Vertragstypen I, S. 21.

³⁵⁶ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 183.

³⁵⁷ *Lutz*, Softwarelizenzen, S. 29 f.

³⁵⁸ Siehe dazu die Einleitung.

³⁵⁹ Siehe dazu oben, S. 52.

dass bereits auf die Verpflichtung zur Überlassung des Inklusivspiels die kaufvertraglichen Vorschriften Anwendung finden.

a) Die Verpflichtung zur Überlassung des Inklusivspiels

In seiner *Compiler/Interpreter*-Entscheidung von 1987 befasste sich der BGH erstmals mit der Frage, ob die kaufrechtlichen Sachmangel-Vorschriften der §§ 459 ff. BGB a. F. auf eine Vereinbarung anzuwenden sind, welche die dauerhafte Überlassung von Software zum Gegenstand hat.³⁶⁰

Ohne den Softwareüberlassungsvertrag eindeutig als Kaufvertrag einzuordnen, wandte der BGH im Fall die Sachmangelvorschriften „zumindest“ entsprechend an und meinte, dass die Einordnung als Kaufvertrag bei einer *dauerhaften* Überlassung von Software *zur freien Verfügung* gegen ein *einmaliges Entgelt* naheliege.³⁶¹

In zwei späteren Urteilen, der *EDV-Standardprogramm*-³⁶² und der *Lohnprogramm*-Entscheidung³⁶³, ordnete das Gericht einen Vertrag über die *dauerhafte* Softwareüberlassung gegen ein *einmaliges Entgelt* ausdrücklich als Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 BGB ein.

Der bisherigen Rechtsprechung des BGH lässt sich entnehmen, dass bei der dauerhaften Softwareüberlassung gegen ein einmaliges Entgelt die Einordnung des Überlassungsvertrages als Kaufvertrag naheliegt. Vor allem digitale Spiele werden heutzutage aber nur noch selten auf einem Datenträger überlassen, sondern immer häufiger im Wege des Downloads erworben, was die Frage aufwirft, ob dann immer noch der Verkauf einer „Sache“ i. S. d. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt.

Mit der Einführung des § 453 Abs. 1 BGB im Zuge der Schuldrechtsreform, welcher die Anwendung der Vorschriften über den Kauf von Sachen auch auf den Kauf von Rechten sowie sonstigen Gegenständen erstreckt, hat die Einordnung von Software als Sache für das Kaufrecht allerdings kaum noch Relevanz.³⁶⁴ So hat schließlich auch der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 453 Abs. 1 BGB Software ausdrücklich als ein Beispiel für „sonstige Gegenstände“ angeführt.³⁶⁵ Da Software somit jedenfalls als „sonstiger Gegenstand“ von den kaufrechtlichen Vorschriften erfasst wird, kann dahinstehen, ob sie auch eine „Sache“ gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt.

Darüber hinaus kann der Erwerber das digitale Spiel in der Regel – wie andere Software auch – nur unter einer Reihe von verschiedenen Nutzungsbeschränkungen verwenden, sodass sich die Frage stellt, ob die Überlassung des Inklusivspiels auch „zur freien Verfügung“ erfolgt. Ohne näher auf seinen Inhalt einzugehen, führte der BGH

³⁶⁰ BGH, NJW 1988, 406.

³⁶¹ Ebd., 407, 408.

³⁶² BGH, NJW 1990, 320, 321.

³⁶³ BGH, NJW 2000, 1415, 1415.

³⁶⁴ *Heydn*, CR 2010, 765, 772; *Bartsch*, CR 2010, 553, 558; *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 107; *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361, 364; *Hoeren*, AGB Internet- und Softwareverträge, S. 63; *Schneider*, CR 2005, 695, 697; *Diedrich*, CR 2002, 473, 476; *Redeker*, NJOZ 2008, 2917, 2922; *Staudinger/Jickeli/Stieper*, § 90 BGB, Rn. 14; *Palandt/Weidenkaff*, § 433 BGB, Rn. 9.

³⁶⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 242.

dieses Kriterium – wie soeben dargestellt – in seiner *Compiler/Interpreter*-Entscheidung anscheinend als Voraussetzung für die (entsprechende) Anwendung kaufvertraglicher Vorschriften an.³⁶⁶ In späteren Entscheidungen hat das Gericht dieses Kriterium allerdings nicht wieder aufgegriffen.³⁶⁷

Die Literatur bewertet dieses Kriterium uneinheitlich. Nach einer Ansicht muss dieses Merkmal für die Einordnung eines Softwareüberlassungsvertrages als Kaufvertrag erfüllt sein.³⁶⁸ Als Grund hierfür wird angeführt, dass die freie Verfügungsmacht über den Kaufgegenstand für den Kaufvertrag typisch sei, dem Erwerber der Software aber regelmäßig nur ein beschränktes Nutzungsrecht eingeräumt werde.³⁶⁹ Wenn Verfügungsbeschränkungen vorhanden sind, seien sie prägend für den Vertragstyp und schlossen daher die Anwendung von Kaufrecht aus.³⁷⁰

Die überwiegende Meinung in der Literatur ist demgegenüber der Ansicht, dass das Kriterium der freien Verfügung keine Relevanz für die kaufrechtliche Einordnung des Softwareüberlassungsvertrages habe.³⁷¹ Begründet wird dies zum einen damit, dass die kaufrechtlichen Vorschriften nicht voraussetzen, dass der Erwerber über seine Kaufsache frei verfügen kann.³⁷² Kritisiert wird außerdem, dass der Inhalt des Kriteriums nicht näher umrissen und damit unklar sei, wann es erfüllt ist und wann nicht.³⁷³ Schließlich wird auch eine Parallele zum Sacheigentum gezogen, welches letztlich auch nicht unbeschränkt ausgeübt werden kann, vor allem, wenn an der im Eigentum befindlichen Sache ein Urheberrecht besteht.³⁷⁴

Der zuletzt genannten Ansicht ist zu folgen. Würde man dem Kriterium der Nutzungseinschränkung Gewicht beimessen, würde man den Vertragstyp anhand von AGB-Klauseln bestimmen, was einen unzulässigen Zirkelschluss darstellt.³⁷⁵

Daher kommt es für die Frage, ob der Überlassungsvertrag als Kaufvertrag einzuordnen ist, nicht darauf an, ob die Software „zur freien Verfügung“ überlassen wird.

³⁶⁶ BGH, NJW 1988, 406, 407.

³⁶⁷ Vgl. *Redeker*, IT-Recht, Rn. 524.

³⁶⁸ *Engel*, BB 1985, 1159, 1162; *Moritz*, CR 1989, 1049, 1054; *zur Megede*, NJW 1989, 2580, 2584; *Moritz*, CR 1994, 257, 260; *Volle*, CR 1996, 139, 140; *Schneider*, CR 2005, 695, 697; *Kast*, in Auer-Reinsdorf/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 12, Rn. 59.

³⁶⁹ *zur Megede*, NJW 1989, 2580, 2584.

³⁷⁰ Vgl. *Volle*, CR 1996, 139, 140.

³⁷¹ *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, S. 53; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 20; *Beckmann/Köhler*, in FS Rüßmann, S. 392 f.; *Baus*, Verwendungsbeschränkungen, S. 33; *Michalski/Bösert*, Computerprogramme, S. 22 f.; *Dörner/Jersch*, iur 1988, 137, 145; *König*, Computerprogramm, Rn. 667; *Sickingler*, Standardsoftware, S. 60 f.; *Staudinger/Beckmann*, § 453 BGB, Rn. 57; *Bösert*, Nießbrauch, S. 40 ff.

³⁷² *Dörner/Jersch*, iur 1988, 137, 145.

³⁷³ *Bösert*, Nießbrauch, S. 40.

³⁷⁴ *Marly*, Softwarerecht, Rn. 738; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 20; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, S. 51; vgl. BGH, NJW 1995, 1556, 1556 f.

³⁷⁵ *Baus*, Verwendungsbeschränkungen, S. 33; vgl. *Bösert*, Nießbrauch, S. 43.

Eine Minderansicht in der Literatur ist darüber hinaus der Auffassung, dass das Leitbild des Kaufvertrages nicht auf die Überlassung von Software auf Dauer gegen einmaliges Entgelt passe, und will den Überlassungsvertrag als Dauerschuldverhältnis in Form eines Lizenzvertrages einordnen.³⁷⁶ Begründet wird dies damit, dass bei der Softwareüberlassung die Einräumung eines Gebrauchsrechts im Vordergrund stehe und das vom Kunden gezahlte Entgelt die Vergütung hierfür darstelle.³⁷⁷ Da der Erwerber somit nur ein Nutzungsrecht an der Softwarekopie erhalte, gehöre sie nicht ihm, weshalb Kaufrecht keine Anwendung finden könne.³⁷⁸ Außerdem sei aus rechtlicher Sicht die Software als immaterielles Gut entscheidend und nicht der Träger, auf welchem sie verkörpert ist.³⁷⁹

Dieser Ansicht schließt sich auch ein Teil der Literatur mit Blick auf die Überlassung digitaler Spiele an.³⁸⁰ Der Erwerber des Spiels sei in erster Linie an der immateriellen Spielsoftware interessiert und nur nachrangig am Eigentum des Datenträgers, weshalb es ihm gerade auf die Einräumung einer Lizenz ankomme, welche ihm die Nutzung des Programms erlaube.³⁸¹

Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass die Einordnung der Softwareüberlassung als Lizenzvertrag kaum weiterhilft, da dieser im Gesetz keine Regelung gefunden hat und daher gesetzliche Vertragstypen wie der Kaufvertrag doch wieder analog auf den Lizenzvertrag angewandt werden müssten.³⁸²

Auch wenn die Überlassung der Softwarekopie mit der Einräumung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten einhergeht³⁸³, ist Letztere nur von untergeordneter Bedeutung und vermag nicht den gesamten Vertrag in einen Lizenzvertrag umzuwandeln.³⁸⁴ Darüber hinaus sind sowohl die urheberrechtliche Schutzfähigkeit als auch etwaige an den Erwerber einzuräumende urheberrechtliche Nutzungsrechte von der

³⁷⁶ *Hilty*, CR 2012, 625, 637; *ders.*, MMR 2003, 3, 14 f.; *ders.*, Lizenzvertragsrecht, S. 695; *Scholz/Haines*, CR 2003, 393, 394; *Ulmer*, CR 2000, 493, 495; *Moritz*, CR 1994, 257, 262; *Betten*, GRUR 1991, 453, 454; für typengemischten Vertrag mit Elementen des Kauf- und Lizenzvertragsrechts *Metzger*, NJW 2003, 1994, 1995; ebenso *Nordemann*, CR 1996, 5, 6; für einen Know-how-Lizenzvertrag *Kilian*, CR 1986, 187, 195.

³⁷⁷ *Hilty*, MMR 2003, 3, 14 f.; *ders.*, CR 2012, 625, 629.

³⁷⁸ *Hilty*, Lizenzvertragsrecht, S. 696.

³⁷⁹ *Hilty*, CR 2012, 625, 628.

³⁸⁰ *Völmann-Stückelbrock*, in FS Eisenhardt, S. 331.

³⁸¹ *Ebd.*, S. 330 f.

³⁸² Vgl. *Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 73; *Köhler/Fritzsche*, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Teil, XIII, Rn. 16; *Lejeune*, in Ullrich/Lejeune, Der internationale Softwarevertrag, Teil I, Kap. 2, Rn. 277; *Schuhmacher*, CR 2000, 641, 641; *Hoeren*, CR 1988, 908, 913; *Bartl*, BB 1988, 2122, 2125.

³⁸³ Siehe dazu näher unten in Kapitel 4, S. 147.

³⁸⁴ *Dörner/Jersch*, iur 1988, 137, 140.

Frage zu unterscheiden, wie der Vertrag schuldrechtlich einzuordnen ist.³⁸⁵ Dies ergibt sich dogmatisch schon aus der Tatsache, dass die Einräumung von Nutzungsrechten als Verfügungs- und nicht als Verpflichtungsgeschäft anzusehen ist.³⁸⁶ Darüber hinaus bestimmen die Nutzungsrechte nur, in welchem Umfang der Erwerber die Software bzw. das digitale Spiel verwenden darf.³⁸⁷ Der dem Erwerb zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag legt dagegen sowohl die Leistungspflichten des Veräußerers der Software als auch die Rechte fest, welche dem Erwerber im Falle einer mangelhaften oder ungenügenden Leistung zustehen.³⁸⁸

Damit ist der Ansicht des BGH und der ganz herrschenden Lehre³⁸⁹ zu folgen, wonach auf die Verpflichtung zur dauerhaften Überlassung von Software gegen die einmalige Zahlung von Entgelt Kaufrecht zumindest entsprechend anzuwenden ist.

Auch in Bezug auf die dauerhafte Überlassung digitaler Spiele gegen ein einmaliges Entgelt vertritt die Literatur überwiegend eine kaufvertragliche Einordnung³⁹⁰, wobei

³⁸⁵ Vgl. BGH, NJW 2007, 2394, 2395 – *ASP-Vertrag*; NJW 1988, 406, 407; OLG Nürnberg, CR 1993, 359, 360; Staudinger/Beckmann, § 453 BGB, Rn. 53; Heydn, CR 2010, 765, 774; Köhler/Fritzsche, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Teil, XIII, Rn. 13; Krauß, Softwareverträge, S. 19 f.; Scholz/Haines, CR 2003, 393, 394.

³⁸⁶ Köhler/Fritzsche, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Teil, XIII, Rn. 13; zur Einordnung der Nutzungsrechtseinräumung als Verfügungsgeschäft vgl. Dreier/Schulze/Schulze, § 31 UrhG, Rn. 15.

³⁸⁷ Heydn, CR 2010, 765, 774.

³⁸⁸ Vgl. BGH, NJW 1988, 406, 407.

³⁸⁹ Hoeren, IT-Vertragsrecht, S. 78; ders., Softwareüberlassung als Sachkauf, S. 57; ders., AGB Internet- und Softwareverträge, S. 63; Köhler/Fritzsche, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Teil, XIII, Rn. 29; Koch, Computer-Vertragsrecht, Rn. 10; Redeker, IT-Recht, Rn. 528; Loewenheim, in FS Kitagawa, S. 959; Malzer, Softwarevertrag, S. 93; Eckert/Maifeld/Matthiesen, Kaufrecht, Rn. 320; Schröder, Softwareverträge, S. 3; Taeger, Computerprogramme, S. 146; Krauß, Softwareverträge, S. 22; Sickinger, Standardsoftware, S. 71; Oechsler, Schuldverhältnisse, Rn. 68; Intveen, ITRB 2012, 93, 93; ders., ITRB 2008, 237, 238; Lejeune, CR 2007, 75, 77 f.; Merveldt, CR 2006, 721, 722; Bräutigam/Rücker, CR 2006, 361, 368; Fischl, ITRB 2004, 286, 286; Mankowski, MDR 2003, 854, 857; Goldmann/Redecke, MMR 2002, 3, 3; von Westerholt/Berger, CR 2002, 81, 82; Gaul, CR 2000, 570, 570; ders., MDR 2000, 549, 549; Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, 137, 137; Schuhmacher, CR 2000, 641, 644; Klimek/Sieber, ZUM 1998, 902, 904; Eickmeier/Eickmeier, CR 1993, 73, 73; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, 715, 722; Junker, NJW 1990, 1575, 1576; Tellis, BB 1990, 500, 501 f.; König, NJW 1990, 1584, 1584; Bartl, BB 1988, 2122, 2124; Dörner/Jersch, iur 1988, 137, 142; Heussen, GRUR 1987, 779, 787; Köhler, CR 1987, 827, 830; Bartl, CR 1985, 13, 14; Schneider, Softwarenutzungsverträge, S. 77; a. A. Hilty, CR 2012, 625, 629; ders., MMR 2003, 3, 14 f.; Metzger, NJW 2003, 1994, 1995; Mincke, JurPC 1991, 932, 938; Lesshaft/Ulmer, CR 1988, 813, 815.

³⁹⁰ Psczolla, Onlinespielrecht, S. 85; Creutz, Regeln virtueller Welten, S. 137; Vetter, Virtuelle Welten, S. 131; Klickermann, MMR 2007, 766, 768; Diegmann/Kuntz, NJW 2010, 561, 562.

innerhalb dieser Meinungsgruppe strittig ist, ob es sich um einen Sach-³⁹¹ oder Rechtskauf³⁹² oder um den Kauf eines sonstigen Gegenstandes³⁹³ im Sinne des § 453 Abs. 1 Fall 2 BGB handelt. Da § 453 Abs. 1 BGB die Vorschriften des Sachkaufs auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen gleichermaßen erstreckt, hat diese Differenzierung im Ergebnis keine rechtlichen Auswirkungen.

b) Die Verpflichtung zum Support der Online-Komponenten

Wie bereits festgestellt, ist der Support der Online-Komponenten Voraussetzung für die gesamte oder teilweise Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie. Diese enge Verknüpfung zwischen Support und Spielkopie wirft die Frage auf, ob nicht auch die Pflicht zum Support der Online-Komponenten kaufrechtlich zu typologisieren ist.

Die Folge dessen wäre, dass beide Pflichten demselben Vertragstypus unterfallen und damit auch einem einheitlichen Vertragstyp zuzuordnen wären. In Betracht kommt zunächst die Subsumtion des Supports unter die Hauptpflicht zur Übergabe der Sache und zur Verschaffung des Eigentums hieran gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB (dazu aa)). Von Relevanz ist darüber hinaus die Hauptpflicht des Verkäufers, die Kaufsache gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (dazu bb)).

aa) Pflicht zur Überlassung der Kaufsache

Beim Kaufvertrag handelt es sich um einen schuldrechtlichen gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB, welcher auf den Austausch von Gegenständen gegen Geld abzielt, jedoch vom Erfüllungsgeschäft streng zu unterscheiden ist.³⁹⁴

§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB regelt die erste Hauptpflicht³⁹⁵ des Verkäufers, nämlich die Kaufsache zu übergeben und das Eigentum hieran zu übertragen³⁹⁶. Eine Subsumtion des Supports unter diese Hauptpflicht erscheint aber schon deswegen problematisch, weil es sich beim Support um eine fortdauernde, auf die Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation gerichtete Tätigkeit handelt, die Pflicht zur Übergabe der Kaufsache und zur Eigentumsverschaffung daran mit einem Akt erfüllt ist.

Hinzu kommt, dass für die Subsumtion des Supports unter § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB kein tauglicher Anknüpfungspunkt ersichtlich ist. Wie in Kapitel 1 ausgeführt, erfolgt

³⁹¹ *Krasemann*, MMR 2006, 351, 352; *Lober/Weber*, MMR 2005, 653, 656; *Weber*, in Brandi-Dohrn/Lejeune, Recht 2.0, S. 207.

³⁹² Sofern die Spielkopie im Wege des Downloads erworben wird, *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 398, 398.

³⁹³ *Oehler/von Ribbeck*, in Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 3; allgemein auf § 453 Abs. 1 BGB abstellend *Striezel*, Virtuelle Gegenstände, S. 200.

³⁹⁴ Siehe statt vieler nur Palandt/*Weidenkaff*, Einf v § 433, Rn. 1ff.

³⁹⁵ Staudinger/*Beckmann*, § 433 BGB, Rn. 1; *Medicus/Lorenz*, SchR II BT, § 3, Rn. 2.

³⁹⁶ Vgl. *Medicus/Lorenz*, SchR II BT, § 3, Rn. 2 ff.; *Looschelders*, SchR BT, Rn. 22ff.

die Kommunikation zwischen Server und Spielkopie durch einen permanenten Austausch von kleinen Informationspaketen, den Packets.³⁹⁷ Diese Packets als Sachen einzuordnen und der Übergabe- und Eigentumsverschaffungspflicht zu unterwerfen, wäre lebensfremd, da sie nur eine Trägerfunktion übernehmen und ihre Existenz in dem Moment endet, in welchem sie auf dem Endgerät des Inhabers der Spielkopie ankommen. Außerdem findet der Austausch in beide Richtungen zwischen Spielkopie und Server statt, sodass sich konsequenterweise auch der Käufer letztlich zu einer Übergabe und Eigentumsverschaffung an diesen Packets gegenüber dem Verkäufer verpflichten müsste.

Aus diesem Grunde ist die Pflicht zum Support der Online-Komponenten nicht von der kaufvertraglichen Hauptpflicht zur Übergabe der Kaufsache und zur Verschaffung des Eigentums hieran erfasst.

bb) Pflicht gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB

Weiter ist zu untersuchen, ob der Support der Online-Komponenten Teil der zweiten Hauptpflicht³⁹⁸ des Verkäufers ist, welche darin besteht, dem Käufer die Kaufsache „frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen“, § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB.

§ 434 BGB regelt den Begriff des Sachmangels im Kaufrecht und untergliedert ihn in verschiedene Fallgruppen.³⁹⁹ § 434 Abs. 1 Satz 1 sowie Satz 2 Nr. 1 BGB enthalten mit der Beschaffenheitsvereinbarung und der Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung die zwei Arten des sog. subjektiven Fehlerbegriffs.⁴⁰⁰ § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB regelt darüber hinaus die Fallgruppe des sog. objektiven Sachmangelbegriffs⁴⁰¹.

Dem Sachmangel gleichgestellt sind ferner der Montagefehler (§ 434 Abs. 2 Satz 1 BGB) sowie die Falsch- und Minderlieferung (§ 434 Abs. 3 BGB).⁴⁰²

Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass der subjektive Fehlerbegriff dem objektiven in § 434 Abs. 1 BGB vorgeht, mit der Folge, dass § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB subsidiär ist zu einer Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 Abs. 1 Satz 1 und der Eignung für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung gem. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB.⁴⁰³

Tatbestandsmerkmal des Sachmangels ist weiterhin, dass dieser zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegt (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB).⁴⁰⁴

³⁹⁷ Siehe dazu oben, S. 28 f.

³⁹⁸ Siehe dazu Staudinger/Beckmann, § 433 BGB, Rn. 1, 132; Looschelders, SchR BT, Rn. 22 ff.

³⁹⁹ Palandt/Weidenkaff, § 434 BGB, Rn. 7.

⁴⁰⁰ Zum Begriff Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233, 233.

⁴⁰¹ Eckert/Maifeld/Matthiesen, Kaufrecht, Rn. 359; Medicus/Lorenz, SchR II BT, § 6, Rn. 18 mwN.

⁴⁰² Vgl. Jauernig/Berger, § 434 BGB, Rn. 2.

⁴⁰³ Palandt/Weidenkaff, § 434 BGB, Rn. 7, 20; Eckert/Maifeld/Matthiesen, Kaufrecht, Rn. 330; Medicus/Lorenz, SchR II BT, § 6, Rn. 6; vgl. Looschelders, SchR BT, Rn. 44; Hk-BGB/Saenger, § 434 BGB, Rn. 7.

⁴⁰⁴ Vgl. statt vieler nur Looschelders, SchR BT, Rn. 55.

(1) § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB

Gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte „Beschaffenheit“ hat. Fraglich ist, wie der Begriff der Beschaffenheit auszulegen ist und ob der Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels darunter gefasst werden kann.

Der Beschaffenheitsbegriff soll zunächst nicht solche Umstände erfassen, die in der Zukunft liegen.⁴⁰⁵ Dies ergibt sich aus dem Erfordernis, dass der Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen muss, vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB⁴⁰⁶. Zwar kann eine Beschaffenheitsvereinbarung auch zukünftige Umstände in Bezug nehmen, jedoch ist dann Teil der Beschaffenheit nur das Potential⁴⁰⁷ der Kaufsache mit Blick auf diesen zukünftigen Umstand, nicht jedoch der Umstand selbst. Dies gilt insbesondere dann, wenn die spätere, besondere Eigenschaft der Kaufsache erst noch durch ein gesondertes Verhalten entweder des Verkäufers oder einer dritten Person bewirkt werden soll.⁴⁰⁸

In diesem Sinne hatte auch das OLG Koblenz in einem Fall, in welchem der Kläger eine Digitalkamera von dem beklagten Unternehmen erworben hatte, die erst *nach* Erwerb der Kamera erfolgende Aktualisierung derselben durch Updates nicht als Teil ihrer Beschaffenheit angesehen.⁴⁰⁹

Im Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts⁴¹⁰ ließ der Gesetzgeber außerdem die Frage ausdrücklich offen, ob der Beschaffenheitsbegriff „nur Eigenschaften umfasst, die der Kaufsache unmittelbar physisch anhaften oder ob auch Umstände heranzuziehen sind, die außerhalb der Sache selbst liegen“⁴¹¹. Die alte Gesetzeslage unterschied demgegenüber zwischen „Fehlern“⁴¹² (§ 459 Abs. 1 BGB a. F.) und „Eigenschaften“ (§ 459 Abs. 2 BGB a. F.) einer Kaufsache.

Nach der Rechtsprechung des BGH konnten zu „Fehlern“ nur solche Umstände gerechnet werden, welche der Kaufsache „unmittelbar innewohn[en] und von [ihr] ausgeh[en]“⁴¹³. Weiter wurde demgegenüber der Begriff der „Eigenschaften“ verstanden, welcher auch Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt erfasst, die „nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit und den Wert der Sache von Bedeutung sind“ und

⁴⁰⁵ Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 434 BGB, Rn. 56; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 312; BeckOK BGB/*Faust*, § 434 BGB, Rn. 26; *Schröcker*, ZGR 2005, 63, 78; MüKo BGB/*Westermann*, § 434, Rn. 11; *Erman/Grunewald*, § 434, Rn. 6, 10, 66 mwN.

⁴⁰⁶ Vgl. MüKo BGB/*Westermann*, § 434, Rn. 11, 50; *Erman/Grunewald*, § 434, Rn. 66.

⁴⁰⁷ Vgl. dazu *Schmidt*, BB 2005, 2763, 2767.

⁴⁰⁸ Vgl. *PWW/Schmidt*, § 434 BGB, Rn. 19.

⁴⁰⁹ OLG Koblenz, Urt. v. 20. April 2009, Az. 6 U 268/08 – zit. nach juris, Tz. 16.

⁴¹⁰ Vom 26. November 2001, BGBl., Teil 1, S. 3138.

⁴¹¹ BT-Drs. 14/6040, S. 213, linke Spalte.

⁴¹² Ob ein „Fehler“ i. S. d. § 459 Abs. 1 BGB vorlag, wurde danach bestimmt, ob der Kaufsache ein „Beschaffenheitsmerkmal“ fehlte, vgl. BGH, NJW 1992, 2564, 2565.

⁴¹³ Ebd.; *Singer*, in Canaris, 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 388.

„in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen, ihr auch für eine gewisse Dauer anhaften und nicht lediglich durch Heranziehung von Umständen in Erscheinung treten, die außerhalb der Sache liegen“.⁴¹⁴

Die Umweltbeziehungen konnten dabei tatsächlicher, sozialer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein.⁴¹⁵

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass der Beschaffenheitsbegriff des neuen § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sowohl die Beschaffenheitsmerkmale gem. § 459 Abs. 1 BGB a. F. als auch die zusicherungsfähigen Eigenschaften i. S. d. § 459 Abs. 2 BGB a. F. umfasst.⁴¹⁶

Umstritten ist nach neuer Rechtslage jedoch, welche äußeren Umstände einen noch ausreichenden Bezug zur Kaufsache aufweisen, sodass sie noch zur Beschaffenheit der Kaufsache gerechnet werden können.

Nach einer Ansicht werden nur solche äußeren Umstände vom Beschaffenheitsbegriff erfasst, die an die *physischen Merkmale* der Kaufsache anknüpfen (im Folgenden: enger Beschaffenheitsbegriff).⁴¹⁷ Zum Teil wird für diese Anknüpfung verlangt, dass die äußeren Umstände unmittelbar auf den Zustand der Kaufsache einwirken müssen.⁴¹⁸ Nach diesem Verständnis gehören z. B. über die Luft oder das Wasser auf ein Grundstück übertragene Umwelteinwirkungen zur Beschaffenheit desselben.⁴¹⁹ So ist ein kontaminierter Grundwasserstrom, der den Erdkörper eines Grundstücks durchfließt, Teil der Beschaffenheit dieses Grundstücks, auch wenn der Boden desselben als solcher nicht von Giftstoffen belastet ist.⁴²⁰ Die Unmittelbarkeit ist dagegen nach dem engen Beschaffenheitsbegriff nicht mehr gegeben, wenn die Kaufsache beispielsweise nicht in die vom Käufer vorgesehenen Räumlichkeiten passt⁴²¹ oder mit anderen Sachen inkompatibel ist⁴²². Denn der physische Zustand der Sache ist in solchen Fällen – trotz evtl. unpassender Umweltverhältnisse – einwandfrei und die Umweltverhältnisse wirken in diesem Fall nicht auf die Kaufsache ein.

⁴¹⁴ BGH, NJW 1985, 2472, 2473 mwN.

⁴¹⁵ BGH, NJW 1992, 2564, 2565; NJW 1991, 2556, 2556; NJW 1978, 370, 370.

⁴¹⁶ BGH, NJW 2011, 1217, 1218; BeckOK BGB/*Faust*, § 434 BGB, Rn. 21; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 434 BGB, Rn. 51; *Eckert/Maifeld/Matthiesen*, Kaufrecht, Rn. 338; *Canaris*, in Lorenz, *Karlsruher Forum* 2002, S. 61; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 412; *Schröcker*, ZGR 2005, 63, 76 mwN.

⁴¹⁷ BGH, NJW 2013, 1671, 1672; OLG Hamm, NJW-RR 2003, 1360, 1360; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118, 124; *dies.*, JZ 2003, 233, 233; *Erman/Grunewald*, § 434, Rn. 4; *Huber*, AcP 2002, 179, 228; *Ostendorf*, JZ 2011, 822, 824 ff.; *MüKo BGB/Westermann*, § 434, Rn. 9; BeckOK BGB/*Faust*, § 434 BGB, Rn. 22 f. mwN.

⁴¹⁸ Vgl. *Canaris*, in Lorenz, *Karlsruher Forum* 2002, S. 63 f.; wohl auch OLG Hamm, NJW-RR 2003, 1360, 1360.

⁴¹⁹ BGH, NJW 2013, 1671, 1672; BeckOK BGB/*Faust*, § 434 BGB, Rn. 22.

⁴²⁰ BGH, NJW 2013, 1671, 1672.

⁴²¹ *Canaris*, in Lorenz, *Karlsruher Forum* 2002, S. 64.

⁴²² BGH, NJW 1985, 2472, 2473.

Die Gegenansicht spricht sich für einen weiten Beschaffenheitsbegriff aus und möchte außerhalb der Kaufsache liegende Umstände auch dann berücksichtigen, wenn sie nicht an physische Merkmale der Kaufsache anknüpfen.⁴²³ Zur Beschaffenheit soll demnach im Grundsatz jede von den Parteien vereinbarte Anforderung an die Kaufsache gehören, solange ihr *irgendein* Bezug zur Kaufsache gegeben ist.⁴²⁴ Dieser Auffassung zur Folge sollen beispielsweise zur Beschaffenheit der Kaufsache auch Umstände zählen wie die Zahlungsfähigkeit der Mieter eines verkauften Hauses, das Erstzulassungsdatum eines Wagens oder das Vorliegen eines Gutachtens über die Echtheit eines Kunstwerks.⁴²⁵

In Kapitel 1 dieser Arbeit ist deutlich geworden, dass es sich beim Support der Online-Komponenten nicht um einen Umstand handelt, der allein dem digitalen Spiel innewohnt oder ausschließlich von diesem ausgeht. Der Support verlangt vielmehr den Einsatz externer Server, welche mit der Spielkopie eine Verbindung eingehen und mit ihr Informationen austauschen.

Für diese Kommunikation kommt es aber nicht allein auf den Serverbetrieb an; entscheidend ist auch, dass die Spielkopie entsprechend programmiert ist, damit überhaupt eine Kommunikation mit dem jeweiligen Server zustande kommen kann. Die Eignung der Spielkopie, die Online-Komponenten umzusetzen, ist Teil ihrer Beschaffenheit.⁴²⁶ Es geht in dieser Arbeit aber nicht darum, dass der Support der Online-Komponenten deshalb nicht erfolgt, weil ein Programmierfehler der Spielkopie vorliegt. Gegenstand dieser Arbeit sind vielmehr Fälle, in denen die für den Support der Online-Komponenten notwendigen Server nicht mehr betrieben werden, also ein externer Umstand dazu führt, dass die Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie ganz oder teilweise wegfällt.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände kommt eine Einordnung des Supports der Online-Komponenten unter den engen Beschaffenheitsbegriff nicht in Betracht.

Der Support knüpft nämlich nicht an den physischen Zustand des Inklusivspiels an. Ob der Support erbracht wird oder nicht, ist nämlich für das grundlegende Potenzial der Spielkopie, die Online- und alle sonstigen Funktionen zu erbringen, unerheblich. Der Support hat damit nur Einfluss auf die tatsächliche Realisierung dieser Funktionen und ist somit funktions- und nicht zustandsbezogen.

Anders verhält es sich mit dem weiten Beschaffenheitsbegriff. Dieser erfasst auch den Support der Online-Komponenten, da hiernach zur Beschaffenheit einer Sache alle

⁴²³ *Singer*, in Canaris, 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 394 f.; *Schmidt-Räntsch*, AnwBl. 2003, 529, 531; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 434 BGB, Rn. 54; *Redeker*, Beschaffenheitsbegriff, S. 227; *ders.*, NJW 2012, 2471, 2474; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 307; *Eckert/Mai-feld/Matthiesen*, Kaufrecht, Rn. 341; *Schröcker*, ZGR 2005, 63, 77; *Berger*, JZ 2004, 276, 278 ff.; *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411, 412; *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 462, 463.

⁴²⁴ *Schmidt*, BB 2005, 2763, 2765 f.; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 307; *Schröcker*, ZGR 2005, 63, 76 f.

⁴²⁵ *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 306.

⁴²⁶ Vgl. zur Einordnung von abredewidrig nicht realisierten Funktionen eines Computerprogramms als Sachmangel *Marly*, Softwarerecht, Rn. 1487; *Hoeren*, IT-Vertragsrecht, S. 103; zum Werkvertragsrecht ferner BGH, NJW 2007, 2761, 2761.

Umweltbeziehungen gehören, die *irgendeinen* Bezug zur Kaufsache haben. Der Support der Online-Komponenten hängt eng mit der Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie zusammen, denn ohne ihn ist das Spiel ganz oder zum Teil nicht nutzbar. Damit ist ein sehr enger Bezug zwischen dem Support und der Spielkopie gegeben.

Doch wie bereits oben erläutert, unterliegt der Beschaffenheitsbegriff den Beschränkungen des Erfordernisses, dass der Sachmangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen muss.

Der Support, also die Kommunikation zwischen Server und Spielkopie, stellt einen Umstand dar, welcher nicht bereits beim Abschluss des Kaufvertrages oder bei der Übergabe der Spielkopie realisiert werden kann. Damit die Spielkopie als solche mit all ihren Funktionen nutzbar ist, muss sie erst auf einem Endgerät installiert werden und ablaufen können. Die Client-Server-Kommunikation kann damit frühestens zu dem Zeitpunkt beginnen, in dem die Spielkopie auf dem Endgerät des Käufers installiert wird. Es handelt sich damit beim Support um einen Umstand, welcher erst in der Zukunft, also nach Abschluss des Kaufvertrages und erst nach dem Gefahrübergang, eintritt.

Hinzu kommt, dass es sich beim Support um eine zusätzliche Leistung handelt, die ein anderes tatsächliches Gepräge aufweist. Der Support der Online-Komponenten ist nämlich eine Leistung, welche über einen längeren Zeitraum zu erbringen ist und sich nicht nur in einem einmaligen Leistungsaustausch erschöpft. Der Kaufvertrag stellt dagegen ein Austauschgeschäft dar, welches auf eine einmalig-punktueller Erbringung von Leistung und Gegenleistung gerichtet ist.⁴²⁷ Das Entstehen zusätzlicher Eigenschaften der Kaufsache kann dieser Vertragstypus daher aus dogmatischen Gründen nicht berücksichtigen.⁴²⁸

Die Zurechnung des Supports der Online-Komponenten zur Beschaffenheit des Inklusivspiels würde auch dem gesetzgeberischen Gedanken zuwiderlaufen, dass der Mangel der Kaufsache auch im Wege der Nacherfüllung gem. § 439 Abs. 1 BGB vom Verkäufer wieder behoben werden kann.⁴²⁹ Bei gänzlich außerhalb der Kaufsache liegenden Umständen ist dies aber nicht immer der Fall.⁴³⁰ So ist es auch beim Support der Online-Komponenten möglich, dass dieser von einer Person erbracht wird, die vom Verkäufer gänzlich verschieden ist und der Verkäufer auf diesen Support keinen Einfluss hat. Ihn auch in solchen Fällen für den Support haftbar zu machen, würde dazu führen, dass eine Nacherfüllung wegen subjektiver Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB stets ausscheidet, was wiederum den Käufer des digitalen Spiels immer benachteiligen würde.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass eine Erfassung des Supports der Online-Komponenten von der Pflicht zur sachmangelfreien Überlassung der Spielkopie eine bedenkliche Einschränkung der Vertragsautonomie der Parteien zur Folge hätte. Es

⁴²⁷ Vgl. *Mankowski*, MDR 2003, 854, 859.

⁴²⁸ Vgl. ebd.

⁴²⁹ Vgl. hierzu *Ostendorf*, JZ 2011, 822, 825.

⁴³⁰ Ebd.

wäre ihnen die Möglichkeit genommen, den Support der Online-Komponenten abschließend in einem separaten Vertrag zu regeln.

Der Support der Online-Komponenten – egal ob es sich dabei um Online-DRM-Systeme oder spielbezogene Funktionen wie den Online-Mehrspielermodus handelt – ist damit nicht Teil der Beschaffenheit des Inklusivspiels gem. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.

(2) § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB

Dieser Fall des subjektiven Sachmangels ist auf diejenigen Kaufverträge zugeschnitten, in welchen die Parteien darin übereinkommen, dass der Käufer die Sache zu einem bestimmten Zweck benutzen kann.⁴³¹ Regelmäßig haben die Vertragspartner hier keine ausdrückliche Vereinbarung über die Beschaffenheit der Kaufsache getroffen.⁴³²

Umstritten ist dabei, wie sich die „Verwendung“ i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB zur Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB verhält und ob hiervon auch Umstände umfasst werden, welche nicht Teil der Beschaffenheit der Kaufsache sein können.

Nach einer Ansicht sei die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung von der Beschaffenheit zu trennen, wofür insbesondere § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB spreche, welcher beide Begriffe getrennt als kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale aufführe.⁴³³ Auch lasse es der Text des Art. 2 Abs. 2 lit. b. und c. der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie⁴³⁴ nicht zu, dass die Verwendung mit der Beschaffenheit gleichgesetzt werde.⁴³⁵ Diese Auffassung will den Begriff der Verwendung daher weiter als den der Beschaffenheit verstehen, sodass ein Gewährleistungsfall auch dann gegeben sein soll, wenn einer Verwendung z. B. bloß rechtliche Gründe entgegenstehen.⁴³⁶

Die Gegenansicht will die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung mit der Beschaffenheit der Kaufsache gleichsetzen⁴³⁷, wobei überwiegend angenommen wird, dass die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung stets eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung enthalte.⁴³⁸ In der Konsequenz sprechen sich Vertreter der zuletzt genannten Ansicht auch dafür aus, die Reichweite der Verwendung innerhalb

⁴³¹ *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 234 f.; vgl. *Erman/Grunewald*, § 434, Rn. 18.

⁴³² *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 235.

⁴³³ *BeckOK BGB/Faust*, § 434 BGB, Rn. 30; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 320; *Leible*, in *Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, Kap. 10, Rn. 44.

⁴³⁴ RL 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

⁴³⁵ *BeckOK BGB/Faust*, § 434 BGB, Rn. 30.

⁴³⁶ *Ebd.*, Rn. 31.

⁴³⁷ *NK-BGB/Büdenbender*, § 434 BGB, Rn. 11; vgl. *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 434 BGB, Rn. 74.

⁴³⁸ *Ostendorf*, JZ 2011, 822, 826; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 235; ähnlich auch *Canaris*, in *Lorenz, Karlsruher Forum* 2002, S. 57, der meint, dass ohnehin nur über die Beschaffenheit eine Vereinbarung getroffen werden könne und der im Vertrag zum Ausdruck gekommene Verwendungszweck nur Mittel zur Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung sei.

der gleichen Grenzen zu halten wie den Begriff der Beschaffenheit der Kaufsache.⁴³⁹ Würde der Begriff der Verwendung nicht an die Beschaffenheit anknüpfen, wäre eine Abgrenzung zu Rechtsmängeln und kaufrechtlichen Nebenpflichten wie Aufklärungspflichten nicht mehr möglich.⁴⁴⁰

Dieser Ansicht ist zu folgen, da eine Loslösung des Begriffs der Verwendung von der Beschaffenheit zu einer „uferlose[n] Ausdehnung des Fehlerbegriffs“⁴⁴¹ führen würde und Umstände eine Sachmangelhaftung des Verkäufers auslösen könnten, der er unter Umständen nicht im Wege der Nacherfüllung abhelfen könnte.

Da somit für § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB die gleichen Umstände und Umweltbeziehungen zu berücksichtigen sind wie für § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB, kann aus dieser Vorschrift keine Pflicht zum Support der Online-Komponenten hergeleitet werden.

(3) § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB

Gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist der Kaufgegenstand frei von Sachmängeln, wenn er sich (1) für die gewöhnliche Verwendung eignet und (2) eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist, und (3) welche der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Die Norm listet damit drei Tatbestandsmerkmale auf.⁴⁴² In Rechtsprechung und Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Tatbestandsmerkmale des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB kumulativ erfüllt sein müssen.⁴⁴³

Die *Eignung* zur gewöhnlichen Verwendung setzt voraus, dass in der Beschaffenheit der Kaufsache keine Defekte vorhanden sind, die es ausschließen oder erschweren, dass die Kaufsache für die gewöhnliche Verwendung gebraucht werden kann.⁴⁴⁴ Somit knüpft der Begriff der Eignung an die Beschaffenheit der Kaufsache i. S. d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB an.⁴⁴⁵ Unter Berücksichtigung des oben entwickelten Verständnisses von der Beschaffenheit⁴⁴⁶ verlangt das Kriterium der Eignung somit hier nur, dass die

⁴³⁹ *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, Kap. 2, Rn. 67; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 434 BGB, Rn. 74; *Erman/Grünwald*, § 434, Rn. 17; vgl. auch *Ostendorf*, JZ 2011, 822, 826, der die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit und die vertraglich vorausgesetzten Verwendungszwecke als „Äquivalente“ ansieht.

⁴⁴⁰ *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, Kap. 2, Rn. 67.

⁴⁴¹ *Erman/Grünwald*, § 434, Rn. 17.

⁴⁴² *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, Kap. 2, Rn. 68; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 434 BGB, Rn. 81; *Eckert/Maifeld/Matthiesen*, Kaufrecht, Rn. 359; vgl. *Erman/Grünwald*, § 434, Rn. 20 ff.

⁴⁴³ BGH, NJW 2013, 1671, 1672; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, § 434 BGB, Rn. 81; *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, Kap. 2, Rn. 68; *MüKo BGB/Westermann*, § 434, Rn. 24; *BeckOK BGB/Faust*, § 434 BGB, Rn. 55; *Eckert/Maifeld/Matthiesen*, Kaufrecht, Rn. 359; a. A. juris PK/*Pammler*, § 434 BGB, Rn. 82, der einerseits in der Eignung zur gewöhnlichen Verwendung und andererseits in der üblichen Beschaffenheit, die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann, zwei alternative Fallgruppen erblickt.

⁴⁴⁴ Vgl. *Palandt/Weidenkaff*, § 434 BGB, Rn. 23, 28; juris PK/*Pammler*, § 434 BGB, Rn. 70.

⁴⁴⁵ *Palandt/Weidenkaff*, § 434 BGB, Rn. 23, 28.

⁴⁴⁶ Siehe dazu oben, S. 71 ff.

Kaufsache selbst das Potenzial zur Realisierung der gewöhnlichen Verwendung innehaben muss. Die Folge davon ist, dass der Support der Online-Komponenten keinen Umstand darstellt, der Voraussetzung für die Eignung des digitalen Spiels zur gewöhnlichen Verwendung ist. Denn auch wenn ohne den Support das digitale Spiel ganz oder zum Teil nicht gespielt werden kann, hat dieser – außerhalb der Kaufsache liegende – Umstand nichts mit dem Potenzial der Spielkopie zu tun, den Support der Online-Komponenten aufgrund ihrer Programmierung zu ermöglichen. Nur darauf kommt es hier aber an. Kurz gesagt heißt das, dass nach dem ersten Tatbestandsmerkmal des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB nicht der Support für die Spielkopie geeignet sein muss, sondern umgekehrt die Spielkopie für den Support.

Die weiteren beiden Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift stellen ausdrücklich auf die – hier allerdings nach objektiven Kriterien zu bestimmende⁴⁴⁷ – Beschaffenheit der Kaufsache ab. Aber auch wenn der Beschaffenheitsbegriff hier nach objektiven Kriterien bestimmt wird, ist er inhaltlich mit dem Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB identisch.⁴⁴⁸ Es wäre auch nicht einzusehen, warum ein objektiv zu bestimmender Beschaffenheitsbegriff inhaltlich weitergehen sollte als die grundsätzlich der Parteivereinbarung unterliegende Beschaffenheit der Kaufsache gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die übliche bzw. zu erwartende Beschaffenheit des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB erfasst somit genauso wenig wie die vereinbarte Beschaffenheit des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB zukünftige Umstände der Kaufsache, die in Form einer gesondert zu erbringenden Leistung erst nach dem Gefahrübergang eintreten sollen. Das bedeutet, dass der Support der Online-Komponenten auch im Rahmen des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB nicht zur Beschaffenheit gehört, die üblich ist bzw. die der Käufer erwarten kann.

Das ändert sich auch nicht dadurch, dass der Verkäufer bzw. Hersteller des Spiels durch öffentliche Äußerungen auf den Support der Online-Komponenten Bezug nimmt, vgl. § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB. Nach dieser Vorschrift kann die Beschaffenheit gem. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auch durch entsprechende Äußerungen mitbestimmt werden.⁴⁴⁹ Da der Wortlaut des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB aber ausdrücklich auf die Beschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB Bezug nimmt, wird deutlich, dass der Begriff nicht anders oder gar weiter verstanden werden soll als gem. § 434 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 BGB.

(4) Zwischenergebnis

§ 434 Abs. 1 BGB erfasst keine zukünftigen, wenn auch sehr eng mit der Kaufsache zusammenhängenden Umstände, deren Realisierung von einer zusätzlichen Leistung des Verkäufers oder eines Dritten abhängig ist, die noch dazu ein anderes Gepräge aufweist als die durch den Kaufvertrag begründeten Hauptleistungspflichten. Damit ist auch der Support der Online-Komponenten nicht Teil der Hauptleistungspflicht des

⁴⁴⁷ Vgl. BeckOK BGB/*Faust*, § 434 BGB, Rn. 66, 76.

⁴⁴⁸ juris PK/*Pammler*, § 434 BGB, Rn. 76; NK-BGB/*Büdenbender*, § 434 BGB, Rn. 11; wohl auch Palandt/*Weidenkaff*, § 434 BGB, Rn. 28.

⁴⁴⁹ BeckOK BGB/*Faust*, § 434 BGB, Rn. 77.

Verkäufers, die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen. Das bedeutet im Umkehrschluss auch, dass die Nichterbringung des Supports keinen Sachmangel des digitalen Spiels gemäß § 434 Abs. 1 BGB darstellen kann.

Zwar kommt darüber hinaus noch in Betracht, den Support der Online-Komponenten als kaufvertragliche Nebenpflicht einzuordnen. Hiergegen spricht allerdings, dass es sich bei den Online-Komponenten nicht nur um einen untergeordneten Bestandteil des Inklusivspiels handelt. Wie bereits in Kapitel 1 erläutert, ist der Support sowohl der serverbasierten Online-DRM-Systeme als auch der spielbezogenen Online-Komponenten maßgeblich für die Nutzungsmöglichkeit der gesamten Spielkopie.

c) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat ergeben, dass die Verpflichtung zur dauerhaften Überlassung der Inklusivspiel-Kopie gegen die einmalige Entrichtung eines Entgelts zwar als Kaufvertrag einzuordnen ist. Auf die Verpflichtung zum Support der Online-Komponenten hingegen finden die kaufrechtlichen Vorschriften keine Anwendung.

2. Mietvertragliche Pflicht

Wie bereits dargestellt, besteht nach Ansicht der Literatur für den „Anbieter“ eines digitalen Spiels die Pflicht, „zur Bereitstellung der virtuellen Spielumgebung“⁴⁵⁰ des digitalen Spiels, wobei dieser Begriff vom hier verwendeten Terminus des „Supports der Online-Komponenten“ abweicht. Trotz dieses unterschiedlichen Begriffsverständnisses soll die in der Literatur geführte Diskussion über die Typologisierung der Pflicht zur „Bereitstellung der virtuellen Spielumgebung“ im Folgenden als Ausgangspunkt für die vertragsrechtliche Einordnung der Pflicht zum Support der Online-Komponenten dienen.

Eine Literaturansicht vertritt, dass der Vertrag über die „Bereitstellung der virtuellen Spielumgebung“⁴⁵¹ insgesamt den mietrechtlichen Regelungen gem. §§ 535 ff. BGB zu unterwerfen sei, sofern der Spieler im Gegenzug ein Entgelt an seinen Vertragspartner entrichtet.⁴⁵² Vertragsgegenstand seien dabei die Software sowie die Serverkapazitäten, durch welche die virtuelle Spielumgebung realisiert wird, und auf die der Nutzer über sein Client-Programm zugreifen kann.⁴⁵³

Diese Ansicht überzeugt nicht. Dem Nutzer wird die serverseitig ablaufende Software nicht bereitgestellt oder zum Gebrauch überlassen.⁴⁵⁴ Mit der Software allein wäre dem Nutzer auch nicht geholfen, da die Bereitstellung der virtuellen Spielwelt – bzw. der Support der Online-Komponenten – nur erfolgen könnte, wenn die Software

⁴⁵⁰ Siehe dazu oben, S. 63.

⁴⁵¹ Siehe zum Begriffsverständnis oben, S. 63.

⁴⁵² *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 89 ff.; *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 11; *Creutz*, Regeln virtueller Welten, S. 153; *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561, 562; wohl auch *Berberich*, Virtuelles Eigentum, S. 402 f.

⁴⁵³ *Psczolla*, Onlinespielrecht, S. 90.

⁴⁵⁴ Vgl. dazu auch *Schneider*, Virtuelle Werte, S. 67.

mit dem Spielclient auch kommuniziert.⁴⁵⁵ Der Nutzer hat mitunter noch nicht einmal Kenntnis davon, dass bestimmte Funktionen seines Spiels serverbasiert realisiert werden. Aus diesem Grund ist eine mietvertragliche Einordnung sowohl der Bereitstellung der virtuellen Spielumgebung als auch des Supports der Online-Komponenten abzulehnen.

3. Typengemischte Pflicht

Eine andere Auffassung in der Literatur meint, dass sich die Bereitstellung der virtuellen Spielumgebung aus mehreren verschiedenen Leistungen zusammensetze, sodass von einer typengemischten Leistungspflicht auszugehen sei.⁴⁵⁶

Rauda spricht sich dafür aus, auf die Erbringung von Support-Leistungen das Dienstvertragsrecht, auf die Gewährung des Zugangs zur „virtuellen Welt“ Werkvertragsrecht und auf die eigentliche Gewährleistung des Betriebs der Spielwelt Mietvertragsrecht anzuwenden.⁴⁵⁷ *Krasemann* differenziert nicht weiter und meint, dass der Bereitstellung der Spielwelt allgemein werk-, dienst- bzw. mietvertragliche Elemente innewohnen.⁴⁵⁸

Es fragt sich dabei aber, wann die Zugangsgewährung aufhört und die Gewährleistung des Betriebs der „virtuellen Welt“ beginnt. Diese Abgrenzungsschwierigkeit führt zu Unsicherheiten bei der Auswahl des anwendbaren vertragsrechtlichen Regimes.

Wenn man davon ausgeht, dass sowohl die Zugangsgewährung als auch die Gewährleistung des Betriebs der „virtuellen Welt“ ihre Grundlage in der Etablierung und Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation haben, liefe eine Unterbrechung dieser Kommunikation darauf hinaus, dass der Nutzer mit entsprechender Argumentation wahlweise Ansprüche des für ihn günstigeren miet- bzw. werkvertraglichen Gewährleistungsrechts geltend machen könnte, obgleich in beiden Fällen ein- und dieselbe Leistungshandlung nicht erbracht wird: die Etablierung und Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation.

Nichts anderes gilt für den Support des Online-Mehrspielermodus und der Online-DRM-Systeme.

Aus diesem Grunde ist eine Aufspaltung des Supports der Online-Komponenten in Zugangsgewährung und Gewährleistung ihres Betriebs und eine entsprechend unterschiedliche Typologisierung abzulehnen.

⁴⁵⁵ Aus einem ähnlichen Grund hat der BGH auch die Einordnung eines Access-Provider-Vertrages als Mietvertrag abgelehnt BGH, NJW 2005, 2076, 2076.

⁴⁵⁶ *Rauda*, Computerspiele, Rn. 688; *Preuß*, Virtuelle Güter, S. 130 f.; *Völmann-Stickelbrock*, in FS Eisenhardt, S. 332; *Krasemann*, MMR 2006, 351, 352; *Klickermann*, MMR 2007, 766, 768; *Lober/Weber*, CR 2006, 837, 839; *Weber*, in Brandi-Dohrn/Lejeune, Recht 2.0, S. 207; einen werkvertraglichen Schwerpunkt erkennend *Schrader*, in Leible/Sosnitzer, *Online-Recht 2.0: Alte Fragen – neue Antworten?*, S. 107.

⁴⁵⁷ *Rauda*, Computerspiele, Rn. 688; ähnlich auch *Weber*, in Brandi-Dohrn/Lejeune, Recht 2.0, S. 207 f.

⁴⁵⁸ *Krasemann*, MMR 2006, 351, 352; vgl. auch *Klickermann*, MMR 2007, 766, 768; *Lober/Weber*, CR 2006, 837, 839.

4. Dienstvertragliche Pflicht

Eine dritte Ansicht will die Verschaffung des Zugangs zur Online-Spielwelt als Dienstvertrag einordnen.

Sie begründet ihre Auffassung damit, dass üblicherweise solche Verträge, welche den entgeltlichen Zugang zu Servern oder Datenbanken zum Gegenstand haben, als Dienstverträge eingeordnet werden, weil bezüglich der Erreichbarkeit der Server kein Erfolgsversprechen abgegeben werde.⁴⁵⁹ Ein solches Erfolgsversprechen sei auch gar nicht möglich, da der Anbieter dann auch die Verfügbarkeit der Übertragungsleitungen garantieren müsste, was jedoch unrealistisch sei.⁴⁶⁰

Die Einordnung des Supports der Online-Komponenten als dienstvertragliche Pflicht kommt dann in Betracht, wenn der Publisher des Spiels mit der Etablierung und Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation die Erbringung einer Tätigkeit gegen Entgelt verspricht und es sich hierbei um ein Dauerschuldverhältnis handelt.⁴⁶¹ Im Gegensatz zum Werkvertrag wird aufgrund eines Dienstvertrages kein Erfolg geschuldet.⁴⁶²

Dafür, dass ein Erfolg geschuldet ist, könnte sprechen, dass der Spieler erwartet, dass das Spiel samt seinen Online-Komponenten genutzt werden kann und ihm ein bloßes Bemühen des Publishers dahingehend nicht ausreicht.

Dagegen spricht jedoch die Art und Weise, wie die Online-Komponenten durch den Publisher realisiert werden. Der Support der Online-Komponenten wird mithilfe von zentralen Servern als Bestandteil einer Client-Server-Architektur erbracht, die sich über das Internet mit den Client-Programmen des Spielers verbinden.

Gegen die Annahme einer Erfolgshaftung und damit gegen die Anwendung des Werkvertragsrechts spricht insoweit erstens, dass die Serverkapazitäten des Publishers begrenzt sind und daher nicht durchweg garantiert werden kann, dass eine Client-Server-Kommunikation etabliert oder aufrechterhalten werden kann. Es kommt nämlich durchaus vor, dass infolge zahlreicher Nutzerzugriffe keineswegs jedem Spieler zu jeder Zeit die Nutzung der Online-Komponenten eröffnet werden kann.⁴⁶³

Zweitens kommt hinzu, dass die Client-Server-Kommunikation über das Internet stattfindet. Der Publisher ist in gleicher Weise wie der Spieler auf das Internet angewiesen und im selben Umfang wie er von möglichen Netzausfällen betroffen, die außerhalb seiner Kontrolle liegen. Insofern weist der Support der Online-Komponenten digitaler Spiele Ähnlichkeiten mit dem Access-Provider-Vertrag auf. Diesen Vertrag ordnen der BGH und die überwiegende Literatur als Dienstvertrag ein mit ähnlichen

⁴⁵⁹ Wemmer/Bodensiek, K&R 2004, 432, 434.

⁴⁶⁰ Ebd.

⁴⁶¹ Palandt/Weidenkaff, § 611 BGB, Rn. 1 f.

⁴⁶² MüKo BGB/Müller-Glöge, § 611 BGB, Rn. 22.

⁴⁶³ So wurde berichtet, dass kurz nach der Veröffentlichung des Spiels *SimCity (EA)* aufgrund des hoher Zugriffszahlen auf die Server zahlreiche Spieler mit Verbindungsproblemen zu kämpfen hatten, Feith, *SimCity* (2013), abrufbar unter <http://www.gamestar.de/spiele/simcity/news/simcity,47958,3010078.html>.

Argumenten wie den soeben angeführten.⁴⁶⁴ Denn auch die Leistungskapazitäten des Access-Providers, welcher den Zugang zum Internet schuldet, sind begrenzt, sodass dieser nur ein „sachgerechte[s] Bemühen um die Herstellung der Verbindung in das Internet“⁴⁶⁵ schulden könne. Für einen Dienstvertrag spricht hier gerade die Tatsache, dass der Eintritt des Erfolges vom Schuldner nicht beherrscht werden kann.⁴⁶⁶

Gegen die Anwendung des Werkvertragsrechts ist drittens anzuführen, dass die werkvertragsrechtlichen Vorschriften insgesamt nicht passen⁴⁶⁷, denn schon jede noch so kleine Unterbrechung der Client-Server-Kommunikation würde die Mängelgewährleistungsrechte des § 634 BGB auslösen. Dies würde jedoch für den Publisher ein erhebliches und kaum überschaubares Haftungsrisiko darstellen.

Schließlich ist der Support der Online-Komponenten über einen längeren Zeitraum zu erbringen, was für das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses⁴⁶⁸ spricht und nicht für die Erbringung eines punktuellen Erfolges. Zwar hat sich der BGH in einem obiter dictum für die Anwendung des Werkvertragsrechts auf den Web-Hosting-Vertrag ausgesprochen, sofern bei diesem die Gewährleistung der Abrufbarkeit der Webseite des Kunden im Vordergrund steht.⁴⁶⁹ Im vorliegenden Fall steht jedoch nicht die Abrufbarkeit von Online-Inhalten im Vordergrund, sondern die Nutzungsmöglichkeit der Kopie eines clientbasierten digitalen Spiels samt ihrer Online-Komponenten. Hierfür ist die Etablierung und Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation Voraussetzung. Auf der Gewährleistung dieser Client-Server-Kommunikation liegt der Schwerpunkt, die nicht den werk-, sondern nur den dienstvertraglichen Vorschriften zugeordnet werden kann.

Zwar werden die Dienste aufgrund eines Dienstvertrages gem. § 611 Abs. 1 BGB nur gegen Vergütung erbracht, woran es beim Support der Online-Komponenten von Inklusivspielen auf den ersten Blick fehlen könnte – für diese wird schließlich kein gesondertes Entgelt an den Supportverpflichteten gezahlt. Jedoch ist das Entgelt für den Support der Online-Komponenten bereits im Kaufpreis des Spiels enthalten.⁴⁷⁰ Es spricht nichts dagegen, dass auch bei einem Dienstvertrag die Vergütung einmalig und nicht in wiederkehrender Form erbracht wird.⁴⁷¹

⁴⁶⁴ BGH, NJW 2010, 1449, 1450; NJW 2005, 2076, 2076; *Spindler*, CR 2004, 203, 207; *Petri/Göckel*, CR 2002, 329, 331; *Härtig*, CR 2001, 37, 38; *Schneider*, EDV-Recht, Teil M, Rn. 508; a. A. *Redeker*, in Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12, Rn. 160.

⁴⁶⁵ BGH, NJW 2005, 2076, 2076.

⁴⁶⁶ Hk-BGB/*Schreiber*, § 611 BGB, Rn. 3; *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, Kap. 7 Rn. 11.

⁴⁶⁷ Vgl. die Argumentation zum Access-Provider-Vertrag *Spindler*, CR 2004, 203, 207.

⁴⁶⁸ So für Providerverträge insgesamt *Redeker*, ITRB 2003, 82, 82.

⁴⁶⁹ BGH, MMR 2010, 398, 399, Tz. 20 – *Internet-System-Vertrag*.

⁴⁷⁰ Siehe dazu oben, S. 52.

⁴⁷¹ Vgl. *Erman/Edenfeld*, § 611 BGB, Rn. 387.

5. Einordnung als Hauptleistungspflicht

Fraglich ist, ob die Pflicht zum Support der Online-Komponenten bei Überlassung eines Inklusivspiels als Hauptleistungs- oder als Nebenpflicht einzuordnen ist.

Vertragliche Schuldverhältnisse begründen in der Regel mehrere Pflichten für die am Vertrag beteiligten Parteien, wobei sie in Haupt- und Nebenleistungspflichten untergliedert werden können.⁴⁷²

Die Hauptleistungspflichten stellen die essentialia des vertraglichen Schuldverhältnisses dar und bestimmen den Typus des Vertrages.⁴⁷³ Demgegenüber bezwecken die Nebenleistungspflichten die „Vorbereitung, Durchführung und Sicherung“⁴⁷⁴ der Hauptleistung und haben damit eine dienende Funktion⁴⁷⁵. Davon zu unterscheiden sind nicht-leistungsbezogene Neben- bzw. Rücksichtspflichten, welche das Integritätsinteresse der Parteien schützen sollen.⁴⁷⁶

Wie Hauptleistungspflichten sind auch die Nebenleistungspflichten selbstständig einklagbar.⁴⁷⁷ Ferner finden auf die Verletzung sowohl von Haupt- als auch von Nebenleistungspflichten die §§ 281, 323 BGB Anwendung.⁴⁷⁸ Zu beachten ist jedoch, dass sich das Schuldverhältnis aufgrund einer weiteren Hauptleistungspflicht in einen zusammengesetzten oder einen gemischten Vertrag verwandeln kann.⁴⁷⁹

Eine Einordnung einer Pflicht als Hauptleistungspflicht kommt in Betracht, wenn ein besonderes Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Pflicht durch den Schuldner besteht⁴⁸⁰. So ist anerkannt, dass bei besonderem Interesse des Verkäufers an der Abnahme der Kaufsache die Abnahme durch die Parteien von einer Nebenleistung zu einer Hauptleistungspflicht gekoren werden kann.⁴⁸¹ So hat auch der Erwerber des Inklusivspiels – wie bereits ausgeführt – ein besonderes Interesse daran, dass der Direktverkäufer für den Support der Online-Komponenten einsteht, da nur auf diesem Wege die gesamte oder teilweise Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie gewährleistet werden kann. Darüber hinaus entrichtet der Erwerber auch ein Entgelt für diesen Support⁴⁸², was ebenfalls für die Einordnung des Supports der Online-Komponenten als Hauptleistungspflicht spricht.

⁴⁷² Vgl. zum Ganzen Palandt/*Grüneberg*, § 241 BGB, Rn. 5 ff.

⁴⁷³ Ebd., Rn. 5; *Larenz*, LBS Band 1, AT, S. 11; *Medicus/Lorenz*, SchR I AT, Rn. 108; vgl. NK-BGB/*Krebs*, § 241 BGB, Rn. 17.

⁴⁷⁴ Palandt/*Grüneberg*, § 241 BGB, Rn. 5.

⁴⁷⁵ *Staudinger/Olzen*, § 241 BGB, Rn. 151; *Medicus/Lorenz*, SchR I AT, Rn. 109.

⁴⁷⁶ Palandt/*Grüneberg*, § 241 BGB, Rn. 6.

⁴⁷⁷ MüKo BGB/*Bachmann*, § 241 BGB, Rn. 30; *Medicus/Lorenz*, SchR I AT, Rn. 109.

⁴⁷⁸ MüKo BGB/*Bachmann*, § 241 BGB, Rn. 30.

⁴⁷⁹ *Roth-Neuschild*, in *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 13, Rn. 43.

⁴⁸⁰ Vgl. *Fikentscher/Heinemann*, SchR, Rn. 36; *Medicus/Lorenz*, SchR I AT, Rn. 109.

⁴⁸¹ *Fikentscher/Heinemann*, SchR, Rn. 36.

⁴⁸² Siehe dazu oben, S. 52.

Damit handelt es sich bei der Pflicht zum Support der Online-Komponenten eines Inklusivspiels um eine Hauptleistungspflicht.

6. Der Überlassungsvertrag mit Support-Verpflichtung als gemischter Vertrag

Der gemischte Vertrag stellt eine Vereinbarung dar, die Leistungspflichten enthält, welche sich nicht alle ein und demselben Vertragstyp zuordnen lassen.⁴⁸³ Die Leistungspflichten sind jedoch untrennbar miteinander verbunden und bilden nur gemeinsam ein „sinnvolles Ganzes“⁴⁸⁴. Für die Einordnung einer Vereinbarung als gemischter Vertrag ist auf den Willen der Vertragsparteien abzustellen, wobei es darauf ankommt, ob das von den Parteien mit der Vereinbarung erstrebte wirtschaftliche Ergebnis mit einem gemischten Vertrag oder eher mit mehreren Verträgen zu erreichen ist.⁴⁸⁵

Wie bereits herausgearbeitet wurde, lassen sich die beiden Hauptleistungspflichten des Direktveräußerers des Inklusivspiels nicht demselben Vertragstyp zuordnen. Während es sich bei der Überlassung der Software um eine kaufvertragliche Verpflichtung handelt⁴⁸⁶, ist der Support der Online-Komponenten als dienstvertragliche Pflicht einzuordnen.⁴⁸⁷

Der Support der Online-Komponenten ist darüber hinaus wirtschaftlich sehr eng mit der Spielkopie verbunden. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass ohne den Support die Spielkopie teilweise oder als Ganzes nicht mehr genutzt werden kann. Hinzu kommt, dass der Erwerber das Entgelt nicht nur als Gegenleistung für die Überlassung der Spielkopie, sondern auch für den Support der Online-Komponenten entrichtet.⁴⁸⁸ Damit besteht auch eine sehr enge wirtschaftliche Verbundenheit von Leistung und Gegenleistung der Parteien.

Der vorliegende Vertrag weist damit die Merkmale eines Typenkombinationsvertrages auf, welcher eine Unterart der gemischten Verträge darstellt. Hierbei handelt es sich um einen Vertrag, bei dem die vertragstypischen Leistungen einer Partei verschiedenen Vertragsarten angehören, die Gegenleistung der anderen Partei allerdings einheitlich in Geld erbracht wird.⁴⁸⁹

7. Zusammenfassung

Es konnte festgestellt werden, dass der zwischen dem Direktverkäufer und dem Erwerber des Inklusivspiels abgeschlossene Überlassungsvertrag, aufgrund dessen der

⁴⁸³ *Esser/Schmidt*, SchR I, S. 215; *Gernhuber*, Hdb. SchR, S. 157 f.; vgl. BeckOK/*Gehrlein*, § 311 BGB, Rn. 20.

⁴⁸⁴ *Roth-Neuschild*, in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 13 Rn. 45.

⁴⁸⁵ *Gernhuber*, Hdb. SchR, S. 160.

⁴⁸⁶ Siehe dazu oben, S. 65 ff.

⁴⁸⁷ Siehe dazu oben, S. 80 ff.

⁴⁸⁸ Siehe dazu oben, S. 52.

⁴⁸⁹ *Erman/Kindl*, vor. § 311 BGB, Rn. 18.

Erwerber die Entrichtung eines einmalig zu zahlenden Entgelts schuldet, als gemischter Vertrag einzuordnen ist.

Neben der Pflicht des Publishers, die Spielkopie zu überlassen, tritt seine Pflicht zum Support der Online-Komponenten des digitalen Spiels, welche den dienstvertragsrechtlichen Vorschriften unterfällt. Dabei ist zu beachten, dass die Pflicht zum Support der spielbezogenen Online-Komponenten aufschiebend bedingt sein kann, die Pflicht zum Support der serverbasierten Online-DRM-Systeme allerdings unbedingt entsteht.

B. Free-to-Play-Spiele

Eine weitere Kategorie client-basierter Spiele mit Online-Komponenten stellen die Free-to-Play-Spiele dar.⁴⁹⁰ Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass der Spielclient kostenlos heruntergeladen und zeitlich unbegrenzt gespielt werden darf.

I. Überlassung des Spielclients

1. Einordnung als Gefälligkeitsverhältnis

Da der Erwerb des Free-to-Play-Spielclients unentgeltlich erfolgt, ist zunächst die Frage zu klären, ob diesem nur ein Gefälligkeitsverhältnis zugrunde liegt.

Gefälligkeitsverhältnisse stellen Sonderbeziehungen zwischen einem Gefälligen und einem Begünstigten dar, die kein Vertragsverhältnis und damit auch keine einklagbaren Leistungsansprüche begründen.⁴⁹¹ Rechtsprechung und herrschende Lehre stellen zur Unterscheidung zwischen Gefälligkeits- und vertraglichen Schuldverhältnissen auf den Willen der Parteien ab, sich rechtlich zu binden.⁴⁹² Ein solcher Rechtsbindungswille gilt als gegeben, wenn der Leistungsempfänger aufgrund objektiver Gesichtspunkte auf einen solchen Willen schließen musste.⁴⁹³ Zur Feststellung des Rechtsbindungswillens werden Indizien wie die Art und Umstände der Leistung, ihr Grund und Zweck, ihre wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung für den Empfänger, die Interessenlage der Parteien und etwaige dem Leistenden erkennbare Gefahren, in welche der Empfänger durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann, herangezogen.⁴⁹⁴

Die Umstände der Überlassung des Free-to-Play-Spielclients sprechen regelmäßig für das Vorliegen eines vertraglichen Schuldverhältnisses. Der kostenlose Erwerb des

⁴⁹⁰ Zum Begriff siehe oben, unter S. 31 f.

⁴⁹¹ Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 BGB, Rn. 7.

⁴⁹² Ständige Rechtsprechung, BGH, NJW 1956, 1313, 1313; NJW 1971, 1404, 1405; NJW-RR 2006, 117, 120; NJW 2009, 1141, 1142; NJW 2012, 3366, 3367; vgl. auch Palandt/*Grüneberg*, Einl. v. § 241 BGB, Rn. 7; Staudinger/*Bork*, Vorbem. zu §§ 145-156, Rn. 80; Erman/*Westermann*, Einl. zu §§ 241 ff. BGB, Rn. 14; BeckOK BGB/*Sutschet*, § 241 BGB, Rn. 18; *Looschelders*, SchR AT, § 5, Rn. 6.

⁴⁹³ Vgl. BGH, NJW 1956, 1313, 1313.

⁴⁹⁴ Vgl. Staudinger/*Olzen*, § 241 BGB, Rn. 85.

Free-to-Play-Spielclients ist nämlich oftmals nur nach Erstellung eines Benutzer-Accounts oder zumindest erst nach der Zustimmung zu bestimmten Nutzungsbedingungen möglich.⁴⁹⁵ In der Literatur wird ein Rechtsbindungswille der die Software überlassenden Partei bejaht, wenn die Nutzung der Software die Zustimmung zu Nutzungsbedingungen oder die Registrierung des Nutzers voraussetzt.⁴⁹⁶

Es ist außerdem davon auszugehen, dass der kostenlose Spielclient vom Publisher mit dem Ziel zur Verfügung gestellt wird, den Nutzer zum Erwerb virtueller Gegenstände zu bewegen. Free-to-Play-Spiele sind so aufgebaut, dass der Spieler zwar unbegrenzt spielen kann, jedoch geschieht das nur langsam und ohne bedeutende Fortschritte.⁴⁹⁷ Dadurch erhält der Spieler einen Anreiz, virtuelle Gegenstände zu erwerben, um so im Spiel schneller bzw. leichter voranzukommen.⁴⁹⁸ So wird auch in der Literatur ein Rechtsbindungswille der die Software überlassenden Partei bejaht, wenn sie den Empfänger mit der Überlassung zu einem späteren Vertragsabschluss bewegen möchte.⁴⁹⁹ Das für Gefälligkeitsverhältnisse typische einseitige wirtschaftliche Interesse des Empfängers⁵⁰⁰ und die rein altruistische Motivation des Leistenden sind damit bei Free-to-Play-Spielen in der Regel nicht gegeben. Die Veräußerung virtueller Gegenstände stellt für Publisher vielmehr eine bedeutende Einnahmequelle dar: So belief sich der Umsatz, den Publisher bzw. Entwickler von digitalen Spielen mit der Veräußerung solcher virtuellen Gegenstände allein in Deutschland im Jahr 2016 erwirtschafteten, nach Angaben des Verbandes der deutschen Games-Branche e. V. auf € 659 Mio.⁵⁰¹

Nicht zu vernachlässigen ist darüber hinaus auch die Gefahr, in die sich der Empfänger durch eine fehlerhafte Leistung des Veräußerers begeben kann. Es ist allgemein bekannt, dass fehlerhafte – z. B. von Viren befallene – Software nicht unerhebliche Schäden am Endgerät des Nutzers auslösen kann. Das Interesse des Erwerbers, keine Programme zu erhalten, welche auf seinem Endgerät Schaden anrichten können, spricht daher ebenfalls für das Vorliegen eines vertraglichen Schuldverhältnisses.⁵⁰²

⁴⁹⁵ So z. B. bei den auf der *Steam*-Plattform erhältlichen Free-to-Play-Spielen, siehe beispielhaft hierfür das Spiel *Black Squad* (*Neowiz, Neobricks*), abrufbar unter http://store.steampowered.com/app/550650/Black_Squad/ sowie das Spiel *Yu-Gi-Oh! Duel Links* (*Konami*), abrufbar unter http://store.steampowered.com/app/601510/YuGiOh_Duel_Links/.

⁴⁹⁶ Vgl. *Holzbach/Süßenberger*, in Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Teil C, Rn. 342; vgl. auch *Meyer*, Freie Software, S. 86.

⁴⁹⁷ *Adams*, Game Design, S. 119.

⁴⁹⁸ Ebd.

⁴⁹⁹ Vgl. *Roth-Neuschild*, in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 13, Rn. 29.

⁵⁰⁰ Vgl. dazu *Klinder*, Gefälligkeitsleistungen, S. 12.

⁵⁰¹ *game – Verband der deutschen Games-Branche*, Starke Nachfrage nach Computer- und Videospielen: Umsatz wächst um 7 Prozent (2017), abrufbar unter <https://www.game.de/starke-nachfrage-nach-computer-und-videospielen-umsatz-waechst-um-7-prozent/>.

⁵⁰² Vgl. dazu *Marly*, Softwarerecht, Rn. 808.

Insgesamt spricht die Indizienlage daher für ein vertragliches Schuldverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Empfänger des kostenlosen Free-to-Play-Spielclients.

2. Einordnung als Schenkung

Fraglich ist, wie die Überlassung des Free-to-Play-Spielclients vertragsrechtlich zu typologisieren ist. In Betracht kommt eine Schenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB.

Die Schenkung bezeichnet ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, welches auf die Bereicherung des Beschenkten durch eine Zuwendung aus dem Vermögen eines anderen gerichtet ist und das in subjektiver Hinsicht die Einigung der Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraussetzt.⁵⁰³ Der zu schenkende Gegenstand soll dabei dauerhaft in das Vermögen des Beschenkten übergehen.⁵⁰⁴

a) Zuwendung

Problematisch ist zunächst das Tatbestandsmerkmal der Zuwendung, welche die Hingabe eines Vermögensgegenstandes voraussetzt, die zu einer Entreicherung des Schenkers und einer Bereicherung des Empfängers führen muss.⁵⁰⁵ Software, die zum Download angeboten wird, kann jedoch ohne Verluste und in unbegrenzter Zahl vervielfältigt und verbreitet werden, weshalb man daran zweifeln könnte, dass das Vermögen des Schenkers durch die Zuwendung auch verringert wird.⁵⁰⁶ Aus diesem Grund lehnt ein Teil der Literatur das Vorliegen einer Entreicherung des Schenkers ganz ab.⁵⁰⁷

Damit würde man aber die per Download erfolgende Verbreitung kostenloser Software anders behandeln als die verkörperte Überlassung von Software, bei welcher man relativ unproblematisch eine Entreicherung aufgrund der Entäußerung des Datenträgers annehmen kann. Eine derartige Differenzierung zwischen körperlicher und unkörperlicher Übertragung von Software soll im Schenkungsrecht aber nicht stattfinden.⁵⁰⁸ Dies macht der Verweis in § 523 Abs. 2 S. 2 BGB deutlich, wonach für die Haftung des Schenkers für Rechtsmängel die Vorschrift des § 453 BGB entsprechende Anwendung findet.⁵⁰⁹ Tatsächlich dient das Tatbestandsmerkmal der Entreicherung

⁵⁰³ Vgl. Palandt/*Weidenkaff*, § 516 BGB, Rn. 1.

⁵⁰⁴ MüKo BGB/*Koch*, § 516 BGB, Rn. 1.

⁵⁰⁵ Ebd., Rn. 5 f., 11; BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 516 BGB, Rn. 2; Jauernig/*Mansel*, § 516 BGB, Rn. 5 ff.; Hk-BGB/*Saenger*, § 516 BGB, Rn. 3.

⁵⁰⁶ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 207; *Spindler*, in Spindler, Rechtsfragen bei Open Source, S. 155; *Hoeren*, in FS Kollhoser, S. 235; *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, Rn. 32.

⁵⁰⁷ *Hoeren*, in FS Kollhoser, S. 236; *Sester*, CR 2000, 797, 799 f.

⁵⁰⁸ Vgl. *Deike*, CR 2003, 9, 15.

⁵⁰⁹ *Spindler*, in Spindler, Rechtsfragen bei Open Source, S. 154; so auch in Bezug auf kostenlose Apps allgemein *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, Rn. 32.

auch eher dazu, diejenigen Fälle auszuschließen, in denen es lediglich zu einer vorübergehenden Gebrauchsüberlassung kommt⁵¹⁰, was jedoch bei der dauerhaften Überlassung des Free-to-Play-Spielclients nicht der Fall ist. Damit ist auch eine „Enreicherung“ des Schenkers im hier verstandenen Sinn gegeben.

b) Unentgeltlichkeit

Erforderlich ist weiterhin, dass sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit des Geschäfts geeinigt haben, was zu bejahen ist, wenn die Leistung des Schenkers unabhängig von einer Gegenleistung erbracht werden soll.⁵¹¹

aa) Anlegung eines Nutzer-Accounts und Zustimmung zu Nutzungsbedingungen

Eine solche Gegenleistung könnte zunächst darin zu erblicken sein, dass der Nutzer – wie bereits dargestellt – einen Nutzer-Account anlegen und Nutzungsbedingungen zustimmen muss, bevor er das Spiel verwenden kann. Insofern wird auch mit Blick auf Open-Source-Software zum Teil die Ansicht geäußert, dass die in den sog. Copy-Left-Lizenzen enthaltene Verpflichtung des Nutzers, bei der Weitergabe der Software die von ihm erstellten Modifikationen freizugeben, eine Gegenleistungspflicht des Nutzers darstelle.⁵¹² Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da die genannte Verpflichtung nur verhindern soll, dass aus der Open-Source-Software proprietäre Software wird.⁵¹³ Diese Verpflichtung ist außerdem weder konditional noch kausal mit der Überlassung der Software verknüpft.⁵¹⁴ Der Nutzer erhält vielmehr von vornherein einen Gegenstand, welchen er nur in eingeschränkter Weise benutzen darf.⁵¹⁵ So verhält es sich auch mit dem kostenlos überlassenen Free-to-Play-Spielclient. Die Nutzungsbedingungen, welchen der Spieler unter Umständen zustimmen muss, und der Account, welchen er einzurichten hat, stellen von vornherein bestehende Beschränkungen der Nutzungsmöglichkeit des Spiels dar. Sie stehen der Einordnung des Erwerbs des Free-to-Play-Spielclients als unentgeltlich nicht entgegen.

bb) Bereitstellung personenbezogener Daten

Nach dem Inkrafttreten der DI-RL hat für die Bestimmung der Unentgeltlichkeit des Erwerbs eines Free-to-Play-Spielclients die Frage erheblich an Bedeutung gewonnen, ob der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellen muss.

⁵¹⁰ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 207; vgl. BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 516 BGB, Rn. 4.

⁵¹¹ *Palandt/Weidenkaff*, § 516 BGB, Rn. 8.

⁵¹² *Hoeren*, in FS Kollhossler, S. 237.

⁵¹³ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 215.

⁵¹⁴ Ebd.; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 847.

⁵¹⁵ *Spindler*, in *Spindler*, Rechtsfragen bei Open Source, S. 157; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 215; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 847; a. A. *Sester*, CR 2000, 797, 800.

Die DI-RL ist ausweislich ihres Art. 3 Abs. 1 S. 1 zwar nicht auf unentgeltliche Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern anwendbar.⁵¹⁶ Allerdings erfasst die Richtlinie gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 auch solche Verträge, bei denen der Verbraucher kein Geld zahlt, anstelle dessen aber „dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt“.

Die Regelung des Art. 3 Abs. 1 S. 2 beseitigt damit die Illusion einer „Kostenloskultur im Internet“⁵¹⁷, indem sie in bestimmten Fällen personenbezogene Daten als Gegenleistung für die Bereitstellung digitaler Inhalte ansieht. Zwar bezeichnet die verabschiedete Fassung der DI-RL im Gegensatz zum ursprünglichen Kommissionsentwurf die Überlassung personenbezogener Daten nicht mehr ausdrücklich als „Gegenleistung“.⁵¹⁸ Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der wirtschaftlichen Praxis die Überlassung personenbezogener Daten sehr oft Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Angeboten ist und damit als Entgelt für diese angesehen werden muss.⁵¹⁹

Es wäre aber nicht gerechtfertigt, sämtliche Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte nur deshalb als entgeltlich anzusehen, weil der Verbraucher im Zusammenhang mit diesen Verträgen auch personenbezogene Daten zur Verfügung stellt. Es sind schließlich kaum Fälle denkbar, in denen die Bereitstellung digitaler Inhalte nicht mit der Zurverfügungstellung von personenbezogenen Daten einhergeht. Gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 a.E. werden daher solche Fälle der Zurverfügungstellung personenbezogener Daten als unentgeltlich angesehen, in denen die Bereitstellung nur zu dem Zweck der Vertragserfüllung oder der Einhaltung rechtlicher Anforderungen erfolgt.⁵²⁰

Eine einheitliche Einordnung des Erwerbs des Free-to-Play-Spielclients als entgeltlich oder unentgeltlich ist angesichts der Vielzahl und Unterschiedlichkeit der am Markt erhältlichen Free-to-Play-Spiele nicht möglich. Es sind aber durchaus Fälle denkbar, in denen der Verbraucher dem Publisher bestimmte personenbezogene Daten als Gegenleistung bereitstellen muss, um den Free-to-Play-Spielclient zu erwerben.

Die Einordnung als Schenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB scheidet in einem solchen Fall aus, da der Erwerb hier von einer Gegenleistung abhängig und damit nicht mehr entgeltlich ist.⁵²¹ Ebenfalls liegt die Einordnung des Vertrages als Tausch gemäß § 480 BGB oder als Kauf gemäß § 433 Abs. 1 BGB fern, da die Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 7 Abs. 3 DS-GVO⁵²² für den Verbraucher jederzeit widerruflich ist und somit die Daten nicht zwingend dauerhaft beim Publisher

⁵¹⁶ *Ehle/Kreß*, CR 2019, 723, 724.

⁵¹⁷ So zum Kommissionsentwurf *Metzger*, AcP 2016, 817, 818.

⁵¹⁸ Art. 3 Nr. 1 des Kommissionsvorschlages (COM(2015) 634 final) sah ausdrücklich die Überlassung personenbezogener Daten als „eine andere Gegenleistung als Geld“ an, vgl. hierzu *Metzger*, JZ 2019, 577, 579.

⁵¹⁹ Vgl. *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 669; *Metzger*, JZ 2019, 577, 579.

⁵²⁰ *Metzger*, JZ 2019, 577, 579; *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 669 f.

⁵²¹ Vgl. zum Kommissionsentwurf *Metzger*, AcP 2016, 817, 833 f.

⁵²² Datenschutzgrundverordnung, (EU) 2016/679, v. 27. April 2016.

verbleiben.⁵²³ Es bietet sich vielmehr an, mietvertragliche Vorschriften auf diesen Vertrag anzuwenden⁵²⁴ und entgeltliche Free-to-Play-Spiele damit wie die noch unten darzustellenden Zeitspiele⁵²⁵ zu behandeln.

Es ist aber auch möglich, dass eine Reihe von Free-to-Play-Spielen nicht unter die Regelung des Art. 3 Abs. 1 S. 2 DI-RL fällt, weil der Erwerb der Spielclients nicht von der Bereitstellung personenbezogener Daten abhängig ist und damit unentgeltlich erfolgt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass bei Free-to-Play-Spielen in der Regel nicht die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Vordergrund steht, sondern vielmehr die Veräußerung virtueller Gegenstände innerhalb dieser Spiele. Dies wird durch die starke Zunahme von Käufen virtueller Gegenstände in Deutschland nahegelegt, welche sich zwischen 2017 und 2018 auf 40 % belief.⁵²⁶ Die dauerhafte, unentgeltliche Überlassung des Free-to-Play-Spielclients ist dann als Schenkung einzuordnen.⁵²⁷ Es handelt sich dabei um eine Handschenkung, da das herunterzuladende Programm in der Regel sofort zur Verfügung gestellt und somit die Zuwendung unmittelbar vollzogen wird.

Im weiteren Verlauf werden ausschließlich solche Free-to-Play-Spiele behandelt, deren Spielclient im soeben beschriebenen Sinn unentgeltlich erworben werden kann.

II. Support der Online-Komponenten

1. Nutzung des Spiels ohne Erwerb virtueller Gegenstände

Free-to-Play-Spiele können durchaus einen Online-Mehrspielermodus enthalten.⁵²⁸ Es ist darüber hinaus nicht auszuschließen, dass auch Online-DRM-Systeme zum Einsatz kommen. Das Spiel samt seinen Online-Komponenten kann der Erwerber dabei grundsätzlich auch ohne den Erwerb virtueller Gegenstände nutzen.⁵²⁹ Wie auch bei Inklusivspielen fehlt es bei den kostenlos zu erwerbenden Spielen aber oftmals an einer vertraglichen Regelung über eine etwaige Pflicht zum Support der Online-Komponenten.

Für die Herleitung einer Supportpflicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung spricht zunächst – wie auch bei Inklusivspielen – die hohe Abhängigkeit der

⁵²³ Vgl. Metzger, AcP 2016, 817, 835.

⁵²⁴ Ebd., 838.

⁵²⁵ Siehe dazu unten, S. 97.

⁵²⁶ *game – Verband der deutschen Games-Branche*, Deutscher Markt für Spiele-Apps im ersten Halbjahr 2018 (2018), abrufbar unter <https://www.game.de/marktdaten/deutscher-markt-fuer-spiele-apps-im-ersten-halbjahr-2018/>.

⁵²⁷ So auch Moser, Browsergames, S. 74; Striezel, Virtuelle Gegenstände, S. 202; Rauda, Computerspiele, Rn. 685; Baumgartner/Ewald, Apps und Recht, Rn. 38; so für Software im Allgemeinen von dem Bussche/Schelinski, in Leupold/Glossner, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 71; Koch, Computer-Vertragsrecht, S. 423.

⁵²⁸ Siehe dazu oben, S. 31.

⁵²⁹ Vgl. dazu oben, S. 31.

Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels von der nicht geregelten Leistung.⁵³⁰ Wie das Inklusivspiel kann auch das Free-to-Play-Spiel ganz oder teilweise nicht mehr genutzt werden, wenn der Support der Online-Komponenten beendet wird. Hinzu kommt, dass es keine alternativen Supportdienstleister gibt, an die sich der Nutzer im Falle der Beendigung des Supports wenden könnte, sodass er auf den Support der Online-Komponenten durch den jeweiligen Publisher angewiesen ist. Außerdem ist der Nutzer faktisch nicht in der Lage, mit dem Publisher eine vertragliche Supportpflicht auszuhandeln.

Problematisch ist allerdings, dass der Erwerber des Free-to-Play-Spiels – im Gegensatz zum Erwerber eines Inklusivspiels – keinerlei Gegenleistung erbringt. Darüber hinaus erwirbt er auch keine virtuellen Gegenstände. Er tätigt also keine Investition, welche im Falle der Beendigung des Supports der Online-Komponenten frustriert sein könnte. Falls der Support beendet wird, steht der Erwerber damit nicht schlechter da als in dem Fall, in welchem er den Spielclient gar nicht erst erworben hätte. Abhängig von der Art der Online-Komponente, deren Support beendet wurde, steht ihm dann immer noch ein zumindest teilweise nutzbarer Spielclient zur Verfügung. Da der Erwerber des Free-to-Play-Spielclients somit in wirtschaftlicher Hinsicht kaum vom Support betroffen ist, erscheint es nicht gerechtfertigt, den Publisher zum Support der Online-Komponenten zu verpflichten. Dafür spricht auch die generelle Ausrichtung des Free-to-Play-Spiels auf den Erwerb virtueller Gegenstände. Hierauf kommt es dem Publisher maßgeblich an. Falls der Spieler daran jedoch kein Interesse hat, sollte der Publisher nicht zum Support nicht lukrativer Online-Komponenten des Spiels verpflichtet sein.

Damit kann eine Pflicht des Publishers zum Support der Online-Komponenten des Free-to-Play-Spiels in Fällen, in denen der Erwerber keine virtuellen Gegenstände erwirbt, nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet werden. Somit hat der Erwerber des Free-to-Play-Spiels keinen Anspruch auf Support der Online-Komponenten des Spiels gegen den Publisher oder eine andere für den Support zuständige Person.

2. Nutzung des Spiels mit Erwerb virtueller Gegenstände

Fraglich ist jedoch, ob bei Free-to-Play-Spielen eine Supportpflicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet werden kann, falls der Nutzer virtuelle Gegenstände erwirbt.

a) Typologisierung des dauerhaften Erwerbs virtueller Gegenstände

Es existieren unterschiedliche Arten virtueller Gegenstände, wie z. B. Waffen, Spielfiguren oder auch Einrichtungsgegenstände.⁵³¹ Die virtuellen Gegenstände haben außerdem ganz unterschiedliche Funktionen, wozu beispielsweise die Verbesserung der

⁵³⁰ Zu den Kriterien für die Herleitung einer Supportpflicht siehe oben, S. 52 ff.

⁵³¹ *Pszczolla*, Onlinespielrecht, S. 53.

Kampfkraft oder die Erhöhung der Lebensdauer einer Spielfigur gehört.⁵³² Sie können innerhalb eines Spiels entweder aufgrund von spielerischen Leistungen oder im Gegenzug für die Zahlung von realem oder von „Spielgeld“ erworben werden.⁵³³

Die herrschende Literatur wendet auf den Vertrag über den dauerhaften Erwerb des virtuellen Gegenstands gegen die einmalige Entrichtung eines Entgelts die kaufvertragsrechtlichen Vorschriften entweder direkt oder analog an.⁵³⁴ Zwar handle es sich bei virtuellen Gegenständen nicht um Sachen im Sinne des § 90 BGB⁵³⁵, jedoch komme eine Einordnung entweder als Kauf eines sonstigen Gegenstandes⁵³⁶ oder als Rechtskauf⁵³⁷ gemäß § 453 Abs. 1 BGB in Betracht.

Eine Minderansicht ist dagegen für eine Einordnung als Miet-⁵³⁸ oder als Werkvertrag⁵³⁹. Nach dieser Auffassung spreche gegen die kaufvertragliche Einordnung, dass es sich bei der Überlassung des virtuellen Gegenstands letztlich nur um eine Umgestaltung der beim Spieler gespeicherten Daten der Spielkopie handle.⁵⁴⁰ Darüber hinaus sei die Annahme eines Kaufvertrages realitätsfern, da die virtuellen Gegenstände dem Erwerber nicht zeitlich unbegrenzt zur Verfügung stehen sollen, sondern nur so lange, wie auch das digitale Spiel fortbesteht.⁵⁴¹ Eine kaufvertragliche Einordnung hätte jedoch zur Folge, dass der „Betreiber“ des Spiels auch dazu verpflichtet wäre, die zeitlich unbegrenzte Nutzung der virtuellen Welt zu ermöglichen.⁵⁴²

Gegen die zuletzt genannte Ansicht spricht jedoch, dass es für den Spieler in der Regel nicht ersichtlich ist, ob der Erwerb eines virtuellen Gegenstandes durch Umgestaltung des auf seinem Endgerät installierten Spiels erfolgt oder etwa durch eine

⁵³² Vgl. *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 17; *Völmann-Stickelbrock*, in *FS Eisenhardt*, S. 334.

⁵³³ Vgl. *Pszczolla*, *Onlinespielrecht*, S. 53; *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 18; *Diegmann/Kuntz*, *NJW* 2010, 561, 561.

⁵³⁴ *Lober/Weber*, *MMR* 2005, 653, 656; *Klickermann*, *MMR* 2007, 766, 768; *Diegmann/Kuntz*, *NJW* 2010, 561, 562; *Lutzi*, *NJW* 2012, 2070, 2071; *Kannowski/Till*, *NJOZ* 2017, 522, 523; *BeckOK BGB/Fritzsche*, § 90 BGB, Rn. 27; *Geis/Geis*, *CR* 2007, 721, 721; *Pszczolla*, *Onlinespielrecht*, S. 79; *Schneider*, *Virtuelle Werte*, S. 190; *Rippert/Weimer*, *ZUM* 2007, 272, 278; *Striezel*, *Virtuelle Gegenstände*, S. 220 ff.; *Preuß*, *Virtuelle Güter*, S. 115; *Schapiro*, in *Bräutigam/Rücker*, *E-Commerce*, 6. Teil, F., Rn. 22; *Redeker*, *IT-Recht*, Rn. 1165.

⁵³⁵ Dazu *Geis/Geis*, *CR* 2007, 721, 721; *Schapiro*, in *Bräutigam/Rücker*, *E-Commerce*, 6. Teil, F., Rn. 21.

⁵³⁶ So *Lutzi*, *NJW* 2012, 2070, 2071; *Diegmann/Kuntz*, *NJW* 2010, 561, 562; *BeckOK BGB/Fritzsche*, § 90 BGB, Rn. 27; *Geis/Geis*, *CR* 2007, 721, 721; *Pszczolla*, *Onlinespielrecht*, S. 79.

⁵³⁷ So *Lober/Weber*, *MMR* 2005, 653, 656; *Klickermann*, *MMR* 2007, 766, 768; *Schneider*, *Virtuelle Werte*, S. 190; *Rippert/Weimer*, *ZUM* 2007, 272, 278; *Schapiro*, in *Bräutigam/Rücker*, *E-Commerce*, 6. Teil, F., Rn. 21; *Redeker*, *IT-Recht*, Rn. 1165.

⁵³⁸ *Creutz*, *Regeln virtueller Welten*, S. 168.

⁵³⁹ *Völmann-Stickelbrock*, in *FS Eisenhardt*, S. 344; für einen gemischten Vertrag mit werk- und dienstvertraglichen Elementen plädiert *Gräber*, *virtuelle Güter*, S. 83 f.

⁵⁴⁰ *Völmann-Stickelbrock*, in *FS Eisenhardt*, S. 344.

⁵⁴¹ *Gräber*, *virtuelle Güter*, S. 69; dem folgend *Creutz*, *Regeln virtueller Welten*, S. 166.

⁵⁴² *Creutz*, *Regeln virtueller Welten*, S. 166.

Übertragung von zusätzlichen Daten vonstattengeht. Das Ergebnis stellt sich für ihn außerdem in beiden Fällen gleich dar: Er verfügt über einen virtuellen Gegenstand innerhalb des digitalen Spiels. Aus diesen Gründen kann es nicht darauf ankommen, wie der Erwerb des virtuellen Gegenstands technologisch abläuft.

Es ist zwar einzusehen, dass die Anwendung des Kaufrechts auf den dauerhaften, entgeltlichen Erwerb virtueller Gegenstände nicht dazu führen darf, dass der „Betreiber“ des Spiels die Nutzungsmöglichkeit desselben für immer aufrechterhalten muss. Es ist aber nicht nachvollziehbar, warum dieses Ziel nur durch einen kategorischen Ausschluss der Anwendung des Kaufvertragsrechts erreicht werden könnte.

Damit ist der herrschenden Meinung zu folgen, nach der auf den dauerhaften, entgeltlichen Erwerb eines virtuellen Gegenstands Kaufrecht Anwendung findet.

b) Zusammenhang zwischen Support und virtuellen Gegenständen

Es ist möglich, dass sich die Beendigung des Supports der Online-Komponenten des Free-to-Play-Spiels negativ auf die Nutzungsmöglichkeit der erworbenen virtuellen Gegenstände auswirkt. Dies ist einerseits in Fällen denkbar, in welchen die Speicherung der virtuellen Gegenstände nicht lokal auf dem Endgerät des Spielers, sondern auf zentralen Servern des Publishers erfolgt.⁵⁴³ Andererseits kann die Beendigung des Supports der Online-Komponenten auch unabhängig vom Speicherort der virtuellen Gegenstände Einfluss auf ihre Nutzungsmöglichkeit haben, etwa wenn sie nur innerhalb eines Teils des Spiels genutzt werden können, dessen Nutzungsmöglichkeit wiederum vom Support der Online-Komponenten abhängt.

In diesen Fällen entsteht im Vertrag über die Überlassung des virtuellen Gegenstandes eine im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung herzuleitende Supportpflicht.⁵⁴⁴ Für den Fall, dass die Person, welche den virtuellen Gegenstand überlässt, nicht identisch ist mit demjenigen, welcher den Support der Online-Komponenten erbringt, entsteht die Supportpflicht in einem separaten Supportvertrag.⁵⁴⁵ Für das Entstehen einer Supportpflicht spricht, dass der Erwerber des virtuellen Gegenstands eine Investition getätigt hat und erwartet, den virtuellen Gegenstand – zumindest für einen bestimmten Zeitraum – nutzen zu können. Diese berechnete Leistungserwartung und das Äquivalenzinteresse des Erwerbers würden enttäuscht, wenn man eine Pflicht zum Support der für die Nutzungsmöglichkeit des virtuellen Gegenstandes notwendigen Online-Komponenten verneinen würde und der Support daher jederzeit beendet werden könnte.

Die Pflicht ist dabei – wie auch beim Support von Inklusivspielen – als dienstvertragsrechtliche Leistungspflicht gemäß § 611 Abs. 1 BGB einzuordnen. Die gemäß § 611 Abs. 1 BGB erforderliche Vergütung des Supportverpflichteten ist Teil des Kaufpreises, welchen der Käufer des virtuellen Gegenstandes entrichtet.

⁵⁴³ Vgl. dazu *Frieling*, MedienWirtschaft 2/2011, 14, 17 f.; *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Virtuelle Güter bei Computerspielen (2011), S. 6, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/blob/412052/a2ff34407556f84c8b5a31e90db0df8c/wd-10-085-11-pdf-data.pdf>; *Preuß*, Virtuelle Güter, S. 37 f.

⁵⁴⁴ Siehe dazu oben, S. 52 ff.

⁵⁴⁵ Siehe dazu oben, S. 61 ff.

C. Abospiele

Die Gruppe der Abospiele kann untergliedert werden in die Konsolenspiele, die Zeitspiele und die MMOG.⁵⁴⁶ Charakteristisch für Abospiele ist, dass entweder die Nutzung des gesamten Spiels oder nur des Online-Mehrspielermodus lediglich im Gegenzug für die Entrichtung einer wiederkehrenden Gebühr möglich ist.

I. Konsolenspiele

Wie bereits in Kapitel I dieser Arbeit erläutert⁵⁴⁷, gehören zu den Konsolenspielen solche digitalen Spiele, deren Spielclient gegen ein einmal zu zahlendes Entgelt erworben und dessen Einzelspielermodus ohne zeitliche Begrenzung genutzt werden kann.

Die Pflicht zur Überlassung des Konsolenspielclients unterscheidet sich nicht von der Verpflichtung zur Überlassung des Inklusivspielclients.⁵⁴⁸ Aus diesem Grunde finden auf die Überlassungsverpflichtung die kaufrechtlichen Vorschriften direkte Anwendung, unabhängig davon, ob das Konsolenspiel auf einem Datenträger oder per Download erworben wird.

Es ist jedoch möglich, dass im Einzelspielermodus die Nutzung des Konsolenspiels von Online-DRM-Systemen kontrolliert wird. Wie bei Inklusivspielen entsteht dann ein Anspruch des Erwerbers des Konsolenspiels auf Support der Online-DRM-Systeme bereits im Überlassungsvertrag oder – bei Personenverschiedenheit des Veräußerers und des Support-Verpflichteten – in einem separaten Supportvertrag, der zeitgleich mit dem Überlassungsvertrag abgeschlossen wird. Im Falle des Fehlens einer Regelung über den Support der Online-Komponenten kann eine entsprechende Pflicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet werden.⁵⁴⁹

Der Online-Mehrspielermodus dieses Spiels erhält jedoch erst dann Support, nachdem der Erwerber des Spielclients einen Abonnementvertrag abgeschlossen hat, welcher ihn zur Entrichtung einer wiederkehrenden Gebühr verpflichtet.⁵⁵⁰ Eine Pflicht zum Support des Online-Mehrspielermodus entsteht damit nicht schon im Überlassungs- bzw. Supportvertrag, sondern erst auf Grundlage dieses gesonderten Abonnementvertrages.

Diese Vereinbarung kommt mit dem Konsolenhersteller bzw. einem seiner Tochterunternehmen zustande⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ Siehe dazu oben, S. 31 ff.

⁵⁴⁷ Siehe dazu oben, S. 31 ff.

⁵⁴⁸ Siehe dazu oben, S. 65 f.

⁵⁴⁹ Siehe dazu oben, S. 52 ff.

⁵⁵⁰ Siehe hierzu die Produktbeschreibung des *Xbox Live Gold*-Abonnements sowie der *PlayStation Plus*-Mitgliedschaft, abrufbar unter <http://www.xbox.com/de-DE/live/gold> bzw. <https://www.playstation.com/de-de/explore/playstation-plus/>.

⁵⁵¹ Vgl. die Einleitung der Nutzungsbedingungen für das PlayStation Network, abrufbar unter http://legaldoc.dl.playstation.net/ps3-eula/psn/e/de_tosua_de.html.

Die Situation mit Blick auf die Supportpflicht stellt sich damit bei Konsolenspielen anders dar als bei Inklusiv- und Free-to-Play-Spielen. Es existieren hier ausdrückliche Regelungen, die bestimmen, wer auf welcher Grundlage den Support des Online-Mehrspielermodus erbringt. Damit fehlt es an einer Regelungslücke, die durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden könnte, sodass sich auch eine Auslegung verbietet, die eine (umfassende) Supportpflicht bereits im Überlassungsvertrag entstehen lässt. Ausgenommen hiervon sind – wie bereits erläutert – nur die Online-DRM-Systeme, welche die Nutzung des Spiels schon im Einzelspielermodus kontrollieren.

Zu beachten ist dabei, dass aufgrund des Abonnementvertrages neben dem Support der Online-Komponenten auch noch weitere Leistungen vom Konsolenhersteller erbracht werden können. So erhält der Nutzer beispielsweise im Rahmen des *PlayStation Plus*-Abonnements auch Zugriff auf digitale Spiele, welcher er zusätzlich zu seinem vorher käuflich erworbenen Konsolenspiel spielen kann.⁵⁵² Aufgrund der verschiedenen im Vertrag inkludierten Leistungen des Konsolenherstellers wird es sich beim Abonnementvertrag in der Regel um einen typengemischten Vertrag handeln. Teil dieses Vertrages ist aber jedenfalls die Pflicht zum Support des Online-Mehrspielermodus des zuvor käuflich erworbenen Konsolenspielclients. Diese Pflicht ist – wie auch die Supportpflicht bei Inklusivspielen – dem Dienstvertragsrecht gemäß §§ 611 ff. BGB zu unterstellen.⁵⁵³

II. Zeitspiele

Zeitspiele unterscheiden sich von den anderen Arten der Abospiele darin, dass sie im Ganzen, also inklusive ihres Spielclients, nur für die Dauer des Überlassungsvertrages gespielt werden können. Der Vertrag wird nicht auf Dauer abgeschlossen und verpflichtet den Erwerber des Spiels zur Entrichtung einer wiederkehrenden Gebühr.

Zunächst soll untersucht werden, wie die Pflicht zur Überlassung dieser Spiele vertragsrechtlich typologisiert werden kann (dazu 1.). Im Anschluss daran wird der Frage nachgegangen, welche Rechtsgrundlage für den Support der Online-Komponenten dieser Spiele in Betracht kommt (dazu 2.).

1. Typologisierung der Überlassungspflicht

Zeitspiele kann der Nutzer herunterladen und für eine begrenzte Zeit gegen die wiederkehrende Entrichtung einer Gebühr nutzen. Diese Nutzungsmöglichkeit verliert der Erwerber allerdings wieder nach der Kündigung des Überlassungsvertrages. Typologisch kommen zwei Vertragsarten in Betracht: der Pachtvertrag gemäß § 581 Abs. 1 BGB und der Mietvertrag gemäß § 535 Abs. 1 BGB.

⁵⁵² Siehe die Informationsseite zur *PlayStation Plus*-Mitgliedschaft, abrufbar unter <https://www.playstation.com/de-de/explore/playstation-plus/>.

⁵⁵³ Siehe dazu oben, S. 80 ff.

a) Pachtvertragliche Einordnung

Gegenstände des Pachtvertrages können sowohl Sachen, Rechte als auch unkörperliche Gegenstände wie z. B. Unternehmen sein.⁵⁵⁴

Mehrere Literaturstimmen ordnen die Pflicht zur Überlassung von Software auf Zeit als Pacht- oder zumindest pachtähnlichen Vertrag gemäß § 581 Abs. 1 BGB ein.⁵⁵⁵ Als Grund dafür wird die Tatsache angeführt, dass sowohl körperliche als auch unkörperliche Gegenstände verpachtet werden können und dass Software einen unkörperlichen Gegenstand darstelle⁵⁵⁶ oder man diese Frage vor dem Hintergrund des weiten Pachtgegenstandsbegriffs ohnehin nicht entscheiden müsse⁵⁵⁷. Auch darüber hinaus sei aufgrund der im Wesentlichen gleichen Rechtsfolgen keine Abgrenzung zwischen Miet- und Pachtvertrag mit Blick auf die Pflicht zur Überlassung von Software auf Zeit vonnöten.⁵⁵⁸ Aufgrund der Verweisungsvorschrift in § 581 Abs. 2 BGB finden die Mietrechtsvorschriften auch auf den Pachtvertrag weitgehend Anwendung.

Die bisherigen Aussagen des BGH zur Frage der Einordnung der zeitlich begrenzten Softwareüberlassung als Pachtvertrag sind nicht eindeutig. In den Entscheidungen *Programmsperre I* sowie *Programmsperre II* diskutierte das Gericht knapp die Einordnung der Überlassungsvereinbarungen als Pachtvertrag, ohne jedoch abschließend hierzu Stellung zu nehmen.⁵⁵⁹ In einem jüngeren Urteil ordnet der BGH den zwischen zwei Unternehmen geschlossenen Lizenzvertrag, welcher dem Beklagten das Recht zur Nutzung, Weiterentwicklung sowie zum Vertrieb von Software einräumte, „entsprechend der Rechtspacht als Dauernutzungsvertrag i. S. d. §§ 108, 112 InsO“ ein.⁵⁶⁰ Gegenstand dieser Untersuchung sind jedoch ausschließlich Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern, sodass die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage hier nicht weiterhilft.

Trotz der soeben erwähnten Vorteile ist an einer pachtrechtlichen Typologisierung des Zeitspielüberlassungsvertrages problematisch, dass gemäß § 581 Abs. 1 BGB dem Pächter nicht nur der Gebrauch des verpachteten Gegenstands, sondern auch der Genuss der Früchte zu gewähren ist, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind.

⁵⁵⁴ BeckOK BGB/Wagner, § 581 BGB, Rn. 2; vgl. Heydn, CR 2010, 765, 773; Lenhard, Vertragstypologie, S. 221.

⁵⁵⁵ Lenhard, Vertragstypologie, S. 221; Heydn, CR 2010, 765, 773; Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 67; zur Megede, NJW 1989, 2580, 2583; zumindest denkbar, aber in der Praxis unüblich: Kilian, CR 1986, 187, 194; für die unkörperliche Softwareüberlassung: Dörner/Jersch, iur 1988, 137, 146; für den ASP-Vertrag: Alpert, CR 2000, 345, 349.

⁵⁵⁶ Brandi-Dohrn, CR 1986, 63, 67; vgl. Dörner/Jersch, iur 1988, 137, 146.

⁵⁵⁷ Heydn, CR 2010, 765, 773.

⁵⁵⁸ Dörner/Jersch, iur 1988, 137, 146; Heydn, CR 2010, 765, 773; vgl. Roth-Neuschild, in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 13, Rn. 23.

⁵⁵⁹ BGH, NJW 1981, 2684, 2684 – *Programmsperre I*; NJW 1987, 2004, 2006 – *Programmsperre II*.

⁵⁶⁰ BGH, NJW 2006, 915, 916.

Bei dieser Pflicht des Verpächters handelt es sich um eine typenprägende Hauptleistungspflicht, die nicht abbedungen werden kann, ohne dass der Vertrag den Charakter eines Pachtvertrages verliere.⁵⁶¹

Es ist zweifelhaft, ob der Nutzer eines digitalen Spiels tatsächlich „Früchte“ aus diesem ziehen kann. Zu den Früchten gemäß § 99 Abs. 1 BGB gehören die „Erzeugnisse der Sache“ und „die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird“. Die Ziehung von „Erzeugnissen“ scheidet bei Software schon von vornherein aus, da hierunter natürliche Tier- und Bodenprodukte verstanden werden.⁵⁶²

Die „sonstige Ausbeute“ wird im Gegensatz zu den Erzeugnissen aus der Substanz der Muttersache gewonnen.⁵⁶³ Als Gegenstand einer Ausbeute von digitalen Spielen kommen allenfalls virtuelle Güter wie Avatare oder allgemein die mit dem Spiel gespeicherten Daten in Betracht. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Ausbeute selbst Sachqualität haben muss⁵⁶⁴, sodass bereits aus diesem Grund die genannten Gegenstände nicht als Ausbeute angesehen werden können⁵⁶⁵.

Eine Vielzahl von Vorschriften des BGB setzt außerdem voraus, dass die Früchte von der Muttersache getrennt werden können.⁵⁶⁶ Dies ist jedoch bei virtuellen Gegenständen und allen anderen im Zusammenhang mit einem digitalen Spiel anfallenden Daten grundsätzlich nicht der Fall.⁵⁶⁷ Sie können nur zusammen mit der jeweiligen Spielsoftware genutzt werden, welche daher nicht geeignet ist, Früchte abzuwerfen.⁵⁶⁸

Darüber hinaus heben mehrere Vertreter in der Literatur hervor, dass die Hersteller von Software im Allgemeinen kein Interesse daran hätten, dass der Erwerber der Software ein Fruchtziehungsrecht bekommt.⁵⁶⁹ Der Privatnutzer einer Software erhalte

⁵⁶¹ MüKo BGB/Harke, § 581 BGB, Rn. 3.

⁵⁶² BGH, NJW-RR 1989, 673, 674; *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75, 79; MüKo BGB/*Stresemann*, § 99 BGB, Rn. 2 mwN; so auch für digitale Online-Spiele *Striezel*, Virtuelle Gegenstände, S. 211.

⁵⁶³ BeckOK BGB/*Fritzsche*, § 99 BGB, Rn. 6; MüKo BGB/*Stresemann*, § 99 BGB, Rn. 4.

⁵⁶⁴ Erman/*Schmidt*, § 99 BGB, Rn. 3; BeckOK BGB/*Fritzsche*, § 99 BGB, Rn. 6; *Striezel*, Virtuelle Gegenstände, S. 211.

⁵⁶⁵ *Striezel*, Virtuelle Gegenstände, S. 211.

⁵⁶⁶ So z. B. § 596a BGB, vgl. näher hierzu MüKo BGB/*Stresemann*, § 99 BGB, Rn. 16.

⁵⁶⁷ So auch *Moser*, Browsergames, S. 68; *Pszczolla*, Onlinespielrecht, S. 92.

⁵⁶⁸ So auch für andere Software als digitale Spiele, *Karger*, in *Redeker*, Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.9, Rn. 14; *Fritzsche*, JuS 1995, 497, 503; *Meyer*, Software, S. 240.

⁵⁶⁹ *Hoeren*, in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 161; *ders.*, IT-Vertragsrecht, S. 251; *Karger*, in *Redeker*, Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.9, Rn. 14; *Röhrborn/Sinhardt*, CR 2001, 69, 71; *Fritzsche*, JuS 1995, 497, 503; *Köhler/Fritzsche*, in *Lehmann*, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Teil, XIII, Rn. 28; *Henssler*, MDR 1993, 489, 491; *Bartsch*, CR 1992, 393, 397; siehe dazu auch LG Köln, CR 1996, 154, 155.

kein Recht zur Verwertung derselben, sondern lediglich zur Nutzung und zum Gebrauch, weswegen auch eine Fruchtzuehung gemäß § 99 Abs. 2 BGB ausscheidet.⁵⁷⁰ Darüber hinaus sei regelmäßig auch ein Recht zur Vermietung oder Verpachtung der Software ausgeschlossen, sodass der Nutzer auch keine mittelbaren Sach- oder Rechtsfrüchte gemäß § 99 Abs. 3 BGB ziehen darf.⁵⁷¹ Dies gelte erst recht für digitale Spiele, welche im Gegensatz zu herkömmlicher Anwendersoftware nicht auf einen produktiven Einsatz ausgerichtet sind, sondern der Unterhaltung dienen.⁵⁷² Insgesamt ist damit die Anwendung der pachtrechtlichen Vorschriften auf die Pflicht zur Überlassung des Zeitspiels abzulehnen.

b) Mietvertragliche Einordnung

Gegenstand eines Mietvertrages können nur bewegliche oder unbewegliche Sachen i. S. d. § 90 BGB sein.⁵⁷³ Eine dem § 453 Abs. 1 BGB vergleichbare Norm, welche die mietrechtlichen Vorschriften auch auf Gegenstände Anwendung finden ließe, die keine Sachen gemäß § 90 BGB darstellen, fehlt in den §§ 535 ff. BGB. Zwar kann die Anwendung des Mietrechts auf die datenträgergebundene Überlassung eines Spielclients unproblematisch bejaht werden, da mit der ständigen Rechtsprechung des BGH und der überwiegenden Literaturansicht die auf einem Datenträger verkörperte Software als Sache gemäß § 90 BGB einzuordnen ist.⁵⁷⁴ Fraglich ist aber, ob die §§ 535 ff. BGB auch auf die unkörperliche Überlassung des Zeitspielclients Anwendung finden. Problematisch ist daran nämlich, dass der Besitz an dieser Sache nicht vom Veräußerer überlassen wurde, sondern die Sache erst im Endgerät des Nutzers – durch Speicherung auf einem Datenträger im Wege der Vervielfältigung – entstanden ist.

Nach dem im Jahr 2007 ergangenen *ASP-Urteil*⁵⁷⁵ des BGH kommt es aber auf eine Besitzüberlassung des Mietgegenstandes für die Anwendung der mietrechtlichen Vorschriften nicht an.

Dieser Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in welchem die Klägerin der Beklagten die entgeltliche Nutzung einer Buchhaltungs- und Warenwirtschaftssoftware ermöglichte, welche auf einem zentralen Server abgespeichert war. Die Beklagte konnte auf

⁵⁷⁰ Vgl. Koch, ITRB 2001, 39, 41; Henssler, MDR 1993, 489, 491; LG Köln, CR 1996, 154, 155.

⁵⁷¹ Röhrborn/Sinhart, CR 2001, 69, S. 71.

⁵⁷² Vgl. Striezel, Virtuelle Gegenstände, S. 212.

⁵⁷³ Palandt/Weidenkaff, § 535 BGB, Rn. 2; Staudinger/Emmerich, § 535 BGB, Rn. 2; MüKo BGB/Häublein, § 535 BGB, Rn. 62.

⁵⁷⁴ BGH, NJW 1990, 320, 321; NJW 1993, 2436, 2438; NJW 2007, 2394, 2394; Palandt/Ellenberger, § 90 BGB, Rn. 2; Henssler, MDR 1993, 489, 490; Bösert, Nießbrauch, S. 144; Bydlinski, AcP 1998, 287, 307; König, Computerprogramm, Rn. 432; Topel, CR 1993, 198, 199; Lutz, Softwarelizenzen, S. 25; Marly, BB 1991, 432, 433 f.; Koch, Computer-Vertragsrecht, Rn. 27; Jauernig/Mansel, vor. § 90 BGB, Rn. 3; Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, S. 57; ders., CR 1988, 908, 911; ders., GRUR 1988, 340, 345; a. A. Müller-Hengstenberg, CR 2004, 161, 164; Diedrich, CR 2002, 473, 475; BeckOK BGB/Fritzsche, § 90 BGB, Rn. 26; Pres, CR 1994, 520, 520.

⁵⁷⁵ BGH, NJW 2007, 2394, 2394.

diese Software über das Internet zugreifen, ohne dass die Installation einer gesonderten Clientsoftware vonnöten war, was allgemein als ASP (Application Service Providing) bezeichnet wird.⁵⁷⁶

Der BGH wandte auf die Vereinbarung das Mietrecht gemäß den §§ 535 ff. BGB direkt an.⁵⁷⁷ Das Gericht erläuterte, dass die Anwendung des Mietrechts nicht voraussetze, dass eine Besitzverschaffung erfolge, sondern lediglich, dass der *Gebrauch* der Mietsache überlassen werde.⁵⁷⁸ Da der vertragsgemäße Gebrauch der Software im Fall des ASP keine Besitzverschaffung voraussetzte, genügte es, dass der Nutzer über eine Internetverbindung auf die Software zugreifen konnte und ihm damit der Gebrauch eröffnet wurde.⁵⁷⁹

Zwar setzt die Nutzung eines clientbasierten digitalen Spiels im Gegensatz zum ASP den Besitz des Spielclients voraus, da eine Nutzung des Spiels ohne Installation der Software auf dem Endgerät des Nutzers nicht möglich ist. Jedoch kommt es nicht darauf an, wie dieser Besitz dem Nutzer verschafft wurde, also ob die Sachherrschaft an einer spezifischen datenträgergebundenen Softwarekopie überlassen wird oder ob die Softwarekopie als Vervielfältigungsstück auf dem Endgerät des Nutzers erstmals entsteht. Denn wenn es schon im Sinne des *ASP-Urteils* für die Ermöglichung des vertragsgemäßen Gebrauchs einer Mietsache nicht darauf ankommen muss, ob auch der Besitz an dieser Sache verschafft wird, kann es erst recht keine entscheidende Rolle spielen, wie der – an sich erforderliche – Besitz an der Mietsache verschafft wird.

Damit finden die mietrechtlichen Vorschriften auf die Überlassung des Zeitspielclients Anwendung.

2. Der Support der Online-Komponenten

Nachdem festgestellt worden ist, dass auf die Pflicht zur (unkörperlichen) Überlassung eines digitalen Spiels die mietrechtlichen Regelungen Anwendung finden, soll an dieser Stelle untersucht werden, woraus sich eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten des Zeitspiels ergibt.

a) Pflicht gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 u. Satz 2 BGB

Der Support der Online-Komponenten des Zeitspiels könnte von der Gebrauchsüberlassungs- und -Erhaltungspflicht gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 u. Satz 2 BGB umfasst sein.

Die Gebrauchsüberlassungspflicht sieht vor, dass der Vermieter dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache ermöglicht.⁵⁸⁰ Darüber hinaus muss der Ver-

⁵⁷⁶ Ebd.

⁵⁷⁷ Ebd.

⁵⁷⁸ Ebd., 2395; dem zustimmend Staudinger/*Emmerich*, § 535 BGB, Rn. 15; MüKo BGB/*Häublein*, § 535 BGB, Rn. 67; *Marly*, Softwarerecht, Rn. 744; *Roth-Neuschild*, in Auer-Reinsdorf/*Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 13, Rn. 18.

⁵⁷⁹ BGH, NJW 2007, 2394, 2395

⁵⁸⁰ Palandt/*Weidenkaff*, § 535 BGB, Rn. 14; NK-BGB/*Klein-Blenkers*, § 535 BGB, Rn. 63.

mieter den vertragsgemäßen Zustand der Mietsache für die Dauer des Mietverhältnisses aufrechterhalten.⁵⁸¹ Diese Grundsätze gelten auch für die mietweise Überlassung von Software. Der Vermieter muss die Software während der gesamten Dauer des Mietvertrages in einem vertragsgemäßen Zustand erhalten.⁵⁸²

Was vertragsgemäß ist, bestimmt sich vorrangig nach der Vereinbarung der Parteien.⁵⁸³ Sofern daher beispielsweise keine Vereinbarung hinsichtlich der Pflicht zur Stromversorgung einer Wohnung getroffen wurde, ist der Vermieter nicht selbst zur Stromversorgung verpflichtet.⁵⁸⁴ Er muss aber grundsätzlich dafür Sorge tragen, dass die Wohnung zumindest an das Stromnetz angeschlossen ist, sodass der Mieter selbst mit einem Stromversorgungsunternehmen kontrahieren kann.⁵⁸⁵

Dieser Aspekt lässt sich auch auf den Support der Online-Komponenten von Zeitspielen übertragen. Sofern die Online-Komponenten erst aufgrund eines gesonderten Vertrages zur Verfügung gestellt werden sollen, ist der Vermieter des Spiels nicht bereits aufgrund des Mietvertrages zur Etablierung und Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation verpflichtet. Er muss nur dafür einstehen, dass das Zeitspiel als solches grundsätzlich zur Realisierung der Online-Komponenten in der Lage ist, also eine entsprechende Programmierung dahingehend aufweist.

Dafür, dass der Support der Online-Komponenten nicht zwingend dem Mietrecht unterfällt, spricht außerdem, dass zusätzliche Leistungen in Bezug auf die Software, wie z. B. die Durchführung von Programmpflege oder die Erbringung von Programmupdates oder Hotline-Services, durchaus anderen Vertragstypen unterfallen können.⁵⁸⁶

Wäre der Support der Online-Komponenten des Zeitspiels von der Gebrauchsüberlassungs- und Erhaltungspflicht erfasst, hätte dies zur Folge, dass die Vertragsautonomie der Parteien stark eingeschränkt und die Etablierung unterschiedlicher Geschäftsmodelle hinsichtlich des Supports von Online-Komponenten am Markt praktisch ausgeschlossen wäre. Denn durch eine mietrechtliche Einordnung des Supports wäre die Vereinbarung eines gesonderten Vertrages über den Support der Online-Komponenten, der noch dazu eine zusätzliche Vergütung vorsieht, nicht möglich.

Eine mietvertragliche Einordnung des Supports der Online-Komponenten würde darüber hinaus auf Bedenken stoßen, da der Vermieter strenger haften würde als der Dienstverpflichtete eines Dienstvertrages, welcher grundsätzlich nur ein Bemühen schuldet.

⁵⁸¹ Palandt/*Weidenkaff*, § 535 BGB, Rn. 36f.; Staudinger/*Emmerich*, § 535 BGB, Rn. 20.

⁵⁸² NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 89; *von dem Busche/Schelinski*, in Leupold/Glossner, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 1, C., IV, Rn. 343.

⁵⁸³ Staudinger/*Emmerich*, § 535 BGB, Rn. 35; MüKo BGB/*Häublein*, § 535 BGB, Rn. 65.

⁵⁸⁴ Vgl. Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 535 BGB, Rn. 541.

⁵⁸⁵ Ebd.

⁵⁸⁶ BGH, NJW 2007, 2394, 2395; vgl. NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 89 f.

Aus diesen Gründen scheidet eine Erfassung des Supports der Online-Komponenten von der mietrechtlichen Gebrauchsüberlassungs- und -Erhaltungspflicht gemäß § 535 Abs. 1 Satz 1 u. Satz 2 BGB aus.

b) Pflicht gemäß § 611 Abs. 1 BGB

Der Support der Online-Komponenten der Zeitspiele unterscheidet sich in technischer Hinsicht nicht vom Support der Online-Komponenten anderer Arten digitaler Spiele, weshalb er auch hier als dienstvertragliche Pflicht einzuordnen ist.⁵⁸⁷

Der Erwerber des Zeitspiels hat – vergleichbar mit Inklusivspielen – ein berechtigtes Interesse daran, zumindest für die Dauer des Mietverhältnisses das Zeitspiel samt Online-Komponenten nutzen zu können. Denn die Nutzungsmöglichkeit auch bei Zeitspielen kann ganz oder teilweise vom Support der Online-Komponenten abhängen. Ohne eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten stünde es im Belieben des Publishers, den Support der Online-Komponenten zu erbringen oder nicht. Der Erwerber des Spiels liefe dann Gefahr, im Besitz einer weitgehend wert- und funktionslosen Spielkopie zu sein, weil die Nutzungsmöglichkeit des Zeitspiels weggefallen ist. Der Erwerber ist darüber hinaus in der Regel auch nicht in der Lage, eine Pflicht zum Support mit dem Publisher oder gar mit Dritten zu vereinbaren. Falls eine Regelung über den Support im Vertrag fehlt, kann daher eine entsprechende Pflicht wie auch bei den Inklusiv- und Konsolenspielen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ermittelt werden.⁵⁸⁸

Für den Fall, dass der Veräußerer des Spielclients mit der Person, welche den Support der Online-Komponenten erbringt, identisch ist, liegt ein typengemischter Überlassungsvertrag vor, welcher miet- und dienstvertragliche Elemente vereint. Falls der Veräußerer des Zeitspielclients und die für den Support der Online-Komponenten zuständige Person verschieden sind, kommt zeitgleich mit dem Abschluss des Überlassungsvertrages ein separater Supportvertrag zustande.⁵⁸⁹

Wie bei den Konsolenspielen kann auch bei den Zeitspielen der Support der Online-Komponenten erst aufgrund eines gesonderten, entgeltpflichtigen Abonnementvertrages geschuldet sein. Ein Beispiel hierfür stellt das *EA Access*-Abonnement dar, welches die Inhaber einer *Xbox One*-Konsole mit dem Konsolenhersteller *Microsoft*⁵⁹⁰ abschließen können. Es eröffnet den Spielern Zugriff auf mehrere digitale Spiele des

⁵⁸⁷ Siehe zur dienstvertraglichen Einordnung des Supports oben, S. 80 ff.

⁵⁸⁸ Siehe dazu oben, S. 52 ff. und S. 93 ff.

⁵⁸⁹ So auch bei den Inklusivspielen, siehe dazu oben, S. 61 ff.

⁵⁹⁰ So die Bedingungen der *EA Access Terms*, zweiter Absatz, abrufbar unter <https://www.ea.com/eaaccess/terms.html>.

Publishers EA, die sich die Nutzer auf ihre Konsole herunterladen können.⁵⁹¹ Um jedoch den Support des Online-Mehrspielermodus dieser Spiele erhalten zu können, ist zusätzlich der Abschluss einer *Xbox Live Gold*-Mitgliedschaft erforderlich.⁵⁹²

Im dem zuletzt genannten Fall verbietet sich eine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass eine Pflicht zum Support des Online-Mehrspielermodus bereits im Überlassungsvertrag entsteht. Auch kommt dann kein unentgeltlicher Vertrag über den Support des Online-Mehrspielermodus zeitgleich mit dem Überlassungsvertrag zustande.

III. MMOG

Bei MMOG gibt es verschiedene Formen der Überlassung des Spielclients. Dies kann am Beispiel des digitalen Spiels *World of Warcraft* des Publishers *Activision Blizzard* verdeutlicht werden.

Der Spielclient dieses Spiels kann sowohl unentgeltlich, für unbegrenzte Dauer⁵⁹³ als auch gegen Entgelt, für eine nur begrenzte Zeit⁵⁹⁴ erworben werden.

Die Typologisierung der Pflicht zur zeitlich unbegrenzten Überlassung des MMOG-Spielclients weicht nicht von der Einordnung der Pflicht zur Überlassung des Free-to-Play-Spielclients ab.⁵⁹⁵ Auch hier liegt eine Schenkung vor. Ebenfalls stimmt die vertragsrechtliche Einordnung der Verpflichtung zur zeitlich begrenzten Überlassung des MMOG-Spielclients mit derjenigen der Überlassung des Zeitspielclients überein, sodass die Pflicht zur zeitlich begrenzten Überlassung des MMOG-Spielclients als mietvertragliche Pflicht zu typologisieren ist.⁵⁹⁶

Hinsichtlich des Supports der Online-Komponenten ist zwischen der unentgeltlichen, dauerhaften Überlassung einerseits und der entgeltspflichtigen, zeitlich begrenzten Überlassung des Spielclients des MMOG andererseits zu unterscheiden.

Im letzteren Fall gibt es hinsichtlich des Entstehens und der Typologisierung der Pflicht zum Support der Online-Komponenten des MMOG keine Abweichungen zu den Zeitspielen.⁵⁹⁷

Im Fall der kostenlosen, dauerhaften Überlassung des MMOG-Spielclients ist zwischen den (eingeschränkten) Online-Komponenten zu unterscheiden, die bereits nach

⁵⁹¹ Siehe zum Ganzen *Cavalli*, EA unveils Xbox One subscription service, EA Access [update] (2014), abrufbar unter <https://www.engadget.com/2014/07/29/ea-unveils-xbox-one-subscription-service-ea-access/>.

⁵⁹² Ebd.

⁵⁹³ Hierbei handelt es sich um die sog. „Starter-Edition“, mit der der Spieler unbegrenzt, jedoch mit eingeschränktem Funktionsumfang und nur bis Level 20 spielen kann, vgl. die Informationsseite des Publishers hierzu, abrufbar unter <https://eu.battle.net/support/de/article/3226>.

⁵⁹⁴ Ausführliche Informationen dazu enthält die Informationswebseite *Gamona*, abrufbar unter <http://wow.gamona.de/wow-spielzeit-kosten/>.

⁵⁹⁵ Siehe dazu oben, S. 86 ff.

⁵⁹⁶ Siehe dazu oben, S. 97 ff.

⁵⁹⁷ Siehe dazu oben, S. 100 ff.

dem Download des Spielclients kostenlos Support erhalten, und solchen, die erst nach Abschluss eines entgeltpflichtigen Abonnementvertrages Support bekommen. Der Support der zuletzt genannten Online-Komponenten stellt eine sich aus dem Abonnementvertrag ergebende und als dienstvertragliche Pflicht einzuordnende Leistung dar.⁵⁹⁸

Wie bei Free-to-Play-Spielen, bei denen der Erwerber keine virtuellen Gegenstände kauft, ist jedoch auch bei kostenlos überlassenen MMOG-Clients eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten zu verneinen. Da der Erwerber keine Investitionen in den Erwerb des Free-to-Play-Spielclients getätigt hat, steht er ohne den Support der Online-Komponenten wirtschaftlich nicht schlechter da als in dem Fall, in welchem er den Spielclient gar nicht erst erworben hätte.

IV. Ergebnisse für Unterabschnitt C.

Die unterschiedlichen Geschäftsmodelle der Abospiele erfordern eine differenzierte rechtliche Einordnung des Überlassungsvertrages, welcher der Veräußerung des jeweiligen Spielclients zugrunde liegt.

Bei Konsolenspielen finden auf die Pflicht zur Überlassung des Spielclients – wie auch bei Inklusivspielen – die kaufvertraglichen Regelungen Anwendung. Bei Zeitspielen und zum Teil auch bei MMOG sind auf die Überlassungspflicht die mietvertraglichen Vorschriften anzuwenden. Die dauerhafte, unentgeltliche Überlassung des Spielclients bei MMOG ist dagegen – wie bei Free-to-Play-Spielen – als Handschenkung einzuordnen.

Ob eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten besteht, hängt von der Art des Abospiels ab. Für den Fall, dass über den Support der Online-Komponenten keine vertragliche Regelung getroffen wurde und hierüber auch kein entgeltpflichtiger Abonnementvertrag abgeschlossen werden muss, entsteht eine entsprechende Pflicht im Überlassungsvertrag oder – bei Personenverschiedenheit von Veräußerer der Spielkopie und Erbringer des Supports – in einem separaten Supportvertrag.

⁵⁹⁸ Siehe dazu die Erläuterungen zum Support der Online-Komponenten von Zeitspielen, S. 100 ff.

Eine Ausnahme gilt jedoch für unentgeltlich und dauerhaft überlassene MMOG-Spielclients. Der Erwerber dieser Spielclients muss – wie bei Free-to-Play-Spielen – keinerlei Gegenleistung für den Erwerb und die Nutzung des Spiels aufbringen. Ohne den Support der Online-Komponenten ist er damit wirtschaftlich nicht schlechter gestellt als in dem Fall, in welchem er den Spielclient überhaupt nicht erworben hätte. Eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten ist hier daher zu verneinen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Kapitel 3: Recht zur Beendigung des Supports

In der Einleitung sowie in Kapitel 1 dieser Arbeit konnte ermittelt werden, dass der Support der Online-Komponenten digitaler Spiele nicht zeitlich unbegrenzt erfolgt. Nach einer gewissen Zeit wird der Support in aller Regel beendet. Es wurde dabei auch festgestellt, dass die Dauer des Supports bei jedem Spiel sehr unterschiedlich ausfällt. Während die Online-Komponenten bei einigen Spielen zum Teil 10 Jahre und länger genutzt werden können, wird der Support bei anderen Spielen schon nach zwei Jahren, manchmal sogar nach nur wenigen Monaten wieder beendet.

In der Regel informieren weder Publisher noch Händler die Erwerber darüber, wie lange der Support für die Online-Komponenten eines konkreten Spiels erbracht werden wird.

Zwar gibt es für die Beendigung des Supports verschiedene tatsächliche Gründe⁵⁹⁹, auf die sich die für den Support zuständige Person im Einzelfall berufen kann, jedoch ist zweifelhaft, ob das Vorliegen solcher Gründe diese Person auch rechtlich dazu befugt, sich jederzeit von ihrer Supportpflicht zu lösen.

Untersuchungsgegenstand dieses Kapitels ist daher die Frage, ob eine Mindestdauer für den Support der Online-Komponenten besteht, in der ein zum Support Verpflichteter die Client-Server-Kommunikation etablieren und aufrechterhalten muss und außerdem eine Beendigung des Supports unzulässig ist.

Der Gang der Untersuchung gliedert sich in die folgenden zwei Schritte:

Zunächst wird geprüft, ob das Recht des Support-Verpflichteten zur Beendigung des Supports für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist (dazu A.). Daran schließt sich die Vorstellung und Bewertung von Kriterien und Konzepten an, die zur Konkretisierung des Zeitraums dienen können, währenddessen die Beendigung des Supports der Online-Komponenten unzulässig ist (dazu B.).

A. Das Kündigungsrecht des Supportverpflichteten und sein Ausschluss

In diesem Unterabschnitt wird zunächst geprüft, ob der zum Support der Online-Komponenten Verpflichtete grundsätzlich ein Recht zur einseitigen Loslösung von

⁵⁹⁹ Siehe dazu die Einleitung.

dieser Pflicht hat (dazu I.). Sodann wird untersucht, ob die Anwendung bzw. Ausübung dieses Loslösungsrecht für Inklusiv- sowie für Free-to-Play- und Abospiele für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist (dazu II.).

I. Recht zur Kündigung des Supports

Sofern bei der jeweiligen Art des digitalen Spiels eine Supportpflicht zu bejahen ist, handelt es sich hierbei – wie in Kapitel 2 festgestellt – um eine dienstvertragliche Pflicht gemäß § 611 Abs. 1 BGB.

Für freie Dienstverträge sieht das BGB eine Reihe von Kündigungsrechten vor, wozu unter anderem das außerordentliche Kündigungsrecht gemäß § 626 Abs. 1 BGB sowie das Recht zur ordentlichen Kündigung unbefristeter Dienstverhältnisse nach § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 BGB gehören. Daneben kommen auch vertraglich vereinbarte Kündigungsrechte in Betracht.

1. Die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann

„[d]as Dienstverhältnis [...] von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.“

Die Untersuchung, ob ein Recht zur außerordentlichen Kündigung gegeben ist, erfolgt in einem zweistufigen Verfahren. Als Erstes ist zu prüfen, ob ein Umstand vorliegt, welcher eine sofortige Beendigung des Vertrages rechtfertigt, bevor auf der zweiten Stufe eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles durchzuführen ist.⁶⁰⁰

Ob ein Umstand grundsätzlich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund darzustellen, hängt unter anderem davon ab, in welcher Risikosphäre der Umstand liegt.⁶⁰¹ Grundsätzlich können solche Umstände keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, auf die der Kündigungsgegner keinen Einfluss hat bzw. welche der Interessensphäre der kündigenden Partei entstammen.⁶⁰²

In diesem Zusammenhang ist noch einmal auf die bereits in der Einleitung angeführten Gründe einzugehen, die den Publisher nach eigenen Angaben dazu bewegen, den Support zu beenden.

⁶⁰⁰ MüKo BGB/Henssler, § 626 BGB, Rn. 75; Hk-BGB/Schreiber, § 626 BGB, Rn. 5; Jauernig/Mansel, § 626 BGB, Rn. 6.

⁶⁰¹ Oetker/Maultzsch, Schuldverhältnisse, Kap. 7, Rn. 115; Oechsler, Schuldverhältnisse, Rn. 1037.

⁶⁰² BGH, NJW-RR 2011, 916, 916; vgl. NJW 2010, 1874, 1875; Oetker/Maultzsch, Schuldverhältnisse, Kap. 7, Rn. 115; Oechsler, Schuldverhältnisse, Rn. 1037.

Sehr häufig wird der Support der Online-Komponenten digitaler Spiele aufgrund geringer Nutzerzahlen beendet. Dadurch können betriebsinterne Personalkapazitäten des Publishers für neuere und eventuell populärere Spieletitel freigesetzt werden.

Es wurde außerdem gesehen, dass der Support in der Vergangenheit auch aufgrund eigenwilliger Entscheidungen von Sub-Unternehmen beendet wurde, die für die Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation zuständig waren (so der *GameSpy-Fall*⁶⁰³).

Als mögliche weitere Gründe kommen die Insolvenz des Publishers bzw. Entwicklers sowie technologische Gründe in Betracht, wie z. B. die Veraltung des jeweiligen digitalen Spiels.

All diesen Gründen ist gemein, dass sie ausschließlich in der Einfluss- bzw. Risikosphäre des Erbringers des Supports wurzeln. Somit kommen die angeführten Gründe nicht als Umstände in Betracht, die als solche eine sofortige Beendigung des Vertrages und damit des Supports der Online-Komponenten rechtfertigen können.

Das bedeutet allerdings nicht, dass für den Publisher überhaupt keine Möglichkeit besteht, den Dienstvertrag außerordentlich zu kündigen. In Betracht kommt diese Kündigung bei einem Fehlverhalten des Spielers, z. B. bei einem Verstoß gegen das Urheberrecht des Publishers.⁶⁰⁴

2. Das Recht zur ordentlichen Kündigung gemäß § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 Nr. 5 BGB

Neben dem Recht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB kommt eine ordentliche Kündigung des Supports der Online-Komponenten gemäß § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 Nr. 5 BGB in Betracht.

§ 620 Abs. 2 BGB bestimmt, dass in Fällen, in denen

„[...] die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen [ist], [...] jeder Teil das Dienstverhältnis nach Maßgabe der §§ 621 bis 623 kündigen [kann].“

Gemäß § 621 Nr. 5 BGB kann das Dienstverhältnis dann jederzeit gekündigt werden, wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist.

a) Inklusivspiele

Der Support der Online-Komponenten der Inklusivspiele ist in der Regel Teil eines unbefristeten Dienstverhältnisses. Das Ende des Supports ist nämlich üblicherweise weder im Überlassungsvertrag noch in den begleitenden Vereinbarungen bestimmt und wird – wenn überhaupt – erst kurzfristig auf den Webseiten der Publisher bekannt gegeben⁶⁰⁵. Darüber hinaus ist die Vergütung des Supportverpflichteten nicht nach

⁶⁰³ Siehe dazu die Einleitung.

⁶⁰⁴ So in Bezug auf das außerordentliche Kündigungsrecht des Softwarepflegers *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581, 588.

⁶⁰⁵ Siehe dazu die Einleitung.

Zeitabschnitten bemessen. Der Erwerber des Inklusivspiels entrichtet das Entgelt für den Support in vollem Umfang bereits im Zeitpunkt des Erwerbs des Spielclients.⁶⁰⁶

Aus diesem Grund kann das Dienstverhältnis gemäß § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 Nr. 5 BGB grundsätzlich jederzeit vom Supportverpflichteten gekündigt werden.

b) Free-to-Play- und Abospiele

Wie in Kapitel 2 dargestellt, entsteht bei Free-to-Play-Spielen für den Publisher eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten nur dann, wenn die Nutzungsmöglichkeit eines ohne zeitliche Begrenzung und gegen ein einmaliges Entgelt erworbenen virtuellen Gegenstands vom Support der Online-Komponenten abhängt.⁶⁰⁷ Den Dienstvertrag haben die Parteien dabei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. In diesem Fall steht dem Publisher grundsätzlich ebenfalls das Recht zur jederzeitigen ordentlichen Kündigung gemäß § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 Nr. 5 BGB zu.

Das Recht zur jederzeitigen ordentlichen Kündigung besteht für den Publisher grundsätzlich auch mit Blick auf die Supportverpflichtung für Abospiele, welche ebenfalls den dienstvertraglichen Regelungen unterfällt.⁶⁰⁸ Das Recht zur jederzeitigen ordentlichen Kündigung findet jedoch keine Anwendung auf zeitlich begrenzte Dienstverträge.⁶⁰⁹ Entsprechend ist § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 Nr. 5 BGB nicht anwendbar, wenn der Abonnementvertrag – z. B. bei Zeitspielen – nur für einen bestimmten Zeitraum mit oder ohne automatische Verlängerung zum Vertragsende⁶¹⁰ abgeschlossen wurde.

Sofern die Vertragsparteien das Mietverhältnis bei einem Zeitspiel für unbestimmte Zeit eingegangen sind⁶¹¹, findet das ordentliche Kündigungsrecht gemäß § 580a Abs. 3 BGB auf den Überlassungsvertrag Anwendung. Sowohl der Mieter als auch der Vermieter einer beweglichen Sache können nach dieser Vorschrift das Mietverhältnis mit einer Frist von 24 Stunden bzw. 2 Tagen kündigen.⁶¹² In der Kündigung des Mietverhältnisses durch den Publisher dürfte dabei zugleich eine ordentliche Kündigung des Supports nach § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 Nr. 5 BGB zu erblicken sein.

⁶⁰⁶ Siehe dazu oben, S. 52.

⁶⁰⁷ Siehe dazu oben, S. 90 ff.

⁶⁰⁸ Siehe dazu oben, S. 100 f.

⁶⁰⁹ BeckOK BGB/*Fuchs/Baumgärtner*, § 620 BGB, Rn. 62; MüKo BGB/*Hesse*, § 620 BGB, Rn. 11.

⁶¹⁰ So kann das *PlayStation Plus*-Abonnement beispielsweise für einen Zeitraum von 3 Monaten abgeschlossen werden, wobei sich der Vertrag nach Ablauf dieses Zeitraums vorbehaltlich einer Kündigung automatisch verlängert, siehe dazu https://store.playstation.com/de-de/product/IP9102-NPIA90006_01-PSPLUSUBS90DAYS?smcid=cdc%3Ade-de%3Apc-exploration-playstation-plus%3Aproductgrid-erde-ps-plus-mitglied%3A3-monate%3A.

⁶¹¹ Das Kündigungsrecht findet nur auf Mietverhältnisse Anwendung, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurden, vgl. Palandt/*Weidenkaff*, § 580a BGB, Rn. 2.

⁶¹² Ebd., Rn. 17.

3. Vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht

Neben dem gesetzlich geregelten ordentlichen Kündigungsrecht kommt freilich auch ein vertraglich vereinbartes, ordentliche Kündigungsrecht des Publishers in Betracht.

Dementsprechend lassen sich auch in den Regelwerken von Publishern, denen der Erwerber zum Zwecke des Erwerbs des digitalen Spiels zustimmen muss, ordentliche Kündigungsrechte zugunsten der Publisher finden. In seiner *Nutzervereinbarung* beispielsweise behält sich der Publisher EA das Recht vor,

„einen EA-Service jederzeit mit einer Mitteilungsfrist von dreißig Tagen nach entsprechender Mitteilung an den Nutzer [zu] beenden. [...] Weitere Informationen finden Sie auf <https://www.ea.com/de-de/service-updates>.“⁶¹³

Der Begriff „EA-Service“ umfasst dabei auch den Support der Online-Komponenten von EA-Spielen, was aus der im zitierten Absatz verlinkten Webseite ersichtlich wird, auf welcher der Publisher über das in Kürze anstehende Ende des Supports der Online-Komponenten der jeweiligen digitalen Spiele informiert.

II. Ausschluss des Kündigungsrechts

Im Folgenden wird mit Blick auf die unterschiedlichen Arten digitaler Spiele untersucht, ob die Anwendung bzw. Ausübung der soeben dargestellten gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsrechte des Publishers für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen sind.

1. Inklusivspiele

a) Ausschluss der Anwendung des ordentlichen Kündigungsrechts

In Kapitel 2 ist festgestellt worden, dass der Überlassungsvertrag beim Direktvertrieb des Inklusivspiels als gemischter Vertrag einzuordnen ist.⁶¹⁴ Dieser setzt sich aus der Pflicht zur Überlassung des Spielclients und der Supportpflicht zusammen. Beide Leistungen werden unterschiedlich typologisiert. Während die Pflicht zur Überlassung des Spielclients eine kaufvertragliche Leistungspflicht darstellt, handelt es sich bei der Supportpflicht um eine dienstvertragliche Obligation gemäß § 611 Abs. 1 BGB. Doch nur weil der Support als dienstvertragliche Pflicht typologisiert werden kann, bedeutet das nicht, dass die Regelungen des Dienstvertragsrechts ohne Weiteres auch auf den gemischten Inklusivspiel-Überlassungsvertrag Anwendung finden.

Allgemein stellt sich bei gemischten Verträgen mit unterschiedlich zu typologisierenden Leistungspflichten nämlich die Frage, ob die Regelungen aller betroffenen Vertragstypen nebeneinander zur Anwendung gelangen oder ob vielmehr auf den ganzen Vertrag die Vorschriften nur einer Vertragsart anzuwenden sind.

⁶¹³ Ziff. 8, abrufbar unter <https://tos.ea.com/legalapp/WEBTERMS/US/de/PC/> (Stand 11. Januar 2019).

⁶¹⁴ Siehe oben, S. 83.

Für die letzte Alternative streitet die sog. Absorptionstheorie. Hiernach ist eine Leistung als die den gemischten Vertrag dominierende Leistung anzusehen mit der Folge, dass das hierauf anzuwendende Vertragsrecht auch auf den gesamten gemischten Vertrag Anwendung findet.⁶¹⁵ Die sog. Kombinationstheorie will dagegen die einzelnen Teile des gemischten Vertrages getrennt den Normen der jeweils für sie geltenden Vertragstypen unterwerfen.⁶¹⁶

In der Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass keine der beiden Theorien in jedem Fall für sich allein Geltung beanspruchen kann.⁶¹⁷ So dürfte längst nicht immer eine dominante Leistung feststellbar sein und umgekehrt ist auch eine isolierte Betrachtung der einzelnen Vertragsbestandteile selten zielführend.⁶¹⁸ Aus diesen Gründen kommt es für die Bestimmung der anwendbaren Vorschriften grundsätzlich auf die Umstände des Einzelfalles an, unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien sowie des Sinns und Zwecks des Vertrages.⁶¹⁹

Nichtsdestotrotz kann – zumindest im Ausgangspunkt – die Kombinationstheorie auf gemischte Verträge angewendet werden. Mit einiger Wahrscheinlichkeit wird nämlich bereits dieser Ansatz den Interessen der Parteien gerecht.⁶²⁰ Im Einzelfall kann jedoch eine Abweichung von der Kombinations- zugunsten der Absorptionstheorie angezeigt sein mit der Folge, dass nur die Normen eines Vertragstypus Anwendung finden oder dass zumindest die Anwendung bestimmter Normen einer Vertragsart ausgeschlossen ist.⁶²¹

Der gemischte Inklusivspiel-Überlassungsvertrag ist – wie bereits dargestellt – als sog. Typenkombinationsvertrag einzuordnen. Bei Typenkombinationsverträgen sind die verschiedenen von einer Partei zu erbringenden Leistungen mehreren Vertragstypen zuzuordnen und grundsätzlich als gleichwertig anzusehen.⁶²² So sind auch die beiden vom Publisher zu erbringenden Leistungen – die Überlassung der Spielkopie und der Support der Online-Komponenten – grundsätzlich zwei gleichberechtigt nebeneinanderstehende Bestandteile des Überlassungsvertrages.

Problematisch ist jedoch, dass es einen engen Zusammenhang zwischen dem Spielclient und den Online-Komponenten gibt. Es liegt zwar in der Natur des gemischten Vertrages, dass die Leistungen, welche in einer einzigen Vereinbarung zusammengeführt werden, eine gewisse Verbundenheit aufweisen.⁶²³ In bestimmten Fällen kann

⁶¹⁵ Palandt/*Grüneberg*, Überbl v § 311, Rn. 24; *Martinek*, Vertragstypen I, S. 22 f.

⁶¹⁶ Palandt/*Grüneberg*, Überbl v § 311, Rn. 24; *Martinek*, Vertragstypen I, S. 23 f.

⁶¹⁷ Vgl. statt vieler nur Staudinger/*Löwisch/Feldmann*, § 311 BGB, Rn. 37 f.

⁶¹⁸ Ebd.

⁶¹⁹ Vgl. ebd., Rn. 39; vgl. MüKo BGB/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 28; Hk-BGB/*Schulze*, Vorbemerkungen zu §§ 311-319, Rn. 23.

⁶²⁰ *Canaris*, LBS Band 2, Schr BT 2, S. 44.

⁶²¹ Ebd., S. 48 ff.

⁶²² BeckOK/*Gehrlein*, § 311 BGB, Rn. 22.

⁶²³ Vgl. Erman/*Kindl*, vor. § 311 BGB, Rn. 16.

diese Verbindung jedoch so eng werden, dass ein an und für sich – zumindest auf einen Vertragsteil – anwendbares Kündigungsrecht ausgeschlossen sein kann.

In diesem Sinne hatte der BGH im Jahre 1985 entschieden, in welchem eine Partei sich durch Kündigung lediglich von einem Teil eines Bauträgervertrages lösen wollte.⁶²⁴

Beim Bauträgervertrag – nunmehr geregelt in § 650u BGB – handelt es sich um einen gemischten Vertrag, der den Bauträger dazu verpflichtet, auf einem ihm gehörenden oder noch zu erwerbenden Grundstück ein Bauwerk zu errichten, wofür der Erwerber im Gegenzug das vereinbarte Entgelt in Raten zu entrichten hat.⁶²⁵

Dieser Vertrag setzt sich hinsichtlich der Überlassung des Grundstücks aus einem kaufvertraglichen und mit Blick auf den Hausbau aus einem werkvertraglichen Element zusammen.⁶²⁶ In dem vom BGH behandelten Fall wollten die Kläger den Hausbau-Teil des Bauträgervertrages kündigen, da der Bauträger ihrer Ansicht nach das Haus weder fristgemäß noch frei von Mängeln fertiggestellt habe.⁶²⁷ Der BGH hatte entschieden, dass der werkvertragliche Teil des Bauträgervertrages nicht auf Grundlage des Kündigungsrechts des Bestellers gemäß § 649 BGB a.F.⁶²⁸ isoliert gekündigt werden könne, mit der Folge, dass der Bauträger nur noch zur Überlassung des Grundstücks verpflichtet wäre.⁶²⁹ Das Gericht begründete den Ausschluss der Anwendung des Kündigungsrechts damit, dass dieses dem wirtschaftlichen Ziel des gesamten Bauträgervertrages zuwiderliefe, welches gerade in der Verbindung des Angebots von Bauland und der Errichtung eines Bauwerks hierauf liegt.⁶³⁰ Der Bauträger kalkuliere damit, dass er den Vertrag einheitlich abwickeln kann, was auch der Vertragspartner des Bauträgers wisse und womit er sich einverstanden erklärt habe.⁶³¹

Aus dem Urteil wird somit deutlich, dass die Anwendung des Rechts zur Kündigung nur eines Teils des gemischten Vertrages ausgeschlossen sein kann, wenn es einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem zu kündigenden Element und einem anderen Teil des gemischten Vertrages gibt. Diese gerichtliche Wertung hat der Gesetzgeber mit der aktuellen Reform des Bauvertragsrechts ausdrücklich in § 650u Abs. 2 BGB übernommen, welcher die Anwendung des § 648 BGB auf den Bauträgervertrag ausschließt.⁶³²

⁶²⁴ BGH, NJW 1986, 925, 925.

⁶²⁵ Vgl. MüKo BGB/*Busche*, § 650u BGB, Rn. 2 f.; MüKo BGB/*ders.* (6. Aufl. 2012), § 631 BGB, Rn. 226; BGH, NJW 1986, 925, 925 f.

⁶²⁶ Vgl. MüKo BGB/*Busche*, § 650u BGB, Rn. 2.

⁶²⁷ BGH, NJW 1986, 925, 926.

⁶²⁸ Nunmehr § 648 BGB.

⁶²⁹ BGH, NJW 1986, 925, 926; dem sich anschließend *Koebke*, in Kniffka/Koebke, Kompendium des Baurechts, Teil 11, Rn. 156; BeckOK VOB/B/*Kleineke*, VOB/B § 8 Abs. 1, Rn. 16; *Pflügl*, in Drasdo, Praxis des Wohnungseigentums, 1. Teil, § 4, Rn. 29; *Canaris*, LBS Band 2, Schr BT 2, S. 50.

⁶³⁰ BGH, NJW 1986, 925, 926 f.

⁶³¹ Ebd.

⁶³² MüKo BGB/*Busche*, § 650u BGB, Rn. 22; BGBl. I, S. 969.

Eine enge wirtschaftliche Verbundenheit existiert prinzipiell auch zwischen dem Überlassungs- und dem Supportteil des Inklusivspiel-Überlassungsvertrages. Ohne die Online-Komponenten ist die Spielkopie wirtschaftlich wertlos oder zumindest in ihrem Wert gemindert. Dies liegt an dem engen funktionellen Zusammenhang zwischen dem Spielclient und seinen Online-Komponenten: Das Spiel kann ganz oder teilweise nicht mehr genutzt werden, wenn die Online-Komponenten keinen Support mehr erhalten.

Es ginge aber zu weit, aus dieser wirtschaftlichen Verbundenheit einen Ausschluss der Anwendung des ordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten herzuleiten. Dieser würde für unbegrenzte Zeit zum Support verpflichtet sein und hätte – mit Ausnahme einer außerordentlichen Kündigung – keine Möglichkeit mehr, sich vom Vertrag zu lösen. Erschwerend kommt dabei hinzu, dass der Support – wie bereits dargestellt – mit nicht unerheblichen Kosten für den Supportverpflichteten verbunden ist.⁶³³ Darüber hinaus würde der Supportverpflichtete beim Direktvertrieb schlechter gestellt als in Fällen des Händlervertriebs. In letzterem Fall liegt kein gemischter Vertrag vor, sodass auch die oben erläuterte Dogmatik bzgl. der Anwendung von Rechtsvorschriften auf gemischte Verträge keine Anwendung findet mit der Folge, dass die Anwendung des ordentlichen Kündigungsrechts allenfalls beim Direktvertrieb des Inklusivspiels, nicht aber beim Händlervertrieb desselben ausgeschlossen werden könnte.

b) Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts

Fraglich ist aber, ob zwar nicht die Anwendung, jedoch die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist.

aa) Ausschluss wegen mangelndem schutzwürdigen Interesses

Dies ist der Fall, wenn die Ausübung des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstößt. Ein solcher Verstoß kann z. B. angenommen werden, wenn der Rechtsausübung im Einzelfall ein Interesse zugrunde liegt, das nicht schützenswert erscheint.⁶³⁴ Die mangelnde Schutzwürdigkeit des Interesses kann sich dabei beispielsweise aus dem zu missbilligenden Zweck ergeben, den die Person mit der Rechtsausübung verfolgt.⁶³⁵

Spezifisch zu Softwarepflegeverträgen⁶³⁶ wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass die ordentliche Kündigung dieses Vertrages ausgeschlossen sein kann, wenn sie zu dem Zweck erfolgt, eine dem Kündigenden nicht zustehende Vergütung vom Softwareanwender zu erzwingen. Einem Urteil des OLG Koblenz aus dem Jahre 1993 lag ein Fall zugrunde, in dem die Klägerin von der Beklagten gegen einmalige Zahlung eines Entgelts zeitlich unbefristet ein Datenverarbei-

⁶³³ Siehe dazu die Einleitung.

⁶³⁴ MüKo BGB/*Schubert*, § 242 BGB, Rn. 492; BeckOK BGB/*Sutschet*, § 242 BGB, Rn. 82.

⁶³⁵ MüKo BGB/*Schubert*, § 242 BGB, Rn. 499, mit Verweis auf BGH, NJW 1987, 1946, 1947.

⁶³⁶ Zum Begriff des Softwarepflegevertrages siehe oben, unter S. 47 ff.

tungsprogramm erwarb und zusätzlich mit der Beklagten einen Pflegevertrag für dieses Programm abschloss.⁶³⁷ Als die Klägerin das Datenverarbeitungsprogramm auf einem neuen Rechner installieren wollte, verlangte die Beklagte hierfür die Zahlung einer sog. „Upgradegebühr“, was die Klägerin jedoch ablehnte. Daraufhin kündigte die Beklagte den Softwarepflegevertrag mit der Klägerin.

Das OLG Koblenz hielt die Kündigung für unwirksam. Zur Begründung führte es unter anderem aus, dass die Kündigung der Beklagten gegen Treu und Glauben verstoße, da ihr die Upgradegebühr nicht zustand und die Kündigung der Erzwingung der Zahlung dieser Upgradegebühr diene.⁶³⁸ Auch die Literatur vertritt die Ansicht, dass die ordentliche Kündigung des Softwarepflegevertrages dann ausgeschlossen sein kann, wenn sie aus rechtsmissbräuchlichen Gründen ausgeübt wird.⁶³⁹ Entsprechend kommt ein Ausschluss der Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung in Betracht, wenn der Verpflichtete die Kündigung als Druckmittel zur Erzwingung einer ihm nicht zustehenden Zusatzvergütung einsetzt. Die Rechtsmissbräuchlichkeit kann darüber hinaus auch dann anzunehmen sein, wenn die Kündigung zu dem Zweck erfolgt, den gekündigten Softwareanwender zum Kauf eines neuen Spiels zu bewegen.

Wird die Kündigung jedoch allein deshalb vom Supportverpflichteten ausgesprochen, weil die Spielerzahlen abnehmen und der Support für ihn damit immer unwirtschaftlicher wird, ist die Ausübung grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich. Der Kündigung liegt hier kein zu missbilligender Zweck, sondern vielmehr eine vernünftige ökonomische Erwägung zugrunde, die Ausfluss der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Kündigenden ist. Der Zweck, den die Kündigung in diesen Fällen verfolgt, liegt nämlich in einer wirtschaftlich sinnvollen Unternehmensführung sowie in der Freisetzung von Ressourcen für die Entwicklung und den Betrieb neuer digitaler Spiele.

bb) Ausschluss wegen überwiegender Interessen einer Partei

Die Ausübung eines Rechts kann ferner ausgeschlossen sein, wenn wegen besonderer Umstände die Interessen einer Partei diejenigen der anderen überwiegen.⁶⁴⁰ Aufgrund dieser besonderen Umstände muss die Rechtsausübung zu einer grob unbilligen und ungerechtfertigten Benachteiligung der anderen Partei führen.⁶⁴¹

⁶³⁷ OLG Koblenz, NJW 1993, 3144, 3144.

⁶³⁸ Vgl. ebd., 3145; Kaufmann, CR 2005, 841, 842.

⁶³⁹ Marly, Softwarerecht, Rn. 1085; Welker/Schmidt, CR 2002, 873, 874; Hartmann/Thier, CR 1998, 581, 589; Jaeger, CR 1999, 209, 212; Bartsch, CR 1998, 193, 195 f.

⁶⁴⁰ Hk-BGB/Schulze, § 242 BGB, Rn. 22; MüKo BGB/Schubert, § 242 BGB, Rn. 510.

⁶⁴¹ Jauernig/Mansel, § 242 BGB, Rn. 41.

(1) Kündigung des Softwarepflegers

In diesem Sinne diskutieren Rechtsprechung und Literatur die Frage, ob die Ausübung des Rechts des Softwarepflegers zur ordentlichen Kündigung zumindest für einen bestimmten Zeitraum auszuschließen ist, weil andernfalls der Softwareanwender durch eine zu frühe Kündigung unangemessen benachteiligt werden würde.

Vereinzelte Stimmen in Rechtsprechung⁶⁴² und Literatur⁶⁴³ argumentieren für einen zeitlich begrenzten Ausschluss der Ausübung des Rechts des Softwarepflegers zur ordentlichen Kündigung.

Hierzu gehört das OLG Koblenz, welches in dem oben beschriebenen Urteil die Unzulässigkeit der Kündigung nicht nur mit dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs begründete, sondern auch damit, dass die Klägerin auf die Pflege der Software für eine Zeit lang angewiesen war, da anderenfalls eine Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich gewesen wäre.⁶⁴⁴ Daraus folgte das Gericht, dass das Kündigungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung für den Zeitraum ausgeschlossen werden müsse, in dem die Beklagte das Programm auf dem Markt mit der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung anbietet.⁶⁴⁵

In dem – bereits oben dargestellten⁶⁴⁶ – Urteil des LG Köln aus dem Jahre 1997, in welchem das Gericht eine leistungsbezogene Nebenpflicht zur Softwarepflege im Software-Überlassungsvertrag erblickte, schloss dieses das ordentliche Kündigungsrecht des Softwarepflegers für die Dauer des „Lebenszyklus“ des überlassenen Programms zuzüglich fünf Jahre aus und folgte damit im Kern der Entscheidung des OLG Koblenz aus 1993.⁶⁴⁷ Das Landgericht begründete sein Urteil mit dem Äquivalenzzinteresse des Softwareerwerbers. Das vom Erwerber bezahlte – und im Fall nicht unerhebliche – Entgelt sei von der Beklagten nach der voraussichtlichen Nutzungsdauer des Programms berechnet worden, sodass diese auch verpflichtet sei, für diese Dauer die Pflege zu erbringen.⁶⁴⁸ Diese Programmnutzungsdauer setze sich nach Ansicht des LG Kölns aus dem Lebenszyklus des Programms zuzüglich weiterer fünf Jahre zusammen.⁶⁴⁹ Schlösse man die Ausübung des Kündigungsrechts des Softwarepflegers für diesen Zeitraum nicht aus, hätte der Softwareerwerber seine volle Gegenleistung erbracht, ohne dass er die Software für den bezahlten Zeitraum würde nutzen können.⁶⁵⁰

Den Entscheidungen des OLG Koblenz bzw. des LG Kölns folgten vereinzelt gebliebene Literaturstimmen. Diese Stimmen begründen den Ausschluss der Kündigung

⁶⁴² LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1286; OLG Koblenz, NJW 1993, 3144, 3144 f.

⁶⁴³ *Zahrnt*, CR 2000, 205, 207; *ders.*, CR 2004, 408, 411; *ders.*, Computervertragsrecht, 14.2.3.(1); *Jaeger*, CR 1999, 209, 210 f.

⁶⁴⁴ OLG Koblenz, NJW 1993, 3144, 3145.

⁶⁴⁵ Ebd., 3144.

⁶⁴⁶ Siehe oben, S. 47.

⁶⁴⁷ LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1286.

⁶⁴⁸ Ebd.

⁶⁴⁹ Ebd.

⁶⁵⁰ Ebd.

mit dem Interesse des Softwareanwenders an der Amortisation der in den Erwerb der Software geflossenen Kosten.⁶⁵¹ Außerdem sei der Nutzer auf die fortdauernde Pflege angewiesen, da die Nutzungsmöglichkeit der Software „alsbald“ nach Kündigung der Pflege nicht mehr gewährleistet sei und der Nutzer die Pflege in der Regel auch nicht selbst durchführen könne.⁶⁵²

Die herrschende Literaturmeinung spricht sich gegen einen zeitlich beschränkten Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts des Softwarepflegers aus. Die Vertragsparteien hätten es selbst in der Hand, einen solchen Ausschluss zu vereinbaren, wenn hierfür Bedarf besteht.⁶⁵³ Ohne eine derartige individuelle Vereinbarung gebe es daher keinen Anlass dafür, einen Ausschluss der Ausübung des Kündigungsrechts aus Treu und Glauben herzuleiten.⁶⁵⁴ Dies gelte umso mehr, wenn die Parteien im Vertrag ausdrücklich – so wie auch im Fall des LG Köln – ein ordentliches Kündigungsrecht vorgesehen haben.⁶⁵⁵ Es mangle dann bereits an einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke.⁶⁵⁶ Darüber hinaus sei es unrealistisch und dem Softwarepfleger nicht zuzumuten, die Softwarepflege über einen längeren Zeitraum ohne Kündigungsmöglichkeit zu erbringen.⁶⁵⁷ Es würden nämlich wertvolle Ressourcen des Softwarepflegers gebunden, die weitaus sinnvoller für die Entwicklung neuer Produkte eingesetzt werden könnten.⁶⁵⁸ Die Entscheidungen des LG Kölns und des OLG Koblenz könnten mit Blick auf den Ausschluss des Kündigungsrechts keinesfalls verallgemeinert werden.⁶⁵⁹

Der herrschenden Meinung ist zuzustimmen, da Unternehmer es regelmäßig selbst in der Hand haben, eine individualvertragliche Vereinbarung betreffend den Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts des Softwarepflegers zu treffen. Dem Softwareanwender ist es zuzumuten, selbst abzuschätzen, über welchen Zeitraum die Funktionalität der Software gewährleistet werden muss, damit er die investierten Kosten amortisieren kann.

⁶⁵¹ *Zahrnt*, CR 2000, 205, 207; *ders.*, CR 2004, 408, 411.

⁶⁵² *Jaeger*, CR 1999, 209, 210.

⁶⁵³ So nunmehr OLG Koblenz, MMR 2005, 472, 473; *Hoeren*, in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 190; *ders.*, IT-Vertragsrecht, S. 273; *Junker*, jurisPR-ITR 10/2015, Anm. 5; *Servais*, Softwarepflegevertrag, S. 202; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 547; *ders.*, IT-Projektrecht, Rn. 272.

⁶⁵⁴ OLG Koblenz, MMR 2005, 472, 473; *Hoeren*, in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 190; im Ergebnis so auch *Volle*, NJW-CoR 1999, 242, 244.

⁶⁵⁵ *Junker*, NJW 2000, 1304, 1309; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530; NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 140; *Servais*, Softwarepflegevertrag, S. 202.

⁶⁵⁶ *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581, 588 f.; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530; *Servais*, Softwarepflegevertrag, S. 202.

⁶⁵⁷ *Schneider*, EDV-Recht, Teil M, Rn. 757 ff.

⁶⁵⁸ *Kaufmann*, CR 2005, 841, 841.

⁶⁵⁹ *Moritz*, CR 1999, 541, 544.

Insofern besteht für den Softwareanwender ein geringeres Bedürfnis nach einem Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts des Softwarepflegers. Der Privatautonomie der Vertragsparteien kommt daher hier ein höheres Gewicht zu als dem Schutz des Softwareanwenders vor einer unzeitigen Kündigung.

(2) Kündigung des Supportverpflichteten

Dieses Ergebnis kann jedoch nicht auf den Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels übertragen werden. Ein Vergleich zwischen dem Softwarepflegevertrag einerseits und der Supportvereinbarung andererseits zeigt nämlich, dass zwischen beiden Vereinbarungen bedeutende Unterschiede bestehen. Die Bewertung dieser Unterschiede führt aus den folgenden Gründen dazu, dass die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung für einen bestimmten Zeitraum auszuschließen ist.

Der erste bedeutende Unterschied im Vergleich zum Softwarepflegevertrag liegt beim Support der Online-Komponenten für Inklusivspiele darin, dass die Vereinbarung über den Support der Online-Komponenten nicht zwischen zwei Unternehmern, sondern sehr oft zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zustande kommt. Der Verbraucher muss dabei in aller Regel den vom Unternehmer gestellten AGB zustimmen und kann faktisch keine weiteren Nebenabreden mit ihm treffen. Dementsprechend ist er in tatsächlicher Hinsicht auch nicht in der Lage, einen Ausschluss der Ausübung des Kündigungsrechts mit dem Supportverpflichteten zu vereinbaren, um sicherzustellen, dass er das Spiel auch wirklich für einige Zeit nutzen kann. Zwar kommt es auch in Betracht, dass digitale Spiele von Gedächtnisinstitutionen oder Forschern erworben werden, bei denen die Verbrauchereigenschaft in der Regel zu verneinen ist. Doch auch diese Erwerber sind in der Regel faktisch nicht in der Lage, einen Ausschluss des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten zu vereinbaren.

Erschwerend kommt hinzu, dass ein weitaus engerer funktioneller Zusammenhang zwischen dem Spielclient und seinen Online-Komponenten besteht als zwischen der Anwendersoftware und der Softwarepflege für ebendiese. Der Spielclient kann ohne den Support der Online-Komponenten gar nicht oder nur zum Teil genutzt werden. Andererseits sind auch die Online-Komponenten als solche ohne den Spielclient nutzlos. Nur durch die Erbringung und den Fortbestand beider Leistungen ist die vollständige Nutzungsmöglichkeit des Inklusivspiels gesichert.

Die Softwarepflege hingegen ist hauptsächlich darauf gerichtet, Fehler zu beseitigen, Aktualisierungen und Weiterentwicklungen des Programms durchzuführen und damit die Funktionsfähigkeit der Software im Großen und Ganzen auch für die Zukunft zu erhalten. Damit ist die Softwarepflege zwar von einiger Bedeutung für die Nutzungsmöglichkeit der Software. Allerdings sind die Auswirkungen, welche das Ende der Pflege einerseits und die Beendigung des Supports andererseits haben, unterschiedlich. Infolge der Kündigung des Softwarepflegevertrages kann die Nutzungsmöglichkeit der Standardsoftware lediglich „alsbald“ nicht mehr gewährleistet⁶⁶⁰ werden und fällt damit nur „schleichend“ weg. Nach Wegfall der Softwarepflege ist dem

⁶⁶⁰ So Jaeger, CR 1999, 209, 210.

Anwender die ungehinderte Nutzung der Software grundsätzlich noch möglich.⁶⁶¹ Die Beendigung des Supports der Online-Komponenten führt dagegen dazu, dass die Nutzungsmöglichkeit des gesamten Inklusivspiels oder seiner Teile *abrupt* wegfällt. Die Auswirkungen der Beendigung des Supports der Online-Komponenten sind infolge des engen funktionellen Zusammenhangs damit weitaus gravierender als die Einstellung der Softwarepflege.

Der Käufer geht außerdem davon aus, dass er das Inklusivspiel für einen unbegrenzten Zeitraum nutzen kann.⁶⁶² Zwar wird sich das Inklusivspiel nicht tatsächlich „für immer“ spielen lassen können, da der technologische Fortschritt irgendwann einmal zwangsläufig dazu führen wird, dass die für das Spiel erforderliche Soft- und Hardwareumgebung nicht mehr verfügbar ist.⁶⁶³ Doch kann die Erwartung des Käufers rechtlich insofern gestützt werden, als es gerade der Zweck des Kaufvertrages ist, dass die Kaufsache – wenn schon nicht für immer – so doch in der Regel über einen *längeren Zeitraum* benutzt werden und funktionsfähig bleiben soll.⁶⁶⁴

Es ist bereits erläutert worden, dass sich die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung bei der Veräußerung langlebiger Industrieanlagen für eine – ggf. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung herzuleitende – Pflicht des Herstellers bzw. Verkäufers ausspricht, den Käufer mit Ersatzteilen zu versorgen.⁶⁶⁵ Literatur und Rechtsprechung sind darüber hinaus der Auffassung, dass sich diese Pflicht über einen längeren Zeitraum erstrecken muss.⁶⁶⁶ Diese Auffassung wird mit dem oben genannten Zweck des Kaufvertrages, dem Käufer die Nutzung der Kaufsache auch für eine längere Zeitdauer zu ermöglichen, begründet.⁶⁶⁷ Der Verkäufer wisse, dass der Käufer von einer längerfristigen Ersatzteilversorgung abhängig ist.⁶⁶⁸ Dass die Ersatzteile über einen längeren Zeitraum produziert und bereitgehalten werden müssen, liegt auf der Hand, da der Käufer in der Regel nicht sofort mit Abschluss des Kaufvertrages die Ersatzteile benötigt, sondern erst nach dem Einsetzen des Verschleißes einzelner Teile der erworbenen Kaufsache.

Diese Grundsätze können auf Inklusivspiele sowohl im Direkt- als auch im Händlervertrieb und auf den Support ihrer Online-Komponenten übertragen werden mit der Folge, dass die Ausübung der Kündigung des Supportverpflichteten für einen noch näher zu bestimmenden Zeitraum ausgeschlossen ist.

⁶⁶¹ LG Bonn, CR 2004, 414, 416.

⁶⁶² Siehe dazu die Einleitung.

⁶⁶³ Vgl. für Software im Allgemeinen *Geiger*, Umarbeitungsrecht, S. 105.

⁶⁶⁴ Vgl. *Ramm*, Fortwirkung, S. 67 f.; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1528; *Rodig*, BB 1971, 854, 854; LG Leipzig, NJW 1999, 2975, 2976; *Geiger*, Umarbeitungsrecht, S. 105; *Welters*, Obsoleszenz, S. 21.

⁶⁶⁵ Siehe dazu oben, S. 50 f.

⁶⁶⁶ Vgl. *Ramm*, Fortwirkung, S. 67 f.; *Welters*, Obsoleszenz, S. 21; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1528; *Rodig*, BB 1971, 854, 855; *Finger*, NJW 1970, 2049, 2050; *Staudinger/Beckmann*, § 433 BGB, Rn. 165; AG München, NJW 1970, 1852, 1852.

⁶⁶⁷ *Ramm*, Fortwirkung, S. 67 f.; *Welters*, Obsoleszenz, S. 21; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1528.

⁶⁶⁸ *Welters*, Obsoleszenz, S. 21.

(3) Die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte

Es ist bereits in Kapitel 2 dargelegt worden, dass der Support der Online-Komponenten als Bereitstellung digitaler Inhalte im Sinne der DI-RL eingeordnet werden kann.⁶⁶⁹ Art. 4 bestimmt dabei, dass die Mitgliedsstaaten keine von den Bestimmungen der Richtlinie abweichenden Regelungen „aufrechterhalten oder einführen“ dürfen. Damit sieht die Richtlinie eine Vollharmonisierung innerhalb seines Anwendungsbereichs vor.⁶⁷⁰

Allerdings enthält die DI-RL nicht für jeden Aspekt der Bereitstellung digitaler Inhalte eine Regelung.⁶⁷¹ So ist unter anderem die Beendigung des Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte bzw. Dienste nur punktuell geregelt. Insbesondere die hier behandelten Fragen des temporären Ausschlusses des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten und der Bemessung des Ausschlusszeitraums haben keine Regelung in der Richtlinie gefunden. Die Richtlinie enthält insofern ausschließlich Regelungen zur Vertragsbeendigung *durch den Verbraucher*, z. B. im Falle von nicht oder nicht vertragsgemäß bereitgestellten digitalen Inhalten bzw. Dienstleistungen⁶⁷². Regelungen zur Vertragsbeendigung *durch den Unternehmer* fehlen jedoch.⁶⁷³

Zugleich enthält die DI-RL aber auch keine Regelung, welche es den Mitgliedsstaaten verbieten würde, die Zulässigkeit der Vertragsbeendigung durch den Anbieter digitaler Inhalte im nationalen Recht zu regeln. Vielmehr stellt die Richtlinie in Art. 3 Abs. 10 klar, dass Mitgliedsstaaten Regelungen über „Aspekte[] des allgemeinen Vertragsrechts“ treffen können, soweit die Richtlinie hierüber keine Vorschriften enthält. Solche Regelungen stehen auch nicht dem Prinzip der Vollharmonisierung einer EU-Richtlinie entgegen. Denn Sachverhalte, für welche eine Richtlinie keinerlei Rechtsfolgenanordnungen enthält, fallen aus ihrem Anwendungsbereich heraus.⁶⁷⁴

Aus diesen Gründen steht es den Mitgliedsstaaten frei, die in diesem Kapitel erörterten Fragen auch nach dem Inkrafttreten der Richtlinie nach nationalem Recht zu behandeln und entsprechend einen zeitlich begrenzten Ausschluss des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten vorzusehen.

cc) Unwirksamkeit von AGB

Sofern ein Recht des Supportverpflichteten zur jederzeitigen Kündigung ausdrücklich in AGB vereinbart wird, ist eine solche Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

Nach dieser Vorschrift ist die Unwirksamkeit von AGB zu bejahen, wenn durch sie wesentliche Rechte oder Pflichten aus dem Vertrag so eingeschränkt werden, dass die

⁶⁶⁹ Siehe dazu oben, S. 38 ff.

⁶⁷⁰ Metzger, JZ 2019, 577, 577.

⁶⁷¹ Metzger, JZ 2019, 577, 584; so auch noch zum Richtlinienentwurf Gsell, ZUM 2018, 75, 79.

⁶⁷² Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 6.

⁶⁷³ Metzger, JZ 2019, 577, 584.

⁶⁷⁴ Riehm, JZ 2006, 1035, 1038; Gsell/Schellhase, JZ 2009, 20, 23.

Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Wie bereits dargestellt, besteht ein wesentlicher Zweck des Kaufvertrages darin, dem Käufer die Nutzung der Kaufsache für einen längeren Zeitraum zu ermöglichen. Aufgrund des engen, funktionellen Zusammenhangs zwischen dem Inklusivspielclient und dem Support der Online-Komponenten strahlt dieser kaufvertragliche Zweck zwangsläufig auch auf den Supportvertrag aus. Denn könnte sich der Supportverpflichtete jederzeit von seiner Pflicht lösen, wäre der Zweck des Kaufvertrages – die Ermöglichung einer längerfristigen Nutzung der Kaufsache durch den Käufer – gefährdet. So wie es also Zweck des Kaufvertrages ist, dem Käufer die Nutzung des Inklusivspiels für einen längeren Zeitraum zu ermöglichen, ist es auch Zweck des Supportvertrages, dass der Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels für einen längeren Zeitraum erbracht wird. Aus diesem Grunde benachteiligt ein ausdrücklich in den AGB des Supportvertrages vereinbartes jederzeitiges ordentliches Kündigungsrecht den Käufer des Inklusivspiels unangemessen und ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

c) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat ergeben, dass die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung des Supports der Online-Komponenten des Inklusivspiels für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist.

Dies ist das Ergebnis einer Abwägung des Interesses des Käufers an einer möglichst langfristigen Nutzung des Inklusivspiels und des Interesses des Supportverpflichteten an einer jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit des Supports der Online-Komponenten. Dieses Abwägungsergebnis wird durch die folgenden drei Argumente gestützt:

1. Der Käufer des Inklusivspiels ist in der Regel faktisch nicht in der Lage, mit dem Supportverpflichteten einen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts zu vereinbaren. Daraus ergibt sich eine besondere Schutzbedürftigkeit des Käufers, die einen temporären Ausschluss der Ausübung des Kündigungsrechts des Support-Verpflichteten erfordert.
2. Es gibt einen sehr engen, funktionellen Zusammenhang zwischen dem Spielclient und dem Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels. Keine der beiden Komponenten funktioniert (in Gänze) ohne die jeweils andere. Mit der Beendigung des Supports der Online-Komponenten endet die Client-Server-Kommunikation abrupt, sodass der Spieler keine Möglichkeit mehr hat, das Spiel in vollem Umfang zu nutzen.
3. Der Erwerber hat das Inklusivspiel ohne zeitliche Begrenzung erworben. Er kann daher berechtigterweise davon ausgehen, das Spiel für einen längeren Zeitraum zu nutzen. Diese Erwartung erstreckt sich – bedingt durch den engen funktionellen Zusammenhang – nicht nur auf den Spielclient, sondern auch auf den Support der Online-Komponenten des Spiels, sodass der Erwerber berechtigterweise davon ausgehen kann, dass auch der Support der Online-Komponenten für einen längeren Zeitraum erbracht wird.

2. Free-to-Play- und Abospiele

Die bisher bei Inklusivspielen zur Begründung des temporären Ausschlusses der Ausübung des jederzeitigen ordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten vorgebrachten Argumente können auf Free-to-Play- und Abospiele übertragen werden.

Für Free-to-Play-Spiele gilt dies jedoch nur in den Fällen, in denen die Nutzungsmöglichkeit dauerhaft erworbener virtueller Gegenstände vom Support der Online-Komponenten des Free-to-Play-Spiels abhängig ist. In anderen Fällen besteht schon keine Pflicht zum Support der Online-Komponenten des Free-to-Play-Spiels.⁶⁷⁵

Bei Konsolenspielen entsteht die Pflicht zum Support des Online-Mehrspielermodus zwar erst aufgrund eines gesonderten, entgeltpflichtigen Abonnementvertrages.⁶⁷⁶ Dies ändert allerdings nichts daran, dass auch der Support dieser Online-Komponente funktionell eng mit dem Spielclient verbunden ist. Käme es außerdem für den Ausschluss der ordentlichen Kündigung des Supportverpflichteten darauf an, ob die Pflicht zum Support der Online-Komponenten Teil einer zeitlich nachgelagerten, separaten Vereinbarung ist, wäre es ein Leichtes für den Supportverpflichteten, den Ausschluss der Ausübung seines Kündigungsrechts durch entsprechende Vertragsgestaltung zu umgehen. Darüber hinaus würde in einem solchen Fall der Supportverpflichtete von Inklusivspielen, der kein gesondertes Entgelt für seine Support-Leistungen verlangt, schlechter gestellt werden als derjenige, der für den Support der Online-Komponenten von Konsolenspielen verpflichtet ist. Während dann nämlich die Kündigung des Supportverpflichteten für die Online-Komponenten von Inklusivspielen für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen wäre, könnte der Supportverpflichtete den Support für die Online-Komponenten der Konsolenspiele jederzeit kündigen.

Der temporäre Ausschluss des Kündigungsrechts gilt dabei auch in den Fällen, in welchen der Abonnementvertrag nur für eine bestimmte Dauer abgeschlossen wurde und sich zum Ende der Vertragszeit automatisch verlängert. Sofern der Supportverpflichtete hier zum Ende der Vertragslaufzeit kündigt, sich diese Vertragslaufzeit jedoch als unangemessen kurz erweist, ist die Ausübung des Kündigungsrechts aus den gleichen Gründen wie sie oben im Rahmen der Inklusivspiele vorgebracht wurden, unzulässig.⁶⁷⁷ Für die Frage, ob das Kündigungsrecht des Supportverpflichteten für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist, kann es nicht darauf ankommen, ob ein befristeter oder unbefristeter Dienstvertrag abgeschlossen wurde. Anderenfalls könnte der Supportverpflichtete auch insofern durch entsprechende Vertragsgestaltung die berechtigten Interessen des Erwerbers an einer längerfristigen Nutzung des digitalen Spiels übergehen.

⁶⁷⁵ Siehe dazu oben, S. 89 ff.

⁶⁷⁶ Siehe dazu oben, S. 93 f.

⁶⁷⁷ Vgl. dazu in Bezug auf Softwarepflegeverträge das Urteil des LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1285. Dem Urteil lag ein Fall zugrunde, in welchem der Softwarepflegevertrag auf ein Jahr geschlossen wurde und sich nach Ablauf dieses Zeitraums stets automatisch wieder um ein Jahr verlängerte.

Mit Blick auf mietweise überlassene MMOG und Zeitspiele ist das Recht des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung für die Dauer des Mietverhältnisses ausgeschlossen. Dies lässt sich nunmehr auch Art. 8 Abs. 4 der DI-RL entnehmen, welcher vorschreibt, dass digitale Inhalte, die über einen bestimmten Zeitraum bereitzustellen sind, innerhalb des gesamten Zeitraums vertragsgemäß sein müssen.⁶⁷⁸ Ein darüber hinausgehender Ausschluss der Ausübung des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten ist jedoch nicht gerechtfertigt, da der Erwerber des Zeitspiels bzw. des mietweise überlassenen MMOG damit rechnen muss, dass ihm die Berechtigung zur Nutzung des Spiels durch Kündigung wieder entzogen werden kann. Aufgrund des engen funktionellen Zusammenhangs kann der Erwerber des Zeitspiels bzw. des mietweise überlassenen MMOG aber auch erwarten, dass der Support zumindest für die Dauer des Mietverhältnisses erbracht wird und nicht schon vor dessen Ende beendet wird. Umgekehrt darf der Supportverpflichtete den Support der Online-Komponenten jedoch kündigen, sobald der Mietvertrag, welcher der Überlassung des Spielclients zugrundeliegt, gekündigt wird.⁶⁷⁹

III. Ergebnisse für Unterabschnitt A.

Die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung des Supports ist bei Inklusivspielen, Konsolenspielen, Zeitspielen, bei mietweise überlassenen MMOG sowie bei Free-to-Play-Spielen, innerhalb derer der Erwerber virtuelle Güter gekauft hat, zumindest für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen. Dieser Ausschluss erstreckt sich dabei sowohl auf Online-Komponenten, welche bereits unmittelbar nach Erwerb des Spielclients Support erhalten, als auch auf solche, die erst nach Abschluss eines Abonnementvertrages Support bekommen.

Das Interesse des Spielers an einem (temporären) Ausschluss des Kündigungsrechts überwiegt nämlich das Interesse des Supportverpflichteten an einer jederzeitigen Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung. Dies ergibt sich aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des Erwerbers, dem engen funktionellen Zusammenhang zwischen der Spielkopie und dem Support ihrer Online-Komponenten sowie der berechtigten Erwartung des Nutzers, das Spiel samt allen Spielmodi für eine längere Zeit nutzen zu können.

Zur Klarstellung ist jedoch an dieser Stelle anzumerken, dass dem Supportverpflichteten das Recht zur außerordentlichen Kündigung ohne Weiteres zur Verfügung steht. Allerdings kann die außerordentliche Kündigung keine Supportbeendigung rechtfertigen, die aus rein wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wird – etwa wegen abnehmender Spielerzahlen.

Der Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts bedeutet außerdem nicht, dass der Supportverpflichtete für immer daran gehindert ist, die Kündigung auszusprechen. Der Ausschluss ist vielmehr zeitlich begrenzt. Bei Zeitspielen und bei mietweise überlassenen MMOG ist die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts für die Dauer des Mietverhältnisses ausgeschlossen.

⁶⁷⁸ Vgl. auch Erwägungsgrund 51 der DI-RL.

⁶⁷⁹ Vgl. dazu oben, S. 98.

Inklusiv-, Konsolen- sowie Free-to-Play-Spiele, in denen der Spieler virtuelle Gegenstände gekauft hat, werden demgegenüber nicht mietweise überlassen. Der Erwerber erhält die genannten Spiele bzw. virtuellen Gegenstände vielmehr für eine unbegrenzte Zeit mit der Folge, dass er auch davon ausgehen darf, dass der Support für einen bestimmten Zeitraum erbracht werden wird. Dieser Zeitraum wird im Folgenden „Ausschlusszeitraum“ genannt.

Sowohl der Erwerber des digitalen Spiels als auch derjenige, welcher zum Support der Online-Komponenten verpflichtet ist, haben ein Interesse daran, zu wissen, wie lange konkret die Ausübung der ordentlichen Kündigung des Supportverpflichteten ausgeschlossen ist. Der folgende Abschnitt B. widmet sich der Beantwortung dieser Frage.

B. Die Bemessung des Ausschlusszeitraums

Die Untersuchung hat bisher gezeigt, dass der Supportverpflichtete das Recht zur jederzeitigen ordentlichen Kündigung für die Dauer des Ausschlusszeitraums nicht ausüben darf. Für die Bemessung des Ausschlusszeitraums kommen verschiedene Konzepte und Kriterien in Betracht, die im Folgenden dargestellt und bewertet werden sollen (dazu I.). Im Anschluss an diese Darstellung soll geprüft werden, welche Ansätze und Kriterien sich für die Bemessung des Ausschlusszeitraums für welche Art digitaler Spiele eignen (dazu II.).

I. Konzepte und Kriterien

Die neue DI-RL enthält keine Bestimmungen zur Frage, wie lange digitale Inhalte mindestens bereitzustellen sind. Lediglich Art. 8 Abs. 4 schreibt vor, dass digitale Inhalte, welche für einen bestimmten Zeitraum bereitgestellt werden, auch während dieses Zeitraums vertragsgemäß sein müssen.⁶⁸⁰ Bei Inklusiv-, Konsolen- sowie Free-to-Play-Spielen, in denen der Spieler virtuelle Gegenstände gekauft hat, wird jedoch weder der Zeitraum der Bereitstellung des Spiels selbst noch der des Supports der Online-Komponenten von vornherein festgelegt.

Der Richtlinie können jedoch Anhaltspunkte zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums entnommen werden.

So stellt Art. 8 Abs. 2 die Pflicht des Unternehmers auf, dem Verbraucher, welcher digitale Inhalte vom Unternehmer erworben hat, Aktualisierungen bereitzustellen.⁶⁸¹ Die Bereitstellung dieser Aktualisierungen hat dabei – wenn eine bestimmte Vertragslaufzeit nicht von vornherein bestimmt ist (Art. 8 Abs. 2 lit. a) DI-RL) – für einen Zeitraum zu erfolgen, in dem der Verbraucher die Aktualisierungen „aufgrund der Art

⁶⁸⁰ Siehe dazu oben, S. 119.

⁶⁸¹ *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 683.

und des Zwecks der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann“.⁶⁸²

Maßstab für die Bestimmung des Aktualisierungszeitraums ist mithin die vernünftige Verbrauchererwartung, die durch Art. 8 Abs. 2 und Erwägungsgrund 47 grob mithilfe von Kriterien, wie Art und Zweck des digitalen Inhalts näher bestimmt wird.⁶⁸³

Die vernünftige Verbrauchererwartung kann dabei auch zum Ausgangspunkt für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums genommen werden. Zur näheren Konkretisierung der Verbrauchererwartung kommen hier dabei der „Lebenszyklus“ digitaler Spiele (1.), die Nutzungsdauer digitaler Spiele (2.), die durchschnittliche Supportdauer der Online-Komponenten digitaler Spiele (3.), die Dauer von Konsolengenerationen (4.) sowie gesetzlich geregelte Verjährungsfristen (5.) in Betracht.

1. Der „Lebenszyklus“ von digitalen Spielen

Im Folgenden soll untersucht werden, was unter dem Begriff des Lebenszyklus von Software sowohl in der Rechtswissenschaft (dazu a)) als auch in den Fachgebieten des Software Engineering und der Betriebswirtschaftslehre (dazu b)) verstanden wird.

Daraufhin soll die Leistungsfähigkeit des Lebenszyklus-Konzeptes mit Blick auf die Bestimmung der Mindestpflege- bzw. -supportdauer bei Software allgemein und bei digitalen Spielen im Besonderen untersucht werden (dazu c)).

a) Juristisches Begriffsverständnis

In Rechtsprechung und Literatur wird diskutiert, ob der Lebenszyklus von Software zur Bestimmung der Mindestpflagedauer⁶⁸⁴ herangezogen werden kann.

Sowohl das OLG Koblenz als auch das LG Köln hatten in ihren bereits oben dargestellten Entscheidungen⁶⁸⁵ den sog. Lebenszyklus von Software zur Bestimmung der Mindestpflagedauer herangezogen.

Dem Urteil des OLG Koblenz vom 27.05.1993 zufolge beschreibe der Lebenszyklus einer Software den Zeitraum, in dem

*„[...] die Bekl. das Programm [...] allgemein auf dem Markt mit der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung anbietet (Lebenszyklus der Software)“.*⁶⁸⁶

Die Beklagte war im Fall die Verkäuferin der Software, welche zugleich in einem separaten Vertrag die Pflege der verkauften Software übernahm.⁶⁸⁷

⁶⁸² Art. 8 Abs. 2 lit. b), dazu auch *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 683.

⁶⁸³ *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 683.

⁶⁸⁴ Siehe zum Begriff der Softwarepflege oben, S. 47 ff.

⁶⁸⁵ Siehe zur Entscheidung des OLG Koblenz vom 27.05.1993 oben, S. 112 f. sowie zum Urteil des LG Köln vom 16.10.1997 oben, S. 47.

⁶⁸⁶ OLG Koblenz, NJW 1993, 3144, 3144.

⁶⁸⁷ Ebd.

Ausgangspunkt für das Begriffsverständnis des OLG war § 21 der *Besonderen Vertragsbedingungen für die Überlassung von DV-Programmen* (BVB-Überlassung)⁶⁸⁸, welchen die Parteien in ihren Software-Überlassungsvertrag aufgenommen hatten. Die Bedingungen der BVB-Überlassung sind Teil eines Mustervertrages der öffentlichen Hand für die Beschaffung von IT-Leistungen, welcher mittlerweile zum Teil durch die sog. *Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik* (EVb-IT) abgelöst wurde.⁶⁸⁹ § 21 Satz 1 BVB-Überlassung begründete einen Anspruch des Softwareerwerbers gegen den Veräußerer auf Pflege des überlassenen Programms, sobald die Gewährleistung abgelaufen war. § 21 Satz 2 BVB-Überlassung beschränkte diesen Anspruch dabei auf solche Programme, die vom Veräußerer noch „allgemein auf dem Markt mit der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung angeboten werden“.

In seinem Urteil vom 16.10.1997 schloss sich das LG Köln der Auffassung des OLG Koblenz hinsichtlich der Bestimmung des Softwarelebenszyklus zwar grundsätzlich an, sah diese Periode aber nur als den „Mindestzeitraum für die Wartungspflicht“ des Softwarepflegers an. Auch derjenige, welcher die Software erst am Ende ihres Lebenszyklus erwerbe, müsse nämlich noch für eine „gewisse Zeit“ in den Genuss der Softwarepflege kommen.⁶⁹⁰ Über diesen Lebenszyklus hinaus solle die Softwarepflege daher noch für weitere fünf Jahre erbracht werden.⁶⁹¹ Die „Installation der wesentlichen Teile der vom letzten Kunden erworbenen Software“ stelle dabei sowohl das Ende des Lebenszyklus als auch den Beginn dieses zusätzlichen 5-Jahres-Zeitraums dar.⁶⁹²

Von der Definition des Softwarelebenszyklus in der Rechtsprechung weicht das Begriffsverständnis in der Literatur etwas ab. Die Literatur stellt zur Bestimmung des Softwarelebenszyklus nämlich nicht auf einen konkreten Anbieter bzw. Verkäufer ab, sondern fragt danach, wie lange die Software *allgemein* am Markt angeboten wird bzw. verfügbar ist.⁶⁹³ Diese nur scheinbar unerhebliche Abweichung kann zu bedeutenden Unterschieden in der Dauer des Lebenszyklus führen. Während es nicht unwahrscheinlich ist, dass ein einzelner Verkäufer vom Markt schnell wieder verschwindet oder den Vertrieb eines konkreten Produktes frühzeitig einstellt, dürfte die *allgemeine* Verfügbarkeit eines Produktes am Markt regelmäßig sehr lang dauern. In der Regel werden nämlich Verbrauchsgüter – so auch Software und digitale Spiele – nicht ausschließlich vom Hersteller vertrieben, sondern von einer Vielzahl von Händlern.

⁶⁸⁸ Die BVB sind abrufbar unter http://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/BVB/BVB_Ueberlassung_Typ1/bvb_ueberlassung_typ_1_pdf_download.pdf?__blob=publicationFile.

⁶⁸⁹ Siehe dazu die Informationsseite des Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik, abrufbar unter http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html.

⁶⁹⁰ LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1286.

⁶⁹¹ Ebd.

⁶⁹² Ebd.

⁶⁹³ *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 285; *Kaufmann*, CR 2005, 841, 843; *Heymann/Lensdorf*, in *Redeker*, Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.12, Rn. 183.

Es ist daher möglich, dass die Software auch noch Jahre, nachdem der Hersteller Produktion und Vertrieb derselben eingestellt hat, am Markt erhältlich ist.

b) Begriff im Software Engineering und in der Betriebswirtschaftslehre

Im Fachgebiet des Software Engineering⁶⁹⁴ beschreibt der Begriff des Softwarelebenszyklus ein Vorgehensmodell⁶⁹⁵, anhand dessen Softwarehersteller ihre internen Entwicklungsabläufe ausrichten können, um auf effektive Art und Weise Software zu produzieren. Aus diesem Grunde umfasst der Softwarelebenszyklus in diesem Sinne nicht nur die Phase des Verkaufs bzw. des Betriebs der Software, sondern auch die vorgelagerten Stufen ihres Entwurfs und ihrer Entwicklung.⁶⁹⁶

In der Betriebswirtschaftslehre beschreibt der Begriff des Produktlebenszyklus die Entwicklung eines Produktes am Markt⁶⁹⁷, wobei der Zyklus sich über den Zeitraum von der Markteinführung bis hin zu dem Zeitpunkt erstreckt, in welchem das Produkt schließlich vom Markt genommen wird⁶⁹⁸. Der Produktlebenszyklus wird der Reihenfolge nach untergliedert in die Einführung, das Wachstum, die Reifephase, die Sättigung und den Verfall des Produktes.⁶⁹⁹ Mithilfe der Feststellung, in welcher dieser Phasen sich das jeweilige Produkt gerade befindet, ist es einem Unternehmen grundsätzlich möglich, die weitere Entwicklung des Produktes am Markt abzuschätzen⁷⁰⁰ und gegebenenfalls bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, wie etwa Preissenkungen in der Sättigungsphase⁷⁰¹.

Ein Vergleich des Begriffsverständnisses im Software Engineering und in der Betriebswirtschaftslehre mit der Definition des (Software-)Lebenszyklus in der Rechtswissenschaft offenbart, dass alle Begriffe den Zeitraum des Verkaufs der Software umfassen. Lediglich der Lebenszyklusbegriff im Software Engineering geht über diesen Zeitraum noch hinaus und umfasst auch die Phasen des Entwurfs und der Entwicklung der Software.

Darüber hinaus dient das Konzept des Softwarelebenszyklus im Software Engineering rein instruktiven Zwecken. Demgegenüber sind die betriebswirtschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Begriffe deskriptiv. Sie sind dazu bestimmt, die konkrete „Lebensphase“ eines Softwareproduktes zu bestimmen, aus der Handlungsoptionen bzw. Rechtspflichten abgeleitet werden können.

⁶⁹⁴ Das Fachgebiet des Software Engineering befasst sich mit der „Entwicklung und Bereitstellung von Methoden, Techniken und Werkzeugen zur wirtschaftlichen Herstellung“ von Software, so *Heinrich*, Informatik-Projekte, S. 46; vgl. ferner *Ludewig/Lichter*, Software Engineering, S. 46 f.

⁶⁹⁵ Vgl. *Ludewig/Lichter*, Software Engineering, S. 155 f.

⁶⁹⁶ Vgl. *Kuhrmann/Diernhofer*, Software Life Cycle, S. 12.

⁶⁹⁷ *Daum/Petzold/Pletke*, BWL, S. 94; *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre, S. 82 f.

⁶⁹⁸ *Rennhak/Opresnik*, Marketing, S. 149; *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre, S. 83.

⁶⁹⁹ *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre, S. 83 f.

⁷⁰⁰ Vgl. *Weber/Kabst/Baum*, Betriebswirtschaftslehre, S. 258 f.

⁷⁰¹ *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre, S. 84.

Da es Zweck dieses Abschnitts ist, Ansätze und Kriterien darzustellen, mithilfe derer der Ausschlusszeitraum des ordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten bestimmt werden kann, soll im Folgenden nur noch auf den Lebenszyklus in dem Sinne eingegangen werden, wie er in der Rechtswissenschaft und in der Betriebswirtschaftslehre verstanden wird. Da der Softwarelebenszyklus im Sinne des Software Engineering vornehmlich eine Anleitung zur effektiven Softwareentwicklung bietet, wird dieser Begriff im Folgenden nicht weiter behandelt.⁷⁰²

c) Leistungsfähigkeit des Softwarelebenszyklus-Konzepts

Im Folgenden soll der soeben beschriebene Softwarelebenszyklus auf seine Leistungsfähigkeit hin mit Blick auf die Konkretisierung des Ausschlusszeitraums untersucht werden.

Mehrere Stimmen in der Literatur lehnen eine Bestimmung der Mindestpflagedauer mithilfe des Lebenszyklus der zu pflegenden Software ab.⁷⁰³ Begründet wird dies zum einen damit, dass eine einheitliche Bestimmung des Lebenszyklus von Software angesichts der Unterschiedlichkeit von Computerprogrammen kaum möglich sei.⁷⁰⁴ Zum anderen sei der letzte Käufer der Software am Ende ihres Lebenszyklus „der Dumme“, weil er nicht mehr in den Genuss der Pflege für die gesamte Dauer des Lebenszyklus komme.⁷⁰⁵

Das LG Köln hatte in seiner Entscheidung dieses Problem erkannt und zu dessen Lösung vorgeschlagen, dass sich die Mindestpflagedauer ab Ende des eigentlichen Lebenszyklus der Software noch einmal um fünf Jahre – gerechnet ab Installation aller wesentlichen Softwarebestandteile beim Letztkäufer – verlängert.⁷⁰⁶ Diese Lösung überzeugt jedoch nicht, da einerseits die Länge des hinzuaddierten Zeitraums völlig beliebig ist und der Anbieter der Software kaum den Zeitpunkt mit Sicherheit feststellen können wird, in dem die Software „im Wesentlichen“ beim Letztkäufer installiert worden ist. Auch die Identifizierung des Letztkäufers dürfte nicht immer ohne Weiteres gelingen. Sie mag vom Softwarehersteller leicht durchzuführen sein in Fällen, in denen die Software nur direkt vertrieben wird. Schwieriger dürfte die Feststellung jedoch dann sein, wenn die Software durch Händler vertrieben wird.

Es fragt sich schließlich, worin überhaupt der Sinn in der Heranziehung des Lebenszyklus liegt, wenn man schließlich doch noch fünf Jahre hinzuaddieren muss, um allen Käufern der Software gerecht werden zu können.⁷⁰⁷

⁷⁰² Kritisch zu diesem Begriff auch *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 548; *ders.*, IT-Projektrecht, Rn. 244; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530.

⁷⁰³ *Schneider*, EDV-Recht, Teil M, Rn. 757; *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 285; *Kaufmann*, CR 2005, 841, 843; wohl auch *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530.

⁷⁰⁴ Vgl. *Kaufmann*, CR 2005, 841, 843.

⁷⁰⁵ *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 285.

⁷⁰⁶ Siehe dazu oben, S. 47.

⁷⁰⁷ Aus diesem Grund zweifeln an der Tauglichkeit des Lebenszyklus zur Bestimmung der Mindestpflagedauer *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 285.

Andererseits darf das Problem der Benachteiligung des Letzterwerbers auch nicht überbewertet werden. Der Käufer von Software wird nicht erwarten, dass diese auf unbegrenzte Zeit funktionieren wird. Je länger eine bestimmte Software am Markt erhältlich ist, desto mehr wird sich der Erwerber darauf einstellen, dass sie zeitnah durch ein neues Produkt ersetzt und möglicherweise Funktionen verlieren wird. Würde man versuchen, auch dem Letztkäufer einer Software bzw. eines digitalen Spiels die gleiche Pflege- bzw. Supportdauer zukommen zu lassen, würde sich die entsprechende Pflicht zur Pflege bzw. zum Support der Online-Komponenten auf einen unüberschaubaren Zeitraum erstrecken – und das insbesondere dann, wenn man das Lebenszykluskonzept der Literatur zugrunde legt, nach dem der Lebenszyklus erst endet, wenn die Software *allgemein* nicht mehr auf dem Markt erhältlich ist.

Sowohl der Erwerber der Software als auch der Supportverpflichtete haben ein Bedürfnis danach, möglichst genau zu wissen, wie lange der Support für das jeweilige Programm bzw. digitale Spiel erbracht werden muss. Nur wenn über diesen Punkt Klarheit herrscht, ist der Spieler bereit, das Spiel zu erwerben, und der Supportverpflichtete in der Lage, seine Unternehmensabläufe und Planungen darauf auszurichten. Und nur in einem solchen Fall kann der Erwerber des Spiels auch feststellen, ob der Ausschlusszeitraum, während dessen die Kündigung dem Supportverpflichteten versagt ist, bereits abgelaufen ist oder noch andauert.

Die Literaturstimmen, die sich für eine Heranziehung des Lebenszyklus zur Herleitung der Mindestpflegedauer aussprechen, führen in diesem Zusammenhang zum Teil durchschnittliche Lebenszykluslaufzeiten an. So belaufe sich der Lebenszyklus von allgemeiner Anwendersoftware in der Regel auf fünf bis sieben Jahre.⁷⁰⁸ Konkret für die „Vorhaltung“ der Online-Komponente eines digitalen Spiels vertreten darüber hinaus *Oehler/von Ribbeck*, dass auch diese sich – bei fehlender Vereinbarung hierüber – nach dem Lebenszyklus des Spiels richten könne, welcher sich auf einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren, maximal aber fünf Jahren belaufe.⁷⁰⁹

Es ist allerdings unklar, ob es sich bei diesen Zahlen lediglich um Schätzungen oder um belegte durchschnittliche Lebenszykluslaufzeiten von Software handelt. Insgesamt ist kein belastbares Zahlenmaterial ersichtlich, anhand dessen ein Mittelwert für den Lebenszyklus von digitalen Spielen im Allgemeinen ermittelt werden kann. Es lassen sich nur allgemeine Aussagen zur Zykluszeitspanne finden, nach denen man bei digitalen Spielen grundsätzlich von einem „kurze[n] Produktlebenszyklus“⁷¹⁰ ausgehen müsse.

Die Bestimmung der Dauer des Softwarelebenszyklus stellt damit ein erhebliches Problem dar. Während der Beginn des Lebenszyklus mit der Markteinführung der Software zwar noch relativ einfach zu bestimmen sein mag, ist die Feststellung des Endes desselben mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Wenn man die Ansicht

⁷⁰⁸ Bis zu sieben Jahre: *Jaeger*, CR 1999, 209, 211; fünf Jahre: *Schug/Rockstroh*, in *Weise/Krauß, Beck'sche Online-Formulare Vertrag*, Teil 9.1.4, Software-Pflegevertrag, Rn. 15; weniger als fünf Jahre: *Merveldt*, CR 2006, 721, 726.

⁷⁰⁹ *Oehler/von Ribbeck*, in *Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele*, Kap. 6, Rn. 8.

⁷¹⁰ *Wirtz*, *Internetmanagement*, S. 722; vgl. *Tschang*, *Organization Science* 2007, 989, 990; vgl. auch allgemein mit Bezug auf „Consumer Electronics“ *Rennhak/Opresnik*, *Marketing*, S. 72.

der Rechtsprechung zugrunde legt, nach welcher der Softwarelebenszyklus bereits endet, wenn der konkrete Verkäufer oder Anbieter die Software nicht mehr am Markt anbietet, stellt sich die Frage, wer genau dieser „Verkäufer“ oder „Anbieter“ der Software ist. Wird die Software dementsprechend nicht mehr „am Markt angeboten“, wenn bspw. nur ein bestimmtes Geschäft einer Ladenkette, in dem die Software gekauft wurde, das Produkt nicht mehr verkauft, oder ist es vielmehr erforderlich, dass die gesamte Ladenkette das Angebot eingestellt hat? Noch schwieriger wird es, wenn man das Begriffsverständnis der Literatur zugrunde legt, nach dem der Softwarelebenszyklus erst endet, wenn die Software *allgemein* nicht mehr am Markt erhältlich ist. Es dürfte illusorisch sein, anzunehmen, dies in der Mehrzahl der Fälle mit Sicherheit feststellen, geschweige denn ein konkretes Datum benennen zu können, an dem dieser Fall für eine bestimmte Software eingetreten ist.

Hinzu kommt, dass die *ex ante*-Bestimmung der Lebensdauer einer konkreten Software äußerst schwierig zu beurteilen sein wird, da ihr Zyklusverlauf kaum sicher vorhergesagt werden kann. So wird in der Betriebswirtschaftslehre mit Blick auf den Produktlebenszyklus – wie bereits oben erläutert – die Ansicht vertreten, dass der Lebenszyklus eines Produktes von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren beeinflusst wird.

Einerseits bestimmt der Hersteller des Produktes seinen Lebenszyklus maßgeblich mit, da er in jeder Zyklusphase Einfluss auf die weitere Produktentwicklung am Markt nehmen kann.⁷¹¹ Entsprechend ist es möglich, dass ein Softwarehersteller das Produkt – gerade wenn es nicht den gewünschten Erfolg hat – vorzeitig vom Markt nimmt und den Verkauf damit vergleichsweise früh beendet. Darüber hinaus unterliegt der Produktlebenszyklus auch unterschiedlichen Einflüssen von außen wie der allgemeinen Konjunktur oder den Maßnahmen von Wettbewerbern.⁷¹² Die Zyklusdauer von Produkten ist damit „sehr heterogen“, sodass es einerseits Produkte mit sehr langen, andererseits aber auch mit äußerst kurzen Lebenszyklen geben kann.⁷¹³

Da die Zeitspanne des Lebenszyklus einer konkreten Software kaum sicher vorhergesagt werden kann, wäre mit der Zugrundelegung des Lebenszyklus zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums nichts gewonnen. Denn der Erwerber der Software müsste trotz des an sich für die Dauer des Lebenszyklus ausgeschlossenen Kündigungsrechts dennoch jederzeit mit dem Ende des Produktvertriebs – und damit mit dem Pflege- bzw. Supportende – rechnen. Er hat weder die Möglichkeit, in die Marktentwicklung des Computerprogramms Einsicht zu nehmen noch sie in irgendeiner Weise zu beeinflussen. Und selbst der Hersteller der Software kann nur in begrenztem Maße die Marktentwicklung seines Produktes kontrollieren.

Die Untersuchung der Leistungsfähigkeit des Lebenszykluskonzeptes ergibt somit, dass sich die Heranziehung des Softwarelebenszyklus für die Bestimmung ihrer Mindestpflagedauer bzw. des Ausschlusszeitraums grundsätzlich nicht eignet. Der Lebenszyklus ist im Voraus nur sehr schwer vorhersagbar, weil er von einer Vielzahl unternehmensinterner und externer Faktoren abhängt. Darüber hinaus gibt es – soweit

⁷¹¹ Siehe dazu oben, S. 125.

⁷¹² *Rennhak/Opresnik*, Marketing, S. 72.

⁷¹³ Ebd.

ersichtlich – kein belastbares Zahlenmaterial, das statistische Aussagen über die Dauern von Lebenszyklen enthält.

Hinzu kommt, dass das Ende des Lebenszyklus nur sehr schwer zu bestimmen sein dürfte. Sowohl die Ansicht der Rechtsprechung als auch die der Literatur führen dabei nicht weiter.

Insgesamt ist damit das Lebenszykluskonzept für die Bestimmung sowohl der Mindestpflagedauer als auch des Ausschlusszeitraums nicht leistungsfähig.

2. Die Nutzungsdauer digitaler Spiele

Als ein weiterer Ansatz für die Festlegung des Ausschlusszeitraums kommt die Nutzungsdauer digitaler Spiele in Betracht. Im Allgemeinen gibt die Nutzungsdauer an, wie lange ein Gegenstand durch seinen Anwender genutzt wird.⁷¹⁴ Die Nutzungsdauer unterscheidet sich also vom soeben beschriebenen Lebenszyklus-Konzept dadurch, dass sie nicht auf die Vertriebsdauer, sondern auf den Zeitraum, während dessen ein Verwender einen Gegenstand nutzt, abstellt.

Die Nutzungsdauer von Gegenständen ist für verschiedene zivilrechtliche Fragen von Relevanz. Im Folgenden soll näher untersucht werden, wie in den einzelnen Bereichen des Zivilrechts die Nutzungsdauer von Gegenständen ermittelt wird.

a) Die lineare Teilwertabschreibung

Die Nutzungsdauer von Gegenständen spielt zunächst bei der Berechnung des Wertersatzes von Nutzungen eine Rolle, die gem. § 346 Abs. 1 BGB a. E. herauszugeben sind.

Nach der Legaldefinition des § 100 BGB gehören zu den Nutzungen „die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt“. Bei den Gebrauchsvorteilen handelt es sich um nichtgegenständliche Nutzungen mit der Folge, dass anstelle der Herausgabe nur ihr Wertersatz möglich ist.⁷¹⁵

Die h. M. berechnet den Wertersatz für die gezogenen Gebrauchsvorteile beweglicher Sachen im Wege der sogenannten linearen Teilwertabschreibung.⁷¹⁶ Hierbei wird

⁷¹⁴ *Prakash/Dehoust/Gsell/Schleicher/Stamminger*, Einfluss der Nutzungsdauer von Produkten auf ihre Umwelteinwirkung: Schaffung einer Informationsgrundlage und Entwicklung von Strategien gegen „Obsoleszenz“-Studie im Auftrag des Bundesumweltamtes (2016), S. 65, abrufbar unter https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/texte_11_2016_einfluss_der_nutzungsdauer_von_produkten_obsoleszenz.pdf; so auch *Kaufmann*, CR 2005, 841, 844.

⁷¹⁵ *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 251 mwN.

⁷¹⁶ BGH, NJW-RR 1995, 364, 365; NJW 1996, 250, 252; OLG Düsseldorf, NJW 2002, 614, 615; Palandt/*Grüneberg*, § 346 BGB, Rn. 10; *Staudinger/Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 259; *Soergel/Lobinger*, § 346 BGB, Rn. 52; *BeckOK BGB/Schmidt*, § 346 BGB, Rn. 47; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 247; *Thunhart*, Nutzungsvergütung, S. 35 ff.; *Reinking/Eggert*, Aukt Kauf, Rn. 1162; *Eckert/Maifeld/Matthiesen*, Kaufrecht, Rn. 741.

der Kaufpreis der Kaufsache durch die voraussichtliche Gesamtnutzungsdauer dividiert und mit der tatsächlichen Nutzungsdauer beim Rückgewährschuldner multipliziert. Während der Kaufpreis sowie die tatsächliche Nutzungsdauer des Rückgewährschuldners grundsätzlich ohne Weiteres klar sind, ermittelt die Rechtsprechung die Gesamtnutzungsdauer der Kaufgegenstände durch Schätzung.

Die Gesamtnutzungsdauer ist dabei von Produkt zu Produkt unterschiedlich. So wurde beispielsweise für EDV-Anlagen eine Gesamtnutzungsdauer von 5 Jahren angenommen⁷¹⁷, für Laptops 6 Jahre⁷¹⁸ und für einen HGB-Kommentar 15 Jahre⁷¹⁹. Die Schätzung der Gesamtnutzungsdauer ein- und derselben Produktkategorie kann dabei zwischen verschiedenen Gerichten abweichen, was am Beispiel von Einbauküchen deutlich wird.⁷²⁰ So geht das OLG Koblenz bei dieser Produktkategorie von einer Gesamtnutzungsdauer von nur 14 Jahren aus⁷²¹, während das OLG Braunschweig diesen Zeitraum auf 20 Jahre schätzt⁷²².

Auffällig ist dabei, dass die Gerichte nur selten die Grundlage ihrer Schätzung offenlegen, sodass fast immer unklar bleibt, warum dieser oder jener konkrete Zeitraum als Gesamtnutzungsdauer eines Kaufgegenstandes angenommen wurde. Nur ausnahmsweise erfolgen nähere Ausführungen hierzu oder es wird ausdrücklich auf ein Sachverständigengutachten verwiesen. Das AG Hildesheim hat beispielsweise zur Berechnung der Gesamtnutzungsdauer eines Laptops argumentiert, dass sich seine Gesamtnutzungsdauer auf 6 Jahre beläuft und damit der Zeit entspricht, in welcher das Laptop ohne erhebliche Reparaturen seinem Zweck entsprechend eingesetzt werden kann.⁷²³ Zwar würden Computer im Allgemeinen wesentlich länger verwendet, jedoch seien Laptops transportabel und infolgedessen höheren Beanspruchungen ausgesetzt als Desktop-Rechner.⁷²⁴

Auch in der Literatur lassen sich nur wenige Anhaltspunkte zur Berechnung der Gesamtnutzungsdauer finden. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Gesamtnutzungsdauer nicht immer mit der Lebensdauer des Produktes gleichzusetzen sei.⁷²⁵ Bestimmte Produkte wie z. B. Textilien werden nämlich üblicherweise nicht bis zu ihrer völligen Abnutzung gebraucht, sondern schon viel früher gegen neuere Artikel eingetauscht.⁷²⁶ Deren übliche Gesamtnutzungsdauer kann somit weitaus kürzer ausfallen

⁷¹⁷ OLG Koblenz, NJW-RR 1992, 688, 690; OLG München, CR 1989, 288, 289.

⁷¹⁸ AG Hildesheim, BeckRS 2008, 12083.

⁷¹⁹ AG Köln, NJW 2004, 3342, 3344.

⁷²⁰ Dazu Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 259.

⁷²¹ OLG Koblenz, NJW-RR 1992, 760, 761.

⁷²² OLG Braunschweig, Urt. v. 03.05.1996, Az. 5 U 2/96 – zit. nach juris, Rn. 14.

⁷²³ AG Hildesheim, BeckRS 2008, 12083.

⁷²⁴ Ebd.

⁷²⁵ juris PK/*Faust*, § 346 BGB, Rn. 110; Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 259; Soergel/*Lobinger*, § 346 BGB, Rn. 54.

⁷²⁶ Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 259.

als ihre tatsächliche Lebensdauer. Weitere Kriterien zur Bestimmung der Gesamtnutzungsdauer sind nicht ersichtlich.

Insgesamt bleibt damit unklar, wie die Gesamtnutzungsdauer des Gegenstandes, für dessen Nutzung Wertersatz zu leisten ist, konkret zu bestimmen ist. Die Beispiele aus der Rechtsprechung und der Literatur haben darüber hinaus gezeigt, dass sich die Länge der Gesamtnutzungsdauer kaum – noch nicht einmal für ein- und dieselbe Produktkategorie – verallgemeinern lässt, sondern in hohem Maße vom Einzelfall abhängt.

b) Die Pflicht zur Lieferung von Ersatzteilen

Die Mehrzahl der Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, welche sich für eine nachvertragliche Pflicht des Herstellers bzw. Verkäufers langlebiger Kaufsachen zur Ersatzteillieferung ausspricht⁷²⁷, zieht zur zeitlichen Begrenzung dieser Pflicht die gewöhnliche Nutzungsdauer von Kaufsachen heran⁷²⁸.

Zur zeitlichen Konkretisierung der gewöhnlichen Nutzungsdauer stellen einzelne Vertreter dieser Ansicht auf die sog. „Absetzung für Abnutzung“-Tabellen („AfA-Tabellen“) des Bundesfinanzministeriums ab.⁷²⁹ Die AfA-Tabellen stellen ein Hilfsmittel dar, welches die Schätzung der Nutzungsdauer betrieblicher Wirtschaftsgüter ermöglicht, um ihre steuerliche Abschreibungsdauer gemäß § 7 Abs. 1 EStG ermitteln zu können.⁷³⁰ Die AfA-Tabellen sind jedoch nicht rechtsverbindlich.⁷³¹ Nach den AfA-Tabellen ergibt sich z. B. für betrieblich genutzte Personalcomputer und Notebooks eine Nutzungsdauer von drei Jahren.⁷³²

Zum Teil wird jedoch die Heranziehung der AfA-Tabellen zur Bestimmung der gewöhnlichen Nutzungsdauer abgelehnt.⁷³³ Begründet wird dies damit, dass die in den AfA-Tabellen ausgewiesene Nutzungsdauer nicht mit der tatsächlichen Nutzungsdauer der erworbenen Güter übereinstimme. In der Regel sei diese nämlich länger als

⁷²⁷ Siehe dazu oben, S. 50.

⁷²⁸ AG München, NJW 1970, 1852, 1852; Palandt/*Grüneberg*, § 242 BGB, Rn. 29; Staudinger/*Beckmann*, § 433 BGB, Rn. 165; *Finger*, NJW 1970, 2049, 2050; *Rodig*, BB 1971, 854, 855; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1529; differenzierend *Ullrich/Ulbrich*, BB 1995, 371, 372; a. A. *Graue*, Mangelfreie Lieferung, S. 388.

⁷²⁹ So *Rodig*, BB 1971, 854, 855; zurückhaltend *Ramm*, Fortwirkung, S. 72.

⁷³⁰ Die AfA-Tabellen sind online abrufbar unter *Bundesministerium der Finanzen*, AfA-Tabellen (2017), abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/afa-tabellen.html.

⁷³¹ *Lippross/Seibel/Grote*, § 7 EStG, Rn. 212.

⁷³² *Bundesministerium der Finanzen*, AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter (AfA-Tabelle „AV“) (2000), Ziff. 6.14.3.2, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/Ergaenzende-AfA-Tabellen/AfA-Tabelle_AV.html.

⁷³³ *Kühne*, BB 1986, 1527, 1529; *Finger*, NJW 1970, 2049, 2050.

die in den Tabellen angegebene Nutzungsdauer.⁷³⁴ Außerdem sei aufgrund der Vielfalt der Produkte auch keine Angabe einer generellen, fest umrissenen Zeitspanne für die Bevorratung von Ersatzteilen möglich.⁷³⁵

Ein Vorteil der AfA-Tabellen liegt allerdings darin, dass sie für eine Vielzahl unterschiedlicher Güter eine konkrete Nutzungsdauer festlegen, an der sich sowohl Hersteller als auch Erwerber solcher Güter orientieren können. Damit bieten die AfA-Tabellen etwas, was ansonsten bei der Festlegung der Nutzungsdauer einzelner Güter fehlt: allgemeingültige und eindeutige Zeitangaben.

Freilich können derart konkrete und starre Nutzungsdauern wie in den AfA-Tabellen nicht jedem Einzelfall gerecht werden.⁷³⁶ So kann sich aus vertraglichen Vereinbarungen ein bestimmter Verwendungszweck einer Sache ergeben, der wiederum Einfluss auf ihre Gesamtnutzungsdauer haben kann.⁷³⁷ Darüber hinaus decken selbst die recht ausführlichen AfA-Tabellen nicht alle Güter ab. So findet sich beispielsweise keine Nutzungsdauer für Software⁷³⁸ und damit erst recht keine für digitale Spiele. Letzteres ist auch nicht weiter verwunderlich, da die AfA-Tabellen Nutzungsdauern nur für *betriebliche* Wirtschaftsgüter auflisten und nicht für Güter, die zu privaten Zwecken genutzt werden sollen.⁷³⁹

Über die AfA-Tabellen hinaus bleiben sowohl Literatur als auch Rechtsprechung alternative Kriterien schuldig, mithilfe derer die Nutzungsdauer bestimmt werden könnte. Es wird entweder nur allgemein auf den Begriff der gewöhnlichen Nutzungsdauer ohne weitere Erläuterung abgestellt⁷⁴⁰ oder pauschal von einer regelmäßigen Nutzungsdauer von über 5 Jahren ausgegangen⁷⁴¹.

Insgesamt wird damit ersichtlich, dass der Begriff der Nutzungsdauer innerhalb des Konzepts der nachvertraglichen Ersatzteillieferungspflicht weitgehend vage bleibt. Versuche, die übliche Nutzungsdauer mithilfe der AfA-Tabellen zu bestimmen, schlagen fehl, da Nutzungsdauern für diese Produkte in den AfA-Tabellen nicht enthalten sind. Ein Vergleich mit anderen in den AfA-Tabellen aufgelisteten Produkten ist nicht sinnvoll, da die AfA-Tabellen nur *betriebliche* Nutzungsdauern verschiedener Güter enthalten.

⁷³⁴ Kühne, BB 1986, 1527, 1529.

⁷³⁵ Ullrich/Ulbrich, BB 1995, 371, 372; Kühne, BB 1986, 1527, 1529.

⁷³⁶ Ullrich/Ulbrich, BB 1995, 371, 372.

⁷³⁷ Staudinger/Kaiser, § 346 BGB, Rn. 260; Tillkorn, Nutzungsersatz, S. 46.

⁷³⁸ Gennen, in von Westphalen, Der Leasingvertrag, P. IT-Leasing, Rn. 67; Schneider, EDV-Recht, Teil F, Rn. 34, dort Fn. 2.

⁷³⁹ So knüpft auch § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG an die Nutzung der Wirtschaftsgüter zum Zwecke der Erzielung von Einkünften an, vgl. Blümich/Brandis, § 7 EStG, Rn. 100.

⁷⁴⁰ AG München, NJW 1970, 1852, 1853; Finger, NJW 1970, 2049, 2050.

⁷⁴¹ Kühne, BB 1986, 1527, 1529.

c) Softwarepflege und virtuelle Gegenstände

In der Literatur wird die Nutzungsdauer schließlich als Maßstab für die Mindestdauer der Softwarepflege bzw. der Dauer der Aufrechterhaltung der Nutzungsmöglichkeit von virtuellen Gegenständen herangezogen.

Mit Blick auf die Softwarepflege meint ein Teil der Literatur, dass die Nutzungsdauer der Software als Maßstab zur Bestimmung der Pflegedauer dem Lebenszyklus der Software vorzuziehen sei.⁷⁴² Dadurch könne den Erwartungen des Nutzers der Software besser Rechnung getragen werden.⁷⁴³ Zugleich wird aber eingeräumt, dass die Nutzungsdauer nicht allgemein bestimmt werden könne und je nach Art der Software⁷⁴⁴, aber auch nach der Art und Weise, wie der Anwender die Software nutzen möchte⁷⁴⁵, abweichen kann.

Kannowski/Till sprechen sich des Weiteren dafür aus, die Nutzungsdauer virtueller Gegenstände als Maßstab für die Dauer der Gewährung ihrer Nutzungsmöglichkeit heranzuziehen.⁷⁴⁶ Abzustellen sei dabei auf die durchschnittliche Person aus dem Verkehrskreis der Nutzer solch virtueller Gegenstände.⁷⁴⁷

d) Leistungsfähigkeit des Konzepts der Nutzungsdauer

Ein Vorteil der Nutzungsdauer von Produkten ist, dass sie zumindest in der Theorie eine weitgehend individualisierte Bestimmung des Ausschlusszeitraums ermöglichen kann. Sie stellt schließlich nicht wie der Softwarelebenszyklus vom Einzelfall losgelöst auf einen weitgehend vom Softwarehersteller zu bestimmenden Zeitraum ab. Die Nutzungsdauer hat vielmehr eine spezifische Software und einen konkreten oder zumindest durchschnittlichen Anwender dieser Software im Blick.

Wenngleich der Fokus der Nutzungsdauer von Software im Vergleich zum Softwarelebenszyklus ein anderer ist, so ist doch genauso wie beim Softwarelebenszyklus die Bestimmung der Dauer der Zeitspanne mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Es mangelt zum einen an klaren Kriterien, die zur Berechnung der Nutzungsdauer herangezogen werden können. Wie bereits festgestellt, eignen sich die AfA-Tabellen nicht zur Festlegung der Nutzungsdauer digitaler Spiele.

Darüber hinaus gibt es – soweit ersichtlich – keine Statistiken oder Daten, die untersuchen, wie lange Software oder digitale Spiele genutzt werden. Damit mangelt es auch an Zahlenmaterial, welches man der Bestimmung der Nutzungsdauer digitaler Spiele zugrunde legen könnte. Zwar gibt es Angaben über die Nutzung digitaler Spiele

⁷⁴² *Kaufmann*, CR 2005, 841, 844; *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 286; vgl. *Bartsch*, CR 1998, 193, 193.

⁷⁴³ *Kaufmann*, CR 2005, 841, 844.

⁷⁴⁴ *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 286.

⁷⁴⁵ Vgl. *Kaufmann*, CR 2005, 841, 844; *Spindler*, NJW 1999, 3737, 3739.

⁷⁴⁶ *Kannowski/Till*, NJOZ 2017, 522, 525.

⁷⁴⁷ Ebd.

innerhalb eines festgelegten Zeitraums durch konkrete Personengruppen wie z. B. Kinder.⁷⁴⁸ Jedoch sind diese Untersuchungen eben nur personen-, aber nicht produktbezogen. Den verfügbaren Statistiken und Daten kann also keine Antwort auf die Frage entnommen werden, wie lange letztlich ein konkretes Produkt genutzt wird.

Die schwere Berechenbarkeit der Nutzungsdauer führt in der Konsequenz zu Einbußen bei der Rechtssicherheit. Wenn die Nutzungsdauer nur schwer bestimmt und vorhergesagt werden kann, haben sowohl der Anwender des digitalen Spiels als auch der Supportverpflichtete kaum Anhaltspunkte, an denen sie sich zur Feststellung der Dauer des Ausschlusszeitraums orientieren können.

Hinzu kommt, dass die Berechnung des Ausschlusszeitraums mithilfe der Nutzungsdauer zu einer nahezu unbeschränkten Perpetuierung der Pflichten des Supporterbringers führen würde. Schließlich würde die Nutzungsdauer mit jedem Neukauf des Spiels von Neuem zu laufen beginnen, selbst dann, wenn der Publisher des Spiels den Vertrieb desselben längst eingestellt hat, das Spiel aber noch im Handel erworben werden kann.

Damit ist das Konzept der Nutzungsdauer nur in sehr eingeschränktem Maße für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums leistungsfähig.

3. Durchschnittliche Supportdauer

Als ein weiteres Kriterium zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums kommt die durchschnittliche Dauer des Supports der Online-Komponenten in Betracht. Zur Ermittlung dieses Durchschnittswerts bietet es sich an, den Zeitraum zwischen der Erstveröffentlichung von digitalen Spielen und dem Datum der Beendigung des Supports ihrer Online-Komponenten heranzuziehen.

Im Rahmen einer Gegenüberstellung von Veröffentlichungs- und Supportbeendigungsdaten von etwa 563 Spieletiteln, deren Online-Komponenten ab dem Jahre 2014 keinen Support mehr erhielten, wurde festgestellt, dass die durchschnittliche Supportdauer dieser Spiele 5,5 Jahre betrug. Zu den betrachteten 563 Spieletiteln gehörten digitale Spiele ganz verschiedener Art, wie z. B. Inklusivspiele, Konsolenspiele, aber auch Free-to-Play-Spiele. Abgesehen von den im ersten Kapitel bereits dargestellten Extremfällen, bei denen die Supportdauer entweder sehr lang oder sehr kurz ausfiel⁷⁴⁹, erhielten Spiele, die auf dem PC bzw. Mac gespielt werden konnten, im Durchschnitt eine Supportdauer von 7,5 Jahren.

Im Unterschied dazu wurde für die Online-Komponenten von Spielen, die auf mobilen Endgeräten mit den Betriebssystemen Android bzw. iOS nutzbar waren, durchschnittlich 2,6 Jahre Support erbracht.

⁷⁴⁸ Siehe dafür z. B. *game – Verband der deutschen Games-Branche*, Nutzer digitaler Spiele in Deutschland 2015 und 2016 (2017), abrufbar unter <https://www.game.de/marktdaten/nutzer-digitaler-spiele-in-deutschland-2015-und-2016/>; *Lorber*, JIM Studie: Digitale Spiele wichtiger Teil im Medienmix Jugendlicher (2015), abrufbar unter <https://spielkultur.ca.de/themen/forschung-und-wissenschaft/jim-studie-digitale-spiele-wichtiger-teil-im-medienmix-jugendlicher/>.

⁷⁴⁹ Siehe dazu insgesamt die Einleitung.

Digitale Spiele, die auf Konsolen gespielt werden konnten, erhielten einen Online-Support für die Dauer von 5,5 Jahren und lagen damit etwa im Gesamtdurchschnitt.⁷⁵⁰

Anhand dieser Zahlen wird ersichtlich, dass es bei der Supportdauer plattformabhängige Unterschiede gibt. Während PC-Spiele, zu denen insbesondere Inklusivspiele gehören dürften, tendenziell einen längeren Support erhalten, endet dieser für die Online-Komponenten von Smartphone-Spielen, zu denen vor allem auch Free-to-Play-Spiele zu zählen sind, relativ zeitig.

Es fällt auf, dass die durchschnittliche Supportdauer nicht auf das konkrete Schuldverhältnis zwischen dem Erwerber der Software und dem Supportverpflichteten abstellt. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Kriterium der durchschnittlichen Nutzungsdauer. Damit weist die durchschnittliche Supportdauer Ähnlichkeiten mit dem Softwarelebenszyklus auf. Bei näherer Betrachtung der durchschnittlichen Supportdauer werden jedoch gewichtige Unterschiede im Vergleich zum Softwarelebenszyklus ersichtlich.

So liegt ein Vorteil der durchschnittlichen Supportdauer darin, dass sie im Gegensatz zum Lebenszyklus oder zur Nutzungsdauer nicht auf das digitale Spiel als Ganzes, sondern allein auf die Online-Komponenten abstellt. Damit stellt dieses Kriterium eine zeitliche Bezugsgröße unmittelbar für den Support der Online-Komponenten zur Verfügung und muss eine solche nicht erst von einem anderen Sachverhalt – wie dem Lebenszyklus oder der Nutzungsdauer digitaler Spiele – ableiten.

Hinzu kommt, dass die durchschnittliche Supportdauer die Marktgegebenheiten widerspiegelt und flexibel zwischen verschiedenen Arten digitaler Spiele und ihren Plattformen unterscheiden kann.

Im Gegensatz zum Softwarelebenszyklus und zur Nutzungsdauer kann die durchschnittliche Supportdauer außerdem vergleichsweise einfach ermittelt werden. Notwendig hierfür ist allein die Kenntnis von den Erstveröffentlichungs- und den Supportbeendigungsdaten der Spiele. Dadurch stellt es an und für sich auch kein Problem dar, dass es auch zur durchschnittlichen Supportdauer – soweit ersichtlich – keine statistischen Erhebungen gibt, an denen man sich orientieren kann. Zu beachten ist allerdings, dass es über die Beendigung des Supports für spezifische virtuelle Gegenstände in der Regel keine Informationen seitens des Supportverpflichteten gibt.

Schließlich ist dieses Kriterium entwicklungs offen. Das bedeutet, dass der aus einem Vergleich zwischen Veröffentlichungs- und Supportbeendigungsdaten ermittelte Durchschnittswert nicht unabänderlich ist, sondern sich entsprechend der Marktentwicklung auch verändert.

Anhand dieser Veränderlichkeit wird allerdings auch ein Nachteil der durchschnittlichen Supportdauer deutlich. Auch wenn sie für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums herangezogen wird, ist es letztlich allein der Supportverpflichtete, der auf die eigentliche Länge der Supportdauer Einfluss hat. Aufgrund der Vielzahl von Publishern werden jedoch einzelne Ausreißer nach oben (lange Supportdauer) oder nach unten (kurze Supportdauer) keinen größeren Einfluss auf den Durchschnitt der Supportdauer haben.

⁷⁵⁰ Diese Tatsache dürfte darauf zurückzuführen sein, dass ein Großteil der Spieletitel, die im Jahr 2014 den Support für ihre Online-Komponenten verloren hatten, auf Konsolen gespielt werden konnten.

Zwar besteht eine nicht völlig von der Hand zu weisende Gefahr eines „race to the bottom“ zwischen den verschiedenen Publishern. Allerdings ist dabei zu beachten, dass Nutzer digitaler Spiele äußerst kritische Verbraucher darstellen und ihren Unmut über ihrer Ansicht nach zu kurze Supportdauern im Internet, bspw. in Foren, kundtun. Dadurch kann das Ansehen des Publishers innerhalb der Spielergemeinschaft sinken, was wiederum zu negativen Verkaufszahlen führen kann. Um dem vorzubeugen, werden Publisher eher danach streben, den Support für längere Zeiträume zu erbringen, als sich gegenseitig mit immer kürzeren Supportzeiträumen zu unterbieten.

Insgesamt zeigt sich, dass dieses Kriterium durchaus leistungsfähig ist, um als Maßstab für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums zu dienen. Für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums mit Blick auf den Support der für die Nutzungsmöglichkeit virtueller Gegenstände erforderlichen Online-Komponenten ist dieses Kriterium allerdings weniger geeignet, da es hierüber – soweit ersichtlich – kein belastbares Datenmaterial gibt.

4. Die Dauer von Konsolengenerationen

Ein weiteres Kriterium zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums könnte das Konzept der Konsolengeneration darstellen. Zum Zwecke der historisch-technologischen Einordnung von Spielekonsolen wird in der Fachliteratur und -presse sehr oft der Begriff der „Konsolengeneration“ verwendet.

Es besteht zunächst Einigkeit darüber, dass es bis zum Jahr 2017 (mindestens) 8 Konsolengenerationen gegeben hat⁷⁵¹, gerechnet ab Beginn der 1970er-Jahre, als mit der *Odyssey* die erste Spielekonsole für den Heimgebrauch auf den Markt kam⁷⁵². Äußerst unklar und umstritten ist jedoch, wodurch genau sich eine Konsolengeneration auszeichnet und von anderen Konsolengenerationen unterscheidet.

Es wird zum Teil vertreten, dass sich die Konsolen einer Generation durch ihren technologischen Fortschritt gegenüber ihren Vorgängern abheben.⁷⁵³ Beispielhaft kann hierfür die fünfte Konsolengeneration angeführt werden, die es Spielern erstmals ermöglichte, Spiele mit komplexerer 3D-Grafik zu spielen.⁷⁵⁴ Darüber hinaus werden

⁷⁵¹ *Wirtz*, Internetmanagement, S. 730; *Pelka*, Geschichte der Computerspiele (2014), abrufbar unter http://wiki.computerspielschule.net/index.php/Geschichte_der_Computerspiele#F.C3.BCnft_e_Konsolengeneration; *Parijat*, Why The PS4 and Xbox One Console Generation Has Brought Nothing New To Game Design (2016), abrufbar unter <http://gamingbolt.com/why-the-ps4-and-xbox-one-console-generation-has-brought-nothing-new-to-game-design>; *Panella*, Albert, zitiert in *Kamen*, Console generations could soon be a thing of the past, says Xbox's hardware chief (2017), abrufbar unter <http://www.wired.co.uk/article/albert-penello-xbox-one-x-interview-microsoft-e3-2017>.

⁷⁵² Vgl. *Cassidy/McEniry*, Library Hi Tech News 2014, 17, 17.

⁷⁵³ Vgl. *Wirtz*, Internetmanagement, S. 662; krit. zu diesem Punkt *Prinke*, How are video game console generations defined? Who defines them? (2017), abrufbar unter <https://www.quora.com/How-are-video-game-console-generations-defined-Who-defines-them>.

⁷⁵⁴ *Pelka*, Geschichte der Computerspiele (2014), abrufbar unter http://wiki.computerspielschule.net/index.php/Geschichte_der_Computerspiele#F.C3.BCnft_e_Konsolengeneration.

vor allem die frühen Konsolengenerationen durch die Menge der pro Takt durch ihre Prozessoren zu verarbeitenden Bits unterschieden (z. B. „8-Bit-Konsolen“ oder „128-Bit-Konsolen“).⁷⁵⁵

Im Unterschied dazu wird auch vertreten, dass der Beginn einer neuen Konsolengeneration immer dann gegeben sei, wenn der Marktführer eine neue Konsole auf den Markt bringt.⁷⁵⁶

Ein Mitarbeiter von *Microsoft* wird außerdem mit der Aussage zitiert, dass verschiedene Konsolengenerationen mithilfe der Feststellung voneinander abgegrenzt werden können, ob ältere Konsolenspiele auch auf neueren Spielekonsolen ablaufen können.⁷⁵⁷ Wenn also ältere Spiele nicht mehr auf neuen Konsolen funktionieren, stellen die neuen Konsolen in der Regel auch Vertreter einer neuen Konsolengeneration dar.

Bisher hatten Konsolengenerationen zwar eine relativ lange Dauer, wobei dabei von Zeiträumen von 5 bis 10 Jahren ausgegangen werden konnte.⁷⁵⁸ Doch die als gesichert geltende Annahme von lang andauernden Konsolengenerationen ist in jüngerer Zeit ins Wanken geraten. Die drei großen Konsolenhersteller – *Sony*, *Microsoft* und *Nintendo* – hatten bereits in den Jahren 2016 und 2017 neue Spielekonsolen auf den Markt gebracht, wobei die 8. Konsolengeneration, deren Beginn in den Jahren 2012/2013 verortet wird⁷⁵⁹, zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der neuen Konsolen kaum fünf Jahre alt gewesen ist. Diese Entwicklungen veranlassten auch mehrere Autoren zu der Vermutung, dass der bisherige in Generationen ablaufende Entwicklungsprozess von Konsolen ein Ende gefunden habe und zukünftig in weitaus kürzeren Abständen neue Konsolen veröffentlicht werden würden.⁷⁶⁰

Insgesamt wird damit ersichtlich, dass sich das Konzept der Konsolengeneration für eine nähere Bestimmung des Ausschlusszeitraums nicht eignet. So ist bereits unklar,

⁷⁵⁵ *Prinke*, How are video game console generations defined? Who defines them? (2017), abrufbar unter <https://www.quora.com/How-are-video-game-console-generations-defined-Who-defines-them>.

⁷⁵⁶ Ebd.

⁷⁵⁷ *Ybarra*, zitiert in *Thang*, The Traditional Console Life Cycle is Dying (2016), abrufbar unter <https://www.gamespot.com/articles/the-traditional-console-life-cycle-is-dying/1100-6442192/>.

⁷⁵⁸ Vgl. *Wirtz*, Internetmanagement, S. 662; *Thang*, The Traditional Console Life Cycle is Dying (2016), abrufbar unter <https://www.gamespot.com/articles/the-traditional-console-life-cycle-is-dying/1100-6442192/>; *Conditt*, Welcome to the final console generation as we know it (2016), abrufbar unter <https://www.engadget.com/2016/09/08/console-generations-ps4-pro-xbox-scorpio/>; bis zu 10 Jahre: *Gilbert*, The death of game consoles is upon us (2016), abrufbar unter <http://www.businessinsider.com/video-game-console-makers-moving-away-from-the-console-release-cycle-2016-6?IR=T>.

⁷⁵⁹ *Wirtz*, Internetmanagement, S. 730.

⁷⁶⁰ Vgl. *Sarkar*, Xbox Scorpio could eliminate console generations – and that's a good thing (2017), abrufbar unter <https://www.polygon.com/2017/4/15/15272458/xbox-scorpio-pc-backward-compatibility-microsoft>; *Thang*, The Traditional Console Life Cycle is Dying (2016), abrufbar unter <https://www.gamespot.com/articles/the-traditional-console-life-cycle-is-dying/1100-6442192/>; *Brustein*, New PlayStation Models Change the Lifecycle of Gaming Consoles (2016), abrufbar unter <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-07/new-playstation-models-change-the-lifecycle-of-gaming-consoles>.

wie einzelne Konsolengenerationen voneinander abgegrenzt und unterschieden werden können.

Und selbst wenn es in der Vergangenheit so etwas wie Konsolengenerationen gegeben hat, legen neuere Entwicklungen in der Industrie den Schluss nahe, dass in Zukunft neue Konsolen in immer kürzeren Zeitabschnitten veröffentlicht werden. Diese beiden Aspekte erschweren eine genaue Feststellung der Dauer einer Konsolengeneration, weshalb dieses Konzept für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums nicht leistungsfähig ist.

5. Orientierung an Verjährungsfristen

Als ein weiteres Kriterium für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums kommen die gesetzlich geregelten Verjährungsfristen in Betracht.

Solmecke und *Vondrlík* diskutieren mit Blick auf käuflich zu erwerbende Produkte mit serverbasierten Zusatzdiensten die Möglichkeit, gesetzlich geregelte Verjährungsfristen zur Bemessung der Dauer des Serverbetriebs heranzuziehen.⁷⁶¹

Hinsichtlich dieser serverbasierten Zusatzdienste sprechen sie sich für einen Kündigungsverzicht des „Verkäufers“ während einer „angemessene[n] Dauer“ aus.⁷⁶² Zur Bestimmung dieses angemessenen Zeitraums könne man sich dabei an der zweijährigen kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB orientieren.⁷⁶³ Der Gesetzgeber scheine nämlich anzunehmen, dass der Käufer einer Sache in der Regel daran interessiert sei, die Kaufsache für mindestens zwei Jahre zu benutzen, weshalb auch der Serverbetrieb nicht vor Ablauf dieses Zeitraums beendet werden dürfe.⁷⁶⁴

Von dieser Prämisse scheint nunmehr auch die DI-RL auszugehen, welche in Erwägungsgrund 47 zur Bestimmung des Zeitraums, während dessen der Unternehmer Aktualisierungen des digitalen Inhalts bereitzustellen hat, den „Gewährleistungszeitraum für Vertragswidrigkeit“ als Maßstab zur Bestimmung der Zeitdauer vorschlägt.

Dabei ist klarzustellen, dass dieses Kriterium nicht zur Bestimmung der Verjährung kaufrechtlicher oder dienstvertraglicher Ansprüche des Erwerbers des Spielclients herangezogen wird. Mithilfe der gesetzlich geregelten Verjährungsfristen soll vielmehr der Ausschlusszeitraum und damit die Mindestdauer des Supportvertrages bzw. der Supportpflicht ermittelt werden.

Für die Heranziehung von gesetzlich geregelten Verjährungsfristen zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums spricht, dass es sich bei ihnen um grundsätzlich leicht bestimmbare Zeiträume handelt. Sowohl die Länge der Verjährungsfristen als auch der Beginn ihres Laufs⁷⁶⁵ können dem Gesetz entnommen werden. Aus diesem Grund schafft die Heranziehung gesetzlich geregelter Verjährungsfristen zur Bestimmung

⁷⁶¹ *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755.

⁷⁶² Ebd., 757.

⁷⁶³ Ebd.

⁷⁶⁴ Ebd.

⁷⁶⁵ Siehe z. B: § 199 BGB für die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 BGB oder § 438 Abs. 2 GB für die Verjährung kaufrechtlicher Mängelansprüche.

des Ausschlusszeitraums weitaus mehr Rechtssicherheit als alle bisher dargestellten Ansätze.

Hinzu kommt, dass die Verjährungsfristen auch von entscheidender Bedeutung für die Bestimmung der Gleichwertigkeit (Äquivalenz) von Leistung und Gegenleistung bei einem gegenseitigen Vertrag sind.⁷⁶⁶ Dies hat in Rechtsprechung und Literatur bisher in besonderem Maße bei Gutscheinen und Telefonkarten eine Rolle gespielt, deren Gültigkeitsdauer oftmals durch ihre Aussteller in AGB begrenzt wird. Wenngleich die Aussteller solcher Gutscheine und Telefonkarten ein berechtigtes Interesse daran haben, die versprochenen Leistungen nicht ohne zeitliche Begrenzung erbringen zu müssen⁷⁶⁷, hat die Rechtsprechung wiederholt zu kurze Gültigkeitsbefristungen für unwirksam erachtet.⁷⁶⁸ So verstießen beispielsweise Verjährungsfristen, die nur für 12 oder 15 Monate liefen, gegen das gesetzliche Leitbild des § 195 BGB.⁷⁶⁹ Die Werthaltigkeit der Leistung des Gutscheinerwerbers werde durch eine zu kurze zeitliche Begrenzung der Verjährungsfrist zu stark beeinträchtigt mit der Folge, dass das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung erheblich gestört sei.⁷⁷⁰

Damit streitet für die Heranziehung gesetzlich geregelter Verjährungsfristen auch die Vermutung, dass der durch sie festgelegte Verjährungszeitraum eine Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung herstellt.

Da es hier außerdem um die Konkretisierung des Ausschlusszeitraums mit Blick auf den Support von Inklusiv-, Konsolen- und Free-to-Play-Spielen geht, in denen virtuelle Gegenstände gekauft wurden, bietet sich – wie von *Solmecke/Vondrlik* für Produkte mit serverbasierten Zusatzdiensten vorgeschlagen – die Heranziehung der zweijährigen Gewährleistungsfrist für die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsansprüche an, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Diese Frist ist einerseits ohnehin bereits auf kaufrechtliche Sachverhalte ausgelegt. Darüber hinaus lässt sich die Ablieferung der Sache gemäß § 438 Abs. 2 BGB und damit der Beginn dieser Verjährungsfrist verhältnismäßig einfach feststellen. Bei virtuellen Gegenständen tritt dabei an die Stelle der Ablieferung die äquivalente Verschaffung dieser Gegenstände, beispielsweise im Wege des Downloads.

6. Weitere Kriterien

Als weitere Kriterien zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums kommen der Kaufpreis des digitalen Spiels bzw. virtuellen Gegenstandes sowie die Funktionsfähigkeit des digitalen Spiels ohne seine Online-Komponenten in Betracht.⁷⁷¹

⁷⁶⁶ Vgl. OLG München, NJW-RR 2008, 1233, 1234.

⁷⁶⁷ Vgl. *Knöfel*, AcP 2010, 654, 685.

⁷⁶⁸ Grundlegend dazu BGH, NJW 2001, 2635, 2637.

⁷⁶⁹ OLG München, NJW-RR 2008, 1233, 1234; LG Düsseldorf, CR 2007, 25, 26 f.; AG Wuppertal, NJOZ 2010, 502, 502 f.; siehe dazu auch *Knöfel*, WM 2017, 833, 838.

⁷⁷⁰ Vgl. statt vieler OLG München, NJW-RR 2008, 1233, 1234.

⁷⁷¹ Vgl. zu diesen beiden Punkten *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 757.

Die Supportdauer muss äquivalent zum Preis sein.⁷⁷² Es erscheint daher gerechtfertigt, dass der Support der Online-Komponenten für höherpreisige Spiele bzw. virtuelle Gegenstände länger erbracht wird als für preisgünstigere Alternativen. Insofern kann eine Parallele zu Bierlieferungsverträgen gezogen werden, die zwischen Brauereien und Gastwirten abgeschlossen zu werden pflegen. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Bindung des Gastwirts umso länger dauern darf, je mehr Gegenleistungen dieser vom Brauereiunternehmen erhält.⁷⁷³

Der Erwerber eines teuren Spiels bzw. virtuellen Gegenstandes wird die Erwartung haben, dass er die Kaufsache samt ihren Online-Komponenten für einen angemessen langen Zeitraum nutzen kann. Nur aufgrund dieser Erwartung wird der Spieler bereit sein, den hohen Kaufpreis für das digitale Spiel bzw. den virtuellen Gegenstand zu zahlen. Entsprechend erscheint es umgekehrt gerechtfertigt, dass ein preisgünstiges Spiel bzw. ein entsprechend billiger virtueller Gegenstand nur eine kurze Supportdauer erfährt. Der Spieler wird hier in der Regel nicht davon ausgehen, dass kostengünstige digitale Spiele bzw. virtuelle Gegenstände auch einen längeren Support für ihre Online-Komponenten bekommen.

Von Relevanz für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums ist darüber hinaus die Frage, in welchem Umfang das digitale Spiel bzw. der virtuelle Gegenstand ohne den Support der Online-Komponenten genutzt werden kann. Online-Komponenten, welche auf die Nutzungsmöglichkeit des Spiels einen wesentlichen Einfluss haben, sollten länger Support erhalten als solche, nach deren Supportwegfall das Spiel immer noch zu einem nicht unerheblichen Teil genutzt werden kann.⁷⁷⁴

II. Auf einzelne Spielarten anwendbare Ansätze und Kriterien

Nachdem verschiedene mögliche Ansätze und Kriterien zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums dargestellt und bewertet wurden, stellt sich nunmehr die Frage, wie der Ausschlusszeitraum bei den einzelnen Arten digitaler Spiele am besten bestimmt werden kann.

Es besteht eine große Anzahl an unterschiedlichen Arten digitaler Spiele. Ebenso unterschiedlich wie die Spiele selbst sind auch die Online-Komponenten, welche die Spiele bieten. Diese Tatsache sollte aber nicht dazu führen, dass der Ausschlusszeitraum in jedem Einzelfall für jedes digitale Spiel gesondert zu bestimmen ist. Ziel muss es nämlich sein, den Ausschlusszeitraum auf möglichst rechtssichere Art und Weise bestimmen zu können, damit alle Parteien wissen, wie lange sie zum Support der Online-Komponenten verpflichtet bzw. berechtigt sind.

Darüber hinaus würde eine Bestimmung des Ausschlusszeitraums allein unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles dazu führen, dass der Erwerber des digitalen Spiels stets darlegen und beweisen müsste, wie lange der Support für das kon-

⁷⁷² Ebd.

⁷⁷³ Vgl. dazu BGH, NJW 1970, 2243, 2243; NJW 1974, 2089, 2089; NJW 1985, 2693, 2695; von Westphalen, in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Bierlieferungsvertrag, Rn. 3; MüKo BGB/Armbrüster, § 138 BGB, Rn. 75.

⁷⁷⁴ Vgl. Solmecke/Vondrlik, MMR 2013, 755, 757.

krete digitale Spiel zu erbringen ist und dass im konkreten Fall der Supportverpflichtete den Support zur Unzeit gekündigt hat. Denn grundsätzlich muss jede Partei im Prozess das Vorliegen der Voraussetzungen „der ihr günstigen Norm beweisen“. ⁷⁷⁵ Dies hätte zur Folge, dass der Erwerber konkret darlegen müsste, wie lange beispielsweise der Lebenszyklus des Spiels oder seine durchschnittliche Supportdauer ist. Dadurch würde der Erwerber mit erheblichen Prozesskosten belastet.

Es sind vielmehr wie folgt feststehende Ausschlusszeiträume zugrunde zu legen, die in begründeten Einzelfällen wegen besonderer Umstände verkürzt werden können, wofür jedoch der Supportverpflichtete die Beweislast trägt.

Konkret bedeutet dies, dass bei Inklusiv- und Konsolenspielen die durchschnittliche Supportdauer von 5,5 Jahren ⁷⁷⁶ zugrunde zu legen ist. Damit muss der Support der Online-Komponenten dieser Spiele für 5,5 Jahre ab ihrem Erstveröffentlichungsdatum erbracht werden. Im Einzelfall kann der Supportverpflichtete jedoch darlegen, dass der Ausschlusszeitraum für bestimmte Online-Komponenten kürzer zu bemessen ist. Dies kommt für Online-Komponenten in Betracht, die wegen ihrer Art und ihres Umfangs für die Nutzungsmöglichkeit des gesamten Spiels nur von untergeordneter Bedeutung sind. In der Regel dürfte dies jedoch auf Online-DRM-Systeme und den Online-Mehrspielermodus nicht zutreffen. Beide Online-Komponenten sind regelmäßig von erheblicher Bedeutung für die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels, sodass eine Verkürzung des Ausschlusszeitraums für diese Online-Komponenten grundsätzlich zu verneinen ist.

Wie bereits dargestellt, ist eine durchschnittliche Supportdauer der Online-Komponenten virtueller Gegenstände in der Regel nicht feststellbar, da das Ende des Supports hierfür sehr oft nicht bekannt gegeben wird. ⁷⁷⁷ Aus diesem Grunde ist es auch nicht möglich, die durchschnittliche Supportdauer für virtuelle Gegenstände zu berechnen. Mangels Datenmaterials scheidet auch die Heranziehung von Kriterien wie Lebenszyklus oder Nutzungsdauer von virtuellen Gegenständen aus.

Anstelle dessen ist für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums die zweijährige kaufrechtliche Mängelgewährleistungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB zugrunde zu legen. Der entsprechend lange Ausschlusszeitraum beginnt dabei mit dem Erhalt des virtuellen Gegenstandes durch den jeweiligen Erwerber zu laufen. Da virtuelle Gegenstände in der Regel nur innerhalb eines Free-to-Play-Spiels erworben werden können, ist eine Perpetuierung der Supportpflicht nicht zu befürchten, da der Supportverpflichtete es in der Regel selbst in der Hand haben dürfte, zu bestimmen, ob und wie lange virtuelle Gegenstände innerhalb des Spiels verkauft werden. Aufgrund der Umstände des Einzelfalles kann diese Frist kürzer ausfallen. Wenn es sich beispielsweise um einen virtuellen Gegenstand handelt, welcher für die Nutzungsmöglichkeit des Spiels nur von sehr untergeordneter Bedeutung ist und lediglich gegen einen geringen Kaufpreis erworben wird, kann die Frist kürzer als zwei Jahre ausfallen. Derlei Umstände müssen jedoch vom Supportverpflichteten dargelegt und bewiesen werden.

⁷⁷⁵ Saenger/Saenger, § 286 ZPO, Rn. 58.

⁷⁷⁶ Siehe dazu oben, S. 134 ff. sowie die Einleitung.

⁷⁷⁷ Siehe dazu oben, S. 134 ff.

C. Gesamtergebnis für Kapitel 3

Die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung des Supports der Online-Komponenten von Inklusiv-, Konsolen- und Zeitspielen sowie von mietweise überlassenen MMOG und Free-to-Play-Spielen, sofern hier ein virtueller Gegenstand käuflich erworben wurde, ist temporär ausgeschlossen. Das Interesse des Spielers an einem temporären Ausschluss der Kündigung überwiegt das Interesse des Supportverpflichteten an der jederzeitigen Ausübung des Kündigungsrechts. Hierfür spricht zunächst die Schutzbedürftigkeit des Spielers, welcher faktisch nicht in der Lage ist, mit dem Supportverpflichteten einen Kündigungsausschluss zu vereinbaren, um die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels bzw. des virtuellen Gegenstands für einen bestimmten Zeitraum sicherzustellen. Für diese Interessenabwägung sprechen weiterhin der enge funktionelle Zusammenhang zwischen dem Spielclient und dem Support der Online-Komponenten sowie die berechtigte Erwartung des Spielers, das Spiel für eine längere Zeit nutzen zu dürfen.

Bei Zeitspielen und bei mietweise überlassenen MMOG ist die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts für die Dauer des Mietverhältnisses ausgeschlossen, die – je nach Einzelfall – bereits von vornherein feststehen mag oder auch unbestimmt sein kann.

Bei käuflich erworbenen Inklusiv- und Konsolenspielen sowie bei Free-to-Play-Spielen, innerhalb derer virtuelle Gegenstände gekauft wurden, sind externe Kriterien heranzuziehen, um den Ausschlusszeitraum konkretisieren zu können. Die Untersuchung hat dabei ergeben, dass die durchschnittliche Supportdauer, die Orientierung an gesetzlich geregelten Verjährungsfristen sowie die Höhe des Kaufpreises und die Bedeutung des Supports der Online-Komponenten für die Nutzungsmöglichkeit des Spiels auf rechtssichere Weise den Ausschlusszeitraum bestimmen können.

Dementsprechend ist der Support für die Online-Komponenten der Inklusiv- und Konsolenspiele für einen Zeitraum von 5,5 Jahren zu erbringen. Der Supportverpflichtete hat im Einzelfall die Umstände darzulegen, welche zu einer Verkürzung des Ausschlusszeitraums führen.

Bei käuflich erworbenen virtuellen Gegenständen innerhalb von Free-to-Play-Spielen bietet es sich an, den Ausschlusszeitraum an der zweijährigen kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist zu orientieren, wobei bei der Ermittlung des Ausschlusszeitraums hier insbesondere auch Faktoren wie die Art und Bedeutung des virtuellen Gegenstands für die Nutzungsmöglichkeit des Free-to-Play-Spiels sowie der Kaufpreis für den Gegenstand heranzuziehen sind.

Abschließend ist klarzustellen, dass die genannten Ausführungen keinen Einfluss auf die Anwendung bzw. Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten haben. Die außerordentliche Kündigung kommt jedoch grundsätzlich nicht zum Zwecke von Vertragsbeendigungen in Betracht, die allein aus wirtschaftlichen Gründen vorgenommen werden, und welche der Interessenssphäre des Supportverpflichteten zuzuordnen sind, wie z. B. im Fall von abnehmenden Spielerzahlen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





Kapitel 4: Die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels

Nachdem der Support der Online-Komponenten beendet wurde, entfällt die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels gänzlich oder zum Teil.⁷⁷⁸ Möglicherweise möchte der Erwerber das digitale Spiel aber sowohl im Einzel- als auch im Mehrspielermodus weiternutzen. So ist in der Einleitung dieser Arbeit deutlich geworden, dass private Spieler, Forscher und Gedächtnisinstitutionen durchaus ein Interesse an einer längerfristigen, über den Zeitraum des offiziellen Supports hinausgehenden Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels haben können.

Es ist bereits in Kapitel 1 dargestellt worden, welche Maßnahmen private Spieler unternehmen müssen, um die Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele wiederherzustellen.⁷⁷⁹ Sie umfasst einerseits die Eliminierung von Online-DRM-Systemen und andererseits die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus. Über die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen herrscht bei den genannten Akteuren große Unsicherheit.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob der Erwerber nach dem Ende des Supports überhaupt noch zur Nutzung des digitalen Spiels berechtigt ist. Denn die Wiedernutzbarmachung hat nur wenig Sinn, wenn der Spieler nach dem Ende des Supports der Online-Komponenten ohnehin nicht mehr zur Nutzung des Spiels berechtigt ist (A.).

Daraufhin werden die Eliminierung der Online-DRM-Systeme sowie die dafür erforderlichen Maßnahmen auf ihre Rechtmäßigkeit hin untersucht (B.).

Im Anschluss daran wird die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus rechtlich untersucht (C.).

Die Frage, ob Erwerber die Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele eigenhändig wiederherstellen dürfen, war ferner in den USA Gegenstand des sog. *Sixth Triennial Section 1201 Proceeding*, welches von 2014 bis 2015 vor dem *US Copyright Office* stattfand. Der Verlauf dieses Verfahrens sowie dessen Ergebnisse sollen am Schluss dieses Kapitels (D.) dargestellt werden.

⁷⁷⁸ Siehe dazu die Einleitung.

⁷⁷⁹ Siehe dazu ausführlich oben, S. 23 ff.

A. Die urheberrechtliche Nutzungsberechtigung des Erwerbers

I. Der Schutz digitaler Spiele nach dem UrhG

Digitale Spiele stellen komplexe multimediale Objekte dar, die als Ganzes oder in Teilen Urheberrechtsschutz genießen können. Sie setzen sich aus einer Vielzahl von unterschiedlichen Bestandteilen zusammen. Essenziell ist dabei die dem Spiel zugrunde liegende Software, welche den Spielablauf steuert und Voraussetzung für das Funktionieren des Spiels ist.⁷⁸⁰ Darüber hinaus wird auf einem Bildschirm der Spielverlauf in Form von bewegten Bildern wiedergegeben. Schließlich können auch noch weitere Bestandteile wie Musik oder Text hinzukommen, aus denen sich das digitale Spiel zusammensetzt.⁷⁸¹

Um als Werk nach dem UrhG Schutz zu genießen, muss das digitale Spiel eine persönliche geistige Schöpfung gemäß § 2 Abs. 2 UrhG darstellen. Dies dürfte bei modernen digitalen Spielen regelmäßig der Fall sein.⁷⁸² Doch auch wenn die Werkqualität im Einzelfall zu verneinen sein sollte, können digitale Spiele immer noch als Laufbilder gem. § 95 UrhG geschützt sein.⁷⁸³

Für den Fall, dass das digitale Spiel eine persönliche geistige Schöpfung darstellt, besteht in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einigkeit darüber, dass ihm als Ganzes Schutz als Filmwerk gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG, oder zumindest als Werk, welches ähnlich wie ein Filmwerk geschaffen wird, zukommt.⁷⁸⁴ Die Software, die für die Steuerung des Spielablaufs verantwortlich ist, kann als „Computerprogramm“ gemäß den §§ 69a ff. UrhG geschützt sein.⁷⁸⁵ Unter Urheberrechtsschutz können darüber

⁷⁸⁰ Vgl. *Rauda*, Computerspiele, Rn. 70; *Förster*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 2, Rn. 1.

⁷⁸¹ *Rauda*, Computerspiele, Rn. 70.

⁷⁸² *Fromm/Nordemann/Nordemann*, § 2 UrhG, Rn. 204; *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 23; OLG Hamburg, GRUR 1983, 436, 437; GRUR 1990, 127, 128 – *Super Mario III*; zumindest in Bezug auf das dem Spiel zugrunde liegende Computerprogramm *Katko/Maier*, MMR 2009, 306, 307.

⁷⁸³ Vgl. *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69g UrhG, Rn. 5; *Dreier/Schulze/Dreier*, § 69a UrhG, Rn. 17; *Schrickler/Katzenberger/Reber*, § 95 UrhG, Rn. 7; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer*, § 2 UrhG, Rn. 276; *Kreutzer*, CR 2007, 1, 2.

⁷⁸⁴ BGH, GRUR 2013, 370, 370; BayObLG, GRUR 1992, 508, 508 – *Verwertung von Computerspielen*; OLG Köln, CR 1992, 150, 151; OLG Karlsruhe, CR 1986, 723, 725; *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, § 2 UrhG, Rn. 129; *Fromm/Nordemann/Nordemann*, § 2 UrhG, Rn. 204; *Schrickler/Loewenheim*, § 2 UrhG, Rn. 217; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer*, § 2 UrhG, Rn. 276; *Rauda*, Computerspiele, Rn. 98; *Förster*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 2, Rn. 5; a. A. *Schack*, Urheberrecht, Rn. 731.

⁷⁸⁵ *Schrickler/Loewenheim/Spindler*, § 69a UrhG, Rn. 27; *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, § 2 UrhG, Rn. 130; *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 21; *Rauda*, Computerspiele, Rn. 72.

hinaus auch die einzelnen audiovisuellen Spielbestandteile wie die Musik des Spiels oder die im Spiel vorkommenden Spielfiguren stehen.⁷⁸⁶

Die Nutzung eines clientbasierten digitalen Spiels erfordert in der Regel sowohl eine dauerhafte Installation der Spielsoftware auf der Festplatte des Nutzers als auch eine vorübergehende Kopie derselben in den Arbeitsspeicher des Endgeräts.⁷⁸⁷ Sowohl bei der dauerhaften Kopie der Software auf der Festplatte⁷⁸⁸ als auch bei ihrer vorübergehenden Speicherung in den Arbeitsspeicher⁷⁸⁹ handelt es sich nach h. M. um eine Vervielfältigung gemäß § 16 Abs. 1 bzw. § 69c Nr. 1 UrhG.

Es werden in der Regel aber nicht nur die Software des digitalen Spiels, sondern auch die audiovisuellen Bestandteile auf die Festplatte bzw. in den Arbeitsspeicher des Endgeräts kopiert, sodass auch diese Schutzgegenstände im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG vervielfältigt werden.⁷⁹⁰ Die bloße Anzeige der geschützten Werke auf dem Bildschirm stellt dagegen keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung dar.⁷⁹¹

II. Die Nutzungsberechtigung vor dem Supportende

Um die aufgezählten Nutzungshandlungen vornehmen zu können, bedarf der Erwerber grundsätzlich einer Berechtigung.

1. Einräumung von Nutzungsrechten

Als eine solche Berechtigung kommt zunächst die Einräumung von Nutzungsrechten durch den Rechteinhaber nach § 31 Abs. 1 Satz 1 UrhG in Betracht. Hierbei handelt es sich um eine dingliche Verfügung.⁷⁹²

Die Verpflichtung zur Einräumung der Nutzungsrechte entsteht in einem Kausalgeschäft, das – je nach vertraglicher Ausgestaltung – den im BGB geregelten Vertragstypen (z. B. Kauf, Werkvertrag oder Miete) zugeordnet werden kann.⁷⁹³ Dieses Kausalgeschäft ist vom Verpflichtungsgeschäft zu unterscheiden, in welchem die Pflicht des Publishers bzw. Händlers zur Überlassung der Spielkopie entsteht.⁷⁹⁴ Es spricht

⁷⁸⁶ BGH, GRUR 2017, 266, 269, Tz. 34 – *World of Warcraft I*; Förster, in Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 2, Rn. 5; ausführlich dazu Rauda, Computerspiele, Rn. 82 ff.

⁷⁸⁷ Vgl. Psczolla, Onlinespielrecht, S. 86; BGH, CR 2011, 223, 224, Tz. 11-13 – *Used Soft*.

⁷⁸⁸ Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69c UrhG, Rn. 4.

⁷⁸⁹ BGH, CR 2011, 223, 224, Tz. 13; GRUR 2017, 266, 269, Tz. 38; siehe ferner mit weiteren Nachweisen Dreier/Schulze/Schulze, § 16 UrhG, Rn. 13; Dreier/Schulze/Dreier, § 69c UrhG, Rn. 8.

⁷⁹⁰ Vgl. BGH, GRUR 2017, 266, 269, Tz. 38.

⁷⁹¹ So ausdrücklich BGH, GRUR 2017, 266, 269, Tz. 38.

⁷⁹² Loewenheim/Nordemann, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 26, Rn. 1; Scholz, ITRB 2012, 162, 163.

⁷⁹³ Loewenheim/Nordemann, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 26, Rn. 4.

⁷⁹⁴ Vgl. dazu Jaeger/Metzger, Open Source Software, Rn. 201.

jedoch nichts dagegen, dass beide Kausalgeschäfte Teil eines einheitlichen Vertrages sein können.

Ebenfalls können die Verpflichtung zur Rechtseinräumung und ihre Erfüllung in der Praxis durchaus zusammenfallen.⁷⁹⁵ Entsprechend werden in der Regel Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte Teile eines einheitlichen Vertrages sein, sofern der Erwerber das digitale Spiel direkt vom Publisher erhält, sodass der Erwerber zusammen mit der Spielkopie auch die erforderlichen Nutzungsrechte erwirbt. Im Übrigen ist es nicht erforderlich, dass die Nutzungsrechtseinräumung ausdrücklich erfolgt. Nutzungsrechte an digitalen Spielen können nach der Rechtsprechung des BGH nämlich auch stillschweigend eingeräumt werden, wobei sich der Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte dann nach dem von beiden Parteien zugrunde gelegten Vertragszweck gemäß § 31 Abs. 5 Satz 1 UrhG bestimmt.⁷⁹⁶

Ausgehend von diesen Grundsätzen verpflichtet sich der Publisher sowohl im Falle des Direkt- als auch des Händlervertriebs im Überlassungsvertrag des Inklusivspiels zur Einräumung der erforderlichen Nutzungsrechte. Mit Blick auf den Händlervertrieb kommt in Analogie zum Abschluss des Supportvertrages⁷⁹⁷ das Kausalgeschäft dadurch zustande, dass der Erwerber das im Verkehrbringen des Inklusivspiels enthaltene konkludente Angebot des Publishers auf einen solchen Vertrag annimmt. Diese Verpflichtung tritt dabei neben die Obligation zur Überlassung des eigentlichen Clientprogramms und unterfällt wie diese den kaufvertraglichen Regelungen (§ 453 Abs. 1 BGB).⁷⁹⁸

Entsprechend ist auch das Kausalgeschäft, welches den Publisher zur Einräumung von Nutzungsrechten in Bezug auf Konsolenspiele verpflichtet, als Kaufvertrag einzuordnen.

Auf das Kausalgeschäft, welches die Verpflichtung zur Rechtseinräumung in Bezug auf mietweise überlassene MMOG und Zeitspiele enthält, finden die mietvertragsrechtlichen Vorschriften entsprechend Anwendung.

Auf das der Einräumung von Nutzungsrechten an Free-to-Play-Spielen zugrunde liegende Kausalgeschäft können bei dauerhaft und kostenlos überlassener Software grundsätzlich die Vorschriften der Schenkung Anwendung finden.⁷⁹⁹

2. Berechtigung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG

Darüber hinaus erhält der Erwerber von Software die notwendigen Nutzungsrechte nach herrschender Meinung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG auch ohne eine vertragliche

⁷⁹⁵ *Loewenheim/Nordemann*, in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 26, Rn. 2.

⁷⁹⁶ Vgl. BGH, GRUR 2017, 266, 270, Tz. 43 f.

⁷⁹⁷ Siehe dazu oben, S. 61 f.

⁷⁹⁸ Siehe zur Typologisierung des Softwareüberlassungsvertrages oben, S. 65 ff.

⁷⁹⁹ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 217; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 423.

Nutzungsrechtseinräumung.⁸⁰⁰ Die Vorschrift erlaubt es dem „Berechtigten“, Vervielfältigungen i. S. d. § 69c Nr. 1, 2 UrhG für eine „bestimmungsgemäße Benutzung“ des Computerprogramms vorzunehmen. „Berechtigter“ kann dabei der Käufer oder sonstige Erwerber sowie der Lizenznehmer des Computerprogramms sein.⁸⁰¹ Was „bestimmungsgemäße Benutzung“ eines Computerprogramms ist, richtet sich zuvörderst nach den Vereinbarungen zwischen Softwarehersteller und Erwerber des Programms, bei Fehlen solcher Vereinbarungen nach der Art und Ausgestaltung des Programms sowie seiner üblichen Nutzung.⁸⁰²

Zu beachten ist jedoch, dass sich die aus § 69d Abs. 1 UrhG ergebende Nutzungsberechtigung nur auf das in dem digitalen Spiel enthaltene Computerprogramm, nicht jedoch auf die audiovisuellen und urheberrechtlich geschützten Spielbestandteile erstreckt. Die Regelungen der §§69a ff. UrhG sind auf Software zugeschnittene Sondervorschriften und auf andere Werkarten grundsätzlich nicht anwendbar.⁸⁰³ Hierfür erwirbt der Spieler also nicht automatisch Nutzungsrechte nach § 69d Abs. 1 UrhG. Insofern bedarf es dann in jedem Fall einer rechtsgeschäftlichen Nutzungsrechtseinräumung.

Eine generelle Aussage darüber, wie der Erwerber die Nutzungsrechte bei den einzelnen digitalen Spielen erhält, kann nicht getroffen werden und ist von den Umständen des Einzelfalles sowie von der Art des digitalen Spiels abhängig. Für die Zwecke der weiteren Ausführungen wird davon ausgegangen, dass eine vertragliche Einräumung von Nutzungsrechten stattgefunden hat.

III. Die Nutzungsberechtigung nach dem Supportende

Fraglich ist, ob die Kündigung des Supports durch den Supportverpflichteten zugleich zu einer Beendigung der Nutzungsberechtigung des Erwerbers mit Blick auf das digitale Spiel führt.

Die Nutzungsrechtseinräumung stellt eine dingliche Verfügung dar, welche mit der Einräumung des Nutzungsrechts abgeschlossen ist und keiner fortdauernden Aktualisierung bedarf.⁸⁰⁴ Mangels Vorliegens eines Dauerschuldverhältnisses kommt damit auch weder eine ordentliche noch eine außerordentliche Kündigung der dinglichen

⁸⁰⁰ Dreier/Schulze/Dreier, § 69d UrhG, Rn. 2; Baus, MMR 2002, 14, 16; Blocher, in Walter/von Lewinski, European Copyright Law, Art. 5 Computer Program Directive, Rn. 5.5.12 f.; Hoeren, GRUR 2010, 665, 667; Köhler/Fritzsche, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Teil, XIII, Rn. 47; Huppertz, CR 2006, 145, 146; vgl. EuGH, NJW 2012, 2565, 2569, Tz. 82 f. – *UsedSoft*; BGH, CR 2011, 223, 225, Tz. 22; CR 2014, 168, 170, Tz. 30 ff. – *UsedSoft II*; siehe für weitere Nachweise Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69d UrhG, Rn. 26.

⁸⁰¹ Vgl. Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69d UrhG, Rn. 24 mwN.

⁸⁰² Vgl. Schrickler/Loewenheim/Spindler, § 69d UrhG, Rn. 7 f.

⁸⁰³ BGH, GRUR 2017, 266, 273, Tz. 66; GRUR 2016, 792, 797, Tz. 56 – *Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik*.

⁸⁰⁴ Scholz, ITRB 2012, 162, 163; Stöckel/Brandi-Dohrn, CR 2011, 553, 556; vgl. BGH, GRUR 2009, 946, 948, Tz. 20 – *Reifen Progressiv*.

Verfügung selbst in Betracht.⁸⁰⁵ Folglich ist lediglich eine Kündigung des der Verfügung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts möglich.⁸⁰⁶ Infolge der Kündigung dieses Schuldverhältnisses können die Nutzungsrechte wieder heimfallen.⁸⁰⁷

Grundsätzlich sind jedoch lediglich Dauerschuldverhältnisse wie z. B. Mietverträge kündbar.⁸⁰⁸ Austauschverhältnisse wie der Kaufvertrag können dagegen nicht gekündigt werden – jedenfalls kann ein ordentliches oder außerordentliches Kündigungsrecht hier nicht in Form von AGB gegenüber einem Verbraucher vereinbart werden, da dies den Erwerber der Software unangemessen benachteiligen würde.⁸⁰⁹ Er erhielt nicht die für einen Kaufvertrag typische, uneingeschränkte Rechtsposition eines Eigentümers.⁸¹⁰

Mit Blick auf Free-to-Play-Spiele und das als Schenkung zu typologisierende Kausalgeschäft, welches zur Rechtseinräumung verpflichtet, ist die Dauerhaftigkeit der Zuwendung ein wesentliches Typologisierungskriterium, mithilfe dessen die Schenkung von anderen unentgeltlichen Verträgen wie z. B. der Leihe abgegrenzt wird.⁸¹¹ Zwar schließt dies nicht aus, Klauseln zu vereinbaren, wonach im Falle der Verletzung der eingeräumten Nutzungsrechte durch den Erwerber ebendiese wieder automatisch zurückfallen können.⁸¹² Denn das Schenkungsrecht sieht in den §§ 528, 530 BGB unter bestimmten Umständen Rückforderungsansprüche bzw. sogar den Widerruf der Schenkung vor.⁸¹³ Ein von etwaigen Verfehlungen des Beschenkten losgelöstes, formularmäßig vereinbartes ordentliches Kündigungsrecht des Schenkers widerspricht jedoch dem Erfordernis der Dauerhaftigkeit der Zuwendung des Vermögensbestandteils und stellt aus diesem Grunde eine überraschende (§ 305c Abs. 1 BGB) und den Erwerber unangemessen benachteiligende Klausel (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) dar.

Das der Rechtseinräumung in Bezug auf Zeitspiele sowie mietweise überlassene MMOG zugrunde liegende Kausalgeschäft unterfällt demgegenüber den mietvertragsrechtlichen Regelungen und stellt daher ein Dauerschuldverhältnis dar.⁸¹⁴ Wie bereits in Kapitel 3 dargestellt, endet der Support der Online-Komponenten für Zeitspiele und mietweise überlassene MMOG zulässigerweise mit der Kündigung des Mietvertrages, welcher die Überlassung des Spielclients zum Gegenstand hat.⁸¹⁵ Entsprechend

⁸⁰⁵ Vgl. *Scholz*, ITRB 2012, 162, 163.

⁸⁰⁶ Ebd.

⁸⁰⁷ Dies ist die Konsequenz des nach hM im Urhebervertragsrecht geltenden Kausalitätsprinzips, siehe statt vieler Dreier/Schulze/Schulze, § 31 UrhG, Rn. 18.

⁸⁰⁸ *Scholz*, ITRB 2012, 162, 164; vgl. auch *Loewenheim/Nordemann*, in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 15.

⁸⁰⁹ *Scholz*, ITRB 2012, 162, 164 f.; *Fischl*, ITRB 2004, 286, 287.

⁸¹⁰ *Fischl*, ITRB 2004, 286, 287.

⁸¹¹ Vgl. *Palandt/Weidenkaff*, Einf. v. § 598 BGB, Rn. 4.

⁸¹² *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, Rn. 217.

⁸¹³ Ebd.

⁸¹⁴ Siehe dazu oben, S. 147 f.

⁸¹⁵ Siehe dazu oben, S. 108.

erlischt mit dem Ende des Mietverhältnisses bzgl. des Spielclients auch die Nutzungsberechtigung des Erwerbers durch Kündigung des mietvertragsrechtlichen Kausalgeschäfts, welches hier der Nutzungsrechtseinräumung zugrundeliegt.

Damit bleibt lediglich bei Inklusiv-, Konsolen- und Free-to-Play-Spielen die Berechtigung des Erwerbers zur Nutzung des digitalen Spiels samt Einzel- und Online-Mehrspielermodus auch nach der Kündigung des Supports der Online-Komponenten bestehen. Dies stellt den Rechteinhaber im Falle von Überschreitungen der Nutzungsrechte durch den Erwerber auch nicht schutzlos, da er Verletzungen seines Urheberrechts nach den §§ 97 ff. UrhG verfolgen kann.⁸¹⁶

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts durch die Regelung des Art. 17 Abs. 1 der DI-RL. Diese Vorschrift untersagt dem Verbraucher nach der Beendigung des Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte die Nutzung derselben.

Zu beachten ist dabei zunächst, dass die Richtlinie nur solche Vertragsbeendigungen erfasst, welche vom Verbraucher ausgehen.⁸¹⁷ Die Frage, ob ein Verbraucher einen digitalen Inhalt auch noch nach einer vom Unternehmer ausgesprochenen Kündigung weiternutzen darf, behandelt die Richtlinie damit nicht.

Darüber hinaus lässt die Richtlinie entsprechend Art. 3 Abs. 9 nationales sowie harmonisiertes Urheberrecht, insbesondere die Richtlinie 2001/29/EG unberührt. Mithin beurteilt sich die Frage der Berechtigung von Verbrauchern zur Nutzung solcher digitalen Inhalte, die Urheberrechtsschutz genießen, weiterhin nach nationalem bzw. harmonisiertem, europäischen Urheberrecht. Würde man die Regelung des Art. 17 Abs. 1 als ein uneingeschränktes Verbot der Nutzung erworbener digitaler Inhalte verstehen, würden schließlich auch die in der Richtlinie 2001/29/EG vorgesehenen und in nationales Recht umgesetzten Schranken leerlaufen.

B. Rechtsschutz und Eliminierung von Online-DRM-Systemen nach dem Supportende

Die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit von digitalen Spielen, deren Online-Komponenten keinen Support mehr erhalten, hat – je nachdem, welche Art von Online-Komponenten betroffen ist – eine andere Zielrichtung.⁸¹⁸

So zielt die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus auf die Rekonstruktion dieser Online-Komponente.

Sofern die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels aufgrund von supportlosen Online-DRM-Systemen eingeschränkt oder aufgehoben ist, zielt die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit in der Regel darauf ab, jegliche Abhängigkeit der Nutzungsmöglichkeit des Spiels von dieser Art Online-Komponente zu beseitigen. Durch permanente oder temporäre Eingriffe in den Programmcode der Spielkopie wird daher

⁸¹⁶ Scholz, ITRB 2012, 162, 165.

⁸¹⁷ Siehe dazu oben, S. 118 f.

⁸¹⁸ Siehe dazu oben, S. 23.

verhindert, dass die Kopie des digitalen Spiels zum Zweck der Authentifizierung der Spielkopie eine Verbindung mit einem DRM-Server aufbaut.

Zwar ist es darüber hinaus auch denkbar, einen privaten DRM-Server nachzubauen, jedoch erscheint dieser Weg aufgrund der damit verbundenen technischen Schwierigkeiten kaum durchführbar.⁸¹⁹ Aus diesem Grund beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Eliminierung der Online-DRM-Systeme im Wege der Veränderung des Programmcodes der Spielkopie.

Die Online-DRM-Systeme schützen grundsätzlich sowohl die audiovisuellen Bestandteile des digitalen Spiels als auch die Steuerungssoftware desselben.

Im Folgenden soll untersucht werden, welchen Schutz supportlose Online-DRM-Systeme genießen (I.) und ob dieser Schutz den soeben genannten Maßnahmen entgegensteht, welche auf die Beseitigung der Online-DRM-Systeme gerichtet sind (II.).

I. Schutz supportloser Online-DRM-Systeme

1. Schutz gemäß § 95a Abs. 1, 2 UrhG

Nach der Legaldefinition des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG handelt es sich bei technischen Maßnahmen um

„Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, geschützte Werke oder andere nach diesem Gesetz geschützte Schutzgegenstände betreffende Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, zu verhindern oder einzuschränken“.

§ 95a Abs. 1 UrhG statuiert ein Verbot der Umgehung solcher wirksamen technischen Maßnahmen.

Der aus Art. 6 Abs. 1 der InfoSoc-Richtlinie⁸²⁰ stammende Begriff der „technischen Maßnahmen“ ist zum Zwecke eines hohen Schutzniveaus zugunsten der Rechtsinhaber weit auszulegen.⁸²¹ Unerheblich ist daher, auf welche Art und Weise der Umgehungsschutz technologisch umgesetzt wird, also etwa mithilfe einer Verschlüsselung, mittels Passwörter oder durch Authentifizierungsprogramme.⁸²² Der Begriff umfasst somit beispielsweise auch Maßnahmen, die einerseits im Träger des digitalen Spiels und andererseits in der zum Ablaufen des Spiels vorgesehenen Spielekonsole implementiert sind und zur Entfaltung ihres Schutzes eine Interaktion zwischen beiden Komponenten erfordern.⁸²³ Geschützt werden auch serverbasierte Zugangskontrollen, welche nur autorisierten Nutzern den Zugriff auf geschützte Inhalte im Wege der Vergabe von Benutzer- oder Gerätekennungen gestatten.⁸²⁴

⁸¹⁹ Siehe dazu oben, S. 24 f.

⁸²⁰ RL 2001/29/EG.

⁸²¹ EuGH, GRUR 2014, 255, 257, Tz. 27 – *Nintendo Co., Ltd u. a. / PC Box Srl u. a.*

⁸²² Vgl. Dreier/Schulze/Specht, § 95a UrhG, Rn. 14; siehe für eine Auflistung verschiedener Maßnahmen Fromm/Nordemann/Czychowski, § 95a UrhG, Rn. 15.

⁸²³ EuGH, GRUR 2014, 255, 257, Tz. 28.

⁸²⁴ Vgl. Dreier/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer, § 95a UrhG, Rn. 16.

Die technischen Maßnahmen müssen außerdem objektiv („im normalen Betrieb“) dazu bestimmt sein, zum Schutz urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen eingesetzt zu werden.⁸²⁵ Es genügt nicht, wenn sie diese Funktion lediglich beiläufig erfüllen.⁸²⁶

§ 95a Abs. 2 Satz 2 UrhG kodifiziert außerdem das Erfordernis, dass die technische Maßnahme „wirksam“ ist. Dies meint nicht, dass der Mechanismus einen hundertprozentigen Umgehungsschutz bieten muss.⁸²⁷ Es kommt vielmehr darauf an, ob der durchschnittliche Nutzer die technische Maßnahme nicht ohne Weiteres überwinden kann.⁸²⁸

a) Objektive Zweckbestimmung und Wirksamkeit der Online-DRM-Systeme

Wie bereits dargestellt, kann die Beendigung des Supports von Online-DRM-Systemen dazu führen, dass die Nutzungsmöglichkeit des gesamten Spiels für *alle* Spieler wegfällt.⁸²⁹ Es werden also nicht nur solche Spieler von der Nutzung ausgeschlossen, die beispielsweise eine Raubkopie verwenden oder aus anderen Gründen keine Nutzungsberechtigung haben, sondern auch diejenigen, die das Spiel ursprünglich legal erworben und nutzen. Die supportlosen Online-DRM-Systeme können aufgrund der fehlenden Client-Server-Kommunikation keine Authentifizierung der Spielkopie mehr vornehmen.

Damit sind die Online-DRM-Systeme nunmehr in gewisser Weise funktionsgestört. Diese Funktionsgestörtheit allein führt jedoch nicht dazu, dass die supportlosen Online-DRM-Systeme aus dem Schutzbereich des § 95a Abs. 2 UrhG herausfallen. Funktionsgestörte Mechanismen können zwar dann aus dem Schutzbereich dieser Vorschrift auszunehmen sein, wenn sie den Schutz der Werke aufgrund einer Funktionsstörung nur zufällig bewirken und in Wirklichkeit einen ganz anderen Zweck verfolgen.⁸³⁰ Die supportlosen Online-DRM-Systeme sind aber nach wie vor noch im normalen Betrieb dazu bestimmt, urheberrechtlich relevante Handlungen wie z. B. die

⁸²⁵ Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, § 95a UrhG, Rn. 43; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 95a UrhG, Rn. 12.

⁸²⁶ Fromm/Nordemann/Czychowski, § 95a UrhG, Rn. 12; Dreier/Schulze/Specht, § 95a UrhG, Rn. 14.

⁸²⁷ Vgl. OLG Hamburg, CR 2010, 45, 46.

⁸²⁸ OLG München, ZUM 2013, 806, 812; LG München, ZUM-RD 2013, 76, 79; OLG Hamburg, CR 2010, 45, 46; LG Frankfurt/M., MMR 2006, 766, 767; Arlt, in Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7, Rn. 21; Stichelbrock, GRUR 2004, 736, 738; Spindler/Schuster/Spindler, § 95a UrhG, Rn. 11; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer, § 95a UrhG, Rn. 24; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, § 95a UrhG, Rn. 50 mwN.

⁸²⁹ Siehe dazu die Einleitung.

⁸³⁰ Vgl. Wand, Technische Schutzmaßnahmen, S. 109; Peukert, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 34, Rn. 10.

Vervielfältigung des Spiels auf der Festplatte oder im Arbeitsspeicher⁸³¹ der Nutzengeräte zu verhindern oder einzuschränken. Die infolge der Supportbeendigung eingetretene Funktionsstörung ändert diesen Zweck nicht, sondern intensiviert vielmehr dessen Verwirklichung, indem die Online-DRM-Systeme nunmehr jeglichen Zugriff auf das Spiel verhindern.

Würde man die supportlosen Online-DRM-Systeme allein aufgrund dieser Funktionsstörung aus dem Schutzbereich des § 95a Abs. 2 UrhG herausnehmen, würde man dem von der InfoSoc-Rl. erstrebten hohen Schutzniveau⁸³² der Rechtsinhaber zuwiderlaufen. Außerdem würde – vor dem Supportende – jede noch so kurze Unterbrechung der Client-Server-Kommunikation genügen, um die Online-DRM-Systeme schutzlos zu stellen.

Darüber hinaus ist es grundsätzlich unerheblich, auf welchem technologischen Wege der Schutz der urheberrechtlich geschützten Werke und Leistungen erreicht wird.⁸³³ Denn schon der gezielte Einbau von Fehlern in Soft- oder Hardware, wie z. B. fehlerhafte Sektoren in DVDs, kann bereits als technische Maßnahme eingeordnet werden.⁸³⁴

Die objektive Zweckbestimmung der supportlosen Online-DRM-Systeme ist daher nach wie vor auf die Kontrolle urheberrechtlich relevanter Handlungen der digitalen Spiele gerichtet.

Die Maßnahmen werden darüber hinaus in der Regel auch als wirksam anzusehen sein. Zwar können die Online-DRM-Systeme – wie oben beschrieben – durch permanente oder temporäre Veränderungen des Programmcodes der Spielkopie eliminiert werden.⁸³⁵ Jedoch setzt diese Vorgehensweise ein nicht unerhebliches Spezialwissen über die angewandten Online-DRM-Systeme sowie über die Stellen innerhalb des Programmcodes voraus, an denen entsprechende Veränderungen vorgenommen werden müssen, um die Online-DRM-Systeme zu entfernen. Über ein solches Wissen werden in der Regel weder erfahrene Nutzer noch Durchschnittsspieler verfügen.

b) Verhinderung nicht genehmigter Handlungen

Die Definition technischer Maßnahmen gemäß § 95a Abs. 2 Satz 1 UrhG sowie i. S. d. Art. 6 Abs. 3 Satz 1 der InfoSoc-Rl. verlangt außerdem, dass die technischen Maßnahmen Handlungen einschränken oder verhindern müssen, die vom Rechtsinhaber *nicht* genehmigt worden sind.

Zunächst muss eine Genehmigung des Rechtsinhabers gemäß § 95a Abs. 2 Satz 1 UrhG mit Blick auf bestimmte urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen vorliegen. Unter einer Genehmigung gemäß § 95a Abs. 2 Satz 1 UrhG ist sowohl die

⁸³¹ Für die Einordnung des Ladens von Software in den Arbeitsspeicher als Vervielfältigung BGH, CR 2011, 223, 224.

⁸³² Siehe dazu EuGH, GRUR 2014, 255, 257, Tz. 27.

⁸³³ Siehe dazu oben, S. 152.

⁸³⁴ Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer, § 95a UrhG, Rn. 17.

⁸³⁵ Siehe dazu oben, S. 24 f.

vorherige als auch die nachträgliche Zustimmung i. S. d. § 183 BGB (Einwilligung) bzw. des § 184 Abs. 1 BGB (Genehmigung) zu verstehen.⁸³⁶

Die Einwilligung und die Genehmigung schließen die Rechtswidrigkeit einer urheberrechtlichen Nutzungshandlung aus.⁸³⁷

Noch weiter geht die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte, bei der schon der Tatbestand einer Verletzungshandlung entfällt.⁸³⁸ Darüber hinaus hat die Einräumung von Nutzungsrechten eine dingliche Wirkung und vermittelt eine im Grundsatz stärkere Rechtsposition als etwa die Einwilligung.⁸³⁹ Zwar wird die Einräumung von Nutzungsrechten in § 95a Abs. 2 Satz 1 UrhG nicht ausdrücklich erwähnt. Wenn aber schon eine lediglich schuldrechtliche Einwilligung für die Erfüllung des Tatbestands einer „Genehmigung“ gemäß § 95a Abs. 2 Satz 1 UrhG genügt, dann muss erst recht auch die dingliche Nutzungsrechtseinräumung als „Genehmigung“ ausreichen, da sie eine dingliche und damit noch stärkere Rechtsposition vermittelt.

Wie bereits dargestellt, wird der Erwerber des Spiels die Nutzungsrechte in der Regel vertraglich – entweder ausdrücklich oder konkludent – eingeräumt bekommen.⁸⁴⁰ In diesen Fällen liegt eine „Genehmigung“ für die konkreten Nutzungshandlungen, also z. B. das Speichern der audiovisuellen Bestandteile des Spiels auf der Festplatte oder im Arbeitsspeicher vor. Außerdem bleibt diese Genehmigung – zumindest bei Inklusiv-, Konsolen- und Free-to-Play-Spielen – auch nach dem Supportende noch bestehen.⁸⁴¹

Die supportlosen Online-DRM-Systeme verhindern nun aber *jegliche* Nutzung des digitalen Spiels, also auch eine solche, für die der Rechtsinhaber an und für sich Nutzungsrechte erworben hat. Fraglich ist, ob die supportlosen technischen Maßnahmen aus diesem Grund ihren Schutz vor unerlaubten Umgehungen im Sinne des § 95a Abs. 1 UrhG verlieren.

Dies wäre die Konsequenz der Ansicht *Peukerts*, der dafür plädiert, den Rechtsschutz nicht nur für solche technischen Maßnahmen zu versagen, die urheberrechtlich irrelevante Nutzungshandlungen anbelangen, sondern auch für derartige Mechanismen, die eine vom Rechtsinhaber *genehmigte* Nutzungshandlung verhindern.⁸⁴²

Wenn man den Ansatz *Peukerts* konsequent zuende denkt, hätte dies zur Folge, dass vor allem technische Maßnahmen, die den *Zugang* zu geschützten Werken kontrollieren, weitgehend schutzlos gestellt werden. Derartige technische Maßnahmen blockieren nämlich zunächst und regulär auch für „legale“ Nutzer den Zugang und überprüfen

⁸³⁶ Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, § 95a UrhG, Rn. 42.

⁸³⁷ Fromm/Nordemann/Nordemann, § 97 UrhG, Rn. 24; vgl. BGH, GRUR 2010, 628, 631, Tz. 33 – *Vorschaubilder*.

⁸³⁸ Fromm/Nordemann/Nordemann, § 97 UrhG, Rn. 24.

⁸³⁹ Vgl. Dreier/Schulze/Schulze, § 31 UrhG, Rn. 7.

⁸⁴⁰ Siehe dazu oben, S. 147 ff.

⁸⁴¹ Siehe dazu oben, S. 149 ff.

⁸⁴² *Peukert*, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 34, Rn. 3, Fn. 4.

ihre Berechtigung, bevor sie letztlich den Zugriff auf die geschützten Inhalte ermöglichen.⁸⁴³ Auf diese Weise funktionieren auch die in Kapitel 1 dargestellten Online-DRM-Systeme⁸⁴⁴.

Dass die Ansicht *Peukerts* problematisch ist, wird auch mit Blick auf den Wortlaut des § 95a Abs. 2 Satz 1 UrhG bzw. des weitgehend wortgleichen Art. 6 Abs. 3 Satz 1 InfoSoc-Rl. deutlich. Die in diesen Vorschriften enthaltene Definition technischer Maßnahmen schreibt vor, dass solche Maßnahmen geschützt werden, die Nutzungshandlungen verhindern oder einschränken, „die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind“. Der Wortlaut enthält also keine Einschränkung dahingehend, dass technische Maßnahmen *nur so weit* geschützt werden, als sie nicht genehmigte Handlungen kontrollieren. Daraus ist zu schließen, dass technische Maßnahmen auch dann Rechtsschutz genießen, wenn sie *auch* nicht genehmigte Nutzungshandlungen verhindern oder einschränken.

c) Verhältnismäßigkeit

Die Tatsache, dass die supportlosen Online-DRM-Systeme auch vom Rechtsinhaber genehmigte Nutzungshandlungen verhindern, könnte jedoch gegen ihre Verhältnismäßigkeit und damit gegen ihren Schutz nach § 95a Abs. 2 UrhG sprechen.

In seiner *Nintendo*-Entscheidung hatte sich der EuGH mit dem im Gesetz nicht „angelegten“⁸⁴⁵ Erfordernis der Verhältnismäßigkeit technischer Maßnahmen befasst.⁸⁴⁶ „Verhältnismäßigkeit“ bedeutet hiernach, dass nur solche technischen Maßnahmen Rechtsschutz nach dem UrhG genießen, welche das Ziel verfolgen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigten Nutzungshandlungen zu verhindern.⁸⁴⁷ Die Maßnahmen müssen zur Verwirklichung dieses Ziels geeignet sein und dürfen nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.⁸⁴⁸

Dies könnte man so verstehen, dass technische Maßnahmen bereits dann unverhältnismäßig sind, wenn sie vom Rechtsinhaber erlaubte Nutzungshandlungen verhindern. Allerdings kommt es für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit technischer Maßnahmen nicht darauf an, ob *vom Rechtsinhaber* genehmigte Nutzungshandlungen neben ungenehmigten verhindert oder beeinträchtigt werden, sondern ob Nutzungshandlungen ausgeschlossen werden, für die der Verwender der technischen Maßnahmen mangels Rechtsinhaberschaft *überhaupt gar keine Genehmigung* erteilen kann. Denn sowohl der EuGH als auch der BGH verdeutlichen, dass eine technische Maßnahme

⁸⁴³ So kann z. B. die Eingabe eines Passworts erforderlich sein. Näher zu dieser Art von technischen Schutzmaßnahmen Fromm/Nordemann/*Czychowski*, § 95a UrhG, Rn. 15; *Arlt*, Digital Rights Management Systeme, S. 15.

⁸⁴⁴ Siehe dazu oben, S. 19 ff.

⁸⁴⁵ So *Arlt*, in Hoeren/Sieber/Holzengel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7, Rn. 20.

⁸⁴⁶ EuGH, GRUR 2014, 255, 257, Tz. 30; daran anschließend BGH, MMR 2015, 460, 463 – *Video-spiel-Konsolen II*.

⁸⁴⁷ EuGH, GRUR 2014, 255, 257, Tz. 31; BGH, MMR 2015, 460, 463.

⁸⁴⁸ EuGH, GRUR 2014, 255, 257, Tz. 31; BGH, MMR 2015, 460, 463.

nur dann unverhältnismäßig ist, wenn es andere Mechanismen gibt, die einen vergleichbaren Schutz bieten und Nutzungshandlungen, welche „keiner Genehmigung des Inhabers der Urheberrechte bed[ürfen]“⁸⁴⁹, in geringerem Maße beeinträchtigen. Sowohl dem Fall des EuGH als auch dem des BGH lag nämlich eine technische Maßnahme zugrunde, die letztlich das „Abspielen zulässiger Drittentwicklungen“⁸⁵⁰ auf einer *Nintendo*-Konsole und damit die Nutzung digitaler Spiele, welche nicht vom Publisher *Nintendo* vertrieben wurden, verhindern konnte.

Damit wird deutlich, dass die Verhinderung der vom Rechtsinhaber genehmigungsfähigen Nutzungen durch die supportlosen Online-DRM-Systeme nicht die Unverhältnismäßigkeit dieser technischen Maßnahmen begründen kann.

Insgesamt stellen die Online-DRM-Systeme somit auch in ihrem supportlosen Zustand wirksame technische Maßnahmen gemäß § 95a Abs. 2 UrhG dar.

2. Schutz gemäß § 69f Abs. 2 UrhG

Es ist bereits dargestellt worden, dass Computerprogramme einem besonderen Rechtsschutz nach den §§ 69a ff. UrhG unterliegen.⁸⁵¹ Gemäß § 69a Abs. 5 UrhG finden deshalb unter anderem die §§ 95a bis 95d UrhG keine Anwendung auf Software.

§ 69f Abs. 2 UrhG räumt dem Rechtsinhaber ausdrücklich lediglich einen Anspruch auf Vernichtung von Mitteln ein, „die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern“. Unter Programmschutzmechanismen sind alle Mittel zu verstehen, welche dazu dienen, Verletzungen des Urheberrechts am geschützten Programm zu verhindern.⁸⁵² Mit hin sind auch supportlose Online-DRM-Systeme von diesem Begriff erfasst. Die objektive Zweckbestimmung der Online-DRM-Systeme ist auch nach dem Supportende nach wie vor auf die Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen gerichtet.

Ein ausdrückliches Verbot der Umgehung von Programmschutzmechanismen findet sich in den §§ 69a ff. UrhG allerdings nicht.⁸⁵³ Ob das UrhG dennoch über den § 69f Abs. 2 UrhG hinaus die Umgehung von Programmschutzmechanismen verbietet, ist umstritten und wurde in Literatur und Rechtsprechung bisher vor allem bei der eigenmächtigen Entfernung fehlerhafter Software-Dongle durch den Programmanwender diskutiert.

In den 1990er-Jahren war die durch Programmanwender eigenhändig vorgenommene Entfernung von sog. Software-Donglen Gegenstand mehrerer Gerichtsverfahren.

Bei diesen Donglen handelte es sich um Steckmodule, die auf die Parallele Schnittstelle des Anwender-PCs angebracht wurden und deren Vorhandensein ständig von

⁸⁴⁹ EuGH, GRUR 2014, 255, 257, Tz. 32; BGH, MMR 2015, 460, 463.

⁸⁵⁰ BGH, MMR 2015, 460, 462.

⁸⁵¹ Siehe dazu oben, S. 146 ff.

⁸⁵² Dreier/Schulze/Dreier, § 69f UrhG, Rn. 11.

⁸⁵³ Kreuzer, CR 2006, 804, 804; Jaeger, CR 2002, 309, 310; Mayer-Wegelin, JurPC 2009, Web-Dok 28, Abs. 81.

einem Dongle-Abfrageprogramm überprüft wurde.⁸⁵⁴ Für den Fall, dass der Dongle nicht mehr am PC angebracht oder defekt war, blockierte das Dongle-Abfrageprogramm den Ablauf der Software, zu deren Schutz der Rechtsinhaber den Dongle vorgesehen hatte.⁸⁵⁵ Es handelte sich also um einen Schutzmechanismus, der verhindern sollte, dass unerlaubt hergestellte Kopien verwendet wurden, wenngleich die Herstellung solcher Kopien durch den Dongle nicht unmittelbar verhindert wurde.⁸⁵⁶

Gegenstand der erwähnten Gerichtsverfahren war die Frage, ob der Programmwender im Falle eines Defekts des Dongles, welcher den Programmablauf behinderte, den Dongle eigenhändig entfernen durfte.

a) Ansichten in Literatur und Rechtsprechung

Einer Ansicht zufolge ist der Programmwender dazu berechtigt, die softwareseitige Dongle-Abfrage in Fällen, in welchen der Dongle Störungen im Ablauf des Computerprogramms verursacht, eigenhändig und ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zu entfernen.⁸⁵⁷

Diese Befugnis wird aus dem Recht des Programmwenders zur „Fehlerberichtigung“ nach § 69d Abs. 1 UrhG hergeleitet. Dagegen spreche auch nicht die Vorschrift des § 69f Abs. 2 UrhG. Diese Norm, welche auf § 69f Abs. 1 UrhG verweist, bezwecke zuvörderst die Bekämpfung der Herstellung und Verwendung von Raubkopien, wende sich aber nicht generell gegen die Umgehung von Programmschutzmechanismen.⁸⁵⁸ Die Verwendung des Wortes „unerlaubt“ in § 69f Abs. 2 UrhG mache außerdem deutlich, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers auch erlaubte Umgehungen von Programmschutzmechanismen geben muss, wozu eben die Beseitigung von Programmschutzmechanismen zum Zwecke der Fehlerberichtigung gehöre.⁸⁵⁹

Würde man dem Programmwender die Entfernung fehlerhafter Programmschutzmechanismen untersagen, würde dessen – vertraglich nicht abdingbares – Recht zur Erstellung einer Sicherungskopie⁸⁶⁰ und der damit verbundene Zweck der „Sicherung künftiger Benutzung“ unterlaufen, da der Programmwender spätestens nach Ablauf

⁸⁵⁴ Für eine ausführliche Beschreibung der Funktionsweise von Donglen siehe *König*, NJW 1995, 3293, 3293.

⁸⁵⁵ *König*, NJW 1995, 3293, 3293.

⁸⁵⁶ Vgl. LG Düsseldorf, CR 1996, 737, 738.

⁸⁵⁷ LG Mannheim, NJW 1995, 3322, 3322 f. (aufgehoben durch OLG Karlsruhe CR 1996, 341); *König*, NJW 1995, 3293, 3294 f.; *ders.*, NJW-CoR 1995, 191, 191; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff, § 69d UrhG, Rn. 7; *Marly*, NJW-CoR 1993, 21, 24; *ders.*, JurPC 1992, 1652, 1673; *Koch*, NJW-CoR 1994, 293, 296; so auch für die Umgehung von Sperrmechanismen *Jobke*, Produktaktivierung, S. 191 f.; vgl. ferner *Schack*, Urheberrecht, Rn. 473, für den jedoch eine den Programmablauf behindernde Dongleabfrage schon dann fehlerhaft ist, wenn der Käufer der Software weder über das Vorhandensein noch die Bedeutung der Dongleabfrage aufgeklärt worden ist.

⁸⁵⁸ *König*, NJW 1995, 3293, 3294; *ders.*, NJW-CoR 1995, 191, 191.

⁸⁵⁹ *König*, NJW 1995, 3293, 3295.

⁸⁶⁰ Siehe § 69d Abs. 2 UrhG.

der Gewährleistungsfrist auch die hergestellten Sicherungskopien aufgrund des fehlerhaften Dongles nicht mehr verwenden könnte.⁸⁶¹

Eine andere Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung spricht sich gegen ein Selbsthilferecht des Softwareanwenders in Fällen von Störungen im Programmablauf aus, die durch einen fehlerhaften Dongle hervorgerufen werden.⁸⁶² Gegen ein Selbsthilferecht des Softwareanwenders wendet diese Ansicht ein, dass nach der Konzeption des Herstellers des Programms die Dongle-Abfrage gerade Teil des Programms sei und damit auch zum fehlerfreien Betrieb der Software gehöre.⁸⁶³ Daher umfasse die bestimmungsgemäße Benutzung des Programms nach § 69d Abs. 1 UrhG stets nur die Verwendung des Programms einschließlich des Dongles, sodass die Umgehung bzw. Beseitigung des Dongles dann aber auch keine zur bestimmungsgemäßen Programmnutzung notwendige Fehlerberichtigung darstellen könne.⁸⁶⁴ Die Ansicht, welche sich für ein Selbsthilferecht des Programmnutzers ausspricht, übersehe außerdem, dass mit der Umgehung gar keine Fehlerberichtigung des Dongles in Form einer Reparatur stattfinde, sondern der Dongle komplett entfernt werde, wodurch das Programm wesentlich umgestaltet werde.⁸⁶⁵

Es handle sich außerdem um Fehler, die allenfalls den Dongle bzw. sein Abfrageprogramm betreffen, nicht aber die Software selbst, sodass schon aus diesem Grunde zweifelhaft sei, ob überhaupt das Recht des Softwareanwenders zur Fehlerberichtigung ausgelöst wird.⁸⁶⁶ Zu beachten sei schließlich, dass der Vertragspartner des Programmverwenders das Recht zur Fehlerbeseitigung – und damit auch ein etwaiges Recht zur Entfernung des fehlerhaften Dongles – vertraglich ausschließen könne.⁸⁶⁷

Eine vermittelnde Ansicht in der Literatur will dem Programmnutzer zwar ein Selbsthilferecht zur Umgehung des fehlerhaften Dongles gewähren, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Programmhersteller bzw. Lieferant zur Beseitigung der Störung nicht bereit oder in der Lage ist.⁸⁶⁸ Insgesamt solle das Selbsthilferecht für

⁸⁶¹ Vgl. *König*, NJW 1995, 3293, 3295.

⁸⁶² OLG Karlsruhe, CR 1996, 341, 343; OLG Düsseldorf, CR 1997, 337, 339; OLG München, CR 1996, 11, 18; LG Düsseldorf, CR 1996, 737, 739; *Raubenheimer*, CR 1996, 343, 344; *ders.*, CR 1996, 69, 72; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 69d UrhG, Rn. 22; *Möhring/Nicolini/Kaboth/Spies*, § 69d UrhG, Rn. 8.

⁸⁶³ OLG Karlsruhe, CR 1996, 341, 343.

⁸⁶⁴ Vgl. *ebd.*; LG Düsseldorf, CR 1996, 737, 739; OLG Düsseldorf, CR 1997, 337, 339; *Raubenheimer*, CR 1996, 343, 344; *Möhring/Nicolini/Kaboth/Spies*, § 69d UrhG, Rn. 8.

⁸⁶⁵ LG Düsseldorf, CR 1996, 737, 739; OLG Düsseldorf, CR 1997, 337, 339.

⁸⁶⁶ Vgl. OLG München, CR 1996, 11, 18; *Raubenheimer*, CR 1996, 69, 73.

⁸⁶⁷ *Raubenheimer*, CR 1996, 69, 72.

⁸⁶⁸ Vgl. *Schricker/Loewenheim/Spindler*, § 69d UrhG, Rn. 11; *Dreier/Schulze/Dreier*, § 69d UrhG, Rn. 9; *Baus*, *Verwendungsbeschränkungen*, S. 193; *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69d UrhG, Rn. 19; vgl. mit Blick auf Programmsperren *Koch*, CR 2002, 629, 635.

den Nutzer nur als ultima ratio in Betracht kommen, sodass dem Hersteller bzw. Lieferant zuvor in jedem Fall die Möglichkeit zur Beseitigung des Fehlers gegeben werden müsse.⁸⁶⁹

b) Stellungnahme

Für die Frage, ob der Programmanwender eigenhändig einen defekten Programmschutzmechanismus entfernen darf, kann es zunächst nicht darauf ankommen, ob der Fehler dem Programm selbst immanent ist oder (nur) vom Programmschutzmechanismus ausgeht. Unter den Begriff des „Fehlers“ im Sinne des § 69d Abs. 1 UrhG fallen alle Elemente, die eine bestimmungsgemäße Benutzung des Programms einschränken.⁸⁷⁰ Dabei ist es unerheblich, ob diese Elemente Teil des Programms selbst sind oder von außerhalb kommen.⁸⁷¹ Würden die durch externe Faktoren hervorgerufenen Fehler vom Recht zur Fehlerberichtigung ausgeschlossen werden, dürften auch Computerviren vom Programmanwender nicht beseitigt werden.

Zwar mag die bestimmungsgemäße Benutzung eines Programms auch den Einsatz bzw. das Vorhandensein eines Programmschutzmechanismus wie einen Dongle umfassen. Zur bestimmungsgemäßen Benutzung gehört aber auch und zuvörderst das „Laden, Anzeigen [und] Lauflassen“ dieses Computerprogramms.⁸⁷² Nur aufgrund der Erwartung, dass das Computerprogramm diese Funktionen auf seinem Endgerät ohne Probleme ausführen kann, hat der Anwender das Computerprogramm überhaupt erst erworben.

Würde man ein Recht des Erwerbers auf Entfernung des fehlerhaften Dongles verneinen, liefe das auf eine völlige Vernachlässigung der Interessen des Benutzers an einem funktionierenden Computerprogramm sowie auf einen übermäßigen Schutz der Interessen des Rechtsinhabers an einem intakten Dongle hinaus. Dies ist umso problematischer, wenn man bedenkt, dass die Vorschriften der §§ 69a ff. UrhG eben keinen ausdrücklichen Rechtsschutz vor Umgehung von Programmschutzmechanismen vorsehen.⁸⁷³ Darüber hinaus darf die Fehlerberichtigung auch nicht generell vertraglich untersagt werden, da sie zu dem sog. abrefestesten Kern der durch § 69d Abs. 1 UrhG vermittelten Nutzerrechte gehört.⁸⁷⁴ Eine Reparatur des Dongle-Abfrageprogramms oder des Dongles selbst dürfte dem Nutzer oftmals nicht möglich sein, weshalb wohl regelmäßig auch nur eine Entfernung des Dongles bzw. der Dongle-Anfrage in Frage kommen dürfte.⁸⁷⁵

⁸⁶⁹ Vgl. *Baus*, Verwendungsbeschränkungen, S. 193.

⁸⁷⁰ Schrickler/*Loewenheim/Spindler*, § 69d UrhG, Rn. 10; Dreier/*Schulze/Dreier*, § 69d UrhG, Rn. 9.

⁸⁷¹ Schrickler/*Loewenheim/Spindler*, § 69d UrhG, Rn. 10.

⁸⁷² Vgl. Dreier/*Schulze/Dreier*, § 69d UrhG, Rn. 8.

⁸⁷³ Dazu *Kreutzer*, CR 2006, 804, 808.

⁸⁷⁴ BGH, NJW 2000, 3212, 3214 – *Programmfehlerbeseitigung*; *Lehmann*, NJW 1993, 1822, 1824; Dreier/*Schulze/Dreier*, § 69d UrhG, Rn. 12. Siehe auch Erwägungsgrund 13 der RL 2009/24/EG.

⁸⁷⁵ Vgl. *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69d UrhG, Rn. 19.

Um jedoch dem Interesse des Rechtsinhabers an einer Verhinderung von Raubkopien Rechnung zu tragen, sollte – im Sinne der oben dargestellten vermittelnden Ansicht – die Umgehung nur dann zulässig sein, wenn weder der Rechtsinhaber noch der Lieferant oder Hersteller der Software zur Beseitigung des Fehlers bereit oder in der Lage ist. Diese Einschränkung ergibt sich aber schon aus dem Wortlaut des § 69d Abs. 1 UrhG, nach dem Handlungen gemäß § 69c Nr. 1, 2 UrhG nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfen, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Programms „notwendig“ sind. Insgesamt ist damit der vermittelnden Ansicht zu folgen.

3. Schutz nach dem Zugangskontrolldiensteschutzgesetz (ZKDSG)

Das am 23.03.2002 in Kraft getretene ZKDSG stellt sog. Zugangskontrolldienste sowie zugangskontrollierte Dienste unter einen besonderen rechtlichen Schutz vor unerlaubten Eingriffen und wurde zur Umsetzung der Richtlinie 98/84/EG (sog. Zugangskontrolldienste-Richtlinie) erlassen.⁸⁷⁶

Gemäß § 2 Nr. 1 ZKDSG handelt es sich bei „zugangskontrollierten Diensten“ um Rundfunkdarbietungen gemäß § 2 des Rundfunkstaatsvertrages (RStV) bzw. um Telemedien gemäß § 1 des Telemediengesetzes (TMG), die unter der Voraussetzung eines Entgelts erbracht und nur unter Verwendung eines Zugangskontrolldienstes genutzt werden können.

Die Beendigung des Supports der Online-DRM-Systeme führt dazu, dass offline nutzbare Spielkomponenten wie der Einzelspielermodus nicht mehr verwendet werden können.

Bei diesen Komponenten des digitalen Spiels handelt es sich jedoch regelmäßig nicht um Telemedien gemäß § 1 Abs. 1 TMG. Hierunter fallen elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, welche nicht ausschließlich Telekommunikations- bzw. telekommunikationsgestützte Dienste oder Rundfunk darstellen.⁸⁷⁷ Die als Telemedien einzuordnenden Informations- und Kommunikationsdienste werden mithilfe von Telekommunikationsmitteln erbracht⁸⁷⁸, weshalb Offline-Medien wie CDs und DVDs vom Telemediensbegriff ausgeschlossen sind⁸⁷⁹. Typische Telemediendienste stellen Online-Angebote wie Online-Zeitungen, Chat-Rooms, Internetsuchmaschinen, aber auch Werbe-E-Mails dar.⁸⁸⁰

Die Offline-Komponenten digitaler Spiele können grundsätzlich unabhängig von einer Verbindung mit einem Server genutzt werden. Ihre Nutzungsmöglichkeit ist damit nicht auf einen Online-Diensteanbieter und damit auch nicht auf Telekommunikationsmittel angewiesen. So wie klassische Offline-Medien stellen damit auch die offline

⁸⁷⁶ *Federrath*, in Dressel/Scheffler, Rechtsschutz gegen Dienstespiraterie, S. 1; *Arlt*, in Hoeren/Sieber/Holznel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7, Rn. 78; *Bär/Hoffmann*, MMR 2002, 654, 654.

⁸⁷⁷ *Holznel*, in Hoeren/Sieber/Holznel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 87.

⁸⁷⁸ Ebd., Teil 3, Rn. 88.

⁸⁷⁹ *Heckmann*, in Heckmann, juris Praxiskommentar Internetrecht, Kap. 1, Rn. 37.

⁸⁸⁰ *Holznel*, in Hoeren/Sieber/Holznel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 3, Rn. 87.

nutzbaren Spielkomponenten keine Telemedien dar. Da die Offline-Spielkomponenten somit nicht als Telemedien einzuordnen sind, können sie auch keine zugangskontrollierten Dienste im Sinne von § 2 Nr. 1 ZKDSG darstellen.

Im Gegensatz zu den offline nutzbaren Spielkomponenten können Online-Komponenten, wie z. B. der Online-Mehrspielermodus, durchaus als Telemedien eingeordnet werden.⁸⁸¹ Dieser Dienst wird mithilfe von Telekommunikationsmitteln erbracht und erweitert darüber hinaus die inhaltlichen Nutzungsmöglichkeiten des Spiels durch die Zurverfügungstellung eines Masterservers, mit dem Spiele-Server angesteuert und zum Spielen ausgewählt werden können. Damit stellt der Online-Mehrspielermodus ein Telemedium i. S. d. § 1 Abs. 1 TMG dar.

Neben der Einordnung eines Dienstes als Telemedium ist eine weitere Voraussetzung für einen zugangskontrollierten Dienst, dass er auch unter der Voraussetzung eines Entgelts erbracht wird. Es muss also eine vermögenswerte Gegenleistung für die Dienstleistung erbracht werden.⁸⁸² Wie bereits festgestellt, beinhaltet ein Teil der Gegenleistung des Käufers eines Inklusivspiels bereits die Vergütung für den Support der Online-Komponenten. Damit handelt es sich bei den online nutzbaren Spielkomponenten eines digitalen Spiels auch um einen Dienst, der unter Voraussetzung eines Entgelts erbracht wird.

Free-to-Play-Spiele fallen demgegenüber aus dem Begriff des zugangskontrollierten Dienstes heraus, da sämtliche Komponenten dieser Spiele – mit Ausnahme etwaiger virtueller Gegenstände – ohne eine vermögenswerte Gegenleistung erbracht werden.

Schließlich muss das Telemedium gemäß § 2 Nr. 1 a. E. ZKDSG „nur unter Verwendung eines Zugangskontrolldienstes genutzt werden können“. „Zugangskontrolldienste“ sind nach § 2 Nr. 2 ZKDSG technische Verfahren oder Vorrichtungen, welche die erlaubte Nutzung eines zugangskontrollierten Dienstes ermöglichen.

Aus dem Erfordernis, dass durch den Zugangskontrolldienst erst die Nutzung des zugangskontrollierten Dienstes ermöglicht werden muss, folgert die Literatur, dass der Zugangskontrolldienst Verschlüsselungstechnologien einsetzen muss.⁸⁸³ Dafür spricht auch die Definition der „Zugangskontrollvorrichtung“ in Art. 2 lit. c) der RL 98/84/EG, welche jedes Gerät oder jedes Computerprogramm meint, das dazu bestimmt oder entsprechend angepasst ist, um den Zugang zu einem geschützten Dienst *in verständlicher Form* zu ermöglichen.⁸⁸⁴

Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Online-DRM-Systeme das gesamte Spiel oder nur die Online-Komponenten von Inklusivspielen in dieser Form verschlüsseln. Doch selbst wenn das im Einzelfall gegeben sein sollte, muss beachtet werden, dass die Verschlüsselung des Dienstes gerade mit dem Zweck erfolgen muss, die Erzielung eines

⁸⁸¹ So auch *Baumann/Hofmann*, ZUM 2010, 863, 868; siehe zur alten Rechtslage nach dem TDG auch *Strobel*, in Dressel/Scheffler, Rechtsschutz gegen Dienstpiraterie, S. 97 f.

⁸⁸² Ausführlich dazu *Strobel*, in Dressel/Scheffler, Rechtsschutz gegen Dienstpiraterie, S. 101 f.

⁸⁸³ Ebd., S. 110.

⁸⁸⁴ Siehe ferner die Gesetzesbegründung, die vom Vorliegen eines „unverständlichen“ Angebots ausgeht, welches durch den Zugangskontrolldienst wieder in „verständliche Form“ gebracht werden könne, was bspw. ein Decoder bewerkstelligen könne, BT-Drs. 14/7229, S. 7.

Entgelts zu ermöglichen bzw. sicherzustellen.⁸⁸⁵ Es reicht dagegen nicht aus, dass Dienste aus Gründen der Sicherheit, der Authentifizierung oder des Kopierschutzes verschlüsselt werden.⁸⁸⁶ Wie oben ausgeführt, dienen die Online-DRM-Systeme aber nur der Authentifizierung des Spielers bzw. der Spielkopie.⁸⁸⁷ Damit stellen Online-DRM-Systeme digitaler Spiele in der Regel keine Zugangskontrolldienste im Sinne des § 2 Nr. 2 ZKDSG dar.

II. Eliminierung supportloser Online-DRM-Systeme

Nachdem zuvor der Rechtsschutz supportloser Online-DRM-Systeme festgestellt wurde, ist nunmehr zu untersuchen, ob dieser Schutz der Eliminierung supportloser Online-DRM-Systeme zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels entgegensteht.

1. Bewertung nach § 95a Abs. 1, 3 UrhG

a) Eliminierung als Umgehung i.S.d. § 95a Abs. 1 UrhG

Wie unter I. 1. festgestellt, genießen die supportlosen Online-DRM-Systeme als technische Maßnahmen gemäß § 95a Abs. 2 UrhG Schutz.⁸⁸⁸ Fraglich ist, ob die Eliminierung der supportlosen Online-DRM-Systeme eine Umgehung gemäß § 95a Abs. 1 UrhG darstellt.

Der Umgehungstatbestand setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die technische Maßnahme außer Kraft gesetzt oder abgeschwächt wird.⁸⁸⁹ Dabei kommt es nicht darauf an, auf welche Art und Weise die Umgehung erfolgt.⁸⁹⁰

In subjektiver Hinsicht muss dem Handelnden entsprechend dem Gesetzeswortlaut bekannt oder den Umständen nach bekannt sein, dass die Umgehung erfolgt, „um den Zugang zu einem solchen Werk oder Schutzgegenstand oder deren Nutzung zu ermöglichen“. ⁸⁹¹ Erforderlich ist also die Kenntnis des Umgehenden davon, dass die Umgehung mit dem Ziel erfolgt, das Werk bzw. den geschützten Gegenstand zu nutzen.⁸⁹²

Nach diesen Grundsätzen ist die von den Inhabern der Spielkopie vorgenommene Eliminierung der Online-DRM-Systeme durch Veränderung der Programmcodes der Spielkopie grundsätzlich als Umgehung dieser technischen Maßnahmen anzusehen.

⁸⁸⁵ *Strobel*, in Dressel/Scheffler, Rechtsschutz gegen Dienstpiraterie, S. 103 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/7229, S. 7. Siehe auch Erwg. 4 der RL 98/84/EG.

⁸⁸⁶ BT-Drs. 14/7229, S. 7.

⁸⁸⁷ Siehe dazu oben, S. 19 ff.

⁸⁸⁸ Siehe dazu oben, S. 152 ff.

⁸⁸⁹ Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer, § 95a UrhG, Rn. 31; *Peukert*, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 15; Schrickler/Götting, § 95a UrhG, Rn. 10.

⁸⁹⁰ *Peukert*, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 15.

⁸⁹¹ § 95a Abs. 1 2. Hs. UrhG.

⁸⁹² Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer, § 95a UrhG, Rn. 30.

Die Umgehung erfolgt hier gerade mit dem Ziel, das Spiel wieder bzw. weitzernutzen zu können.

Es ist in der Einleitung dieser Arbeit erläutert worden, dass nicht nur private Spieler ein Interesse an der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele haben. Digitale Spiele sind darüber hinaus auch Gegenstand einer Vielzahl von wissenschaftlichen Disziplinen. Für die Wissenschaftler ist dabei in gleichem Maße wie für Spieler ein ungehinderter Zugriff auf alle Funktionen der digitalen Spiele erforderlich, welcher jedoch durch die supportlosen Online-Komponenten beschränkt bzw. unmöglich gemacht wird. Die Beendigung des Supports der Online-Komponenten behindert darüber hinaus aber auch Gedächtnisinstitutionen bei ihrer Arbeit, digitale Spiele zu erhalten und auszustellen. Vor diesem Hintergrund führen Erwägungsgrund 48 der InfoSoc-Rl. und daran anschließend auch die Gesetzesbegründung des deutschen Gesetzgebers zum Umsetzungsgesetz⁸⁹³ aus, dass Umgehungshandlungen, die (ausschließlich) Forschungszwecken dienen, nicht nach Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-Rl. bzw. § 95a Abs. 1 UrhG verboten sein sollen. Beispielhaft werden hierfür Forschungsarbeiten im Bereich der Verschlüsselungstechniken genannt.

Diese Bereichsausnahme ist jedoch eng und umfasst nicht solche Umgehungsmaßnahmen, welche auf die – urheberrechtlich relevante – Nutzung der digitalen Spiele gerichtet sind.⁸⁹⁴ Lediglich solche Forschungsvorhaben sind von dem Umgehungsverbot ausgenommen, die sich ausschließlich auf die Umgehung von technischen Maßnahmen beschränken.⁸⁹⁵

Aus diesem Grund hilft die Bereichsausnahme Wissenschaftlern, welche digitale Spiele selbst erforschen wollen, und Gedächtnisinstitutionen, die diese auszustellen gedenken, nicht weiter. Umgehungen, die zu diesen Zwecken vorgenommen werden, bleiben nach § 95a Abs. 1 UrhG untersagt.

b) Verbot von Vorbereitungshandlungen gemäß § 95a Abs. 3 UrhG

Die Umgehung der supportlosen Online-DRM-Systeme setzt ein nicht unerhebliches Fachwissen voraus, worüber der durchschnittliche Inhaber eines digitalen Spiels regelmäßig nicht verfügt. Er ist daher auf Hilfestellungen und Werkzeuge anderer angewiesen, mithilfe derer er die Umgehung der supportlosen Online-DRM-Systeme auch selbst vornehmen kann.

Wie bereits dargestellt, können derartige Hilfestellungen und Werkzeuge im Internet auf einschlägigen Webseiten von Fans, die sich der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit von digitalen Spielen verschrieben haben, ausfindig gemacht werden.⁸⁹⁶ Dazu gehören Anleitungen zur Wiedernutzbarmachung des digitalen Spiels sowie

⁸⁹³ Siehe BT-Drs. 15/38, S. 26.

⁸⁹⁴ Vgl. Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer, § 95a UrhG, Rn. 34.

⁸⁹⁵ Ebd., Rn. 38

⁸⁹⁶ Siehe dazu oben, S. 30 ff.

Software, die heruntergeladen werden kann und die notwendigen Änderungen an der Spielkopie automatisch vornimmt.⁸⁹⁷

Die Produktion und Zurverfügungstellung solcher Werkzeuge und Hilfestellungen fallen in der Regel unter das Verbot von Vorbereitungshandlungen gemäß § 95a Abs. 3 Nr. 3 UrhG.

Software, welche automatisch die Spielkopie so verändern kann, dass supportlose Online-DRM-Systeme umgangen werden, wird unter die Begriffe der Vorrichtungen, Erzeugnisse oder Bestandteile zu fassen sein.⁸⁹⁸ Diese Software wird durch ihre Veröffentlichung auf den Fan-Webseiten auch „verbreitet“ im Sinne von § 95a Abs. 3 UrhG. Die Verbreitung im Sinne dieser Norm ist nicht in gleicher Weise auszulegen wie der gleichnamige Begriff in § 17 UrhG.⁸⁹⁹ Von diesem Begriff wird vielmehr auch die Bereitstellung von Software im Internet zur Umgehung technischer Maßnahmen erfasst.⁹⁰⁰

Die Zurverfügungstellung von Anleitungen wird darüber hinaus regelmäßig auch eine Erbringung von Dienstleistungen gemäß § 95a Abs. 3 1. Halbsatz UrhG darstellen.⁹⁰¹ Zwar ist umstritten, ob die „Erbringung von Dienstleistungen“ auch auf Handlungen Privater Anwendung findet.⁹⁰² Im Wortlaut der Vorschrift finden sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, Handlungen Privater vom Anwendungsbereich auszuschließen. Dies wird vor allem daran ersichtlich, dass der Besitz von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen nur dann verboten ist, wenn dieser gewerblichen Zwecken dient. Eine derartige Qualifikation haben die anderen Tatbestandsmerkmale und damit auch die Erbringung von Dienstleistungen im Tatbestand nicht erhalten.⁹⁰³ Damit ist auch der Austausch von Informationen zwischen Privaten erfasst.⁹⁰⁴

Eine weitere Voraussetzung ist, dass die Umgehungssoftware bzw. die Anleitung einen der drei alternativ genannten Zwecke in § 95a Abs. 3 Nr. 1 bis 3 UrhG erfüllen müssen. Die Umgehungssoftware und die Anleitung zur Umgehung werden regelmäßig hauptsächlich hergestellt bzw. erbracht, um die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern i. S. d. § 95a Abs. 3 Nr. 3 UrhG.

⁸⁹⁷ Siehe dazu oben, S. 30 ff.

⁸⁹⁸ Vgl. *Peukert*, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 20; *Schricker/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 25.

⁸⁹⁹ BT-Drs. 15/38, S. 26.

⁹⁰⁰ *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer*, § 95a UrhG, Rn. 67.

⁹⁰¹ BT-Drs. 15/38, S. 26; *Dreier/Schulze/Specht*, § 95a UrhG, Rn. 18.

⁹⁰² Dagegen *Schricker/Götting*, § 95a UrhG, Rn. 31; *Dreier/Schulze/Specht*, § 95a UrhG, Rn. 18; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst*, § 95a UrhG, Rn. 80.

⁹⁰³ BGH, ZUM 2008, 781, 783, Tz. 22 – *Clone-CD*; *Pleister/Ruttig*, MMR 2003, 763, 764; so auch in Bezug auf Art. 6 Abs. 2 der InfoSoc-RL *Spindler*, GRUR 2002, 105, 116.

⁹⁰⁴ Vgl. *Peukert*, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 18; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 95a UrhG, Rn. 47.

c) Zwischenergebnis

Die Online-DRM-Systeme genießen auch in ihrem supportlosen Zustand Schutz nach § 95a UrhG. Dieser Schutz hat zur Folge, dass der Nutzer die technischen Maßnahmen nicht umgehen darf (§ 95a Abs. 1 UrhG), auch wenn der Support bereits beendet worden ist und er noch immer zur Nutzung der Spielkopie berechtigt ist.

Darüber hinaus können auch Vorbereitungsmaßnahmen wie die Zurverfügungstellung von Anleitungen zur Umgehung der technischen Maßnahmen im Internet oder die Herstellung und Verfügbarmachung von Umgehungssoftware unter das Verbot des § 95a Abs. 3 UrhG fallen.

2. Bewertung nach § 69d Abs. 1 UrhG

Es ist bereits herausgearbeitet worden, dass die Umgehung von Programmschutzmechanismen im Urheberrecht für Computerprogramme nicht uneingeschränkt erlaubt ist. Die Umgehung ist allerdings dann zulässig, wenn weder der Rechtsinhaber noch der Lieferant oder Hersteller der Software zur Beseitigung des gemäß § 69d Abs. 1 UrhG fehlerhaften Programmschutzmechanismus bereit oder in der Lage ist.⁹⁰⁵

Mit Blick auf die supportlosen Online-DRM-Systeme stellt sich dabei die Frage, ob die dauerhafte Unterbrechung der Client-Server-Verbindung infolge der Beendigung des Supports der Online-Komponenten als „Fehler“ i. S. d. § 69d Abs. 1 UrhG eingeordnet werden kann.

Eine Definition des Fehlerbegriffs findet sich weder im UrhG noch in der Computerprogramm-RI.

Die Literatur versteht unter dem Begriff „Fehler“ diejenigen Elemente eines Programms, welche die bestimmungsgemäße Benutzung einschränken.⁹⁰⁶ Fehler können sowohl programminterne als auch externe Faktoren darstellen, wie z. B. Programmiermängel, Programmabstürze und Funktionsstörungen, aber auch Viren und Bugs, welche die Software „befallen“.⁹⁰⁷ Vom Fehlerbegriff wird daher auch das gestörte Zusammenwirken des Programms mit einem Peripheriegerät angesehen.⁹⁰⁸ Der Fehler braucht darüber hinaus auch nicht bereits im Zeitpunkt des Erwerbs des Computerprogramms vorgelegen zu haben, sondern kann auch erst nachträglich auftreten.⁹⁰⁹

⁹⁰⁵ Siehe dazu oben, S. 160 ff.

⁹⁰⁶ *Wand*, Technische Schutzmaßnahmen, S. 128; *Schricker/Loewenheim/Spindler*, § 69d UrhG, Rn. 10; *Dreier/Schulze/Dreier*, § 69d UrhG, Rn. 9; *Blocher*, in *Walter/von Lewinski*, Europäisches Urheberrecht: Kommentar, Art. 5, Rn. 27; vgl. auch *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht, S. 66.

⁹⁰⁷ *Dreier/Schulze/Dreier*, § 69d UrhG, Rn. 9; *Schricker/Loewenheim/Spindler*, § 69d UrhG, Rn. 10; *Möhring/Nicolini/Kaboth/Spies*, § 69d UrhG, Rn. 7; *Ahlberg/Götting/dies.*, § 69d UrhG, Rn. 7; *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht, S. 66; *Geiger*, Umarbeitungsrecht, S. 109; *Blocher*, in *Walter/von Lewinski*, Europäisches Urheberrecht: Kommentar, Art. 5, Rn. 27; *Lehmann*, NJW 1993, 1822, 1823.

⁹⁰⁸ So *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht, S. 66.

⁹⁰⁹ Insofern unterscheidet sich der Fehlerbegriff nach § 69d Abs. 1 UrhG vom Sachmangelbegriff gem. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB, *Koch*, CR 2002, 629, 635; vgl. *Schricker/Loewenheim/Spindler*, § 69d UrhG, Rn. 10; *Möhring/Nicolini/Kaboth/Spies*, § 69d UrhG, Rn. 7.

Nach einer Minderansicht in der Rechtsprechung werden vom Fehlerbegriff allerdings nur solche „Unzulänglichkeiten“ des Programms erfasst, welche der Hersteller des Programms nicht beabsichtigt habe.⁹¹⁰ An dieser Ansicht ist jedoch problematisch, dass sich für den Anwender des Programms kaum zweifelsfrei feststellen lässt, welche „Unzulänglichkeiten“ des Programms sein Programmhersteller beabsichtigt hat und welche nicht. Außerdem könnte der Programmhersteller als Folge dieser Ansicht das Recht des Software-Anwenders zur Fehlerberichtigung beliebig einschränken, wenn nicht sogar vollständig ausschließen, indem er schlicht behauptet, (alle) Unzulänglichkeiten im Programm auch so beabsichtigt zu haben. Dass dies aber nicht richtig sein kann, belegt die Tatsache, dass die Fehlerberichtigung – wie bereits erläutert – zum abredetesten Kern der Nutzerbefugnisse gehört, die § 69d Abs. 1 UrhG vorsieht.

Damit ist der Fehlerbegriff mit der überwiegenden Literaturansicht nicht subjektiv, sondern allein objektiv zu bestimmen, indem gefragt wird, ob ein Element vorliegt, welches die bestimmungsgemäße Benutzung des Programms beeinträchtigt.

Die endgültige Unterbrechung der Client-Server-Kommunikation infolge der Beendigung des Supports der Online-Komponenten führt zu einer Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Benutzung des digitalen Spiels.

Die Beendigung des Betriebs der DRM-Server hat nämlich zur Folge, dass die Software des digitalen Spiels keine Verbindung mehr mit diesen Servern aufbauen und die erforderliche Authentifizierung nicht mehr durchführen kann. Zur bestimmungsgemäßen Benutzung des digitalen Spiels gehört es, dass der Erwerber dieses auf seinem Endgerät überhaupt ablaufen lassen kann. Diese Nutzungsmöglichkeit fällt aufgrund der soeben beschriebenen Funktionsstörung weg. Zwar liegt die Funktionsstörung in der Beendigung des Betriebs der DRM-Server begründet, jedoch lässt sich der Betrieb der DRM-Server von der Spielkopie funktionell nicht trennen.

Zwar ist die Beendigung des Supports der Online-Komponenten vom Publisher darüber hinaus beabsichtigt und die sich daraus ergebende Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit zumindest in Kauf genommen, jedoch führt diese Intention nicht dazu, dass die permanente Unterbrechung der Client-Server-Kommunikation vom Fehlerbegriff des § 69d Abs. 1 UrhG auszuschließen ist.

Damit liegt ein Fehler im Sinne des § 69d Abs. 1 UrhG vor. Sofern die Nutzungsbeziehung des Erwerbers mit Blick auf das Spiel noch nicht weggefallen ist⁹¹¹, kann der Spieler den Fehler des Programms durch Eliminierung der vom Programm durchgeführten Serveranfragen berichtigen. Allerdings gilt das Recht zur Fehlerberichtigung nur insoweit, als der Publisher nicht bereit oder in der Lage ist, den Fehler selbst zu beheben. Ein uneingeschränktes Recht zur Selbsthilfe würde die Interessen des Publishers an einem Schutz seiner Software vor unerlaubten Vervielfältigungen unangemessen beeinträchtigen.

⁹¹⁰ So LG Düsseldorf, CR 1996, 737, 739.

⁹¹¹ Siehe dazu oben, S. 149 ff.

3. Verhältnis von § 95a Abs. 1 und §§ 69a ff. UrhG

Die Untersuchung der Frage, ob supportlose Online-DRM-Systeme zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit digitaler Spiele eliminiert werden dürfen, hat ergeben, dass die Umgehung zwar nach § 95a Abs. 1 UrhG unzulässig, nach den Sondervorschriften der §§ 69a ff. UrhG für Computerprogramme jedoch unter bestimmten Umständen gestattet ist. Da die Online-DRM-Systeme jedoch grundsätzlich sowohl die audiovisuellen Bestandteile des digitalen Spiels als auch die Steuerungssoftware schützen, ist zu untersuchen, welche der beiden Regelungsregime Anwendung findet. Diese Frage ist in Literatur und Rechtsprechung stark umstritten.

a) Schwerpunkttheorie

Ein Teil der Literatur schlägt zur Lösung des soeben erläuterten Konflikts die sog. Schwerpunkttheorie vor.⁹¹² Demnach finden auf ein hybrides Werk diejenigen urheberrechtlichen Vorschriften Anwendung, welche für den prägenden Teil, also den Schwerpunkt des Werkes gelten.⁹¹³ Dieser Schwerpunkt könne anhand des wirtschaftlichen Wertes der einzelnen Komponenten des Werkes ermittelt werden.⁹¹⁴ Größtenteils sieht die Literatur den Schwerpunkt im Steuerungsprogramm der digitalen Spiele mit der Folge, dass die §§ 69a ff. UrhG und nicht die §§ 95a ff. UrhG auf das digitale Spiel und damit auch auf die technischen Maßnahmen bzw. Programmschutzmechanismen Anwendung finden.⁹¹⁵ Dafür spreche, dass Kopierschutzmaßnahmen digitaler Spiele in der Regel nicht die Vervielfältigung von Bildschirmausgaben verhindern würden, sondern erst dann eingriffen, wenn die Software des Spiels kopiert wird.⁹¹⁶ Außerdem sei es letztlich die Software des digitalen Spiels, welche das Spielerlebnis erst visualisiere.⁹¹⁷

Für die Schwerpunkttheorie wird angeführt, dass durch sie eine einseitige Benachteiligung von Interessengruppen und eine künstliche Aufspaltung des hybriden Werkes in seine Einzelbestandteile sowie eine isolierte rechtliche Bewertung derselben vermieden werde.⁹¹⁸ Schließlich sei der Gedanke, das anwendbare Recht anhand des

⁹¹² *Kreutzer*, CR 2007, 1, 4ff.; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 125; *Förster*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 2, Rn. 28; *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69a UrhG, Rn. 83; *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 209 f.; *Grützmacher*, ITRB 2015, 120, 122; *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 69a UrhG, Rn. 45; *Schröder*, MMR 2013, 80, 82; im Ergebnis auch *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 25.

⁹¹³ Vgl. *Kreutzer*, CR 2007, 1, 4.

⁹¹⁴ Ebd., 4, 7; *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69a UrhG, Rn. 83.

⁹¹⁵ *Kreutzer*, CR 2007, 1, 7; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 125; *Förster*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 2, Rn. 28; *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69a UrhG, Rn. 83; *Schröder*, MMR 2013, 80, 82; a. A. *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19, 25.

⁹¹⁶ *Förster*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 2, Rn. 28.

⁹¹⁷ *Schröder*, MMR 2013, 80, 82; so auch für auf Software basierende Multimedia-Anwendungen im Allgemeinen *Koch*, GRUR 1995, 459, 462.

⁹¹⁸ Vgl. *Kreutzer*, CR 2007, 1, 6; *Schröder*, MMR 2013, 80, 82.

Schwerpunktes des Regelungsgegenstandes zu ermitteln, dem Zivilrecht nicht fremd, da die Rechtsprechung in gleicher Weise auch bei gemischten Verträgen verfähre.⁹¹⁹

b) Trennungstheorie

Der BGH und ein weiterer Teil der Literatur vertreten demgegenüber die sog. Trennungstheorie. Hiernach finden auf digitale Spiele als hybride Werkformen die Vorschriften der §§ 69a ff. UrhG und der §§ 95a ff. UrhG nebeneinander Anwendung.⁹²⁰ Letztlich trennt diese Auffassung also streng zwischen den audiovisuellen Bestandteilen und dem Steuerungsprogramm des digitalen Spiels.

Für diese Theorie wird ins Feld geführt, dass es nicht hinnehmbar sei, hybriden Werken wie digitalen Spielen den weitergehenden Schutz der InfoSoc-RI. nur deshalb zu entziehen, weil die technischen Maßnahmen auch dem Schutz der Software des Spiels dienen.⁹²¹ Anderenfalls würden komplexe Werke schlechter gestellt als Werke, die nicht aus verschiedenen Werkarten zusammengesetzt sind.⁹²² Darüber hinaus würde der Schutz nach Art. 6 der InfoSoc-RI. in unangemessener Weise abgeschwächt.⁹²³

Der BGH sieht sich in seiner Ansicht durch das *Nintendo/PC Box*-Urteil des EuGH⁹²⁴ aus dem Jahre 2014 bestätigt.⁹²⁵ Das italienische Vorlageersuchen in diesem Fall ging aus einem Rechtsstreit zwischen dem Entwickler und Publisher *Nintendo* einerseits und dem Unternehmen *PC Box* andererseits hervor. *PC Box* hatte ohne Erlaubnis Spielekonsolen *Nintendos* derart modifiziert, dass auf ihnen – unter Umgehung technischer Maßnahmen – nachgeahmte *Nintendo*-Spiele sowie andere Software ohne Genehmigung von *Nintendo* ablaufen konnten. Diese Konsolen hatte *PC Box* an Endnutzer veräußert. Gegenstand des Vorlageverfahrens war zum einen die Frage, ob auch solche technischen Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 3 der InfoSoc-RI. Schutz genießen, die nicht nur im Träger des Videospieles, sondern auch in der Konsole, auf welcher das Spiel ablaufen soll, implementiert sind.⁹²⁶ Zum anderen wurde der EuGH gefragt, nach

⁹¹⁹ Vgl. *Schröder*, MMR 2013, 80, 82.

⁹²⁰ BGH, GRUR 2013, 1035, 1037, Tz. 24 – *Videospiel-Konsolen I*; daran anschließend GRUR 2015, 672, 676, Tz. 44 – *Videospiel-Konsolen II*; GRUR 2017, 541, 542 – *Videospiel-Konsolen III*; dem BGH folgend *Roth*, MMR 2013, 671, 673; *Arnold*, GRUR-Prax 2013, 410, 410; *Spindler/Schuster/Spindler*, § 95a UrhG, Rn. 4; *Ludwig/Falker*, K&R 2013, 654, 655; *Hilgert*, CR 2014, 354, 356; wohl auch *Schricker/Loewenheim/Spindler*, § 69a UrhG, Rn. 27; zuvor schon *Katko/Maier*, MMR 2009, 306, 306; *Lindhorst*, technische Maßnahmen, S. 144.

⁹²¹ BGH, GRUR 2013, 1035, 1037, Tz. 24; *Roth*, MMR 2013, 671, 673; *Spindler/Schuster/Spindler*, § 95a UrhG, Rn. 4.

⁹²² *Hilgert*, CR 2014, 354, 356; *Arnold*, GRUR-Prax 2013, 410, 410; *Ludwig/Falker*, K&R 2013, 654, 655; vgl. *Hermes*, GRUR-Prax 2014, 37, 37.

⁹²³ *Lindhorst*, technische Maßnahmen, S. 144.

⁹²⁴ EuGH, GRUR 2014, 255, 255.

⁹²⁵ BGH, GRUR 2015, 672, 674 f., Tz. 43.

⁹²⁶ EuGH, GRUR 2014, 255, 256, Tz. 19.

welchen Kriterien der Umfang des Rechtsschutzes technischer Maßnahmen gegen eine Umgehung gemäß Art. 6 der InfoSoc-RI. zu bestimmen sei.⁹²⁷

Der EuGH bejahte die erste Frage und führte zur Beantwortung der zweiten Frage aus, dass technische Maßnahmen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren müssen.⁹²⁸ Im Rahmen seiner Ausführungen erläuterte der Gerichtshof außerdem, dass Videospiele nicht nur aus Computerprogrammen, sondern auch aus audiovisuellen Elementen bestehen.⁹²⁹ Diese Bestandteile unterliegen dem Schutz der InfoSoc-RI.⁹³⁰ Dieser Richtlinie und Art. 1 Abs. 1 der RL 2009/24 EG lasse sich nicht entnehmen, dass das Gesamtwerk einer anderen Regelung unterliegen müsse als dessen Bestandteile.⁹³¹ Das sich aus Computerprogrammen und audiovisuellen Bestandteilen ergebende Gesamtwerk unterfalle damit gleichfalls dem Schutz des Art. 6 der InfoSoc-RI.⁹³²

Neben dem BGH interpretieren auch Teile der Literatur die Entscheidung des EuGH dahingehend, dass Videospiele in ihrer Gesamtheit sowohl der InfoSoc- als auch der Computerprogramm-RI. unterliegen.⁹³³ Eindeutig lässt sich diese Aussage der Entscheidung des EuGH jedoch nicht entnehmen. Es bleibt daher unklar, ob und in welchem Umfang tatsächlich auch die Computerprogramm-RI. neben der InfoSoc-RI. auf das Videospiele-Gesamtwerk Anwendung findet.⁹³⁴ Jedenfalls ist der Entscheidung des Gerichtshofs aber zu entnehmen, dass die InfoSoc-RI. auf das digitale Spiel als Ganzes Anwendung findet und die technischen Maßnahmen des Spiels daher (auch) dem Schutz des Art. 6 der InfoSoc-RI. unterfallen.

c) Weitere Ansichten

Darüber hinaus wird zum Teil argumentiert, dass § 69a Abs. 5 UrhG restriktiv ausulegen sei und nur auf Computerprogramme im eigentlichen Sinn bzw. auf solche Sachverhalte anzuwenden sei, in denen neben Software keine andere Werkart betroffen ist.⁹³⁵ Würde man in den Regelungsbereich des § 69a Abs. 5 UrhG auch Werke fallen lassen, die lediglich auf Computerprogrammen basieren, stehe eine „Durchlöcherung“ des Schutzes nach den §§ 95a ff. UrhG zu befürchten.⁹³⁶

Andere wollen die Anwendung der §§ 69a ff. UrhG bzw. der §§ 95a ff. UrhG davon abhängig machen, ob das Computerprogramm Voraussetzung für die Visualisierung des audiovisuellen Inhalts ist oder ob für die Nutzung dieser Inhalte der Ablauf der

⁹²⁷ Ebd., 256, Tz. 20.

⁹²⁸ Ebd., 257, Tz. 28, 36 ff.

⁹²⁹ Ebd., 255, Tz. 23.

⁹³⁰ Vgl. ebd., 256, Tz. 22.

⁹³¹ Ebd., 256, Tz. 22 f.

⁹³² Ebd., 256, Tz. 22.

⁹³³ *Karl*, EuZW 2014, 304, 306; *Leupold*, GRUR-Prax 2014, 57, 57.

⁹³⁴ So auch *Brunn/Nordmeyr*, CR 2014, 224, 227, die in diesem Zusammenhang treffend von einem „Orakelspruch aus Luxemburg“ sprechen.

⁹³⁵ Vgl. *Arlt*, MMR 2005, 148, 154; *Arnold/Timmann*, MMR 2008, 286, 287, dort Fn. 7.

⁹³⁶ *Arlt*, MMR 2005, 148, 154.

Software irrelevant sei.⁹³⁷ Dementsprechend sollen die §§ 69a ff. UrhG Anwendung finden, wenn der Ablauf der Software Voraussetzung für die Darstellung der audiovisuellen Inhalte ist.

d) Stellungnahme

Gegen die beiden zuletzt genannten Ansichten spricht, dass die Vorschriften der §§ 95a ff. UrhG auf digitale Spiele hiernach praktisch nie Anwendung finden würden, da davon auszugehen ist, dass die Wiedergabe der audiovisuellen Elemente dieser Spiele stets vom Ablauf der Software abhängig ist. Dies würde jedoch eine unangemessene Verkürzung des Schutzes technischer Maßnahmen für digitale Spiele bedeuten.

Gegen die Schwerpunkttheorie spricht die erhebliche Rechtsunsicherheit, die mit dieser Ansicht verbunden ist.⁹³⁸ Das Kriterium des wirtschaftlichen Schwerpunktes eines digitalen Spiels ist nämlich kaum dafür geeignet, die anwendbaren Rechtsvorschriften eindeutig zu bestimmen. So ist schon unklar, auf welche Perspektive zur Bestimmung des Schwerpunktes – die des Erwerbers oder die des Publishers? – abzustellen ist. Darüber hinaus ist es fraglich, ob bei digitalen Spielen ein solcher Schwerpunkt überhaupt existiert. Denn sowohl für Erwerber als auch für Publisher dürften alle Komponenten eines digitalen Spiels in gleichem Maße von hoher wirtschaftlicher Bedeutung sein. Das Spiel funktioniert schließlich nur zusammen mit all seinen Komponenten.

Für die Trennungstheorie spricht dagegen, dass sie beiden Regelungskomplexen – die §§ 69a ff. UrhG sowie die §§ 95a ff. UrhG – Geltung verschafft und nicht einen zulasten des anderen ausschließt. Sie trägt der Tatsache in angemessener Weise Rechnung, dass digitale Spiele aus untrennbar miteinander verbundenen Komponenten bestehen, die alle für das Funktionieren des Spiels erforderlich und daher auch allesamt auf angemessenen rechtlichen Schutz angewiesen sind. Zwar führt die Trennungstheorie in der Konsequenz dazu, dass von beiden Regelungskomplexen das strengere Recht gilt, jedoch entspricht dieses Ergebnis eher dem Ziel der InfoSoc-Rl., ein hohes Schutzniveau für die Rechtsinhaber⁹³⁹ zu etablieren als die Schwerpunkttheorie, die zwangsläufig zu einer Verkürzung dieses Schutzes führt.

Da somit sowohl die Vorschriften der §§ 69a ff. UrhG als auch der §§ 95a ff. UrhG parallel auf digitale Spiele Anwendung finden, unterliegen auch die technischen Maßnahmen, welche sowohl den Programmcode als auch die audiovisuellen Inhalte schützen, beiden Regelungskomplexen. In der Konsequenz setzt sich das strengere Regelungsregime durch mit der Folge, dass die Umgehung der supportlosen Online-DRM-Systeme zum Zwecke der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels gemäß § 95a Abs. 1 UrhG unzulässig ist.

Diese Ergebnisse können auch auf den sog. Jailbreak von Spielekonsolen übertragen werden. Wie in Kapitel 1 bereits erläutert worden ist, setzt das Ablaufenlassen von

⁹³⁷ Peukert, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 34, Rn. 8; Lambrecht, Bildschirmspiele, S. 241.

⁹³⁸ So auch BGH, GRUR 2013, 1035, 1037, Tz. 24; Hilgert, CR 2014, 354, 356; Roth, MMR 2013, 671, 674.

⁹³⁹ Siehe die InfoSoc-Rl., ErwG. 4.

wieder nutzbar gemachten digitalen Spielen auf Spielekonsolen einen sog. Jailbreak der Konsole voraus.⁹⁴⁰ Der Jailbreak erfordert eine Modifikation der Konsolen-Firmware mit dem Ziel, dass auch nicht autorisierte Spielkopien auf der Spielekonsole gespielt werden können. Die Authentifizierung der Spielkopie erfordert ein Zusammenspiel von Spielkopie und Spielekonsole, was der EuGH ausdrücklich als eine technische Maßnahme im Sinne des Art. 6 Abs. 3 der InfoSoc-RL angesehen hat.⁹⁴¹

Die Firmware bzw. die von Unterprogrammen der Firmware durchgeführten Authentifizierungsmaßnahmen können daher als technische Maßnahmen i. S. d. § 95a Abs. 2 UrhG eingeordnet werden.

e) Pflicht zur Zurverfügungstellung erforderlicher Mittel gemäß § 95b Abs. 1 UrhG

Einen Ausweg aus dem Dilemma, wonach die Eliminierung der supportlosen Online-DRM-Systeme zwar nach § 69d Abs. 1 UrhG zulässig, nach § 95a Abs. 1 UrhG jedoch nicht erlaubt ist, könnte § 95b Abs. 1 UrhG bieten.

Nach dieser Vorschrift sind Rechtsinhaber verpflichtet, den durch die in § 95b Abs. 1 UrhG aufgelisteten Schrankenbestimmungen „Begünstigten, soweit sie rechtmäßig Zugang zum Werk oder Schutzgegenstand haben, die notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen, um von diesen Bestimmungen in dem erforderlichen Maße Gebrauch machen zu können“.⁹⁴² Damit die Inhaber supportloser digitaler Spiele gegen den Rechtsinhaber einen Anspruch nach § 95b Abs. 2 UrhG geltend machen können, ist es erforderlich, dass sie auf „Mittel“ des Rechtsinhabers angewiesen sind, um von den in § 95b Abs. 1 UrhG aufgelisteten Schrankenbestimmungen Gebrauch machen zu können.⁹⁴³

Welche „Mittel“ in diesem Fall zur Verfügung zu stellen sind, ist nicht vorgegeben, sodass ganz verschiedene Optionen in Betracht kommen.⁹⁴⁴ Daher ist es auch denkbar, dass der Rechtsinhaber mit Blick auf supportlose Online-DRM-Systeme beispielsweise ein Update für das digitale Spiel veröffentlicht, welches das Erfordernis der Authentifizierung beseitigt.⁹⁴⁵

Voraussetzung ist zunächst, dass die supportlosen Online-DRM-Systeme Nutzungshandlungen des Nutzers des digitalen Spiels blockieren, welche von einer in § 95b Abs. 1 UrhG aufgelisteten Schrankenbestimmung gedeckt sind. Dies ist in Bezug auf die für das Ablaufenlassen des digitalen Spiels erforderliche Vervielfältigung der audiovisuellen Bestandteile in den Arbeitsspeicher bzw. auf die Festplatte des Nutzers

⁹⁴⁰ Siehe dazu oben, S. 24.

⁹⁴¹ EuGH, GRUR 2014, 255, 257, Tz. 26.

⁹⁴² § 95b Abs. 1 S. 1 UrhG; Dreier/Schulze/Specht, § 95b UrhG, Rn. 2.

⁹⁴³ Vgl. Fromm/Nordemann/Czychowski, § 95b UrhG, Rn. 16.

⁹⁴⁴ Dreier/Schulze/Specht, § 95b UrhG, Rn. 10.

⁹⁴⁵ Siehe dazu oben, S. 30 f.

vorstellbar. Wie bereits dargestellt, handelt es sich hierbei jeweils um eine Vervielfältigung gemäß § 16 Abs. 1 UrhG.⁹⁴⁶ Zu einer solchen Verhinderung der Vervielfältigung audiovisueller Bestandteile in den Arbeitsspeicher kann es möglicherweise kommen, wenn eine servergebundene Authentifizierung bereits beim Start des Spiels erforderlich ist – wie z. B. beim Einloggen mit einem Spieleraccount –, der Support für diese Authentifizierung jedoch nicht mehr erbracht wird.

Im Folgenden wird untersucht, welche Schrankenbestimmungen die Vervielfältigung der audiovisuellen Bestandteile des digitalen Spiels gestatten und ob diese von § 95b Abs. 1 UrhG erfasst sind.

Mit Blick auf Privatperson, welche die Spielkopie nur zur Unterhaltung – und nicht etwa zu Forschungszwecken – nutzen, kommt als Rechtfertigung für eine solche Vervielfältigung die Schranke des § 53 UrhG in Betracht. Gemäß § 95b Abs. 1 Nr. 6 UrhG setzen sich jedoch nur einige Bestimmungen dieser Schranke durch. Die digitale Vervielfältigung audiovisueller Werke zu privaten Zwecken ist nicht von § 95b Abs. 1 UrhG erfasst.⁹⁴⁷

Eine weitere Schrankenbestimmung, auf welche sich der private Inhaber der Spielkopie berufen könnte, um einen Anspruch nach § 95b Abs. 2 UrhG gegen den Rechteinhaber geltend zu machen, ist nicht ersichtlich.

Seit dem 1. März 2018 ist das „Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft“ (UrhWissG) in Kraft. Ziel dieser Novelle des UrhG ist es, bisherige Defizite in den gesetzlichen Schrankenbestimmungen zugunsten von Bildung und Wissenschaft zu beseitigen und die erlaubnisfreien Nutzungen für diesen Bereich im UrhG sowohl zu vereinfachen als auch zu erweitern.⁹⁴⁸ Zu diesem Zweck wurde mit den §§ 60a ff. UrhG eine Reihe neuer Schrankenbestimmungen in das UrhG aufgenommen, welche spezifisch auf den Bereich Bildung und Wissenschaft zugeschnitten sind.

Der neue § 60c UrhG ersetzt sowohl § 52a Abs. 1 Nr. 2 als auch § 53 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UrhG a. F. und übernimmt die in diesen Normen enthaltenen Regelungsinhalte.⁹⁴⁹ Abs. 1 dieser Vorschrift erlaubt die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung von bis zu 15 % eines Werkes für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung sowie für einzelne Dritte, soweit dies der Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung dient. Voraussetzung ist jedoch, dass die Forschung „nicht kommerziell“ ist, worunter auch drittmittelfinanzierte Forschung an öffentlichen Hochschulen fallen kann.⁹⁵⁰ Bis zu 75 % eines Werkes dürfen darüber hinaus gemäß § 60c Abs. 2 UrhG für die *eigene* wissenschaftliche Forschung genutzt werden.

⁹⁴⁶ Siehe dazu oben, S. 146 ff.

⁹⁴⁷ Vgl. Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, § 95b UrhG, Rn. 26.

⁹⁴⁸ BT-Drs. 18/12329, S. 2; siehe zum Ganzen auch *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558.

⁹⁴⁹ BT-Drs. 18/12329, S. 39.

⁹⁵⁰ BT-Drs. 18/12329, S. 39.

Damit ist die Vervielfältigung der audiovisuellen Inhalte des supportlosen digitalen Spiels auf der Festplatte oder in den Arbeitsspeicher – im Rahmen des jeweils anwendbaren prozentualen Nutzungsumfangs – zum Zwecke der Forschung von § 60c UrhG erlaubt. Zur Klarstellung sei an dieser Stelle noch einmal angeführt, dass sich die Erlaubnis nicht auch auf die Vervielfältigung der Steuerungssoftware in den Arbeitsspeicher oder auf der Festplatte erstreckt, wofür § 69d Abs. 1 UrhG eine Rechtfertigung enthält. Deshalb haben Forscher nach dem Ende des Supports – sofern die supportlosen Online-DRM-Systeme die Vervielfältigung verhindern – auch einen Anspruch gegen den Rechtsinhaber gemäß § 95b Abs. 1 Nr. 10 UrhG i. V. m. § 60c Abs. 1, 2 UrhG.

Die neu eingeführten §§ 60e, 60f UrhG enthalten Schrankenregelungen für öffentlich zugängliche Bibliotheken, die keine unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zwecke verfolgen, Archive, Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes sowie für öffentlich zugängliche Museen und Bildungseinrichtungen (zusammen nachfolgend „Gedächtnisinstitutionen“).

§ 60e Abs. 1 i. V. m. § 60f UrhG erlaubt es den genannten Gedächtnisinstitutionen, ein Werk aus ihrem Bestand bzw. ihrer Ausstellung unter anderem für Zwecke der Erhaltung und Restaurierung zu vervielfältigen oder vervielfältigen zu lassen. In eng umgrenzten Fällen dürfen die Gedächtnisinstitutionen die gemäß § 60e Abs. 1 UrhG hergestellten Vervielfältigungen darüber hinaus auch i. S. d. § 17 UrhG verbreiten.

§ 60e Abs. 4 UrhG enthält die sog. Terminal-Schranke aus Art. 5 Abs. 3 der InfoSoc-RL, welche vor Inkrafttreten des UrhWissG in § 52b UrhG geregelt war.⁹⁵¹ Zu beachten ist aber, dass nach dem neu gefassten § 95b Abs. 1 UrhG die Terminal-Schranke nicht durchsetzungsstark ist.

Es werden somit zwar Vervielfältigungen von den neuen Schrankenvorschriften der §§ 60e, f UrhG erfasst. Allerdings sind diese Schrankenvorschriften im Gegensatz zu § 60c UrhG weitaus enger. So ist gemäß § 60e Abs. 1 UrhG die Vervielfältigung unter anderem nur zu Zwecken der Erhaltung und Restaurierung zulässig. Damit hatte der Gesetzgeber Maßnahmen zur digitalen Langzeitarchivierung im Sinne, bei denen eine Vervielfältigung eines Werkes auf einen neuen Träger und unter Umständen auch in einem neuen Format erforderlich sein kann.⁹⁵² Diese zum Zwecke der Langzeitarchivierung notwendigen Vervielfältigungen bedürfen jedoch nicht zwingend auch einer Umgehung technischer Maßnahmen. Nur wenn eine Langzeitarchivierung durch die supportlosen Online-DRM-Systeme verhindert werden sollte, besteht auch ein Anspruch der Gedächtnisinstitutionen nach § 95b Abs. 2 UrhG. Das Gleiche gilt auch für das Verbreiten etwaiger restaurierter digitaler Spiele gemäß § 60e Abs. 2 und 3 UrhG.

Ein Anspruch gegen den Rechtsinhaber auf eine Zurverfügungstellung von Mitteln für die Umgehung technischer Maßnahmen, um von den in § 95b Abs. 2 UrhG aufgeführten Schrankenbestimmungen in dem erforderlichen Maße Gebrauch machen zu können, steht somit ausschließlich Forschern sowie Gedächtnisinstitutionen unter bestimmten Umständen zu.

⁹⁵¹ BT-Drs. 18/12329, S. 43.

⁹⁵² BT-Drs. 18/12329, S. 42.

4. Zulässigkeit weiterer Nutzungshandlungen

Bisher ging es stets um die Zulässigkeit der Eliminierung von Online-DRM-Systemen selbst. Die Eliminierung kann jedoch mit urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen einhergehen, welche wiederum selbst einer Rechtfertigung bedürfen.

Es ist nicht auszuschließen, dass im Einzelfall eine zumindest teilweise Rückübersetzung des maschinenlesbaren Programmcodes der Spielkopie in eine von Menschen lesbare Programmiersprache erforderlich ist, um herauszufinden, wie der Programmcode an welchen Stellen geändert werden muss, um die nicht spielbezogenen Online-Komponenten zu eliminieren.⁹⁵³

Dieser auch als „Dekompilierung“⁹⁵⁴ bezeichnete Prozess greift in das Vervielfältigungsrecht gem. § 69c Nr. 1 UrhG und in das Umarbeitungsrecht gemäß § 69c Nr. 2 UrhG des Rechtsinhabers ein.⁹⁵⁵

§ 69e Abs. 1 UrhG erlaubt derartige Nutzungshandlungen, wenn sie unerlässlich sind, um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms mit anderen Programmen zu erhalten. Die Eliminierung der Online-DRM-Systeme dient aber nicht der Herstellung von Interoperabilität mit einem unabhängig geschaffenen Computerprogramm. Wie bereits erläutert, handelt es sich vielmehr um eine Fehlerberichtigung i. S. d. § 69d Abs. 1 UrhG. Aus diesem Grund kann die evtl. erforderliche Dekompilierung nicht durch § 69e Abs. 1 UrhG gerechtfertigt werden.⁹⁵⁶

Fraglich ist dann aber, ob die Dekompilierung vom Recht der Fehlerberichtigung selbst gemäß § 69d Abs. 1 UrhG umfasst ist.

Dies wird zum Teil verneint.⁹⁵⁷ Begründet wird dies damit, dass § 69e UrhG eine abschließende Regelung über die Zulässigkeit der Dekompilierung treffe und damit eine Rückübersetzung nicht erlaubt sei, die zu anderen als den in dieser Vorschrift geregelten Zwecken vorgenommen wird.

Nach einer anderen Auffassung treffe § 69e UrhG mit Blick auf die urheberrechtliche Zulässigkeit der Dekompilierung von Computerprogrammen keine abschließende Regelung.⁹⁵⁸ Hierfür spreche die schlichte Notwendigkeit einer Dekompilierung, die

⁹⁵³ Nach *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 107 ist die Fehlerberichtigung regelmäßig erst nach Rückübersetzung des Programms möglich.

⁹⁵⁴ Ausführlich dazu ebd., S. 81 ff.

⁹⁵⁵ Ebd., S. 87 f.

⁹⁵⁶ Dreier/Schulze/Dreier, § 69e UrhG, Rn. 12; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69e UrhG, Rn. 7; Ahlberg/Götting/Kaboth/Spies, § 69e UrhG, Rn. 7.

⁹⁵⁷ Schrickel/Loewenheim/Spindler, § 69d UrhG, Rn. 3; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69d UrhG, Rn. 22; Dreier/Schulze/Dreier, § 69d UrhG, Rn. 10, 22; Lehmann, NJW 1993, 1822, 1824; Raubenheimer, CR 1996, 69, 76; Marly, JurPC 1992, 1652, 1662; Möhring/Nicolini/Kaboth/Spies, § 69d UrhG, Rn. 3.

⁹⁵⁸ *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 107 ff.; *Günther*, CR 1994, 321, 327 f.; *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137, 140; *Lehmann*, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 76, Rn. 30; *Koch*, NJW-CoR 1994, 293, 296; *Vinje*, CR 1993, 401, 404 f.; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff*, § 69d UrhG, Rn. 7; nur bei Vorliegen eines schweren Programmfehlers: *Fromm/Nordemann/Czychowski*, § 69d UrhG, Rn. 20.

zum Zwecke der Fehlerbeseitigung in Computerprogrammen sehr oft erforderlich sei.⁹⁵⁹ Darüber hinaus hätten § 69d Abs. 1 UrhG und § 69e UrhG unterschiedliche Schutzrichtungen: § 69d Abs. 1 UrhG schütze das Interesse des Programmanwenders an einem funktionierenden Programm, wohingegen § 69e UrhG wettbewerbsbezogene Interessen des Programmherstellers im Blick habe.⁹⁶⁰ Schließlich verweist § 69d Abs. 1 UrhG auch ausdrücklich auf § 69c Nr. 2 UrhG und damit auf „Übersetzungen“ des Programms, worunter eben auch die Dekompilierung zu fassen sei.⁹⁶¹ Dieser Ansicht ist zu folgen. Würde die Dekompilierung nicht von § 69d Abs. 1 UrhG erfasst, würde das Recht des Nutzers zur Fehlerberichtigung unangemessen eingeschränkt werden.

Damit ist die Dekompilierung grundsätzlich auch im Rahmen der Fehlerberichtigung zulässig, jedoch nur, soweit sie erforderlich ist, etwa weil die mittels Dekompilation zu ermittelnden Informationen nicht anderweitig verfügbar sind. Es muss sich auf die Teile des Programms beschränkt werden, in denen der Programmcode des fehlerhaften Programmschutzes vermutet wird.⁹⁶²

Es ist bereits dargestellt worden, dass die Umgehung von supportlosen Online-DRM-Systemen dauerhafte oder temporäre Veränderungen am Steuerungsprogramm des digitalen Spiels erforderlich machen kann. Hierbei kann es sich um eine Umarbeitung gemäß § 69c Nr. 2 UrhG handeln. Der Begriff umfasst alle Änderungen eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms.⁹⁶³ Die Veränderung des Programmcodes des Steuerungsprogramms zum Zwecke der Umgehung der supportlosen Online-DRM-Systeme ist als eine solche Umarbeitung einzuordnen.

Die Umarbeitung ist jedoch gemäß § 69d Abs. 1 UrhG zulässig. Dies ergibt sich aus den oben genannten Ausführungen, nach denen die Umgehung eines fehlerhaften Programmschutzmechanismus zum Zwecke der Fehlerberichtigung erlaubt sein kann.⁹⁶⁴ Dies gilt allerdings nur, soweit eine solche eigenhändige Fehlerberichtigung auch notwendig ist.

C. Die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus

Im Folgenden wird die Rechtmäßigkeit der Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus und der dafür erforderlichen Maßnahmen untersucht.

⁹⁵⁹ Ausführlich dazu *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 107 ff.

⁹⁶⁰ Vgl. *Lehmann*, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 76, Rn. 30.

⁹⁶¹ *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137, 140.

⁹⁶² Vgl. *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 112.

⁹⁶³ *Dreier/Schulze/Dreier*, § 69c UrhG, Rn. 15.

⁹⁶⁴ Siehe dazu oben, S. 160 f.

Zunächst wird die Frage beleuchtet, ob es zulässig ist, die Spielkopie ohne Erlaubnis des Publishers mit einer anderen Spielkopie (Tunneling) oder mit einem neuen Masterserver zu verbinden (I.). Im Anschluss daran soll das in Kapitel 1 näher erläuterte Reverse Engineering von Kommunikationsprotokoll und Payload⁹⁶⁵ auf seine Rechtmäßigkeit hin untersucht werden (II.).

Schließlich wird geprüft, ob der sich an die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit anschließende Betrieb des inoffiziellen Masterservers sowie damit zusammenhängende Maßnahmen zulässig sind (III.).

I. Die Herstellung einer unerlaubten Verbindung

In Kapitel 1 dieser Arbeit sind verschiedene Möglichkeiten zur Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus dargestellt worden.⁹⁶⁶

Falls das Spiel einen LAN-Mehrspielermodus enthält, kann mithilfe eines auf dem Endgerät des Spielers zu installierenden Programms eine Verbindung über das Internet mit einem anderen Spieler hergestellt werden. Das Programm täuscht der Spielkopie dabei vor, dass es innerhalb eines LAN mit einem anderen Spieler verbunden ist. Hierfür ist grundsätzlich weder eine Verbindung mit einem (neuen) Server noch eine Modifikation der Spielkopie erforderlich.

Falls das Spiel keinen LAN-Mehrspielermodus enthält, ist die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus nur durch die Einrichtung einer Client-Server-Verbindung zwischen der Spielkopie und einem neuen Masterserver möglich. Hierfür kommen zwei Wege in Betracht: Zum einen kann der Inhaber der Spielkopie einen sog. custom DNS-Server einrichten, welcher die von der Spielkopie angefragte IP-Adresse des ursprünglichen Masterservers mit der IP-Adresse eines neuen Servers verbindet. Alternativ kann die URL des alten Servers innerhalb der Spielkopie mit der URL des neuen Servers temporär oder dauerhaft überschrieben werden.⁹⁶⁷

Nutzungsbedingungen der Publisher, welchen der Erwerber des Spiels zustimmen muss, untersagen derartige Verbindungen jedoch zum Teil ausdrücklich. So verbietet beispielsweise Ziff. 1. C. ix der Endnutzerlizenzvereinbarung des Publishers *Blizzard* vom 11. September 2018 jegliche Form von

„Förderung, Aufbau oder Aufrechterhaltung einer nicht genehmigten Verbindung zur Plattform“⁹⁶⁸, einschließlich, jedoch nicht beschränkt auf (i) Verbindungen zu nicht genehmigten Servern, die die Plattform emulieren oder dies versuchen [...]“⁹⁶⁹

⁹⁶⁵ Siehe dazu oben, S. 28 ff.

⁹⁶⁶ Ausführlich dazu oben, S. 26 ff.

⁹⁶⁷ Siehe zum Ganzen oben, S. 26 ff.

⁹⁶⁸ Der Begriff „Plattform“ meint ausweislich der Blizzard-Endnutzerlizenzvereinbarung unter anderem die von Blizzard verlegten digitalen Spiele.

⁹⁶⁹ Die Blizzard-Endnutzerlizenzvereinbarung ist abrufbar unter <http://eu.blizzard.com/de-de/company/legal/eula>.

Bei der soeben zitierten Bestimmung handelt es sich um eine vorformulierte Klausel gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Auslegung dieser Klausel ergibt, dass vom Publisher nicht genehmigte Verbindungen der Spielkopie beispielsweise mit einem inoffiziellen Masterserver unzulässig sind. Dabei ist die Konnektierung der Spielkopie mit nicht genehmigten Servern nur als ein Beispiel in einem nicht abschließenden Katalog aufgeführt, sodass die Klausel durchaus dahingehend ausgelegt werden kann, dass auch andere Maßnahmen wie das Tunneling nicht gestattet sind. Fraglich ist jedoch, ob diese Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie wirksam sind.

Für die Prüfung der Wirksamkeit solcher Klauseln ist danach zu unterscheiden, ob die Herstellung der unerlaubten Verbindung eine Veränderung des Programmcodes der Spielkopie erfordert oder nicht.

1. Herstellung der Verbindung durch Veränderung der Spielkopie

§ 69d Abs. 1 UrhG erlaubt dem Anwender, Vervielfältigungen und Umarbeitungen des Computerprogramms im Sinne von § 69c Nr. 1 und 2 UrhG vorzunehmen, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung einschließlich der Fehlerberichtigung notwendig sind. Die Änderung der Programmkopie des digitalen Spiels dahingehend, dass sie sich mit einem neuen Masterserver verbindet, kann als eine Umarbeitung angesehen werden.

§ 69d Abs. 1 UrhG enthält dabei einen zwingenden Kern, von dem durch vertragliche Vereinbarungen nicht abgewichen werden darf.⁹⁷⁰ Zu dem zwingenden Kern gehört unter anderem die Fehlerberichtigung.⁹⁷¹ AGB, welche gegen diesen zwingenden Kern verstoßen, sind gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.⁹⁷²

Es ist im Zusammenhang mit der Eliminierung von supportlosen Online-DRM-Systemen bereits erläutert worden, dass die dauerhafte Unterbrechung der Client-Server-Kommunikation einen Fehler gemäß § 69d Abs. 1 UrhG darstellt, welcher es dem Nutzer des digitalen Spiels – soweit erforderlich – erlaubt, diesen Fehler durch Veränderungen am Programm zu berichtigen.⁹⁷³

In gleicher Weise ist die dauerhafte Unterbrechung der für den Support des Online-Mehrspielermodus erforderlichen Client-Server-Kommunikation als Fehler i. S. d. § 69d Abs. 1 UrhG einzuordnen. Durch die Supportbeendigung kann das Spiel keine Verbindung mehr mit den Masterservern aufbauen und damit keine – an und für sich noch vorhandene – Spieleserver auflisten, welche der Spieler für ein Mehrspieler-Match nutzen könnte. Zwar gestattet das Recht zur Fehlerberichtigung nicht, die Software weiterzuentwickeln oder zu verbessern.⁹⁷⁴ Bei der Veränderung der Spielkopie

⁹⁷⁰ Siehe dazu oben, S. 160 f.

⁹⁷¹ Dreier/Schulze/Dreier, § 69d UrhG, Rn. 12; Redeker, IT-Recht, Rn. 65; Schweyer, Reverse Engineering, S. 116.

⁹⁷² Vgl. Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69d UrhG, Rn. 41.

⁹⁷³ Siehe dazu oben, S. 166 f.

⁹⁷⁴ Schricker/Loewenheim/Spindler, § 69d UrhG, Rn. 10.

zum Zweck der Verbindung mit einem neuen Masterserver handelt es sich jedoch lediglich um eine *Erhaltung* der Nutzungsmöglichkeit, welche als solche vom Fehlerberichtsrecht umfasst ist.⁹⁷⁵

Doch auch dieses Recht des Spielers steht unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit.⁹⁷⁶ Solange und soweit der Supportverpflichtete die Client-Server-Kommunikation mit seinen eigenen Masterservern aufrechterhält, ist eine eigenhändige Fehlerberichtigung des Programmanwenders nicht erforderlich und damit ausgeschlossen. Zulässig ist die Beseitigung der Funktionsstörung damit erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Publisher keinen Support mehr erbringt.

Da die zitierte Klausel des Publishers *Blizzard* nicht zwischen dem Zeitraum vor und nach dem Ende des Supports unterscheidet und deshalb eine Fehlerberichtigung auch nach dem Supportende untersagt, schränkt sie unzulässigerweise den nicht abdingbaren Kern an Nutzungshandlungen des Erwerbers ein, zu dem auch die Fehlerberichtigung gehört. Damit verstößt sie gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist unwirksam.

2. Herstellung der Verbindung ohne Veränderung der Spielkopie

Wie bereits dargelegt worden ist, bedarf die Herstellung einer vom Publisher nicht genehmigten Verbindung nicht stets einer Umarbeitung der Software der Spielkopie. So erfordert die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus im Wege des Tunnelings oder mithilfe eines custom-DNS-Servers keine Veränderungen des Programmcodes selbst.⁹⁷⁷ Mit Blick auf beide Verbindungsmöglichkeiten ist der Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit der zitierten Klausel mangels urheberrechtlich relevanter Umarbeitungen des Programmcodes daher nicht § 69d Abs. 1 UrhG, sondern ausschließlich § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Die oben zitierte Klausel des Publishers *Blizzard* verbietet alle vom Publisher nicht genehmigten Verbindungen, wodurch der Support von Online-Komponenten des digitalen Spiels wiederhergestellt werden könnte. Der Publisher erlaubt damit eine Nutzung der Spielkopie nur mit einer von ihm genehmigten Client-Server-Verbindung. Die Klausel ist daher mit sog. CPU-Klauseln vergleichbar, die Regelungen in Software-Überlassungsverträgen darstellen, welche die erlaubte Nutzung eines Computerprogramms nur auf einen bestimmten Rechner beschränken.⁹⁷⁸ So wie CPU-Klauseln dem Nutzer vorschreiben, die Software nur auf einem bestimmten Rechner zu benutzen, schreibt die oben zitierte AGB des Publishers *Blizzard* dem Erwerber des digitalen Spiels vor, das Spiel nur mit einer vom Publisher genehmigten Client-Server-Verbindung zu verwenden.

⁹⁷⁵ So auch für die Portierung Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69d UrhG, Rn. 21; Dreier/Schulze/Dreier, § 69d UrhG, Rn. 8.

⁹⁷⁶ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier, § 69d UrhG, Rn. 11.

⁹⁷⁷ Siehe dazu oben, S. 26 ff.

⁹⁷⁸ Spindler/Schuster/Wiebe, § 69d UrhG, Rn. 34.

Die herrschende Lehre vertritt die Auffassung, dass CPU-Klauseln, die in kaufverträgliche Softwareüberlassungsverträge einbezogen wurden, unwirksam sind.⁹⁷⁹

Zwar sei das Interesse des Softwareherstellers an einer wirtschaftlichen und sachgerechten Verwertung der Software anzuerkennen, was eine Nutzung des Computerprogramms auf mehr als einem Gerät ohne Erlaubnis des Softwareherstellers ausschließe.⁹⁸⁰ Die CPU-Klauseln gingen jedoch über eine rein quantitative Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit hinaus, da der Käufer der Software ihrerwegen mit der Kaufsache nicht im Rahmen des technisch Möglichen frei verfahren könne.⁹⁸¹ So würde er durch CPU-Klauseln beispielsweise an einem notwendigen Hardware-Wechsel wegen eines Defekts des ursprünglichen Rechners gehindert.⁹⁸² Das Interesse des Softwareherstellers, an einer Verbreitung seiner Software wirtschaftlich zu partizipieren, könne eine solch weitgehende qualitative Nutzungseinschränkung nicht rechtfertigen.⁹⁸³

Maßgeblich für eine Interessenabwägung ist damit einerseits das Interesse des Nutzers, mit der Software im Rahmen des technisch Möglichen frei verfahren zu können, und andererseits das Interesse des Softwareherstellers, an bestimmten Nutzungen der Software durch ihren Erwerber – wie eben ihrer Verbreitung oder der Installation auf einem anderen Rechner – wirtschaftlich zu partizipieren.

Zwar ist das Interesse des Supportverpflichteten, an der Nutzung des Online-Mehrspielermodus während des Supportzeitraums wirtschaftlich zu partizipieren, grundsätzlich höher zu gewichten als das Interesse des Erwerbers des digitalen Spiels, ebendieses unter Verwendung einer anderen Tunneling- oder Client-Server-Verbindung zu nutzen. Nach dem Ende des Supports kehrt sich dieses Verhältnis jedoch um. Angesichts schwindender Spielerzahlen ist es für den Supportverpflichteten nicht mehr wirtschaftlich, den Support des Online-Mehrspielermodus aufrechtzuerhalten.⁹⁸⁴ Damit hat der Supportverpflichtete auch kein wirtschaftliches Partizipationsinteresse mehr an der Nutzung des Online-Mehrspielermodus durch den Erwerber des digitalen Spiels, denn anderenfalls hätte er den Support nicht beendet. Wie bereits dargestellt, sind die Erwerber von Inklusiv-, Konsolen- und Free-to-Play-Spielen auch noch nach

⁹⁷⁹ Dreier/Schulze/Dreier, § 69c UrhG, Rn. 33; Schrickler/Loewenheim/Spindler, § 69d UrhG, Rn. 15; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69c UrhG, Rn. 42; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff, § 69d UrhG, Rn. 13; Spindler/Schuster/Wiebe, § 69d UrhG, Rn. 34; *Haberstumpf*, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1. Teil, II., Rn. 165; *Czychowski/Siesmayer*, in Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, Abschnitt 1, Teil 2, 20.4, Rn. 137; so auch OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1995, 182, 182.

⁹⁸⁰ *Haberstumpf*, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1. Teil, II., Rn. 165.

⁹⁸¹ Schrickler/Loewenheim/Spindler, § 69d UrhG, Rn. 15.

⁹⁸² *Haberstumpf*, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1. Teil, II., Rn. 165; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff, § 69d UrhG, Rn. 13.

⁹⁸³ Vgl. *Haberstumpf*, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 1. Teil, II., Rn. 165; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff, § 69d UrhG, Rn. 13.

⁹⁸⁴ Siehe dazu die Einleitung.

dem Ende des Supports dazu berechtigt, den Online-Mehrspielermodus zu benutzen.⁹⁸⁵ Durch vorformulierte Klauseln, welche den Erwerbern die Herstellung von mit dem „offiziellen“ Support des Publishers vergleichbaren Verbindungen pauschal untersagen, wird den Nutzern jedoch jede Möglichkeit genommen, vom Online-Mehrspielermodus auch noch nach der Beendigung des „offiziellen“ Supports Gebrauch machen zu können, wodurch ihre Nutzungsinteressen unangemessen beeinträchtigt werden.

Damit sind Klauseln wie die oben zitierte, welche die Herstellung von nicht genehmigten Verbindungen per se untersagen – also ohne danach zu differenzieren, ob diese Verbindung vor oder nach dem Ende des Supports erfolgt – gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass sowohl die Verbindung der Spielkopie mit einem privaten – vom Publisher nicht genehmigten – Server als auch die Herstellung einer Verbindung mit einer anderen Spielkopie im Wege des Tunnelings nach dem Ende des Supports erlaubt ist und dass vorformulierte Klauseln, welche dies pauschal verbieten, unzulässig sind.

II. Das Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls

Wengleich der Aufbau einer Verbindung mit einem „inoffiziellen“ Masterserver nach dem Ende des Supports des Online-Mehrspielermodus zulässig ist, kann eine Kommunikation zwischen Server und Spielkopie nur dann erfolgen, wenn sie protokollgemäß vonstattengeht, wenn also die ausgetauschten Nachrichten zwischen Server und Clientprogramm beispielsweise ein bestimmtes Format haben sowie auf eine festgelegte Art und Weise anfangen und enden.

Wie bereits in Kapitel 1 dieser Arbeit dargestellt, sind Informationen über Protokolle, die von Publishern für die Kommunikation zwischen Masterserver und Spielclient eingesetzt werden, nicht immer frei verfügbar.⁹⁸⁶

Ziel des Reverse Engineerings des Kommunikationsprotokolls ist es daher, die Informationen herauszufinden, die notwendig sind, um eine protokollgemäße Client-Server-Kommunikation programmiertechnisch umsetzen zu können.

Es stellt sich dabei aber die Frage, ob im Zuge des Reverse Engineerings Rechte des Publishers an dem Kommunikationsprotokoll verletzt werden.

1. Verletzung eines nach dem UrhG geschützten Rechts am Kommunikationsprotokoll

In Betracht kommt zunächst die Verletzung eines nach dem UrhG geschützten Rechts am Kommunikationsprotokoll. Hierfür ist erforderlich, dass das Kommunikationsprotokoll ein Werk darstellt (a)) oder auf andere Weise nach dem UrhG geschützt ist (b)).

⁹⁸⁵ Siehe dazu oben, S. 149 ff.

⁹⁸⁶ Siehe dazu oben, S. 28 ff.

a) Schutz als Werk gemäß § 69a Abs. 1, 2 UrhG

Ausgangspunkt ist hierbei § 69a Abs. 2 UrhG, welcher festlegt, dass der urheberrechtliche Schutz für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms gilt. § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG erstreckt diesen Schutz auch auf Schnittstellen, worunter Elemente eines Computerprogramms verstanden werden, welche zur Interaktion mit externen Computerprogrammen bestimmt oder geeignet sind.⁹⁸⁷

§ 69a Abs. 2 UrhG schließt jedoch aus seinem Schutzbereich die Ideen und Grundsätze aus, die einem Element des Computerprogramms einschließlich seiner Schnittstellen zugrunde liegen. Die Literatur ordnet Kommunikationsprotokolle als Grundsätze bzw. Ideen in diesem Sinne ein und versagt ihnen daher den Schutz nach dem UrhG.⁹⁸⁸ Dieser Ansicht ist zu folgen. Die Kommunikationsprotokolle legen fest, auf welche Art und Weise eine Kommunikation zwischen zwei Computerprogrammen, die über eine Schnittstelle miteinander verbunden sind, abzulaufen hat. Die Kommunikationsprotokolle geben damit eine bestimmte Funktionalität des Computerprogramms vor. Funktionalitäten sind jedoch keine Ausdrucksformen von Computerprogrammen und damit auch nicht nach § 69a Abs. 2 UrhG schutzfähig.⁹⁸⁹

Es ist zwar denkbar, dass die programmiertechnische Umsetzung dieser Funktionalität, die grundsätzlich im Ermessen des Programmierers liegt⁹⁹⁰, Urheberrechtsschutz genießen kann. Es ist jedoch Ziel der Computerprogramm-RL, die Interoperabilität zwischen Computerprogrammen möglichst weitgehend sicherzustellen, weshalb der Urheberrechtsschutz von Schnittstellen oder eng mit diesen zusammenhängenden Komponenten nur sehr zurückhaltend bejaht werden sollte.⁹⁹¹ Dementsprechend sind die Anforderungen an einen Urheberrechtsschutz an die programmiertechnische Umsetzung der Protokoll-Vorgaben entsprechend hoch. Doch selbst wenn – einen Urheberrechtsschutz unterstellt – die programmiertechnische Umsetzung der Protokoll-Vorgaben durch den Anwender mit der Programmierung des Publishers bzw. Entwicklers identisch sein sollte, wird es sich hierbei in der Regel um eine unabhängige Doppelschöpfung handeln, die als solche keine Verletzung des Urheberrechts darstellt⁹⁹². Denn der Anwender, welcher die Protokollvorgaben herausfinden und für seinen eigenen Masterserver implementieren möchte, hat in der Regel keinen Zugriff auf die Server-Software des Publishers bzw. Entwicklers – erst recht dann nicht, wenn der offizielle Masterserver gar nicht mehr betrieben wird.

⁹⁸⁷ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier, § 69a UrhG, Rn. 23.

⁹⁸⁸ So Koch, GRUR 1997, 417, 422; Pilny, GRUR Int. 1990, 431, 440; so auch ohne Begründung Ensthaler/Bock, GRUR 2009, 1, 6.

⁹⁸⁹ So in Bezug auf Art. 1 Abs. 2 der RL 91/250 EWG der EuGH, EuZW 2012, 584, 586, Tz. 46 – SAS Institute.

⁹⁹⁰ So Schweyer, Reverse Engineering, S. 64.

⁹⁹¹ Lehmann, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Einleitung I.A., Rn. 7.

⁹⁹² Vgl. dazu Dreier/Schulze/Dreier/Specht, § 97 UrhG, Rn. 11.

Aus diesen Gründen ist ein Urheberrechtsschutz des Kommunikationsprotokolls und in der Regel auch eine urheberrechtsrelevante Verletzung der – eventuell im Einzelfall schutzfähigen – programmiertechnischen Umsetzung desselben nicht gegeben.

b) Schutz als technische Maßnahme oder Programmschutzmechanismus

In Betracht kommt weiterhin ein Schutz des Kommunikationsprotokolls als technische Maßnahme gemäß § 95a Abs. 2 UrhG bzw. als Programmschutzmechanismus gemäß § 69f Abs. 2 UrhG.⁹⁹³

Im *Sixth Triennial Section 1201 Proceeding* wurde die Ansicht vertreten, dass Server-Protokolle insbesondere dann, wenn die Kommunikation zwischen Client und Server verschlüsselt erfolgt, den Zugang zu einem urheberrechtlich geschützten Werk kontrollieren und damit als „technological measure“ im Sinne des sec. 1201(a)(1)(A) des amerikanischen Copyright Act einzuordnen seien.⁹⁹⁴

Diese Auffassung ist auf das deutsche und europäische Recht allerdings nicht übertragbar.

Voraussetzung für einen Schutz nach § 95a Abs. 2 UrhG ist, dass die Maßnahme „im normalen Betrieb“ dazu bestimmt ist, Handlungen, die nach dem UrhG geschützte Werke und Leistungen betreffen, zu verhindern oder einzuschränken.⁹⁹⁵ Diese Voraussetzung ist jedoch bei Kommunikationsprotokollen nicht gegeben. Ihr Zweck besteht in der Etablierung von Standards für einen reibungslosen Ablauf einer Client-Server-Kommunikation. Nun mag die Unkenntnis von den Protokoll-Spezifikationen und eine etwaige Verschlüsselung der ausgetauschten Datenpakete die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit der spielbezogenen Online-Komponenten im Einzelfall erschweren oder faktisch sogar ausschließen. Dabei handelt es sich aber nur um einen Nebeneffekt, der für eine Einordnung des Protokolls als technische Maßnahme gemäß § 95a Abs. 2 UrhG nicht ausreicht.

Das Gleiche gilt für Programmschutzmechanismen gemäß § 69f Abs. 2 UrhG, welche dazu bestimmt sein müssen, Urheberrechtsverletzungen in Bezug auf Computerprogramme zu verhindern.⁹⁹⁶

Damit scheidet ein Schutz des Kommunikationsprotokolls als technische Maßnahme bzw. als Programmschutzmechanismus aus.

⁹⁹³ Siehe zu den Definitionen und Tatbestandsmerkmalen beider Begriffe oben, S. 152 ff. sowie S. 157 ff.

⁹⁹⁴ Vgl. *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 4, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf.

⁹⁹⁵ Siehe dazu oben, S. 152 ff.

⁹⁹⁶ Vgl. Schricker/*Loewenheim/Spindler*, § 69f UrhG, Rn. 10; Möhring/*Nicolini/Kaboth/Spies*, § 69f UrhG, Rn. 8; *Wand*, Technische Schutzmaßnahmen, S. 146.

2. Verletzung eines Patents am Kommunikationsprotokoll

Neben der Verletzung von urheberrechtlichen Vorschriften durch das Reverse Engineering kommt auch die Verletzung eines Patents in Betracht, welches für das Kommunikationsprotokoll besteht. Der Patentschutz setzt nach § 1 Abs. 1 PatG voraus, dass es sich bei dem zu schützenden Gegenstand um eine Erfindung auf technischem Gebiet handelt, die neu ist, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruht und gewerblich anwendbar ist.⁹⁹⁷

Vom Begriff der Erfindung ausgeschlossen sind gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 PatG allerdings u. a. Programme für Datenverarbeitungsanlagen, sofern für sie als solche Schutz begehrt wird. Das bedeutet jedoch nicht, dass Computerprogramme schlechthin vom Patentschutz ausgeschlossen wären, was auch nicht mit Art. 27 Abs. 1 Satz 1 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (im Folgenden „TRIPS-Abkommen“) in Einklang zu bringen wäre, wonach grundsätzlich „Patente für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik erhältlich“ sein müssen.⁹⁹⁸ Für Computerprogramme bzw. computerimplementierte Erfindungen bedeutet dies, dass sie Patentschutz erlangen können, soweit sie ein über das Computerprogramm hinausgehendes technisches Problem lösen.⁹⁹⁹ Vor diesem Hintergrund können auch Kommunikationsprotokolle durchaus Patentschutz genießen.¹⁰⁰⁰ Die Art und Weise der Kommunikation von Daten kann nämlich ein technisches Problem darstellen, dessen Lösung die Anforderungen an eine Erfindung gemäß § 1 Abs. 1 PatG durchaus erfüllen kann.¹⁰⁰¹

Unter Voraussetzung eines bestehenden Patentschutzes für das Kommunikationsprotokoll ist jedoch fraglich, ob die Implementierung des geschützten Kommunikationsprotokolls ohne Einholung einer Lizenz vom Rechtsinhaber durch den Anwender eine Verletzung des Patents darstellt.

§ 9 PatG gewährt dem Patentinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht.¹⁰⁰² Je nachdem, was für eine Patentkategorie gewählt worden ist, darf der Patentinhaber es Dritten untersagen, ein Erzeugnis, das Gegenstand des Patents ist, u. a. herzustellen, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen oder – falls Gegenstand des Patents ein Verfahren ist – das geschützte Verfahren anzuwenden.¹⁰⁰³ Verfahrenspatente schützen ein bestimmtes erfinderisch-technisches Verfahren.¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁷ Vgl. *Osterrieth*, Patentrecht, Rn. 332, 504 ff.

⁹⁹⁸ Ebd., Rn. 375; vgl. auch *Mes/Mes*, § 1 PatG, Rn. 122.

⁹⁹⁹ BGH, GRUR 2009, 479, 480 – *Steuerungseinrichtung für Untersuchungsmodalitäten*; *Mes/Mes*, § 1 PatG, Rn. 122.

¹⁰⁰⁰ *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 64, 302; *Pilny*, GRUR Int. 1990, 431, 441.

¹⁰⁰¹ *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 302.

¹⁰⁰² Benkard/*Scharen*, § 9 PatG, Rn. 4.

¹⁰⁰³ § 9 S. 2 PatG.

¹⁰⁰⁴ *Osterrieth*, Patentrecht, Rn. 366.

Für ein Kommunikationsprotokoll kommt die Einordnung als Verfahrenspatent in Betracht.¹⁰⁰⁵ Die Anwendung eines Verfahrenspatents i. S. d. § 9 Satz 2 Nr. 2 PatG meint den bestimmungsgemäßen Gebrauch dieses Verfahrens.¹⁰⁰⁶ Ein solcher Gebrauch kann im Einzelfall gegeben sein, wenn der Anwender das einmal ermittelte Kommunikationsprotokoll für den Betrieb des neuen Masterservers implementiert hat.

Zu beachten ist allerdings, dass § 11 PatG bestimmte Handlungen in Bezug auf den vom Patent geschützten Gegenstand erlaubt. Dazu zählen gem. § 11 Nr. 1 PatG Handlungen, die im privaten Bereich und zu nichtgewerblichen Zwecken vorgenommen werden.

Der private Bereich eines Menschen umfasst seine Privatsphäre wie seine Familie, seinen Haushalt und Aktivitäten, denen er zur Unterhaltung nachgeht.¹⁰⁰⁷ Die Handlungen erfolgen darüber hinaus zu nichtgewerblichen Zwecken, wenn der Handelnde mit ihnen keinen Erwerbszweck verfolgt.¹⁰⁰⁸

Sobald der Anwender – was im Regelfall anzunehmen sein dürfte – das patentrechtlich geschützte Protokoll lediglich in seiner Privatsphäre und ohne Verfolgung von Erwerbszwecken zur Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus implementiert, ist eine Verletzung eines etwaigen Patents an dem Kommunikationsprotokoll zu verneinen.

Anders ist die Lage allerdings mit Blick auf Gedächtnisinstitutionen wie Bibliotheken und Museen sowie auf Forscher zu beurteilen. Da die Tatbestandsmerkmale – privater Bereich und nichtgewerblicher Zweck – kumulativ vorliegen müssen¹⁰⁰⁹, können sich Gedächtnisinstitutionen nicht auf § 11 Nr. 1 PatG berufen, weil die Handlungen hier schon nicht „im privaten Bereich“ im Sinne dieser Vorschrift stattfinden. Das Gleiche gilt für Forscher, sofern sie mit ihrer Forschung einen Erwerbszweck verfolgen, der ebenfalls die Nichtgewerblichkeit ausschließt¹⁰¹⁰.

3. Verletzung von Vorschriften aus dem StGB

Das Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls ist mit einem Abfangen sowie einer Analyse von Datenpaketen verbunden, die von der Spielkopie ausgesandt oder – falls der offizielle Masterserver des Supportverpflichteten noch online ist – zwischen Server und Spielkopie ausgetauscht werden.¹⁰¹¹ Dieses Abfangen und Analysieren der Datenpakete könnte gemäß §§ 202a, 202b sowie 303a StGB strafbar sein.

¹⁰⁰⁵ Siehe z. B. das Patent des Patentinhabers *Qualcomm Inc.*, Az. 600 34 551.3 für ein Kommunikationsprotokoll zwischen einer Kommunikationseinrichtung und einem externen Zusatzgerät, welches als ein Verfahrenspatent angemeldet worden ist, abrufbar unter <https://register.dpma.de/DPMARegister/pat/PatSchrifteneinsicht?docId=DE000060034551T2&p age=3&dpi=150&lang=de>.

¹⁰⁰⁶ *Mes/Mes*, § 9 PatG, Rn. 56; *Benkard/Scharen*, § 9 PatG, Rn. 49.

¹⁰⁰⁷ Vgl. *Mes/Mes*, § 11 PatG, Rn. 3; *Benkard/Scharen*, § 11 PatG, Rn. 3.

¹⁰⁰⁸ *Ann*, in *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 33, Rn. 239.

¹⁰⁰⁹ *Benkard/Scharen*, § 11 PatG, Rn. 3.

¹⁰¹⁰ Vgl. *Ann*, in *Kraßer/Ann*, Patentrecht, § 33, Rn. 239.

¹⁰¹¹ Siehe dazu oben, S. 28 ff.

a) Strafbarkeit gemäß § 202a Abs. 1 StGB

Die Vorschrift bestraft den Täter, welcher sich oder einem anderen unter Überwindung einer Zugangssicherung unbefugt Zugang zu Daten verschafft.

§ 202a Abs. 2 StGB legt dabei fest, dass die Daten „elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert [sein] oder übermittelt werden“ müssen. Die Vorschrift definiert den Begriff „Daten“ nicht. Er ist jedoch grundsätzlich weit zu verstehen, sodass hierunter die Darstellung aller Informationen mithilfe bestimmter Codes fällt.¹⁰¹² Die Daten sind nicht unmittelbar wahrnehmbar, wenn sie erst nach einer technischen Umwandlung sinnlich wahrgenommen werden können.¹⁰¹³ Die Übermittlung meint die Weitergabe der Daten von der einen zu einer anderen Speicherungsstelle.¹⁰¹⁴ Die Daten müssen darüber hinaus nicht für den Täter bestimmt und gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sein. Ob die Daten für den Täter bestimmt sind, hängt davon ab, ob sie „nach dem Willen desjenigen, der zum Zeitpunkt der Tat die Verfügungsmacht über die Daten innehat“, dem Täter zur Verfügung stehen sollen.¹⁰¹⁵ Die Verfügungsmacht wird durch das Abspeichern der Daten oder aber im Falle der Übermittlung mit ihrem Empfang begründet.¹⁰¹⁶ Darüber hinaus ist auch die übermittelnde Stelle Berechtigter im Sinne des § 202a Abs. 1 StGB.¹⁰¹⁷

Eine Zugangssicherung liegt vor, wenn Maßnahmen getroffen wurden, welche den Zugriff auf die Daten verhindern oder zumindest nicht unerheblich erschweren.¹⁰¹⁸

Die zwischen Server und Spielkopie ausgetauschten Datenpakete können durchaus als „Daten“ i. S. d. § 202a Abs. 2 StGB eingeordnet werden.¹⁰¹⁹ Die Strafbarkeit wird jedoch teilweise bereits wegen Fehlens einer Zugangssicherung auszuschließen sein. Zwar werden die Datenpakete – wie in Kapitel 1 erläutert – zum Teil verschlüsselt, jedoch muss dies nicht immer so sein.

Eine Strafbarkeit gemäß § 202a Abs. 1 StGB scheidet aber jedenfalls deshalb aus, weil die von den Servern des Supportverpflichteten ausgesandten Datenpakete für alle berechtigten Inhaber einer Spielkopie bestimmt sind. Daran ändert auch nichts die Tatsache, dass der Inhaber der Spielkopie die Datenpakete in einem gesonderten Programm näher untersucht, um die Spezifikationen des Kommunikationsprotokolls zu

¹⁰¹² Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kargl, § 202a StGB, Rn. 4; MüKo StGB/Graf, § 202a StGB, Rn. 12.

¹⁰¹³ Vgl. BeckOK StGB/Weidemann, § 202a StGB, Rn. 4.

¹⁰¹⁴ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kargl, § 202a StGB, Rn. 6.

¹⁰¹⁵ BeckOK StGB/Weidemann, § 202a StGB, Rn. 8 mwN.

¹⁰¹⁶ Ebd..

¹⁰¹⁷ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kargl, § 202a StGB, Rn. 7.

¹⁰¹⁸ BGH, NJW 2015, 3463, 3464 – *Bitcoin-Generierung*.

¹⁰¹⁹ Vgl. auch *Bedner*, Rechtmäßigkeit der "Deep Packet Inspection" (2009), S. 21, abrufbar unter <https://kobra.uni-kassel.de/bitstream/handle/123456789/2009113031192/BednerDeepPacketInspection.pdf?sequence=5&isAllowed=y>.

ermitteln. Für die Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB kommt es allein auf das *Zugriffsrecht* an den Daten und nicht darüber hinaus auch auf etwaige Nutzungsbeschränkungen in Bezug auf diese Daten an.¹⁰²⁰

Mit Blick auf die Datenpakete, welche von der Spielkopie in Richtung des Masterservers ausgesandt werden, ist eine Strafbarkeit ebenfalls zu verneinen. Denn über diese Daten hat der Täter bereits selbst die Verfügungsmacht inne und ist damit Berechtigter i. S. d. § 202a Abs. 1 StGB.

b) Strafbarkeit gemäß § 202b StGB und § 303a Abs. 1 StGB

§ 202b StGB stellt das unbefugte Sichverschaffen von Daten aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage unter Strafe.

Zwar ist es im Gegensatz zu § 202a Abs. 2 StGB nicht erforderlich, dass die Daten einer besonderen Zugangssicherung unterliegen. Wie auch bei § 202a Abs. 1 StGB ist jedoch Tatbestandsvoraussetzung, dass die Daten nicht für den Täter bestimmt sind. Dieses Tatbestandsmerkmal ist nicht anders auszulegen als im Rahmen des § 202a Abs. 1 StGB.¹⁰²¹

Da die Datenpakete nach dem Willen des Supportverpflichteten an den Erwerber der Spielkopie übermittelt werden sollen, sind die Daten bereits aus diesem Grund für den Erwerber bestimmt. Das Gleiche gilt auch für die von der Spielkopie ausgesandten Datenpakete, da der Inhaber der Spielkopie zugleich auch Inhaber der Verfügungsmacht über die Daten und daher Berechtigter ist.

Aus diesem Grund ist auch eine Strafbarkeit gemäß § 202b StGB in der Regel nicht gegeben.

§ 303a Abs. 1 StGB stellt das rechtswidrige Löschen, Unterdrücken, Unbrauchbarmachen und Verändern von Daten im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB unter Strafe.

Die Veränderung von Daten meint eine „inhaltliche Umgestaltung“ der Daten, sodass sie einen neuen Informationsgehalt erhalten.¹⁰²² Nicht erfasst wird die Veränderung der äußeren Form der Daten.¹⁰²³ Aus diesem Grund stellt auch die Entschlüsselung chiffrierter Datenpakete keine Veränderung gemäß § 303a Abs. 1 StGB dar. Der Inhalt der Daten ändert sich schließlich nicht – sie werden lediglich in eine menschenlesbare Form übertragen.

Wie in Kapitel 1 erläutert, werden die vom Masterserver bzw. die von der Spielkopie ausgesandten Datenpakete vom Inhaber der Spielkopie, welcher die Spezifikationen des Kommunikationsprotokolls herauszufinden versucht, nicht nur abgefangen, son-

¹⁰²⁰ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kargl, § 202a StGB, Rn. 8.

¹⁰²¹ Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kargl, § 202b StGB, Rn. 4.

¹⁰²² BeckOK StGB/Weidemann, § 303a StGB, Rn. 14.

¹⁰²³ MüKo StGB/Wieck-Noodt, § 303a StGB, Rn. 15.

dern – falls sie verschlüsselt worden sind – auch entschlüsselt und in ein lesbares Format übertragen¹⁰²⁴. Eine strafbare Veränderung von Daten gemäß § 303a Abs. 1 StGB ist darin jedoch nicht zu erblicken.

4. Unzulässige Erlangung eines Betriebsgeheimnisses

Weiterhin kann dem Reverse Engineering ein Schutz des Kommunikationsprotokolls als Geschäftsgeheimnis entgegenstehen. Seit dem 5. Juli 2016 ist die Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (im Folgenden: „Geschäftsgeheimnis-RL.“) in Kraft. Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie mit dem Geschäftsgeheimnisschutzgesetz (GeschGehG), welches am 26.04.2019 in Kraft getreten ist, umgesetzt. Vor dem Hintergrund, dass Geschäftsgeheimnisse bisher nicht in jedem Mitgliedsstaat der EU gleichermaßen geschützt waren, dient die Geschäftsgeheimnis-RL. dazu, Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in den Mitgliedsstaaten zu vereinheitlichen.¹⁰²⁵ Bis zum Inkrafttreten des GeschGehG war der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht in einem einheitlichen Gesetz konzentriert, sondern nur punktuell in verschiedenen Gesetzen, z. B. in den §§ 17-19 UWG, geregelt.¹⁰²⁶

Im Folgenden wird untersucht, ob das Kommunikationsprotokoll als Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnis geschützt ist und ob dieser Schutz dem Reverse Engineering des Protokolls entgegensteht. Dies wird sowohl nach alter (a) als auch nach aktueller (b) Rechtslage unter Geltung der Richtlinie und dem GeschGehG geprüft.

a) Alte Rechtslage

aa) Schutz als Betriebsgeheimnis

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen, welche einen Unternehmensbezug aufweisen, nicht offenkundig sind und deren Geheimhaltung von einem Geheimhaltungswillen und -interesse des Unternehmens- bzw. Betriebsinhabers getragen wird.¹⁰²⁷ Der Unternehmensbezug der Tatsache setzt voraus, dass sie im Zusammenhang mit dem Unternehmen steht und nicht etwa der Privatsphäre des Unternehmers entstammt.¹⁰²⁸

Die Nichtoffenkundigkeit der Tatsache ist zu bejahen, wenn sie weder „allgemein bekannt“ noch „leicht zugänglich“ ist.¹⁰²⁹ Die Tatsache ist leicht zugänglich, wenn sich

¹⁰²⁴ Vgl. *zi*, Toorcon: San Diego (2014), ab Min. 17:30, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=K4dyyLpMkQk>.

¹⁰²⁵ Vgl. Erwg. 10 der Geschäftsgeheimnisse-RL.

¹⁰²⁶ *von Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135, 136.

¹⁰²⁷ BGH, GRUR 2009, 603, 604 – *Versicherungsuntervertreter*; Ohly/Sosnitzer/Ohly, § 17 UWG, Rn. 5; *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 458; *Harte-Bavendamm*, GRUR 1990, 657, 660.

¹⁰²⁸ Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, § 17 UWG, Rn. 5.

¹⁰²⁹ Ebd., Rn. 6.

jeder Interessierte von ihr „ohne größere Schwierigkeiten und Opfer mit lauterem Mitteln Kenntnis verschaffen kann“.¹⁰³⁰

Das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmers liegt vor, wenn das Bekanntwerden der Tatsache den Wettbewerb des geheim haltenden Unternehmens gefährden und im Gegenzug den Wettbewerb anderer Unternehmen begünstigen kann.¹⁰³¹ Der Geheimhaltungswille des Unternehmensinhabers kann entweder ausdrücklich bekundet werden, oder sich aus den Umständen ergeben, etwa weil die Tatsache für den Geschäftsbetrieb und seine Position am Markt von Bedeutung ist und der Unternehmensinhaber sie daher geheim halten würde.¹⁰³²

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien können Kommunikationsprotokolle im Einzelfall durchaus als Betriebsgeheimnisse eingeordnet werden. Der Unternehmensbezug und die Nichtoffenkundigkeit liegen regelmäßig vor. Es ist in Kapitel 1 außerdem dargestellt worden, wie aufwendig und anspruchsvoll die Ermittlung des Kommunikationsprotokolls sein kann.¹⁰³³ Die hierfür aufzuwendenden, nicht unerheblichen Ressourcen dürften die von der Rechtsprechung und Literatur festgelegte Opfergrenze regelmäßig überschreiten. Zu beachten ist dabei allerdings, dass das Kommunikationsprotokoll dann nicht (mehr) als Betriebsgeheimnis angesehen werden kann, wenn hierfür ein Patent erteilt worden ist. Grundsätzlich kann nämlich jedermann gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 PatG Einsicht in die Akten von erteilten Patenten nehmen¹⁰³⁴, was die Nichtoffenkundigkeit einer Tatsache ausschließt¹⁰³⁵.

Darüber hinaus kann das Kommunikationsprotokoll auch aus wettbewerblicher Sicht für den Publisher wirtschaftlich wertvoll sein. So ist es möglich, dass ein bestimmtes Protokoll beispielsweise einen besonders effektiven und schnellen Informationsaustausch zwischen Spielkopie und Server ermöglicht und damit zu einem flüssigeren Spielerlebnis führt, was einem Unternehmen einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten geben kann. Aus diesem Grund kann im Einzelfall sowohl ein Geheimhaltungsinteresse als auch -wille bejaht werden.

bb) Verstoß gegen § 17 UWG

Das Reverse Engineering des als Betriebsgeheimnisses geschützten Kommunikationsprotokolls könnte gegen § 17 Abs. 2 UWG verstoßen.

§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG stellt das mit bestimmten Mitteln vorgenommene unbefugte Sichverschaffen oder Sichern eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses durch einen Arbeitnehmer oder einen Dritten unter Strafe. § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG bestraft darüber

¹⁰³⁰ Ebd., Rn. 8; vgl. BayOBLG, GRUR 1991, 694, 695 – *Geldspielautomat*.

¹⁰³¹ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, § 17 UWG, Rn. 9.

¹⁰³² Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Harte-Bavendamm, § 17 UWG, Rn. 5; vgl. BGH, GRUR 2006, 1044, 1046, Tz. 19 – *Kundendatenprogramm*.

¹⁰³³ Siehe dazu oben, S. 28 ff.

¹⁰³⁴ Mes/Mes, § 31 PatG, Rn. 6 f.

¹⁰³⁵ So auch in Bezug auf Patentanmeldungen entsprechend § 31 Abs. 2 PatG Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, § 17 UWG, Rn. 7.

hinaus auch das sonstige unbefugte Sichverschaffen oder Sichern eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses, sofern dieses unbefugt verwertet oder jemandem mitgeteilt wird.

Das „Sichverschaffen“ meint die aktive Kenntniserlangung vom Geheimnis durch den Täter und das „Sichern“ die Schaffung einer bleibenden Kenntnis hiervon.¹⁰³⁶ Das Sichverschaffen oder Sichern kann nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) UWG durch die „Anwendung technischer Mittel“ erfolgen, worunter der Einsatz jeglicher Vorrichtungen zu verstehen ist, die zur Kenntniserlangung von Geheimnissen dienen können.¹⁰³⁷ Diese Handlungen sind unbefugt, wenn sie nicht durch Rechtfertigungsgründe gedeckt sind.¹⁰³⁸

Einer der – zum subjektiven Tatbestand zuzuordnenden – Zwecke, der mit dem Sichverschaffen oder Sichern des Geheimnisses verfolgt werden muss, ist der Eigennutz, worunter das Streben nach einem materiellen oder zumindest immateriellen Vorteil verstanden wird.¹⁰³⁹ Der immaterielle Vorteil muss mit einem materiellen Vorteil jedoch vergleichbar sein.¹⁰⁴⁰ Das Sichverschaffen oder Sichern des Betriebsgeheimnisses wird darüber hinaus auch dann von der Vorschrift erfasst, wenn einem Dritten dieser Vorteil zugeführt werden soll.¹⁰⁴¹

Die Literatur sieht das Reverse Engineering überwiegend als von § 17 Abs. 2 Nr. 1¹⁰⁴² bzw. Nr. 2¹⁰⁴³ UWG erfasst an.¹⁰⁴⁴

Dementsprechend stellt die in Kapitel 1 beschriebene Kenntniserlangung von den Spezifikationen des Kommunikationsprotokolls im Wege des Reverse Engineering ein Sichverschaffen eines Betriebsgeheimnisses unter Anwendung technischer Mittel gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) UWG dar. Der subjektive Tatbestand des Eigennutzes bzw. der Drittbegünstigung ist gleichfalls erfüllt, da die Kenntnis vom Kommunikationsprotokoll grundsätzlich allen Spielern die Entwicklung oder den Einsatz eines eigenen Masterservers erlaubt, mithilfe dessen der Online-Mehrspielermodus wiederhergestellt werden kann. Daher stellt das Streben nach der Kenntnis des Kommunikationsprotokolls auch ein Streben nach einem materiellen Vorteil dar.

¹⁰³⁶ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Harte-Bavendamm*, § 17 UWG, Rn. 20.

¹⁰³⁷ Ebd., Rn. 22; Kochmann, Schutz des „Know-how“, S. 118.

¹⁰³⁸ Ohly/Sosnitzer/*Ohly*, § 17 UWG, Rn. 19.

¹⁰³⁹ Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, § 17 UWG, Rn. 25; Ohly/Sosnitzer/*Ohly*, § 17 UWG, Rn. 25; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Harte-Bavendamm*, § 17 UWG, Rn. 15.

¹⁰⁴⁰ Ohly/Sosnitzer/*Ohly*, § 17 UWG, Rn. 25.

¹⁰⁴¹ Ebd.

¹⁰⁴² *Kalbfus*, Know-how-Schutz, Rn. 545; *ders.*, GRUR 2016, 1009, 1012; Ohly/Sosnitzer/*Ohly*, § 17 UWG, Rn. 26a; *Ohly*, GRUR 2014, 1, 7; *Wiebe*, CR 1992, 134, 137; MüKo UWG/*Brammsen*, § 17 UWG, Rn. 88; *Baranowski/Glaßl*, BB 2016, 2563, 2566.

¹⁰⁴³ *Kalbfus*, Know-how-Schutz, Rn. 546; *Wiebe*, CR 1992, 134, 137; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, § 17 UWG, Rn. 33.

¹⁰⁴⁴ Vgl. auch BGH, GRUR 2003, 356, 358 – *Präzisionsmessgeräte*.

Zu beachten ist weiterhin, dass die etwaige Veröffentlichung von Informationen über das Kommunikationsprotokoll beispielsweise auf einer Internetseite ein „Mitteilen“ im Sinne des § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG darstellen kann.

Das Reverse Engineering zu wissenschaftlichen Zwecken soll demgegenüber vom Tatbestand des § 17 Abs. 2 UWG ausgenommen sein.¹⁰⁴⁵ Daher könnte man annehmen, dass das von Wissenschaftlern aus dem Bereich der Game Studies oder von Gedächtnisinstitutionen vorgenommene Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls nicht strafbar ist nach § 17 Abs. 2 UWG. Zu beachten ist dabei allerdings, dass sich das Reverse Engineering hier nicht nur im Interesse an der Kenntnis von den Spezifikationen des Kommunikationsprotokolls erschöpft, sondern gerade deshalb vorgenommen wird, um den Online-Mehrspielermodus wiederherzustellen. Auch Wissenschaftler und Gedächtnisinstitutionen erstreben insofern einen materiellen Vorteil. Aus diesem Grund sind auch von Wissenschaftlern und Gedächtnisinstitutionen vorgenommene Rückentwicklungen strafbewehrt, sofern diese die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus zum Gegenstand haben.

An der Strafbarkeit des Reverse Engineering nach § 17 Abs. 2 UWG üben verschiedene Literaturstimmen allerdings Kritik.¹⁰⁴⁶

Gegen die Strafbarkeit wird vorgebracht, dass durch die Vorschrift des § 17 Abs. 2 UWG ein besonderer wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für komplexe Güter geschaffen werde, was insbesondere dann problematisch sei, wenn diese Güter ansonsten frei nachgeahmt werden könnten.¹⁰⁴⁷ Insofern gehe die Pönalisierung des Reverse Engineering weit über den Schutz betriebsinterner Informationen hinaus.¹⁰⁴⁸

Das Reverse Engineering sei außerdem vom Unrechtsgehalt her ein völlig anderes Verhalten als die Betriebsspionage, aus deren Anlass der Gesetzgeber § 17 UWG eigentlich eingeführt habe.¹⁰⁴⁹ § 17 Abs. 2 UWG stelle aufgrund der Weite des Tatbestandes mit dem Reverse Engineering auch Tathandlungen unter Strafe, die als solche nicht strafwürdig seien.¹⁰⁵⁰

Der Kritik in der Literatur ist zuzustimmen. Es erscheint fragwürdig, dass Tathandlungen, die anhand von rechtmäßig erworbenen Produkten vorgenommen werden und die noch dazu – wie hier – nicht das Ziel haben, Konkurrenzprodukte mithilfe der mit dem Reverse Engineering gewonnenen Erkenntnisse zu entwickeln, strafbar sind. Das Reverse Engineering hat hier lediglich den Zweck, den ursprünglichen Gebrauchszustand der digitalen Spiele zu privaten oder zu Forschungszwecken zu erhalten bzw. wiederherzustellen.

¹⁰⁴⁵ *Harte-Bavendamm*, GRUR 1990, 657, 663; *Ohly/Sosnitzer/Ohly*, § 17 UWG, Rn. 25.

¹⁰⁴⁶ *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 476 ff.; *Ohly*, GRUR 2014, 1, 7; *Ohly/Sosnitzer/ders.*, § 17 UWG, Rn. 26a; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1893; *Kalbfus*, Know-how-Schutz, Rn. 569 ff.; *Kuhlmann*, CR 1989, 177, 184; *Kochmann*, Schutz des „Know-how“, S. 135 f.; vgl. auch *Harte-Bavendamm*, in FS Köhler, S. 244 ff.

¹⁰⁴⁷ *Ohly/Sosnitzer/Ohly*, § 17 UWG, Rn. 26a; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1893.

¹⁰⁴⁸ *Ohly/Sosnitzer/Ohly*, § 17 UWG, Rn. 26a.

¹⁰⁴⁹ *Schweyer*, Reverse Engineering, S. 480; vgl. auch *Kochmann*, Schutz des „Know-how“, S. 135 f.

¹⁰⁵⁰ *Kochmann*, Schutz des „Know-how“, S. 135 f.

Fraglich ist jedoch, auf welchem dogmatischen Wege ein Ausschluss des Reverse Engineerings vom Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 UWG erreicht werden kann.

Einerseits ist es möglich, das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ in § 17 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG im Zuge einer Interessenabwägung dahingehend auszulegen, dass das Reverse Engineering keine unbefugte Tathandlung mehr darstellt.¹⁰⁵¹ Hiergegen spricht jedoch, dass durch eine Interessenabwägung das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ in hohem Maße unbestimmt würde und dazu nicht immer sichergestellt wäre, dass die Interessenabwägung auch zugunsten des Täters ausfiele.¹⁰⁵² Dies ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang zu bringen.¹⁰⁵³

Überzeugender ist dagegen der Ausschluss des Reverse Engineerings im Wege einer teleologischen Reduktion des § 17 Abs. 2 UWG mit der Folge, dass diese Vorschrift auf das Reverse Engineering von rechtmäßig in Verkehr gebrachten Produkten, die der Reverse Engineerende zulässigerweise besitzt, keine Anwendung findet.¹⁰⁵⁴ Dies muss insbesondere dann gelten, wenn das Reverse Engineering keinen wettbewerblichen Zwecken dient, wie etwa der Herstellung eines Konkurrenzproduktes, sondern der Erhaltung bzw. Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Produkts.

Das Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls ist damit aufgrund einer teleologischen Reduktion des § 17 Abs. 2 UWG nicht strafbar, wenn die Untersuchung des Protokolls anhand einer rechtmäßig in Verkehr gebrachten Spielkopie erfolgt, welche der Untersuchende auch zulässigerweise besitzen darf, und sofern das Reverse Engineering mit dem Ziel vorgenommen wird, den Online-Mehrspielermodus wiederherzustellen.

cc) Verwirklichung zivilrechtlicher Unterlassens- und Schadensersatzansprüche

(1) Deliktsrechtliche Ansprüche

Sowohl die ältere Rechtsprechung als auch ein Teil der Literatur vertreten die Ansicht, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB genießen.¹⁰⁵⁵ Die Folge dieser Auffassung ist, dass der Inhaber der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse gegen denjenigen aus § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz oder in Verbindung mit § 1004 Satz 1 BGB analog Beseitigung¹⁰⁵⁶ oder Unterlassung verlangen

¹⁰⁵¹ Ohly/Sosnitza/Ohly, § 17 UWG, Rn. 26a; Ohly, GRUR 2014, 1, 7.

¹⁰⁵² Kalbfus, Know-how-Schutz, Rn. 573.

¹⁰⁵³ Ebd.; Kochmann, Schutz des „Know-how“, S. 138.

¹⁰⁵⁴ Vgl. Kalbfus, Know-how-Schutz, Rn. 574.

¹⁰⁵⁵ BGH, GRUR 1955, 388, 389 – *Dücko*; GRUR 1955, 468, 472 – *Schwermetall-Kokillenguß*; NJW 1990, 52, 53 – *Forschungskosten*; *Nastelski*, GRUR 1957, 1, 6; *Mes*, GRUR 1979, 584, 592; *Habel*, CR 1991, 257, 258; *Enders*, GRUR 2012, 25, 28; Ohly/Sosnitza/Ohly, § 17 UWG, Rn. 49; Hk-BGB/*Staudinger*, § 823 BGB, Rn. 120; Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Köhler*, § 17 UWG, Rn. 53.

¹⁰⁵⁶ Z. B. die Vernichtung von Aufzeichnungen des Geheimnisses, vgl. Kalbfus, Know-how-Schutz, Rn. 439.

kann, der die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im Wege des Reverse Engineering ermittelt, verwertet oder anderen mitteilt.¹⁰⁵⁷

Zum Teil werden die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dabei unmittelbar als ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB eingeordnet.¹⁰⁵⁸ Zur Begründung dafür wird vorgebracht, dass die Rechtsordnung den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einen strafrechtlichen Schutz beimisst, was sowohl die hohe Bedeutung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als auch die Notwendigkeit verdeutliche, diese als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu schützen.¹⁰⁵⁹ Darüber hinaus habe der Inhaber der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse eine Dispositionsbefugnis inne, welche derjenigen von Urhebern und Patentinhabern nahekomme, da er Dritte von der Nutzung der Geheimnisse ausschließen oder ihnen eine Lizenz zur Nutzung der Geheimnisse einräumen könne.¹⁰⁶⁰ Dabei sei das sonstige Recht an den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als ein Rahmenrecht ausgestaltet, was zur Folge habe, dass die Verwertung der Geheimnisse noch nicht die Rechtswidrigkeit indiziere, welche vielmehr erst aufgrund einer gesonderten Interessenabwägung festzustellen sei.¹⁰⁶¹

Ein anderes Meinungsspektrum sieht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zwar nicht unmittelbar als ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB an, jedoch als Bestandteil des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, welches ebenfalls nach § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht Schutz genießt.¹⁰⁶²

Die neuere Literatur lehnt dagegen einen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 823 Abs. 1 BGB ab.¹⁰⁶³ Begründet wird dies einerseits damit, dass es Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen an dem für sonstige Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen „Zuweisungsgehalt“ fehle.¹⁰⁶⁴ Der Rechtsordnung lasse sich also keine Zuordnung der Geheimnisse zu einem bestimmten Inhaber entnehmen.¹⁰⁶⁵ Denn nicht die Monopolisierung eines Geheimnisses werde geschützt, sondern der Geheimnisinhaber werde vor bestimmten, rechtlich missbilligten Zugriffen auf seine Geheimnisse bewahrt.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁵⁷ Vgl. Ohly/Sosnitza/Ohly, § 17 UWG, Rn. 48 f.

¹⁰⁵⁸ Ebd., Rn. 49; Mes, GRUR 1979, 584, 592; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, § 17 UWG, Rn. 53.

¹⁰⁵⁹ Mes, GRUR 1979, 584, 592.

¹⁰⁶⁰ Ohly/Sosnitza/Ohly, Vorbemerkungen vor §§ 17-19 UWG, Rn. 4.

¹⁰⁶¹ Ohly/Sosnitza/Ohly, § 17 UWG, Rn. 49; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, § 17 UWG, Rn. 53.

¹⁰⁶² BGH, GRUR 1955, 468, 472; NJW 1990, 52, 53; Habel, CR 1991, 257, 258; Hk-BGB/Staudinger, § 823 BGB, Rn. 120; Enders, GRUR 2012, 25, 28.

¹⁰⁶³ Kochmann, Schutz des „Know-how“, S. 237; Kalbfus, Know-how-Schutz, Rn. 410; Erman/Wilhelmi, § 823 BGB, Rn. 55; MüKo UWG/Brammsen, § 17 UWG, Rn. 7; MüKo BGB/Wagner, § 823 BGB, Rn. 284.

¹⁰⁶⁴ Kalbfus, Know-how-Schutz, Rn. 407 ff.; Erman/Wilhelmi, § 823 BGB, Rn. 55; Habel, CR 1991, 257, 258.

¹⁰⁶⁵ Kalbfus, Know-how-Schutz, Rn. 408.

¹⁰⁶⁶ Ebd.

Zum anderen liefe ein Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als „sonstiges Recht“ der für Immaterialgüterrechte teilweise geltenden Pflicht zur Offenlegung des geschützten Gegenstandes zuwider.¹⁰⁶⁷ Darüber hinaus würde der Geheimnisschutz – im Gegensatz etwa zum Patentschutz – zeitlich unbegrenzt gewährt.¹⁰⁶⁸ Das hätte jedoch zur Folge, dass Forschung und wissenschaftlicher Fortschritt mangels Offenlegung von Wissen behindert werden würden.¹⁰⁶⁹

Auch können Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach dieser Ansicht nicht vom Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfasst sein, da es am betriebsbezogenen Eingriff fehle.¹⁰⁷⁰ Das Wissen kann schließlich auch noch nach seiner Aufdeckung verwendet werden und berührt den Betrieb damit in aller Regel nicht.¹⁰⁷¹

Der letztgenannten Auffassung ist zu folgen. Der Rechtsschutz der Inhaber von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen hat keine vergleichbar umfassende Regelung erfahren wie der von Inhabern der Immaterialgüterrechte, wie z. B. das Urheberrecht oder das Patent. Lediglich bestimmte Arten von Zugriffen auf und Verwertungen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sind strafbewehrt. Ein Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 BGB wäre daher nicht gerechtfertigt. Damit stehen dem Inhaber des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses keine Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB zu, falls dieses im Wege des Reverse Engineerings offengelegt und zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus verwendet wird.

(2) Ansprüche aus Bereicherungsrecht und einer unechten Geschäftsführung ohne Auftrag

Umstritten ist darüber hinaus, ob dem Inhaber des Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses gegen demjenigen, welcher dieses im Wege des Reverse Engineerings erlangt hat, ein Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB zusteht. Nach h. M. setzt die Eingriffskondition eine Rechtsposition voraus, welche nach der Rechtsordnung dem Bereicherungsgläubiger zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung zugewiesen ist.¹⁰⁷²

Eine in der Literatur vertretene Ansicht befürwortet einen solchen Zuweisungsgehalt.¹⁰⁷³ Der Inhaber von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen könne schließlich Drit-

¹⁰⁶⁷ Kochmann, Schutz des „Know-how“, S. 228.

¹⁰⁶⁸ Ebd.; vgl. auch Habel, CR 1991, 257, 258.

¹⁰⁶⁹ Kochmann, Schutz des „Know-how“, S. 228.

¹⁰⁷⁰ Ebd., S. 233.

¹⁰⁷¹ Ebd.

¹⁰⁷² BGH, NJW 2012, 2034, 2037, Tz. 40 – *gewinn.de*; NJW 2012, 3572, 3574, Tz. 9 – *Mietauskehrstreit*; NJW 1990, 52, 52; Palandt/*Sprau*, § 812 BGB, Rn. 40; Erman/*Buck-Heeb*, § 812 BGB, Rn. 65 mwN.

¹⁰⁷³ Köhler/Bornkamm/Fedderson/*Köhler*, § 17 UWG, Rn. 55; Ohly/Sosnitza/*Ohly*, § 17 UWG, Rn. 50; BeckOK BGB/*Wendehorst*, § 812 BGB, Rn. 130; MüKo BGB/*Schwab*, § 812 BGB, Rn.

ten die Nutzung des Geheimnisses untersagen oder auch gegen ein Entgelt gestatten.¹⁰⁷⁴ Bei den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen handle es sich außerdem um Vermögenswerte, die über den allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Schutz hinaus durch besondere Strafvorschriften (§§ 17, 18 UWG) geschützt werden.¹⁰⁷⁵

Die überzeugenderen Argumente sprechen allerdings gegen die Anerkennung eines Zuweisungsgehalts und damit gegen einen bereicherungsrechtlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.¹⁰⁷⁶ Zwar bieten die §§ 17, 18 UWG einen Schutz gegen bestimmte Arten der Erlangung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Dieser letztlich aber nur lückenhafte Rechtsschutz dient vornehmlich dazu, den Aufwand des Geheimnisinhabers mit Blick auf die von ihm vorgenommenen Schutzmaßnahmen zu reduzieren, nicht jedoch, ihm eine Alleinstellung hinsichtlich seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu sichern.¹⁰⁷⁷ Zu beachten ist auch, dass die Eingriffskondition – im Gegensatz zu den §§ 17, 18 UWG – nicht danach unterscheidet, auf welche Art und Weise die Geheimnisse erlangt werden¹⁰⁷⁸, sodass der Geheimnisinhaber stets kondizieren könnte, unabhängig davon, ob die Erlangung der Geheimnisse im konkreten Fall gemäß §§ 17, 18 UWG strafbar ist oder nicht. Damit würden die gesetzgeberischen Wertungen unterlaufen, die eben nur bestimmte Formen der Geheimniserlangung für unzulässig erklären.

Damit scheidet auch ein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB gegen denjenigen aus, welcher das Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis im Wege des Reverse Engineering ermittelt und verwertet.

Aus den gleichen Gründen, die zur Ablehnung eines Kondiktionsanspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB geführt haben, ist auch ein Anspruch gemäß § 687 Abs. 2 BGB wegen angemaßter Eigengeschäftsführung mit Blick auf das Reverse Engineering von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu verneinen. Es fehlt auch hier an einer Rechtsposition, die dem Anspruchsgläubiger mit ausschließlicher Wirkung zugewiesen ist.¹⁰⁷⁹ Damit fehlt es schon an einem objektiv fremden Geschäft.¹⁰⁸⁰

b) Aktuelle Rechtslage

Die 2016 in Kraft getretene Geschäftsgeheimnis-RI. dient – wie bereits dargestellt – der Vereinheitlichung von Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in der

307; MüKo UWG/*Fritzsche*, § 9 UWG, Rn. 125; *Loewenheim*, WRP 1997, 913, 916; *Kieth/Groeschke*, WRP 2005, 1358, 1362; *Siems*, WRP 2007, 1146, 1147.

¹⁰⁷⁴ *Loewenheim*, WRP 1997, 913, 916.

¹⁰⁷⁵ MüKo UWG/*Fritzsche*, § 9 UWG, Rn. 125.

¹⁰⁷⁶ Vgl. *Kochmann*, Schutz des „Know-how“, S. 246; *Kalbfus*, Know-how-Schutz, Rn. 281ff.; *Ellger*, Bereicherung, S. 402; *Peukert*, Güterzuordnung, S. 821.

¹⁰⁷⁷ *Kalbfus*, Know-how-Schutz, Rn. 487; *Peukert*, Güterzuordnung, S. 821.

¹⁰⁷⁸ *Kalbfus*, Know-how-Schutz, Rn. 489.

¹⁰⁷⁹ Ebd., Rn. 493; vgl. auch *Kochmann*, Schutz des „Know-how“, S. 248 f.; a. A. wohl, jedoch ohne Begründung BGH, GRUR 2012, 1048, 1049, Tz. 27 – *MOVICOL-Zulassungsantrag*; *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, § 17 UWG, Rn. 56; *Ohly/Sosnitza/Ohly*, § 17 UWG, Rn. 50.

¹⁰⁸⁰ *Kalbfus*, Know-how-Schutz, Rn. 493.

Europäischen Union. Die Mitgliedsstaaten dürfen allerdings innerhalb der Grenzen des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 Geschäftsgeheimnis-RL einen weitergehenden Schutz für Geschäftsgeheimnisse vorsehen. Insofern sieht die Geschäftsgeheimnis-RL nur einen Mindestschutz vor.¹⁰⁸¹

Der in Art. 2 Nr. 1 der Geschäftsgeheimnis-RL definierte Geschäftsgeheimnis-Begriff weicht von der oben erläuterten Definition¹⁰⁸² insofern ab, als die geschützten Informationen Gegenstand von Geheimhaltungsmaßnahmen sein müssen.¹⁰⁸³ Ein solches Merkmal war dem deutschen Begriffsverständnis bisher fremd.¹⁰⁸⁴ An solche Maßnahmen, wozu beispielsweise vertragliche Vertraulichkeitsverpflichtungen gehören, sind jedoch grundsätzlich keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.¹⁰⁸⁵

Sofern Publisher entsprechende Maßnahmen zur Geheimhaltung ihrer Kommunikationsprotokolle implementieren, sind sie auch nach zukünftiger Rechtslage geschützt.

Zu beachten ist jedoch die Regelung des Art. 3 Abs. 1 lit. b) Var. 1 der Geschäftsgeheimnis-RL, welcher das Reverse Engineering öffentlich verfügbar gemachter Produkte ausdrücklich für zulässig erklärt. Die Mitgliedsstaaten dürfen gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 2 Geschäftsgeheimnis-RL auch keine Vorschriften erlassen, welche das Reverse Engineering solcher Produkte für unzulässig erklären. Eine Ausnahme gilt allerdings für nicht öffentlich verfügbar gemachte Produkte (§ 3 Abs. 1 lit. b) Var. 2). Seinem Vertragspartner kann der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses das Reverse Engineering des zur Verfügung gestellten, nicht öffentlich verfügbar gemachten Produkts vertraglich untersagen.

Digitale Spiele stellen öffentlich verfügbar gemachte Produkte dar, sodass das Reverse Engineering ihrer Kommunikationsprotokolle aufgrund der Geschäftsgeheimnis-RL zulässig ist. Da die Mitgliedsstaaten keine Vorschriften erlassen dürfen, welche das Reverse Engineering öffentlich verfügbar gemachter Produkte verbieten, erübrigt sich nach neuer Rechtslage auch die Diskussion zur Frage, ob der Inhaber des Betriebsgeheimnisses im Falle des Reverse Engineering zivilrechtliche Ansprüche nach dem Delikts- oder Bereicherungsrecht geltend machen kann. Solche Ansprüche bestehen nunmehr – wie auch schon nach einer alten, jedoch umstrittenen Rechtsansicht¹⁰⁸⁶ – nicht. Dies ergibt sich mit Blick auf § 823 Abs. 1 BGB und dem Schutz „sonstiger Rechte“ auch schon daraus, dass die Richtlinie keine Schaffung eines absoluten Rechts bezweckt.¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸¹ *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1010.

¹⁰⁸² Siehe oben, S. 188 f.

¹⁰⁸³ *Baranowski/Glaßl*, BB 2016, 2563, 2565.

¹⁰⁸⁴ *Gärtner*, NZG 2014, 650, 651; *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391, 391.

¹⁰⁸⁵ Ausführlich hierzu *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391, 392 f.; *Voigt/Herrmann/Grabenschröer*, BB 2019, 142, 144 ff.

¹⁰⁸⁶ Siehe dazu oben, S. 192 ff.

¹⁰⁸⁷ Vgl. dazu *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1012; vgl. dazu auch die Begründung zum Entwurf des GeschGehG, BT-Drs. 19/4724, S. 28.

Das GeschGehG setzt die Geschäftsgeheimnis-RI. nicht durch punktuelle Änderungen bereits bestehender nationaler Gesetze, sondern durch Einführung eines einheitlichen Spezialgesetzes um.¹⁰⁸⁸

Das Gesetz hat auch einen neuen Straftatbestand (§ 23) eingeführt, welcher die bisherigen Strafvorschriften des UWG, und damit auch § 17 UWG, ersetzen soll.¹⁰⁸⁹ Das Reverse Engineering ist entsprechend der Geschäftsgeheimnis-RI. in § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG als erlaubte Handlung geregelt.¹⁰⁹⁰ Da nach § 23 GeschGehG nur verbotene Handlungen nach § 4 GeschGehG strafbar sind, ist das Reverse Engineering als erlaubte Handlung auch im nationalen Recht nicht strafbar.

5. Reverse Engineering der Payloads

Die Payloads sind die eigentlichen Nutzdaten innerhalb der zwischen der Spielkopie und dem Server ausgetauschten Datenpakete und beinhalten bestimmte programmbezogene Informationen und Anweisungen.¹⁰⁹¹ Sie unterscheiden sich daher vom Kommunikationsprotokoll, welches eine Konvention über den Austausch von Daten zwischen zwei Bestandteilen eines Computersystems darstellt.

Trotz dieses Unterschieds sind auch die Payloads in hohem Maße – wie auch das Kommunikationsprotokoll – funktional. Ein urheberrechtlicher Schutz der Payloads scheidet daher genauso wie für das Kommunikationsprotokoll aus. Dagegen kann im Einzelfall ein patentrechtlicher Schutz sowie ein Schutz des Payloads als Geschäftsgeheimnis in Betracht kommen.

Somit können die rechtlichen Wertungen, die für das Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls ermittelt wurden, auch auf das Reverse Engineering der Payloads übertragen werden.

6. Mitwirkungspflichten des Supportverpflichteten

Die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus ist zwar in rechtlicher Hinsicht entsprechend den bisher erläuterten Voraussetzungen weitgehend zulässig. Wie jedoch in Kapitel 1 erläutert wurde, ist das Reverse Engineering des Kommunikationsprotokolls und des Payloads ein sehr komplexes und zeitintensives Unterfangen. Darüber hinaus verfügt längst nicht jeder private Spieler, jeder Forscher oder jede Gedächtnisinstitution über das hierfür notwendige Fachwissen. Aus diesen Gründen kann die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus schon aus tatsächlichen Gründen scheitern. Daher wird vor allem unter privaten Inhabern digitaler Spiele die Forderung laut, dass Supportverpflichtete die Informationen über die Spezifikationen des Kommunikationsprotokolls offenlegen.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁸ *Burghardt-Richter/Bode*, BB 2019, 2697, 2697.

¹⁰⁸⁹ Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 19/4724, S. 41.

¹⁰⁹⁰ *Burghardt-Richter/Bode*, BB 2019, 2697, 2699.

¹⁰⁹¹ Siehe dazu oben, S. 28 ff.

¹⁰⁹² Siehe dazu oben, S. 30 f.

Aus diesen Gründen ist zu untersuchen, ob Supportverpflichtete nach dem Ende des Supports der Online-Komponenten dazu verpflichtet sind, Informationen über die Spezifikationen des Kommunikationsprotokolls sowie der Payloads privaten Spielern, Forschern sowie Gedächtnisinstitutionen zwecks Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus offenzulegen bzw. zu lizenzieren.

Eine mit diesem Problem vergleichbare Diskussion betrifft die Frage, ob der Hersteller von Software dazu verpflichtet ist, dem Softwareerwerber den Quellcode der Software herauszugeben, damit dieser Änderungen, Fehlerberichtigungen oder Verbesserungen an der Software vornehmen kann. Es wird daher zuerst auf diese Diskussion eingegangen und untersucht, ob die Wertungen der Literatur und Rechtsprechung zu diesem Problem auf den hier behandelten Fall einer Offenlegungspflicht übertragen werden können (a)). Im Anschluss daran wird auf eine etwaige kartellrechtliche Pflicht des Supportverpflichteten zur Lizenzierung der Nutzung der Protokollinformationen eingegangen (b)).

a) Vertragliche Pflicht zur Offenlegung der Protokollinformationen

Software wird üblicherweise im maschinenlesbaren Objektcode vertrieben, welcher von Menschen nicht oder nur sehr schwer gelesen werden kann.¹⁰⁹³ Die Erstellung der Software erfolgt demgegenüber im sog. Quellcode, mithilfe dessen Reparaturen oder Modifikationen am Programm möglich sind.¹⁰⁹⁴ Zwar kann der maschinenlesbare Code theoretisch in den Quellcode wieder umgewandelt werden (sog. Dekompilieren), jedoch handelt es sich dabei um ein sehr schwieriges und zeitaufwändiges Verfahren, das noch dazu einen Quellcode hervorbringt, welcher mit dem ursprünglichen Quellcode nicht identisch ist und nur sehr eingeschränkt genutzt werden kann.¹⁰⁹⁵

In Rechtsprechung und Literatur wird diskutiert, ob eine Pflicht des Softwareherstellers zur Herausgabe des Quellcodes an den Softwareerwerber besteht, damit der Erwerber Änderungen, Fehlerberichtigungen oder Verbesserungen an der Software vornehmen kann.

Rechtlich unproblematisch ist grundsätzlich die Situation, in welcher die Vertragsparteien sich darüber geeinigt haben, dass der Softwarehersteller zur Herausgabe des Quellcodes an den Programmanwender verpflichtet ist.

Problematisch sind dagegen die Szenarien, in welchen die Parteien eine solche Vereinbarung nicht getroffen haben. Hier ist zu überlegen, ob eine entsprechende Pflicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß den §§ 133, 157 BGB hergeleitet werden kann.

¹⁰⁹³ Vgl. *Conrad*, ITRB 2005, 12, 12.

¹⁰⁹⁴ *Ernst*, MMR 2001, 208, 209; vgl. *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, § 69d UrhG, Rn. 21.

¹⁰⁹⁵ *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 492 f.

Weitgehend Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur, dass eine Pflicht zur Herausgabe des Quellcodes nicht bei der Überlassung von Standardsoftware in Betracht kommt.¹⁰⁹⁶ Hierunter werden im Allgemeinen Computerprogramme verstanden, die nicht für die individuellen Bedürfnisse der jeweiligen Abnehmer entwickelt oder angepasst werden.¹⁰⁹⁷ Begründet wird dies damit, dass der Erwerber von Standardsoftware grundsätzlich nicht erwarte, dass er den Quellcode, der nicht ausschließlich für ihn geschaffen wurde, erhält und selbst in die Lage versetzt wird, Änderungen am Programm vorzunehmen.¹⁰⁹⁸ Zu diesem Zweck bestehe in der Regel vielmehr die Möglichkeit, gegen eine zusätzliche Vergütung einen Wartungsvertrag mit dem Hersteller des Programms abzuschließen.¹⁰⁹⁹ Darüber hinaus müsse sich der Hersteller von Standardsoftware die Verwertungsmöglichkeiten des Quellcodes für die Zukunft sichern.¹¹⁰⁰

Einer Minderansicht zufolge soll jedoch ein Anspruch auf Herausgabe des Quellcodes der Standardsoftware zumindest dann anzunehmen sein, wenn der Hersteller des Computerprogramms dessen Pflege nicht übernehmen will und die Pflege durch einen Dritten vorgenommen werden soll.¹¹⁰¹

Demgegenüber wird in Literatur und Rechtsprechung mit Blick auf Individualsoftware eine vertragliche Pflicht – auch bei fehlender Vereinbarung – zur Überlassung des Quellcodes grundsätzlich angenommen.¹¹⁰² Begründet wird diese Ansicht damit, dass der Auftragnehmer bei Individualsoftware nicht auf die Geheimhaltung des Quellcodes angewiesen sei, da die Auswertung der Software ohnehin nur einmal – nämlich gegenüber dem Auftraggeber – erfolge.¹¹⁰³ Insbesondere dann, wenn kein Wartungsvertrag vereinbart wurde, habe der Auftraggeber ein großes Interesse daran, den Quellcode zu erhalten, um etwaige notwendige Änderungen, Wartungen und Fehlerberichtigungen vornehmen zu können.¹¹⁰⁴

¹⁰⁹⁶ OLG München, CR 1992, 208, 209; *Ernst*, MMR 2001, 208, 209 f.; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 493; *von dem Bussche/Schelinski*, in Leupold/Glossner, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 283; *Schneider*, EDV-Recht, Teil M, Rn. 713.

¹⁰⁹⁷ *von dem Bussche/Schelinski*, in Leupold/Glossner, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 56.

¹⁰⁹⁸ OLG München, CR 1992, 208, 209; *Ernst*, MMR 2001, 208, 210.

¹⁰⁹⁹ OLG München, CR 1992, 208, 209.

¹¹⁰⁰ *Ernst*, MMR 2001, 208, 209.

¹¹⁰¹ *Wieczorek*, in Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, Abschnitt 1, Teil 3, 32.5, Rn. 17; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 315.

¹¹⁰² BGH, NJW-RR 2004, 782, 782; OLG Karlsruhe, CR 1999, 11, 12; OLG Saarbrücken, BB 1995, 12, 13; LG Köln, CR 2000, 505, 505; LG Aschaffenburg, CR 1998, 203, 205; LG München, CR 1989, 990, 990; *Redeker*, IT-Recht, Rn. 315; *von dem Bussche/Schelinski*, in Leupold/Glossner, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 283; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 493 ff.; zurückhaltend *Wieczorek*, in Kilian/Heussen, Computerrechtshandbuch, Abschnitt 1, Teil 3, 32.5, Rn. 17.

¹¹⁰³ *von dem Bussche/Schelinski*, in Leupold/Glossner, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, Teil 1, Rn. 283.

¹¹⁰⁴ Vgl. LG Aschaffenburg, CR 1998, 203, Rn. 206.

Es gibt jedoch innerhalb dieser Meinungsgruppe unterschiedliche Ansichten darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Herausgabeanspruch zu bejahen ist.

Nach einer Ansicht sei ein solcher Anspruch des Softwareerwerbers bereits dann anzunehmen, wenn der Hersteller der Software keine Wartungsverpflichtung übernommen hat und die Herausgabe des Quellcodes für die Anpassung, Wartung oder Fehlerbeseitigung erforderlich ist.¹¹⁰⁵

Einer weiteren Ansicht zufolge komme ein Herausgabeanspruch schon dann in Betracht, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer umfassende Nutzungsrechte an der Individualsoftware einräumt.¹¹⁰⁶

Der BGH betont schließlich, dass eine Herausgabepflicht nur unter Berücksichtigung der Interessenlage beider Parteien bejaht werden könne. Für die Interessenabwägung relevante Umstände können beispielsweise die Preisgestaltung sein, ob der Auftraggeber beabsichtigt, die Software weiter zu vermarkten, oder ob die Herausgabe des Quellcodes für die Fehlerbeseitigungs-, Wartungs- und Änderungsarbeiten erforderlich ist.¹¹⁰⁷

Bei digitalen Spielen entfällt eine Unterscheidung zwischen Standard- und Individualsoftware, da digitale Spiele für gewöhnlich nur in Masse produziert und vertrieben werden. Eine Anpassung des digitalen Spiels für einzelne Kunden erfolgt also nicht. Die Tatsache, dass digitale Spiele zwangsläufig als Standardsoftware im oben beschriebenen Sinne einzuordnen sind, rechtfertigt es allein jedoch nicht, einen Anspruch auf Offenlegung der Protokollinformationen von vornherein abzulehnen. Es kommt hier vielmehr auf eine Interessenabwägung an.

Für eine Offenlegungspflicht spricht zunächst, dass im Gegensatz zum Quellcode die Protokollinformationen keine umfassende Änderung oder Weiterentwicklung des digitalen Spiels, sondern eben nur eine Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus ermöglichen. Die Verwendungs- und Verwertungsmöglichkeiten der Protokollinformationen sind daher im Vergleich zum Quellcode wesentlich eingeschränkter.

Gegen eine Offenlegungspflicht spricht allerdings die Verkehrssitte: Es ist vollkommen unüblich, dass Supportverpflichtete digitaler Spiele Informationen über die eingesetzten Kommunikationsprotokolle an Spieler, Forscher oder Gedächtnisinstitutionen weitergeben bzw. lizenzieren, damit diese den Online-Mehrspielermodus wiederherstellen können. Jedenfalls ist ein solcher Fall nicht bekannt.

Eine derart uneingeschränkte Offenlegungspflicht würde darüber hinaus auch die Interessen des Publishers ungebührlich beeinträchtigen. Wenngleich mit dem Kommunikationsprotokoll keine umfassenden Änderungen oder Weiterentwicklungen des digitalen Spiels vorgenommen werden können, handelt es sich dabei dennoch um wichtiges Know-how, das dem Supportverpflichteten auf dem Markt einen Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern verschaffen kann.¹¹⁰⁸ Eine Offenlegungspflicht würde

¹¹⁰⁵ OLG Saarbrücken, BB 1995, 12, 13; LG Köln, CR 2000, 505, 505; LG Aschaffenburg, CR 1998, 203, 206.

¹¹⁰⁶ *Seffer/Horter*, ITRB 2005, 169, 171.

¹¹⁰⁷ BGH, NJW-RR 2004, 782, 782 f.

¹¹⁰⁸ Siehe dazu oben, S. 188 ff.

diesen Vorteil – auch nach dem Ende des Supports – beseitigen. Denn auch wenn der Supportverpflichtete für die Online-Komponenten eines konkreten Spiels keinen Support mehr erbringt, bedeutet dies nicht, dass das Kommunikationsprotokoll nicht auch für den Support des Online-Mehrspielermodus anderer, neuerer digitaler Spiele Verwendung findet. Würde man eine umfassende Offenlegungspflicht bejahen, würde das Know-how, welches im Kommunikationsprotokoll verkörpert ist, entwertet.

Die Abwägung des Interesses des Erwerbers des digitalen Spiels an der Offenlegung der Protokollinformationen mit dem Interesse des Supportverpflichteten an ihrer ungehinderten Verwertung für neue digitale Spiele spricht somit gegen eine im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden Pflicht des Supportverpflichteten zur Offenlegung der Protokollinformationen.

b) Kartellrechtliche Pflicht zur Lizenzierung der Protokollnutzung

Das Kommunikationsprotokoll und seine Spezifikationen können als Betriebsgeheimnis¹¹⁰⁹ oder als Patent¹¹¹⁰ Rechtsschutz genießen. In beiden Fällen kann der Schutzrechtsinhaber eine Erlaubnis zur Nutzung des Kommunikationsprotokolls im Rahmen eines Lizenzvertrages erteilen.¹¹¹¹

Der Rechtsinhaber mag im Einzelfall durchaus dazu bereit sein, die Nutzung des Kommunikationsprotokolls zum Zwecke der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus durch Spieler, Forscher und Gedächtnisinstitutionen zu gestatten. Es ist allerdings auch sehr wahrscheinlich, dass er eine Lizenzierung ablehnt.

Zu beachten ist allerdings, dass das Recht des Schutzrechtsinhabers, darüber zu entscheiden, einen Lizenzvertrag abzuschließen, seine Grenze im Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV finden kann.¹¹¹² Es stellt sich daher die Frage, ob die Weigerung des Rechtsinhabers, die Nutzung der Protokollinformationen nach dem Ende des Supports zum Zwecke der Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus zu gestatten, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt und der Rechtsinhaber deshalb zur Lizenzierung an die interessierten Akteure (private Inhaber der Spielkopien, Forscher und Gedächtnisinstitutionen) verpflichtet ist.

Sowohl der EuGH als auch das EuG haben sich in mehreren Entscheidungen bereits mit der Frage auseinandergesetzt, wann eine Lizenzverweigerung den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt.

¹¹⁰⁹ Siehe dazu oben, S. 188 ff.

¹¹¹⁰ Siehe dazu oben, S. 184 f.

¹¹¹¹ Vgl. zur Lizenzierung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, vor §§ 17-19, Rn. 4 f.

¹¹¹² Ebd., Rn. 4a.

Dabei gilt im Ausgangspunkt, dass die Weigerung des Abschlusses eines Lizenzvertrages als solche keine missbräuchliche Ausübung der immaterialgüterrechtlichen Befugnisse darstellt.¹¹¹³ Die Möglichkeit, Dritte an der Nutzung des geschützten Gegenstands ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers zu hindern, gehört schließlich zur „Substanz“ des ausschließlichen Rechts.¹¹¹⁴ Der ständigen Rechtsprechung des EuGH zufolge müssen vielmehr „außergewöhnliche Umstände“ hinzutreten, um eine Lizenzverweigerung als einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV einordnen zu können.¹¹¹⁵

aa) Europäisches Kartellrecht

In seiner *Magill*-Entscheidung hat der EuGH erläutert, welche Umstände dies sein können. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in welchem ein irisches Unternehmen – die *Magill TV Guide Ltd.* – einen Fernsehprogrammführer veröffentlichen wollte, welcher Informationen über die Fernsehprogramme verschiedener Fernsehanstalten bündelte.¹¹¹⁶ Die Fernsehanstalten hatten jedoch bisher Programmführer veröffentlicht, die nur Informationen über ihr jeweils eigenes Programm enthielten. Die Fernsehanstalten lehnten es ab, *Magill* eine urheberrechtliche Lizenz einzuräumen, damit Letztere ihre Programmvorschauen in einem zusammengefassten Programmführer veröffentlichen konnte. Der EuGH erblickte in dieser Lizenzverweigerung einen Missbrauch gemäß Art. 86 Abs. 2 lit. b EG-Vertrag (heute Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV).¹¹¹⁷ Die Lizenzverweigerung der Fernsehanstalten verhindere nämlich erstens die Einführung eines neuen Produktes, wofür eine potenzielle Nachfrage von Verbrauchern besteht, sei zweitens nicht gerechtfertigt und führe drittens dazu, dass die Rechtsinhaber sich einen abgeleiteten Markt vorbehalten, indem sie jeglichen Wettbewerb auf diesem Markt ausschließen.¹¹¹⁸

In der später ergangenen *IMS Health*-Entscheidung stellte der EuGH klar, dass die genannten Kriterien kumulativ vorliegen müssen.¹¹¹⁹ Darüber hinaus sei es erforderlich, dass der Zugang zu dem durch ein Immaterialgüterrecht geschützten Gegenstand

¹¹¹³ EuGH, GRUR Int. 1990, 141, 142, Tz. 8 – *Volvo/Veng*; GRUR Int. 1995, 490, 493, Tz. 49 – *Magill TV Guide*; GRUR Int. 2004, 644, 646, Tz. 34 – *IMS Health / NDC Health*; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter/Bartl, Art. 102 AEUV, Rn. 312; *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431, 1433.

¹¹¹⁴ EuGH, GRUR Int. 1990, 141, 142, Tz. 8; vgl. auch BGH, NJW-RR 2005, 269, 272 – *Standard-Spundfass*.

¹¹¹⁵ EuGH, GRUR Int. 1995, 490, 493, Tz. 50; GRUR Int. 1990, 141, 142, Tz. 9; GRUR Int. 2004, 644, 646, Tz. 34.

¹¹¹⁶ EuGH, GRUR Int. 1995, 490, 490, Tz. 9 ff.

¹¹¹⁷ Ebd., 493, Tz. 54.

¹¹¹⁸ Ebd., 493, Tz. 54 ff.

¹¹¹⁹ EuGH, GRUR Int. 2004, 644, 646, Tz. 38.

für die Tätigkeit auf dem abgeleiteten Markt unerlässlich ist, hierfür also ansonsten realistischerweise kein Ersatz vorhanden ist.¹¹²⁰

2004 stellte die EU-Kommission darüber hinaus in einer Entscheidung gegen das Unternehmen *Microsoft* unter Anwendung der *Magill*-Kriterien fest, dass *Microsoft* gegen Art. 82 EG-Vertrag verstieß, weil es sich geweigert hatte, seinen Konkurrenten Schnittstelleninformationen offenzulegen, um Server-Software herstellen und anbieten zu können, die mit dem *Microsoft*-Betriebssystem *Windows* interoperabel ist.¹¹²¹ Das EuG bestätigte die Entscheidung der Kommission im Wesentlichen in seinem Urteil vom 17.09.2007.

bb) Subsumtion

Fraglich ist, ob unter Anwendung der soeben genannten Kriterien eine Pflicht für den Rechtsinhaber hergeleitet werden kann, nach dem Ende des Supports die Nutzung des Kommunikationsprotokolls zum Zwecke der Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus zu lizenzieren.

Voraussetzung ist zunächst, dass der Rechtsinhaber eine marktbeherrschende Stellung innehat. Hierbei gilt, dass die Inhaberschaft eines Immaterialgüterrechts allein noch nicht ausreicht, um eine marktbeherrschende Stellung zu begründen.¹¹²² Die Feststellung einer Marktbeherrschung erfordert vielmehr die Abgrenzung des relevanten Marktes, die mithilfe des sog. Bedarfsmarktkonzeptes erfolgt. Hiernach gehören zu einem bestimmten Markt alle Produkte und Dienstleistungen, welche aus Sicht der Nachfrager hinsichtlich Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.¹¹²³ Die Vergabe von Lizenzen in Bezug auf eine geschützte technische Lehre stellt dann einen abgegrenzten Markt dar, wenn die Herstellung eines Produktes mithilfe dieser technischen Lehre nicht durch andere technische Lehren substituiert werden kann und damit die Erlangung von Nutzungsrechten für die Herstellung dieses Produktes unerlässlich ist.¹¹²⁴

Eine Beherrschung dieses Marktes ist gegeben, wenn das jeweilige Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung innehat,

*„die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“.*¹¹²⁵

¹¹²⁰ *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431, 1434; vgl. EuGH, GRUR Int. 2004, 644, 647, Tz. 48 f.; LG Düsseldorf, Urt. v. 05.07.2007, Az. 4b O 289/06 – zit. nach juris, Tz. 83.

¹¹²¹ Vgl. EuG, Urt. v. 17.09.2007, Az. T-201/04 – zit. nach juris, Tz. 36 – *Microsoft*.

¹¹²² EuGH, GRUR Int. 1995, 490, 492, Tz. 46; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs/Möschel*, Art. 102 AEUV, Rn. 365; *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431, 1436.

¹¹²³ BGH, NJW-RR 2005, 269, 271.

¹¹²⁴ Vgl. ebd., 271f.; *Beckmann/Müller*, in Hoeren/Sieber/Holzsnagel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 24.

¹¹²⁵ EuGH, BeckRS 2009, 70381, Rn. 103 – *France Télécom*.

Unter Anwendung dieser Kriterien ist davon auszugehen, dass der Inhaber der Rechte am Kommunikationsprotokoll regelmäßig auf dem Markt der Vergabe von Lizenzen für die von ihm eingesetzten Kommunikationsprotokolle marktbeherrschend ist. Da für die Einrichtung und Aufrechterhaltung einer Client-Server-Kommunikation die exakte Übernahme der Protokollspezifikationen erforderlich ist, kann das eingesetzte – und durch Schutzrechte geschützte – Kommunikationsprotokoll nicht einfach durch ein anderes ersetzt werden. Die Einräumung einer Lizenz zur Nutzung des Kommunikationsprotokolls ist damit unerlässlich für die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus.

Die Lizenzverweigerung muss weiterhin dazu führen, dass die Einführung eines neuen Produktes auf einem abgeleiteten Markt verhindert wird, wofür eine potenzielle Nachfrage von Verbrauchern besteht.

Dieses Kriterium dient dazu, für Verbraucher nachteilige Marktentwicklungen zu verhindern, die dadurch eintreten können, dass Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens infolge der Lizenzverweigerung keine neuen Erzeugnisse oder Dienstleistungen mehr anbieten können, wofür jedoch eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht.¹¹²⁶ Dogmatisch handelt es sich bei diesem Erfordernis um einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Immaterialgüterrechtinhabers an seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit und dem Schutz des freien Wettbewerbs.¹¹²⁷ Im Falle einer Verhinderung der Entwicklung neuer Produkte überwiegt der Schutz des freien Wettbewerbs. Allerdings müssen durch die Lizenzierung neue Produkte oder Dienstleistungen entstehen. Würde vielmehr nur die Vermarktung von Imitationsprodukten angestrebt, würde durch eine Zwangslizenz unzulässigerweise in den Bestand des Immaterialgüterrechts eingegriffen.¹¹²⁸ In einem solchen Fall überwiegt grundsätzlich das Interesse des Immaterialgüterrechtinhabers an seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. Das EuG hatte in seiner *Microsoft*-Entscheidung allerdings das Erfordernis der Verhinderung der Entwicklung eines neuen Produktes weit ausgelegt und auch die Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher – durch Ausbleiben der Entwicklung konkurrierender, kompatibler Betriebssystemprodukte für Arbeitsgruppenserver – genügen lassen.¹¹²⁹

Zwar gereicht auch die Weigerung der Lizenzierung der Nutzung der Kommunikationsprotokolle zum Nachteil der Verbraucher – insbesondere solcher, die bereits eine Spielkopie besitzen, deren Online-Mehrspielermodus nunmehr keinen Support erhält. Dennoch überwiegen hier die Interessen des Rechtsinhabers hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. Die Lizenzierung der Nutzung des Kommunikationsprotokolls würde nämlich nicht zu einer wirtschaftlichen oder technischen Entwicklung von neuen Produkten oder Dienstleistungen führen, sondern lediglich die Lücke füllen, welche der Supportverpflichtete nach dem Ende des Supports der Online-Kom-

¹¹²⁶ EuGH, GRUR Int. 2004, 644, 647, Tz. 48 f.

¹¹²⁷ Ebd., 647, Tz. 48; *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431, 1438 f.

¹¹²⁸ Vgl. *de Bronett*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 22, Rn. 58.

¹¹²⁹ EuG, Urt. v. 17.09.2007, Az. T-201/04 – zit. nach juris, Rn. 647.

ponenten hinterlassen hat. Eine Zwangslizenz hätte also die Entstehung von Nachahmungsprodukten zur Folge. Müsste der Rechtsinhaber allerdings hinnehmen, dass sein Schutzrecht gegenüber einem imitierenden Wettbewerb zurücktritt, liefe sein Immaterialgüterrecht leer.¹¹³⁰

Hinzu kommt, dass es sehr häufig mehrere Auflagen von einem Spieletitel gibt.¹¹³¹ Würde der Rechtsinhaber verpflichtet werden, die Nutzung des Kommunikationsprotokolls zu lizenzieren, könnte ihm der Anreiz genommen werden, den jeweiligen Spieletitel neu aufzulegen oder eine Fortsetzung hierfür zu produzieren.

Damit ergibt sich für den Rechtsinhaber aus dem europäischen Kartellrecht keine Pflicht zur Lizenzierung der Nutzung des Kommunikationsprotokolls zum Zwecke der Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus.

cc) Deutsches Kartellrecht

Gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der VO 1/2003/EG darf das nationale Kartellrecht für einseitige Verhaltensweisen von Unternehmen strengere Regelungen als das europäische Kartellrecht vorsehen. In Betracht kommt dabei insbesondere die Missbrauchsaufsicht gemäß § 19 GWB.¹¹³²

Zwar hat der deutsche Gesetzgeber gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ein Regelbeispiel eingefügt, nach welchem ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auch dann vorliegen kann, wenn Wettbewerbern die Tätigkeit auf bestimmten Märkten verwehrt ist, weil das marktbeherrschende Unternehmen ihnen den Zugang zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen verweigert. Aus diesem missbräuchlichen Verhalten kann schließlich auch ein Anspruch auf Zugangsgewährung der Wettbewerber erwachsen.¹¹³³

Allerdings hat der Gesetzgeber einen solchen Anspruch mit Blick auf die Nutzung gewerblicher Schutzrechte in der Gesetzesbegründung ausgeschlossen.¹¹³⁴ Dies gilt auch für die Generalklausel des Art. 19 Abs. 1 GWB; denn würde man hiernach bei einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung eine Zwangslizenz bejahen, würde man die Wertungen des Gesetzgebers unterlaufen.¹¹³⁵

Insgesamt ist damit eine kartellrechtliche Lizenzierungspflicht des Inhabers der Rechte am Kommunikationsprotokoll nach dem Ende des Supports der Online-Komponenten sowohl nach europäischem als auch nach deutschem Kartellrecht abzulehnen.

III. Der Betrieb des neuen Masterservers

Nachdem die Informationen über das Kommunikationsprotokoll und die Payloads vom Reverse Engineerer ermittelt wurden, schließen sich als Nächstes die Einrichtung

¹¹³⁰ Vgl. *de Bronett*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 22, Rn. 58.

¹¹³¹ Siehe dazu die Einleitung.

¹¹³² *Immenga/Mestmäcker/Rehbinder*, Art. 3 VO 1/2003, Rn. 32.

¹¹³³ Vgl. *Immenga/Mestmäcker/Körber/Fuchs/Möschel*, § 19 GWB, Rn. 345 ff.

¹¹³⁴ BT-Drs. 13/9720, S. 79 f.

¹¹³⁵ *Gabriel/C. Cornels*, ITRB 2008, 277, 278.

und der Betrieb eines Masterservers an, mithilfe dessen der Support des Online-Mehrspielermodus wiederhergestellt werden kann.

Im Folgenden wird untersucht, ob der Betrieb des Masterservers sowie damit zusammenhängende Handlungen mit dem UWG (1.) und dem MarkenG (2.) vereinbar sind.

1. Zulässigkeit nach dem UWG

Initiativen privater Inhaber von Spielkopien, welche den Online-Mehrspielermodus wiederhergestellt haben, bieten grundsätzlich allen Inhabern einer Spielkopie an, eine Verbindung zwischen dem neu eingerichteten Masterserver und ihrer Spielkopie herzustellen.¹¹³⁶ Es ist darüber hinaus auch möglich, dass Gedächtnisinstitutionen sowie Forscher Masterserver einrichten, um den Online-Mehrspielermodus wiederherzustellen, wenngleich solche Fälle bislang noch nicht bekannt sind. Mit dem Betrieb eines „inoffiziellen“ Masterservers, der den Online-Mehrspielermodus wiederherstellt, wird aber eine Dienstleistung angeboten, welche der Supportverpflichtete bis zur Beendigung des „offiziellen“ Supports in dieser oder ähnlicher Form auch selbst erbrachte und für andere digitale Spiele unter Umständen auch noch erbringt.

Diese Tatsache wirft die Frage auf, ob es sich bei dem Betrieb des Servers zum Zwecke der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus um eine unlautere geschäftliche Handlung zulasten des Supportverpflichteten gemäß § 1 S. 1 UWG handelt.

Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Sie muss bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet sein, „durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern“.¹¹³⁷

An einer geschäftlichen Handlung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG fehlt es bereits bei rein privaten Tätigkeiten, die nicht der Erwerbs- oder Berufsausübung einer Person zuzurechnen sind.¹¹³⁸ Aus diesem Grunde wird die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus durch einen nicht genehmigten Masterserver, welcher von privaten Erwerbern eingerichtet und betrieben wird, nicht erfasst. Der Betrieb des Masterservers erfolgt hier allein zu dem Zweck, das jeweilige digitale Spiel innerhalb der Spielergemeinschaft wieder vollumfänglich nutzen zu können. Die Wiederherstellung steht damit in der Regel weder im Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit der Server-Betreiber noch mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren bzw. Dienstleistungen eines Unternehmens.

¹¹³⁶ Siehe dazu die Einleitung sowie S. 30 f.

¹¹³⁷ BGH, GRUR 2013, 945, 946, Tz. 17 – *Standardisierte Mandatsbearbeitung*; vgl. auch OLG Frankfurt a. M., GRUR-RR 2015, 298, 298, Tz. 8 – *Community & Forum*; OLG Frankfurt a. M., GRUR-RR 2016, 155, 155, Tz. 5 – *WarnWetter-App*.

¹¹³⁸ Vgl. Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, § 2 UWG, Rn. 18; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, § 2 UWG, Rn. 14; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, § 2 UWG, Rn. 38.

Fraglich ist aber, ob Gedächtnisinstitutionen, welche zur Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus den dafür erforderlichen Masterserver betreiben, eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vornehmen. Gedächtnisinstitutionen wie beispielsweise Bibliotheken in Deutschland stellen überwiegend Einrichtungen der öffentlichen Hand dar.¹¹³⁹ Ein hoheitliches Handeln, das aufgrund einer ausdrücklichen, gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage oder Verpflichtung erfolgt, ist nicht als ein geschäftliches Handeln i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG einzuordnen.¹¹⁴⁰ Öffentlich-rechtliche Bibliotheken sind gesetzlich dazu verpflichtet, Medienwerke zu sammeln und „auf Dauer zu sichern und für die Allgemeinheit nutzbar zu machen“.¹¹⁴¹ Der Sammelauftrag von Gedächtnisinstitutionen umfasst mittlerweile auch digitale Objekte.¹¹⁴² Bibliotheken sowie Museen in Deutschland sammeln zum Teil auch digitale Spiele¹¹⁴³. Neben dem Bestandsaufbau sind Bibliotheken auch zur Erhaltung und Vermittlung ihres Bestandes verpflichtet.¹¹⁴⁴ Es ist allerdings keine gesetzliche Regelung ersichtlich, die Gedächtnisinstitutionen konkret und ausdrücklich auch zur Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus digitaler Spiele, die sich in ihrem Bestand befinden, verpflichten würde. Aus diesem Grunde kann die Einordnung des Betriebs eines Masterservers durch Bibliotheken zur Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus als geschäftliche Handlung nicht bereits deshalb verneint werden, weil es eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gibt, welche Bibliotheken zu dieser Maßnahme verpflichtet.

Zur Feststellung, ob der Betrieb eines Masterservers durch eine Gedächtnisinstitution eine geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt, kommt es daher darauf an, ob er objektiv mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen zusammenhängt.¹¹⁴⁵ Es ist dabei grundsätzlich unerheblich,

¹¹³⁹ *Moeske*, Bibliotheksrecht (2009), abrufbar unter www.bibliotheksportal.de/themen/recht/bibliotheksrecht-allgemein.html.

¹¹⁴⁰ BGH, GRUR 2006, 428, 428 f., Tz. 12 – *Abschleppkosten-Inkasso*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, § 3a UWG, Rn. 2.21.

¹¹⁴¹ Vgl. § 2 Nr. 1 des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG); vgl. auch die Regelungen einzelner Bibliotheksgesetze in den Bundesländern, wie z. B. § 1 Abs. 2 des Gesetzes für die Bibliotheken in Schleswig-Holstein sowie § 3 des Bibliotheksgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt.

¹¹⁴² So sammelt die Deutsche Nationalbibliothek beispielsweise auch unkörperliche Medienwerke, wie z. B. „ausgewählte Websites“, *Deutsche Nationalbibliothek*, Sammlung unkörperlicher Medienwerke (FAQ) (2020), abrufbar unter https://www.dnb.de/DE/Professionell/Sammeln/Unkoerperliche_Medienwerke/unkoerperliche_medienwerke_node.html#doc210120bodyText2.

¹¹⁴³ So z. B. die Jugendbibliothek „Hallescher Komet“ der Zentral- und Landesbibliothek Berlin, <https://www.zlb.de/kijubi/jugendbibliothek/ueber-uns/ueber-die-jubi.html> oder das Computerspielmuseum in Berlin, http://www.computerspielmuseum.de/1215_Highlights_des_Computerspielmuseums.htm.

¹¹⁴⁴ Siehe z. B. § 2 Nr. 1 DNBG; ausführlich dazu *Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, ZUM 2012, 273, 274 ff.

¹¹⁴⁵ Ohly/Sosnitzer/Ohly, Einleitung D, Rn. 24.

ob eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt¹¹⁴⁶ oder ob die Maßnahme gegen ein Entgelt erbracht wird^{1147, 1148} Je mehr die Handlung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und entsprechend die Absicht in den Hintergrund tritt, den Wettbewerb zu fördern, desto eher ist ein solcher Zusammenhang abzulehnen.¹¹⁴⁹

Ohne den Betrieb von Masterservern ist die Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus nicht gegeben und die Nutzungsmöglichkeit der digitalen Spielkopie bestenfalls nur zu einem Teil vorhanden. Beim Betrieb der Masterserver handelt es sich also um eine für den Erhalt und die Vermittlung des Bestandes der Gedächtnisinstitution notwendige Maßnahme. Wie bereits dargestellt, fallen sowohl der Erhalt als auch die Vermittlung von Beständen in den Aufgabenbereich der Gedächtnisinstitutionen. Aus diesem Grund steht beim Betrieb von Masterservern durch Gedächtnisinstitutionen grundsätzlich die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe des Erhalts und der Vermittlung von Beständen im Vordergrund und nicht die Förderung des Absatzes von Waren bzw. Dienstleistungen der Gedächtnisinstitution oder dritter Unternehmen. Daher stellt der Betrieb von Masterservern durch Gedächtnisinstitutionen zur Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus grundsätzlich keine geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar.

Auch der Betrieb von Masterservern zur Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus durch Forscher stellt in der Regel keine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. Es ist anzunehmen, dass der Betrieb des Servers und der Zugriff auf den Online-Mehrspielermodus hier ausschließlich innerhalb einer Forschungseinrichtung bzw. innerhalb eines Kreises von Forschern erfolgt, sodass es schon an einer für die geschäftliche Handlung erforderlichen Außenwirkung¹¹⁵⁰ fehlt. Selbst wenn aber eine solche Außenwirkung im Einzelfall bejaht werden sollte, fehlt es wiederum an einem objektiven Zusammenhang zwischen der Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus und der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren bzw. Dienstleistungen eines Unternehmens. Denn Handlungen, welche der Unterrichtung der Öffentlichkeit zu wissenschaftlichen Zielen dienen, fehlt es an diesem Zusammenhang.¹¹⁵¹

2. Zulässigkeit nach dem MarkenG

Wie bereits in Kapitel 1 erläutert, erblicken Publisher in dem Betrieb privater Server und damit zusammenhängender Handlungen insbesondere eine Verletzung ihrer Markenrechte.¹¹⁵²

¹¹⁴⁶ Ebd., Rn. 25; BGH, GRUR 1982, 425, 430 – *Brillen-Selbstabgabestellen*.

¹¹⁴⁷ LG Bonn, Urt. v. 15.11.2017 – Az. 16 O 21/16 – GRUR-RS 2017, 136665, Tz. 51 – *WarnWetter-App*; OLG Hamm, MMR 2012, 32, 33.

¹¹⁴⁸ BGH, WRP 1993, 106, 107 – *EWG-Baumusterprüfung*.

¹¹⁴⁹ Ohly/Sosnitza/Ohly, Einleitung D, Rn. 29.

¹¹⁵⁰ Siehe dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, § 2 UWG, Rn. 35.

¹¹⁵¹ Vgl. ebd., Rn. 51.

¹¹⁵² Siehe dazu die Einleitung.

Auch wenn die Publisher nicht erläutern, in welchen konkreten Fällen sie eine Verletzung ihrer Zeichenrechte annehmen würden, sind durchaus Szenarien denkbar, in denen eine nähere Prüfung einer etwaigen Verletzung von Zeichenrechten angezeigt ist.

Im Rahmen der Einrichtung und des Betriebs eines eigenen Masterservers ist es beispielsweise möglich, dass die Benutzeroberfläche des neuen Server-Browsers¹¹⁵³ mit dem geschützten Logo oder Titel des Spiels versehen wird.

Darüber hinaus ist es üblich, dass Projekte, die sich der Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus digitaler Spiele widmen, Webseiten lancieren, die Informationen über das Projekt und darüber, wie die einzelnen Spieler ihre funktionslose Spielkopie wieder funktionstüchtig machen können, enthalten. In diesem Zusammenhang erfolgt zwangsläufig ein Hinweis auf den Spieletitel¹¹⁵⁴, unter Umständen auch eine Einbettung von Logos des betroffenen digitalen Spiels in Überschriften, Bannern und anderen grafischen Gestaltungselementen der Webseiten.

Schließlich ist es auch möglich, dass sich der Spieletitel als Bestandteil im Domain-Namen wiederfindet. In all diesen Fällen würden die Spieler bzw. die an der Wiederherstellung des Supports beteiligten Personen etwaige geschützte Marken und Werktitel der Publisher verwenden.

Fraglich ist, ob in solchen Handlungen auch eine Verletzung der Markenrechte von Publishern zu erblicken ist.

Voraussetzung ist hierfür zunächst eine Benutzung der Marke bzw. des Werktitels des digitalen Spiels im geschäftlichen Verkehr.¹¹⁵⁵ Dafür ist erforderlich, dass „die Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich“¹¹⁵⁶ erfolgt. An die Benutzung im geschäftlichen Verkehr sind keine strengen Anforderungen zu stellen, sodass es auch nicht darauf ankommt, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.¹¹⁵⁷

Die Einrichtung und der Betrieb der Masterserver erfolgen in der Regel durch die Inhaber der Spielkopien im rein privaten Bereich, ohne dass sie mit diesen Tätigkeiten kommerzielle Zwecke verfolgen. Im Einzelfall kann jedoch eine Benutzung der Marke bzw. des Werktitels im geschäftlichen Verkehr anzunehmen sein, wenn das geschützte Zeichen auf einer privat betriebenen Webseite platziert wird und dort zusätzlich Banner-Werbung erscheint.¹¹⁵⁸

¹¹⁵³ Näheres zum Begriff oben in der Einleitung.

¹¹⁵⁴ So z. B. auf *SaveMGO*, Frequently Asked Questions (2020), abrufbar unter <https://savemgo.com/forums/app.php/help/faq>.

¹¹⁵⁵ Die Kriterien einer Benutzung des Werktitels im geschäftlichen Verkehr gleichen den Kriterien für dieses Tatbestandsmerkmal in Bezug auf Marken, vgl. BeckOK Markenrecht/*Mielke*, § 15 MarkenG, Rn. 15 f.

¹¹⁵⁶ EuGH, GRUR 2010, 445, 447, Tz. 50 – *Google France*.

¹¹⁵⁷ BeckOK Markenrecht/*Mielke*, § 14 MarkenG, Rn. 55.

¹¹⁵⁸ Vgl. ebd., Rn. 75.

Grundsätzlich nicht im geschäftlichen Verkehr erfolgen allerdings Handlungen zu rein wissenschaftlichen Zwecken.¹¹⁵⁹ Aus diesem Grunde stellen Einrichtung und Betrieb eines „inoffiziellen“ Masterservers zur Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus zu Forschungszwecken keine Benutzung der Marken im geschäftlichen Verkehr dar. Eine Benutzung der Marken durch öffentlich-rechtliche Gedächtnisinstitutionen im Rahmen des Betriebs der Masterserver zur Erhaltung und Vermittlung von Beständen digitaler Spiele stellt grundsätzlich ebenfalls keine Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr dar, weil hoheitliches Handeln grundsätzlich nicht von diesem Begriff erfasst wird.¹¹⁶⁰

Sofern eine Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr im Einzelfall aber zu bejahen ist, verlangt eine weitere Voraussetzung für etwaige Ansprüche des Markeninhabers gemäß § 14 Abs. 5 bis 7 MarkenG, dass der in Anspruch genommene Verletzer die geschützten Kennzeichen auch markenmäßig verwendet hat. Hierfür ist Voraussetzung, dass die benutzten Kennzeichen zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dienen.¹¹⁶¹ Der Schutz der Marke ist nämlich auf die Fälle beschränkt, in denen ihre Funktionen – insbesondere die Herkunftsfunktion – durch eine unzulässige Kennzeichenbenutzung Dritter beeinträchtigt werden (können).¹¹⁶²

In den oben beschriebenen Fällen werden die als Marken geschützten Spieletitel verwendet, um die Herkunft der digitalen Spiele zu bestimmen, auf die sich die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus bezieht. Damit hat die Benutzung der Marken den Zweck, das digitale Spiel, dessen Online-Mehrspielermodus wieder rekonstruiert werden soll, von anderen digitalen Spielen zu unterscheiden. Da die Marken somit dazu genutzt werden, um die Herkunft der digitalen Spiele zu unterscheiden, liegt auch eine markenmäßige Benutzung vor.

Für Ansprüche des Markeninhabers gegen einen Verletzer der Marke ist weiterhin Voraussetzung, dass einer der Tatbestände des § 14 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG erfüllt ist.

In den hier zu betrachtenden Fällen kommt regelmäßig eine sog. Doppelidentität der verwendeten Zeichen sowie der Waren bzw. Dienstleistungen gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG in Betracht. So liegt es nahe, dass Projekt-Webseiten, welche auf die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus bestimmter Spiele hinweisen, auch die Marken dieser Spieletitel in unveränderter Form – beispielsweise in Hinweistexten oder im Rahmen der generellen Aufmachung der Webseite (z. B. in Überschriften oder sogar als Teil des Domainnamens) – übernehmen. Darüber hinaus werden Dienstleistungen angeboten, die mit denen identisch sind, für welche die Marken der Publisher bzw. Entwickler Schutz genießen.

¹¹⁵⁹ BGH, GRUR 2004, 241, 242 – *GeDIOS*.

¹¹⁶⁰ Spindler/Schuster/Müller, § 14 MarkenG, Rn. 60.

¹¹⁶¹ BGH, GRUR 2008, 793, 794, Tz. 15 – *Rillenkoffer*; EuGH, GRUR Int. 1999, 438, 441, Tz. 38 – *BMW*.

¹¹⁶² BGH, GRUR 2008, 793, 794, Tz. 15.

Aus den gleichen Gründen ist auch eine Verwirklichung des Tatbestandes des § 15 Abs. 2 MarkenG mit Blick auf Werktitel anzunehmen. Die Benutzung eines identischen Unternehmenskennzeichens wird von diesem Tatbestand, der ausdrücklich nur die Verwechslungsgefahr wegen Ähnlichkeit der Zeichen regelt, mit umfasst.¹¹⁶³

Auch wenn die Verletzungstatbestände des § 14 Abs. 2 Nr. 1 und § 15 Abs. 2 MarkenG erfüllt sind, hat dies aber noch nicht zwangsläufig zur Folge, dass der Inhaber der Marke bzw. des Werktitels die Nutzung untersagen darf. Zu beachten ist nämlich, dass § 23 MarkenG bestimmte Nutzungen von Marken und Unternehmenskennzeichen für zulässig erklärt.

In Betracht kommt hier § 23 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG. Hiernach dürfen eine Marke bzw. ein Werktitel „zu Zwecken der Identifizierung oder zum Verweis auf Waren oder Dienstleistungen als die des Inhabers der Marke [benutzt werden], insbesondere wenn die Benutzung der Marke als Hinweis auf die Bestimmung einer Ware insbesondere als Zubehör oder Ersatzteil oder einer Dienstleistung erforderlich ist“.

Die Benutzung einer Marke zu dem Zweck, die Öffentlichkeit darauf hinzuweisen, dass sich beispielsweise Wartungs- und Instandsetzungsdienstleistungen auf bestimmte Markenwaren oder -Dienstleistungen beziehen, ist damit grundsätzlich erlaubt.¹¹⁶⁴ Die Benutzung der Marke muss allerdings für den Bestimmungshinweis notwendig sein. Dies bedeutet, dass die Benutzung der Marke praktisch das einzige Mittel dafür darstellt, um der Öffentlichkeit eine verständliche und vollständige Information über die Bestimmung der vom Dritten vertriebenen Waren oder erbrachten Dienstleistungen zu liefern.¹¹⁶⁵

Die Benutzung darf außerdem nicht gegen die „anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel“ verstoßen, vgl. § 23 Abs. 2 MarkenG. Dieses Tatbestandsmerkmal verlangt, dass berechnete Interessen des Markeninhabers der Benutzung der Marke bzw. des Werktitels nicht entgegenstehen dürfen.¹¹⁶⁶ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn entweder

(1) durch die Benutzung der Eindruck entsteht, dass eine Handelsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Markeninhaber existiert, (2) durch die Benutzung der Wert der Marke bzw. des Werktitels dadurch beeinträchtigt wird, dass sie deren Unterscheidungskraft oder deren Wertschätzung in unlauterer Weise ausnutzt, (3) durch die Benutzung eine Herabsetzung der Marke bzw. des Werktitels erfolgt, oder (4) der Dritte seine Ware als eine Nachahmung der Markenware darstellt.¹¹⁶⁷

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien sind solche Benutzungen von der Schranke des § 23 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG erfasst sein, bei denen die Informationsvermittlung im Vordergrund steht und welche die Benutzung der Marke bzw. des Werktitels auf das

¹¹⁶³ Vgl. BeckOK Markenrecht/*Thalmaier*, § 15 MarkenG, Rn. 31.

¹¹⁶⁴ EuGH, GRUR Int. 1999, 438, 442, Tz. 59.

¹¹⁶⁵ EuGH, GRUR 2005, 509, 511 f., Tz. 34 ff. – *Gillette; Lange*, Markenrecht, Rn. 3651.

¹¹⁶⁶ EuGH, GRUR 2005, 509, 512 f., Tz. 49; BeckOK Markenrecht/*Kretschmar*, § 23 MarkenG, Rn. 46; *Lange*, Markenrecht, Rn. 3654.

¹¹⁶⁷ EuGH, GRUR 2005, 509, 513, Tz. 49.

zu diesem Zweck notwendige Maß beschränken. Dies sind beispielsweise Informations- und Hinweistexte auf den Projektwebseiten, welche die als Wortmarken geschützten Spieletitel verwenden, um darauf hinzuweisen, welcher Online-Mehrspielermodus von welchem Spiel wiederhergestellt worden ist.

Nicht mehr unter die Schranke fällt dagegen die Verwendung von Wortbildmarken, da es für den Hinweis nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG in der Regel ausreichen dürfte, allein den Spieletitel als solchen und damit die Wortmarke zu verwenden.¹¹⁶⁸

Unzulässig und damit nicht von der Schranke gedeckt ist auch die Verwendung der Marke als Bestandteil des Domain-Namens, da der Nutzer hier in unzulässiger Weise vom Ansehen der Marke profitiert und sich dieses zunutze macht, ohne dass ein Verweis auf die Markenprodukte im Rahmen des Domain-Namens erforderlich ist.¹¹⁶⁹

Die soeben durchgeführte zeichenrechtliche Prüfung steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass nach wie vor noch ein zeichenrechtlicher Schutz für den Spieletitel besteht.

Mit Blick auf Werktitel ist dabei zu beachten, dass der Schutz desselben von seiner Benutzung durch den Berechtigten abhängt. Mit der endgültigen Aufgabe der Benutzung des Werktitels durch seinen Berechtigten entfällt grundsätzlich auch das Recht an diesem.¹¹⁷⁰ Dies gilt jedoch erst ab dem Zeitpunkt, zu dem das digitale Spiel endgültig nicht mehr neu auf dem Markt erworben werden kann.¹¹⁷¹

Darüber hinaus kann gemäß § 25 Abs. 1 MarkenG der Inhaber einer eingetragenen Marke keine Ansprüche gemäß § 14 MarkenG geltend machen, wenn die Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Geltendmachung des Anspruchs nicht gem. § 26 MarkenG benutzt worden ist, sofern zu diesem Zeitpunkt seit mindestens fünf Jahren kein Widerspruch mehr gegen die Marke möglich war.

Der Anspruchsgegner des Markeninhabers muss den Einwand der Nichtbenutzung als Einrede im Prozess geltend machen.¹¹⁷² Der Benutzungszwang verlangt, dass die Marke „auf dem Markt der durch sie geschützten Waren oder Dienstleistungen benutzt wird“.¹¹⁷³ Die Benutzung der Marke muss sich dabei auf Waren beziehen, die „bereits vertrieben werden“ oder deren Vertrieb „unmittelbar bevorsteht“.¹¹⁷⁴ Dies ist bei digitalen Spielen, deren Support von Online-Komponenten eingestellt wurde, jedoch in der Regel nicht der Fall. Denn mit der Beendigung des Supports der Online-Komponenten geht in der Regel auch eine Einstellung des Vertriebs der entsprechenden digitalen Spiele einher. In solchen Fällen kann daher eine mangelnde Benutzung im Sinne des § 25 Abs. 1 MarkenG in Betracht kommen. Anders kann die Rechtslage allerdings dann zu bewerten sein, wenn die Marke einen Serientitel schützt, der aus mehreren

¹¹⁶⁸ Vgl. dazu BGH, GRUR 2011, 1135, 1138, Tz. 26 – *GROSSE INSPEKTION FÜR ALLE*.

¹¹⁶⁹ Vgl. *Lange*, Markenrecht, Rn. 3656.

¹¹⁷⁰ BeckOK Markenrecht/*Weiler*, § 5 MarkenG, Rn. 250.

¹¹⁷¹ Vgl. ebd., Rn. 247; vgl. auch *Körner*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 3, Rn. 60.

¹¹⁷² BeckOK Markenrecht/*Bogatz*, § 25 MarkenG, Rn. 27.

¹¹⁷³ EuGH, GRUR 2003, 425, 427 f., Tz. 37 – *Ansul/Ajax*.

¹¹⁷⁴ Ebd., 427f., Tz. 37.

Nachfolge-Spieltiteln besteht, und neuere Spiele unter diesem Serientitel noch vertrieben werden.

Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass die Benutzung der Marken bzw. Werktitel des Publishers im Rahmen der Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus – beispielsweise in Hinweis- und Informationstexten auf Projektwebseiten – in der Regel bereits keine markenmäßige Benutzung darstellt, weil es an einer Benutzung der Marke für Waren und Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr fehlt.

Doch selbst im Falle der Bejahung einer markenmäßigen Benutzung im geschäftlichen Verkehr dürfte in der Regel die Schranke des § 23 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG eingreifen, welche die Benutzung von Marken und Werktiteln zum Zwecke des Hinweises auf die Bestimmung der angebotenen Dienstleistung zulässt. Dabei muss sich die Benutzung der Marke aber im Rahmen des Erforderlichen bewegen und darf diesen nicht überschreiten. Zu beachten ist darüber hinaus, dass im Einzelfall auch die Einrede der Nichtbenutzung der Marke durch den Publisher in Betracht kommen kann.

D. Zulässigkeit der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele nach US-amerikanischem Copyright law

Mit der Frage, ob die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele zulässig ist, hatte sich das *Copyright Office* in den USA im Rahmen des sog. *Sixth Triennial Section 1201 Proceeding* befasst.

Dieses – im Folgenden auch „Rechtsetzungsverfahren“ genannte – Verfahren wurde bereits in der Einleitung kurz dargestellt und soll im Folgenden sowohl hinsichtlich seiner Hintergründe als auch seiner Ergebnisse näher erläutert werden.

Wie auch das deutsche und europäische Urheberrecht verbietet der US-amerikanische Copyright Act¹¹⁷⁵ die Umgehung technischer Maßnahmen zum Schutze von urheberrechtlich geschützten Werken. Sec. 1201 des Copyright Act wurde durch den *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)* 1998 eingeführt.¹¹⁷⁶

Sec. 1201(a)(1)(C) des *Copyright Act* überträgt dem *Librarian of Congress* die Aufgabe, im Rahmen eines Rechtsetzungsverfahrens Gruppen von urheberrechtlich geschützten Werken im Sinne des sec. 1201(a)(1)(B) zu bestimmen, die vom Verbot der Umgehung technischer Schutzmaßnahmen ausgenommen werden sollen. Gemäß sec. 1201(a)(1)(C) sollen solche Werke vom Umgehungsverbot ausgenommen werden, deren Nutzer ansonsten in ihrem rechtmäßigen Gebrauch dieser Werke eingeschränkt werden würden. Ein solch rechtmäßiger Gebrauch kann sich z. B. aus der Schrankenorm des sec. 107 ergeben, welcher die *fair use*-Klausel beinhaltet.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁵ 17 U.S.C. sec. 1201(a)(1)(A).

¹¹⁷⁶ Vgl. *Bechtold*, Informationsrecht, S. 207 f.

¹¹⁷⁷ Vgl. *US Copyright Office*, Understanding the Section 1201 Rulemaking (2015), 2, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/2015_1201_FAQ_final.pdf.

Die Bestimmung solcher Werkkategorien erfolgt alle drei Jahre auf Empfehlung vom Direktor des *Copyright Office*, dem *Register of Copyrights* – zur Zeit des hier behandelten Rechtsetzungsverfahrens war dies *Maria A. Pallante*.

Das Rechtsetzungsverfahren beginnt mit einem öffentlichen Aufruf an die Bevölkerung der USA, Vorschläge für urheberrechtlich geschützte Werke einzureichen, die vom Verbot des sec. 1201(a)(1)(A) ausgenommen werden sollen. Alle sich daran anschließenden Verfahrensschritte können auf der Webseite des *Copyright Office* verfolgt werden und umfassen u. a. die Einsendung und Auswertung schriftlicher Stellungnahmen und öffentliche Anhörungen. Den Abschluss bilden die Empfehlung der *Register of Copyrights* und die *Final Rule* des *Librarian of Congress*. Dabei ist zu beachten, dass die beschlossenen Ausnahmen lediglich bis zum nächsten Rechtsetzungsverfahren gelten und sodann – sofern sich für die Erneuerung der Ausnahme keine Fürsprecher melden, welche die Ausnahmen erneut erfolgreich durchsetzen – außer Kraft treten.¹¹⁷⁸

2015 fand das sechste Rechtsetzungsverfahren seit dem Inkrafttreten des *DMCA* im Jahre 1998 statt. In diesem Verfahren hatte die *EFF* zusammen mit der Harvard Law School-Studentin *Kendra Albert* vorgeschlagen, die Umgehung von technischen Maßnahmen für digitale Spiele zu erlauben, sofern der Zweck dieser Umgehung darin besteht, den Einzel- oder den Mehrspielermodus des Spiels wieder nutzbar zu machen, nachdem der Entwickler den Support für diese Online-Komponenten eingestellt hat.¹¹⁷⁹ Im Verlaufe des Rechtsetzungsverfahrens unterstützten nicht nur Forscher und Gedächtnisinstitutionen die Petition, sondern es meldeten sich auch mehr als 1230 Einzelpersonen¹¹⁸⁰ schriftlich zu Wort, von denen ein Großteil private Inhaber von Kopien digitaler Spiele war. Die Ansichten und Standpunkte der Interessengruppen mit Blick auf die Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele, die im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens vorgebracht wurden, sind bereits in Kapitel 1 dieser Arbeit ausführlich dargestellt worden.

Der *Librarian of Congress* hatte schließlich am 20. Oktober 2015 mit seiner *Final Rule* das Rechtsetzungsverfahren abgeschlossen.

Auf Grundlage der Empfehlung *Pallantes* entschied der *Librarian of Congress*, dass solche Kopien digitaler Spiele vom Umgehungsverbot ausgenommen werden, deren Nutzungsmöglichkeit infolge der Einstellung des Betriebs von Authentication-Servern wegfällt.¹¹⁸¹ Sowohl Privatpersonen als auch Gedächtnisinstitutionen dürfen bei solchen Spielkopien nunmehr Vervielfältigungen und Veränderungen vornehmen, die

¹¹⁷⁸ Vgl. ebd., 3.

¹¹⁷⁹ Vgl. *Electronic Frontier Foundation*, Petition of Electronic Frontier Foundation and Kendra Albert (2014), 1, abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2014/petitions/Electronic_Frontier_Foundation_and_Kendra_Albert_1201_Initial_Submission_2014.pdf.

¹¹⁸⁰ *Register of Copyrights*, Recommendation of the Register of Copyrights (2015), S. 322, abrufbar unter <http://copyright.gov/1201/2015/registers-recommendation.pdf>.

¹¹⁸¹ *Librarian of Congress*, Federal Register, Vol. 80, No. 208 (2015), S. 65957, abrufbar unter <http://copyright.gov/fedreg/2015/80fr65944.pdf>.

notwendig sind, um die Nutzungsmöglichkeit des Spiels wiederherzustellen.¹¹⁸² Der Zweck kann dabei darin bestehen, entweder das Spiel privat wieder spielen zu können oder Erhaltungsmaßnahmen von Gedächtnisinstitutionen zu ermöglichen, solange dies zu nicht kommerziellen Zwecken geschieht und das Spiel nicht außerhalb der Räumlichkeiten der Gedächtnisinstitution vertrieben wird.¹¹⁸³ Unter den gleichen Bedingungen dürfen ausschließlich Gedächtnisinstitutionen ein eventuell erforderliches *Jailbreaking* von Spielekonsolen vornehmen, um die Nutzungsmöglichkeit von Konsolenspielen wiederherzustellen.¹¹⁸⁴

Die *EFF* und *Albert* begründeten ihre Petition maßgeblich damit, dass es sich bei den für die Wiedernutzbarmachung supportloser digitaler Spiele notwendigen Maßnahmen um „faire Nutzungen“ im Sinne der *fair use*-Klausel gemäß sec. 107 des Copyright Act handle.¹¹⁸⁵ Zur Bestimmung dessen, ob eine Nutzung als *fair* und damit nicht als Rechtsverletzung anzusehen ist, erfolgt die Prüfung im Einzelfall anhand von vier Faktoren:

1. *der Zweck und die Art der Nutzung, einschließlich der Frage, ob die Nutzung zu kommerziellen oder zu nicht kommerziellen Bildungszwecken erfolgt* (the purpose and character of the use, including whether such use is of commercial nature or is for non-profit educational purposes),

2. *die Natur des geschützten Werkes* (the nature of the copyrighted work),

3. *der Umfang und die Bedeutung des genutzten Teils des Werks im Verhältnis zum geschützten Werk als Ganzes* (the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole) und

4. *die Auswirkung der Nutzung des geschützten Werks auf seine potenzielle Verwertung oder seinen Wert* (the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work).

Die *EFF* und *Albert* sahen den ersten Faktor als erfüllt an, weil die Wiedernutzbarmachung dazu diene, die Interoperabilität zwischen rechtmäßig erworbenen Kopien digitaler Spiele und neuen Servern herzustellen und weil diese Wiedernutzbarmachung zu nicht kommerziellen Zwecken erfolge.¹¹⁸⁶ Die Herstellung von Interoperabilität sei dabei ein Zweck, der vom (amerikanischen) Copyright law erwünscht sei.

¹¹⁸² Ebd.

¹¹⁸³ Ebd., S. 65957.

¹¹⁸⁴ Ebd.

¹¹⁸⁵ *Electronic Frontier Foundation*, Comments of the Electronic Frontier Foundation (2015), S. 6ff., abrufbar unter http://copyright.gov/1201/2015/comments-020615/InitialComments_longform_EFF_Class23.pdf.

¹¹⁸⁶ Ebd., S. 7.

Darüber hinaus sei auch der zweite Faktor erfüllt, da die Wiedernutzbarmachung der Spielkopie letztlich nur die Änderung funktionaler Aspekte der Spielesoftware erfordere, welche nur in geringem Maße Urheberrechtsschutz genießen.¹¹⁸⁷ Da es sich außerdem bei den zum Zwecke der Wiedernutzbarmachung zu ändernden Programmbestandteilen nur um kleine Teile des Computerprogramms handle, sei auch der dritte Faktor erfüllt.¹¹⁸⁸

Der vierte Faktor spreche ebenfalls für eine Einordnung der Wiedernutzbarmachung von supportlosen digitalen Spielen, da dadurch der Wert der digitalen Spiele steige und eine Beeinträchtigung der Verwertung ohnehin nicht mehr in Betracht kommen könne, wenn das Werk vom Rechtsinhaber nicht mehr vertrieben wird.¹¹⁸⁹

Insgesamt hätte die erstrebte Ausnahme aus Sicht von *EFF* und *Albert* positive Effekte für Wissenschaft und Forschung, aber auch für Spielergemeinschaften, die oftmals die Supportzeiträume der Publisher überdauerten.¹¹⁹⁰

Pallante schloss sich der Einschätzung der Antragenden hinsichtlich der Eliminierung nicht spielbezogener Online-Komponenten im Grundsatz an. Allerdings spreche der vierte Faktor nicht für den Jailbreak von Spielekonsolen.¹¹⁹¹ Mithilfe eines Jailbreaks könnten Spielekonsolen letztlich auch dafür verwendet werden, Raubkopien digitaler Spiele zu nutzen, deren Support noch nicht beendet worden ist.¹¹⁹² Dadurch würde der Wert der Spielekonsole als Distributionsplattform insgesamt geschmälert.¹¹⁹³ Im Gegensatz dazu könne jedoch der Jailbreak von Spielekonsolen durch Gedächtnisinstitutionen zur Wiedernutzbarmachung supportloser digitaler Spiele als eine faire Nutzung angesehen werden, solange sich diese Nutzung auf die Räumlichkeiten dieser Einrichtungen beschränkt, die noch dazu diese Handlungen ausschließlich zu nicht kommerziellen Zwecken vornehmen.¹¹⁹⁴

Pallante beschied demgegenüber die Petition für eine Erlaubnis der Umgehung technischer Maßnahmen zum Zwecke der Wiederherstellung von spielbezogenen Online-Komponenten negativ.¹¹⁹⁵ Die wesentlichen Gründe hierfür waren zum einen, dass die Nutzungsmöglichkeit hier nicht aufgrund einer serverbasierten technischen Maßnahme wegfällt, sondern wegen eines externen, vom Publisher betriebenen Services, der nunmehr eingestellt wurde.¹¹⁹⁶ Die Petition von *EFF* und *Albert* scheint insofern nicht in den Anwendungsbereich des § 1201(a)(1)(A) des Copyright Act zu fallen.

¹¹⁸⁷ Ebd.

¹¹⁸⁸ Ebd.

¹¹⁸⁹ Ebd., S. 7 f.

¹¹⁹⁰ Ebd., S. 8 ff.

¹¹⁹¹ *Register of Copyrights*, Recommendation of the Register of Copyrights (2015), S. 339f., abrufbar unter <http://copyright.gov/1201/2015/registers-recommendation.pdf>.

¹¹⁹² Ebd.

¹¹⁹³ Ebd.

¹¹⁹⁴ Ebd., S. 344.

¹¹⁹⁵ Ebd., S. 345 f.

¹¹⁹⁶ Ebd., S. 345.

Darüber hinaus war *Pallante* der Auffassung, dass letztlich in vielen Fällen der Online-Mehrspielermodus durch einen LAN-Mehrspielermodus¹¹⁹⁷ in gleichwertiger Weise ersetzt werden könne.¹¹⁹⁸ Schließlich deutete *Pallante* an, dass die Nachschöpfung und Implementierung der Kommunikationsprotokolle sowie der Betrieb unautorisierter Server gegen die Vorschrift des sec. 1201(a)(2) verstoße, welche es insbesondere untersagt, Produkte oder Dienstleistungen anzubieten, die primär dazu bestimmt sind, technische Maßnahmen zu umgehen.¹¹⁹⁹

Im Jahr 2018 hat das *Copyright Office* das *Seventh Triennial Section 1201 Proceeding* eingeleitet.¹²⁰⁰ *Alex Handy*, der Gründer und Direktor des *The Museum of Art and Digital Entertainment*, hat im Rahmen dieses Verfahrens beantragt, dass die 2015 erlassene Ausnahme supportloser digitaler Spiele vom Umgehungsverbot erneuert wird und damit für weitere drei Jahre in Kraft bleibt.¹²⁰¹

E. Zusammenfassung

Die Zulässigkeit der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit supportloser digitaler Spiele hängt davon ab, ob Online-DRM-Systeme, die als technische Maßnahmen im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG bzw. als Programmschutzmechanismen gemäß § 69f Abs. 2 UrhG eingeeordnet werden, betroffen sind oder vielmehr der Online-Mehrspielermodus.

Die Online-DRM-Systeme dürfen zum Zwecke der Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit der Spielkopie nicht eliminiert werden. Zwar kann die Entfernung supportloser Programmschutzmechanismen als Fehlerberichtigung gemäß § 69d Abs. 1 UrhG angesehen werden, jedoch setzt sich § 95a Abs. 1 UrhG, welcher die Umgehung technischer Maßnahmen verbietet, gegenüber dieser Vorschrift durch. Dies gilt unabhängig davon, welche Personengruppe die Eliminierung vornimmt: Spieler, Forscher oder Gedächtnisinstitutionen. Darüber hinaus ist es auch unzulässig, Anleitungen oder Umgehungssoftware zu verbreiten bzw. anzubieten, die eine Hilfestellung zur Umgehung der supportlosen Online-DRM-Systeme bieten sollen.

Grundsätzlich anders ist die Rechtslage dagegen hinsichtlich der Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus zu beurteilen. Mit Blick auf Spieler sind sowohl die Verbindung der Spielkopie mit einem neuen Server, das Reverse Engineering von

¹¹⁹⁷ Siehe zum Begriff oben, S. 19.

¹¹⁹⁸ *Register of Copyrights*, Recommendation of the Register of Copyrights (2015), S. 345, abrufbar unter <http://copyright.gov/1201/2015/registers-recommendation.pdf>.

¹¹⁹⁹ Ebd., S. 346.

¹²⁰⁰ *Copyright Office*, Seventh Triennial Section 1201 Proceeding (2018), abrufbar unter <https://www.copyright.gov/1201/2018/>.

¹²⁰¹ *Handy*, Comment of the Museum of Art and Digital Entertainment (2018), S. 2ff., abrufbar unter <https://www.copyright.gov/1201/2018/comments-121817/class8/class-08-initialcomments-made.pdf>.

Kommunikationsprotokoll und Payload als auch der Serverbetrieb und weitere Maßnahmen wie informatorische Hinweise im Netz auf den neuen Server zulässig, sofern die Maßnahmen zu privaten und nicht kommerziellen Zwecken vorgenommen werden. Die Implementierung von patentrechtlich geschützten Kommunikationsprotokollen durch Forscher und Gedächtnisinstitutionen, welche die Spezifikationen des Protokolls im Wege des Reverse Engineering ermittelt hatten, stellt jedoch eine Patentverletzung dar.

Im Falle des Fehlens einer vertraglichen Vereinbarung über die Offenlegung des Kommunikationsprotokolls und der Lizenzierung der Nutzung desselben scheidet die Herleitung einer solchen Pflicht sowohl nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung als auch unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten aus. Eine solche Pflicht würde den Imitations-, nicht jedoch den Substitutionswettbewerb fördern und die Schutzrechte des Rechtsinhabers am Kommunikationsprotokoll leerlaufen lassen.

Während somit nach deutschem und europäischem Recht die Wiederherstellung des Supports der Online-Komponenten weitgehend zulässig, die Eliminierung der supportlosen serverbasierten Online-DRM-Systeme dagegen nicht erlaubt ist, stellt sich die Situation in den Vereinigten Staaten – zumindest aus urheberrechtlicher Sicht – genau umgekehrt dar. Im Rahmen des oben erläuterten Rechtsetzungsverfahrens plädierte die *Register of Copyrights, Pallante*, zwar für eine Ausnahme vom Verbot der Umgehung technischer Maßnahmen mit Blick auf supportlose serverbasierte Online-DRM-Systeme. *Pallante* sprach sich jedoch gegen eine Erlaubnis für eine Wiederherstellung der Nutzungsmöglichkeit des Online-Mehrspielermodus aus – wohl schon deshalb, weil mangels technischer Maßnahmen, die eine Nutzungsmöglichkeit einschränken würden, der *Librarian of Congress* eine solche Erlaubnis nach sec. 1201(a)(1)(C) gar nicht erteilen könnte. Nach Ansicht der *Register of Copyrights* bestehen darüber hinaus oftmals auch gleichwertige alternative Möglichkeiten, wie z. B. der LAN-Mehrspielermodus, welche den Online-Mehrspielermodus ersetzen könnten.

Fazit

Die Beendigung des Supports des Online-Mehrspielermodus oder von Online-DRM-Systemen kann zu nicht unerheblichen Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels führen. Die Tatsache, dass Supportverpflichtete den Support dieser Online-Komponenten recht willkürlich und zu nicht vorhersehbaren Zeiten beenden, verstärkt eine bei privaten Inhabern von Spielkopien, Forschern und Gedächtnisinstitutionen vorhandene Unsicherheit darüber, ob überhaupt ein Anspruch auf Support besteht und wie lange der Support der Online-Komponenten erbracht werden muss.

Die Arbeit hat gezeigt, dass dieser Rechtsunsicherheit keinesfalls eine Rechtslosigkeit der Erwerber digitaler Spiele gegenübersteht. Selbst wenn es an einer ausdrücklichen Regelung im Überlassungsvertrag fehlt, kann eine Pflicht zum Support im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ermittelt werden, die typologisch grundsätzlich dem Dienstvertragsrecht untergeordnet werden kann.

Es gilt jedoch zu beachten, dass eine pauschale Aussage darüber, wann welche Supportpflichten entstehen, angesichts des sehr heterogenen Marktes digitaler Spiele nicht möglich ist. Es kommt daher vielmehr auf den Einzelfall und – insbesondere – auf die Art des digitalen Spiels an. Handelt es sich also beispielsweise um ein digitales Spiel, bei dem alle Online-Komponenten bereits nach dem Erwerb Support erhalten sollen oder vielmehr um ein Spiel, bei dem für den Support des Online-Mehrspielermodus etwa der Abschluss eines zusätzlichen, entgeltpflichtigen Vertrages erforderlich ist? Nach dieser Unterscheidung bestimmt sich letztlich, wann für wen eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten entsteht.

Im deutschen Recht kann sich dabei – wiederum abhängig von der Art des digitalen Spiels – ein Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten als Ergebnis einer Abwägung der Interessen des Erwerbers des digitalen Spiels und des Supportverpflichteten ergeben. Es besteht nämlich ein enger funktioneller Zusammenhang zwischen dem Spielclient und dem Support der Online-Komponenten. Dieser enge funktionelle Zusammenhang, die Erwartung des Erwerbers, das Spiel für einen längeren Zeitraum nutzen zu können und die faktische Unfähigkeit des Erwerbers, mit dem Supportverpflichteten einen Kündigungsausschluss zu vereinbaren, rechtfertigen bei bestimmten digitalen Spielen bzw. virtuellen Gegenständen einen temporären Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten in Bezug auf den Support der Online-Komponenten.

Die Wiederherstellung des Online-Mehrspielermodus ist grundsätzlich dann zulässig, wenn sie nicht zu kommerziellen Zwecken und nur im privaten Bereich vorgenommen wird. Ganz anders stellt sich dagegen die Situation bei supportlosen Online-DRM-Systemen dar. Hier wird das für digitale Spiele bereits seit Längerem bekannte Problem der rechtlichen Behandlung urheberrechtlich geschützter, komplexer, multimedialer Werke besonders deutlich: Während die Eliminierung der supportlosen Online-DRM-Systeme – welche letztlich alle Bestandteile des digitalen Spiels schützen – gemäß § 69d Abs. 1 UrhG grundsätzlich zulässig ist, handelt es sich bei der Beseitigung solcher Online-DRM-Systeme zugleich um eine unzulässige Umgehung technischer Maßnahmen i. S. d. § 95a Abs. 1 UrhG. Da sowohl die Regelungen der §§ 69a ff. UrhG als auch der §§ 95a ff. UrhG auf digitale Spiele – und damit auch auf die technischen Maßnahmen – Anwendung finden, setzt sich das strengere Regelungsregime durch mit der Folge, dass die Eliminierung der supportlosen Online-DRM-Systeme insgesamt unzulässig ist.

Ein Anspruch nach § 95b Abs. 2 UrhG gegen den Rechtsinhaber auf Zurverfügungstellung von Mitteln zur Umgehung technischer Maßnahmen steht außerdem lediglich Forschern und Gedächtnisinstitutionen unter bestimmten Umständen zu, nicht jedoch privaten Nutzern digitaler Spiele. Ein Anspruch auf Lizenzierung der Nutzung des Kommunikationsprotokolls besteht – sofern er nicht ausdrücklich vertraglich geregelt ist – ebenfalls nicht.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Literaturverzeichnis

- Adams, Ernest*, Fundamentals of Game Design, 3. Auflage, 2014, zitiert als *Adams*, Game Design
- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter* (Hrsg.), BeckOK Urheberrecht, 23. Edition, 2019, zitiert als *Ahlberg/Götting/Bearbeiter*
- Alexander, Christian/Bornkamm, Joachim/Buchner, Benedikt/Fritzsche, Jörg/Lettl, Tobias* (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, 2014, zitiert als *Bearbeiter*, in FS Köhler
- Alpert, Frank*, Kommerzielle Online-Nutzung von Computerprogrammen, CR 2000, S. 345-350, zitiert als *Alpert*, CR 2000, 345
- Arlt, Christian*, Digital Rights Management-Systeme – Begriff, Funktion und rechtliche Rahmenbedingungen nach den jüngsten Änderungen des UrhG – insbesondere zum Verhältnis der §§ 95a ff. UrhG zum Zugangskontrolldiensteschutzgesetz (ZKDSG), GRUR 2004, S. 548-554, zitiert als *Arlt*, GRUR 2004, 548
- ders.*, Ansprüche des Rechteinhabers bei Umgehung seiner technischen Schutzmaßnahmen, MMR 2005, S. 148-155, zitiert als *Arlt*, MMR 2005, 148
- ders.*, Digital Rights Management Systeme – Der Einsatz technischer Maßnahmen zum Schutz digitaler Inhalte, 2006, zitiert als *Arlt*, Digital Rights Management Systeme
- Armitage, Grenville/Claypool, Mark/Branch, Philip*, Networking and Online Games – Understanding and Engineering Multiplayer Internet Games, 2006, zitiert als *Armitage/Claypool/Branch*, Online Games
- Armitage, Grenville/Heyde, Amiel*, REED: Optimizing first person shooter game server discovery using network coordinates, ACM Transactions on Multimedia Computing, Communications and Applications 2012, 20:1, zitiert als *Armitage/Heyde*, ACM Transactions on Multimedia Computing, Communications and Applications 2012, 20:1
- Arnold, Bernhard*, Anmerkung zu BGH, Videospiele-Konsolen I, Beschl. v. 06.02.2013, Az. X ZR 124/11, GRUR-Prax 2013, S. 410, zitiert als *Arnold*, GRUR-Prax 2013, 410
- Arnold, Bernhard/Timmann, Tobias*, Ist die Verletzung des § 95a Abs. 3 UrhG durch den Vertrieb von Umgehungsmitteln keine Urheberrechtsverletzung?, MMR 2008, S. 286-291, zitiert als *Arnold/Timmann*, MMR 2008, 286

© Der/die Autor(en) 2020

M. Vonthien, *Online-Komponenten digitaler Spiele*, Juridicum –
Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht,

<https://doi.org/10.1007/978-3-658-29993-4>

- Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell* (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage, 2016, zitiert als *Bearbeiter*, in Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht
- Bach, Ivo*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, S. 1705-1711, zitiert als *Bach*, NJW 2019, 1705
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), BeckOK BGB, 48. Edition, 2018, zitiert als BeckOK BGB/*Bearbeiter*
- Bär, Wolfgang/Hoffmann, Helmut*, Das Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz – Ein erster Schritt auf dem richtigen Weg, MMR 2002, S. 654-658, zitiert als *Bär/Hoffmann*, MMR 2002, 654
- Baranowski, Anne/Glaßl, Ramón*, Anforderungen an den Geheimnisschutz nach der neuen EU-Richtlinie, BB 2016, S. 2563-2569, zitiert als *Baranowski/Glaßl*, BB 2016, 2563
- Barron, Todd*, Multiplayer Game Programming, 2001, zitiert als *Barron*, Multiplayer
- Bartl, Harald*, Hardware, Software und Allgemeine Geschäftsbedingungen, CR 1985, S. 13-22, zitiert als *Bartl*, CR 1985, 13
- ders.*, Rechtliche Problematik der Softwareverträge, BB 1988, S. 2122-2126, zitiert als *Bartl*, BB 1988, 2122
- Bartsch, Michael*, Softwareüberlassung – was ist das?, CR 1992, S. 393-397, zitiert als *Bartsch*, CR 1992, 393
- ders.*, Software und das Jahr 2000 – Haftungsrechtliche Probleme, CR 1998, S. 193-198, zitiert als *Bartsch*, CR 1998, 193
- ders.*, Softwarepflege nach neuem Schuldrecht, NJW 2002, S. 1526-1530, zitiert als *Bartsch*, NJW 2002, 1526
- ders.*, Software als Rechtsgut – Zur Wahrnehmung von Software aus Sicht des Rechts, zur Begriffsbildung im Recht und zu den praktischen Konsequenzen, CR 2010, S. 553-559, zitiert als *Bartsch*, CR 2010, 553
- Baumann, Hendrik/Hofmann, Ruben A.*, Hybride Computer- und Videospiele aus jugendschutzrechtlicher Sicht, ZUM 2010, S. 863-873, zitiert als *Baumann/Hofmann*, ZUM 2010, 863
- Baumgartner, Ulrich/Ewald, Konstantin*, Apps und Recht, 2. Auflage, 2016, zitiert als *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht
- Baus, Christoph A.*, Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von Nutzungsrechten?, MMR 2002, S. 14-17, zitiert als *Baus*, MMR 2002, 14
- ders.*, Verwendungsbeschränkungen in Software-Überlassungsverträgen, 2004, zitiert als *Baus*, Verwendungsbeschränkungen
- Beater, Axel*, Unlauterer Wettbewerb, 2011, zitiert als *Beater*, Unlauterer Wettbewerb
- Bechtold, Stefan*, Vom Urheber- zum Informationsrecht – Implikationen des Digital Rights Management, 2002, zitiert als *Bechtold*, Informationsrecht

- Benkard, Georg* (Begr.), Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz Patentkostengesetz, 11. Auflage, 2015, zitiert als *Benkard/Bearbeiter*
- Berberich, Matthias*, Virtuelles Eigentum, 2010, zitiert als *Berberich*, Virtuelles Eigentum
- Berger, Christian*, Der Beschaffenheitsbegriff des § 434 Abs. 1 BGB, JZ 2004, S. 276-283, zitiert als *Berger*, JZ 2004, 276
- Betten, Jürgen*, Anmerkung zu BGH, Betriebssystem, Urt. v. 04.10.1990, Az. I ZR 139/89, GRUR 1991, S. 453-455, zitiert als *Betten*, GRUR 1991, 453
- Beutelspacher, Albrecht*, Kryptologie – Eine Einführung in die Wissenschaft vom Verschlüsseln, Verbergen und Verheimlichen, 10. Auflage, 2015, zitiert als *Beutelspacher*, Kryptologie
- Bischof, Elke/Witzel, Michaela*, Softwarepflegeverträge – Inhalte und Problemstellungen, ITRB 2003, S. 31-38, zitiert als *Bischof/Witzel*, ITRB 2003, 31
- Blümich, Walter* (Begr.), EStG, KStG, GewStG – Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Band 1: §§ 1-8 EStG, 145 Ergänzungslieferung, 2018, zitiert als *Blümich/Bearbeiter*
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Auflage, 2016, zitiert als *Bork*, BGB AT
- Bork, Reinhard/Hoeren, Thomas/Pohlmann, Petra* (Hrsg.), Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70. Geburtstag Bd. II Zivilrecht, 2004, zitiert als *Bearbeiter*, in FS Kollhosser
- Bösert, Bernd*, Nießbrauch an Computerprogrammen, 1992, zitiert als *Bösert*, Nießbrauch
- Bozcan, Selcuk/Isler, Veysi*, Network modeling and simulation of massively multiplayer online games, Simulation: Transactions of the Society for Modeling and Simulation International 2011, S. 908-920, zitiert als *Bozcan/Isler*, Simulation: Transactions of the Society for Modeling and Simulation International 2011, 908
- Brandi-Dohrn, Anselm/Lejeune, Mathias* (Hrsg.), Recht 2.0 – Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt, 2008, zitiert als *Bearbeiter*, in Brandi-Dohrn/Lejeune, Recht 2.0
- Brandi-Dohrn, Michael*, Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages, CR 1986, S. 63-73, zitiert als *Brandi-Dohrn*, CR 1986, 63
- Bräutigam, Peter/Rücker, Daniel*, Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion?, CR 2006, S. 361-368, zitiert als *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361
- dies.* (Hrsg.), E-Commerce, 2017, zitiert als *Bearbeiter*, in Bräutigam/Rücker, E-Commerce

- Brunn, Inka Frederike/Nordmeyr, Arne*, Anmerkung zu EuGH, Nintendo/PC-Box, Urt. v. 23.01.2014, Az. C-355/12, CR 2014, S. 224-228, zitiert als *Brunn/Nordmeyr*, CR 2014, 224
- Bullinger, Winfried/Czychowski, Christian*, Digitale Inhalte: Werk und/oder Software? Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, GRUR 2011, S. 19-26, zitiert als *Bullinger/Czychowski*, GRUR 2011, 19
- Burghardt-Richter, Ingrid/Bode, Johannes*, Geschäftsgeheimnisschutzgesetz: Überblick und Leitfaden für Unternehmen zur Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse, BB 2019, S. 2697-2702, zitiert als *Burghardt-Richter/Bode*, BB 2019, 2697
- von Busekist, Konstantin/Racky, Frank*, Hinweisgeber- und Geschäftsgeheimnisschutz – ein gelungener Referentenentwurf?, ZRP 2018, S. 135-138, zitiert als *von Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135
- Bydlinski, Peter*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder ergänzungsbedürftig?, AcP 1998, S. 287-328, zitiert als *Bydlinski*, AcP 1998, 287
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, 1994, zitiert als *Canaris*, LBS Band 2, Schr BT 2
- ders.* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Band 1: Bürgerliches Recht, 2000, zitiert als *Bearbeiter*, in *Canaris*, 50 Jahre Bundesgerichtshof
- Carless, Simon*, Gaming Hacks, 2004, zitiert als *Carless*, Gaming Hacks
- Cassidy, Ryan/McEniry, Matthew*, How the new generation of video game consoles have accelerated the need to preserve digital content – part 1, Library Hi Tech News 2014, S. 17-20, zitiert als *Cassidy/McEniry*, Library Hi Tech News 2014, 17
- Claypool, Mark/Uhlig, Steve* (Hrsg.), Passive and Active Network Measurement – 9th International Conference, PAM 2008, Cleveland, OH, USA, April 29-30, 2008. Proceedings, 2008, zitiert als *Bearbeiter*, in *Claypool/Uhlig*, Passive and Active Network Measurement
- Conrad, Isabell*, Wege zum Quellcode – Zu den Konsequenzen aus der Entscheidung des BGH v. 16.12.2003 - X ZR 129/01, ITRB 2005, S. 12-16, zitiert als *Conrad*, ITRB 2005, 12
- Cormode, Graham/Thottan, Marina* (Hrsg.), Algorithms for Next Generation Networks, 2010, zitiert als *Bearbeiter*, in *Cormode/Thottan*, Algorithms for Next Generation Networks
- Creutz, Sebastian*, Regeln virtueller Welten, 2014, zitiert als *Creutz*, Regeln virtueller Welten
- Daum, Andreas/Petzold, Jürgen/Pletke, Matthias*, BWL für Juristen – Eine praxisnahe Einführung in die betriebswirtschaftlichen Grundlagen, 3. Auflage, 2016, zitiert als *Daum/Petzold/Pletke*, BWL
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner* (Hrsg.), NomosKommentar BGB Schuldrecht, Band 2/1: §§ 241-610, 3. Auflage, 2016, zitiert als *NK-BGB/Bearbeiter*

- Deike, Thies*, Open Source Software: IPR-Fragen und Einordnung ins deutsche Rechtssystem, CR 2003, S. 9-18, zitiert als *Deike*, CR 2003, 9
- Dembowski, Klaus*, Lokale Netze, 2007, zitiert als *Dembowski*, Lokale Netze
- Diedrich, Kay*, Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform – Lösungsansätze für neue Abgrenzungsfragen, CR 2002, S. 473-480, zitiert als *Diedrich*, CR 2002, 473
- Diegmann, Heinz/Kuntz, Wolfgang*, Praxisfragen bei Onlinespielen, NJW 2010, S. 561-566, zitiert als *Diegmann/Kuntz*, NJW 2010, 561
- Dörner, Heinrich/Jersch, Ralf*, Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge, iur 1988, S. 137-147, zitiert als *Dörner/Jersch*, iur 1988, 137
- Drasdo, Michael* (Hrsg.), Praxis des Wohnungseigentums, 7. Auflage, 2017, zitiert als *Bearbeiter*, in *Drasdo*, Praxis des Wohnungseigentums
- Dreier, Thomas/Euler, Ellen/Fischer, Veronika/van Raay, Anne*, Museen, Bibliotheken und Archive in der Europäischen Union, ZUM 2012, S. 273-281, zitiert als *Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, ZUM 2012, 273
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 6. Auflage, 2018, zitiert als *Dreier/Schulze/Bearbeiter*
- Dreier, Thomas/Vogel, Rupert*, Software- und Computerrecht, 2008, zitiert als *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht
- Dressel, Christian/Scheffler, Hauke* (Hrsg.), Rechtsschutz gegen Dienstpiraterie – Das ZKDSG in Recht und Praxis, 2003, zitiert als *Bearbeiter*, in *Dressel/Scheffler*, Rechtsschutz gegen Dienstpiraterie
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Hentsch, Christian-Henner* (Hrsg.), Urheberrecht, 4. Auflage, 2018, zitiert als *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Bearbeiter*
- Duisberg, Alexander/Picot, Henriette* (Hrsg.), Recht der Computer- und Videospiele, 2013, zitiert als *Bearbeiter*, in *Duisberg/Picot*, Recht der Computer- und Videospiele
- de la Durantaye, Katharina*, Neues Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – eine kritische Würdigung des Gesetzentwurfs, GRUR 2017, S. 558-567, zitiert als *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558
- Eckert, Hans-Werner/Maifeld, Jan/Matthiesen, Michael*, Handbuch des Kaufrechts, 2. Auflage, 2014, zitiert als *Eckert/Maifeld/Matthiesen*, Kaufrecht
- Ehle, Kristina/Kreß, Stephan*, Neues IT-Vertragsrecht für digitale Inhalte und Dienste gegenüber Verbrauchern – Subjektiv-Objektiver Mangelbegriff, Aktualisierungspflicht und Änderungsbefugnis, CR 2019, S. 723-731, zitiert als *Ehle/Kreß*, CR 2019, 723
- Ehricke, Ulrich*, Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung, RabelsZ 1996, S. 661-690, zitiert als *Ehricke*, RabelsZ 1996, 661

- Eickmeier, Lars/Eickmeier, Jens*, Verkauf von Standardsoftware mit Installationsverpflichtung, CR 1993, S. 73-80, zitiert als *Eickmeier/Eickmeier*, CR 1993, 73
- Ellger, Reinhard*, Bereicherung durch Eingriff, 2002, zitiert als *Ellger*, Bereicherung
- Enders, Theodor*, Know How Schutz als Teil des geistigen Eigentums, GRUR 2012, S. 25-31, zitiert als *Enders*, GRUR 2012, 25
- Engel, Friedrich-Wilhelm*, Mängelansprüche bei Software-Verträgen, BB 1985, S. 1159-1165, zitiert als *Engel*, BB 1985, 1159
- Ensthaler, Jürgen/Bock, Leonie*, Verhältnis zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht am Beispiel der Essential-facility-Rechtsprechung von EuGH und EuG, GRUR 2009, S. 1-6, zitiert als *Ensthaler/Bock*, GRUR 2009, 1
- Erman, Walter* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Auflage, 2017, zitiert als *Erman/Bearbeiter*
- Ernst, Stefan*, Die Verfügbarkeit des Source Codes – Rechtlicher Know-how-Schutz bei Software und Webdesign, MMR 2001, S. 208-213, zitiert als *Ernst*, MMR 2001, 208
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht Band I – Allgemeiner Teil, Teilband 1 Entstehung Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Auflage, 1995, zitiert als *Esser/Schmidt*, SchR I
- Faust, Florian*, Softwareschutz durch Produktaktivierung – Neue Technik als Sachmangel?, K&R 2002, S. 583-589, zitiert als *Faust*, K&R 2002, 583
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*, Schuldrecht, 11. Auflage, 2017, zitiert als *Fikentscher/Heinemann*, SchR
- Finger, Peter*, Die Verpflichtung des Herstellers zur Lieferung von Ersatzteilen, NJW 1970, S. 2049-2052, zitiert als *Finger*, NJW 1970, 2049
- Finkenauer, Thomas*, Ergänzende Auslegung bei Individualabreden, AcP 2013, S. 619-651, zitiert als *Finkenauer*, AcP 2013, 619
- Fischl, Thomas*, Softwarekauf mit Kündigungsklausel? – Zum urheberrechtlichen Typenzwang des § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG, ITRB 2004, S. 286-288, zitiert als *Fischl*, ITRB 2004, 286
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992, zitiert als *Flume*, BGB AT
- Frieling, Jens*, Virtuelle Güter: Grundlagen, Eigenschaften und Monetarisierung, MedienWirtschaft 2/2011, S. 14-21, zitiert als *Frieling*, MedienWirtschaft 2/2011, 14
- Fritzemeyer, Wolfgang/Splittgerber, Andreas*, Verpflichtung zum Abschluss von Softwarepflege- und Hardwarewartungsverträgen?, CR 2007, S. 209-215, zitiert als *Fritzemeyer/Splittgerber*, CR 2007, 209
- Fritzsche, Jörg*, Rechtsfragen der Herstellung und Überlassung von Software, JuS 1995, S. 497-504, zitiert als *Fritzsche*, JuS 1995, 497

- Gabriel, Ulrich/C. Cornels, Lars*, Kunde oder König – Gibt es ein Recht auf Lizenz oder Update?, ITRB 2008, S. 277-280, zitiert als *Gabriel/C. Cornels*, ITRB 2008, 277
- Gärtner, Anette*, Zum Richtlinientwurf über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, NZG 2014, S. 650-652, zitiert als *Gärtner*, NZG 2014, 650
- Gaul, Björn*, Mangelhafte Standardsoftware – Untersuchungs- und Rügepflichten bei Lieferung, MDR 2000, S. 549-559, zitiert als *Gaul*, MDR 2000, 549
- ders.*, Standardsoftware: Veränderung von Gewährleistungsansprüchen durch AGB, CR 2000, S. 570-578, zitiert als *Gaul*, CR 2000, 570
- Gebauer, Martin/Wiedmann, Thomas* (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss – Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen, 2. Auflage, 2010, zitiert als *Bearbeiter*, in *Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss*
- Geiger, Matthias*, Das Umarbeitungsrecht des Softwareanwenders, 2006, zitiert als *Geiger*, Umarbeitungsrecht
- Geis, Ivo/Geis, Esther*, Rechtsaspekte des virtuellen Lebens – Erste Ansätze des Rechts zur Konfliktlösung in Second Life, CR 2007, S. 721-725, zitiert als *Geis/Geis*, CR 2007, 721
- Gernhuber, Joachim*, Handbuch des Schuldrechts – Band 8, Das Schuldverhältnis, 1989, zitiert als *Gernhuber*, Hdb. SchR
- Goldmann, Bettina/Redecke, Rebecca*, Gewährleistung bei Softwarelizenzverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MMR 2002, S. 3-8, zitiert als *Goldmann/Redecke*, MMR 2002, 3
- Gräber, Tobias*, Rechte an Accounts und virtuellen Gütern, 2009, zitiert als *Gräber*, virtuelle Güter
- Grapentin, Sabine/Ströbl, Albin*, Third Party Maintenance: Abschlusszwang und Kopplungsverlangen, CR 2009, S. 137-142, zitiert als *Grapentin/Ströbl*, CR 2009, 137
- Graue, Eugen Dietrich*, Die mangelfreie Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, 1964, zitiert als *Graue*, Mangelfreie Lieferung
- Greulich, H.*, Nachwirkungen bei Lieferverträgen, BB 1955, S. 208-211, zitiert als *Greulich*, BB 1955, 208
- Grigoleit, Christoph/Herresthal, Carsten*, Die Beschaffensvereinbarung und ihre Typisierung in § 434 Abs. 1 BGB, JZ 2003, S. 233-239, zitiert als *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233
- dies.*, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 2003, S. 118-127, zitiert als *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 118
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015, zitiert als *von der Groeben/Schwarze/Hatje/Bearbeiter*

- Grützmacher, Malte*, Die juristische Beurteilung von DRM-Maßnahmen und Sperren im Rahmen verschiedener Lizenzmodelle - Teil 1, ITRB 2015, S. 120-123, zitiert als *Grützmacher*, ITRB 2015, 120
- Gsell, Beate*, Der europäische Richtlinienentwurf zu bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte, ZUM 2018, S. 75-82, zitiert als *Gsell*, ZUM 2018, 75
- Gsell, Beate/Schellhase, Hans Martin*, Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?, JZ 2009, S. 20-29, zitiert als *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20
- Günther, Andreas*, Änderungsrechte des Softwarenutzers, CR 1994, S. 321-328, zitiert als *Günther*, CR 1994, 321
- Habel, Oliver M.*, Know-how in Computerprogrammen, CR 1991, S. 257-261, zitiert als *Habel*, CR 1991, 257
- Haberstumpf, Helmut*, Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1992, S. 715-724, zitiert als *Haberstumpf*, GRUR Int. 1992, 715
- Harte, Lawrence*, Introduction to Digital Rights Management, 2007, zitiert als *Harte*, DRM
- Harte-Bavendamm, Henning*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Reverse Engineering von Computerprogrammen, GRUR 1990, S. 657-664, zitiert als *Harte-Bavendamm*, GRUR 1990, 657
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. Auflage, 2016, zitiert als *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bearbeiter*
- Härting, Niko*, Die Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern, CR 2001, S. 37-43, zitiert als *Härting*, CR 2001, 37
- Hartmann, Matthias/Thier, Andreas*, Typologie der Softwarepflegeverträge, CR 1998, S. 581-590, zitiert als *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581
- Heckmann, Dirk* (Hrsg.), juris Praxiskommentar Internetrecht, 5. Auflage, 2017, zitiert als *Bearbeiter*, in Heckmann, juris Praxiskommentar Internetrecht
- Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 2, §§ 5-20 UWG, 2. Auflage, 2014, zitiert als *MüKo UWG/Bearbeiter*
- Heidel, Thomas/Hüßtege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich* (Hrsg.), Nomos-Kommentar BGB Allgemeiner Teil | EGBGB, Band 1, 3. Auflage, 2016, zitiert als *NK-BGB/Bearbeiter*
- Heinrich, Lutz*, Management von Informatik-Projekten, 1997, zitiert als *Heinrich*, Informatik-Projekte

- von *Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.), BeckOK StGB, 41. Edition, 2019, zitiert als BeckOK StGB/Bearbeiter
- Henssler, Martin*, Die zivil- und urheberrechtliche Behandlung von Software, MDR 1993, S. 489-497, zitiert als *Henssler*, MDR 1993, 489
- Hermes, Kai*, Anmerkung zu Schlussanträgen v. Generalanwältin Eleanor Sharpston vom 19.09.2013, Az. C-355/12, GRUR-Prax 2014, S. 37, zitiert als *Hermes*, GRUR-Prax 2014, 37
- Heussen, Benno*, Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware – Zugleich zum Problem der Rechtsnatur von Lizenzverträgen, GRUR 1987, S. 779-792, zitiert als *Heussen*, GRUR 1987, 779
- Heydn, Truiken J.*, Identitätskrise eines Wirtschaftsguts: Software im Spannungsfeld zwischen Schuldrecht und Urheberrecht – Eine grundsätzliche Betrachtung, CR 2010, S. 765-776, zitiert als *Heydn*, CR 2010, 765
- Hilgert, Felix*, Keys und Accounts beim Computerspielvertrieb, CR 2014, S. 354-360, zitiert als *Hilgert*, CR 2014, 354
- Hilty, Reto M.*, Lizenzvertragsrecht – Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, 2001, zitiert als *Hilty*, Lizenzvertragsrecht
- ders.*, Der Softwarevertrag – Ein Blick in die Zukunft – Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, S. 3-15, zitiert als *Hilty*, MMR 2003, 3
- ders.*, Die Rechtsnatur des Softwarevertrages – Erkenntnisse aus der Entscheidung des EuGH UsedSoft vs. Oracle, CR 2012, S. 625-637, zitiert als *Hilty*, CR 2012, 625
- Hoeren, Thomas*, Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf – Ansätze zu einer neuen Vertragstypologie im Bereich der Standardsoftware, CR 1988, S. 908-917, zitiert als *Hoeren*, CR 1988, 908
- ders.*, Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit Heussen, GRUR 1987, 779 ff, GRUR 1988, S. 340-349, zitiert als *Hoeren*, GRUR 1988, 340
- ders.*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, zitiert als *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf
- ders.*, Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Internet- und Softwareverträgen, 2008, zitiert als *Hoeren*, AGB Internet- und Softwareverträge
- ders.*, Der Erschöpfungsgrundsatz bei Software – Körperliche Übertragung und Folgeprobleme, GRUR 2010, S. 665-673, zitiert als *Hoeren*, GRUR 2010, 665
- ders.*, IT-Vertragsrecht, 2. Auflage, 2012, zitiert als *Hoeren*, IT-Vertragsrecht
- Hoeren, Thomas/Schuhmacher, Dirk*, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, S. 137-146, zitiert als *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137

- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznel, Bernd* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 47. Ergänzungslieferung, 2018, zitiert als *Bearbeiter*, in Hoeren/Sieber/Holznel, Handbuch Multimedia-Recht
- Hoppen, Peter*, Technische Schutzmaßnahmen bei Software, CR 2013, S. 9-16, zitiert als *Hoppen*, CR 2013, 9
- Huber, Ulrich*, Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts, AcP 2002, S. 179-242, zitiert als *Huber*, AcP 2002, 179
- Huppertz, Peter*, Handel mit Second Hand-Software, CR 2006, S. 145-151, zitiert als *Huppertz*, CR 2006, 145
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), EU-Wettbewerbsrecht Band 1, 5. Auflage, 2012, zitiert als *Immenga/Mestmäcker/Bearbeiter*
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Körber, Torsten* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Band 2. GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Auflage, 2014, zitiert als *Immenga/Mestmäcker/Körber/Bearbeiter*
- Intveen, Michael*, Verträge über die Anpassung von Standardsoftware – Einheitlichkeit von Lieferungen und Leistungen, ITRB 2008, S. 237-239, zitiert als *Intveen*, ITRB 2008, 237
- ders.*, Verträge über die Vermietung und Pflege von Software, ITRB 2012, S. 93-95, zitiert als *Intveen*, ITRB 2012, 93
- Jaeger, Lothar*, Grenzen der Kündigung von Softwarepflegeverträgen über langlebige Industrie-Software, CR 1999, S. 209-213, zitiert als *Jaeger*, CR 1999, 209
- Jaeger, Till*, Auswirkungen der EU-Urheberrechtsrichtlinie auf die Regelungen des Urheberrechtsgesetzes für Software, CR 2002, S. 309-312, zitiert als *Jaeger*, CR 2002, 309
- Jaeger, Till/Metzger, Axel*, Open Source Software, 4. Auflage, 2016, zitiert als *Jaeger/Metzger*, Open Source Software
- Jauernig, Othmar* (Begr.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage, 2018, zitiert als *Jauernig/Bearbeiter*
- Jobke, Nils*, Produktaktivierung und Registrierung bei Software für den Massenmarkt, 2010, zitiert als *Jobke*, Produktaktivierung
- Joeks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Band 4, 3. Auflage, 2017, zitiert als *MüKo StGB/Bearbeiter*
- dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Band 5, 3. Auflage, 2019, zitiert als *MüKo StGB/Bearbeiter*
- Junker, Abbo*, Die Entwicklung des Computervertragsrechts in den Jahren 1988 und 1989, NJW 1990, S. 1575-1583, zitiert als *Junker*, NJW 1990, 1575
- ders.*, Die Entwicklung des Computerrechts im Jahre 1999, NJW 2000, S. 1304-1312, zitiert als *Junker*, NJW 2000, 1304

- Junker, Markus*, Kündbarkeit von Software-Pflegeverträgen, jurisPR-ITR 10/2015, Anm. 5, zitiert als *Junker*, jurisPR-ITR 10/2015, Anm. 5
- Junker, Markus/Beckmann, Roland Michael/Rüßmann, Helmut* (Hrsg.), juris Praxis-kommentar BGB, Band 2 – Schuldrecht, 8. Auflage, 2017, zitiert als *juris PK/Bearbeiter*
- Kalbfus, Björn Helge*, Know-how-Schutz in Deutschland zwischen Strafrecht und Zivilrecht – welcher Reformbedarf besteht?, 2011, zitiert als *Kalbfus*, Know-how-Schutz
- ders.*, Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie – Welcher Umsetzungsbedarf besteht in Deutschland?, GRUR 2016, S. 1009-1017, zitiert als *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009
- ders.*, Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR-Prax 2017, S. 391-393, zitiert als *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391
- Kannowski, Bernd/Till, Jan-Niklas*, Der In-App-Kauf als neuer Vertragstyp, NJOZ 2017, S. 522-526, zitiert als *Kannowski/Till*, NJOZ 2017, 522
- Karl, Harald*, Anmerkung zu EuGH, Nintendo/PC Box, Urt. v. 23.01.2014, Az. C-355/12, EuZW 2014, S. 304-307, zitiert als *Karl*, EuZW 2014, 304
- Katko, Peter/Maier, Tobias*, Computerspiele – die Filmwerke des 21. Jahrhunderts?, MMR 2009, S. 306-311, zitiert als *Katko/Maier*, MMR 2009, 306
- Kaufmann, Mario*, Kündigung langfristiger Softwarepflegeverträge oder Abschlusszwang?, CR 2005, S. 841-847, zitiert als *Kaufmann*, CR 2005, 841
- Kempf, Matthias*, Die internationale Computer- und Videospieleindustrie – Structure, Conduct und Performance vor dem Hintergrund zunehmender Medienkonvergenz, 2010, zitiert als *Kempf*, Videospieleindustrie
- Khosrow-Pour, Mehdi*, Dictionary of Information Science and Technology, Volume I, 2. Auflage, 2013, zitiert als *Khosrow-Pour*, Information Science
- Kiethel, Kurt/Groeschke, Peer*, Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen in Fällen der Betriebs- und Wirtschaftsspionage, WRP 2005, S. 1358-1370, zitiert als *Kiethel/Groeschke*, WRP 2005, 1358
- Kilian, Wolfgang*, Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware, CR 1986, S. 187-196, zitiert als *Kilian*, CR 1986, 187
- Kilian, Wolfgang/Heussen, Benno* (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, 34. Ergänzungslieferung, 2018, zitiert als *Bearbeiter*, in *Kilian/Heussen*, Computerrechtshandbuch
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Auflage, 2017, zitiert als *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Bearbeiter*
- Klickermann, Paul H.*, Virtuelle Welten ohne Rechtsansprüche?, MMR 2007, S. 766-769, zitiert als *Klickermann*, MMR 2007, 766

- Klimek, Oliver/Sieber, Stefanie*, Anwendbares Recht beim Vertrieb digitalisierbarer Waren über das Internet am Beispiel der Softwareüberlassung, ZUM 1998, S. 902-908, zitiert als *Klimek/Sieber*, ZUM 1998, 902
- Klünder, Karl-Heinz*, Die rechtliche Natur der Gefälligkeitsleistungen, 1932, zitiert als *Klünder*, Gefälligkeitsleistungen
- Kniffka, Rolf/Koebler, Wolfgang* (Hrsg.), Kompendium des Baurechts – Privates Baurecht und Bauprozess, 4. Auflage, 2014, zitiert als *Bearbeiter*, in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts
- Knöfel, Oliver L.*, Werbegutscheine im Bürgerlichen Recht, AcP 2010, S. 654-688, zitiert als *Knöfel*, AcP 2010, 654
- ders.*, Gift Cards (Geschenkkarten) im Einzelhandel – Rechtsnatur, Funktionsweise, Probleme, WM 2017, S. 833-840, zitiert als *Knöfel*, WM 2017, 833
- Koch, Frank*, IT-Projektrecht, 2007, zitiert als *Koch*, IT-Projektrecht
- ders.*, Computer-Vertragsrecht, 7. Auflage, 2009, zitiert als *Koch*, Computer-Vertragsrecht
- Koch, Frank A.*, Das neue Softwarerecht und die praktischen Konsequenzen, NJW-CoR 1994, S. 293-300, zitiert als *Koch*, NJW-CoR 1994, 293
- ders.*, Software-Urheberrechtsschutz für Multimedia-Anwendungen, GRUR 1995, S. 459-469, zitiert als *Koch*, GRUR 1995, 459
- ders.*, Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten, GRUR 1997, S. 417-430, zitiert als *Koch*, GRUR 1997, 417
- ders.*, Application Service Providing als neue IT-Leistung, ITRB 2001, S. 39-42, zitiert als *Koch*, ITRB 2001, 39
- ders.*, Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Software-Nutzung, CR 2002, S. 629-638, zitiert als *Koch*, CR 2002, 629
- Koch, Pamela*, Die rechtliche Bewertung virtueller Gegenstände auf Online-Plattformen, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 1-Abs. 60, zitiert als *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006, Abs. 1-Abs. 60
- Kochmann, Kai*, Schutz des „Know-how“ gegen ausspähende Produktanalysen („Reverse Engineering“), 2009, zitiert als *Kochmann*, Schutz des „Know-how“
- Köhler, Helmut*, Rechtsfragen zum Softwarevertrag – Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 25. März 1987, CR 1987, S. 827-835, zitiert als *Köhler*, CR 1987, 827
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 37. Auflage, 2019, zitiert als *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bearbeiter*
- König, Mark Michael*, Das Computerprogramm im Recht – Technische Grundlagen, Urheberrecht und Verwertung, Überlassung und Gewährleistung, 1991, zitiert als *König*, Computerprogramm

- ders.*, Anmerkung zu LG Mannheim, Urt. v. 20.01.1995, Az. 7 O 197/94, NJW-CoR 1995, S. 191, zitiert als *König*, NJW-CoR 1995, 191
- ders.*, Zur Zulässigkeit der Umgehung von Software-Schutzmechanismen, NJW 1995, S. 3293-3295, zitiert als *König*, NJW 1995, 3293
- König, Michael*, Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung, NJW 1990, S. 1584-1586, zitiert als *König*, NJW 1990, 1584
- Krasemann, Henry*, Onlinespielrecht – Spielwiese für Juristen, MMR 2006, S. 351-357, zitiert als *Krasemann*, MMR 2006, 351
- Kraßer, Rudolf/Ann, Christoph* (Hrsg.), Patentrecht – Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht, 7. Auflage, 2016, zitiert als *Bearbeiter*, in *Kraßer/Ann*, Patentrecht
- Krauß, Wolfgang*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Softwareverträge, 2004, zitiert als *Krauß*, Softwareverträge
- Kreutzer, Till*, Schutz technischer Maßnahmen und Durchsetzung von Schrankenbestimmungen bei Computerprogrammen, CR 2006, S. 804-810, zitiert als *Kreutzer*, CR 2006, 804
- ders.*, Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts – Eine Untersuchung des geltenden Rechts bei Sicherungskopien und Schutz technischer Maßnahmen bei Computerspielen, CR 2007, S. 1-7, zitiert als *Kreutzer*, CR 2007, 1
- Kuhlmann, Jan*, Kein Rechtsschutz für den Kopierschutz?, CR 1989, S. 177-185, zitiert als *Kuhlmann*, CR 1989, 177
- Kühne, Ludwig-Philipp*, Die nachvertragliche Ersatzteilbelieferung, BB 1986, S. 1527-1530, zitiert als *Kühne*, BB 1986, 1527
- Kuhrmann, Marco/Diernhofer, Norbert*, Software Life Cycle – Management und Entwicklung, 2007, zitiert als *Kuhrmann/Diernhofer*, Software Life Cycle
- Kur, Annette/Bomhard, Verena/Albrecht, Friedrich* (Hrsg.), BeckOK Markenrecht, 16. Edition, 2019, zitiert als BeckOK Markenrecht/*Bearbeiter*
- Lambrecht, Arne*, Der urheberrechtliche Schutz von Bildschirmspielen, 2006, zitiert als *Lambrecht*, Bildschirmspiele
- Lange, Paul*, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, 2012, zitiert als *Lange*, Markenrecht
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band. Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, zitiert als *Larenz*, LBS Band 1, AT
- Leenen, Detlef*, Typus und Rechtsfindung – Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, 1971, zitiert als *Leenen*, Typus und Rechtsfindung
- Lehmann, Michael*, Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, S. 1822-1826, zitiert als *Lehmann*, NJW 1993, 1822

- ders.* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, 1993, zitiert als *Bearbeiter*, in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen
- Leible, Stefan/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.), Onlinerecht 2.0: Alte Fragen – neue Antworten?, 2011, zitiert als *Bearbeiter*, in Leible/Sosnitza, Onlinerecht 2.0: Alte Fragen – neue Antworten?
- Leipold, Dieter*, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 2017, zitiert als *Leipold*, BGB AT
- Lejeune, Mathias*, Shrinkwrap- und Clipwrap-Vertrag in der Praxis, ITRB 2001, S. 263-268, zitiert als *Lejeune*, ITRB 2001, 263
- ders.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.11.2006, Az. XII ZR 120/04, CR 2007, S. 75-79, zitiert als *Lejeune*, CR 2007, 75
- Lenhard, Frank*, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen, 2006, zitiert als *Lenhard*, Vertragstypologie
- Leser, Hans G.* (Hrsg.), Wege zum japanischen Recht – Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992, 1992, zitiert als *Bearbeiter*, in FS Kitagawa
- Lesshaft, Karl/Ulmer, Detlef*, Softwarefehler und Gewährleistung, CR 1988, S. 813-818, zitiert als *Lesshaft/Ulmer*, CR 1988, 813
- Leupold, Andreas*, Anmerkung zu EuGH, Nintendo/PC Box, Urt. v. 23.01.2014, Az. C-355/12, GRUR-Prax 2014, S. 57, zitiert als *Leupold*, GRUR-Prax 2014, 57
- Leupold, Andreas/Glossner, Silke* (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht, 3. Auflage, 2013, zitiert als *Bearbeiter*, in Leupold/Glossner, Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht
- Lindhorst, Hermann*, Schutz von und vor technischen Maßnahmen, 2002, zitiert als *Lindhorst*, technische Maßnahmen
- Lippross, Otto-Gerd/Seibel, Wolfgang* (Hrsg.), Basiskommentar Steuerrecht, 2010, zitiert als *Lippross/Seibel/Bearbeiter*
- Lober, Andreas/Weber, Olaf*, Money for Nothing? Der Handel mit virtuellen Gegenständen und Charakteren, MMR 2005, S. 653-660, zitiert als *Lober/Weber*, MMR 2005, 653
- ders.*, Den Schöpfer verklagen – Haftet Betreiber virtueller Welten ihren Nutzern für virtuelle Güter?, CR 2006, S. 837-844, zitiert als *Lober/Weber*, CR 2006, 837
- Loewenheim, Ulrich*, Bereicherungsansprüche im Wettbewerbsrecht, WRP 1997, S. 913-918, zitiert als *Loewenheim*, WRP 1997, 913
- ders.* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, 2010, zitiert als *Bearbeiter*, in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Auflage, 2018, zitiert als *Looschelders*, SchR BT

- ders.*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 16. Auflage, 2018, zitiert als *Looschelders*, SchR AT
- Lorenz, Egon* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002 – Schuldrechtsmodernisierung, 2002, zitiert als *Bearbeiter*, in *Lorenz, Karlsruher Forum 2002*
- Luber, Michael*, Der mehrseitige Austauschvertrag, 2004, zitiert als *Luber*, Austauschvertrag
- Ludewig, Jochen/Lichter, Horst*, Software Engineering: Grundlagen, Menschen, Prozesse, Techniken, 2. Auflage, 2014, zitiert als *Ludewig/Lichter*, Software Engineering
- Ludwig, Jan Rasmus/Falker, Frank*, Anmerkung zu BGH, Videospiele-Konsolen I, Beschl. v. 06.02.2013, Az. I ZR 124/11, K&R 2013, S. 654-655, zitiert als *Ludwig/Falker*, K&R 2013, 654
- Lutz, Holger*, Softwarelizenzen und die Natur der Sache, 2009, zitiert als *Lutz*, Softwarelizenzen
- Lutzi, Tobias*, Aktuelle Rechtsfragen zum Handel mit virtuellen Gegenständen in Computerspielen, NJW 2012, S. 2070-2074, zitiert als *Lutzi*, NJW 2012, 2070
- Malzer, Hans Michael*, Der Softwarevertrag: der Erwerb von Standardsoftware, Individualsoftware und Betriebssoftware, Erwerb von Hard- und Software, 1991, zitiert als *Malzer*, Softwarevertrag
- Mankowski, Peter*, Werkvertragsrecht - Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag, MDR 2003, S. 854-860, zitiert als *Mankowski*, MDR 2003, 854
- Marly, Jochen*, Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB, BB 1991, S. 432-436, zitiert als *Marly*, BB 1991, 432
- ders.*, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Teil 2), JurPC 1992, S. 1652-1675, zitiert als *Marly*, JurPC 1992, 1652
- ders.*, Der neue Urheberrechtsschutz für Computersoftware, NJW-CoR 1993, S. 21-24, zitiert als *Marly*, NJW-CoR 1993, 21
- ders.*, Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Auflage, 2018, zitiert als *Marly*, Softwarerecht
- Martinek, Michael*, Moderne Vertragstypen – Band I: Leasing und Factoring, 1991, zitiert als *Martinek*, Vertragstypen I
- Mayer-Wegelin, Clemens*, Käuferrechte bei Computerspielen – Technische Kopierschutzmaßnahmen und End User License Agreements, JurPC 2009, Web-Dok 28, zitiert als *Mayer-Wegelin*, JurPC 2009, Web-Dok 28
- Medicus, Dieter/Lorenz, Egon*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Auflage, 2015, zitiert als *Medicus/Lorenz*, SchR I AT

- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. Auflage, 2018, zitiert als *Medicus/Lorenz*, SchR II BT
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, 2016, zitiert als *Medicus/Petersen*, BGB AT
- zur Megede, Ekkehard*, Bemerkungen zu Rechtsfragen im Bereich der EDV, NJW 1989, S. 2580-2587, zitiert als *zur Megede*, NJW 1989, 2580
- Merveldt, Christina Gräfin v.*, Zulässigkeit langfristiger Laufzeiten für Softwareüberlassungsverträge, CR 2006, S. 721-729, zitiert als *Merveldt*, CR 2006, 721
- Mes, Peter*, Arbeitsplatzwechsel und Geheimnisschutz, GRUR 1979, S. 584-593, zitiert als *Mes*, GRUR 1979, 584
- ders.* (Hrsg.), Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 4. Auflage, 2015, zitiert als *Mes/Bearbeiter*
- Metzger, Axel*, Zur Zulässigkeit von CPU-Klauseln in Softwarelizenzverträgen, NJW 2003, S. 1994-1995, zitiert als *Metzger*, NJW 2003, 1994
- ders.*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 2016, S. 817-865, zitiert als *Metzger*, AcP 2016, 817
- ders.*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, JZ 2019, S. 577-586, zitiert als *Metzger*, JZ 2019, 577
- Metzger, Axel/Jaeger, Till*, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, S. 839-848, zitiert als *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839
- Meyer, Oliver*, Aktuelle vertrags- und urheberrechtliche Aspekte der Erstellung, des Vertriebs und der Nutzung von Software, 2008, zitiert als *Meyer*, Software
- Meyer, Stephan T.*, Miturheberschaft bei freier Software, 2010, zitiert als *Meyer*, Freie Software
- Michalski, Lutz/Bösert, Bernd*, Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Computerprogrammen, 1992, zitiert als *Michalski/Bösert*, Computerprogramme
- Mincke, Wolfgang*, Die rechtliche Einordnung des Softwareerwerbs – Bedenken gegen die Sachkauf-Theorie, JurPC 1991, S. 932-939, zitiert als *Mincke*, JurPC 1991, 932
- Möhring, Philipp/Nicolini, Käte* (Begr.), Urheberrecht: UrhG, 4. Auflage, 2018, zitiert als *Möhring/Nicolini/Bearbeiter*
- Moritz, Hans-Werner*, Überlassung von Computersoftware – Bestimmungsgemäße Nutzung auf einer Datenverarbeitungsanlage als Know-how-Lizenzvereinbarung, CR 1989, S. 1049-1056, zitiert als *Moritz*, CR 1989, 1049
- ders.*, Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder Realakt in Vertrag sui generis?, CR 1994, S. 257-263, zitiert als *Moritz*, CR 1994, 257
- ders.*, Der Softwarepflegevertrag – Abschlusszwang und Schutz vor Kündigung zur Unzeit?, CR 1999, S. 541-546, zitiert als *Moritz*, CR 1999, 541

- Moritz, Hans-Werner/Dreier, Thomas (Hrsg.), Rechts-Handbuch zum E-Commerce, 2. Auflage, 2005, zitiert als *Bearbeiter*, in Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce
- Moser, Jana, Browsergames und clientbasierte Onlinespiele – Das Vertragsverhältnis zwischen Betreiber und Spieler, 2010, zitiert als *Moser*, Browsergames
- Müller-Hengstenberg, Claus Dieter, Vertragstypologie der Computersoftwareverträge – Eine kritische Auswertung höchstrichterlicher Rechtsprechung zum alten Schuldrecht für die Beurteilung nach neuem Schuldrecht, CR 2004, S. 161-166, zitiert als *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161
- Nastelski, Karl, Der Schutz des Betriebsgeheimnisses, GRUR 1957, S. 1-8, zitiert als *Nastelski*, GRUR 1957, 1
- Nordemann, Wilhelm, CPU-Klauseln in Software-Überlassungsverträgen, CR 1996, S. 5-10, zitiert als *Nordemann*, CR 1996, 5
- Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd (Hrsg.), Urheberrecht, 12. Auflage, 2018, zitiert als *Fromm/Nordemann/Bearbeiter*
- Oechsler, Jürgen, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, 2017, zitiert als *Oechsler*, Schuldverhältnisse
- Oetker, Hartmut/Maultzsch, Felix, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, 2018, zitiert als *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse
- Ohly, Ansgar, Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven, GRUR 2014, S. 1-11, zitiert als *Ohly*, GRUR 2014, 1
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage, 2016, zitiert als *Ohly/Sosnitza/Bearbeiter*
- Ostendorf, Patrick, Die Grenzlinien des Mangelbegriffs vor dem Hintergrund der Voraussetzungen und Rechtsfolgen des gesetzlichen Mängelhaftungssystems, JZ 2011, S. 822-827, zitiert als *Ostendorf*, JZ 2011, 822
- Osterrieth, Christian, Patentrecht, 5. Auflage, 2015, zitiert als *Osterrieth*, Patentrecht
- Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 78. Auflage, 2019, zitiert als *Palandt/Bearbeiter*
- Petri, Axel/Göckel, Andreas, Vertragsstruktur der Internet-Backbone-Betreiber: Backbone-Access, CR 2002, S. 329-337, zitiert als *Petri/Göckel*, CR 2002, 329
- Peukert, Alexander, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, zitiert als *Peukert*, Güterzuordnung
- Pilny, Karl H., Schnittstellen in Computerprogrammen – Zum Rechtsschutz in Deutschland, den USA und Japan, GRUR Int. 1990, S. 431-442, zitiert als *Pilny*, GRUR Int. 1990, 431
- Pleister, Christian C.-W./Ruttig, Markus, Neues Urheberrecht – neuer Kopierschutz – Anwendungsbereich und Durchsetzbarkeit des § 95a UrhG, MMR 2003, S. 763-767, zitiert als *Pleister/Ruttig*, MMR 2003, 763

- Poll, Günter/Brauneck, Anja*, Rechtliche Aspekte des Gaming-Marktes, GRUR 2001, S. 389-396, zitiert als *Poll/Brauneck*, GRUR 2001, 389
- Pres, Andreas*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, CR 1994, S. 520-525, zitiert als *Pres*, CR 1994, 520
- Preuß, Jesko*, Rechtlich geschützte Interessen an virtuellen Gütern, 2009, zitiert als *Preuß*, Virtuelle Güter
- Preussner, Mathias/Kandel, Roland/Jansen, Günther* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VOB/B, 34. Edition, 2019, zitiert als *BeckOK VOB/B/Bearbeiter*
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, 2018, zitiert als *PWW/Bearbeiter*
- Psczolla, Jan Peter*, Onlinespielrecht – Rechtsfragen im Zusammenhang mit Online-spielen und virtuellen Parallelwelten, 2008, zitiert als *Psczolla*, Onlinespielrecht
- Quandt, Thorsten/Wimmer, Jeffrey/Wolling, Jens* (Hrsg.), Die Computerspieler – Studien zur Nutzung von Computergames, 2. Auflage, 2009, zitiert als *Bearbeiter*, in *Quandt/Wimmer/Wolling*, Die Computerspieler
- Ramm, Peter*, Fortwirkung von Verträgen – Insbesondere von Lieferverträgen, 1965, zitiert als *Ramm*, Fortwirkung
- Raubenheimer, Andreas*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.01.1996, Az. 6 U 40/95, CR 1996, S. 343-345, zitiert als *Raubenheimer*, CR 1996, 343
- ders.*, Beseitigung/Umgehung eines technischen Programmschutzes nach UrhG und UWG, CR 1996, S. 69-79, zitiert als *Raubenheimer*, CR 1996, 69
- Rauda, Christian*, Recht der Computerspiele, 2013, zitiert als *Rauda*, Computerspiele
- Redeker, Helmut*, Provider-Verträge – Ihre Einordnung in die Vertragstypen des BGB, ITRB 2003, S. 82-86, zitiert als *Redeker*, ITRB 2003, 82
- ders.*, Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, S. 2917-2925, zitiert als *Redeker*, NJOZ 2008, 2917
- ders.*, IT-Recht, 6. Auflage, 2017, zitiert als *Redeker*, IT-Recht
- ders.* (Hrsg.), Handbuch der IT-Verträge, 37. Lieferung, 2019, zitiert als *Bearbeiter*, in *Redeker*, Handbuch der IT-Verträge
- Redeker, Philipp*, Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf – der Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts und die Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung, 2012, zitiert als *Redeker*, Beschaffenheitsbegriff
- ders.*, Die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Grundstückskauf – Die Grenzziehung zwischen Gewährleistungsrecht und Informationshaftung, NJW 2012, S. 2471-2474, zitiert als *Redeker*, NJW 2012, 2471
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus*, Kaufrecht, 8. Auflage, 2009, zitiert als *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht

- Reinking, Kurt/Eggert, Christoph*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge sowie beim Leasing, 13. Auflage, 2017, zitiert als *Reinking/Eggert*, Autokauf
- Rennhak, Carsten/Opresnik, Marc Oliver*, Marketing: Grundlagen, 2016, zitiert als *Rennhak/Opresnik*, Marketing
- Riehm, Thomas*, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht, JZ 2006, S. 1035-1045, zitiert als *Riehm*, JZ 2006, 1035
- Rippert, Stephan/Weimer, Katharina*, Rechtsbeziehungen in der virtuellen Welt, ZUM 2007, S. 272-282, zitiert als *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272
- Rodig, Hans-Georg*, Verpflichtung des Herstellers zur Bereithaltung von Ersatzteilen für langlebige Wirtschaftsgüter und ausgelaufene Serien, BB 1971, S. 854-855, zitiert als *Rodig*, BB 1971, 854
- Röhrborn, Jens/Sinhart, Michael*, Application Service Providing – juristische Einordnung und Vertragsgestaltung, CR 2001, S. 69-77, zitiert als *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69
- Roth, Hans-Peter*, Anmerkung zu BGH, Videospiele-Konsolen I, Beschl. v. 06.02.2013, Az. I ZR 124/11, MMR 2013, S. 671-674, zitiert als *Roth*, MMR 2013, 671
- Runte, Christian*, Produktaktivierung – Zivilrechtliche Fragen der „Aktivierung“ von Software, CR 2001, S. 657-664, zitiert als *Runte*, CR 2001, 657
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperc, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 4, 6. Auflage, 2012, zitiert als *MüKo BGB/Bearbeiter*
- dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3 (§§ 433-534 BGB), 7. Auflage, 2016, zitiert als *MüKo BGB/Bearbeiter*
- dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 4, 7. Auflage, 2016, zitiert als *MüKo BGB/Bearbeiter*
- dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 6, 7. Auflage, 2017, zitiert als *MüKo BGB/Bearbeiter*
- dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 1, 7. Auflage, 2018, zitiert als *MüKo BGB/Bearbeiter*
- dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 5/1, 7. Auflage, 2018, zitiert als *MüKo BGB/Bearbeiter*
- dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2, 8. Auflage, 2019, zitiert als *MüKo BGB/Bearbeiter*
- dies.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 3 (§§ 311-432), 8. Auflage, 2019, zitiert als *MüKo BGB/Bearbeiter*
- Saenger, Ingo* (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 7. Auflage, 2017, zitiert als *Saenger/Bearbeiter*

- Schack, Haimo*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8. Auflage, 2017, zitiert als *Schack*, Urheberrecht
- Schimpf, Christian-Antonius/Ullfors, Carl-Magnus/Peters, Frank*, Lexikon Computer und Informationstechnik, 2001, zitiert als *Schimpf/Ullfors/Peters*, Informationstechnik
- Schmidt, Detlef*, Die Beschaffenheit der Kaufsache, BB 2005, S. 2763-2767, zitiert als *Schmidt*, BB 2005, 2763
- Schmidt-Futterer, Wolfgang* (Begr.), Mietrecht, 13. Auflage, 2017, zitiert als *Schmidt-Futterer/Bearbeiter*
- Schmidt-Räntsch, Jürgen*, Die Haftung des Verkäufers nach der Schuldrechtsreform am Beispiel des Unternehmenskaufs, AnwBl. 2003, S. 529-535, zitiert als *Schmidt-Räntsch*, AnwBl. 2003, 529
- Schneider, Jochen*, IT-Vertragsrecht – Ein schuldrechtsmodernisierter Rück- und Überblick zu den Problemen mit den Vertragstypen des BGB, CR 2005, S. 695-700, zitiert als *Schneider*, CR 2005, 695
- ders.*, Handbuch des EDV-Rechts, 5. Auflage, 2017, zitiert als *Schneider*, EDV-Recht
- Schneider, Jörg*, Softwarenutzungsverträge im Spannungsverhältnis zwischen Urheber- und Kartellrecht, 1989, zitiert als *Schneider*, Softwarenutzungsverträge
- Schneider, Mathias*, Virtuelle Werte – Der Handel mit Accounts und virtuellen Gegenständen im Internet, 2010, zitiert als *Schneider*, Virtuelle Werte
- Scholz, Jochen*, Sind „Lizenzen“ kündbar? – Beendigung der Nutzungsrechtseinräumung bei Softwareüberlassung, ITRB 2012, S. 162-165, zitiert als *Scholz*, ITRB 2012, 162
- Scholz, Matthias/Haines, Alexander*, Hardwarebezogene Verwendungsbeschränkungen in Standardverträgen zur Überlassung von Software – Eine Betrachtung von CPU- und Upgradeklauseln, CR 2003, S. 393-399, zitiert als *Scholz/Haines*, CR 2003, 393
- Schricker, Gerhard* (Begr.), Urheberrecht, 5. Auflage, 2017, zitiert als *Schricker/Bearbeiter*
- Schröcker, Stefan*, Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schuldrechtsreform, ZGR 2005, S. 63-100, zitiert als *Schröcker*, ZGR 2005, 63
- Schröder, Georg F.*, Softwareverträge, 4. Auflage, 2015, zitiert als *Schröder*, Softwareverträge
- Schröder, Markus*, Rechtmäßigkeit von Modchips – Stellt der Vertrieb von Modchips eine Urheberrechtsverletzung dar?, MMR 2013, S. 80-83, zitiert als *Schröder*, MMR 2013, 80
- Shubert, Anja*, Schutzüllen-, Gebrauchs- und Enter/Return-Verträge – Das Zustandekommen des Hersteller-Lizenzvertrages bei der Überlassung von Software durch einen Händler, 2006, zitiert als *Shubert*, Schutzüllenverträge

- Schuhmacher, Dirk*, Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 2000, S. 641-651, zitiert als *Schuhmacher*, CR 2000, 641
- Schulze, Reiner* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Auflage, 2019, zitiert als *Hk-BGB/Bearbeiter*
- Schulze, Reiner/Ebers, Martin*, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, S. 462-468, zitiert als *Schulze/Ebers*, JuS 2004, 462
- Schuster, Fabian/Hunzinger, Sven*, Vor- und nachvertragliche Pflichten beim IT-Vertrag – Teil II: Nachvertragliche Pflichten, CR 2015, S. 277-286, zitiert als *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277
- Schwabach, Aaron*, Internet and the Law: Technology, Society, and Compromises, 2. Auflage, 2014, zitiert als *Schwabach*, Internet and the Law
- Schweyer, Florian*, Die rechtliche Bewertung des Reverse Engineering in Deutschland und den USA, 2012, zitiert als *Schweyer*, Reverse Engineering
- Sedlmeier, Tobias/Kolk, Daniel*, ASP – Eine vertragstypologische Einordnung, MMR 2002, S. 75-80, zitiert als *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, 75
- Seffer, Adi/Horter, Carsten*, Nebenleistungspflichten des Erstellers von Individualsoftware, ITRB 2005, S. 169-171, zitiert als *Seffer/Horter*, ITRB 2005, 169
- Servais, Kilian*, Der Softwarepflegevertrag, 2014, zitiert als *Servais*, Softwarepflegevertrag
- Sester, Peter*, Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftungsrisiken und IPR-Fragen, CR 2000, S. 797-807, zitiert als *Sester*, CR 2000, 797
- Sickingler, Mirko*, Vertrieb von Standardsoftware, 1993, zitiert als *Sickingler*, Standardsoftware
- Siems, Mathias M.*, Die Logik des Schutzes von Betriebsgeheimnissen, WRP 2007, S. 1146-1151, zitiert als *Siems*, WRP 2007, 1146
- Sigloch, Jochen/Egner, Thomas/Wildner, Stephan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 5. Auflage, 2015, zitiert als *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre
- Söder, Stefan*, Schutzhüllenverträge und Shrink-Wrap License – Wirksamkeit nachgeschobener Herstellervereinbarungen im Massenmarkt für digitale Information, 2006, zitiert als *Söder*, Schutzhüllenverträge
- Soergel, Hans Theodor* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3 Schuldrecht II (§§ 433-515) AGB-Gesetz, AbzG, EAG, EKG, UN-KaufAbk, 12. Auflage, 1991, zitiert als *Soergel/Bearbeiter*
- ders.* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen: BGB Band 2 Allgemeiner Teil 2. §§ 104-240, 13. Auflage, 1999, zitiert als *Soergel/Bearbeiter*

- ders.* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB Band 5/3: Schuldrecht 3/3 (§§ 328-432 BGB), 13. Auflage, 2010, zitiert als *Soergel/Bearbeiter*
- Solmecke, Christian/Vondrlik, Simon-Elias*, Rechtliche Probleme bei Produkten mit serverbasierten Zusatzdiensten – Was passiert, „wenn der Kühlschrank keine Einkaufsliste mehr schreibt ...“, MMR 2013, S. 755-760, zitiert als *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755
- Spindler, Gerald*, Das Jahr 2000-Problem in der Produkthaftung: Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, NJW 1999, S. 3737-3745, zitiert als *Spindler*, NJW 1999, 3737
- ders.*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, S. 105-120, zitiert als *Spindler*, GRUR 2002, 105
- ders.*, Neues im Vertragsrecht der Internet-Provider – Einflüsse der Reformen des Schuldrechts und des Telekommunikationsrechts, CR 2004, S. 203-213, zitiert als *Spindler*, CR 2004, 203
- ders.* (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, 2004, zitiert als *Bearbeiter*, in *Spindler, Rechtsfragen bei Open Source*
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage, 2015, zitiert als *Spindler/Schuster/Bearbeiter*
- Spindler, Gerald/Sein, Karin*, Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen – Anwendungsbereich und grundsätzliche Ansätze, MMR 2019, S. 415-420, zitiert als *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415
- Spindler, Gerald/Sein, Karin*, Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte – Gewährleistung, Haftung und Änderungen, MMR 2019, S. 488-493, zitiert als *Spindler/Sein*, MMR 2019, 488
- Stamm, Jürgen* (Hrsg.), Festschrift für Helmut Rüßmann, 2013, zitiert als *Bearbeiter*, in *FS Rüßmann*
- Staudenmayer, Dirk*, Die Richtlinie zu den digitalen Verträgen, ZEuP 2019, S. 663-694, zitiert als *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663
- von Staudinger, Julius* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 346-361 (Rücktritt und Widerruf), 2012, zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*
- ders.* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-480 (Kaufrecht), 2014, zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*
- ders.* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b), 2015, zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*

- ders.* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-243 (Treu und Glauben), 2015, zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*
- ders.* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90-124; §§ 130-133, 2017, zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*
- ders.* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311, 311a-c (Vertragsschluss), 2018, zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*
- ders.* (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 535-556g (Mietrecht 1 – Allgemeine Vorschriften; Wohnraummiete), 2018, zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*
- Stichtenoth, Jonas*, Softwareüberlassungsverträge nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, K&R 2003, S. 105-110, zitiert als *Stichtenoth*, K&R 2003, 105
- Stickelbrock, Barbara*, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter, GRUR 2004, S. 736-743, zitiert als *Stickelbrock*, GRUR 2004, 736
- Stöckel, Oliver/Brandi-Dohrn, Anselm*, Der dingliche Charakter von Lizenzen – Ein Grundlagenbeitrag zur Dogmatik der Rechte an Geistigem Eigentum, CR 2011, S. 553-560, zitiert als *Stöckel/Brandi-Dohrn*, CR 2011, 553
- Stoffels, Markus*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 2001, zitiert als *Stoffels*, Schuldverträge
- Striezel, Julia*, Der Handel mit virtuellen Gegenständen aus Onlinewelten, 2010, zitiert als *Striezel*, Virtuelle Gegenstände
- Swoboda, Joachim/Spitz, Stephan/Pramateftakis, Michael*, Kryptographie und IT-Sicherheit – Grundlagen und Anwendungen, 2. Auflage, 2011, zitiert als *Swoboda/Spitz/Pramateftakis*, Kryptographie
- Taeger, Jürgen*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, zitiert als *Taeger*, Computerprogramme
- Tanenbaum, Andrew S./Wetherall, David J.*, Computernetzwerke, 5. Auflage, 2012, zitiert als *Tanenbaum/Wetherall*, Computernetzwerke
- Tellis, Nicholas*, Gewährleistungsansprüche bei Sachmängeln von Anwendersoftware, BB 1990, S. 500-506, zitiert als *Tellis*, BB 1990, 500
- Thunhart, Raphael*, Die Nutzungsvergütung – Grundgedanken, Tatbestände und Bemessung im BGB, 2005, zitiert als *Thunhart*, Nutzungsvergütung
- Tillkorn, Stephan*, Der Nutzersersatz im Kaufrecht – eine vergleichende Untersuchung der Lösungsansätze bei Nacherfüllung, Rücktritt, Schadensersatz statt der ganzen Leistung und Widerruf / Stephan Tillkorn, 2013, zitiert als *Tillkorn*, Nutzersersatz

- Topel, Julia*, Preisempfehlungen und Preisbindung bei EDV-Produkten nach dem GWB, CR 1993, S. 198-202, zitiert als *Topel*, CR 1993, 198
- Trump, Steffen S./Wedemeyer, Henning*, Zur rechtlichen Problematik des Handels mit Gegenständen aus Onlinecomputerspielen – Stinkt Geld etwa doch?, K&R 2006, S. 398-404, zitiert als *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 398
- Tschang, F. Ted*, Balancing the Tensions between Rationalization and Creativity in the Video Games Industry, *Organization Science* 2007, S. 989, zitiert als *Tschang*, *Organization Science* 2007, 989
- Ulrich, Claus/Ulbrich, Thomas*, Das Bevorraten von Ersatzteilen, BB 1995, S. 371-373, zitiert als *Ulrich/Ulbrich*, BB 1995, 371
- Ulrich, Hanns/Lejeune, Mathias* (Hrsg.), Der internationale Softwarevertrag – nach deutschem und ausländischem Recht, 2. Auflage, 2006, zitiert als *Bearbeiter*, in *Ulrich/Lejeune*, Der internationale Softwarevertrag
- Ulmer, Detlef*, Der Bundesgerichtshof und der moderne Vertragstyp „Softwareüberlassung“, CR 2000, S. 493-500, zitiert als *Ulmer*, CR 2000, 493
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether* (Hrsg.), AGB Recht – Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG, 12. Auflage, 2016, zitiert als *Ulmer/Brandner/Hensen/Bearbeiter*
- Vetter, Andrea*, Rechtsfragen in virtuellen Welten aus Sicht des Nutzers – Eine Beurteilung am Beispiel der virtuellen Welten World of Warcraft und Second Life, 2011, zitiert als *Vetter*, *Virtuelle Welten*
- Vinje, Thomas C.*, Softwarelizenzen im Lichte von Art. 85 des EWG-Vertrages, CR 1993, S. 401-408, zitiert als *Vinje*, CR 1993, 401
- Voigt, Paul/Herrmann, Volker/Grabenschröder, Jan Felix*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz – praktische Hinweise zu Umsetzungsmaßnahmen für Unternehmen, BB 2019, S. 142-146, zitiert als *Voigt/Herrmann/Grabenschröder*, BB 2019, 142
- Volle, Peter*, Rechtliche Einordnung der EDV-Systemverträge, CR 1996, S. 139-144, zitiert als *Volle*, CR 1996, 139
- ders.*, Rechtsprechungsüberblick für die Computerpraxis, NJW-CoR 1999, S. 242-244, zitiert als *Volle*, NJW-CoR 1999, 242
- Wackerbarth, Ulrich/Vormbaum, Thomas/Marutschke, Hans-Peter* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenhardt zum 70. Geburtstag, 2007, zitiert als *Bearbeiter*, in *FS Eisenhardt*
- Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Auflage, 2018, zitiert als *Walker*, BGB AT
- Walter, Michel M./von Lewinski, Silke* (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht: Kommentar, 2001, zitiert als *Bearbeiter*, in *Walter/von Lewinski*, Europäisches Urheberrecht: Kommentar

- dies.* (Hrsg.), European Copyright Law – a commentary, 2010, zitiert als *Bearbeiter*, in Walter/von Lewinski, European Copyright Law
- Wand, Peter*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht, 2001, zitiert als *Wand*, Technische Schutzmaßnahmen
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, 2014, zitiert als *Wandtke/Bullinger/Bearbeiter*
- Wandtke, Artur-Axel/Ohst, Claudia* (Hrsg.), Medienrecht Praxishandbuch, Band 2: Schutz von Medienprodukten, 3. Auflage, 2014, zitiert als *Bearbeiter*, in Wandtke/Ohst, Medienrecht Praxishandbuch, Band 2: Schutz von Medienprodukten
- Weber, Wolfgang/Kabst, Rüdiger/Baum, Matthias*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 10. Auflage, 2018, zitiert als *Weber/Kabst/Baum*, Betriebswirtschaftslehre
- Weise, Stefan/Krauß, Hans-Frieder* (Hrsg.), Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 47. Edition, 2019, zitiert als *Bearbeiter*, in Weise/Krauß, Beck'sche Online-Formulare Vertrag
- Welker, Ann Marie/Schmidt, Petra*, Kündigung von Softwarepflegeverträgen durch sog. End-of-Life-Schreiben, CR 2002, S. 873-876, zitiert als *Welker/Schmidt*, CR 2002, 873
- Welters, Malte*, Obsoleszenz im Zivilrecht, 2012, zitiert als *Welters*, Obsoleszenz
- Wemmer, Benedikt/Bodensiek, Kai*, Virtueller Handel – Geld und Spiele, K&R 2004, S. 432-437, zitiert als *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 432
- von Westerholt, Margot Gräfin/Berger, Konrad*, Der Application Service Provider und das neue Schuldrecht – Vertragsrechtliche Fragen zu seiner Stellung zwischen Lieferanten und Kunden, CR 2002, S. 81-88, zitiert als *von Westerholt/Berger*, CR 2002, 81
- von Westphalen, Friedrich Graf* (Hrsg.), Der Leasingvertrag, 7. Auflage, 2015, zitiert als *Bearbeiter*, in von Westphalen, Der Leasingvertrag
- von Westphalen, Friedrich Graf/Thüsing, Gregor* (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 41. Ergänzungslieferung, 2018, zitiert als *Bearbeiter*, in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke
- Wiebe, Andreas*, Reverse Engineering und Geheimnisschutz von Computerprogrammen, CR 1992, S. 134-141, zitiert als *Wiebe*, CR 1992, 134
- Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 3. Auflage, 2016, zitiert als *Bearbeiter*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts
- Wilhelmi, Rüdiger*, Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Gemeinschaftsrechtsprechung, WRP 2009, S. 1431-1445, zitiert als *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431

- Wimmer, Jeffrey*, Massenphänomen Computerspiele, 2013, zitiert als *Wimmer*, Massenphänomen
- Wirtz, Bernd W.*, Medien- und Internetmanagement, 9. Auflage, 2016, zitiert als *Wirtz*, Internetmanagement
- Wolf, Manfred/Kaiser, Jochen*, Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf nach neuem Recht, DB 2002, S. 411-420, zitiert als *Wolf/Kaiser*, DB 2002, 411
- Zahrnt, Christoph*, Abschlusszwang und Laufzeit beim Softwarepflegevertrag, CR 2000, S. 205-207, zitiert als *Zahrnt*, CR 2000, 205
- ders.*, Computervertragsrecht in Rechtsprechung und Praxis – ZCV (Loseblattsammlung), 6. Lieferung, 2004, zitiert als *Zahrnt*, Computervertragsrecht
- ders.*, Vollpflege von Standardsoftware, CR 2004, S. 408-411, zitiert als *Zahrnt*, CR 2004, 408
- Zwanzger, Michael*, Der mehrseitige Vertrag, 2013, zitiert als *Zwanzger*, Der mehrseitige Vertrag

Sachregister

Abonnementvertrag

| | |
|---------------------|----|
| Begriff..... | 32 |
| Konsolenspiele..... | 93 |

Abospiele

| | |
|--------------|----|
| Begriff..... | 32 |
|--------------|----|

Auslegung

| | |
|-------------------------------------|----|
| ~ von AGB..... | 43 |
| entgegenstehende Vereinbarungen.... | 53 |
| ergänzende ~..... | 44 |
| hypothetischer Parteiwille..... | 46 |

Ausschlusszeitraum

| | |
|---------------------------------------|-----|
| "Lebenszyklus" digitaler Spiele | 123 |
| AfA-Tabellen..... | 131 |
| Begriff..... | 122 |
| Bemessung des ~..... | 122 |
| durchschnittliche Supportdauer | 134 |
| Konsolengenerationen..... | 136 |
| lineare Teilwertabschreibung | 129 |
| Nutzungsdauer digitaler Spiele | 129 |
| Softwarelebenszyklus..... | 123 |
| Verjährungsfristen..... | 138 |

Beschaffenheit der Kaufsache..... 71

| | |
|----------------------|----|
| äußere Umstände..... | 72 |
|----------------------|----|

| | |
|------------------------------------|----|
| Eigenschaften | 71 |
| enger Beschaffenheitsbegriff | 72 |
| Fehler..... | 71 |
| weiter Beschaffenheitsbegriff..... | 72 |

Bestimmungsgemäße Benutzung.....149

Betriebsgeheimnis..... *Siehe* Geschäftsgeheimnis

Cheat Device

25, 28

Client-Server-Kommunikation....63, 73, 74

Digital Rights Management

19

Digitale Inhalte

| | |
|--------------------------------|-----------------------------------|
| Begriff..... | 38 |
| Bereitstellung..... | 38, 63 |
| Online-Komponenten als ~..... | 40 |
| Richtlinie (EU) 2019/770 | 38, 55, 56, 63, 87, 118, 122, 151 |
| Vertragsmäßigkeit | 39, 55, 122 |

EA

4, 8, 10, 36

Einzelspielermodus..... 15

End User License Agreement (EULA)..... 35

Entertainment Software Association (ESA)..... 12

Ersatzteile

Pflicht zur Lieferung von ~ 50, 131

Free-to-Play-Spiele

Gefälligkeitsverhältnis 84

Schenkung..... 86

Typologisierung der Supportpflicht .. 89

Typologisierung des Überlassungsvertrages 84

GameRanger 30

GameSpy 3, 9, 12

Server-Abschaltung 2014 9

Gemischter Vertrag 83

Geschäftsgeheimnis

aktuelle Rechtslage 195

alte Rechtslage 188

Geschäftsgeheimnisschutzgesetz..... 188

Richtlinie (EU) 2016/943 188

Google 3

IBM 3

Inklusivspiele

Begriff..... 31

Direktvertrieb..... 36

Händlervertrieb 55

Pflicht zum Support 35, 49, 56, 57

Support als Hauptleistungspflicht 82

Typologisierung der Supportpflicht .. 69

Typologisierung des Überlassungsvertrages 64

Jailbreak

Begriff..... 25

Firmware..... 25

Rechtliche Zulässigkeit.....171

signature check 25

Wii-Konsole..... 25

Kommunikationsprotokoll..... 31

Begriff..... 28

Pflicht zur Lizenzierung der Nutzung des ~201

Reverse Engineering..... 28

Schutz als Erfindung.....184

Schutz als Werk gem. § 2 UrhG181

Schutz gem. § 95 a Abs. 2 UrhG, § 69f Abs. 2 UrhG183

Konsolenspiele

Begriff 32

Typologisierung des Überlassungsvertrages 93

Kündigungsrecht des Supportverpflichteten

Ausschluss der Anwendbarkeit des ~109

Ausschluss der Ausübung des ~.....112

außerordentliche Kündigung (§ 626 Abs. 1 BGB).....106

ordentliche Kündigung107

Vereinbarung in AGB.....118

LAN

Begriff 19

LAN-Mehrspielermodus26, 177, 217

Masterserver

Begriff..... 17

Betreiber der ~ 3

Zulässigkeit des Betriebs inoffizieller ~205

Microsoft.....3, 4, 9, 21, 32

Windows XP 21

MMOG

- Begriff..... 33
- Typologisierung der Supportpflicht 101
- Typologisierung des Überlassungsvertrages 101
- Nintendo**..... 4, 7, 8
- DS*-Konsole..... 6
- Nintendo Wi-Fi Connection Service* ... 7, 12
- Wii*-Konsole 6, 12
- Nutzer digitaler Spiele**
- Forscher 10, 14, 31, 116, 145, 174, 185, 197, 200, 206, 214
- Gedächtnisinstitutionen..... 10, 11, 14, 31, 116, 145, 164, 174, 185, 191, 197, 201, 206, 207, 214
- Nutzungsberechtigung des Erwerbers** 146
- Nutzungsmöglichkeit**
- Wegfall nach Supportende 2
- Online-DRM-Systeme**..... 12
- account-based DRM..... 21
- always online 23
- Authentifizierung 20
- Authentifizierungs-Checks 25
- Begriff..... 2, 19
- DRM-Server..... 20
- Hash-Funktionen..... 21
- Nutzer-Account..... 22
- Online-Aktivierung 20
- Prüfsumme 21
- Schutz gem. § 69f Abs. 2 UrhG 157
- Schutz nach dem ZKDSG 161
- Zulässigkeit der Eliminierung der ~ 151
- Online-Komponenten**
- Begriff 2
- Online-Mehrspielermodus** 33
- ähnliche Online-Komponenten 15
- Begriff 2, 15
- Client-Server-Architektur 16
- Dedicated Game Server 16
- Game State 16
- LAN-Mehrspielermodus 19
- Matchmaking..... 18
- Peer-to-Peer-Architektur..... 18
- Server-Browser..... 18
- Wiederherstellung des ~ 26
- Zulässigkeit der Wiederherstellung des ~ 176
- Payloads** 31
- Begriff 28
- Reverse Engineering..... 28, 197
- Personenbezogene Daten**
- ~ als Gegenleistung für Bereitstellung digitaler Inhalte..... 87
- Free-to-Play-Spiele..... 88
- Publisher** 7, 13
- Begriff 2
- Sixth Triennial Section 1201 Proceeding** 10, 12, 183, 213
- US Copyright Office* 10, 12
- Softwarepflege**
- Begriff 47
- Rechtspflicht zur ~ 48
- Sony** 4, 26, 32
- Dynamic Network Authentication* 25
- PS3*-Konsole 26
- Spieleentwickler**
- Begriff 2

| | | | |
|---|--------------------|---------------------------------------|-----------------|
| Steam | 3 | Cheat Device | 25 |
| <i>Steamworks Custom Executable</i> | | DNS-Server | 27 |
| <i>Generation</i> | 22 | Eliminierung von Online-DRM- | |
| <i>Valve</i> | 21 | Systemen | 24 |
| Support der Online-Komponenten ... | 73, | Traffic Redirection | 27 |
| 77 | | Tunneling | 26 |
| Ubisoft | 4, 8, 9, 36 | Wiederherstellung des Online- | |
| <i>Uplay</i> | 21 | Mehrspielermodus | 26 |
| <i>UplayStore</i> | 36 | Xbox | |
| UrhWissG | 173 | <i>Xbox 360</i> | 18 |
| virtuelle Gegenstände | | <i>Xbox Live</i> | 18 |
| Abhängigkeit vom Support der Online- | | <i>Xbox One</i> | 32 |
| Komponenten..... | 92 | Zeitspiele | |
| Begriff..... | 90 | Begriff | 33 |
| Typologisierung des | | Typologisierung der Supportpflicht .. | 98 |
| Überlassungsvertrages | 91 | Typologisierung des | |
| Wiederherstellung der | | Überlassungsvertrages | 94 |
| Nutzungsmöglichkeit | 23 | Zuweisungsgehalt | 193, 194 |