

## § 29 Gaming: Computer- und Online-Spiele

**Schrifttum:** Apel, Anmerkung zu einem Urteil des BGH vom 12.1.2017 (I ZR 253/14) – Zu rechtlichen Fragen zum Wettbewerbs-, Urheber- und Markenrecht, WRP 2017; Bänsch/Hentsch, Datenverarbeitungen in der Games-Branche, MMR-Beil. 2021 Heft 08, 3; Berberich, Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urteil vom 12.1.2017 (I ZR 253/14) – Zur wettbewerbsrechtlichen Einordnung sogenannter Automatisierungsprogramme für Computerspiele, GRUR 2017, 407; Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 2022; Biehler/ Apel, Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urteil vom 6.10.2016 (I ZR 25/15) – Zur urheberrechtlichen Relevanz des Anbietens von Online-Spielfunktionen automatisiert ausführender Bot-Software, MMR 2017, 174; Bodensiek, Nutzungsrisiken im Gefüge des Jugendschutzrechts. Gefährdung der hergebrachten Alterskennzeichnung durch die geplante Reform des JuSchG, MMR-Beil. 8/2020, 23; Breyers/Breyers, Einordnung von Let's Play-Videos aus der Sicht des Urheber-, Jugendschutz- und Strafrechts, MMR 2015, 794; Brtka, eSport: Die Spiele beginnen – Welche Rechtsfragen sind zu klären? GRUR-Prax 2017, 500; Brügge-mann, Urheberrechtlicher Schutz von Computer- und Videospiele, CR 2015, 697; Bullinger/Czychowski, Digitale Inhalte: Werk und/oder Software? Ein Gedankenspiel am Beispiel von Computerspielen, GRUR 2011, 19; Czychowski, Der BGH und Computerspiele: Es verbleiben noch offene Fragen, GRUR 2017, 362; Dankert/Sümmermann, Hakenkreuze in Filmen und Computerspielen – Entwicklungen und aktuelle Debatte zum Umgang mit verfassungsfeindlichen Kennzeichen, BpJM-Aktuell 2/2018, 4; Diegmann/Kuntz, Praxisfragen bei Onlinespielen, NJW 2010, 561; Druschel, Die Regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR), GRUR Int. 2015, 125; Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, 2013; Ehinger/Schadomsky, Der In-Game-Verkauf von Lootboxen – jugendgefährdendes Glücksspiel oder bloßes Transparenzproblem? K&R 2018, 145; Ewald/Haar, Gaming meets Law: Rechtsfragen der Entwicklung und Vermarktung von digitalem Content, K&R, Beilage 1 zu Heft 7/8/2017, 12; Franz, Ist „Virtual Reality“ eine neue Nutzungsart? ZUM 2017, 207; Frey, eSports – Rechtsfragen eines komplexen Ökosystems im Überblick, Teil 1, SpuRt 2018, 2; ders., eSports – Rechtsfragen eines komplexen Ökosystems im Überblick, Teil 2, SpuRt 2018, 53; ders., eSport und Recht, 1. Aufl. 2021; Gauß, Oliver Kahn, Celebrity Deathmatch und das Right of Publicity – Die Verwertung Prominenter in Computer- und Videospiele in Deutschland und den USA, GRUR Int 2004, 558; Gräbig, BGH: Half-Life 2 – Ende des Handels mit Gebrauchsoftware?, MMR-Aktuell 2010, 307861; Graef, Die fiktive Figur im Urheberrecht, ZUM 2012, 108; Heinemeyer/Nordmeyer, Super Marios, Kratos' und des Master Chiefs Erzfeind – Die Legalität der Modchips und Softwaremods für Videospielekonsolen, CR 2013, 586; Hentsch, Die Urheberrechte der Publisher bei eSport, MMR – Beilage 2018, 3; Hentsch/von Petersdorff, Gesetzlicher Jugendschutz in der Games-Branche, MMR-Beil. 8/2020, 3; Hermes, Games: Aktuelle Rechtsfragen zum Handel mit virtuellen Gegenständen, GRUR-Prax 2013, 400; Hilgert, Keys and Accounts beim Computerspielvertrieb – Probleme der Erschöpfung beim Vertrieb hybrider Werke mit Blick auf LG Berlin, Urt. v. 11.3.2014 – 16 O 73/13, CR 2014, 354; Hilgert/Eickhoff, Jugendschutz im eSport, MMR – Beilage 2018, 16; Hilgert/Sümmermann, Technischer Jugendmedienschutz MMR-Beil. 8/2020, 26; Hofmann, Die Schutzfähigkeit von Computerspielesystemen nach Urheberrecht, CR 2012, 281; Holzhäuser/Bagger/Schenk, Ist E-Sport „echter“ Sport?, SpuRt 2016, 94; Jani, Kein Verstoß gegen den Erschöpfungsgrundsatz durch vertragliche Nutzungsbeschränkungen bei einem Computerspiel – „Half-Life 2“, GRUR-Prax 2010, 394; Jänich, Die Veräußerung von Produktschlüsseln (Product Keys) für Computerspiele – immer ein Problem des Urheberrechts?, K&R 2020, 781; Krüger/Biehler/Apel, Keine „Used Games“ aus dem Netz – Unanwendbarkeit der „UsedSoft“-Entscheidung des EuGH auf Videospiele, MMR 2013, 760; Lambertz, Kann denn „e-Sport“ Sport sein?, CaS 2017, 119; Lambrecht, Spielregelwidrige Bots und Annexansprüche bei Unionsmarkenverletzung, GRURPrax 2017, 91; Leopold, Anmerkung zur Entscheidung des AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 27.10.2017, 63 F 290/17 – Zum Sorgerecht: Elterliche Aufsichtspflicht bei Medien-Nutzung durch Minderjährige, NZFam 2018, 416; Liesching, „Simuliertes Glücksspiel“ in Game-Apps, ZfWG 2020, 313; ders., Nutzungsrisiken nach dem neuen Jugendschutzgesetz – Implikationen im Bereich Werbung für Medien, ZUM 2021, 563; ders./Hambach/Schippel, Fantasy Sport Games – Geschicklichkeits- oder Glücksspiele?, ZfWG 2018, 208; Lober, Spielend werden: Rechtliche Rahmenbedingungen des Ingame-Advertising, MMR 2006, 643; ders./Jäkel-Gottmann, Überblick über die Spruchpraxis zur Alterskennzeichnung, MMR-Beil. 8/2020, 8; ders./Klein, Datenschutz bei Multiplayer-Games und Spielen auf sozialen Netzwerken, MMR-Beil. 8/2021, 17; Marly, BGH: Keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts durch Vertrieb eines nur in Verbindung mit einem Online-Dienst nutzbaren Computerspiels – Half-Life 2, LMK 2010, 309245; ders., Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018; Maties, Lootboxen aus zivilrechtlicher Sicht, NJW 2020, 3685; Merk/Schneider, Keyselling: Rechtliche Grenzen beim Handel mit Lizenzschlüsseln für Computerspiele, MMR-Beil. 8/2019, 12; Moos, Durchsetzung der DS-GVO mittels Bußgeldern am Beispiel der Games-Branche, MMR-Beil. 8/2021,

27; Müller-Hengstenberg, Ist das Kaufrecht auf alle IT-Projektverträge anwendbar?, NJW 2010, 1181; Nickel/Feuerhake/Schelinski, Lootboxen in Computerspielen, MMR 2018, 586; Paul/Albert, „Half Life 2“ – das Ende der Erschöpfung? – Kommentar zu: BGH, Urteil vom 11.2.2010 – I ZR 178/08, K&R 2010, 584; Rauda, Recht der Computerspiele, 2013; ders., Cheatbots in Computerspielen, MMR-Beil. 8/2019, 20; Scheyhing, Jugendliche bei eSport-LAN-Events – Jugendschutz im eSport, MMR-Aktuell 2016, 382190; ■Scheyhing, Lootboxen in Videospiele als separates Glücksspiel, ZfWG 2018, 114; Schippel, Regulierung von Lootboxen nach dem JMStV? Zu den Beschränkungen des LMStV für Lootboxen in Onlinegames, ITRB 2018, 144; Schippel, Sind Lootboxen Glücksspiel? – Zu den glücksspielrechtlichen Aspekten der Beutekisten in Online-Games, WRP 2018, 409; Schörner, ESport und Strafrecht – Zum Sportbegriff der §§ 265c und 265d StGB und deren Anwendbarkeit auf kompetitives Computerspielen, HRRS 2017, 407; Schmid/Düwel, Reale Gebäude und Gegenstände in Computerspielen, MMR 2020, 155; Schricker/Loewenheim/Ohly (Hrsg.), Urheberrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2017; Schwidessen, Hakenkreuze und verfassungswidrige Kennzeichen in Computerspielen, CR 2015, 92; Schwidessen, Lootboxen nach dem deutschem Glücksspiel- und Jugendmedienschutzrecht. Teil 1, CR 2018, 444; Schwidessen, Lootboxen nach dem deutschem Glücksspiel- und Jugendmedienschutzrecht, Teil 2, CR 2018, 512; Schwiering/Zurel, Gaming & Recht – Zwei Bereiche wachsen zusammen! Aktuelle Entwicklungen der Rechtslage und Diskussion, MMR 2016, 440; Taeger, Die Entwicklung des Computerrechts, NJW 2010, 25; Telle/Rolfs, Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urteil vom 12.1.2017 (I ZR 253/14) – Zur Unlauterkeit des Vertriebs von Automatisierungssoftware für ein Massen-Mehr-Spieler-Online-Rollenspiel, K&R 2017, 276; Vonau, BGH: Hersteller von Cheat-Bots für Online-Rollenspiele verletzt Urheberrecht, GRURPrax 2017, 46; von Walter, Nutzerdaten, KI und automatisierte Entscheidungsfindung in Games, MMR-Beil.2021 Heft 08, 22; Werner, Eingriff in das (Rollen-)Spielsystem – Spielregeln und regelwidrige Drittprogramme bei Online-Spielen, CR 2013, 516; Zimmermann/Franzmeier, Zur glücksspielrechtlichen Relevanz von Lootboxen – Ein Beitrag unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzesstelos, ZfWG 2018, 528.

## I. Einleitung

- 1 Das Angebot von Computer- und Online-Spielen ist mannigfaltig, interaktiv und für den Verbraucher über verschiedenste stationäre und mobile Plattformen und Endgeräte vom einfachen Single-Player Browserspiel bis hin zum komplexen, client-server basierten Multi-Player Spiel in beinahe jeder Lebenslage abrufbar. Dabei ist die wirtschaftliche Bedeutung der Gaming-Branche mit der zunehmenden Verschmelzung von Offline- und Online-Welten, der Einbindung von Spielern in Nutzer-Communities und den damit verbundenen Kommerzialisierungsmöglichkeiten, insbesondere über den Vertrieb von Spiele-Erweiterungen, virtuellen Gütern, Subskriptionen und Werbung, kontinuierlich gestiegen. Auch die Veranstaltung von Spiele-Events (eSports, LAN-Parties) erfreut sich großer Beliebtheit. Den allgemeinen Trend zum Spielen reflektiert auch die sogenannte „Gamifizierung“ (*gamification*) vieler Lebensbereiche: Spielerische Gestaltungselemente (etwa eine Fortschrittsanzeige, Feedback oder eine Rangliste) werden längst nicht mehr nur als Mittel der Kundenbindung im Rahmen der Unterhaltung und Werbung eingesetzt, sondern etwa auch zur Motivationssteigerung im Weiterbildungsbereich oder im Fitness- und Gesundheitsbereich.<sup>1</sup>
- 2 Die Entwicklung und Vermarktung von Computer- und Online-Spielen werfen eine Vielzahl von Rechtsfragen auf, die in diesem Kapitel überblicksartig dargestellt werden sollen. Neben Fragen des geistigen Eigentums am Spiel werden dabei insbesondere Fragen der Vertragsgestaltung im Rahmen der Entwicklung und des Vertriebs von Spielen beleuchtet sowie regulatorische Fragen des Jugendschutzes, Glücksspielrechts und Datenschutzrechts angesprochen.

## II. Geistiges Eigentum am Spiel

### 1. Urheberrechte

<sup>1</sup> Vgl. etwa <http://de.wikipedia.org/wiki/Gamification> (alle online-Quellen zuletzt abgerufen am 24.3.2022). Vgl. zur Gamification im Alltag Reinhard , Spieltheorie „Gamification“ – Motivation und Manipulation im Alltag, 25.2.2015, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/spieltheorie-gamification-motivation-und-manipulation-im-724.de.html?dram:article\\_id=312668](https://www.deutschlandfunk.de/spieltheorie-gamification-motivation-und-manipulation-im-724.de.html?dram:article_id=312668).

Ein Computerspiel vereint in sich typischerweise eine Vielzahl urheberrechtlich geschützter Werke verschiedener Urheber. Zu denken ist neben der dem Spiel zugrundeliegenden Programmierleistung an der Basis-Software (*Game Engine*) etwa an Grafiken von Charakteren, virtuellen Spielwelten oder Spielgegenständen oder an die Titelmusik sowie sonstige im Spiel verwendete Musik („*In-Game*“ Musik). Das Computerspiel als Gesamtwerk lebt und ist abhängig von der engen Verzahnung der audiovisuellen Darstellung mit den dem Spiel zugrunde liegenden Computerprogrammen. Es zeichnet sich daher durch eine **technisch-künstlerische Doppelnatur** aus, die im Urheberrechtsgesetz nicht angelegt ist und für die das Urheberrecht kein einheitliches Regelwerk bereithält.<sup>2</sup>

**Computerprogramme** unterfallen aus urheberrechtlicher Sicht den besonderen Regelungen der §§ 69a ff. UrhG,<sup>3</sup> wohingegen die **Gesamtheit der audiovisuellen Darstellung** des Spiels typischerweise als ein **filmähnliches Werk** im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG unter die allgemeinen urheberrechtlichen Regelungen fällt.<sup>4</sup> Überschreitet die audiovisuelle Darstellung mangels individueller Schöpfungshöhe die urheberrechtliche Schutzwelle nicht, kommt alternativ ein Leistungsschutzrechtlicher Schutz als **Laufbild** gemäß § 95 UrhG in Betracht.<sup>5</sup>

Die Anwendbarkeit verschiedener urheberrechtlicher Regelungsregimes auf ein einheitliches Computerspiel führt insbesondere im Bereich der urheberrechtlichen Schrankenregelungen zur Privatkopie (§ 53 UrhG) bzw. Sicherungskopie (§ 69d Abs. 2 UrhG) sowie im Bereich der technischen Schutzmaßnahmen (§ 95a UrhG bzw. § 69f Abs. 2 UrhG) zu Konflikten. Für den in der Praxis besonders relevanten Bereich der **Umgehung technischer Schutzmaßnahmen von Spielekonsolen** durch spezielle Adapterkarten und ähnliche Mittel (sogenannte „**Modchips**“) wendet die Rechtsprechung § 95a UrhG neben § 69f Abs. 2 UrhG an, so dass die urheberfreundlichere Regelung des § 95a UrhG auf das gesamte Spiel ausstrahlt.<sup>6</sup> In der Entscheidung *World of Warcraft I* kam der BGH (erst) über die Differenzierung zwischen Software und audiovisuellen Spielbestandteilen eines Spiels zur urheberrechtlichen Unzulässigkeit von Vervielfältigungshandlungen im Rahmen intensiver Analyse der Spiele-Software zum Zweck der Entwicklung von Automatisierungssoftware (sogenannte „**Bots**“).<sup>7</sup>

Bei der Entwicklung eines Computerspiels werden typischerweise zahlreiche vorbestehende urheberrechtlich geschützte Werke genutzt, die entweder unabhängig von dem konkreten Spiel existieren (etwa eine für mehrere Spiele verwendete Basis-Software (*Game Engine*), ein Roman, Spielfilm oder ein einem Online-Spiel zugrunde liegendes PC-Spiel) oder speziell für das Spiel geschaffen werden (wie etwa das **Design Script** des Spiels, Zeichnungen seiner **Charaktere** oder **Spielwelten**).

Besonders **charismatische Spielfiguren** können über ihre äußere Darstellung hinaus unter Umständen auch als solche, dh in ihrem Gesamtcharakter, urheberrechtlichen Schutz genie-

<sup>2</sup> Vgl. Kilian/Heussen/Czychowski/Siesmayer 2. Abschnitt bb) Rn. 19. Anschaulich zu der Vielzahl der in einem Computerspiel vereinten Werktypen Brüggemann CR 2015, 697.

<sup>3</sup> → § 5 II.

<sup>4</sup> Hoeren/Sieber/Holzsnagel/Arlt Teil 7.7 Rn. 24.

<sup>5</sup> Bei der Beurteilung der Schöpfungshöhe ist zu beachten, dass auch im Bereich der audio-visuellen Darstellung von Computerspielen schon die sogenannte „kleine Münze“ (dh ein Werk mit gerade noch wahrnehmbarer Schöpfungshöhe) schutzfähig ist, vgl. bereits OLG Hamburg 31.3.1983 – 3 U 192/82, GRUR 1983, 436 (437).

<sup>6</sup> Endgültig klarstellend BGH 2.3.2017 – I ZR 273/14, NJW-RR 2017, 676 – „Videospielekonsolen III“. Zuvor schon BGH 27.11.2014 – I ZR 124/11, MMR 2015, 460. Der BGH hatte die Frage nach dem Verhältnis zwischen diesen Regelungen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt, das Vorabentscheidungsersuchen nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Nintendo/PC-Box (EuGH 23.1.2014 – C-355/12, BeckRS 2014, 80197, Rn. 22 ff. – Nintendo) sodann aber zurückgenommen (vgl. EuGH 7.5.2014 – C-458/13). Vgl. zu dieser Rechtsprechung auch BeckOK UrhR/Lindhorst UrhG § 95a Rn. 8–9b. bzw. zuvor schon Heinemeyer/Nordmeyer CR 2013, 586 ff.

<sup>7</sup> BGH 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – *World of Warcraft I* (mit zust. Anm. Biehler/Apel MMR 2017, 174–176). Hinsichtlich der Vervielfältigung der Softwarebestandteile des Spiels hielt der BGH § 69d Abs. 3 UrhG für anwendbar, kam mangels einer entsprechenden Regelung für die audiovisuellen Spielbestandteile jedoch zur Unzulässigkeit der Vervielfältigung der gesamten Spiele-Software. Hierzu auch Czychowski GRUR 2017, 362 sowie Vonau GRURPrax 2017, 46.

ßen, sofern sie über eine besonders ausgeprägte Persönlichkeit mit einer unverwechselbaren Kombination von Eigenschaften, Fähigkeiten und typischen Verhaltensweisen verfügen. Der Schutz **fiktiver Charaktere** ist im Rahmen von Comic-Werken und Romanen anerkannt und lässt sich unter den von der Rechtsprechung dort angesetzten strengen Voraussetzungen auch auf Computerspiele übertragen.<sup>8</sup> Voraussetzung für den Schutz fiktiver Charaktere ist danach insbesondere die ausgeprägte Beschreibung der (inneren) Charaktereigenschaften der Person sowie die Beschreibung besonderer äußerlicher Merkmale. Die Beschreibung der äußeren Gestalt oder des Erscheinungsbildes reicht nicht aus.

- 8 Nicht urheberrechtlich schutzfähig sind dagegen die dem Spiel zugrundeliegende **Idee**, das **abstrakte Spielkonzept**, das allgemeine **Thema** oder das **Genre** eines Spiels. Dies entspricht der allgemeinen urheberrechtlichen Regel, dass der urheberrechtliche Schutz nur die konkrete Ausformung eines Werkes umfasst, nicht hingegen die ihm zugrundeliegenden Ideen, Stile oder Methoden.<sup>9</sup>
- 9 Die **Handlung** eines Spiels kann bei hinreichender Individualität unter Anwendung der von der Rechtsprechung entwickelten **Grundsätze zum Fabelschutz** im Einzelfall urheberrechtlich schutzfähig sein. Urheberrechtsschutz genießen danach auch Bestandteile und formbildende Elemente des Werkes, die im Gang der Handlung, in der Charakteristik und Rollenverteilung der handelnden Personen, der Ausgestaltung von Szenen und in der „Szenerie“ des Romans liegen.<sup>10</sup> Liegt der besondere Reiz eines Spiels in der differenzierten Balance eines besonders komplexen Regelwerks, so kann zudem die **Ausgestaltung der Spielregeln** – bei Gemeinfreiheit des zugrunde liegenden abstrakten Konzepts – im Einzelfall die urheberrechtliche Schutzwelle überschreiten.<sup>11</sup>
- 10 **Computeranimationen in der Spielumgebung** (etwa eine Animation eines realen Gebäudes) können als Werk der bildenden Kunst urheberrechtlich geschützt sein, sofern ihr ästhetischer Gehalt als eine künstlerische Leistung angesehen werden kann. Die bloße Bearbeitung eines Photos mit den gängigen Funktionen eines Bildbearbeitungsprogramms genügt dafür nicht.<sup>12</sup> Umgekehrt ist bei der Abbildung bekannter realer Gebäude, realer Kunstwerke oder sonstiger urheberrechtlich geschützter realer Gegenstände in der Spielumgebung auch an die Einlizenzierung der hierfür ggf. erforderlichen Verwertungsrechte zu denken.<sup>13</sup>
- 11 An der Entstehung eines Computerspiels ist typischerweise eine Vielzahl von Urhebern beteiligt. Es liegt auf der Hand, dass die für die Erstellung des Spiels erforderlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte vom Spielhersteller sorgfältig einlizenzieren werden müssen. Zu denken ist dabei neben den vermögensrechtlichen Aspekten des Urheberrechts auch an die dem **Urheberpersönlichkeitsrecht** entspringenden Rechte der Autoren, insbesondere das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13 UrhG), aus dem sich eine Pflicht zur **Namensnennung** des Urhebers im Spiel (**Credit**) ergeben kann.<sup>14</sup> Dies erfolgt üblicherweise in Gestalt einer Namensnennung in den allgemeinen Hinweisen des Herstellers zum Spiel oder im Vorspann des Spiels. In diesem Zusammenhang sind ferner das Recht zum **Rückruf wegen gewandelter Überzeugung** (§ 42 UrhG) sowie der **Änderungs- und Entstellungsschutz** gemäß §§ 14, 39 UrhG zu erwähnen.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> Vgl. zum Schutz origineller Figuren Hentsch MMR Beilage 2018, 3 (4); Bullinger/Czychowski GRUR 2011, 19 (23 f.); Duisberg/Picot/Förster Kapitel 2 Rn. 12; Graef ZUM 2012, 108. Im Rahmen von Comic-Werken hat der BGH den Schutz von Figuren als solchen für die Comic-Figuren Asterix und Obelix bejaht: BGH 11.3.1993 – I ZR 264/91, GRUR 1994, 191 (192) – Asterix-Persiflagen; instruktiv zum Schutz von Charakteren eines Sprachwerks auch BGH NJW 2014, 771 ff. – Pippi Langstrumpf.

<sup>9</sup> Vgl. etwa Wandtke/Bullinger/Bullinger § 2 Rn. 37, 39 mit Nachweisen.

<sup>10</sup> Ausführlich Bullinger/Czychowski GRUR 2011, 19 (23 f.) mit Nachweisen; vgl. auch Redeker IT-R Rn. 125. Die zum Fabelschutz entwickelten Grundsätze finden sich etwa in BGH 29.4.1999 – I ZR 65/96, BGHZ 141, 267 = GRUR 1999, 984 (987) – Laras Tochter.

<sup>11</sup> Ausführlich Hofmann CR 2012, 281; zum „Game-Balancing“ ausführlich Rauda Rn. 52 ff. unter Verweis auf OLG Düsseldorf 21.2.1989 – 20 U 54/87, GRUR 1990, 263 (264) – Automaten-Spielplan.

<sup>12</sup> LG Köln 21.4.2018 – 28 O 124/08, ZUM 2008, 533 – Der virtuelle Kölner Dom.

<sup>13</sup> Hierzu ausführlich Schmid/Düwel MMR 2020, 155.

<sup>14</sup> Zu branchenüblichen Formaten der Urhebernennung vgl. Rauda Rn. 143 ff.

<sup>15</sup> Zur vertraglichen Abdingbarkeit dieser Rechte s. Fn. 43.

## 2. Markenrechte, Domainrechte und Patentrechte

Der Titel eines Computerspiels sowie ggf. weitere Bezeichnungen, Werbeslogans und Logos sollten durch **Markenrechte**<sup>16</sup> geschützt werden.<sup>17</sup> Gestützt auf eine wirksame Marke ist der Markeninhaber grundsätzlich berechtigt, die Nutzung gleicher oder verwechselbarer prioritätsjüngerer Kennzeichen Dritter zu verbieten.<sup>18</sup> Der Markenrechtsinhaber hat damit nicht nur eine Handhabe gegen verwechselbare Marken, sondern ebenso gegen verwechselbare Unternehmenskennzeichen und –wegen der immensen wirtschaftlichen Bedeutung der Online-Spiele essentiell – gegen verwechselbare Domains. Darüber hinaus ist es in aller Regel sinnvoll, sich um die Registrierung für die Vermarktung relevanter Top-Level-Domains und Social-Media-Accounts zu bemühen.<sup>19</sup>

Bei der Markenmeldung kommen für Computer- und Online-Spiele vor allem die Klassen 9, 26, 28, 35, 40 und 41 der Nizzaer Klassifikation<sup>20</sup> in Frage, sowie zur Absicherung von Merchandising-Umsätzen ggf. zusätzlich die Klassen 24 und 25.<sup>21</sup>

Flankierend zum Markenschutz kommt zur Absicherung des Spieltitels der **Werktitelschutz** gemäß § 5 Abs. 3 MarkenG in Betracht.<sup>22</sup> Durch eine öffentliche Titelschutzanzeige kann zudem der Prioritätszeitpunkt vorverlagert werden.

Das dem Computerspiel zugrundeliegende Computerprogramm (auch als *Game Engine* bezeichnet) kann – ganz oder in bestimmten Teilen – als **computerimplementierte Erfindung** auch einem Schutz über das **Patentrecht**<sup>23</sup> zugänglich sein.<sup>24</sup> Ob eine Patentierung im Einzelfall in Frage kommt, hängt maßgeblich davon ab, ob die dem Computerprogramm zugrundeliegende Idee das Patentierungskriterium der „Technizität“ erfüllt. Ob eine Patentanmeldung im Einzelfall aussichtsreich ist, muss für jede Erfindung anhand sämtlicher Patentierungskriterien geprüft werden.

## 3. Persönlichkeitsrechte Dritter

Soll ein Computerspiel durch die Verwendung von Bildern oder Zeichnungen realer Personen – etwa von Schauspielern oder Sportlern – besonders realitätsnah sein, so ist bereits bei der Gestaltung des Spiels an mögliche **persönlichkeitsrechtliche Ansprüche** der betroffenen realen Personen und die Einholung etwaiger erforderlicher Einwilligungen zu denken. Entsprechende Ansprüche können sich insbesondere aus dem **Recht am eigenen Bild** (§§ 22, 23 KUG) oder dem **Allgemeinen Persönlichkeitsrecht** (§ 823 Abs. 1, 2 BGB in Verbindung mit Art. 1, 2 GG) der abgebildeten Personen ergeben.<sup>25</sup> Mit entsprechenden Ansprüchen des ehemaligen Torhüters der deutschen Nationalmannschaft Oliver Kahn gegen das Compu-

<sup>16</sup> → § 7 IV. Rn. 88 ff.

<sup>17</sup> Umfassende Ausführungen zur Bedeutung markenrechtlichen Schutzes für Computerspiele finden sich bei Duisberg/Picot/Körner Kap. 3.

<sup>18</sup> Keine Verletzung stellt mangels markenmäßiger Verwendung allerdings die Verwendung eines Zeichens zur Beschreibung eines bekannten Spielmechanismus dar. Erfolglos blieb ua deshalb die Klage des Inhabers der Wortmarke „Stadt Land Fluss“ gegen „Stadt, Land, Fluss – Multiplayer“ als Bezeichnung für eine Smartphone-Applikation, KG 1.11.2013 – 5 U 68/13, GRUR 2014, 197. Eine markenmäßige Verwendung hat der BGH dagegen bejaht für die Bezeichnung „World of Warcraft Bot“ für eine Software zur automatischen Durchführung des Spiels „World of Warcraft“, BGH 12.1.2017 – I ZR 253/14, GRUR 2017, 397- World of Warcraft II. Anmerkungen va zu den lauterkeitsrechtlichen Aspekten der Entscheidung bei Berberich GRUR 2017, 407, Apel WRP 2017, 446–447 und Telle/Rolfs K&R 2017, 276, Anmerkungen zu unionsmarkenrechtlichen Annexansprüchen bei Lambrecht GRURPrax 2017, 92).

<sup>19</sup> Ausführlich Duisberg/Picot/Körner Kap. 3 Rn. 63 ff.

<sup>20</sup> Die jeweils aktuelle Version der Nizzaer Klassifikation ist etwa unter [https://www.dpma.de/marken/klassifikation/waren\\_dienstleistungen/nizza/index.html](https://www.dpma.de/marken/klassifikation/waren_dienstleistungen/nizza/index.html) abrufbar.

<sup>21</sup> Vgl. Duisberg/Picot/Körner Kap. 3 Rn. 23 ff. sowie Rauda Rn. 275 ff.

<sup>22</sup> Ausführlich Duisberg/Picot/Körner Kapitel 3 Rn. 58 ff. sowie Rauda Rn. 245 ff., vgl. ferner MAH GewRS/Raab § 35 Rn. 236; zum Werktitelschutz bei Apps vgl. auch LG Hamburg 8.10.2013 – 327 O 104/13, GRUR-RR 2014, 206; für Computer-Simulationsspiele stellt die Rechtsprechung nur geringe Anforderungen an die originäre Kennzeichnungskraft eines Titels, OLG Köln 28.11.2014, MMR 2015, 683.

<sup>23</sup> → § 5 VI.

<sup>24</sup> Zur Patentierbarkeit von Computerspielen ausführlich Duisberg/Picot/Reker/Emmerling Kap. 10 sowie Rauda Rn. 236 ff.

<sup>25</sup> Ausführlich hierzu Duisberg/Picot/Körner Kap. 3 Rn. 68 ff. sowie Rauda Rn. 385 ff.

terspiel „FIFA Fußball Weltmeisterschaft 2002“ der Firma EA Sports waren das OLG Hamburg sowie zuvor erstinstanzlich das LG Hamburg bereits in den Jahren 2002 und 2003 befasst.<sup>26</sup> Falls im Einzelfall die Nennung des Namens (ggf. auch Künstlernamens<sup>27</sup> oder Pseudonyms)<sup>28</sup> einer realen Person zu einer Identitätstäuschung oder Verwechslung führen kann oder einen nicht bestehenden Zusammenhang der realen Person mit bestimmten Gegenständen oder Gütern suggeriert (sog. „Zuordnungsverwirrung“),<sup>29</sup> kommen Ansprüche aus dem **Namensrecht** gemäß § 12 BGB in Betracht.<sup>30</sup> Bei der Integration verstorbener realer Personen ist an § 22 S. 2 KUG sowie an Ansprüche der Erben aus dem **postmortalen Persönlichkeitsrecht** zu denken.<sup>31</sup>

### III. Entwicklung des Spiels

- 17 Die Entwicklung von Computerspielen erfolgt oft als Auftragsproduktion eines Entwicklungsstudios (Entwickler oder *Developer*) für einen sogenannten **Publisher**, der die Spiele – wie ein Verleger – herausbringt und vermarktet. Öffentliche Fördermittel für Spieleproduktionen etablieren sich – verglichen mit den umfassenden öffentlichen Fördermitteln im Filmbereich – zunehmend.<sup>32</sup>
- 18 Häufig übernimmt daher ein Publisher die Finanzierung der Entwicklung und der Vermarktung des Spiels und stellt den Zugang zu den relevanten Endkunden her. Größere Publisher haben oft eigene Entwicklungsstudios oder sind an Entwicklungsstudios beteiligt.
- 19 Das beschriebene Publishing-Modell ist insbesondere im „traditionellen“ Bereich der PC- und Konsolenspiele gängig. Auch im Online-Bereich wird das Modell vergleichbar praktiziert. Bei Online-Spielen ist es allerdings für die Entwicklungsstudios leichter, sich – etwa über größere Online-Spieleplattformen, soziale Netzwerke oder App-Plattformen – selbst einen Zugang zu den Endkunden zu verschaffen. Ein „traditioneller“ Publisher wird dann oft nicht benötigt.
- 20 Erfolgt die Entwicklung eines Spiels im Auftrag eines Publishers, so wird sie vertraglich in einem **Entwicklungsvertrag** oder „**Publishing-Vertrag**“ dokumentiert. Die Regelungsgegenstände des Entwicklungsvertrags sind teilweise vergleichbar zum Software-Erstellungsvertrag: Hier wie dort geht es darum, den Leistungsumfang eines komplexen Entwicklungsprojekts zu definieren und in einem Projektplan inhaltlich sowie zeitlich zu strukturieren, einen flexiblen rechtlichen Rahmen für Leistungsänderungen im Projekt zu schaffen, Berichtspflichten über den Projektfortschritt, Testphasen und Abnahmeprozesse (typischerweise mit korrelierenden Abschlagszahlungen) zu vereinbaren, den Umgang mit Sach- und Rechtsmängeln, Verzögerungen und sonstigen Leistungsstörungen, die Zuordnung der Nutzungs- und Verwertungsrechte an den Entwicklungsergebnissen, Eskalationsmechanismen und Beendigungsszenarien zu regeln. Zu den genannten Aspekten ist daher zumindest für das Verständnis der schuldrechtlichen Vertragssystematik und der zu bedenkenden Regelungskomplexe auf → § 11 Rn. 1 ff. zu verweisen.

<sup>26</sup> OLG Hamburg 13.1.2004 – 7 U 41/03, MMR 2004, 413 sowie LG Hamburg 25.4.2003 – 324 O 381/02, ZUM 2003, 689. Ausführlich zu diesen Entscheidungen und den darin geprüften Anspruchsgrundlagen Gauß GRUR Int 2004, 558.

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf 18.3.1986 – 4 O 300/85, NJW 1987, 1413.

<sup>28</sup> BGH 26.6.2003 – I ZR 296/00, BGHZ 155, 273 = GRUR 2003, 897.

<sup>29</sup> Zu dem von der Rechtsprechung entwickelten Kriterium der „Zuordnungsverwirrung“ vgl. etwa BGH 23.9.1992 – I ZR 251/90, NJW 1993, 918.

<sup>30</sup> Einen entsprechenden Anspruch Oliver Kahns lehnte das LG Hamburg mit der Begründung ab, dass der Name Oliver Kahns nicht zur Bezeichnung einer Person verwendet werde, der der Name nicht zukomme, LG Hamburg 25.4.2003 – 324 O 381/02, ZUM 2003, 689 (691).

<sup>31</sup> Zu Rechtsgrundlagen und Reichweite des postmortalen Persönlichkeitsrechts vgl. etwa MüKoBGB/Rixecker Anhang zu § 12 Rn. 45 ff.

<sup>32</sup> Für die Computerspieleförderung des Bundes stehen im Bundeshaushalt derzeit jährlich bis zu 50 Mio. EUR bereit. Im Nachgang zur Veröffentlichung der „Strategie für den Gamesstandort Deutschland“ im Juni 2021 plant das Bundesministerium für Digitales und Verkehr zudem die Erarbeitung einer Richtlinie zur Forschungs- und Entwicklungsförderung für Projekte und Studien zu Computerspielen (<https://www.bmvi.de/DE/Themen/Digitales/Computerspielefoerderung/computerspielefoerderung.html>).

Unter den Vertragstypen des BGB dürften die Regelungen des **Werkvertrags** den Interessen der Parteien typischerweise am ehesten entsprechen. Vertragstypologisch lässt sich der Vertrag über die Entwicklung eines softwarebasierten Spiels unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH<sup>33</sup> unter Umständen allerdings als ein **Werklieferungsvertrag**, (§ 650 BGB) einordnen, so dass mit der Anwendbarkeit von **Kaufrecht** – ggf. mit den **Modifizierungen des § 650 Abs. 1 S. 3 BGB** – zu rechnen ist.<sup>34</sup> Das kaufrechtliche Regelungsregime ist – insbesondere mangels eines Abnahmeerfordernisses – für einen komplexen Entwicklungsvertrag jedoch kaum interessengemäß.<sup>35</sup> Aus diesem Grund ist den Parteien in jedem Fall zur ausdrücklichen vertraglichen Regelung sämtlicher gewollter Abweichungen vom Kaufrecht zu raten. Dies gilt besonders für die Vorleistungspflichten des Entwicklers, die Mitwirkungspflichten des Publishers, das Abnahmeerfordernis und das Abnahmeverfahren, die Mängelrechte des Publishers sowie für die Modalitäten einer Kündigung des Entwicklungsvertrags vor Fertigstellung. Oftmals kommen zudem agile Projektmethoden zum Einsatz, was weiteren vertraglichen Individualisierungsbedarf bedeutet, um die rechtlich gewünschten Regelungsmaximen abzubilden.

**Wesentliche Unterschiede zum Softwareerstellungsvvertrag** ergeben sich vor allem aus der Kreativität und Verschiedenheit der in ein Computerspiel einfließenden Ideen und Leistungen, aus der wirtschaftlichen Beteiligung des Entwicklers am Vermarktungserfolg, der sich an die Entwicklung anschließenden laufenden Weiterentwicklung und Pflege von Online-Spielen durch das Entwicklungsstudio sowie aus der Vielfalt der Zweit- und Folgeverwertungsmöglichkeiten eines erfolgreichen Spiels durch Portierung auf weitere Plattformen, Folgeversionen (*Sequels*) oder Merchandising-Produkte.

Hinsichtlich der Spielidee und der Konzepte zu ihrer Umsetzung hat der Entwickler typischerweise ein hohes **Geheimhaltungsinteresse**. Den Beginn einer (möglichen) Entwicklungskooperation markiert daher oft der Abschluss einer umfassenden gegenseitigen **Vertraulichkeitsvereinbarung** (*Non Disclosure Agreement/NDA*), bevor der Entwickler dem Publisher seine Ideen offenlegt. Zu beachten ist hier, dass die einem Spiel zugrundeliegende **Idee** als solche keinen urheberrechtlichen Schutz genießt,<sup>36</sup> so dass der Entwickler im Falle einer vom ihm nicht autorisierten Verwertung seiner Idee auf vertragliche Ansprüche aus der Vertraulichkeitsvereinbarung angewiesen ist. Zur Beweisbarkeit entsprechender Ansprüche im Streitfall sollte der Entwickler die konkrete Idee im Zweifel in der Vertraulichkeitsvereinbarung bereits beschreiben. Nach vollständiger Offenbarung der Idee kann die Vertraulichkeitsvereinbarung um eine konkretisierende Anlage ergänzt werden. Bei der Gestaltung der Vertraulichkeitsvereinbarung ist auch an Beweiserleichterungen bei der Schadensberechnung, Vertragsstrafen und/oder pauschalierte Schadensersatzansprüche zu denken.

Neben einer Vertraulichkeitsvereinbarung halten die Parteien die Eckpunkte der geplanten Kooperation vor dem Abschluss des eigentlichen Entwicklungsvertrags oft in einer **vorläufigen Vereinbarung** fest (oft bezeichnet etwa als **Letter of Intent (LoI)**, **Term Sheet**, **Deal Memo** oder **Memorandum of Understanding**). Eine allgemeine Aussage zu Verbindlichkeit, Inhalt und Reichweite entsprechender Vereinbarungen ist nicht möglich. Ob und inwieweit die Parteien die geplante Kooperation bereits durch den Abschluss der entsprechenden Vereinbarung verbindlich regeln wollten, lässt sich vielmehr nur im Wege der Auslegung der konkreten Vereinbarung unter Berücksichtigung der Umstände ihres Zustandekommens ermitteln. Bei der Formulierung vorläufiger Vereinbarungen ist daher stets darauf zu achten, die von den Parteien gewollte Reichweite vertraglicher Bindung ausdrücklich festzuhalten.

<sup>33</sup> BGH 23.7.2009 – VII ZR 151/08, BGHZ 182, 140 = NJW 2009, 2877 – Silowände; BGH 9.7.2009 – VII ZR 130/07, NJW 2009, 2947 – Tiefeladesattelaufleger. Zur Übertragbarkeit der vom BGH aufgestellten Kriterien auf Softwareerstellungsverträge vgl. etwa Müller-Hengstenberg NJW 2010, 1181; Taeger NJW 2010, 25. In der Literatur wird teilweise weiterhin die Anwendung reinen Werkvertragsrechts befürwortet, etwa Beck-OGK/Hilger BGB § 433 Rn. 20–22; Beck-OGK/Lutzenberger BGB § 631 Rn. 1782–1787.

<sup>34</sup> Näher zur vertragstypologischen Einordnung von Entwicklungsverträgen für softwarebasierte Spiele Rauda Rn. 583 ff.

<sup>35</sup> So auch OLG München 23.12.2009 – 20 U 3515/09, MMR 2010, 649 (650).

<sup>36</sup> → Rn. 8.

Bei der Vertragsgestaltung ist zudem an mögliche Schadensersatzansprüche aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, *culpa in contrahendo*) zu denken, deren vertragliche Beschränkung oder vollständiger Ausschluss interessengemäß sein kann.

- 25 Da in einem Computerspiel eine **Vielzahl kreativer Leistungen in einem komplexen Entwicklungsprozess** zusammenfließen, lassen sich die Merkmale des Spiels bei Abschluss des Entwicklungsvertrags meist noch nicht abschließend beschreiben. Diese Schwierigkeit vergrößert sich bei zunehmender Anwendung **agiler Entwicklungsmethoden**.<sup>37</sup> Dennoch sollten alle bei Abschluss des Entwicklungsvertrags bereits bekannten technischen sowie audiovisuellen Merkmale des Spiels so genau wie möglich in der **Leistungsbeschreibung** dokumentiert werden. In technischer Hinsicht stehen zumindest die Programmiersprache, ggf. eine zu verwendende Basis-Spielsoftware (*Game Engine*), Dateiformate des fertigen Spiels sowie die erforderliche Kompatibilität mit bestimmter Hardware und Betriebssoftware oder mit den Schnittstellen bestimmter sozialer Netzwerke oder sonstiger Vertriebsplattformen in aller Regel schon frühzeitig fest. In audiovisueller Hinsicht sollten bereits feststehende Eckpunkte wie Charaktere, Musik, Spiellänge und ggf. essentielle Spielsituationen ebenso wie die Zielgruppe und der angestrebte äußere Gesamteindruck (*Look & Feel*) des Spiels von Anfang an festgehalten werden. Da der äußere Gesamteindruck und die Zielgruppengenauigkeit typischerweise wesentlich für den Kommerzialisierungserfolg, bei der Geltendmachung von Leistungsstörungenansprüchen zugleich jedoch besonders schwer greifbar sind, lohnt sich aus Sicht des Publishers an dieser Stelle besondere Sorgfalt, einschließlich des Rückgriffs auf Abbildungen und andere Beispielformate zur Veranschaulichung des Gewollten. Auch eine Bezugnahme auf die aktuelle Version des Design Scripts ist sinnvoll. In der Leistungsbeschreibung verwendete branchenübliche Begriffe und Versionsbezeichnungen sollten vertraglich definiert werden (zB *Open Beta Testing*, *Alphaversion*, *Betaversion* etc.). Konkretisierungen und Änderungen des Leistungsumfangs während des Entwicklungsprojekts sind projektbegleitend in der Leistungsbeschreibung abzubilden.
- 26 Von besonderer wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung sind im Entwicklungsvertrag die Vereinbarungen zu den **Nutzungs- und Verwertungsrechten** an dem zu entwickelnden Spiel. Der Publisher verlangt vom Entwickler typischerweise weitreichende Verwertungsrechte, meistens im Sinne einer *buy out*-Lizenz die ausschließlichen, übertragbaren, unterlizenzierbaren, zeitlich, räumlich und inhaltlich unbeschränkten Rechte zur Verwertung in allen bekannten und unbekanntem Nutzungsarten. Unter den gesetzlich (§§ 15 ff., 69c UrhG) geregelten Grundverwertungsarten sind insbesondere das Vervielfältigungsrecht, das Verbreitungsrecht, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, das Vorführungsrecht und das Senderecht sowie Bearbeitungsrechte relevant. Wegen der mannigfaltigen Verwertungsszenarien eines erfolgreichen Spiels sollten die Parteien dabei die vom Verwertungsrecht des Publishers umfassten **Vertriebskanäle, Geräteplattformen** (etwa stationäre oder mobile Spielkonsolen, PCs, Smartphones, Tablets, bestimmte Betriebssysteme, etc.) und **Online-Plattformen** (etwa auch soziale Netzwerke wie *Facebook*) im Entwicklungsvertrag ausdrücklich benennen.<sup>38</sup> Auch **VR-Nutzungen** sollten ausdrücklich aufgenommen werden.<sup>39</sup> Die Einräumung von **Bearbeitungsrechten** ist zu klären, um dem Publisher zum Beispiel die Portierung des Spiels auf andere Plattformen, die Internationalisierung des Spiels durch Übersetzung in andere Sprachen, die Produktion von **Fortsetzungen (Sequels)**, die Produktion von **Merchandising-Artikeln** oder die Überführung in ein anderes Genre (etwa einen spielbasierten Comic oder Film) zu ermöglichen. Je nach Interessenlage und Verhandlungsgewicht kann umgekehrt natürlich auch geregelt werden, dass bestimmte Verwertungsrechte

<sup>37</sup> Zur Vertragsgestaltung bei agilen Softwareprojekten → § 11Rn. 1 ff.

<sup>38</sup> Zu beachten ist dabei, dass mit urheberrechtlich-dinglicher Wirkung nur Verwertungsrechte eingeräumt werden können, die nach der Verkehrsauffassung eindeutig abgrenzbar sowie wirtschaftlich-technisch selbstständig sind (hierzu etwa Schrickler/Loewenheim/Ohly/Ohly § 31 Rn. 28 mit weiteren Nachweisen). Andere Nutzungen können nur mit schuldrechtlicher Wirkung (inter partes) gestattet bzw. verboten werden.

<sup>39</sup> Zur Frage der rechtlichen Einordnung von VR-Nutzungen als eigenständige Nutzungsart vgl. Franz ZUM 2017, 207 (der eine Einordnung als wirtschaftlich eigenständige Nutzungsart ablehnt).

beim Entwickler verbleiben und von diesem kommerzialisiert werden dürfen (ggf. mit Erstandienungspflichten des Entwicklers bzw. Erwerbsoptionen des Publishers).

Der Entwickler muss sicherstellen, dass er dem Publisher die versprochenen Nutzungs- und Verwertungsrechte auch tatsächlich verschaffen kann. Dies muss er – deckungsgleich zur Rechtseinräumung am Entwicklungsvertrag – im Verhältnis zu den Rechtsinhabern sämtlicher im Spiel verwendeter vorbestehender Werke ebenso wie zu sämtlichen an der Entwicklung des Spiels mitwirkenden angestellten oder freien Entwicklern und sonstigen Urhebern sicherstellen. Gegenüber weisungsgebundenen Angestellten bieten die gesetzlich vorgesehenen Rechtseinräumungen gemäß §§ 43, 69b UrhG dem Entwickler typischerweise Schutz. Zumindest mit allen anderen beteiligten Urhebern muss der Entwickler die Rechtseinräumungen ausdrücklich vertraglich regeln. Dabei ist neben den urheberrechtlichen Rechtseinräumungen auch an den **Verzicht auf urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse** (soweit zulässig)<sup>40</sup> sowie gegenüber Software-Entwicklern vorsorglich an die Übertragung von Rechten an etwaigen patentierbaren Erfindungen<sup>41</sup> zu denken. Bei der Einlizenzierung von Musik sind etwaige Vergütungsansprüche der Verwertungsgesellschaft GEMA zu berücksichtigen. Ferner ist an flankierende markenrechtliche Lizenzen sowie ggf. an erforderliche persönlichkeitsrechtliche Einwilligungen zu denken. Zu berücksichtigen sind ggf. auch Rechtseinräumungen an real existierenden bekannten Gebäuden, Kunstwerken oder sonstigen real existierenden urheberrechtlich geschützten Werken, die in die Spielumgebung integriert werden sollen.<sup>42</sup>

Zur Vermeidung einer Rechtsmängelhaftung und der Verletzung etwaiger Rechtsgarantien des Entwicklers müssen alle **Standardkomponenten**, die in das Spiel einfließen, aus der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte ausdrücklich ausgeklammert werden. Häufig verwendete Standardkomponenten sind zum Beispiel standardisierte Basis-Softwareprogramme (*Game Engine*), Open Source Software oder graphische Standard-Elemente wie Bäume, Straßenzüge etc. aus Graphik-Bibliotheken. Soweit es sich hierbei nicht um Open Content handelt, ist auch insoweit eine gesonderte Rechtseinräumung erforderlich.

Die Vergütung des Entwicklers besteht meist aus einer Entwicklungsvergütung, deren Auszahlung (ggf. als Abschlagszahlungen) an das Erreichen von Meilensteinen und/oder eine Endabnahme gekoppelt ist, zuzüglich einer Beteiligung des Entwicklers am konkret erzielten Verwertungserfolg (*Revenue Share*).<sup>43</sup> Letztere wird oft mit einer **Minimumgarantie** kombiniert. Im Falle eines erheblichen Verwertungserfolgs des Spiels sind darüber hinaus gesetzlich zwingende Vergütungsansprüche des Entwicklers gemäß § 32a UrhG denkbar.

Schließlich enthalten Entwicklungsverträge häufig Regelungen zur Absicherung der Investition des Publishers gegen eine **Insolvenz des Entwicklungsstudios** oder ein Scheitern des Projekts aus anderen Gründen.<sup>44</sup> Zu denken ist hier insbesondere an Kreditsicherheiten an etwaigen Rechten des Entwicklers an vorbestehenden Werken (Sicherungsübertragung oder Verpfändung), Fertigstellungsversicherungen (*Completion Bonds*)<sup>45</sup> des Entwicklungsstudios

<sup>40</sup> Inwieweit der Urheber wirksam auf die Ausübung seiner urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse verzichten kann, ist im Einzelnen umstritten. Ein Pauschalverzicht ist jedenfalls unwirksam. Vielmehr verbleibt nach der Rechtsprechung zumindest ein „Kerngehalt“ des Urheberpersönlichkeitsrechts dauerhaft beim Urheber (vgl. etwa RGZ 123, 312 – Wilhelm Busch; BGH 26.11.1954 – I ZR 266/52, BGHZ 15, 249 (260) = BGH GRUR 1955, 201 (204)). Die von einem Verzicht umfassten urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse sollten daher – möglichst in einer Individualvereinbarung – ausdrücklich benannt werden; zugleich sollten die Modalitäten der geplanten Verwertung möglichst genau beschrieben werden, vgl. Berger/Wündisch/Oehler/Wündisch § 34 Rn. 53; Duisberg/Picot/Picot Kap. 1 Rn. 55.

<sup>41</sup> Gegenüber angestellten Entwicklern gilt insofern das Arbeitnehmererfindungsgesetz, dessen Regelungen nicht abdingbar sind.

<sup>42</sup> Dazu Schmid/Düwel MMR 2020, 155.

<sup>43</sup> Ausführlich zu Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Vergütung sowie Beteiligungen am Verwertungserlös Berger/Wündisch/Oehler/Wündisch § 34 Rn. 102 ff.

<sup>44</sup> Die wirtschaftlichen Interessen der Parteien liegen hier ähnlich wie im Bereich der Filmfinanzierung. Zu den im Filmbereich üblichen Sicherungsmethoden ausführlich Berger/Wündisch/Abel § 11 Rn. 193 ff.

<sup>45</sup> Hierzu Rauda Rn. 834 f.

oder seiner Muttergesellschaft sowie an regelmäßige Source Code Hinterlegungen<sup>46</sup> (*Escrow*) im fortschreitenden Projekt.

#### IV. Vertrieb des Spiels

- 31 Der Vertrieb elektronischer Spiele erfolgt über verschiedenste Plattformen und Vertriebskanäle, häufig unter Verbindung von Offline- und Online-Spielmöglichkeiten. Zur Kommerzialisierung existieren die verschiedensten, sich ständig weiter entwickelnden **Geschäftsmodelle** – etwa vom „klassischen“ Verkauf eines PC- oder Konsolenspiels (oder auch einer Client-Software für ein Online-Spiel) im stationären Handel oder per Fernabsatz, dem entgeltlichen Online-Bezug eines PC-, Smartphone- oder Smart-TV-Spiels per Download oder Subskriptionsmodell oder eines Handy-Spiels per Mehrwert-SMS oder Wireless Application Protocol (WAP), jeweils mit der Möglichkeit eines nachträglichen Hinzuerwerbs von Spiel-Erweiterungen und virtuellen Gegenständen, bis zum kostenlosen Angebot einfacher Browser-Games oder komplexerer Client-Server-Spiele („*Free-to-Play*“ oder „*F2P*“, auch „*Freemium*“) zur Generierung von Einnahmen über Werbung oder den Verkauf von virtuellen Gegenständen oder Spielvorteilen. Zunehmend werden Spiele als sogenannte „Multi-Plattform“-Spiele auch parallel auf mehreren Plattformen für verschiedene Endgerätypen angeboten (etwa über eine Online-Plattform und/oder ein soziales Netzwerk und/oder eine Smartphone-Applikation und/oder eine Smart-TV-Applikation), um dem Spieler unter einem einzigen User-Account in verschiedenen Alltagssituationen ein fortgesetztes Spielerlebnis zu bieten.
- 32 In allen Vertriebskonstellationen ist zu unterscheiden zwischen (i) den unter den am Vertrieb beteiligten Parteien (etwa Publisher, Online-Plattformbetreiber, App-Plattformbetreiber, Online-Zahlungsdienstleister, Handelsvertreter, Groß-/Einzelhandel, etc.) bestehenden B2B-Vertragsbeziehungen sowie (ii) den mit den Endkunden (Spielern) abzuschließenden B2C-Nutzungsverträgen.

##### 1. Vertriebskooperationen

- 33 Angesichts der geschilderten Vielzahl der möglichen Konstellationen und Beteiligten sind die Vertragsbeziehungen auf der Ebene der am Vertrieb beteiligten Parteien mannigfaltig und im Rahmen dieses Kapitels nicht umfassend darstellbar.
- 34 Bei der Vertragsprüfung und -gestaltung typischerweise zu bedenkende Regelungskomplexe sind neben der Einräumung der erforderlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte und dem jeweiligen Vergütungsmodell etwa die Lieferung von Korrekturen, Pflege-Updates oder Spielergänzungen, der Umgang mit Retouren, die Beachtung regulatorischer Anforderungen (etwa jugendschutzrechtlicher Kennzeichnungspflichten und Werbebeschränkungen<sup>47</sup> oder datenschutzrechtlicher Vorgaben), Platzierungsvorgaben (etwa ein Verbot der Präsentation von Spielen für Kinder in der Nähe nicht-kindgerechter Angebote), Wettbewerbsverbote sowie technische Anforderungen an das Spiel. Zu beachten sind die zwingenden Regelungen zum Unternehmerregress in Bezug auf Verbrauchsgüterkaufverträge (§ 478 BGB).
- 35 Ferner ist zu regeln, wie die Nutzungsrechtsverschaffung an den Endkunden erfolgt und insbesondere die wirksame Einbeziehung der für das Verhältnis zum Endkunden vorgesehenen Nutzungsbedingungen sichergestellt wird. Der jeweilige Rechtsinhaber (etwa der Publisher oder der den Vertrieb selbst organisierende Spielehersteller/Entwickler) strebt typischerweise den Abschluss eines direkten Lizenz-/Nutzungsvertrags mit den Endkunden an. Dabei wird – wie im Bereich des Softwarevertriebs – oft übersehen, dass entsprechende Endnutzerezulenzbedingungen (*Terms of Use* oder *End User License Agreement/EULA*) für den Endkunden nur dann verbindlich sind, wenn sie unter Beachtung der AGB-rechtlichen Einbeziehungsvoraussetzungen (§§ 305 ff. BGB) bereits **bei Vertragsschluss** wirksam verein-

<sup>46</sup> → § 44.

<sup>47</sup> → Rn. 46 ff.

bart werden.<sup>48</sup> In Online-Vertriebsszenarien ist zudem besonders auf die transparente Gestaltung der Vertragsparteien und -beziehungen zu achten, da der Endkunde neben den Endnutzer-Lizenzbedingungen des Rechtsinhabers typischerweise auch den Plattformnutzungsbedingungen eines Plattformbetreibers und/oder den Verkaufs- oder Subskriptionsbedingungen eines Händlers sowie ggf. auch den Vertragsbedingungen eines Zahlungsdienstleisters zustimmen muss.

Soweit der **Vertrieb über eine standardisierte Plattform** im stationären oder mobilen Internet erfolgt (etwa App-Plattformen für Smartphones oder Smart-TV), besteht bei der Vertragsgestaltung mit dem Plattformbetreiber typischerweise kein oder kaum Verhandlungsspielraum. Bei zunehmender Marktmacht geben die Plattformbetreiber vielmehr die technischen und vertraglichen Rahmenbedingungen der Vertriebskooperation vor. Die Rolle des beratenden Rechtsanwalts ist hier in der Praxis oft auf die Vertragsprüfung und das Aufzeigen möglicher Risiken beschränkt. 36

Serverbasierte Spiele werden zumeist als *Cloud-Service (Gaming as a Service)* betrieben, weshalb oft auch der Abschluss entsprechender **Cloud-Verträge** mit Dienstleistern unter Beachtung des Datenschutzes und Sicherstellung hinreichender Service Levels zu Verfügbarkeit, Pflege und Support erforderlich ist. 37

## 2. Vertragsbeziehung zu den Endkunden

Bei der Einbeziehung<sup>49</sup> und Gestaltung der Nutzungsbedingungen für den Endkunden (Spieler) ist das **Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen** zu beachten, dessen strenge **Inhaltskontrolle** zur Undurchsetzbarkeit etlicher Vertragsklauseln führt, die in anglo-amerikanischen Vertragsvorlagen üblich sind. Dem geordneten Spielablauf dienende **Spielregeln** im engeren Sinne unterliegen nicht der Inhaltskontrolle. Werden zugleich aber Bedingungen für die Nutzung des Spiels aufgestellt, so handelt es sich um an den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB zu messende Allgemeine Geschäftsbedingungen.<sup>50</sup> 38

Seit der Einführung der vorrangigen Bestimmungen zu **Verbraucherverträgen über digitale Produkte** (§§ 327 ff. BGB) spielt die Frage der vertragstypologischen Einordnung der Vertragsbeziehung mit dem Endkunden, dem Spieler, als Vergleichsmaßstab für die Klauselkontrolle nur noch eine nachgeordnete Rolle. Kernfragen der Rechtsbeziehung zum Verbraucher, insbesondere zu den Rechten des Verbrauchers bei Sach- und Rechtsmängeln, zu laufenden Aktualisierungspflichten sowie zu nachträglichen Änderungen sind für Verbraucherverträge über digitale Produkte nunmehr übergreifend für alle Vertragstypen des besonderen Schuldrechts in §§ 327 ff. BGB geregelt.<sup>51</sup> Die Verbraucherschutzregelungen der §§ 327 ff. BGB sind gemäß § 327s BGB weitestgehend nicht dispositiv. Gegenüber konkurrierenden Regelungen des Kaufrechts, Mietrechts, Werkvertragsrechts und Schenkungsrechts gelten sie vorrangig.<sup>52</sup> 39

Die vertragstypologische Einordnung der Vertragsbeziehung zum Verbraucher hat angesichts der vorrangigen Regelungen der §§ 327 ff. BGB an praktischer Bedeutung verloren. Die Gewährung der zeitlich befristeten Spielmöglichkeit in einer virtuellen Spielwelt hat typischerweise **mietrechtlichen Charakter** (Überlassung/Nutzung der Spielsoftware als SaaS). Das Überlassungselement eines „Free-2-Play“-Angebots kann dabei bezogen auf ein und dasselbe Spiel nutzerabhängig als Leihe oder Miete zu typisieren sein, je nachdem, ob ein Endkunde bei der unentgeltlichen Basis-Nutzung bleibt (Leihe) oder auf eine (regelmäßig) zahlungspflichtige Premium-Version als Subskription umsteigt (Miete). Abgrenzungsfragen 40

<sup>48</sup> § 305 Abs. 2 BGB erfordert ausdrücklich, dass die Einbeziehung „bei Vertragsschluss“ erfolgt. Nutzungsbedingungen, die dem Endkunden erst nach Erwerb eines Spiels präsentiert werden (etwa im Rahmen von „Click-Through-“ oder „Shrink-Wrap“-Modellen) sind daher im Zweifel nicht wirksam vereinbart. Ausführlich zur Einbeziehungsproblematik etwa Marly Rn. 982 ff.

<sup>49</sup> → Rn. 33.

<sup>50</sup> Zur Abgrenzung BGH 12.1.2017 – I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 – World of Warcraft II. Vgl. auch Hermes GRUR-Prax. 2013, 400 unter Verweis auf BGH 29.4.2010 – Xa ZR 5/09, NJW 2010, 1958 (1959).

<sup>51</sup> → § ■ [Verbraucherverträge über digitale Produkte].

<sup>52</sup> Vgl. -§§ 453 Abs. 1 S. 2 und 3, 475a Abs. 2 S. 1 und 2, 516a Abs. 1 S. 1 und 2, 548a, 578b Abs. 1 S. 2 sowie 650 Abs. 2 S. 2 BGB.

ergeben sich hier etwa hinsichtlich der Zulässigkeit eines jederzeitigen ordentlichen Kündigungsrechts des Spieleanbieters.<sup>53</sup>

- 41 Der einmalige entgeltliche Erwerb virtueller Gegenstände, Spielvorteile oder Spielerweiterungen innerhalb des Spiels ist demgegenüber stets kaufrechtlich zu beurteilen, wobei – wegen § 453 Abs. 1 S. 1 BGB letztlich ohne Relevanz in der praktischen Rechtsfolge – unstritten ist, ob es sich um einen Rechtskauf oder einen Sachkauf handelt.<sup>54</sup> Die Nutzungsbedingungen von Online-Spielen sind oft als Rahmenvertrag gestaltet, aufgrund dessen der Endkunde im Rahmen von Einzelabrufen virtuelle Gegenstände, Spielerweiterungen, Spielvorteile etc. erwerben kann.
- 42 Virtuelle Spielwährungen unterfallen als digitale Inhalte den Regelungen für Verbraucherverträge über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB).<sup>55</sup> Die schuldrechtliche Einordnung des Erwerbs und des Einsatzes einer virtuellen Währung ist im Übrigen komplex. Je nach Gestaltung im Einzelfall erscheint die Einordnung als Rechtskauf (§ 453 BGB), ggf. in Verbindung mit einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht des Endkunden (§ 315 BGB), schlüssig, wobei der Endkunde das Recht im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses über das Online-Spiel entgeltlich hinzuerwirbt und im Rahmen des jeweiligen Angebots zur Ausgestaltung des Spiels einsetzen kann.<sup>56</sup>
- 43 Besonderes Augenmerk bei der AGB-rechtskonformen Gestaltung des EULA gilt Gewährleistungs- oder Haftungsausschlüssen oder -beschränkungen,<sup>57</sup> verschuldensunabhängigen Freistellungspflichten des Endkunden,<sup>58</sup> Regelungen zu Laufzeiten (insbesondere Mindestlaufzeiten,<sup>59</sup> stillschweigende Laufzeitverlängerungen<sup>60</sup> und Kündigungsfristen<sup>61</sup>), Vorbehalten zur Änderung des Leistungsumfangs<sup>62</sup> oder der Nutzungsbedingungen<sup>63</sup> oder Preisanpassungsklauseln.<sup>64</sup>
- 44 Wie im Rahmen des Vertriebs von Standardsoftware sind Übertragungs- oder Weitergabeverbote bei dauerhafter Überlassung eines physischen Vervielfältigungsstückes eines softwarebasierten Spiels aufgrund des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes (§§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 UrhG) sowie wegen Unvereinbarkeit mit dem kaufrechtlichen Leitbild eines endgültigen und vollständigen Übergangs der Verfügungsmacht zu messen. In Bezug auf Software ist der Erschöpfungsgrundsatz gemäß dem UsedSoft-Urteil des EuGH<sup>65</sup> darüber hinaus auf einen mit Zustimmung des Rechtsinhabers erstellten Download gleichermaßen

<sup>53</sup> Hierzu Schwiering/Zurel MMR 2016, 440 (444).

<sup>54</sup> Zur vertragstypologischen Einordnung der Überlassung virtueller Gegenstände vgl. etwa BeckOGK/Mössner, BGB § 90, Rn. 98 ff.; BeckOK BGB/Fritzsche BGB § 90 Rn. 29; Rauda Rn. 754 ff.

<sup>55</sup> LG Karlsruhe Urt. v. 25.5.2016 – 18 O 7/16, MMR 2017, 51; BeckOK IT-R/Föhlisch BGB § 312f Rn. 6; Kilian/Heussen ComputerR-HdB/Ewald, 32.7, Rn. 83–91.

<sup>56</sup> Vorschläge zur rechtlichen Einordnung bei Duisberg/Picot/Oehler/v. Ribbeck Kapitel 6 Rn. 32 f. und Rauda Rn. 785 f. (Einordnung des Einsatzes der Währung im Spiel als Tausch im Sinne des § 480 BGB).

<sup>57</sup> Zu beachten sind hier insbesondere die zwingenden Regelungen zu Verbraucherverträgen über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB). Ferner sind insbesondere die gesetzlichen Verbote der §§ 309 Nr. 7b, 276 Abs. 3 BGB sowie die Rechtsprechung des BGH zur formularmäßigen Haftungsfreizeichnung bei leicht fahrlässiger Verletzung sogenannter „Kardinalpflichten“ (BGH 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 = NJW-RR 2005, 1496 (1505)) relevant.

<sup>58</sup> Verschuldensunabhängige Haftungstatbestände widersprechen dem gesetzlichen Leitbild der Verschuldenshaftung und verstoßen daher gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, vgl. BGH 5.10.2005 – VIII ZR 16/05, BGHZ 164, 196 = NJW 2006, 47 (49).

<sup>59</sup> § 309 Nr. 9a) BGB.

<sup>60</sup> § 309 Nr. 9b) BGB.

<sup>61</sup> § 309 Nr. 9c) BGB.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu § 327r BGB und § 308 Nr. 4 BGB sowie die vom Bundesgerichtshof in Konkretisierung des gesetzlichen Zumutbarkeitskriteriums entwickelte Anforderung eines „triftigen“ Grundes für eine einseitige Leistungsänderung, welcher in der Änderungsklausel bereits zu beschreiben ist, vgl. etwa BGH 11.10.2007 – III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 (135) mit weiteren Nachweisen.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu § 308 Nr. 5 BGB, wobei der Bundesgerichtshof ergänzend verlangt, dass der Endkunde die Reichweite und Voraussetzungen möglicher AGB-Änderungen vorhersehen kann, vgl. BGH U11.10.2007 – III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 mit weiteren Nachweisen.

<sup>64</sup> Hierzu etwa BGH 21.9.2005 – VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717; LG Berlin 16.12.2021 – 52 O 157/21 (nicht rechtskräftig (Netflix 2)); KG 20.12.2019 – 5 U 24/19 (Netflix 1).

<sup>65</sup> EuGH 3.7.2012 – C-128/11, GRUR Int 2012, 759.

anwendbar wie auf den Vertrieb eines physischen Vervielfältigungsstücks (Datenträger). Sehr umstritten war, inwieweit die vom EuGH in Bezug auf Software aufgestellten Grundsätze auch auf den Download anderer urheberrechtlich geschützter Werke als Computerprogramme zu übertragen sind. Dies hat der EuGH in der Entscheidung **Tom Kabinet** mit der Einordnung eines eBook Downloads als öffentliche Wiedergabe (und nicht als Verbreitung) dahingehend entschieden, dass der Erschöpfungsgrundsatz für den digitalen Vertrieb anderer urheberrechtlich geschützter Werke nicht greift.<sup>66</sup> Für Computerspiele, die Software und audio-visuelle Werke untrennbar in sich vereinen, dürfte die Tom Kabinet Entscheidung des EuGH dazu führen, dass der Erschöpfungsgrundsatz bei digitalem Vertrieb des Gesamtwerks im praktischen Ergebnis keine Wirkung entfaltet.<sup>67</sup> In Konstellationen, in denen im Rahmen einer cloud-basierten Lösung (*Gaming as a Service*) keine Installation des Spiels beim Kunden erfolgt oder allenfalls eine separat nicht spielbare Clientsoftware zur Installation überlassen wird, bereitet der Erschöpfungsgrundsatz dem Rechtsinhaber ohnehin bereits mangels Überlassung eines (spielbaren) Vervielfältigungsstücks keine Schwierigkeit. Auch in (sonstigen) Fällen zeitlich befristeter Nutzungsrechte ist der Erschöpfungsgrundsatz nicht anwendbar. Schon im UsedSoft-Urteil hatte der EuGH ferner die Zulässigkeit der Verwendung technischer Schutzmaßnahmen gegen unautorisierte Vervielfältigungen ausdrücklich betont.

Die isolierte Weitergabe von Produktschlüsseln bzw. Aktivierungs-codes zu Computerspielen (sog. „**Keyselling**“) begegnet neben urheberrechtlichen ggf. auch wettbewerbsrechtlichen und strafrechtlichen Bedenken.<sup>68</sup> 45

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der sogenannten „Half-Life 2“-Entscheidung<sup>69</sup> kann die **Übertragung eines Nutzerkontos** wirksam verboten werden. Der Erschöpfungsgrundsatz steht dem auch dann nicht entgegen, wenn der Endkunde bei erster Ingebrauchnahme eines auf einem physischen Datenträger erworbenen Spiels ein Nutzerkonto erstellen *muss*, da der Endkunde durch ein Verbot der Veräußerung seines Nutzerkontos weder rechtlich noch tatsächlich an der Weitergabe des der Erschöpfung unterliegenden Datenträgers gehindert wird.<sup>70</sup> 46

Übertragungsverbote in Bezug auf **virtuelle Güter**, die durch Verhinderung eines professionellen Zweitmarkts das serielle Sammeln virtueller Güter verhindern sollen (sog. **Farming**), dürften nicht als unangemessene Benachteiligung (§ 307 BGB) einzuordnen sein, da der Publisher ein berechtigtes Interesse am Erhalt der Spielbalance hat.<sup>71</sup> Die Reduzierung des Bestands an im Spiel auffindbaren virtuellen Gütern durch Farming gefährdet die Spielbalance erheblich und mindert die Attraktivität eines Spiels. 47

<sup>66</sup> EuGH 19.12.2019 – C-263/18 (Tom Kabinet), GRUR 2020, 178 mAnm Ohly. Die deutsche Rechtsprechung hatte die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes für Hörbücher und E-Books bereits zuvor unter Verweis auf Erwägungsgründe 28, 29 der InfoSoc-Richtlinie (2001/29/EG) verneint, insbes. OLG Hamburg 24.3.2015 – 10 U 5/11, ZUM 2015, 503 sowie OLG Hamm 15.5.2014 – 22 U 60/13, NJW 2014, 3659. (EuGH 23.1.2014 – C-355/12, BeckRS 2014, 80197, Rn. 22 ff.). So speziell zu Computerspielen auch Krüger/Biehler/Apel MMR 2013, 760.

<sup>67</sup> Der EuGH nahm im Nintendo-Urteil – ausgehend von der parallelen Anwendbarkeit der urheberrechtlichen Regelungen für Computerprogramme und derjenigen für andere Inhalte – den ganzheitlichen Schutz von Computerspielen nach der InfoSoc-Richtlinie an, EuGH 23.1.2014 – C-355/12, GRUR 2014, 255 Rn. 23 – Nintendo/PC Box.

<sup>68</sup> Näher Jänich K&R 2020, 781; Merk/Schneider MMR-Beil. 8/2019, 12; Ewald/Haar K&R Beilage 1 zu Heft 7/8/2017, 12 (13). In Bezug auf Software kann das isolierte Key-Selling nach der Rechtsprechung des BGH demgegenüber vom Erschöpfungsgrundsatz gedeckt sein, BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14 – Green IT, MMR 2015, 735.

<sup>69</sup> BGH 11.2.2010 – I ZR 178/08, GRUR 2010, 822 – Half-Life 2; vgl. auch LG Berlin 21.1.2014 – 15 O 56/13, CR 2014, 400 ff, KG 10.8.2015 – 23 U 42/14, GRUR-RS 2016, 03668.

<sup>70</sup> Zum Half-Life 2-Urteil vgl. auch Gräbig MMR-Aktuell 2010, 307861; Jani GRUR-Prax 2010, 394; Marly LMK 2010, 309245; Paul/Albert K&R 2010, 584.

<sup>71</sup> Bräutigam/Rücker/Schapiro, E-Commerce – Rechtshandbuch, 1. Aufl. 2017, 6. Teil F. Online-Gaming Rn. 34. Differenzierend Rauda Rn. 765 ff.

- 48 Gegen den **Zweitmarkt mit virtuellen Gütern**<sup>72</sup> sowie gegen das Angebot von Automatisierungssoftware und anderen Mitteln zur Spielbeeinflussung (sogenannte **Bots**)<sup>73</sup> sind Hersteller in der Vergangenheit zudem erfolgreich auf der Grundlage des Lauterkeitsrechts vorgegangen. Voraussetzung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes eines Spieleanbieters vor einer gezielten Behinderung durch einen Verstoß gegen die Spielregeln ist dabei (unter anderem), dass die Spielregeln rechtsverbindlich vereinbart werden. Dies erfordert neben der wirksamen Einbeziehung der Spielregeln als Allgemeine Geschäftsbedingungen nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB auch, dass die Spielregeln einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten.<sup>74</sup>
- 49 Im Rahmen des Vertriebs von Spielen, virtuellen Gütern (einschliesslich virtueller Währung) oder sonstigen Spielbestandteilen am Verbraucher im Wege des **Fernabsatzes** sind ferner die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten des Anbieters,<sup>75</sup> das gesetzliche Widerrufsrecht des Verbrauchers (und die Voraussetzungen eines hierauf bezogenen Verzichts des Verbrauchers<sup>76</sup>), das Erfordernis eines sog. „Buy Now-Buttons“ („zahlungspflichtig bestellen“)<sup>77</sup> sowie bei Abschluss eines Dauerschuldverhältnisses über eine Webseite der **Kündigungsbutton**<sup>78</sup> zu beachten.<sup>79</sup>
- 50 Rechtsfragen stellen sich auch im Zusammenhang mit „Modeerscheinungen“ wie der Erstellung und Verbreitung kommentierter Mitschnitte von Computerspielen (*Let's Plays*),<sup>80</sup> die häufig auch von Influencern verwendet werden, sowie der Erweiterung oder Änderung von Spielinhalten durch Modifikationen am Programmcode (*Mods*), die insbesondere urheberrechtliche Fragen aufwerfen.<sup>81</sup> Das OLG Hamburg hat eine Urheberrechtsverletzung an der Spielesoftware durch Umarbeitung verneint, wenn eine Ergänzungssoftware nicht in die Programmsubstanz eingreift.<sup>82</sup>

### 3. In-Game-Advertising

- 51 Neben dem entgeltlichen Angebot virtueller Güter ist das Erzielen von Werbeumsätzen ein wesentliches Element der Kommerzialisierung insbesondere von Online-Spielen. Dies gilt besonders – aber nicht nur – bei den kostenlosen *Free-to-Play*-Spielen. Das sogenannte **In-Game-Advertising** wird in verschiedensten Erscheinungsformen praktiziert – etwa als statische Werbung (wie Bandenwerbung im virtuellen Stadion), in dynamischen Werbeformen bei Online-Spielen (wie wechselnde Kampagnen oder personalisierte Werbung, einschließlich der Verlinkung des Werbenden zur Lead-Generierung), im Rahmen eines Sponsoring („supported by ...“) oder als reine Werbespiele (*Ad-Games*), die viral per E-Mail oder in sozialen Netzwerken verbreitet werden.

<sup>72</sup> OLG Hamburg 17.10.2012 – 5 U 168/11, BeckRS 2013, 01937. Dazu Hermes GRUR-Prax 2013, 400 (402).

<sup>73</sup> BGH 12.1.2017 – I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 – World of Warcraft II; LG Hamburg 19.7.2012 – 312 O 322/12, BeckRS 2013, 02815. Dazu Hermes GRUR-Prax 2013, 400 (401) und Werner CR 2013, 516 (518 ff.). Neben dem Lauterkeitsrecht bieten auch das Vertragsrecht, das Urheberrecht und das Markenrecht dem Hersteller Ansätze zum erfolgreichen Vorgehen gegen Herstellung und Vertrieb von Bots, ausführlich Rauda MMR-Beil. 8/2019, 20.

<sup>74</sup> BGH 12.1.2017 – I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 – World of Warcraft II, zust. Lambrecht GRURPrax 2017, 91.

<sup>75</sup> §§ 312a Abs. 2, 312d Abs. 1 BGB iVm Art. 246 § 1 und § 2, 246a EGBGB.

<sup>76</sup> Zu den Schwierigkeiten der praktischen Umsetzung der in § 356 Abs. 5 BGB geregelten Möglichkeit des Verzichts des Verbrauchers auf das gesetzliche Widerrufsrecht Ewald/Haar K&R Beilage 1 zu Heft 7/8/2017, 12 (14).

<sup>77</sup> § 312j Abs. 3 BGB.

<sup>78</sup> § 312k BGB.

<sup>79</sup> Weiterführend zu den Pflichten im E-Commerce → § 26 Rn. 1 ff.

<sup>80</sup> Ausführlich zur rechtlichen Würdigung von Let's Plays Breyers/Breyers MMR 2015, 794.

<sup>81</sup> Zur urheberrechtlichen Einordnung der Erstellung und des Vertriebs von Mods etwa Schwiering/Zurel MMR 2016, 440 (443). Zur Anwendbarkeit des § 95a UrhG → Rn. ■■.

<sup>82</sup> OLG Hamburg 7.10.2021 – 5 U 23/12, GRUR-RS 2021, 42795 – Action Replay PSP/Tilt F.

In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht sind bei der Gestaltung der Werbung insbesondere die Unlauterkeitstatbestände der **Verschleierung des Werbecharakters**,<sup>83</sup> des **Ausnutzens der geschäftlichen Unerfahrenheit von Minderjährigen**<sup>84</sup> sowie der **unzumutbaren Belästigung** (§ 7 UWG) zu beachten.<sup>85</sup> Ferner ist das allgemeine Gebot der **Trennung** der Werbung von sonstigen Inhalten (§§ 22 Abs. 1 MStV, 6 Abs. 1 TMG) zu berücksichtigen.

Werbung, die sich (auch) an Kinder und Jugendliche richtet, ist nach der Rechtsprechung nur unter strengen Anforderungen zulässig. Der Bundesgerichtshof hat eine mit einem in der 2. Person Singular formulierte und mit einem Online-Shop verlinkte Werbung für entgeltliche virtuelle Gegenstände eines Online-Spiels als **unzulässige unmittelbare Kaufaufforderung** an Kinder eingeordnet.<sup>86</sup> In einer späteren Entscheidung hat das Kammergericht die Ansprache in der 2. Person Singular angesichts der sprachlichen Usancen im Gaming-Umfeld dann allerdings nicht mehr als ausreichendes Anzeichen für die gezielte Ansprache Minderjähriger bewertet.<sup>87</sup> In einer anderen Entscheidung hielt das Kammergericht den klein gedruckten Hinweis „Werbung“ am unteren Bildrand für nicht ausreichend, um den Werbecharakter eines interaktiven Spiels gegenüber Kindern klarzustellen (Verstoß gegen § 4 Abs. 3 UWG).<sup>88</sup>

Im Rahmen von Online-Angeboten sind ferner die **jugendschutzrechtlichen Werbebeschränkungen** des § 6 JMStV zu berücksichtigen. Werbebeschränkungen ergeben sich ferner aus dem **Glücksspielrecht**. Zum einen ist Werbung für illegale Glücksspiele grundsätzlich verboten und strafbar (§ 284 Abs. 4 StGB, § 5 Abs. 7 GlüStV). Zum anderen gelten auch nach der mit dem GlüStV 2021 erfolgten Liberalisierung der Glücksspielwerbung für genehmigte Glücksspiele in Internet und Rundfunk gemäß § 5 GlüStV sowohl inhaltliche als auch zeitliche Beschränkungen. Weitere Vorgaben und Beschränkungen zur Ausgestaltung der Werbung ergeben sich aus den Nebenbestimmungen der Erlaubnis (§ 5 Abs. 1 Satz 3 GlüStV).

#### 4. Sonderfragen im Rahmen von eSports

Besondere Beachtung verdient der Bereich des **eSports**, also der sportliche Wettkampf zwischen Menschen mittels Computerspielen.<sup>89</sup> Unabhängig von der weiterhin umstrittenen Frage, ob es sich bei eSport tatsächlich um Sport handelt,<sup>90</sup> hat sich diese Branche in den letzten Jahren in hoher Geschwindigkeit ausdifferenziert und professionalisiert. Profispieler, die in Teams (sog. „Clans“) organisiert sind, spielen in Meisterschaften mitunter um Millionenbeträge, wobei die Veranstaltungen zum Teil in großen Stadien stattfinden und von vielen tausend Zuschauern besucht werden.<sup>91</sup>

<sup>83</sup> Grundlegend hierzu BGH 6.7.1995 – I ZR 58/93, BGHZ 130, 205 = GRUR 1995, 744 – Feuer, Eis & Dynamit I.

<sup>84</sup> § 4 Nr. 2 UWG bzw. § 3 Abs. 3 in Verbindung mit Nr. 28 der „Blacklist“.

<sup>85</sup> Zum Tatbestand der unzumutbaren Belästigung ausführlich Rauda Rn. 551 ff. Zum In-Game-Advertising weiterführend Duisberg/Picot/Körner Kapitel 5 Rn. 12 ff. sowie Lober MMR 2006, 643.

<sup>86</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 34/12, BeckRS 2013, 12970 = GRUR 2014, 298; vgl. auch die Anmerkung von Hermes GRUR-Prax 2014, 59; Gegenstand der Entscheidung war eine an Spieler des Online-Spiels „Runes of Magic“ gerichtete Werbung des Publishers Gameforge für den Erwerb virtueller Gegenstände, die den folgenden Text enthielt: „Schnapp Dir die günstige Gelegenheit und verpasse Deiner Rüstung & Waffen das gewisse ‚Etwas‘“.

<sup>87</sup> KG 1.12.2015 – 5 U 74/15, MMR 2016, 533.

<sup>88</sup> KG Berlin 15.1.2013 – 5 U 84/12, GRUR-RR 2013, 223. Zur Zulässigkeit einer an Kinder gerichteten Bannerwerbung LG Hamburg 19.5.2011 – 315 O 121/10, BeckRS 2013, 19668.

<sup>89</sup> Definition von Lambertz (CaS 2017, 119), der sich auf einen Antrag der Piratenfraktion Berlin zur steuerrechtlichen Anerkennung von „e-Sport“ auf Bundesebene bezieht, Drs. 17/2910, 1. Ähnliche Definition bei Frey SpuRt 2018, 2 sowie Holzhäuser/Bagger/Schenk SpuRt 2016, 94: „Wettkampf zwischen Menschen mit Hilfe von Computer- oder Videospiele“.

<sup>90</sup> Ausführlich Frey/Pusch, § 4A. Der DOSB lehnt eine Anerkennung als Sport für den Bereich des eGaming/eSport ab, vgl. die Positionierung des DOSB zum „Umgang mit elektronischen Sportartensimulationen, eGaming und „eSport“, abrufbar unter [https://cdn.dosb.de/user\\_upload/www.dosb.de/uber\\_uns/eSport/DOSB-Positionierung-eSport.pdf](https://cdn.dosb.de/user_upload/www.dosb.de/uber_uns/eSport/DOSB-Positionierung-eSport.pdf). Befürwortend dagegen etwa Lambertz CaS 2017, 119. Ebenfalls befürwortend aus strafrechtlicher Sicht (Sport iSd §§ 265c, 265d StGB) Schörner HRRS 2017, 407–413.

<sup>91</sup> S. nur Hentsch MMR Beilage 2018, 3.

- 56 Für die **Veranstalter** von eSport Events ist es wesentlich, sich von den **Spielerherstellern** die nötigen urheberrechtlichen **Verwertungsrechte** an den Spielen **einräumen** zu lassen: Für die Aufführung vor Publikum ist das Vorführungsrecht (§ 19 Abs. 4 UrhG) einschlägig, für die Übertragung je nach Zeitpunkt und Ausgestaltung die Rechte nach § 20, § 19a und/oder § 22 UrhG.<sup>92</sup> Vertraglich abgesichert werden sollte auch, dass die Spielerhersteller während der Saison nicht in das Game-Balancing eingreifen dürfen, sodass gleichbleibende Bedingungen gewährleistet sind.<sup>93</sup>
- 57 Die Vertragsbeziehungen der **Spieler** zu ihren Clans sind in der Branche noch uneinheitlich gestaltet, es kann ein **Arbeitsverhältnis** iSv § 611a BGB vorliegen.<sup>94</sup>
- 58 Bei der **Vermarktung** von eSports sind vielfältige Problemkreise zu beachten.<sup>95</sup> In regulatorischer Hinsicht stellen sich bei der Vermarktung vor allem jugendschutzrechtlich sowie (bei Übertragung des Events als Live-Stream) rundfunkrechtliche Fragen, einschließlich der Frage nach der Einordnung als Rundfunk gemäß MStV. Im Rahmen von Werbung und Sponsoring kann ferner die Vielzahl der beteiligten Stakeholder zu Herausforderungen führen. So mag vorhandenes In-Game-Advertising (zB Bandenwerbung im virtuellen Fußballstadion oder original nachgebildete virtuelle Fußballtrikots mit Sponsorenaufschriften) den Interessen der Sponsoren eines eSports-Events zuwiderlaufen, eine Abänderung bzw. Überblendung der In-Game-Werbung jedoch urheberrechtlich und lauterkeitsrechtlich problematisch sein.
- 59 In der Literatur wird diskutiert, ob die Leistungen der Spieler bei öffentlichen Wettkämpfen eine **Werkdarbietung** gem. § 73 UrhG darstellen und daher ein entsprechendes Leistungsschutzrecht begründen.<sup>96</sup>

## V. Jugendschutz

- 60 Der erfolgreiche Vertrieb von Spielen auf **Trägermedien**<sup>97</sup> in Deutschland erfordert die Einholung einer **Alterskennzeichnung** der Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle (USK), da Spiele ohne eine Jugendfreigabe der USK den umfassenden Vertriebsbeschränkungen des § 12 Abs. 1 JuSchG unterliegen.<sup>98</sup> Eine von der USK erteilte Alterskennzeichnung muss auf jedem Vervielfältigungsstück des Spiels angebracht werden. Auf die Alterskennzeichnung ist auch beim Vertrieb über Telemedien deutlich hinzuweisen (§ 12 Abs. 2 S. 4 JuSchG).
- 61 Seit der Novellierung des Jugendschutzrechts zum 1.5.2021 sieht das JuSchG eine **Alterskennzeichnungspflicht für Film- und Spielplattformen** vor (§ 14a JuSchG).<sup>99</sup> Zudem sind seit 1.5.2021 im Rahmen des zentralen Begriffs der „Entwicklungsbeeinträchtigung“ neben den Inhalten des Spiels nun auch **ausserhalb des Spielinhalts liegende Nutzungsrisiken** relevant (§§ 10a, 10b JuSchG). Gemäß § 10b Abs. 3 S. 2 JuSchG zählen hierzu etwa Risiken durch Kommunikations- und Kontaktfunktionen, Kauffunktionen, glücksspielähnliche Mechanismen zur Förderung eines exzessiven Mediennutzungsverhaltens, durch die Weitergabe von Bestands- und Nutzungsdaten ohne Einwilligung an Dritte sowie durch nicht altersgerechte Kaufappelle, insbesondere durch werbende Verweise auf andere Medien.<sup>100</sup>
- 62 Im **Online-Bereich** gelten zudem die Regelungen des **Jugendmedienschutzstaatsvertrags** (JMStV), deren Einhaltung die zentrale Kommission für Jugendmedienschutz (**KJM**) in An-

<sup>92</sup> Hentsch MMR Beilage 2018, 3 (4); Frey SpuRt 2018, 2 (5).

<sup>93</sup> Frey SpuRt 2018, 2 (5). Zum Game-Balancing allgemein Rauda Rn. 52 ff.

<sup>94</sup> Frey SpuRt 2018, 53 (54). Ausführlich Frey/Baumann/Pasternak § 15.

<sup>95</sup> Ausführlich zu den hier skizzierten sowie weiteren Aspekten Frey Kapitel 7.

<sup>96</sup> Frey SpuRt 2018, 53 (54 f.). Zu Strategiespielen Brtka GRUR-Prax 2017, 500 (501).

<sup>97</sup> Eine Legaldefinition des Begriffs der „Trägermedien“ findet sich in § 1 Abs. 2 JuSchG.

<sup>98</sup> Eine Darstellung des Prüfverfahrens findet sich bei Rauda Rn. 515 ff.; vgl. ferner Leibold NZFam 2018, 414–418.

<sup>99</sup> Der Prüfungsmasstab der USK ergibt sich aus den „Leitkriterien der USK für die jugendschutzrechtliche Bewertung von Computer- und Videospielen“ (abrufbar hier: <https://usk.de/die-usk/grundlagen-und-struktur/grundlagen>). Zur Spruchpraxis der USK bis 2020 etwa Lober/Jäkel-Gottmann MMR-Beil. 8/2020, 8 ff. und Hentsch/von Petersdorff MMR-Beil. 8/2020, 3 (5 f.).

<sup>100</sup> Ausführlich zu den Neuregelungen Bodensiek MMR-Beil. 8/2020, 23, Liesching ZUM 2021, 563.

wendung des JMStV für die zuständigen Landesmedienanstalten kontrolliert.<sup>101</sup> Allerdings nimmt in der Praxis die USK über den als Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle nach dem JMStV anerkannten Geschäftsbereich **USK.online** die Rolle eines „One-Stop-Shop“ für den Jugendschutz im Gaming-Bereich ein. Diese Wirkung entsteht über den sog. **Vorbefassungsschutz**, den Mitglieder der USK.online (als einer anerkannten Einrichtung der Selbstkontrolle angeschlossene Anbieter) gemäß § 19a JMStV genießen. Danach ist gegenüber Mitgliedern der USK.online für die Prüfung behaupteter Jugendschutzverstöße nicht die KJM (für die jeweilige Landesmedienanstalt), sondern zunächst die USK.online als vorbe-fasste Einrichtung der Selbstkontrolle zuständig. Anschließende aufsichtliche Eingriffsmöglichkeiten der KJM (für die zuständige Landesmedienanstalt) sind gemäß § 19b JMStV auf Fälle beschränkt, in denen die USK.online die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschritten hat.

Hinsichtlich der jugendschutzrechtlichen Zulässigkeit von Online-Spielen ist grundsätz- 63  
lich zu unterscheiden zwischen den verbotenen „absolut“ unzulässigen Angeboten (§ 4 Abs. 1 JMStV), den „relativ“ unzulässigen Angeboten, die nur Erwachsenen in geschlos-  
senen Benutzergruppen zugänglich gemacht werden dürfen (§ 4 Abs. 2 JMStV) und den nur unter Verwendung jugendschützender Maßnahmen zulässigen entwicklungsbeeinträchti-  
genden Angeboten (§ 5 JMStV).<sup>102</sup> Nach erfolgter Kategorisierung kommt der praktischen Umsetzung der Altersbegrenzungen durch entsprechende technische und organisatorische Maßnahmen entscheidende Bedeutung zu.<sup>103</sup>

Gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 JMStV besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass eine beste- 64  
hende Kennzeichnung eines Trägermediums auch im Anwendungsbereich des JMStV gilt.<sup>104</sup>

Verstöße gegen das Jugendschutzrecht können gemäß §§ 23, 24 JMStV, §§ 27, 28 JuSchG 65  
als Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten geahndet werden.

Über den Jugendschutz im engeren Sinne hinaus sind mit Blick auf **strafrechtlich unzulä- 66  
sige Inhalte** zudem die §§ 184 ff. StGB sowie §§ 130 ff. StGB (jeweils in Verbindung mit § 11 Abs. 3 StGB) und § 86a StGB<sup>105</sup> zu erwähnen.

Jugendschutzrechtliche Fragen wirft auch der Zugang zu **eSport-Veranstaltungen** auf, bei 67  
denen Spiele mit unterschiedlichen USK-Alterskennzeichnungen gespielt werden.<sup>106</sup>

## VI. Glücksspielrechtliche Aspekte

Glücksspielrechtliche Fragen werfen im Bereich des Gaming in jüngerer Zeit vor allem die 68  
sogenannten „**Lootboxes**“ (Beutekisten) auf. Dabei werden den Spielern eines Geschicklich-  
keitsspiels gegen Entgelt bestimmte virtuelle Kisten oä angeboten, in denen sich Upgrades,  
besondere Waffen, Verkleidungen oder andere virtuelle Gegenstände befinden, von denen  
der Spieler sich eine Individualisierung seiner Spielfigur, ein zügigeres Fortkommen oder  
eine bessere Platzierung im Spiel erhofft (*pay to win*). Das Entgelt wird entweder unmittel-  
bar in einer realen Währung entrichtet oder über eine virtuelle Spielwährung bezahlt, wel-  
che –je nach Ausgestaltung im Einzelfall – wiederum entgeltlich erworben oder im Rahmen

<sup>101</sup> Die von der KJM angelegten Bewertungsmaßstäbe sind den von der KJM herausgegebenen „Kriterien für die Aufsicht im Rundfunk und in den Telemedien“ zu entnehmen (<https://www.kjm-online.de/publikationen/pruefverfahren/>).

<sup>102</sup> Zum Prüfungsmaßstab der USK im Bereich des JMStV s. die „Ergänzende Kriterien der USK für den Bereich des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags“ (abrufbar hier: <https://usk.de/die-usk/grundlagen-und-struktur/grundlagen/>).

<sup>103</sup> Zu den Möglichkeiten ausführlich Hilgert/Sümmerrmann MMR-Beil. 8/2020, 26 ff.

<sup>104</sup> Umgekehrt soll eine durch die KJM bestätigte Altersbewertung für die Einordnung inhaltsgleicher oder im Wesentlichen inhaltsgleicher Angebote nach dem Jugendschutzgesetz übernommen werden (§ 5 Abs. 2 S. 5 JMStV, sog. „Durchwirkungsverfahren“).

<sup>105</sup> Unter dem Aspekt der Sozialadäquanz gem. § 86a Abs. 3 StGB schließt die USK die Verwendung von verfassungswidrigen Kennzeichen in Computerspielen nicht grundsätzlich aus (vgl. Ziffer 5 Leitkriterien der USK). Dazu Dankert/Sümmerrmann BPJM-Aktuell 2/2018, 4; ausführlich zur Sozialadäquanzklausel bereits Schwidwessen CR 2015, 92.

<sup>106</sup> Dazu Hilgert/Eickhoff MMR — Beilage 2018, 16; Scheyhing MMR-Aktuell 2016, 382190. Zu weiteren jugendschutzrechtlichen Fragen in Bezug auf eSports s. Frey SpuRt 2018, 53 (57 f.).

des Spiels erspielt wird (zB durch sog. *Grinding*, dh durch die repetitive Ausführung einfacher Aufgaben im Spiel). Wie bedeutsam der Inhalt einer Lootbox ist, ist für den Spieler nicht vorhersehbar, wenn er sich zum Erwerb der Lootbox entschließt. Die glücksspielrechtliche Einordnung dieser Konstellation ist bisher nicht abschließend geklärt. Für Konstellationen, in denen es keine „Nieten“ gibt, sondern jede Lootbox irgendeinen im Spiel verwendbaren virtuellen Inhalt hat, wird der Glücksspielcharakter unter Verweis auf das Fehlen eines Totalverlustrisikos in Bezug auf das Entgelt zum Teil verneint.<sup>107</sup> Wohl überwiegend wird aber davon ausgegangen, dass ein Verstoß gegen das Glücksspielrecht und eine Strafbarkeit gemäß § 284 StGB zumindest dann in Frage kommen, wenn spezifisch für den Erwerb der Lootbox ein Entgelt in einer realen Währung verlangt wird und ein Markt zum Verkauf der aus der Lootbox gewonnenen virtuellen Gegenstände gegen reale Währung existiert.<sup>108</sup> In diesem Fall entrichtet der Spieler ein Entgelt für den zufallsabhängigen Gewinn eines Gegenstands mit einem konkreten monetären Wert, so dass die Voraussetzungen des Glücksspiels vorliegen können. Spielhersteller unterbinden den Weiterverkauf von Lootbox-Items außerhalb des Spiels in der Regel vertraglich und bemühen sich auch durch technische Maßnahmen um die faktische Verhinderung von Zweitmärkten.

- 69 Der Maßstab für die Bewertung von Lootboxes und anderen glücksspielnahen Spielelementen ist § 284 StGB die zentrale strafrechtliche Verbotsnorm des Glücksspielrechts. Den Tatbestand der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels gemäß § 284 StGB erfüllt, wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt. Die Rechtsprechung definiert ein Glücksspiel als ein Spiel, bei dem für den Erwerb einer Gewinnchance ein nicht nur unerheblicher Einsatz verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn oder Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen und dem Grad der Aufmerksamkeit der Spieler, sondern überwiegend oder hauptsächlich vom **Zufall** abhängt.<sup>109</sup> Die Abgrenzung zum erlaubten **Geschicklichkeitsspiel** (*Skill game*), welches sich durch die Maßgeblichkeit der geistigen und körperlichen Fähigkeiten des Spielers für den Spielerfolg auszeichnet, bereitet im Einzelfall oft Schwierigkeiten, da häufig gerade eine Kombination aus Zufalls- und Geschicklichkeitselementen über den Spielerfolg entscheidet.<sup>110</sup> Ein erheblicher Einsatz wird im Rahmen des § 284 StGB – wie bei Gewinnspielen im Rundfunk und Telemedien<sup>111</sup> und wie im Anwendungsbereich des Glücksspielstaatsvertrags<sup>112</sup> – jedenfalls unterhalb eines **Schwellenwerts von 50 Cent** nicht angenommen.<sup>113</sup> Der Tatbestand des § 284 StGB kann auch aus dem Ausland heraus erfüllt werden, wenn wegen der bestimmungsgemäßen Ausrichtung eines Angebots auf den deutschen Markt der Erfolgsort im Sinne des § 9 Abs. 1 Alt. 3 StGB in Deutschland liegt (etwa bei einem erkennbar auf deutsche Kunden ausgerichteten Online-Poker-Angebot, für das keine Erlaubnis besteht).
- 70 Elemente sogenannten „**simulierten Glücksspiels**“, bei denen glücksspieltypische Aspekte wie die Zufallsabhängigkeit eines Spielerfolgs oder die Entgeltlichkeit weiterer Spielversuche in den Spielablauf integriert werden oder eine Glücksspielsituation (etwa ein Spielautomat) virtuell simuliert wird, unterfallen als solche nicht den glücksspielrechtlichen Regelungen.

<sup>107</sup> Etwa Hoeren/SieberHolznagel/Hentsch, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 22 Rn. 62.

<sup>108</sup> Ausführlich und differenziert zum Thema der zweiteilige Aufsatz von Schwidessen (CR 2018, 444 und CR 2018, 512). Anschaulich auch Ehinger/Schadomsky K&R 2018, 145. Für eine Strafbarkeit je nach den Umständen des Einzelfalls Ehinger/Schadomsky K&R 2018, 145; Maties NJW 2020, 3685 (3688 f.); Scheyhing ZfWG 2018, 114; Zimmermann/Franzmeier ZfWG 2018, 528; BeckOKStGB/Feilcke/Hollering § 284, Rn. 10; aA Schippel WRP 2018, 409 (410), ablehnend wohl auch Nickel/Feuerhake/Schelinsky MMR 2018, 586.

<sup>109</sup> Nachweise bei Schönke/Schröder/Heine StGB § 284 Rn. 7.

<sup>110</sup> Ausführlich zu dieser Abgrenzung Duisberg/Picot/Kolb Kapitel 7 Rn. 12 ff.; Liesching/Hambach/Schippel ZfWG 2018, 208; Schönke/Schröder/Heine § 284 Rn. 7.

<sup>111</sup> §§ 11, 22 Abs. 3, 74 S. 1 MStV.

<sup>112</sup> Hierzu BGH 28.9.2011 – I ZR 92/09, GRUR 2012, 193 (201), wonach bei Unterschreitung der in § 8a RStV (jetzt § 11 MStV) normierten Schwelle von 50 Cent auch der Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) keine Anwendung findet.

<sup>113</sup> Hinsichtlich der Zulässigkeit höherer Einsätze werden unterschiedliche Auffassungen vertreten, vgl. etwa MüKoStGB/Hohmann § 284 Rn. 11; Rauda Rn. 472 ff.

Unter dem Aspekt der **Verharmlosung von Glücksspiel** und möglichen Förderung einer Konsumbereitschaft für echtes Glücksspiel werfen entsprechende Spielgestaltungen allerdings **jugendschutzrechtliche** Fragen auf.<sup>114</sup> In Betracht kommt hier neben einer Indizierung wegen jugendgefährdender Wirkung, welche die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM) ua für das Spiel „Coin Master“ im März 2020 abgelehnt hat,<sup>115</sup> seit der Novellierung des JuSchG auch eine Berücksichtigung **glücksspielähnlicher Mechanismen** bei der Bewertung einer entwicklungsbeeinträchtigenden Wirkung (§§ 10a, 10b Abs. 2, 3 JuSchG).

## VII. Datenschutz

Bei der Bewertung und Gestaltung von Geschäftsmodellen gerade im Bereich der Online-Spiele spielt der Datenschutz eine wesentliche Rolle. Die Bereitstellung eines komfortablen, interaktiven Spielerlebnisses mit einem kontinuierlich (ggf. über Jahre) aufgebauten Spieler-Account ist ohne umfangreiche Datenverarbeitungen nicht denkbar. Zugleich trägt das Potential rechtmäßiger Kommerzialisierung der Daten der Spieler-Community wesentlich zum Wert einer Spieleplattform bei. Die datenschutzkonforme Gestaltung der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der personenbezogenen Daten der Nutzer (einschließlich gerätebezogener Daten, IP-Adressen und pseudonymisierter Nutzungsdaten) ist bei der juristischen Begleitung einer Spieleplattform daher essentiell.<sup>116</sup>

Neben den zur Bereitstellung des Spielerlebnisses erforderlichen Verarbeitungsvorgängen in Bezug auf im Account hinterlegte Bestandsdaten des Nutzers (etwa zu Abrechnungszwecken) sowie spielbezogene Nutzungsdaten (Gameplay-Daten) sind im Bereich der Spieleplattformen zudem viele von anderen interaktiven Online-Plattformen bekannte datenschutzrelevante Vorgänge anzutreffen. Hierzu zählen etwa die Erstellung geräteübergreifender Nutzer-Accounts und Nutzerprofilbildung, die Verwendung von Cookies und ähnlichen Technologien, Social Plug-ins, Elemente der Community-Bildung (etwa über Nutzer-Accounts und „In-Game“-Kommunikationsfunktionen), die virale Verbreitung von Spielen und Content, die Erhebung von Standortdaten insbesondere bei Spielen für mobile Endgeräte sowie das Einspielen zielgruppenorientierter Werbung. Angesichts der globalen Strukturen der großen Spieleanbieter spielen auch internationale Datentransfers in unsichere Drittländer im Bereich der Online-Spiele eine wichtige Rolle.

Als interaktive Online-Plattformen vereinigen Online-Spiele in sich somit eine Vielzahl der für Social Media und E-Commerce typischen datenschutzrechtlich relevanten Szenarien. Die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen und Grenzen der einzelnen Erhebungs- und Verarbeitungsvorgänge, ebenso wie die Pflichten des Plattformbetreibers, richten sich bei Online-Spielen grundsätzlich nach denselben Kriterien wie im Bereich sonstiger Online-Plattformen und Social Media. Zur Vermeidung redundanter Darstellung wird zu allen nicht gaming-spezifischen Fragen daher auf die Ausführungen unter → §§ 34, 35 dieses Handbuchs verwiesen.

Als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen des Spiels kommen im Wesentlichen der Vertrag mit dem Spieler (Art. 6 Abs. 1 S. 1b) DS-GVO), das berechtigte Interesse des Anbieters (Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DS-GVO) oder eine Einwilligung des Spielers (Art. 6 Abs. 1 S. 1a) DS-GVO) in Betracht.

<sup>114</sup> Ausführlich zu simuliertem Glücksspiel Liesching ZfWG 2020, 313.

<sup>115</sup> <https://www.bzjkj.de/bzjkj/service/alle-meldungen/die-spiele-apps-coin-master-coin-trip-und-coin-kingdom-haben-keine-jugendgefahrdende-wirkung-im-sinne-des-jugendschutzgesetzes-174978>. In dem Spiel „Coin Master“ hatte der Spieler die Möglichkeit, die zur Erreichung des Spielziels (dem Aufbau eines virtuellen Dorfs) erforderliche Spielwährung ua durch Betätigung eines virtuellen Spielautomaten zu erwerben, wobei auch der Einsatz von Echtgeld möglich war. Die BPjM verneinte eine Jugendgefährdung wegen der konkreten Gestaltung des Spiels (ua der comic-artigen und nicht realitätsgetreuen Darstellung des Spielautomaten sowie der Tatsache, dass es neben dem Gewinn der virtuellen Währung auch andere virtuelle Vorteile zu gewinnen gab).

<sup>116</sup> Eine Analyse der bisherigen Bußgeldpraxis der Datenschutzbehörden wegen DS-GVO Verstößen in der Gaming Branche findet sich bei Moos MMR-Beil. 8/2021, 27.

- 75 Für sämtliche Datenverarbeitungsvorgänge, die der Spieleanbieter zur **Ermöglichung und Durchführung des Spiels und seiner Funktionalitäten** für den Spieler vornimmt, etwa zur Bereithaltung des Accounts, zur Speicherung von Spielständen sowie zur Ermöglichung der zum Spiel gehörigen Interaktion mit anderen Spielern, bietet der **Nutzungsvertrag** die datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage (Art. 6 Abs. 1 S. 1b) DS-GVO). Eine Ausnahme gilt, falls im Rahmen des Spiels besondere personenbezogene Daten im Sinne des Art. 9 DS-GVO (insbesondere **Gesundheitsdaten**, zB Konditionsdaten bei Fitness-Spielen) verarbeitet werden: In diesem Fall ist (nur) in Bezug auf die betreffende Verarbeitung eine Einwilligung erforderlich.
- 76 Die Grenzen zulässiger Datenverarbeitung aufgrund des **Nutzungsvertrags** können im Einzelfall sehr unterschiedlich ausfallen: Während das Spielen eines einfachen Casual Game (etwa eines Wortspiels) nur geringfügige Verarbeitungen von Gameplay-Daten verlangen mag (etwa für eine Rangliste), erfordert ein komplexeres Spiel in einem sozialen Netzwerk oder ein zahlreiche Level umfassendes Multiplayer Game komplexe Verarbeitungen.<sup>117</sup> Zu nennen sind hierneben der Verarbeitung der spielbezogenen Nutzungsdaten (**Gameplay-Daten**) auch spielbezogene **Interaktions- und Kommunikationsdaten** mit anderen Spielern sowie bei standortbasierten (location based) Spielen, insbesondere AR-Spielen, auch die per Ortungsfunktion erhobenen **Standortdaten** der Spieler. Zudem ist die Verarbeitung der im Account hinterlegten Bestandsdaten und ggf. hinterlegter Zahlungsdaten zur **Abwicklung und Abrechnung von In-Game Käufen** erforderlich.
- 77 Soweit zur Bereitstellung des Spiels technisch erforderlich, fällt auch die Verarbeitung von **Gerätedaten** (wie Geräte-IDs oder IP-Adressen) unter die Vertragserfüllung;<sup>118</sup> anderenfalls ist diesbezüglich ein konkretes berechtigtes Interesse des Anbieters (Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DS-GVO) zu prüfen.
- 78 Zum Zweck der Verbesserung des Spiels und des Spielerlebnisses erheben Spieleanbieter Informationen darüber, wann Spieler aus welchen Gründen Spielpartien abbrechen oder welche Bereiche einer Spielewelt nicht besuchen (**In-Game Verhaltensanalyse**) und werten diese in aggregierter Form aus. Für die Zulässigkeit der Aggregation und anschließenden Auswertung entsprechender Daten zum Zweck der Verbesserung des Spiels dürfte (bei Fehlen einer spezifischen Einwilligung) vor allem entscheidend sein, ob vor der Auswertung einzelner Spielverläufe eine Anonymisierung oder zumindest eine konsequente Pseudonymisierung der Daten erfolgt (letzteres zB durch One-Way-Hashing), und die Daten nicht mit anderen Verantwortlichen geteilt werden. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, erscheint eine Berufung auf das berechtigte Interesse des Spielanbieters möglich (Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DS-GVO).
- 79 Durch den Einsatz softwaregestützter **Anti-Cheat-Maßnahmen** bekämpfen Anbieter von Multiplayer-Spielen unfaire Spielpraktiken, durch die sich Spieler unfaire Spielvorteile gegenüber anderen Spielern verschaffen. Dazu gehört vor allem der Einsatz von sog. **Cheatbots**, durch die zB repetitive Spielvorgänge automatisiert werden. Die Verwendung von Anti-Cheat Software wiederum ermöglicht es den Anbietern, durch Analyse des Spielverhaltens zB Muster zu erkennen, die auf eine regelwidrige Beeinflussung des Spielverlaufs durch den Einsatz eines Cheatbots schließen lassen. Als Rechtsgrundlage für die hierzu erforderliche Verarbeitung personenbezogener Daten der Spieler kann der Spieleanbieter auf sein berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung eines fairen Spielbetriebs zurückgreifen (Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DS-GVO), sofern er den berechtigten Interessen der Spieler durch Datenminimierung, kurze Löschzyklen sowie angemessene technische und organisatorische Schutzmaßnahmen angemessene Rechnung trägt.<sup>119</sup> Folge eines Betrugsversuchs ist nach den Nutzungsbedingungen typischerweise ein vorübergehender oder dauerhafter Ausschluss aus dem Spiel (sog. *Ban*). Da die entsprechenden Entscheidungen typischerweise softwarege-

<sup>117</sup> Zur Verarbeitung von Nutzungsdaten bei Spielen in sozialen Netzwerken Lober/Klein MMR-Beil. 8/2021, 17 (20).

<sup>118</sup> So Bänsch/Hentsch MMR-Beil. 2021 Heft 08, 3 (5).

<sup>119</sup> Lober/Klein MMR-Beil. 8/2021, 17 (18). Anders Bänsch/Hentsch MMR-Beil. 2021 Heft 08, 3 (5), die den Nutzungsvertrag als Rechtsgrundlage heranziehen.

stützt zumindest vorbereitet werden, sind im Rahmen der Gestaltung des Entscheidungsprozesses und seiner datenschutzrechtlichen Rechtfertigung die Grenzen des Art. 22 DS-GVO zu beachten. Nach Möglichkeit empfiehlt es sich, eine automatisierte Entscheidungsfindung im Sinne des Art. 22 DS-GVO (in Verbindung mit Erwägr. 71) durch eine der Softwareanwendung nachgelagerte menschliche Kontrolle und Abwägungsentscheidung zu vermeiden.<sup>120</sup>

In Bezug auf Cookies, Tracking-Tools oder vergleichbare Technologien, die (personenbezogene oder auch rein technische) Daten auf dem Endgerät des Spielers speichern oder vom Endgerät erheben, ist (zusätzlich zu den für die Verarbeitung geltenden Anforderungen der DS-GVO) bereits in Bezug auf die Erhebung der Daten § 25 TDDSG zu beachten. Danach ist die Verwendung solcher Technologien nur dann ohne Einwilligung erlaubt, wenn sie unbedingt erforderlich sind, um einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung zu stellen. Andernfalls ist eine den Anforderungen der DS-GVO genügende **Einwilligung** einzuholen. Der Einsatz von Cookies und Tracking-Tools ist in Online- und Browser-Spielen sowohl zur Erfassung des Nutzerverhaltens als auch zu Marketing-Zwecken absolut üblich. Mit Blick auf § 25 TDDSG ebenso wie die strengen Anforderungen nach dem „Planet 49“-Urteil des EuGH<sup>121</sup> und entsprechende Positionierung der deutschen Datenschutzbehörden<sup>122</sup> ist für sämtliche für den Spielbetrieb nicht unbedingt notwendige Datenerhebungen ein den hohen Transparenz-Anforderungen der Rechtsprechung und der Datenschutzbehörden genügendes Consent-Management unerlässlich.<sup>123</sup> In Bezug auf Cookies mit Drittland-Bezug ist im Anschluss an die Schrems II Rechtsprechung des EuGH zudem die Rechtmäßigkeit etwaiger Datentransfers in unsichere Drittländer gesondert zu bewerten.<sup>124</sup>

Online-Spiele sind aufgrund ihres hohen Verbreitungsgrades und des oft relativ leichten Zugangs zu personenbezogenen Daten (oft einschließlich Informationen zu Zahlungsdienstleistern) eine willkommene Zielscheibe für **Hacking-Angriffe**. Im Falle einer **Datensicherheitspanne** gelten die gesetzlichen Benachrichtigungspflichten gemäß Art. 33 und 34 DS-GVO .

<sup>120</sup> Wichtig ist, dass das hierfür eingesetzte Team nicht lediglich eine Umsetzungsentscheidung trifft oder das automatisiert ermittelte Ergebnis auf offensichtliche Fehler überprüft. Zur Vermeidung der Anwendbarkeit des Art. 22 DS-GVO muss das Team vielmehr zu einer die eigenen menschlichen Erwägungen berücksichtigenden, eigenen Entscheidung berechtigt sein, die von der automatisiert vorgeschlagenen Entscheidung abweichen kann, vgl. von Walter MMR-Beil. 2021 Heft 08, 22 (24) sowie Lober/Klein MMR-Beil. 8/2021, 17 (18).

<sup>121</sup> EuGH 1.10.2019 – C-673/17, MMR 2019, 732.

<sup>122</sup> Vgl. die Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 20.12.2021 (OH Telemdien 2021) ([https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220\\_oh\\_telemedien.pdf](https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf)).

<sup>123</sup> Näher zum Einsatz von Cookies in Online-Spielen Bänsch/Hentsch MMR-Beil. 2021 Heft 08, 3 (6).

<sup>124</sup> → § 35 Rn. 1 ff.