



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Jana Moser

Browsergames und clientbasierte Onlinespiele

Das Vertragsverhältnis
zwischen Betreiber und Spieler

Band 22



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Browsersgames und clientbasierte Onlinespiele

Das Vertragsverhältnis zwischen Betreiber und Spieler

von

Jana Moser

Doktorarbeit

Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

1. Aufl. - Göttingen: Cuvillier, 2010

Zugl.: Frankfurt (Oder), Univ., Diss., 2010

978-3-86955-538-6

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Stephan Breidenbach

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Christoph Brömmelmayer

Disputation: 14.07.2010

Mit dem größten Dank an Prof. Dr. Stephan Breidenbach,
meinen Ehemann Marco Moser
und
meine Eltern.

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2010

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2010

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-538-6

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Vorbemerkung	1
§ 2	Der technische Hintergrund	4
	I. Die Internetverbindung	4
	II. Die Clients	5
	1. Thin und Fat Clients	5
	2. Internetbrowser	6
	III. Varianten	7
	1. Virtuelle Welten	7
	2. Persistente Spiele	8
	3. Multiplayer Games	8
	4. Life Sims	8
	5. Economy Sims	9
§ 3	Die rechtliche Beziehung	13
	I. Das Vertragsverhältnis	13
	1. Die Vertragstypen	13
	a) Kostenlose Browsergames	14
	aa) Rechtsbindungswille	14
	aaa) Entgeltlosigkeit	15
	bbb) Registrierung	15
	ccc) Wirtschaftliche Interessen der Beteiligten	16
	(1) Wirtschaftliche Interessen des Spielers	16
	(a) Account	16
	(b) Spielzeit	17
	(c) Avatar und Char	18
	(aa) Kommerzialisierungsgedanke	18
	(bb) Anknüpfende Premiumaccounts	19
	(d) Items	21
	(e) Spieldaten	22
	(f) Zwischenergebnis	22
	(2) Wirtschaftliche Interessen des Providers	23
	(a) Account	23
	(b) Items	24
	ddd) Rechtliche Interessen der Beteiligten	24
	(1) Urheber- und Markenrechte des Spielers	24
	(2) Urheberrechte des Betreibers	26

Inhaltsverzeichnis

(3) Haftungsrechtliche Interessen des Providers	27
eee) Vorteile für den Betreiber	27
fff) Ergebnis	27
bb) Beurteilung des Rechtsverhältnisses	28
aaa) Einräumung von Rechten an der Spielsoftware	28
(1) Browsergame als Werkkomposition	29
(2) Urheberrechtsrelevanz von Browsergames	30
(a) Ablauf eines Browsergames	31
(b) Speicherung im RAM	32
(c) Verwendung der Spielsoftware	33
(d) Zwischenergebnis	34
bbb) Einräumung von Rechte an Avatar, Char und Items	34
(1) Avatar geschützt als Computerprogramm	35
(2) Avatar geschützt als Werk der bildenden Kunst	36
(a) Nicht individualisierter Avatar	37
(b) Individualisierter Avatar	37
(aa) Zusammengestellte Avatare	38
(bb) Selbsterstellte Avatare	40
(3) Char geschützt als Sprachwerk	41
(4) Item geschützt als Werk der bildenden Kunst	43
(5) Urheberschaft	44
(6) Zwischenergebnis	45
cc) Schuldrechtlicher Vertrag	45
aaa) Leihvertrag	46
(1) Leihvertrag bzgl. der Server	46
(2) Leihvertrag bzgl. der Spielsoftware	47
(a) Spielsoftware als Leihobjekt	47
(aa) Daten als Bestandteil einer Software	48
(bbb) Vertragsgegenstand	49
(ccc) Datenspeicherungsform	50
(ddd) Virtuelles Eigentum aufgrund vir- tuellen Hausrechts	50
(aa) Zwischenergebnis	52
(b) Leihvertragsrecht analog	52
(aa) Planwidrige Regelungslücke	52
(bb) Vergleichbare Interessenlage	53
(cc) Verschaffung durch Online-Nutzung	54
(c) Zwischenergebnis	54
bbb) Verwahrungsvertrag	54
ccc) Rahmenvertrag	55

Inhaltsverzeichnis

ddd) Ergebnis	56
b) Kostenpflichtige Browsergames	56
aa) Dienstvertrag	56
aaa) Software- und Datenbanknutzung	57
(1) Vergleich mit Online-Auktionsplattformen	57
(2) Vergleich mit Community-Plattformen	58
(3) Vergleich mit Bibliotheken und Datenbanken	58
(4) Vergleich mit Auskunftsverträgen	59
(5) Zwischenergebnis	60
bbb) Datengenerierung und -speicherung	60
ccc) Programmüberwachung und -änderungen	61
ddd) Freischaltung	61
eee) Zusatzleistungen	62
fff) Zwischenergebnis	62
bb) Werkvertrag	62
cc) Mietvertrag	63
aaa) Mietvertrag bzgl. der Server	64
bbb) Mietvertrag bzgl. der Software	64
(1) Parallele zu ASP in der Technik	65
(2) Parallele zu ASP in der Intention	66
ccc) Zwischenergebnis	66
dd) Pachtvertrag	66
aaa) Automatisch generierte Items und Avatare	67
bbb) Selbsterstellte Items und Avatare	68
ccc) Zwischenergebnis	69
ee) Ergebnis	70
c) clientbasierte Onlinespiele	70
aa) Erwerb und Nutzung des Clients	70
aaa) Lizenzvertrag	71
bbb) Kaufvertrag	71
ccc) Mietvertrag	72
bb) Zugang zum und Nutzung des Applikationsserver	74
aaa) Peer-to-Peer-Architektur	75
(1) Erwerb des Clients	75
(2) Entgeltliche Onlinenutzung	75
(3) Unentgeltliche Onlinenutzung	76
bbb) Client-Server-Architektur	77
2. Das anwendbare Recht	77
a) Rechtswahlklausel, Art. 3 Rom I-VO	78
aa) Sinn und Zweck einer Rechtswahl	78

Inhaltsverzeichnis

bb) Indizien für eine konkludente Rechtswahl	80
b) Gesetzliche Regelungen	82
aa) Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO	82
aaa) Verbraucherstaat	82
bbb) Ausrichtung auf Verbraucherstaat	83
ccc) Ausschluss nach Art. 6 Abs. 4 Buchstabe b) Rom I- VO	84
bb) Enge Verbindung zu einem Staat, Art. 4 Rom I-VO	85
aaa) gewöhnlicher Aufenthalt des Dienstleisters, Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO	86
(1) Standort des Servers als Niederlassung	86
(2) Kurzweiligkeit des Serverstandortes	87
(3) Ergebnis	88
bbb) Belegenheit eines Grundstücks, Art. 4 Abs. 1 Buch- stabe c) Rom I-VO	88
ccc) Engere Verbindung zu anderem Staat, Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO	89
(1) Domain, E-Mail und Sprache	89
(2) Aufenthaltsort des Nutzers	91
(3) Standort des Servers	92
(4) Zwischenergebnis	93
cc) § 3 Abs. 1 TMG und CISG	93
dd) Zusammenfassung	94
3. Der Vertragsschluss und die Vertragsbedingungen	95
a) Browsergames	96
b) Clientbasierte Onlinespiele	97
aa) Offlineerwerb eines Clients	97
aaa) Vertragsschluss bzgl. der Software	97
bbb) Vertragsschluss bzgl. der Onlinenutzung	98
ccc) Einbeziehung der AGB	100
(1) Notwendigkeit der Einbeziehung der Provider- AGB	100
(2) Art und Weise der Einbeziehung der Provider-AGB	101
bb) Onlineerwerb eines Clients	103
4. Die Spielregeln	103
5. Das Widerrufsrecht	105
a) Erwerb eines Clients	105
aa) Ausschluss des Widerrufsrechts	106
aaa) Freizeitveranstaltung	106
bbb) Zeitmoment	107

Inhaltsverzeichnis

bb) Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB	108
cc) Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB	110
dd) Ergebnis	111
b) Onlinevereinbarung über die Nutzung	111
aa) Fernabsatzvertrag	111
bb) Ausschluss des Widerrufsrechts	112
aaa) Ausschluss wegen der Art des Vertragsschlusses . . .	112
bbb) Ausschluss aufgrund fehlenden schutzwürdigen In- teresses	113
cc) Erlöschen des Widerrufsrechts	113
c) Widerrufsbelehrung	115
II. Wirksamkeit des Vertrages	118
1. Die Verträge mit Minderjährigen	118
a) Unentgeltliche Angebote	120
aa) Zivilrechtliche Regelungen	120
bb) Urheberrechtliche Regelungen	121
aaa) Tatsächlicher Hintergrund	122
bbb) Beschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts . . .	123
ccc) Folgen schwebender Unwirksamkeit	125
ddd) Vorschläge für vertragliche Vereinbarungen	126
(1) Keine Rechteübertragung	126
(2) Löschungen nach Vertragsbeendigung	127
(3) Löschung des Urheberbezuges	128
(4) Lösungen	129
cc) Datenschutzrechtliche Regelungen	129
aaa) Datenverwendung ohne Einwilligung	131
bbb) Datenverwendung mit Einwilligung	132
(1) Notwendige Einsichtsfähigkeit	133
(2) Vorliegen der Einsichtsfähigkeit	134
(3) Notwendige Geschäftsfähigkeit	135
ccc) Datenverwendung aufgrund Gesetzes	136
b) Entgeltliche Angebote und virtuelle Währung	137
c) Folgen vorgetäuschter Volljährigkeit	140
d) Erlangung der Volljährigkeit	141
e) Problem der Altersverifikation	142
aa) Anforderungen an die Altersverifikation nach dem JuSchG	143
bb) Einbindung eines Altersverifikationssystems	144
aaa) Post-Ident-Verfahren	144
bbb) Geldkarte	145
ccc) Bezahlkarten	146

Inhaltsverzeichnis

f) Ergebnis	146
2. Die Sittenwidrigkeit von Onlinespielen und die Verstöße gegen gesetzliche Verbote	147
§ 4 Zusammenfassung	149

§ 1 Vorbemerkung

Der “World of Warcraft“-Effekt¹ hat nicht nur in der Sozial-² und Kommunikationswissenschaft,³ sondern auch in der Rechtswissenschaft zu diversen Diskussionen rund um das Spielen im Internet geführt. Dabei ist “World of Warcraft” das unter den Onlinespielern bekannteste, aber bei weitem nicht einzige Spiel im Internet.⁴ Ganz im Gegenteil haben neben derartigen clientbasierten Onlinespielen⁵ vor allem Browsergames einen ungeahnten Zulauf an Nutzern.⁶ Immerhin verbringen ungefähr ein Viertel der Jungen im Alter von 13 bis 19 Jahren ihre Zeit im Internet mit dem Spielen – bei Mädchen sind es 8%.⁷

Aufgrund dieser Nachfrage gewinnen Onlinespiele auch in der Wirtschaft immer mehr an Bedeutung.⁸ So wurde im Juli 2007 prognostiziert, dass die Aufwendungen für Werbung in Spielen (sog. Ingame-Advertising) von 537,5 Millionen US-Dollar im

¹Diese Beschreibung nutzte Jeffrey Wimmer in einem Interview über seine Forschung auf dem Gebiet der Onlinespiele. „Es ist das beliebteste Spiel, ein so genanntes ”break-through-Game“. Vor allem sehr beliebt bei Frauen. Es hat sehr viele weibliche Spieler und überhaupt einen großen Teil der Bevölkerung erst zum Onlinespielen gebracht.“ zuletzt abgerufen am 1.5.2009 unter <http://www.stern.de/computer-technik/computer/:Studie-%FCber-Online-Spieler-Der-Gamer-Wesen/599997.HTML>.

²Dazu u.a. *Quandt*.

³Dazu u.a. *Müller-Lietzkow*.

⁴Zur Historie “Internet” von den Anfängen des ARPANET im Jahre 1958 bis zur Entwicklung des WWW: *Ruff* S. 2ff..

⁵In einer Studie aus dem Jahr 2006 wird die Auffassung vertreten, dass Computer- und Videospielen zum Volkssport geworden sei, da in allen Altersgruppen, in allen Einkommensgruppen, in allen Bildungsschichten, in Single-, Mehrpersonen- und Familienhaushalten gespielt werde. *Electronic Arts GmbH, Jung von Matt AG, GEE Magazin (Redaktionswerft GmbH)*, Spielplatz Deutschland, Oktober 2008. (URL: <http://www.spielplatzdeutschland.de>) S. 10, zuletzt abgerufen am 25.5.2009.

⁶„Der Kreis der PC- und Konsolenspieler umfasst 40 Prozent der gesamten Bevölkerung; knapp 14 Prozent spielen online, 34 Prozent auch oder ausschließlich offline.“ *Allensbach Institut*, Allensbach Computer- und Technik-Analyse (ACTA) 2007. (URL: http://www.acta-online.de/news/news_07_6.html) zuletzt abgerufen am 14.11.2009.

⁷*Medienpädagogischer Forschungsverband Südwest*, JIM 2008, Jugend, Information, (Multi-)Media. (URL: http://www.mpfs.de/fileadmin/JIM-pdf08/JIM-Studie_2008.pdf) S. 51, zuletzt abgerufen am 25.5.2009.

⁸*Göttlich*, IRIS plus 2007, Heft 10, S. 1ff. S. 2, der zu Recht das Ingame-Advertising anspricht.

Jahr 2009 auf 971,3 Millionen US-Dollar im Jahr 2011 ansteigen werden.⁹ Gerade die Kombination von hohen Werbeeinnahmen, niedrigen eigenen Kosten¹⁰ und einfach zu erreichenden Zielgruppen macht Onlinespiele für Unternehmer so interessant.¹¹

Diese wirtschaftliche Relevanz führt jedoch zwangsläufig zu rechtlichen Fragestellungen.

Bis dato konzentrierte sich die juristische Betrachtung von Onlinespielen eher auf einzelne Probleme im Bereich clientbasierter Angebote, die zudem eher im weiten Sinne¹² verstanden wurden.¹³ Ein Onlinespiel ist jedoch nicht wie jedes andere Onlinespiel zu behandeln. Auch ist es mehr als bloß "kostenpflichtige Software".¹⁴ Die individuellen Vertragsbeziehungen hängen vielmehr von der technischen Umsetzung des einzelnen Spiels ab. Aus diesen Gründen sind sowohl Browsergames als auch die Ausgestaltung des Schuldverhältnisses zwischen Betreiber und Spieler detailliert zu untersuchen. Zudem bedarf die Rechtsverbindlichkeit dieser Angebote einer genauen Betrachtung, da viele von ihnen in ihrer Grundform kostenlos angeboten werden. Das Ergebnis dieser Betrachtung hat schließlich auch Auswirkungen auf die Rechtsbeziehung zu den vielen minderjährigen Spielern.¹⁵

⁹ *Goodman, Mike*, Advertising and Games: 2007 In-Game Advertising Forecast - Executive Summary, Yankee Group, 06.07.2007. (URL: <http://www.yankeegroup.com/ResearchDocument.do?id=16395>), zuletzt abgerufen am 14.11.2009.

¹⁰ Dies betrifft vor allem die Entwicklung einfacherer Browsergames. So auch *Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 43.

¹¹ „Zweitens und in gewisser Weise auch als Erklärung des ersten Befunds stellen diese Onlinespiele eine Möglichkeit dar, viele Zugriffe auf ein Webangebot zu erzeugen, was der besseren Vermarktung dient: Gegenüber Werbetreibenden kann so mit einer hohen Reichweite argumentiert werden.“ *Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 37.

¹² Häufig wird pauschal der Begriff des Onlinespiels verwendet. So auch *Psczolla*, der den Begriff "Onlinespiel" zwar verwendet, ihn aber nicht definiert und nur von Onlinespielen und Entwicklungsplattformen spricht.

¹³ Eine Grundlagenbetrachtung bietet *Hübner*. Zu urheberrechtlichen Fragen von "Bildschirmspielen" siehe *Lambrecht*. Zu Rechtsfragen rund um das Thema "virtuelle Gegenstände" in Onlinespielen *Psczolla*. Zu Rechtsfragen bei Onlinespielen in der Mobilien Telefonie siehe *Hammerl, Sabine*, Rechtsfragen des Angebotes von Onlinespielen in der Mobilien Telefonie, 2008. (URL: www.rechtsprobleme.at/doks/onlinespiele-hammerl.pdf), zuletzt abgerufen am 25.5.2009. Zum ordnungsrechtlichen Rahmen von Onlinespielen siehe *Backu/Karger*, ITRB 2007, 13ff..

¹⁴ So aber *Hübner* S. 51.

¹⁵ „Die Attraktivität von Multi-User-Spielen ist in der Altersgruppe der 14- bis 15-Jährigen (24%) am höchsten (12-13 Jahre: 19% mind. mehrmals pro Woche, 16-17 Jahre: 20%, 18-19 Jahre: 16%).“ *Medienpädagogischer Forschungsverband Südwest*, JIM 2008, Jugend, Information, (Multi-)Media. (URL: http://www.mpfs.de/fileadmin/JIM-pdf08/JIM-Studie_2008.pdf) S. 48, zuletzt abgerufen am 25.5.2009.

Die folgenden Ausführungen klären deshalb zuerst in tatsächlicher Hinsicht, was Browsergames und clientbasierte Onlinespiele sind. Darauf aufbauend wird erörtert, ob bei den unterschiedlichen Spielarten überhaupt ein Vertrag zustande kommt und wie dieser rechtlich einzuordnen ist. Des Weiteren werden Fragen nach dem anwendbaren Recht, der Einbindung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der Notwendigkeit eines Widerrufsrecht, der Beteiligung minderjähriger Spieler, dem Einsatz virtueller Währung und der Sittenwidrigkeit von Onlinespielen auch mit Blick auf Glücksspielrechtliche Fragen diskutiert.

§ 2 Der technische Hintergrund

I. Die Internetverbindung

Ein Onlinespiel ist eine Unterkategorie des Computerspiels. Wie das Wort Onlinespiel schon beschreibt, spielt die sog. Onlineverbindung, also die Verbindung zum Internet, eine entscheidende Rolle.¹ Wegen dieser notwendigen Eigenschaft fallen nach diesseitiger Ansicht sog. Pervasive Games², die im Internet koordiniert werden, aber in der Realität stattfinden³, nicht unter den Begriff des Onlinespiels.

Viele gerade kleinere Spiele für den kurzweiligen Zeitvertreib können direkt aus dem Internet auf dem Computer des Spielers gespeichert werden. Die einzige Verbindung zum Internet besteht dann bei der unentgeltlichen oder entgeltlichen Beschaffung in Form des Downloads des Spiels. Für die Nutzung dessen ist das Internet und damit eine sog. Online-Verbindung nur notwendig, wenn das Spiel dies im seltenen Fall vorsieht. Ist *keine* Internetverbindung während des Spielens nötig, sind solche Spiele mit denjenigen Computerspielen vergleichbar, die bereits auf Datenträgern (idR. CDs/DVDs) in einem Geschäft käuflich erworben⁴ und dann auf dem Computer installiert⁵ werden können. Solche Spiele sind daher keine Onlinespiele im eigentlichen Sinne.

¹„An online game is defined as a digital game that needs a live network connection in order to be played. This includes not only games played on the Internet, but also those played online through consoles, across mobile phones or via peer-to-peer networks.“ <http://www.peigionline.eu/en/index/id/233/> zuletzt abgerufen am 13.4.2009.

²Zu den unterschiedlichen Genres beim Pervasive Gaming siehe http://www.pervasive-gaming.org/iperg_games0.php zuletzt abgerufen am 3.4.2009.

³*Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 16-19, die auch Passive Multiplayer Online Games (PMOG), E-Sport und LAN-Parties ansprechen. Nach diesseitiger Interpretation sind PMOGs keine Sonderform der Onlinespiele, sondern nur eine Kumulation unterschiedlicher Online-Angebote. LAN-Spiele werden gerade im Lokalen Netz und nicht im Internet gespielt und E-Sport ist schlicht eine intensive Form des Spielens, die aber auch nicht zwingend online erfolgen muss.

⁴Zum „Kauf“ einer Software siehe unten, Seite 71ff.

⁵„Installation ist rechtlich nicht definiert. (...) Technisch wird für Systeme der Begriff „Installation“ als die Gesamtheit der baulichen und organisatorischen Maßnahmen zur Inbetriebnahme eines Systems definiert, zumindest aber als das Aufstellen der Hardware und Aufstellen der bestellten Software mit Test der Funktionsfähigkeit, aber nicht die Übernahme von Altdaten.“ *Koch, Computer-Vertragsrecht* Rn. 164 m.w.N..

II. Die Clients

Zur Unterscheidung der unterschiedlichen Gattungen der Onlinespiele ist die Art des technischen Zugangs zum Spiel von Relevanz. Dabei ist zwischen zwei Zugangsvarianten zu unterscheiden: Zugang durch Nutzung eines Clients oder eines Internetbrowsers.

1. Thin und Fat Clients

Bei clientbasierten Onlinespielen⁶ kann der Spieler die spezielle Spielsoftware⁷ (sog. Client) auf einem Computer speichern. Über das Internet stellt er den nach den Spielregeln erforderlichen Kontakt zu einem entsprechenden Serverrechner⁸ (Client-Server-Architektur⁹) oder über einen Router des Anbieters zu einem anderen Spieler (Peer-to-Peer-Spiele) her. Bei beiden Varianten kann die Software nur mit einer Internetverbindung gespielt werden, da es sich sonst nicht um ein reines¹⁰ Onlinespiel handelt. Bei der ersten Variante installiert der Spieler nur eine Spielsoftware auf seinem Computer, die ausschließlich als Schlüssel für den Server fungiert. Die tatsächliche Anwendung ist dabei auf dem Internetserver des Providers gespeichert. Deshalb kann man derartige Clients auch als “Thin Clients” bezeichnen.

Bei sog. Peer-to-Peer-Netzwerken bzw. -Spielen wird die Software dagegen komplett auf dem Computer des Nutzers gespeichert. Der Spieler greift demnach ausschließlich zur notwendigen Vermittlung mit anderen Spielern auf den Server des Anbieters zu.

⁶Rechtsfragen zu “World of Warcraft” und “Second Life” mit dem Schwerpunkt “virtuelle Gegenstände” erörtert ausführlich *Psczolla*.

⁷Software wird definiert als die Gesamtheit aus Programm und zugehöriger Dokumentation. *Koch, Computer-Vertragsrecht* Rn. 784.

⁸Zur Begrifflichkeit: Koch in *FA IT-Recht* Teil 1, Kapitel 1, Rn. 5. Der Einfachheit halber wird hier der Begriff Server verwendet.

⁹Der Begriff der Client-Server-Architektur wird im Zusammenhang mit den Diensten im Internet insbesondere auch für die Darstellung der Vernetzung im World Wide Web verwendet. Dabei ist der Client nicht das interpretierende Programm auf dem Computer des Internetnutzers, sondern der ganze Rechner im Verhältnis zum Server, von dem Daten herunter- oder hochgeladen werden. Siehe dazu ausführlich: *Sodtalbers* Rn. 21.

¹⁰Es gibt auch noch Anwendungen, die sowohl on- als auch offline gespielt werden können. Diese Art Spiel ist allerdings kein reines Onlinespiel und deshalb nicht Gegenstand dieser Ausführung.

Nicht der Provider, sondern der Spieler hostet das Spiel.¹¹ Derartige Clients können deshalb als “Fat Clients”¹² bezeichnet werden.

2. Internetbrowser

Eine weitere Variante ist die Nutzung eines Spiels mittels eines Internetbrowsers.¹³ Bei diesen sog. Browsergames stellt ein Spielbetreiber auf einem Server das gesamte Spiel¹⁴ unentgeltlich oder entgeltlich zur Verfügung. Einer vorherigen Speicherung von zusätzlichen(!) Softwareelementen auf dem Computer des Spielers, wie dies bei Thin oder Fat Clients der Fall ist, bedarf es nicht.¹⁵ Die Software ist vielmehr auf einem via Internet erreichbaren Server gespeichert, wobei dieser wiederum auf einen Datenbankserver zugreift. Auf dem Datenbankserver werden im Ergebnis alle relevanten Spielstände und -daten abgespeichert. Der Spieler benutzt daher ausschließlich seinen bereits auf dem Computer gespeicherten Internetbrowser als Client¹⁶ und damit als Schnittstelle zum Internetserver, um auf die Programmierung zuzugreifen.

¹¹Das auch der Spieler selber das Spiel hosten kann, erkennt ebenfalls *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352. Insoweit zu ungenau in der tatsächliche Beurteilung wird das Peer-to-Peer-Spielen in *Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 7 beschrieben: „Die Peer-to-Peer-Architektur kennt dagegen keinen zentralen Rechner, sondern hier werden Verbindungen direkt zwischen den Endgeräten hergestellt, sodass sich der “Spielort” im Netzwerk befindet.“

¹²Diese Bezeichnung verwendet auch *Sodtalters* Rn. 48-50.

¹³Kurzbeschreibung zu Browsergames auch bei *Schaar*, CR 2006, 619ff. 620 Fn. 14; *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839 Fn. 21.

¹⁴*Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 13 bewerten Browsergames überwiegend als “relativ einfache Spiele”, womit scheinbar Flashgames gemeint sind. Jedoch registrieren sie auch eine zunehmende Anzahl aufwändiger Browsergames. Ähnlich eng definiert auch die Pan European Game Information Online (PEGI Online unterstützt von der Interactive Software Federation of Europe (ISFE)) Browsergames: „Minigames / Browser games: These are online versions of classic arcade, board or digital games. They are usually free and often available on websites and gaming portals supported by advertising. These games are mainly single player and do not involve a virtual, narrative world. Spacewar, PacMan, as well as card games such as Solitaire and Blackjack are common examples and these types make up the majority of games played online.“ zuletzt abgerufen am 13.4.2009 unter <http://www.pegionline.eu/en/index/id/236/>.

¹⁵Koch in *FA IT-Recht* Teil 1, Kapitel 1, Rn. 6, 20 bezeichnet die Nutzung des Browsers als typische Form der Client-Server-Architektur. Das ist richtig, da auch das Browsergame technisch gesehen auf einer Client-Server-Architektur basiert. Der Browser ist in diesem Fall aber ein Thin Client, der nicht extra für das Onlineangebot konzipiert ist. So auch *Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 28. Deshalb werden Browsergames hier nicht als clientbasierte Onlinespiele eingeordnet.

¹⁶Technisch gesehen handelt es sich auch hier um einen Thin Client. Da dieser allerdings universell und nicht für das spezielle Spiel genutzt werden kann, sind Onlinespiele, die über einen Browser genutzt werden können, extra zu behandeln.

Deshalb werden solche Spiele “Browsergames” genannt. Browsergames sind daher im Ergebnis eine spezielle Kategorie von Onlinespielen.

III. Varianten

Bei Browsergames gibt es – wie auch bei clientbasierten Angeboten – eine Vielzahl von inhaltlichen Variationen.

1. Virtuelle Welten

Im Internet sind häufig sog. “virtuelle Welten” zu finden. Eine virtuelle Welt, auch als virtuelle Realität bezeichnet, simuliert die Realität unter Zuhilfenahme eines Computers in der Weise, dass reale, physische Zustände oder Geschehnisse durch grafische Simulation, zumindest optisch, als realitätsnah dargestellt werden.¹⁷

Die meisten virtuellen Welten im Internet zeichnen sich zudem dadurch aus, dass nicht nur eine Person die vom Computer geschaffene Umgebung nutzt, sondern auch anderen Personen dieselbe Umgebung zugänglich ist. Sie können dort in dem von der Programmierung vorgegebenen Umfang selbstständig agieren. Die Nutzer bewegen sich mit Hilfe virtueller Repräsentanten durch die virtuelle Welt. Diese Repräsentanten werden Avatare¹⁸ bzw. – in Rollenspielen – Char¹⁹ genannt.

¹⁷Lober/Weber, CR 2006, 837ff. 837 definieren die virtuelle Welt so: “Es handelt sich dabei um Software, die eine Welt simuliert, in der Nutzer durch von ihnen gesteuerte Avatare online agieren können.”

¹⁸Ein Avatar ist eine künstliche Person oder ein grafischer Stellvertreter einer echten Person in der virtuellen Welt, beispielsweise in einem Computerspiel. Das Wort leitet sich aus dem Sanskrit ab. Dort bedeutet Avatra “Abstieg”, was sich auf das Herabsteigen einer Gottheit in irdische Sphären bezieht. Bei einem sog. “Gravatar” handelt es sich um einen global verfügbaren Avatar (Global Recognised Avatar), der mit der E-Mail-Adresse des Benutzers und deren MD5-Codierung verknüpft ist. Das Angebot gravatar.com bietet den Nutzern an, Avatare auf ihre Server zu laden und mit ihren E-Mail-Adressen zu verknüpfen. So kann ein Benutzer des Internet in jedem Blog oder anderem System sein Globales Avatar hinterlassen, ohne sich extra bei jedem Blog zu registrieren und dann ein Bild hochzuladen.

¹⁹Der Spielercharakter (oft abgekürzt als SC, PC oder Char von englisch player character) ist eine fiktive Figur in Pen-&-Paper-Rollenspielen und bei den davon abgeleiteten Live-Action-Rollenspielen (LARP) und Computer-Rollenspielen, welche von einem Spieler gesteuert bzw. gespielt wird. “Charakter” ist in diesem Fall ein falscher Freund aus dem Englischen und somit ein Anglizismus. Die korrekte Übersetzung von englisch character wäre hier eigentlich Figur, diese ist im Zusammenhang mit Rollenspielen jedoch ungebräuchlich.

2. Persistente Spiele

Eine virtuelle Welt im Internet ist in der Regel auch persistent, sog. “Persistent World”. Das heißt, dass die Umgebung ständig erreichbar ist und sich weiterentwickelt, auch während der Nutzer nicht online ist.²⁰ Diese Persistenz erhöht den Reiz des Spiels derart, da auch bei Abwesenheit des Spielers die virtuelle Welt praktisch “weiter dreht” und das Risiko des einzelnen Spielers, etwas zu verpassen, wächst.²¹ Gerade Spiele, die sich durch Interaktion der Spieler untereinander auszeichnen, sind zunehmend persistent.

3. Multiplayer Games

Viele Browsergames zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie keine reinen Single Player Games sind. Typisch ist vielmehr das Spielen mit vielen anderen Spielern aus der ganzen Welt. Derartige Spiele werden Massive(ly) Multiplayer Online Game (MMOG) genannt.²² Diese Form der Nutzung findet man auch bei virtuellen Welten.²³ Dabei werden die Aktionen der Avatare wie bei typischen Computer- oder Konsolenspielen durch grafische Darstellungen untermalt und/oder aber, wie bei reinen Rollenspielen, texturell beschrieben. Handelt es sich um Rollenspiele, spricht man auch von einem Massive(ly) Multiplayer Online Role-Playing Game (MMORPG).

4. Life Sims

Eine weitere typische inhaltliche Ausgestaltung von virtuellen Welten sind sog. “Life Sims” (Lebenssimulationen).²⁴ Hierunter fallen solche “Spiele”, die den “sozialen Aspekt des Spielens” in den Vordergrund stellen.²⁵ Life Sims sind auf einzelne Per-

²⁰Lober S. 164, Schmidt/Dreyer/Lampert S. 15.

²¹So wird verständlicherweise die Bindung an das Spiel ebenso erhöht wie ein mögliches Suchtrisiko.

²²Zu den Ursprüngen der Multi User Dungeons siehe Hübner S. 8ff. Diese waren rein textbasiert und vor allem in den 1980er und 1990er weit verbreitet, vgl. Schmidt/Dreyer/Lampert S. 15.

²³Schmidt/Dreyer/Lampert S. 20 sehen dies enger und meinen, virtuellen Welten fehlten im Gegensatz zu Onlinespielen die regelhaften Vorgaben, Aufgaben und Spielmechanismen. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass virtuelle Welten zugleich Onlinespiele sein können.

²⁴Schmitz in Lober “Soziale” Welten, S. 51. Psczolla S. 10 unterscheidet zwischen Virtuellen Parallelwelten und Entwicklungsplattformen.

²⁵Vorreiter: SimCity, <http://simcitysocieties.ea.com/>; zudem: <http://www.habbo.de/>.

sonen oder gar auf einen einzigen virtuellen Charakter zugeschnitten. In Parallele zu dem Spielbegriff wird immer das Leben einer Figur simuliert. Im Zentrum, und damit zugleich im Gegensatz zu typischen Onlinespielen, steht bei entsprechenden Life Sims nicht das Erlangen einer Höchstpunktzahl. Vielmehr ist Zweck sozialer Spiele, die Spielfigur zu pflegen und mit anderen zu interagieren. Handlungsziel ist nicht mehr das Gewinnen oder Siegen gegenüber anderen Menschen oder dem Computer, sondern die Unterhaltung und die zwischenmenschliche Interaktion.²⁶ Es geht dem Spieler allein um die dabei gesammelten Erlebnisse.²⁷

Life Sims sind also eine das Leben nachahmende Fiktion. Deshalb sind sie mehr als bloße Kommunikationsplattformen. Die Nutzer widmen sich Life Sims aus der Freude an der Tätigkeit selber, ohne einen tieferen, insbesondere einen wirtschaftlichen Zweck zu verfolgen. Daher sind Life Sims in der Regel auch Spiele.

5. Economy Sims

Die Abgrenzung zwischen Spiel und Realität wird bei Life Sims diffizil, wenn nicht mehr nur eine Simulation des Lebens Gegenstand der Tätigkeit ist, sondern das Leben virtuell wiedergegeben wird und Zwecke verfolgt werden, die Auswirkungen auf die Realität haben. Das gilt insbesondere für solche Personen, die sich virtueller Welten bedienen, um ihr eigenes, real existierendes Gewerbe o.ä. im Internet auszuüben und damit eindeutig wirtschaftliche Zwecke²⁸ verfolgen. Man könnte in diesen Fällen von “Economy Simulations” sprechen, obwohl es sich im Einzelfall gerade nicht mehr um eine Simulation handelt.

Juristisch gesehen zeichnet ein Spiel²⁹ – ebenso wie eine Wette – aus, dass der Geschäftserfolg nach der einen oder nach der anderen Seite von einer Ungewissheit, meist sogar ganz oder teilweise vom Zufall abhängt.³⁰ Es geht es um ein Wagnis, wobei der Zweck eine Unterhaltung und/oder Gewinn ist und ein ernster sittlicher oder wirtschaftlicher Geschäftszweck fehlt.³¹ Was im Spiel geschieht, ist aber immer ein “als ob” und darf mit dem wirklichen Leben nicht verwechselt werden.³²

²⁶Weitere Beispiele für soziale Spiele: <https://www.moove.de>, <http://www.twinity.com>.

²⁷Schmitz in *Lober* “Soziale” Welten, S. 51.

²⁸*Psczolla* S. 10 sieht in virtuellen Parallelwelten sowohl soziale als auch wirtschaftliche Interaktionen der Teilnehmer erfasst, ohne hier weiter zu differenzieren.

²⁹Zu der Frage, was ein Spiel ist: *Habel*, MMR 2008, 71ff. 73.

³⁰*Palandt* /Sprau, § 762 BGB Rn. 1.

³¹*Palandt* /Sprau, § 762 BGB Rdn. 2.

³²*Krotz* in *Quandt* Computerspiele als neuer Kommunikationstypus, S. 27.

Dieses “als ob” liegt bei dem vergleichbaren Brettspiel Monopoly noch recht eindeutig auf der Hand, wenn Bewohner einer virtuellen Welt virtuelle Mobilien oder Immobilien gegen virtuelle Zahlungsmittel kaufen oder verkaufen. Erfolgt die Bezahlung jedoch gegen “reales” Geld, ist es, jedenfalls bzgl. des Geldes, nicht mehr nur eine nicht ernst gemeinte Abbildung der Realität. Die Beteiligten handeln nämlich mit Rechtsbindungswillen und damit mit eindeutigem Realitätsbezug. Wenn dann in einer virtuellen Welt ein Bewohner auch noch ein Geschäft besitzt, dort Gegenstände gegen “echtes” Geld verkauft und dem Erwerber einen echten Gegenstand übereignet, ist kein Unterschied mehr zu Onlineauktionsplattformen zu sehen. Die virtuelle Welt wird dann zur Realität.

Hinzu kommt, dass mittlerweile einige Unternehmen den Handel mit virtuellen Spielgegenständen (sog. Items) oder eine über eine Benutzername-Passwort-Kombination personalisierte Zugangsberechtigung zu einer Plattform (sog. Accounts) als neue Einnahmemöglichkeit für sich entdeckt haben. Im Internet existieren bereits diverse Handelsplattformen für Items und virtuelle Zahlungsmittel, um dem Bedürfnis vieler Spieler nach mehr Erfolg, schnellerer und größerer Freude am “Spiel” nachzukommen.³³ So können 50 Mio. ISK (Währung des MMORPG EVE Online) bereits für 3,35 EUR, 5 Mio. Platinum Dungeons & Dragons (Währung des MMORPG Dungeons & Dragons) für 1.487,50 EUR erstanden werden.³⁴ Sogar komplette Spieleraccounts können gekauft werden, bei denen der Spieler nicht bei “Null” beginnt und sich in den Spiellevels nicht hocharbeiten muss. Der Käufer bekommt eine bereits trainierte Figur in einem bestimmten Level. So wird zum Beispiel für das MMORPG Lineage II ein Account im Level 79 zum Preis von 2.100 EUR angeboten.³⁵ Das sog. “Gold-Farming”, also das Erspielen virtueller Wertgegenstände in Onlinespielen und anschließende Verkaufen in der echten Welt, mausert sich zusehends zu einem ernsthaften Wirtschaftszweig.³⁶

³³Entgeltlichen Handel ermöglichen z.B. <http://www.gameeconomy.de>, <http://www.gamegoods.de>, <http://www.virtualgameworlds.com>, <http://www.mmobay.net>; unentgeltlicher Tausch von Items ermöglicht <http://www.trade-an-item.de>.

³⁴Zahlen von <http://www.gameeconomy.de/>, abgerufen am 11. Mai 2008

³⁵<http://www.gogoer.de/>, Preis für den Artikel “Lineage 2 Account - Human Lv 79 - Gustin Server”.

³⁶“Research by Manchester University shows that the practice, known as gold-farming, is growing rapidly. The industry, about 80% based in China, employs about 400,000 people who earn £77 per month on average.” <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/7575902.stm>, zuletzt abgerufen am 5.9.2008.

den Handel mit den im Spiel verwendeten Gegenständen³⁷ gegen “echtes Geld”.³⁸ Andere versuchen dagegen, den Handel mit den Items aus ihrem Spiel zu unterbinden.³⁹ In tatsächlicher Hinsicht sind solche Bemühungen angesichts des florierenden Handels von Items und Accounts jedenfalls nicht erfolgreich.

Einige Provider gehen einen Schritt weiter aus dem Bereich des Spielens heraus, wenn weder Identität, noch Erfolg und Ziel der Handlung fiktiv sein sollen. So haben Musiker bereits Konzerte in virtuellen Welten gegeben, große Konzerne verkaufen ihre Artikel und Hochschulprofessoren halten Vorlesungen⁴⁰. Um diesen Realitätsbezug und die Abgrenzung vom Spiel hervorzuheben, haben die Erfinder der wohl bekanntesten clientbasierten virtuellen Welt “Second Life” (Linden Lab) ihren Bewohnern sogar die Bezeichnung “Resident” gegeben.⁴¹

Im Ergebnis können “Economy Sims” trotz der vermeintlichen Einordnung oder Bezeichnung als Spiel nicht immer als solches behandelt werden. Entscheidend ist vielmehr der tatsächlich verfolgte Zweck. Daher kann der rechtliche Grundsatz “Falschbezeichnung schadet nicht”⁴² sinngemäß herangezogen werden. Zwingend erforder-

³⁷Ausführlich zu den Rechtsbeziehung um Virtuelle Gegenstände *Psczolla*.

³⁸Unter <http://www.livegamer.com/> können Spieler von Ever Quest 2 offiziell mit virtuelle Waren untereinander handeln, sog. “Player-to-Player Trading”.

³⁹So insbesondere die Firma Blizzard in ihren Terms of Use zum Onlinespiel World of Warcraft (WoW): „Ownership/Selling of the Account or Virtual Items. Blizzard does not recognize the transfer of Accounts. You may not purchase, sell, gift or trade any Account, or offer to purchase, sell, gift or trade any Account, and any such attempt shall be null and void. Blizzard owns, has licensed, or otherwise has rights to all of the content that appears in the Program. You agree that you have no right or title in or to any such content, including the virtual goods or currency appearing or originating in the Game, or any other attributes associated with the Account or stored on the Service. Blizzard does not recognize any virtual property transfers executed outside of the Game or the purported sale, gift or trade in the ‘real world’ of anything related to the Game. Accordingly, you may not sell items for ‘real’ money or otherwise exchange items for value outside of the Game.“

⁴⁰Eine Repräsentanz bei Second Life haben z.B. die Rheinische Fachhochschule Köln seit dem Wintersemester 2006/2007, <http://www.rfh-koeln.de/de/aktuelles/meldungen/20070107.php> und die Universität Hamburg seit dem 29. April 2008, <http://www.verwaltung.uni-hamburg.de/pr/2/21/pm/2008/pm42.HTML>.

⁴¹Die Firma Linden Lab verwendet die Bezeichnung Resident: „When it came to what to call the people in the world, we knew we didn’t want to call them ‘users’, although that would be the most typical Thing for software. However, the word ‘users’ doesn’t do a very good job of describing the two-way nature of Second Life, where the people involved are providing content and contributing to the experience. We also thought about ‘members’ (boring!), ‘citizens’ (too political!), and ‘players’ (too game-y). ‘Residents’, however, seems most descriptive of people who have a stake in the world and how it grows. Because it’s a title, we’ve chosen to capitalize Resident, when referring to the inhabitants of Second Life. Sometimes this term has been abbreviated to ‘Resi’s’.“ unter http://wiki.secondlife.com/wiki/Origin_of_the_term_%27Resident%27

⁴²“falsa demonstratio non nocet”, *Palandt* /Ellenberger, § 133 BGB, Rn. 8.

lich ist eine genaue Beurteilung des Einzelfalls, wobei es darauf ankommt, was die einzelnen Bewohner in der entsprechenden virtuellen Welt tatsächlich tun.

§ 3 Die rechtliche Beziehung

I. Das Vertragsverhältnis

Ob und welcher Vertragstyp zwischen einem Nutzer und einem Betreiber vorliegt, kann nicht generell beantwortet werden. Vor allem sagt die häufige benutzte Wendung ‐Lizenz‐ nichts über die Art des Schuldverhältnisses aus.¹ Es wird vielmehr durch die jeweilige Nutzungsart und den -umfang determinieren, sodass eine einzelfallbezogene Untersuchung notwendig ist.² Dabei ist zwischen zwei Ebenen zu unterscheiden: einer schuldrechtlichen und einer immaterialgüterrechtlichen.³

1. Die Vertragstypen

Die vertraglichen Beziehungen sind vor allem danach zu differenzieren, ob es sich um ein kostenloses oder -pflichtiges Angebot und ob es sich um ein Browsergame oder ein clientbasiertes Spiel handelt. Bei allen Spielvariante kommt allerdings kein Spielvertrag im Sinne der §§ 762ff. BGB in Betracht. Auch wenn dieser Normen auch im Internet unverändert Anwendung finden,⁴ lassen sich typische Browsergames und Onlinespiele nicht unter diese Art ‐Spiele‐ subsumieren.

Bei Spielen i.S.d. § 762 BGB geht es zwar um ein Wagnis, wobei der Zweck eine Unterhaltung und/oder Gewinn ist und ein ernster sittlicher oder wirtschaftlicher Geschäftszweck fehlt.⁵ Inhalt eines solchen Vertrages ist aber das Versprechen entgegengesetzter Leistungen, wobei eine dieser Hauptleistungspflichten vom Zufall abhängig ist.⁶ Der Spieler erhält nach den Regeln im Falle des Gewinnens eine seinem Einsatz gleiche oder höhere Leistung.⁷ Dabei ist immer eine Risikovertei-

¹ *Siepmann*, JurPC Web-Dok. 47.

² *Waldner* S. 231.

³ *Lehmann* in *FA IT-Recht* Teil 2, Kapitel 3, Rn. 68. *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 3 hebt richtigerweise zusätzlich die dingliche Ebene hervor. Sie ist bei den hier betrachteten Verpflichtungsgeschäften aufgrund des Abstraktionsprinzips allerdings nicht zu beachten.

⁴ *Stögmüller*, KuR 2002, 27ff. S. 31.

⁵ *Palandt /Sprau*, § 762 BGB Rdn. 2.

⁶ *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 398.

⁷ *Palandt /Sprau*, § 762 BGB, Rn. 2.

lung in Bezug auf Gewinn und Verlust erforderlich.⁸ Bei kostenlosen Browsergames und Onlinespielen macht der Spieler gar keinen Einsatz und geht damit kein wirtschaftliches Risiko ein. Auch bei kostenpflichtigen Angeboten zahlt der Nutzer grundsätzlich keinen Spieleinsatz. Vielmehr zahlt er für die temporäre Nutzung des Spiels, unabhängig vom Erfolg im Spiel.⁹ Die monatlichen Beiträge des Spielers unterliegen daher auch dann keinem Risiko, da dieses Geld in jedem Fall an den Anbieter "verloren" ist.¹⁰

a) **Kostenlose Browsergames**

Bei kostenlosen Browsergames stellt sich vordringlich die Frage, ob überhaupt ein Vertragsverhältnis zwischen Spieler und Betreiber vorliegt oder es sich bloß um eine Gefälligkeit handelt.¹¹ Anders als bei einer Schenkung fällt gerade bei unentgeltlich erbrachten Leistungen die Abgrenzung zwischen unverbindlicher Gefälligkeit und schuldrechtlicher Verpflichtung schwer.¹²

aa) **Rechtsbindungswille**

Um die Frage nach dem Vorliegen eines Rechtsbindungswillens¹³ zu beantworten, ist die Erklärung der Parteien entsprechend gem. §§ 133, 157 BGB auszulegen.¹⁴ Die Beurteilung hat sich danach zu richten, ob der Leistungsempfänger unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste, wobei vor allem die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Angelegenheit und die Interessenlage der Parteien

⁸ *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 398.

⁹ Das kann in seltenen Konstellationen anders sein. Siehe dazu unten, S. ??ff. Dann sind die §§ 762ff. BGB in Bezug auf dieses Vertragselement heranzuziehen.

¹⁰ *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 398.

¹¹ Dies ist, soweit ersichtlich, in der aktuellen Diskussion um Onlinespiele noch gar nicht diskutiert worden. *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839 stellen nur fest, dass für einige Spiele noch nicht einmal ein Entgelt geschuldet ist. Auch *Psczolla* S. 88 führt aus, dass vom Nutzer "meist" ein monatliches Entgelt zu zahlen sei, geht auf kostenlose Angebote aber nicht sei. *Habel*, MMR 2008, 71ff. 74 ordnet den unentgeltlichen Zugang zu einer virtuellen Welt als Vertrag über eine unentgeltliche Nutzungsgestattung ein, ohne aber überhaupt die Frage des Rechtsbindungswillens aufzuwerfen.

¹² *Schlechtriem* Rn. 4.

¹³ Zum Erfordernis eines Rechtsbindungswillens: BGH NJW 1968, 1874-1875, 1971, 1404-1405. Zu der Kritik, die Suche nach einem Rechtsbindungswillens sei illusorisch: *Bork* § 17, Rn. 676; *MüKo Bd. 2* /Kramer, Einl. Rn. 30f. m.w.N..

¹⁴ Reichhold in *Herberger*, PraKo AT Bd. 1 § 133 BGB, Rn. 2 m.w.N.; *Bork* § 17, Rn. 677, 502ff..

maßgeblich sind.¹⁵ Zu beachten sind dabei vor allem der Wert der anvertrauten Sache, die wirtschaftliche Bedeutung einer Angelegenheit, das erkennbare Interesse des Begünstigten und die nicht ihm, wohl aber dem Leistenden obliegende Gefahr, in die er durch eine fehlerhafte Leistung geraten kann.¹⁶

aaa) Entgeltlosigkeit

Gegen einen Rechtsbindungswillen und damit für eine bloße Gefälligkeit¹⁷ könnte vor allem die Entgeltlosigkeit eines Browsergames sprechen. Dieser Rückschluss von der fehlenden Entgeltlichkeit zum fehlenden Rechtsbindungswillen ist allerdings nicht zwingend.¹⁸ Dies zeigen die gesetzlich geregelten Typenverträge¹⁹ wie die Schenkung gem. § 516 BGB oder etwa die Verwahrung gem. § 598 BGB. Ein hinreichendes Indiz für das Fehlen eines Rechtsbindungswillen ist darin also nicht zu erblicken.²⁰

bbb) Registrierung

Für einen Rechtsbindungswillen der Beteiligten könnte der Umstand sprechen, dass sich die Spieler zu Beginn anmelden müssen.

Nahezu alle Onlinespiele – und damit auch kostenlose Browsergames – zeichnen sich dadurch aus, dass sich jeder Nutzer zuvor auf der entsprechenden Internetseite des Spiels registriert haben muss.²¹ Dabei sollen die Spieler einen Nutzernamen, ein Passwort und in einigen Fällen sogar ihre persönlichen Daten wie die E-Mail-Adresse

¹⁵Ganz h.M.: BGHZ 21, 102-11 [107], 88, 373-386 [382], BGH NJW 1992, 498-499, *Bamberger /Grünberg/Sutschet*, § 241 BGB, Rn. 18.

¹⁶Statt vieler: BGHZ 21, 102-11 [107].

¹⁷Eine bloße Gefälligkeit wurde in der Rechtsprechung u.a. in folgenden Situationen angenommen: Übernahme der Beaufsichtigung von Nachbarskindern, BGH NJW 1968, 1874-1875; Unterstellen eines Kfz auf einem Grundstück, OLG Köln OLGZ 1972, 213- 214; Übernahme einer politischen Widerstandstätigkeit, BGHZ 56, 204-210 [209]; Ausfüllen und Einreichen von Lottoscheinen bei einer Lottogemeinschaft, BGH NJW 1974, 1705-1707 [1706].

¹⁸*Brox Allg. SchR* Kapitel 2, Rn. 29.

¹⁹*Medicus*, SchR II BT § 16 Rn. 366.

²⁰BGHZ 21, 102-11 [107], OLG Karlsruhe NJW 1961, 1866-1868 [1867], *Bamberger Grüneberg/Sutschet*, § 241 BGB, Rn. 18.

²¹Beispiel für eine entsprechende Regelung in den Nutzungsbedingungen: § 2 Abs. 2 der Nutzungsbedingungen des Browsergames Travian der Travian Games GmbH : „Die Nutzung der Spieleplattform steht nur solchen Nutzern offen, die zuvor über den Weg der Registrierung ein Kundenkonto (nachstehend „Spiel-Account“ oder „Account“) erstellt haben. Die Nutzung der Spieleplattform wird ab dem Zeitpunkt, ab dem TRAVIAN für den Nutzer für die jeweilige Spielwelt einen Account angelegt hat, ermöglicht.“

angeben.²² Aus der Sicht eines objektiven Spielers lässt sich diese Registrierung jedoch nicht zugleich dahin auslegen, dass sich der Betreiber zu einer Leistungserbringung verpflichten will. Vielmehr dient diese dazu, einzelnen Spielern eine über einen bestimmten Zeitraum feste “Identität” und zugleich Abgrenzbarkeit zu anderen Spielern technisch zu realisieren. Nur mit Hilfe einer darauf basierenden Nutzerdatenbank, kann es den Spielern ermöglicht werden, sich “aus-” und zu beliebiger Zeit wieder “einzuloggen” und dauerhaft mit ein und demselben Avatar weiter zu spielen.

ccc) Wirtschaftliche Interessen der Beteiligten

Sind wirtschaftliche Werte betroffen, können diese zur Annahme eines Rechtsbindungswillens der Beteiligten führen.

(1) Wirtschaftliche Interessen des Spielers

Ist erkennbar, dass wesentliche wirtschaftliche Interessen für den Leistungsempfänger auf dem Spiel stehen und dieser sich auf die Zusage verlässt, so liegt eine vertragliche Bindung nahe.²³ Entscheidend ist dabei, wie sich einem objektiven Betrachter das Verhalten der Parteien darstellt.²⁴

(a) Account

Das dem Spieler eingeräumte Recht zur Nutzung des Browsergames könnte von zu berücksichtigendem wirtschaftlichen Wert sein.

Grundsätzlich können auch Nutzungsrechte einen Vermögenswert darstellen.²⁵ Aus der Sicht des Spielers gewährt ein Spielbetreiber in erster Linie den Zugang zum Spiel und ermöglicht das Spielen für eine bestimmte Dauer. Dabei geht ein objektiver Spieler davon aus, dass die Internetseite bzw. der Server, auf dem das Spiel installiert ist, grundsätzlich jederzeit erreichbar und durch den Spieler nutzbar ist. Vergleicht man die bei einem Browsergame dem Spieler eingeräumten Nutzungsrechte mit be-

²²Zu den datenschutzrechtlichen Aspekten siehe unten, Seite 129ff..

²³OLG München MDR 1999, 744.

²⁴OLG Hamm MDR 1997, 1007-1008 [1007].

²⁵Jäger/Metzger Rn. 204.

reits von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen²⁶ zum Erklärungswillen, so wird deutlich, dass das ausschließliche Recht zur Nutzung keinen zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Wert hat. Selbst wenn der Account kostenpflichtig wäre, würde er im Monat maximal ca. 20 EUR kosten. Von “wesentlichen Interessen wirtschaftlicher Art”²⁷ kann insoweit also nicht ausgegangen werden. Auch die Gefahren, in die der Leistenden, hier vor allem der Betreiber, bei fehlerhafter Leistung²⁸ geraten kann, sind bei Browsergames vernachlässigbar.

(b) *Spielzeit*

Auch die vom Spieler *investierte Zeit* in den Aufbau seines Avatars bzw. Chars²⁹ könnte einen für den Rechtsbindungswillen zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Wert haben.

Diejenigen Spieler, die als sog. “Intensivspieler”³⁰ einzustufen sind, verbringen zum Teil über 100 Stunden³¹ in der Woche mit dem Spielen. Immerhin 5% der Spieler sind in diese Kategorie einzuordnen.³² Gerade ihnen wird eine wirtschaftliche Betrachtung ihrer Online-Tätigkeit nahe liegen. Eine Parallele könnte sich insoweit zu der verloren gegangenen Freizeit bzw. dem Urlaub im Rahmen von Reiseverträgen ziehen lassen. Dieser Verlust kann gem. § 651f Abs. 2 BGB in Form des Schadensersatzes kompensiert werden.³³

²⁶Ein Rechtsbindungswille wurde in der Rechtsprechung u.a. in folgenden Fällen bejaht: Überlassung eines Fernfahrers (BGHZ 21, 102-11 [107]), Kostenlose Fahrt eines Fahrzeugs in eine Werkstatt und zurück (OLG Frankfurt a.M. NJW 1998, 1232-1233); Behandlung eines Arztes durch einen anderen (BGH NJW 1977, 2120), Zurverfügungstellung einer Gaststube in erkennbar schlechtem Zustand für geschlossene Gesellschaft (OLG Karlsruhe NJW 1961, 1866-1968 [1867]).

²⁷OLG München MDR 1999, 744, dem ein Sachverhalt zugrunde lag, bei dem 150.000 DM zur Erzielung von Zinserträgen weitergeleitet wurden. Das OLG Hamm bejahte bei 65.000 DM einen Rechtsbindungswillen, OLG Hamm MDR 1997, 1007-1008 [1008].

²⁸Als Indiz für einen Rechtsbindungswillen u.a. genannt von BGHZ 21, 102-112 [107].

²⁹Zum Char siehe unten, Seite 41.

³⁰„Der Intensivspieler: im Volksmund auch „Zocker“ genannt. Er stellt die jüngste Gruppe unter den Gamern – 80% sind unter 30 – und verbringt die meiste Zeit vor dem Bildschirm. Schule, Studium, Ausbildung und noch nicht vorhandene familiäre Verpflichtungen lassen viel Zeit zum Spielen. Beliebte Genres: alle.“ *Electronic Arts GmbH, Jung von Matt AG, GEE Magazin (Redaktionswerft GmbH)*, Spielplatz Deutschland, Oktober 2008. (URL: <http://www.spielplatzdeutschland.de>) S. 6, zuletzt abgerufen am 25.5.2009.

³¹Quandt/Wimmer in *Quandt Online-Spieler in Deutschland 2007*, S. 180. In diese Gruppe fallen vor allem die Onlinerollenspieler.

³²*Electronic Arts GmbH, Jung von Matt AG, GEE Magazin (Redaktionswerft GmbH)*, Spielplatz Deutschland, Oktober 2008. (URL: <http://www.spielplatzdeutschland.de>) S. 6, zuletzt abgerufen am 25.5.2009.

³³Zur “Nutzungsmöglichkeit des Spielangebots als Schaden” siehe *Psczolla* S. 103.

Unabhängig davon, dass der Gesetzgeber mit § 651f Abs. 2 BGB festgelegt hat, dass über § 651f Abs. 2 BGB hinaus verloren gegangener Urlaub bzw. Verlust von Freizeit nicht zu ersetzen ist,³⁴ ergibt sich ein wesentlicher Unterschied für einen Spieler: Der Spieler erlangt etwas, nämlich eine Unterhaltung. Diese geht ihm auch nicht nach einer Verweigerung eines Zugangs verloren, sondern endet nur mit Sperrung des Zugangs zum Spiel. Zurückliegende Unterhaltung entfällt demzufolge nicht und zukünftige Unterhaltung kann ohne weiteres anderweitig erlangt werden. Der Freizeitverlust durch das Spielen eines bestimmten Browsergames ist damit nicht mit einem Urlaubsverlust vergleichbar. Spielzeit bleibt daher selbstbestimmt aufgewandte Freizeit mit immateriellem, nicht wirtschaftlichem Wert.

(c) Avatar und Char

Es könnte vielmehr auf den Account bzw. den Avatar selber abgestellt werden. Der Account ist dem Grunde nach nichts anderes als ein Nutzungsrecht. In dem aufgrund des Nutzungsrechts aufgebauten Avatar/Char könnte sich jedoch die bereits aufgewandte Spielzeit als ökonomisch wertvolle eigene Tätigkeit des Spielers manifestieren haben und so zu einem Wirtschaftswert erwachsen.

(aa) Kommerzialisierungsgedanke

In Parallele zum Schadensrecht, in dem ein Vermögensschaden aufgrund der Differenzhypothese unter Berücksichtigung des Kommerzialisierungsgedankens³⁵ ermittelt wird, könnte auch die von einem Spieler aufgewandte Zeit in seine Spielfigur und damit in seinen Account als Vermögenswert einzustufen sein. Insoweit ordnet zum Beispiel Psczolla³⁶ virtuelle Gegenstände als in Geld messbare Vermögensgüter ein, wenn ein Teilnehmer viel Zeit, Geld und spielerisches Geschick in diese investiert hat. Dem stehen jedoch gewichtige Gründe entgegen.

Ein Spieler wendet bei kostenlosen Browsergames gerade kein Geld auf, welches sich mittelbar in einem virtuellen Gegenstand oder dem Avatar bzw. Char widerspiegeln könnte. Selbst wenn das Spielen kostenpflichtig wäre, kann eine Kommerzialisierung vieler Bereiche nicht bedeuten, dass nun jeder Anbieter von Spielen

³⁴H.M. statt vieler *MüKo Bd. 2* /Oetcker, § 249 BGB Rn. 90, a.A. BGH NJW 1980, 1947-1950 mit Anm. von Uwe Blaurock, OLG Frankfurt NJW 1976, 1320.

³⁵BGHZ 63, 98-107 [102], 92, 85-93 [90f.]; *Bamberger* /Roth/Schubert, § 249 BGB Rn. 21.

³⁶*Psczolla* S. 105f..

den Spielern die Möglichkeit einräumen muss,³⁷ sich kommerziell zu betätigen, aus dem Spiel tatsächlich wirtschaftlichen Nutzen zu ziehen.³⁸ Schließlich würde die Annahme eines Rechtsbindungswillens mit Verweis auf einen möglichen wirtschaftlichen Wert von “hochgespielten” Avataren ein kostenloses Spiel im Ergebnis zu einem rechtlichen Risiko des Betreibers werden lassen. Ein kostenloses Spiel würde so entgegen der Grundintention des Angebotes zu einem Wirtschaftsgut stilisiert und Rechtspflichten an einer Stelle schaffen, die einzig dem freiwilligen, unverbindlichen Freizeitvergnügen dienen sollte. Dies gilt vor allem in Bezug auf den Provider, der sich unvorhersehbarer Ansprüche ausgesetzt sehen müsste. Auch ein möglicher Vermögenswert von Avataren kann daher im Ergebnis nicht zu einem Rechtsbindungswillen der Parteien führen.

(bb) Anknüpfende Premiumaccounts

Anders könnte dies bei Browsergames sein, die an den unentgeltlichen Teil ihres Spiels die kostenpflichtigen Spielteile anknüpfen.³⁹ Diese Anknüpfung lässt auch das kostenlose Spiel und damit dessen Avatar auf den ersten Blick zu einem Wirtschaftswert wachsen. So kann ein Browsergame so gestaltet sein, dass die im Spiel erworbenen Vorteile erst mit dem Erwerb eines sog. Premiumaccounts gesichert und dann länger als mit einem “Normalaccount” genutzt werden können.⁴⁰ Eine andere Variante bietet das Gros der Spielbetreiber an, die sowohl kostenlose als auch kostenpflichtige Accounts zur Verfügung stellen: Durch Premiumaccounts können Spieler ihre Chancen auf einen Erfolg im Spiel entscheidend erhöhen.⁴¹ Als Beispiel lässt sich anführen, dass erst durch den Premiumaccount effektivere Waffen verwendet werden können. Der Account hat in dieser Konstellation, anders als in der zuerst beschriebenen Variante, also direkten Einfluss auf den Spielerfolg.

³⁷Viele Provider untersagen Spielern von Onlienspielen gerade die Übertragung von Accounts, um das Gleichgewicht unter den Spielern in Bezug auf die Gewinnchancen im Gleichgewicht zu halten. *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 433.

³⁸LG Regensburg, Urteil vom 26.9.2006, Az. 2 S 153/06 (3), nur unter http://www.box.net/index.php?rm=box_download_shared_file&file_id=f_176347107-amp;shared_name=ohsrmylgkg, zuletzt abgerufen am 21.5.2009.

³⁹In diesen Varianten beginnt ein Spieler ein Browsergame unentgeltlich. Die längere oder intensivere Nutzung ist dann jedoch nur noch gegen Entgelt möglich. Es gibt auch Browsergames, bei denen direkt mit einem kostenpflichtigen Account das Spiel begonnen wird. Dazu ausführlich unten, Seite 56.

⁴⁰So zum Beispiel beim Spiel Ritterheere der Moser und Wetter GbR. Zuletzt abgerufen am 20.5.2009 unter <http://www.ritterheere.de>.

⁴¹So zum Beispiel im Spiel Civil Attack des Betreibers Tank IT Schultz, <http://www.civil-attack.de/> Dort “erkauft” sich der Spieler mit einem Premiumaccount Werbefreiheit für 30 Tage, Spielvorteile sowie sog. Komfortvorteile.

Bei beiden Varianten von Premiumaccounts ist aber erst dann ein tatsächlicher wirtschaftlicher Wert Gegenstand der Rechtsbeziehung, wenn der Premiumaccount bezahlt wurde – nicht schon bei dem kostenlosen Teil des Spiels. Das gilt auch für die Art von Spielen, bei denen der Normalaccount mit Hilfe eines Premiumaccounts “verlängert” werden kann. Denn tatsächlich bezahlt der Spieler dann dafür, dass er entgegen der kostenlosen Spielvariante gewonnene Spielwerte (Erfahrungspunkte u.ä.) weiter nutzen kann. Für den kostenlosen Aufbau des zu dem Account gehörenden Avatars hat der Spieler dagegen ausschließlich Freizeit und Mühe investiert. Darin ist – wie bereits dargestellt⁴² – aber gerade kein wirtschaftlicher Wert zu sehen.

Dabei ist es auch nicht relevant, ob die Freizeitaktivität im Ergebnis den Zweck des Unterhaltserwerbs dient, da schon die eigene Arbeitskraft von der h.M. nicht als Vermögen gewertet wird.⁴³ Zudem ist auch einem objektiven Spieler, der das Angebot des Providers mit der Absicht der Einnahmengewinnung z.B. durch Powerleveling⁴⁴ nutzt, deutlich, dass der Betreiber sich keineswegs rechtlich binden will. Browsergames sind ausdrücklich “Spiele” und bereits deshalb aus der Sicht eines objektiven Betrachters von reinem Unterhaltungswert und keine Erwerbsmöglichkeiten.⁴⁵ Dass ein “Berufsspieler” womöglich eine Vergütung hierfür von seinem Kunden bekommt, spielt für das Rechtsverhältnis zwischen Spieler und Betreiber keine Rolle.⁴⁶ Auch hier gilt der Grundsatz, dass Rechte aus Schuldverhältnissen relativ⁴⁷ sind und damit nur inter partes⁴⁸ wirken.

⁴²Siehe oben, Seite 17.

⁴³Statt vieler: BGH NJW 2002, 292-295; a.A. mit Verweis auf das Gleichbehandlungsargument *Staudinger* /Schiemann, § 251 BGB, Rn. 106.

⁴⁴Bereits im November 2003 berichtete BBC von einem Fall, in dem ein Mann das Spielen des Onlinespiels Ultima Online zum Beruf gemacht hat: „To see if the idea of making a living by selling artefacts would work at all, Mr Dibbell set himself the task of making \$1,000 of Ultima Online trades in three weeks - while his wife and daughter were away. He made it with only minutes to spare. And now it has become his job.“ Ausführlich hierzu: <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/technology/3135247.stm>

⁴⁵So auch zum Spiel “Tibia”: AG Regensburg Urteil vom 27.4.2006, Az. 9 C 3693/05, abgerufen am 5.4.2009 unter <http://www.online-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Regensburg-20060427.HTML>, bestätigt durch das LG Regensburg, Urteil vom 26.9.2006, Az. 2 S 153/06 (3), nur unter http://www.box.net/index.php?rm=box_download_shared_file&file_id=f_176347107&-shared_name=ohsrmylgkg, zuletzt abgerufen am 21.5.2009.

⁴⁶AG Regensburg Urteil vom 27.4.2006, Az. 9 C 3693/05 in Bezug auf Gegenstände im Spiel “Tibia”, abgerufen am 5.4.2009 unter <http://www.online-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Regensburg-20060427.HTML>.

⁴⁷*Schlechtriem* Rn. 18; *Brox Allg. SchR* Kapitel 1, Rn. 7 und Kapitel 2, Rn. 17. Für den relativen Charakter virtueller Gegenstände *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 38.

⁴⁸*MüKo Bd. 2* /Kramer, Einl. zu Band 2, Rn. 15.

Als Indiz kommt noch hinzu, dass der Spieler an den Betreiber für die Nutzung des Spiels kein Entgelt entrichtet. Browsergames sind nämlich keine Werbeplattform.⁴⁹ Dies wird von vielen Spielbetreiber in ihren Geschäftsbedingungen ausdrücklich betont.⁵⁰ Auch der in den kostenlosen Accounts verkörperte Aufwand des Spielers begründet daher keinen Rechtsbindungswillen des Spielers.

(d) Items

Items könnten ebenfalls einen wirtschaftlichen Wert haben, den es hinsichtlich des zu untersuchenden Rechtsbindungswillen zu berücksichtigen gilt.⁵¹

Wenn man Items als eine Form des geistiges Eigentum betrachten würde, hätten sie – jedenfalls wenn es sich um Werke i.S.d. UrhG handelt – neben der persönlichkeitsrechtlichen auch eine vermögensrechtliche Seite.⁵² Dies wird vor allem dadurch unterstrichen, dass Items im Onlinehandel zum Teil gegen fünfstellige Beträge erlangt und weitergegeben werden können.⁵³ Ein Spieler kann sich also Werte für das Spiel in Form von Items außerhalb dessen verschaffen, um damit eigene Spielzeit zu sparen und letztlich schneller Erfolg zu haben – zu gewinnen. Außerhalb des Spiels bedeutet dabei, dass ein Markt unabhängig von dem Spielgeschehen existiert, über den Items angeboten werden. Dies ist entweder auf Plattformen von Drittanbietern der Fall oder ab auf einer Internetseite, die der Betreiber des Spiels für den Itemhandel vorgesehen hat. Items haben also grundsätzlich einen Marktwert,⁵⁴ und damit

⁴⁹Siehe oben zu Internetplattformen mit gewerblichen Zwecken, Economy Sims, Seite 9ff..

⁵⁰So zum Beispiel: § 1 Abs. 5 der Nutzungsbedingungen des Browsergames Travian der Travian Games GmbH: „TRAVIAN bietet das Online-Spiel Travian ausschließlich Verbrauchern im Sinne von § 13 BGB an. Die Nutzung des Spiels zu Erwerbszwecken oder sonstigen gewerblichen Zwecken ist ausgeschlossen.“ zuletzt abgerufen am 20.5.2009 unter http://traviangames.com/agb/AGB.DE_Travian_Games_GmbH.pdf. Ähnlich wird auch in Ziff. 3.1 der Nutzungsbedingungen des Spiels “Pennergame” der Farblut Entertainment GmbH in der Fassung vom 18.4.2009 ausgeführt: „Die kostenpflichtigen Leistungen werden ausschließlich Verbrauchern im Sinne des § 13 BGB angeboten. (...) Die Nutzung von der durch FARBLUT im Rahmen dieser AGB erbrachten Leistungen zu Erwerbszwecken oder sonstigen gewerblichen Zwecken ist ausdrücklich nicht gestattet.“ Zuletzt abgerufen am 20.5.2009 unter <http://www.pennergame.de/other/agb/>.

⁵¹Allgemein virtuellen Gegenständen einen Vermögenswert zuschreibend: Koch, JurPC Web-Dok. 57/2006 37-40.

⁵²Schack § 1, Rn. 22.

⁵³Siehe oben, Seite 10. Zum Vermögenswert unter Berücksichtigung des Kommerzialisierungsgedankens auch Psczolla S. 103.

⁵⁴So auch Psczolla S. 105, Lober/Weber, CR 2006, 837ff. 838.

einen Vermögenswert⁵⁵ obwohl sie außerhalb ihres Kontextes, der Spielwelt, nicht existieren.⁵⁶

Im Verhältnis zum Betreiber des Spiels kann bezüglich des Handels mit Items jedoch nichts anderes gelten, als hinsichtlich der Accounts. Wie die Spieler die Items im Verhältnis zu Dritten auszunutzen, wirkt sich auf das Rechtsverhältnis zum Betreiber grundsätzlich nicht aus. Die Items werden kostenlos vom Spieler durch seine Freizeitaktivität erlangt. Dies und der regelmäßige ausdrückliche Hinweis der Betreiber, dass die Spiele keine Werbeplattformen sind,⁵⁷ sprechen dafür, dass wirtschaftliche Interessen des Spielers hinsichtlich kostenlos im Spiel erlangter Items keinen Rechtsbindungswillen begründen können.

(e) Spieldaten

In Bezug auf die individuellen Spielerdaten, die beim Browsergamespielen generiert werden, besteht zudem aus der Sicht eines Spielers die Erwartung, dass diese Daten gesichert und gespeichert werden.⁵⁸ Diesbezüglich liegen jedoch keine wirtschaftlichen Interessen vor, die es objektiv geboten erscheinen lassen, eine Rechtsbindung anzunehmen. Auch bei der unterlassenen Speicherung der Spieledaten entsteht dem Spieler eines kostenlosen Browsergames – bezugnehmend auf die oben gemachten Ausführungen zu den Avataren und Items – kein bedeutender wirtschaftlicher Schaden und damit für den Leistenden keine Gefahr durch Nicht- bzw. Schlechtleistung.⁵⁹

(f) Zwischenergebnis

Im Ergebnis stehen keine wesentlichen wirtschaftlichen Interessen für einen Spieler als Leistungsempfänger im Raum, die eine vertragliche Bindung bei kostenlosen Browsergames nahelegen.

⁵⁵ Krasemann, Gamestar 2006, Heft 3, S. 48ff. 50 betont den Vermögensschaden i.S.v. § 263 StGB mit Bezug auf die Täuschung von Mitspielern und so erlangten Items.

⁵⁶ Lober/Weber, CR 2006, 837ff. 838.

⁵⁷ Siehe oben, Seite 21.

⁵⁸ Psczolla S. 88.

⁵⁹ Zu Gewährleistung und Haftung bei kostenpflichtigen clientbasierten Onlinespielen siehe Psczolla S. 97ff..

(2) Wirtschaftliche Interessen des Providers

Möglicherweise hat ein Provider eines Browsergames wirtschaftliche Interessen, die für einen Rechtsbindungswillen der Parteien sprechen.

(a) Account

Wirtschaftliche Interessen bezüglich des Accounts könnten sich auch für den Betreiber des Spiels ergeben. Dies gilt vor allem mit Blick auf die Möglichkeit, dass ein Spieler seinen Account “verkauft”, was rechtlich als Vertragsübernahme i.S.v. §§ 415 Abs. 1 Satz 1 BGB⁶⁰ zu bewerten ist.⁶¹

Dagegen spricht, dass über einen Account immer nur eine Person zeitgleich angemeldet sein kann. Zudem ist für den Betreiber der Wert eines einzelnen kostenlosen Accounts eher eine Marginalie. Vor allem bei Browsergames, die keinen Premiumaccount haben – was nur noch sehr selten der Fall ist – versucht ein Betreiber die Ausgaben für ein kostenloses Spiel in der Regel über Werbeeinnahmen⁶² zu decken, die je nachdem, wie bekannt und gut besucht sein Spiel ist, beträchtlich sein können. Bei kostenlosen Browsergame kann es für den Betreiber gleichwohl relevant sein, ob der Account an einen anderen Spieler übergeben wird. Dies gilt vor allem für solche Spiele, deren Konzept darauf basiert, dass das sog. Hochspielen und damit Spielvorteile durch Premiumaccounts erlangt werden können. Das kostenlose Spiel dient in dieser Variante eher als “Probispiel”. Gewinnbringendes Kernstück des Spielsystems ist der Premiumaccount. Die “Premiumfeatures” tragen das Spielsystem sowohl inhaltlich als auch wirtschaftlich.

Eine mittelbare aber entscheidende Wirkung ergibt sich beim Verkauf von Accounts, wie *Wemmer und Bodensiek*⁶³ zutreffend beschreiben: Der Verkauf von Accounts führt zur “Unausgewogenheit” des spielinternen Wirtschaftssystems und zu Un-

⁶⁰ *Psczolla* S. 121; *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352 geht von einem Rechtskauf gem. § 453 BGB aus, wobei das dingliche Rechtsgeschäft über § 929 BGB analog zu behandeln ist. So auch *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 656 bzgl. des Handels mit Items.

⁶¹ *Psczolla* S. 121, der das Verbot einer Übertragung von Accounts gemäß §§ 309 Nr. 10 und 107 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB als wirksam ansieht. So auch das LG Regensburg, Urteil vom 26.9.2006, Az. 2 S 153/06 (3), nur unter http://www.box.net/index.php?rm=box_download_shared_file&file_id=f_176347107&shared_name=ohsrmylgkg, zuletzt abgerufen am 21.5.2009. A.A. *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 659f. in Bezug auf das Verbot ganze Accounts gegen Entgelt weiter zu geben.

⁶² Abgesehen von der typischen Bannerwerbung entwickelt sich zunehmend das sog. “In-Game-Advertising”, siehe dazu u.a. *Schaar*, CR 2006, 619ff.. Zur werberechtlichen Regulierung von Ingame-Advertising *Göttlich*, IRIS plus 2007, Heft 10, S. 1ff. 8.

⁶³ *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. S. 433, die dies jedoch im Zusammenhang mit dem Verkauf von Items und Charakteren diskutieren. *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 402f., halten dieses Argument für irrelevant.

mut bei den Spielern. Dies könne zur Abwanderung aus dem Spiel führen. Hohe Investitionskosten für das Spiel könnten sich dann nicht in den Premiumaccounts amortisieren. Der Spielbetreiber hat daher auch an *kostenlosen* Accounts ein zu beachtendes wirtschaftliches Interesse, was im Ergebnis zu einem Interesse an einer rechtsverbindlichen Erklärung führt.

(b) Items

Im Ergebnis gilt das gleiche wirtschaftliche Interesse wie bei Accounts auch in Bezug auf den Handel mit spielinternen Items.⁶⁴ Der Betreiber hat ein besonderes wirtschaftliches Interesse daran, dass die Items im Spiel gemäß der Konzeption des Spiels erspielt werden.⁶⁵ Vom Provider untersagter spielexterner Handel von Items kann das Gleichgewicht des Spielgeschehens so beeinträchtigen, dass das Grundkonzept des Spiels nicht mehr gehalten und das virtuelle wirtschaftliche Machtverhältnis nicht mehr vom Provider reguliert werden kann.⁶⁶

ddd) Rechtliche Interessen der Beteiligten

Zudem könnten die rechtlichen Interessen der Beteiligten für einen Rechtsbindungswillen sprechen.⁶⁷

(1) Urheber- und Markenrechte des Spielers

Der Schutz von Urheber- und Markenrechten ergibt sich grundsätzlich bereits aus dem Gesetz, weshalb ein vertraglicher Schutz und damit eine rechtsverbindliche Äußerung im Rahmen des Spiels obsolet sein könnte. Etwas anderes gilt dann, wenn eine Partei ein besonderes Interesse an der Einräumung von Rechten hieran hat. Auf Seiten des Spielers könnten vor allem Immaterialgüterrechte als schützenswertes hohes Gut⁶⁸ betroffen sein. Er hätte dann ein begründetes rechtliches Interesse daran, dass seine ggf. erst zukünftig entstehenden Urheber- oder Markenrechte von Rechten Dritter unbelastet bleiben. Das Spielen eines Browsergames ist dem Grunde nach nämlich nicht anders zu bewerten, als wenn die betreffende Person in ihrer Freizeit

⁶⁴Dazu ausführlich: *Psczolla; Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff.; *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006; *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff.; *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff.

⁶⁵ *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 433.

⁶⁶ A.A. *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 402f..

⁶⁷ BGH NJW 2009, 1141; BGHZ 21, 102-112 [106 f]; 92, 164-176 [168].

⁶⁸ Für zumindest immaterialgüterrechtsähnlichen Schutz sind *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 275 und *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 435.

die Möglichkeit nutzt, sich künstlerisch (z.B. Malen, Zeichnen, Töpfern oder dergleichen) zu betätigen. Der Avatar bzw. ein Item könnte demnach zum Beispiel als Werk nach dem Urhebergesetz⁶⁹ oder als Marke⁷⁰ einzuordnen sein.⁷¹ In Bezug auf die Werksqualität sind die rechtlichen Hürde bei der Beurteilung nicht allzu hoch anzusetzen.⁷²

Das dies zu einem Rechtsbindungswillen führt, ergibt sich jedoch nicht bereits aus der Tatsache, dass ein Immaterialgüterrecht be- oder entsteht. Entscheidend ist vielmehr, dass einige Spielbetreiber in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Rechte an den Avataren, Items⁷³ und Accounts⁷⁴ regeln. Objektiv betrachtet will der Betreiber damit Rechte erlangen, um in erster Linie das Spiel in der ursprünglichen Form aufrecht zu halten und die Belastungen mit fremden Rechten zu vermeiden. Insoweit verlangt er vom Spieler, sich hinsichtlich der Rechte am Account usw. mit der Anmeldung zum Spiel bezüglich auch zukünftig entstehender Werke und Mar-

⁶⁹LG Köln ITRB 2008, 123 zu Werkqualität von Texturen bei Second Life.

⁷⁰*Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 657 und jüngst der aus den USA bekannte Fall des markenrechtlichen Schutzes eines Avatars: „The US Trademark Registration 77110299, which received approval on November 11, 2008, relates to the Aimee Weber avatar that has become identifiable with the virtual world content services provided by Alyssa LaRoche. Also granted on the same day was US Trademark Registration 77110295, which covers a logo incorporating the Aimee Weber name.“ Zuletzt abgerufen am 20.9.2009 unter <http://www.ipwatchdog.com/2008/11/15/second-life-avatar-receives-trademark/>.

⁷¹Zu verneinen sind aber Persönlichkeitsrechte des Avatars oder Chars. *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 769, *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 724 weisen zu Recht darauf hin, dass insoweit ein Bezug zum Spieler bestehen muss. Ausführlich zu Fragen des Persönlichkeitsrechten in Onlinespielen *Krasemann*, DuD 2008, 194ff..

⁷²So werden auch Bilder von Getränken als urheberrechtliches Werk angesehen. OLG Hamburg, Urteil vom 4.2.2009, 5 U 180/07, MIR 2009, Dok. 067-2009.

⁷³Beispiel aus den Nutzungsbedingungen der Firma Sulake Deutschland GmbH zum Browsergame Habbo, Ziff. 7 IVd: „der An- und Verkauf von Habbo Artikeln wie z.B. Möbel, Taler, Taler-codes, Accounts, ist sowohl im privaten Rahmen als auch auf Tauschbörsen, (Internet-) Auktionshäusern und sonstigen Marktplätzen, sowie privaten Websites nicht erlaubt.“ Zuletzt abgerufen am 21.5.2009 unter <http://www.habbo.de/papers/termsAndConditions>.

⁷⁴Beispiel aus den Nutzungsbedingungen der Firma Blizzard zu dem Onlinespiel „World of Warcraft“, Ziff. I.5.: „Blizzard Entertainment erkennt die Übertragung von Accounts an Dritte nicht an und jegliche unbefugte Weitergabe der World of Warcraft-Software hat eine permanente Löschung des zur Software gehörigen Accounts zur Folge. Sie dürfen einen Account nicht zum Kauf oder Handel anbieten.“ Zuletzt abgerufen am 21.5.2009 unter <http://www.wow-europe.com/de/legal/termsfuse.HTML>.

ken zu verpflichten.⁷⁵ Hierfür fordert er bei der Registrierung die Spieler regelmäßig auf, Allgemeine Geschäftsbedingungen – im englisch sprachigen Bereich als “Terms of Service” oder manchmal auch als “Terms of Use” bezeichnet⁷⁶ – zu akzeptieren. Durch diese antezipierte Übertragung von Rechten sind die rechtlichen Interessen des Spielers betroffen, was einen Rechtsbindungswillen vor allem des Spielers begründet. Das gleiches gilt in Bezug auf entstehende oder bereits bestehende Markenrechte.⁷⁷

(2) *Urheberrechte des Betreibers*

Abgesehen vom Interesse des Providers unter Umständen vom Spieler eingebrachten Inhalt nutzen zu dürfen, kann er auch aus einem anderen Gesichtspunkt urheberrechtliche Interessen haben, die einen Rechtsbindungswillen begründen.

Der Betreiber hat ein Interesse an der Regelung der Nutzungsrechte an seinem Spiel als urheberrechtliches Werk.⁷⁸ Dies gilt auch dann, wenn der Betreiber selber nicht der Urheber ist, sondern nur über eine Lizenz verfügt.⁷⁹ Nur durch eine Ausgestaltung des Nutzungsrechte kann er gegenüber dem Spieler die Nutzung in einem bestimmten Umfang zum Gegenstand des Rechtsverhältnisses machen. Damit sichert er sich als Urheber gegenüber dem Spieler und ggf. als Lizenznehmer gegenüber dem Urheber ab. Täte er dies nicht, bestünde die Gefahr, dass das Nutzungsrecht zu weitgehend ausgeübt wird und sich ein Betreiber als Lizenznehmer womöglich selber Haftungsfragen ausgesetzt sieht.

Im Übrigen besteht in Bezug auf das Rechtsverhältnis zum Spieler aus markenrechtlicher Sicht kein Aspekt, der einen Rechtsbindungswillen begründen könnte. Entsprechende Schutzstrategien⁸⁰ wird er generell und nicht nur gegenüber dem einzelnen Nutzer verfolgen.

⁷⁵Ausführlich zur Wirksamkeit entsprechender Klauseln gemäß § 17 Abs. 2 UrhG und § 307 Abs. 1 und 2 BGB, die den entgeltlichen Handel von virtuellen Gegenständen verbieten, *Psczolla* S. 115-121. *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 402-404 sind dagegen der Ansicht, dass die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung von Items gemäß § 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG gegen Treu und Glauben verstößt. *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768 meint, entsprechende Handelsverbote sind an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu messen, räumt aber ein, dass Abtretungsverbote gem. § 399 Satz 2 BGB zulässig sind.

⁷⁶*Duranske* Kapitel 2, S. 27; *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 273. Eine sog. EULA (engl. für End User Licence Agreement) wird nur bei Clients verlangt. Sie enthält die vom Software-Hersteller vorformulierten Lizenzbedingungen und regelt damit Nutzungsrechte an der Softwarekopie. Zur rechtlichen Einordnung dieser siehe vor allem *Hoeren IT-Vertragsrecht* Rn. 508f..

⁷⁷*Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 657.

⁷⁸*Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 658, *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 276.

⁷⁹Dies ist vor allem der Fall, wenn der Betreiber eine juristische Person ist und deshalb kein Urheberrecht besitzen kann. Hinsichtlich angestellter Programmierer beachte § 69b UrhG.

⁸⁰Zu den Markenrechten eines Onlinespielbetreibers *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 657f..

(3) Haftungsrechtliche Interessen des Providers

Ein Betreiber hat zudem aus einem weiteren Grund ein besonderes Interesse an einer Rechtsbindung:

Beim Wechsel eines Inhabers des Accounts muss der Betreiber ggf. befürchten, dass eine andere Rechtsordnung in Betracht kommt. Richtet er das Angebot für das Spiel nur auf bestimmte Länder und weist er darauf hin, dann hat er ein berechtigtes Interesse daran, dass auch ein neuer Spieler dies weiß und der Betreiber seine Auswahlsoeveränität⁸¹ behält.

eee) Vorteile für den Betreiber

Schließlich spricht es in der Regel für einen Rechtsbindungswillen, wenn derjenige, der dem anderen Teil etwas gewährt, selbst ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse daran hat.⁸² Genau dies ist bei Browsergames der Fall.

Indem sich der Spieler bei einem Browsergame anmeldet, erlangt der Betreiber durch die Nutzung des Spiels wirtschaftliche Vorteile. Vor allem die auf den Internetseiten des Browsergames verlinkten Werbungen⁸³ führen zu direkten Einnahmen.

Im Übrigen begehrt er – wie bereits dargestellt – in der Regel die Erlangung der Nutzungsrechte an den ggf. urheberrechtlich geschützten Werken und Marken des Spielers, die dieser im Rahmen des Spiels erstellt. Insoweit hat der Betreiber ein Interesse daran, dass das Spiel als Ganzes fortbesteht und die vom Spieler generierten Entwicklungen enthalten bleiben. Nur durch diese “lebt” das Spiel und wird für andere attraktiv, was zumindest mittelbar wieder einen wirtschaftlichen Vorteil für den Betreiber begründet.

fff) Ergebnis

Nach alledem müssen die Beteiligten unter Berücksichtigung der wechselseitigen wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen an der Spielsoftware sowie Account, Avatar, Char und Item davon ausgehen, dass auf Seiten des Betreibers ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, der dem Spieler durch die typischerweise zu akzeptierenden AGB bekannt ist.

⁸¹ Koch, JurPC Web-Dok. 57/2006 54.

⁸² BGHZ 21, 102-112 [107], 88, 373-386 [382].

⁸³ Ausführlich zu den unterschiedlichen Bannertypen Heyms/Prieß S. 190ff. und zur Internetwerbung Cichon Rn. 529-677. Schaar, CR 2006, 619ff. zum sog. “In-Game-Advertising”.

bb) Beurteilung des Rechtsverhältnisses

Bei kostenlosen Browsergames ist die Art des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts ebenso uneindeutig, wie die zivilrechtliche Einordnung von Softwareverträgen in der Rechtsdiskussion divergiert.⁸⁴ Möglich scheint neben einem Lizenzvertrag vor allem eine Heranziehung von kauf-, miet- oder pachtrechtlichen Regelungen. Vorliegend wird demnach zwischen der Einräumung der Rechte an Werken i.S.d. UrhG und dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts unterschieden.⁸⁵

aaa) Einräumung von Rechten an der Spielsoftware

Bereits die bloße Benutzung des Browsergames und damit die Nutzung der Programmierung könnte eine urheberrechtliche Befugnis⁸⁶ erforderlich machen, sodass dem Spielen ein entsprechender Vertrag über die Einräumung von Nutzungsrechten zugrunde liegen könnte.

In der Literatur und Praxis findet sich hierfür häufig der Begriff des “Lizenzvertrages”. Ein Lizenzvertrag ist ein Dauernutzungsvertrag⁸⁷ sui generis.⁸⁸ Aufgrund dieses Vertrages wird ein gewerbliches Schutzrecht einem anderen (ggf. nur beschränkt) zur Benutzung überlassen.⁸⁹ Einräumung von Nutzungsrechten bedeutet in diesem Zusammenhang eine konstitutive Begründung des Nutzungsrechtes,⁹⁰ nicht aber die vollständige Übertragung des Urheberrechts. Diese ist wegen des monistischen Ansatzes des deutschen UrhG (§ 29 UrhG) unmöglich.⁹¹

⁸⁴Siehe zu Softwareverträgen ausführlich *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 3-5.

⁸⁵H.M. BGHZ 152, 233-246 [2388] (CPU-Klausel); BGH NJW 2007, 2394-2396 [2395]; *Schack* § 16 Rn. 526f., Wandtke/Grunert in *UrhR PraKo* vor §§ 31ff. UrhG, Rn. 6, Schneider in *FA IT-Recht* Teil 2, Kapitel 4, Rn. 620, 675; a.A. *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370ff. 2373. Zur umstrittenen Frage, ob und wann das Abstraktionsprinzip und das Trennungsprinzip im Urheberrecht anwendbar sind: Wandtke/Grunert in *UrhR PraKo* vor §§ 31ff. UrhG, Rn. 6, 50. Einräumung der Nutzungsrechte erfolgt gem. §§ 389, 413 BGB analog, *Schack* § 16 Rn. 536, *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 275, *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 436; a.A. Hertin in *Fromm/Nordemann*, UrhR 9. Auflage §§ 31, 32 UrhG, Rn. 2: das einfache Nutzungsrecht erschöpfe sich in einem Duldungsanspruch.

⁸⁶So *Jäger/Metzger* S. 77, die sich allerdings allgemein auf Computerprogramme beziehen.

⁸⁷BGH CR 2006, 151-155 [152] im Zusammenhang mit der Insolvenzfestigkeit des Erwerbs von Nutzungsrechten an Software. *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 14.

⁸⁸*Palandt* /Putzo, Einf. v. § 433 BGB, Rn. 22.

⁸⁹*Palandt* /Weidenkaff, Einf. v. § 581 BGB Rn. 7; noch zum EGBGB a.F.: *Staudinger* /Magnus, Art. 28 EGBGB Rn. 609.

⁹⁰Kotthoff in *Dreyer/Kotthoff/Meckel* § 31 UrhG, Rn. 16, *Schack* § 16 Rn. 530.

⁹¹*Hilty*, MMR 2003, 3ff. 8.

Ein Vertrag über die Einräumung von Nutzungsrechten hinsichtlich des Browsergames kommt in Betracht, wenn das Spiel ein Werk i.S.d. UrhG ist und das Nutzen dessen Urheberrechte tangiert und damit zustimmungsbedürftig ist. Die immateriälgüterrechtliche Einordnung der Sachlage kann bei Browsergames nämlich anders und nicht so offensichtlich zu beurteilen sein, wie dies bei clientbasierten Onlinespielen der Fall ist.⁹²

(1) *Browsergame als Werkkomposition*

Browsergames bestehen in erster Linie aus einem Computerprogramm i.S.d. § 69a UrhG.⁹³ Nach ganz h.M.⁹⁴ werden Computerspiele – wohl vor allem solche mit bewegten Bildern – wie Filmwerke oder ähnlich wie Filmwerke behandelt.⁹⁵

Ein Browsergame ist aber nicht nur eine Software.⁹⁶ Um die virtuelle Umgebung so real wie möglich erscheinen zu lassen, werden bei Browsergames immer häufiger audiovisuellen Elementen verwendet. Dabei entsteht ein zusammengesetztes Werk,⁹⁷ das unterschiedliche Werkarten (z.B. Grafik, Text, Video, Ton, Animation) miteinander verknüpft, die sich kombinieren lassen und ein organisches Ganzes darstellen.⁹⁸ Computerbilddarstellungen, die keine Reihen von Bildsequenzen, sondern nur Ein-

⁹²Dies merkt *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 15 zutreffend an, ohne jedoch die Bezeichnung “Browsergame” zu verwenden.

⁹³Bei Browsergames ist das Computerprogramm der nicht interpretierte Source Code auf dem Applikationsserver. Basiert die Internetseite, auf die der Spieler zugreift, auf Java, Java-Applets, JavaScript oder PHP o.ä., ist deren Kodierung ebenfalls als Computerprogramm zu bewerten. Grützmaker in *FA IT-Recht* Teil 4, Kapitel 18, Rdn. 206. HTML-Internetseiten (Hyper Text Markup Language) sind dagegen nach h.M. keine Programmierung, da HTML nur eine Auszeichnungssprache ist und eine Abgrenzung zu Textdokumenten und Programmen sonst unmöglich wäre. Dazu ausführlich *Sodtalters* Rn. 8 und 9, 13 m.w.N..

⁹⁴Die Werkqualität ist unbestritten. Nur die Einordnung ist streitig. *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 276.

⁹⁵H.M.: Nordemann/Vinck in *UrhR 10. Auflage* § 2 UrhG, Rn. 204; Obergfell in *Büscher* § 2 UrhG, Rn. 58, vor §§ 88ff. UrhG, Rn. 66; Dreier/Würfel in *Moritz/Dreier*, E-Commerce Teil B Rn. 722; *Heyms/Prieß* S. 120, *Weber-Steinhaus* S. 67, *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 400; a.A. noch zum UrhG a.F.: OLG Frankfurt GRUR 1983, 753-757 [756] (Pengo), OLG Frankfurt GRUR 1983, 757-758 (Donkey Kong Junior).

⁹⁶Unter Software fallen außerdem auch digitale Texte, Grafiken, oder sonstige Daten und Datenbanken, bei denen es sich nicht um Computerprogramme im technischen Sinne handelt, vgl. Grützmaker in *UrhR PraKo* § 69a UrhG, Rn. 2.

⁹⁷*Kreutzer*, CR 2007, 1ff. 2 spricht von einem “Hybridwerk” und einer “Werkart sui generis”. So auch *Poll/Brauneck*, GRUR 2001, 389ff. 389, 390 die Computerspiele zudem als multimediale Werke “par excellence” bewerten.

⁹⁸*Luo* S. 49.

zelbilder aufweisen, sind jeweils als Werk der bildenden Kunst anzusehen.⁹⁹ Bei filmartigen Bildreihen bleiben gleichwohl die einzelnen Werke unabhängig voneinander nach dem UrhG geschützt¹⁰⁰ und sind nicht unter einen¹⁰¹ – gesetzlich und im Übrigen auch in der Rechtsdiskussion nicht einheitlich¹⁰² definierten¹⁰³ – Begriff des “Multimediawerkes”¹⁰⁴ zu beurteilen. Dies bestätigte auch der OGH Österreich im Rahmen eines Rechtsstreites um das Computerspiel “Fast Film”.¹⁰⁵

(2) *Urheberrechtsrelevanz von Browsergames*

Nur weil ein Browsergame ein Werk i.S.d. UrhG ist bzw. aus solchen besteht, liegt in der Einräumung einer Nutzung dessen nicht automatisch eine urheberrechtlich relevante Verwendung dieses Werkes,¹⁰⁶ die eine Zustimmung des Urhebers gem. § 31 UrhG und damit eine Erteilung einer Lizenz erforderlich machen würde. Urheberrechtsrelevanz ist bei Computerprogrammen erst dann gegeben, wenn das geistige Werk durch Kopieren, Publizieren oder sonst verwertet wird, § 69c Ur-

⁹⁹Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 93; a.A.: einem Lichtbildwerk ähnlich: *Rehbinder* § 15, Rn. 199; zum Streitstand *Schulze*, ZUM 1997, 77ff. S. 82f., der darüber hinaus auch einen Schutz von eingescannten Fotos über §§ 87aff. UrhG als Datenbank in Betracht zieht.

¹⁰⁰H.M.: *Rademacher* Rn. 27, 40, 47; Loewenheim in *Schricker* § 69a UrhG, Rn. 25, *Hertin* Rn. 82, *Kröger/Gimmy* /Freitag, S. 302, *Poll/Brauneck*, GRUR 2001, 389ff. 390, *Göttlich*, IRIS plus 2007, Heft 10, S. 1ff. 5; a.A. entscheidend sei, welches Werk den Schwerpunkt bilde: *Kreutzer*, CR 2007, 1ff. 1, 4 m.w.N., *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 276; Schutz als Sammelwerk gem. § 4 UrhG oder nach Gesamtbetrachtung: Schmid/Wirth in *UrhG HaKo* § 2 UrhG, Rn. 10. Ausführlich zum Meinungsstreit mit Lösungsversuch: *Kreutzer*, CR 2007, 1ff. 4ff..

¹⁰¹So aber *Luo* S. 53 m.w.N.. Definitionsversuche bei Nordemann/Vinck in *UrhR 10. Auflage* § 2 UrhG, Rn. 92; Schmid/Wirth in *UrhG HaKo* § 2 UrhG, Rn. 9.

¹⁰²*Kröger/Gimmy* /Freitag, S. 302 weist darauf hin, dass es nicht einmal eine einheitliche Definition gebe.

¹⁰³Ausführlich zu den Voraussetzungen eines Multimediawerkes: Digitalisierung, Kombination und Interaktion *Rehbinder* § 18, Rn. 240. *Deutscher Bundestag - Enquete Kommission* S. 27 wies bereits 1998 darauf hin, dass vom Gesetzgeber beobachtet werden müsse, ob Probleme mit Multimediawerken auch mit den traditionellen Mitteln zu lösen sein werden.

¹⁰⁴So auch jüngst das LG Köln, ITRB 2008, 123: „Der Umstand allein, dass die Erstellung schöpferischer Leistungen unter Zuhilfenahme elektronischer Medien erfolgt, rechtfertigt es nach Auffassung der Kammer nicht, den mehr oder minder unbestimmten Begriff des “Multimedia-Werks” heranzuziehen. Entscheidend ist nicht die Art der Festlegung des Werkes, etwa in Form von digitalen Daten (Binärkode), sondern vielmehr die durch Sprache, Bild und Ton vermittelte gedankliche Aussage, die die schöpferische Leistung konstituiert (Loewenheim, GRUR 1996, 830, 832; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 87).“

¹⁰⁵OGH 6.7.2004, 4 Ob 133/04v – Fast Film in MR 2004, Heft 4. § 40 a UrhG Österreich ist mit § 69a Abs. 1 UrhG (Deutschland) inhaltlich identisch.

¹⁰⁶Für Computerprogramme grundsätzlich bejahend: *Jäger/Metzger* S. 77.

hG und keine zustimmungsfreie Handlung vorliegt, § 69d UrhG. Bei Computerprogrammen liegt eine Vervielfältigungshandlung vor, wenn die Programmdatei dem Menschen durch Ausdruck sichtbar gemacht werden können.¹⁰⁷ Im einfachsten Falle ist dies beim Abspeichern des Computerprogramms auf einem selbstständig verkehrsfähigen Datenträger der Fall.¹⁰⁸

(a) Ablauf eines Browsergames

Ob bei Browsergames eine Speicherung des Computerprogramms vorgenommen wird, lässt sich anhand der ablaufenden technischen Vorgänge feststellen.

Bei einem Browsergame ist der sog. Source Code (Quelltext)¹⁰⁹ nur auf dem Applikationsserver gespeichert. Die Darstellung erfolgt dagegen im Browser, der üblicherweise als Standardsoftware auf dem Computer des Anwenders installiert ist. Der Source Code¹¹⁰ wird auf dem Spieleserver interpretiert, dort in Maschinencode umgewandelt und dann in HTML-Format an den Browser gesendet. Der Browser dient selber als Interpreter, der dieses HTML-Format interpretiert sowie – bei Bedarf – auf dem Spieleserver gespeicherte Bilder und Grafiken mit abrufen. Für den Anwender steht dann eine Benutzeroberfläche (kurz: GUI, Graphical User Interface)¹¹¹ im Browser zur Verfügung, damit er persönliche Spieldaten eingeben und Befehle an den Applikationsserver senden kann. Durch Verwendung der vorgegebenen GUI werden dann bestimmte im Programm auf dem Applikationsserver vorgegebene Ereignisse ausgelöst.

Browsergames basieren damit technisch gesehen ebenfalls auf einer Client-Server-Architektur, wobei der Browser als Client nicht vom Spielanbieter zur Verfügung gestellt wird. Eine originäre Speicherung von spielrelevanter Software findet demnach nicht statt. Das gilt auch, wenn die Internetseite, auf die der Spieler zugreift,

¹⁰⁷Grützmaker in *UrhR PraKo* § 69c, Rn. 4.

¹⁰⁸*Dreier/Schulze /Dreier*, § 69c, Rn. 6.

¹⁰⁹Der Source Code ist Grundlage für die Erstellung des Maschinencodes. Source Code und Maschinencode sind Teil des Programms selber und als solches bereits geschützt. Grützmaker in *UrhR PraKo* § 69a UrhG, Rn. 10; Loewenheim in *Schricker* § 69a UrhG, Rn. 10; Dreier/Würfel in *Moritz/Dreier*, E-Commerce Teil B Rn. 711; Grützmaker in *FA IT-Recht* Teil 4, Kapitel 18, Rn. 102, *Hertin* Rn. 81.

¹¹⁰Ausführlich zu den Entwicklungsstufen bei der Programmierung: Grützmaker in *UrhR PraKo* § 69a UrhG, Rn. 5ff..

¹¹¹Benutzeroberflächen, Bildschirmmasken und Displays fallen nach ganz h.M. nicht unter den Schutz der Computerprogramme. Grützmaker in *FA IT-Recht* Teil 4, Kapitel 18, Rn. 103; Loewenheim in *Schricker* § 69a UrhG, Rn. 7; Grützmaker in *UrhR PraKo* § 69a UrhG, Rn. 14 m.w.N.; *Büscher /Haberstumpf*, § 69a UrhG, Rn. 7; a.A. *Heyms/Prieß* S. 118 m.w.N..

auf Java-Applets, Java-Skripten oder PHP o.ä. basiert. Kodierung dieser Art ist ebenfalls als Computerprogramm zu bewerten,¹¹² wird jedoch ebenfalls nicht auf dem Computer des Spielers gespeichert.¹¹³ Technisch gesehen handelt es sich bei den Browsern im Zusammenhang mit Browsergames daher am ehesten um sog. “Thin Clients”.¹¹⁴

(b) Speicherung im RAM

Auch wenn keine vom Spieler beabsichtigte Installation und damit Vervielfältigung vorliegt, könnte sich eine verdeckte Vervielfältigung durch (Zwischen-)Speicherungen der Programmierung oder Teile der Darstellung ergeben. Diese könnte dann der Zustimmung des Urhebers bedürfen.

Wenn der Betreiber eines Browsergames seine Internetseite mit den urheberrechtlich geschützten Inhalten anderen zugänglich macht, so haben diese die Möglichkeit, jene geistigen Werke zu betrachten. Vergleichbar könnte dies sein mit dem reinen Betrachten, Lesen und geistigen Verarbeiten eines Buches sein,¹¹⁵ das auch nicht aufgrund des Urheberrechts verboten werden kann.¹¹⁶

Im Bereich der Computernutzung muss jedoch beachtet werden, dass durch das bloße – grundsätzlich zustimmungsfreie¹¹⁷ – Sichtbarmachen von Inhalten im Internetbrowser (sog. Browsing) auch eine Speicherung der Texte und Grafiken im Arbeitsspeicher (sog. RAM = random access memory; abzugrenzen vom sog. Cache = Zwischenspeicher) erfolgt.¹¹⁸ Nach überwiegender Ansicht wird dieses Laden in

¹¹²Grützmaker in *FA IT-Recht* Teil 4, Kapitel 18, Rn. 206.

¹¹³A.A. *Spindler /Bettinger/Scheffelt*, S. 786.

¹¹⁴Bedient man sich dieser Benennung der Clients (vgl. *Sodtalters* Rn. 48-50) gehören reine Browsergames zu den “Thin Clients” und solche mit einem spezielle Client als sog. “Fat Clients”. Siehe dazu auch oben, Seite 5ff..

¹¹⁵Den Vergleich mit einem Buch sah auch der BGH NJW 2007, 2394-2396 in einer Entscheidung zu einem ASP-Vertrag.

¹¹⁶*Jäger/Metzger* S. 77; *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 12.

¹¹⁷Grützmaker in *UrhR PraKo* § 69c UrhG, Rn. 8. m.w.N..

¹¹⁸Dass eine auf einem Server genutzte Software bei deren Anwendung in den Arbeitsspeicher des Arbeitsplatzrechners gespeichert wird, stellte auch das LG München I, Urteil vom 15.3.2007, JurPC 60/2007, Abs. 1-69 in einem Fall zum Handel mit “gebrauchten Softwarelizenzen” fest. So auch ausdrücklich zu Browsergames *Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 26.

den RAM als eine zustimmungsbedürftige Vervielfältigungshandlung angesehen.¹¹⁹ Da das Spielen des Browsergames notwendigerweise mit dem Laden der Internetseite einhergeht und dazu nur eine “systembedingte flüchtige Speicherung”¹²⁰ zur Nutzung des Spiels ist, ist diese Vervielfältigungshandlung aber jedenfalls gem. § 69d Abs. 1 UrhG von der Zustimmungspflichtigkeit ausgenommen.¹²¹ Soweit es die Grafiken, Texte oder gar Applets¹²² betrifft, ergibt sich dies aus § 44a Nr. 2 UrhG.¹²³

(c) *Verwendung der Spielsoftware*

Bereits die bloße Verwendung der Software könnte ein urheberrechtliches Nutzungsrecht in Gestalt einer Lizenz erforderlich machen. Grundlage dieser Argumentation ist der Umstand, dass es an der Körperlichkeit der Software fehlt, was die Verwendung aber nicht zustimmungsfrei machen soll.¹²⁴ Dem ist jedoch aus folgenden Gründen entgegen zu treten:

Das Gesetz spricht einem Urheber eines Computerprogramms ein Schutz seines Werkes kraft Gesetzes zu und räumt ihm insoweit ein originäres Recht zu bestimmten

¹¹⁹LG München CR 2006, 159-163 [160], LG München I Urteil vom 15.3.2007, JurPC 60/2007, Abs. 1-69, 35, Wülfing/Dieckert, Praxishandbuch Multimediarecht, 2002, S. 140f.; *Alpert*, CR 2000, 345ff. 356; *Bettinger/Scheffelt* in *Spindler* S. 785; *Heyms/Prieß* S. 123; *Jäger/Metzger* S. 77; a.A. RAM-Speicherung sei nur eine bloße Benutzung des Programms: *Flechsig*, ZUM 1996, 833ff. 836; *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137ff. 142 bis 144; *Grützmaker* in *UrhR PraKo* § 69c UrhG, Rn. 5f. m.w.N. und § 69d UrhG Rn. 9, *Weinknecht/Bellinghausen* S. 32, die nur die Speicherung im Hauptspeicher für relevant halten. Ausführlich zum Rechtsstreit zudem: *Hoeren*, CR 2006, 573ff. 575f. m.w.N. und *Hoeren IT-Recht* Rn. 135, 136. Zu ASP-Verträge: *Bettinger/Scheffler* in *Spindler* S. 786. *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 6, der die Möglichkeit beim ASP hervorhebt, dass nur eine Speicherung im RAM auf einem externen Server stattfindet. Dies tritt bei Browsergames aber nicht zu.

¹²⁰*Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137ff. 142 umschreibt so treffend die Speicherung im RAM eines Arbeitsplatzrechners bei der Nutzung eines Computerprogramms aus einem Netzwerk. So auch *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 6. Auch *Cichon* Rn. 1171 geht nur von einem vorübergehenden Laden in den RAM des Nutzerrechners aus, um von dort aus im Browser angezeigt zu werden.

¹²¹Dass das Laden, Anzeigen, Speichern usw. bei Softwareüberlassungsverträgen von der bestimmungsgemäßen Benutzung umfasst ist, entspricht der h.M. *Grützmaker* in *UrhR PraKo* § 69d UrhG, Rn. 9 und 35 m.w.N..

¹²²„Insofern sind auf Applets basierende Spiele eher vergleichbar mit (Video-)Streaming- Angeboten, die erst partiell lokal zwischengespeichert (“gepuffert”) werden, um eine unterbrechungsfreie Darstellung zu ermöglichen.“ *Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 78. Soweit die Applets nicht automatisch mit Beendigung der Nutzung gelöscht werden, sind sie jedenfalls ohne Onlineverbindung zum Spieleserver für den gemeinen Spieler nicht nutzbar.

¹²³Eine (analogen) Anwendbarkeit von § 44a UrhG auf Computerprogramme sieht *Hoeren*, CR 2006, 573ff. 576 noch streitig. In *Hoeren IT-Recht* Rn. 155 spricht er dieses Problem nicht mehr an.

¹²⁴So nur *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 13-15.

Handlungen hinsichtlich seines Werkes ein, vgl. § 69c UrhG. Dabei erkennt der Gesetzgeber an, dass über eine vertragliche Grundlage hinaus Interessen des Nutzers des Programms im Vordergrund stehen können. Deshalb gibt es gesetzliche Ausnahmen von der Zustimmungsbedürftigkeit, vgl. § 69d UrhG. Wenn ein Spieler also schuldvertraglich ein Recht zur Nutzung eingeräumt bekommt, beinhaltet dies nicht zugleich ein urheberrechtliches Nutzungsrecht. Vielmehr schützt das Urheberrecht den Urheber bereits kraft Gesetzes davor, dass seine Rechte trotz des Vertrages nicht verletzt werden. Nähme man im Internet bei jeder Verwendung von Programmen¹²⁵ einen urheberrechtlichen Vertrag und damit eine Lizenzierung an, würde dies das Recht überspannen und die Handlungen im Internet über Gebühr in einen Rechtsrahmen kleiden.

Soweit ein Spieler bei der Nutzung des Computerprogramm bestimmungsgemäß neue Daten erzeugt, die dann auf dem Datenbankserver hinterlegt und dort abgespeichert werden, ist darin ebenfalls nichts anderes als der bestimmungsgemäße Gebrauch der Programmierung i.S.v. § 69d Nr. 2 UrhG nicht aber eine zustimmungsbedürftige Verwendung zu sehen.

(d) Zwischenergebnis

Das Spielen eines kostenlosen Browsergames und die damit notwendiger Weise einhergehenden flüchtigen Vervielfältigungen sind zustimmungsfrei. Keine Tätigkeit im regulären Spiel bedarf daher der ausdrücklichen Zustimmung des Urhebers. Gleichwohl empfiehlt es sich für die Festlegung des “bestimmungsgemäßen Gebrauchs” gem. § 69d UrhG, dass der Verwendungszweck ausdrücklich definiert wird.¹²⁶

bbb) Einräumung von Rechte an Avatar, Char und Items

Ein Regelungsinteresse besteht, wie bereits bei der Untersuchung des Rechtsbindungswillens ausgeführt,¹²⁷ insbesondere hinsichtlich der vom Spieler erzeugten Inhalte. Diese könnten Werke i.S.d. UrhG sein und damit einen Vertrag zur Bestimmung der Rechte an diesen erforderlich machen. Zudem könnte ein Interesse des Betreibers als Urheber bestehen, dem Spieler über das Gesetz hinausgehende Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung des Spiels und deren Teile aufzuerlegen.

¹²⁵Typische Beispiele hierfür sind sog. Suchmaschinen sowie kleine Programme wie Währungs- oder Gehaltsrechner.

¹²⁶Siehe zu den Gründen bereits die Ausführungen zum Rechtsbindungswillens, Seite 26f..

¹²⁷Siehe oben, Seite 24ff..

Werke sind nach § 2 Abs. 2 UrhG nur persönliche geistige Schöpfungen. Als solche müssen sie Ergebnis individuellen geistigen Schaffens sein.¹²⁸ Bei dem Account ist dies nicht der Fall, da dieser nichts weiter als ein Spielzugang¹²⁹ mit Kundenkonto ist. Er verkörpert durch eine Benutzernamen-Passwort-Kombination personalisierte Zugangskennung,¹³⁰ bzw. -berechtigung, die eine Ansammlung individueller Angaben zum Spieler umfasst.

Urheberrechtlich geschützte Werke könnten jedoch Avatare, Chars und Items sein.

(1) Avatar geschützt als Computerprogramm

Ein Avatar ist der im Spiel durch Grafiken individualisierte virtuelle Repräsentant des Spielers, den der Spieler zur Interaktion mit anderen Spielern und der Spielumgebung benutzt.¹³¹ Fraglich ist, ob darin ein urheberrechtlich geschütztes Werk zu sehen ist.¹³² In Betracht könnte ein Urheberrechtsschutz gem. § 69a UrhG als Teil des Programms kommen.¹³³

Zwar wird nach § 69a Abs. 2 UrhG das Programm in jeder Gestalt geschützt.¹³⁴ Benutzeroberflächen, Bildschirmmasken und Displays fallen jedoch nach ganz h.M. nicht unter den Schutz der Computerprogramme.¹³⁵ Sie sind selber keine Programme, d.h. sie enthalten keine Befehlsinhalte und könnten ohne Kenntnis des Pro-

¹²⁸Zu den Voraussetzungen eines Werkes im Einzelnen: *Rehbinder* § 11, Rn. 146.

¹²⁹*Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767. *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 389f. diskutieren an diesem Begriff zugleich die Art von Nutzungsrechten, die ein Accountinhaber hat. Ein Account ist jedoch nur eine Bezeichnung für den Zugang zu Internetseiten, die eine Registrierung voraussetzen.

¹³⁰Diese Zugangskennung wird auch als Log-in bezeichnet. *Cichon* Rn. 1168.

¹³¹*Duranske* S. 7. Siehe zudem bereits oben Seite 7.

¹³²*Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 725 meinen in Bezug auf die Onlineplattform Second Life, dass ein Avatar ein pixelanimiertes Pseudonym i.S.d. § 3 Abs. 6a BDSG ist. Bei Browsergames und clientbasierten Onlinespielen kennt der Betreiber den Namen der Spieler jedoch nicht immer, sodass der Avatar dann sogar ein anonyme Figur ist. Zu datenschutzrechtlichen Fragen siehe unten, Seite 129.

¹³³So für virtuelle Gegenstände *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 658; *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 400; *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 344; *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 52.

¹³⁴Diese gesetzliche Formulierung ergibt sich aus dem WIPO Copyright Treaty, in dem es in Artikel 4 heißt: „Computer programs are protected as literary works within the meaning of Article 2 of the Berne Convention. Such protection applies to computer programs, whatever may be the mode or form of their expression.“ Abrufbar unter <http://www.wipo.int>.

¹³⁵So *Grützmaker* in *FA IT-Recht* Teil 4, Kapitel 18, Rn. 103; *Loewenheim* in *Schricker* § 69a UrhG, Rn. 7; *Grützmaker* in *UrhR PraKo* § 69a UrhG, Rn. 14 m.w.N.; *Büscher/Haberstumpf*, § 69a UrhG, Rn. 7; a.A. *Heyms/Prieß* S. 118 m.w.N..

grammcodes durch andere Programme nachgebildet werden.¹³⁶ Dabei ist es irrelevant, ob die Darstellung synthetisch – also durch den Programmcode – dargestellt oder aber durch originäre Dateien zusammengestellt wird.¹³⁷ Auch Avatare sind daher nicht als Computerprogramm oder als Teil dessen urheberrechtlich geschützt.

(2) Avatar geschützt als Werk der bildenden Kunst

Avatare könnten als Werke der bildenden Kunst gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 Var. 1 UrhG zu verstehen sein.¹³⁸ Werke der bildenden Kunst sind alle zwei- und dreidimensionalen Gestaltungen, die ihren (ästhetischen)¹³⁹ Gehalt mit Ausdrucksmitteln wie Farbe, Linie, Fläche, Raumkörper und Oberfläche zum Ausdruck bringen.¹⁴⁰ Generell können Figuren als Werk der bildenden Kunst angesehen werden.¹⁴¹ Dies gilt auch für computeranimierte virtuelle Figuren.¹⁴²

Zur Klärung der Frage, ob es sich im Einzelfall um ein entsprechendes Werk handelt, ist auf die Auffassung der Kunstempfänglichen und mit Kunstanschauung einigermaßen vertrauten Verkehrskreises abzustellen.¹⁴³

Ein Avatar erscheint als ein zwei- oder dreidimensionales Objekt auf dem Computerbildschirm, sodass grundsätzlich ein entsprechendes Ausdrucksmittel verwendet wird. Zur weiteren rechtlichen Einordnung eines Avatars muss allerdings zwischen zwei Hauptgruppen unterschieden werden: nicht individualisierte und individualisierte Avatare.¹⁴⁴

¹³⁶Grützmaker in *UrhR PraKo* § 69a UrhG, Rn. 14; Grützmaker in *FA IT-Recht* Teil 4, Kapitel 18, Rn. 103, Loewenheim in *Schricker* § 69a UrhG, Rn. 7 m.w.N..

¹³⁷Dreier/Würfel in *Moritz/Dreier*, E-Commerce Teil B Rn. 719, die richterweise aber eine Einordnung als Werk der angewandten Kunst für möglich halten.

¹³⁸*Psczolla* 29 allgemein zu Avataren in Computer- und Onlinespielen, ohne aber auf die unterschiedlichen Arten von Avataren (s.u.) einzugehen. Werkqualität bejahend für synthetisch erzeugte Grafiken, Benutzeroberflächen und Illustrationen: Dreier/Würfel in *Moritz/Dreier*, E-Commerce Teil B Rn. 719 und *Kröger/Gimmy* /Freitag, S. 300.

¹³⁹Auf einen ästhetischen Wert kommt es nach h.M. nicht an, OLG Hamburg, CR 1999, 298-301[298] (“Perfect Alert”) zu Computerprogrammen, *Schack* § 9, Rn. 158, 196. Bei Kunstwerken wird dagegen zum Teil “ästhetischer Überschuss” verlangt: RGZ 76, 344 (Schulfraktur), *Rehbinder* § 14, Rn. 182.

¹⁴⁰Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 81 m.w.N.; ähnlich mit diversen Beispielen *Rehbinder* § 14 Rn. 180.

¹⁴¹Ausführlich mit diversen Beispielen und Verweisen *Hertin* Rn. 92.

¹⁴²Schmid/Wirth in *UrhG HaKo* § 2 UrhG, Rn. 17.

¹⁴³Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 84 m.w.N., *Wenzel/Burkhardt* S. 44, Schmid/Wirth in *UrhG HaKo* § 2 UrhG, Rn. 16.

¹⁴⁴Generell die Möglichkeit eines Urheberrechtsschutzes bejahend *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 724.

(a) Nicht individualisierter Avatar

Zum einen gibt es Avatare, die keinerlei individuelle, d.h. spilerspezifische Merkmale aufweisen. Der Avatar kann entweder jederzeit vom Spieler gewechselt werden¹⁴⁵ oder es gibt eine bestimmte Anzahl unveränderbarer Avatare, von denen sich der Spieler einmal einen aussucht und dann auch für den restlichen Zeitraum der Spielbeteiligung behält.¹⁴⁶

In dieser Gruppe geht es gerade nicht um die Verkörperung des Spielers im Spiel durch einen bestimmten Avatar. Das Alleinstellungsmerkmal des Spielers ist hier im Wesentlichen der Name, den der Spieler idR. selber ausgesucht hat und der – wie bei allen anderen Onlineangeboten auch – nur einmal je Spiel vorhanden ist.¹⁴⁷ Das Erscheinungsbild des Avatars wird dagegen komplett von der Programmierung vorgegeben¹⁴⁸ und stellt damit keine neue Schöpfung dar. Nicht individualisierte Avatare sind daher keine neu vom Spieler erstellten Werke.¹⁴⁹

(b) Individualisierter Avatar

Zum andere gibt es Spiele, bei denen der Avatar entscheidend dazu beiträgt, dass sich ein Spieler von anderen Mitspielern abgrenzen kann.

Solche Avatare können individuell mit Hilfe der Programmierung gestaltet oder aber durch eigene Grafiken, Fotos¹⁵⁰ usw. geformt werden. Insoweit muss also noch einmal zwischen zusammengestellten und selbsterstellten Avataren differenziert werden.

¹⁴⁵So zum Beispiel bei vielen sog. “Ego-shootern”.

¹⁴⁶So sucht sich ein Spieler beim Spiel “Empire Universe 2” der next idea GmbH zu Beginn eine Figur einer bestimmten Spezie aus. Siehe <http://www.looki.de/info/eu2/start.HTML>.

¹⁴⁷Anders als im realen Leben gibt es bei Onlineportalen keine doppelten Namen. Dies wird mit Hilfe der Nutzerdatenbank eines Portal vermieden.

¹⁴⁸Zur inhaltsgleichen Argumentation hinsichtlich virtuellen Gegenständen: *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 400, *Schulze*, ZUM 1997, 77ff. 78.

¹⁴⁹So auch *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 276.

¹⁵⁰Soweit der Spieler fremde, im Internet veröffentlichte Fotos und Grafiken nutzt, verletzt er ggf. die Urheberrechte Dritter. Siehe hierzu LG Düsseldorf, Urteil vom 19.3.2008, Az. 12 O 416/06, MIR 07/2008, Dok. 197-2008 zur Nutzung von fremden Fotos bei Ebay-Produktbeschreibung; BGH AfP 2008, 304-308 zur Haftung eines Portalbetreibers für eingestellte Fotos Dritter.

(aa) *Zusammengestellte Avatare*

Der von einem Spieler zusammengestellte Avatar besteht aus vom Spielprogramm vorgegebenen Variationen von Ausstattungen und Farbgebungen.¹⁵¹ Um ein urheberrechtlich geschütztes Werk gemäß § 2 Abs. 2 UrhG zu sein, müsste ein so zusammengesetzter Avatar zugleich eine persönliche geistige Schöpfung sein. Dem wäre so, wenn es sich um ein wahrnehmbares und individuelles Ergebnis eines menschlichen Schaffungsprozesses mit einer gewissen Gestaltungshöhe handelt.¹⁵²

Grundsätzlich ist ein Werk dann nicht schutzwürdig ist, wenn es ein Erzeugnis von Apparaten ist.¹⁵³ Steuert der Mensch dagegen die Entstehung des Ergebnisses¹⁵⁴ – wie das bei einem Computerprogramm der Fall ist – handelt es sich noch um einen menschlichen Schaffungsprozess, wenn der Mensch sich des Apparates bedient, um seine persönlichen Gedanken und Gefühle auszudrücken.¹⁵⁵

Ein Spieler stellt seinen Avatar aus den technisch vorgegebenen Merkmalen zusammen. Beispiele für individuelle Einstellungen sind hier Haar- und Hautfarbe oder aber Kleidungsstücke unterschiedlicher Form und Farbe. Je mehr Variablen die Programmierung zur Auswahl gibt, um so unterschiedlicher sehen die Avatare im Ergebnis aus. Ein Spieler entscheidet dabei selbstbestimmt, wie der Avatar aussehen soll und erschafft ihn damit nach seinen Vorstellungen mit Hilfe der Programmierung.

Nicht immer erreicht diese Gestaltung jedoch den erforderlichen geistigen Gehalt¹⁵⁶ bzw. eine gewisse Gestaltungshöhe.¹⁵⁷ Die Frage stellt sich hier nach der Individualität des Werkes aus quantitativen Gesichtspunkten.¹⁵⁸ Dem Urheberrecht liegt nämlich der Gedanke zugrunde, das Werk selber als eine vom Schöpfer gestaltete Idee zu schützen.¹⁵⁹ Soweit es darum geht, ob durch Abänderung eines bekann-

¹⁵¹Beispiel: Bei dem vorwiegend für Kinder und Jugendliche erstellte Spiel "Habbo" der Sulake Deutschland GmbH kann ein Avatar aus einem Set von körperlichen Merkmalen zusammengestellt werden, wenn man sich keinen zufallsgenerierten Avatar erstellen lässt. Siehe <http://www.habbo.de>.

¹⁵²Vgl. insgesamt zu den Voraussetzungen Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 15 bis 25 m.w.N..

¹⁵³*Rehbinder* § 11, Rn. 146; Schmid/Wirth in *UrhG HaKo* § 2 UrhG, Rn. 2.

¹⁵⁴*Schack* § 9, Rn. 156, Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 87, 93, *Hertin* Rn. 56, *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 277.

¹⁵⁵*Rehbinder* § 11, Rn. 146 mit dem Beispiel der elektronischen Musik.

¹⁵⁶*Schack* § 9 Rn. 157.

¹⁵⁷Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 23.

¹⁵⁸Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 23.

¹⁵⁹*Rehbinder* § 14, Rn. 185.

ten Werkes, in diesem Falle des nicht individualisierten Ausgangsavatars, ein neues Werk entsteht, ist zudem ein einzelfallbezogener Gesamtvergleich mit dem vorbekannten Werk¹⁶⁰ vorzunehmen. Dabei ist maßgebend, welche objektiven Merkmale die schöpferische Eigentümlichkeit des Originals bestimmen¹⁶¹ und ob angesichts der Eigenart des neuen Werkes die eigenpersönlichen Züge des Übernommenen so zurücktreten, dass von einem selbstständigen neuen Werk gesprochen werden kann.¹⁶² Das ältere Werk müsste angesichts des neuen Werkes “verblassen”.¹⁶³

Diese Gestaltungshöhe könnte bereits in der durch den Spieler vorgenommenen Anpassung seines Avatars zu sehen sein.

Ein Avatar zeichnet sich in erster Linie durch seine Körpergestalt oder Form aus. Diese wurde bereits durch den Programmierer oder einem Grafiker erstellt.¹⁶⁴ Unabhängig davon, ob der Ausgangsavatar selber bereits ein Werk darstellt¹⁶⁵, so ist doch entscheidend, dass sich das prägende Aussehen des Avatars allein durch Farbgestaltung nicht ändert. Die Farbe kann zwar kennzeichnend sein, soweit deren Kombination einen besonderen Wiedererkennungseffekt hat. Bei Avatare spielt die Farbgebung der Figur jedoch nur eine untergeordnete Rolle. Dies ist allein schon darin begründet, dass es auch wegen der programmtechnisch terminierten Farbauswahl dazu kommen kann, dass mehrere Spieler den gleichen Avatar verwenden. Der Avatar hebt sich damit nicht mehr von der “alltäglichen Masse”¹⁶⁶ ab. Würde man den farblich geänderten Avatar eine gem. § 24 UrhG gewonnene eigene Werkqualität zu sprechen, so wäre außerdem die Anzahl der rechtmäßigen Spieler schnell begrenzt, da andere Nutzer ohne Zustimmung des neuen Urhebers gem. § 31 UrhG keinen gleichaussehenden Avatar verwenden dürften.

Nach alledem lässt ein farblich geänderter Avatar den Originalavatar nicht verblassen und stellt demnach keine Umarbeitung mit eigener Werkqualität dar.

In der Kombination¹⁶⁷ von unterschiedlichen einem Avatar zufügbaren Elementen wie Kleidungsstücke o.ä. könnte schließlich ein schöpferischer Beitrag des Spielers zu sehen sein. Allerdings werden zufügbare Attribute bereits durch den Urheber des Programms bzw. Bildes bzw. der Figur erschaffen. Nur in den seltensten Fällen ist

¹⁶⁰BGH GRUR 2004, 855-858 [857] (Hundefigur).

¹⁶¹BGH GRUR 2004, 855-858 [857] (Hundefigur).

¹⁶²BGH GRUR 1999, 984-988 [988] (Laras Tochter).

¹⁶³BGH GRUR 1994, 191-206 [193] (Asterix-Persiflagen).

¹⁶⁴Zur Frage der Urheberschaft bei Computerfiguren *Schulze*, ZUM 1997, 77ff. 80ff..

¹⁶⁵Dann wäre richtigerweise auch die Zustimmung zur Umbearbeitung nach § 23 UrhG erforderlich.

¹⁶⁶*Wenzel/Burkhardt* S. 32.

¹⁶⁷Kombinationen mit schöpferischen Beitrag sind nach *Schack* § 9, Rn. 156 zum Beispiel die skurrilen Altmetall-Plastiken von Jean Tinguely.

die Umgebung so gestaltet, dass der Spieler den Avatar mit eigens kreierter Kleidung ausstatten kann.¹⁶⁸ Normalerweise aktiviert der Spieler nur bestimmte Erscheinungsformen, die bereits im Programm angelegt sind und nur nicht alle angezeigt werden. Im einfachsten Sinne stellt der Spieler also nur das optisch wieder her, was der Urheber des Avatars und nicht der Spieler aufgrund eines eigenen inneren Bildes¹⁶⁹ bereits erschaffen hat. Aus diesem Grund spricht man bei Computerspielen auch von “geschlossenen Systemen”.¹⁷⁰

Außerdem ist das Ergebnis der Nutzung vorgelieferter Bestandteile eines Computerprogramms nicht schutzfähig.¹⁷¹ Auch die bloße Wiedergabe einer künstlerischen Gestaltung hat keine Werksqualität.¹⁷² Damit kann im Ergebnis in der Kombination bestimmter Kleidungsstücke keine schöpferische Eigentümlichkeit gesehen werden. Das schlichte Zusammenfügen bereits vorhandener Darstellungen ist keine besondere geistige oder über das Normale hinausgehende Leistung des Spielers.¹⁷³

Zusammengestellte Avatare sind folglich keine schützenswerten Werke des Spielers. Sie stellen insbesondere auch keine Änderung des ursprünglichen Avatars gemäß § 23 UrhG dar, denn dieser bestand dem Grunde nach schon in allen Varianten. Er war nur nicht für den Spieler zu jedem Zeitpunkt wahrnehmbar.

(bb) Selbsterstellte Avatare

Von den zusammengestellten Avataren muss man solche virtuellen Repräsentanten unterscheiden, die vom Spieler vollkommen eigenständig modelliert¹⁷⁴ werden können. Dies geschieht entweder dadurch, dass der Spieler ein Foto oder Bild hochladen und als sein Avatar abspeichern kann oder aber dass er eine neutrale Figur, ein “Massenprodukt”¹⁷⁵ gestellt bekommt, die er dann durch eigene Gestaltung mit Hilfe eigener oder gestellter Software¹⁷⁶ individualisiert. Auch die so erstellten Avatare können Werke sein.

¹⁶⁸So *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 277, die dann entsprechend ein Werk für möglich halten. Jedoch ist zur Zeit nur auf Online Plattformen wie Second Life eine derart selbstbestimmte Gestaltung durch den Spieler möglich.

¹⁶⁹Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 93.

¹⁷⁰*Schulze*, ZUM 1997, 77ff. 80. Das ist bei der von *Psczolla* untersuchten virtuellen Welt Second Life gerade nicht der Fall.

¹⁷¹Bullinger in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 87.

¹⁷²BGHZ 44, 283 (Apfelmadonna).

¹⁷³Zweifel hieran hegen auch *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 724, *Psczolla* S. 36.

¹⁷⁴Man spricht insoweit von “crafting”.

¹⁷⁵*Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 276.

¹⁷⁶So zum Beispiel bei der Onlineplattform Second Life. Bei Browsergames und clientbasierten Onlinespielen findet man diese Gestaltungsfreiheit im Spiel – soweit ersichtlich – noch gar nicht.

Diese Variante der Avatarpersonalisierung wird weniger bei komplexen 3D-Spielen, als vielmehr bei grafisch einfacher gestalteten MMO(R)PGs genutzt. Am häufigsten wird dann ein Bild oder Foto verwendet, welches bereits im Internet veröffentlicht wurde¹⁷⁷ oder auf dem Computer des Spielers gespeichert ist. Es besteht auch die Möglichkeit, einen gestellten Avatar mit selbst erstellten Kleidungsstücken auszustatten.¹⁷⁸ Je nach Einzelfall muss ermittelt werden, ob es sich um eine persönliche Schöpfung des Spielers handelt. Dies ist jedenfalls bei solchen Erscheinungsformen der Fall, die das Ergebnis der schöpferischen Gestaltung des Spielers sind.¹⁷⁹ Sie sind dann nicht anders zu beurteilen als Comic- oder Zeichentrickfiguren,¹⁸⁰ die auch Werksqualität haben können.¹⁸¹ Das entscheidende Kriterium der Individualität der Schöpfung¹⁸² und der schöpferischen Eigentümlichkeit¹⁸³ muss im Einzelfall auf sein Vorliegen überprüft werden. Die Rechtsnatur eines solchen Avatars ist daher als "zeitlich begrenzt immaterialgüterrechtlich"¹⁸⁴ zu qualifizieren.¹⁸⁵

(3) *Char geschützt als Sprachwerk*

Auch ein Char könnte ein Werk i.S.d. UrhG sein.

Ein Char ist eine andere Bezeichnung für die Spielerfigur. Der Begriff¹⁸⁶ kommt aus dem englischen (char = character (engl.) = Figur)¹⁸⁷ und bezeichnet die in einem Rollenspiel verwendete Spielerfigur. Der Gegenpart hierzu ist der Non-Player-Character,¹⁸⁸ eine bereits komplett vorprogrammierte Figur im Spiel, die nicht von einem Spieler, sondern vom Computerprogramm gesteuert wird.

¹⁷⁷Zu den urheberrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit der Verwendung Inhalte Dritter, die im Internet veröffentlicht wurden: OLG Brandenburg, Urteil vom 3.2.2009 - 6 U 58/08, OLG Köln K&R 2009, 128-130, OLG Hamburg AfP 2008, 304-308.

¹⁷⁸Rippert/Weimer, ZUM 2007, 272ff. 277.

¹⁷⁹Koch, JurPC Web-Dok. 57/2006 22 meint m.E. zu allgemein, dass jeder Avatar eines MMORPG einzigartig sei.

¹⁸⁰Schulze, ZUM 1997, 77ff. 83, 85.

¹⁸¹Schulze, ZUM 1997, 77ff. 77 mit Verweis auf einschlägige Rechtsprechung.

¹⁸²Loewenheim in *Schricker* § 2 UrhG, Rn. 23.

¹⁸³BGH GRUR 1998, 916-921 [917].

¹⁸⁴Koch, JurPC Web-Dok. 57/2006 46.

¹⁸⁵Rippert/Weimer, ZUM 2007, 272ff. 277.

¹⁸⁶Siehe dazu bereits oben Seite 7.

¹⁸⁷Im Deutschen auch oft als SC (Spielercharakter) abgekürzt.

¹⁸⁸Kurz: NPC, bzw. im Deutschen: NSC = Nicht-Spieler-Charakter. Richtigerweise müsste es auch hier heißen "Nicht-Spieler-Figur".

Es ist also zu fragen, ob abgesehen vom Schutz der optischen Darstellung des Chars als Werk der bildenden Kunst, auch die in Texten und Handlungsweisen zum Ausdruck kommende “virtuelle Persönlichkeit” des Chars zu berücksichtigen ist.¹⁸⁹ Diese stimmt nämlich üblicherweise nicht mit der des “realen” Spielers überein, sondern ist eine fiktive Persönlichkeit, die ebenfalls urheberrechtlich geschützt sein könnte. Dieser Schutz wäre gegeben, wenn eine schöpferische Idee durch den Urheber eine bestimmte Form angenommen hat.¹⁹⁰ In Betracht kommt der Schutz des Chars als Teil eines Sprachwerks, wenn der Char wie eine Romanfigur¹⁹¹ Urheberrechtsschutz genießt.

Sprachliche Mitteilungen sind gem. § 2 Abs.1 Nr. 1 UrhG geschützt, wenn sie entweder ihrer Darstellungsform nach oder wegen ihres Inhalts eine persönliche geistige Schöpfung beinhalten.¹⁹² Schutzfähig ist danach sowohl der selbst geschaffene¹⁹³ Inhalt¹⁹⁴ als auch der Charakter einer Kunstfigur und ihre Einbeziehung in das Handlungsgefüge der Sprachwerke.¹⁹⁵

Einen Rollenspielcharakter wird man dementsprechend nur dann als Werk beurteilen können, wenn er hinreichend individuell ist und die ihn umspannende Gesamtgeschichte nicht den alltäglichen Geschehnissen entspricht. Wie auch bei jedem anderen Werk muss der Charakter in eine individuelle und einzigartige Geschichte eingebettet sein, der ihn im Verhältnis zu anderen, vor allem Nicht-Spieler-Charakteren, eigentümlich erscheinen lässt. Dann könnte ein Char ähnlich einer Romanfigur über den Fabelschutz geschützt werden.¹⁹⁶ Ein Mindestmaß an gestalterischer Qualität¹⁹⁷ muss vorliegen. Aufgrund der Kurzlebigkeit und der überwiegend grafiklastigen, wenig inhaltsorientierten Browsergames dürfte dies nur ausnahmsweise bei solchen MMORPGs zutreffen, die das Rollenspiel per Forum intensiv betreiben.

¹⁸⁹ *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 655 meinen, ein Charakter könne als selbstständiger Teil eines Computerprogramms Schutz nach dem Urheberrecht genießen. Der Bezug auf den “Charakter” ist jedoch zu ungenau, da eine Differenzierung zwischen dem Avatar bzw. Char und dem dargestellten Charakter notwendig ist. Auch *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 47 unterscheidet nicht zwischen der visuell wahrnehmbaren Figur und der fiktiven Rollenspielpersönlichkeit.

¹⁹⁰ *Schack* § 9 Rn. 159; *Hertin* Rn. 57.

¹⁹¹ Dies halten auch für möglich: *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 724.

¹⁹² *Bullinger* in *UrhR PraKo* § 2 UrhG, Rn. 48.

¹⁹³ *Loewenheim* in *Schricker* § 2 UrhG, Rn. 84.

¹⁹⁴ Zum Streit, ob Gegenstand des Urheberrechtsschutzes nur die Form eines Werkes oder auch dessen Inhalt sein kann: *Loewenheim* in *Schricker* § 2 UrhG, Rn. 53ff..

¹⁹⁵ *Schulze*, ZUM 1997, 77ff. 78, LG Berlin ZUM 2001, 608, 612 (Songs about Harry), BGH GRUR 1999, 984-988 [987] (Laras Tochter), BGH GRUR 1994, 191-206 [192] (Asterix-Persiflagen).

¹⁹⁶ *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 724 zu Avataren, die m.E. aber nur die bildhafte nicht die inhaltliche Ausgestaltung einer Figur sind.

¹⁹⁷ *Rehbinder* § 11, Rn. 153.

Ein urheberrechtlicher Schutz einer im Rollenspiel erstellten fiktiven virtuellen Persönlichkeit ist demnach als Sprachwerk möglich.

(4) *Item geschützt als Werk der bildenden Kunst*

Items könnten ebenfalls neue Werke des Spielers, namentlich Werke der bildenden Kunst¹⁹⁸ gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG sein. Fraglich ist hier jedoch, ob überhaupt die gestalterische geistige Höhe erreicht wird. Bei der Qualifizierung als urheberrechtlich geschütztes Werk und damit als Immaterialgut kommt es entscheiden darauf an, ob die jeweiligen Objekte von der Plattform abgrenzbar sind und ihnen einen Mehrwert bzw. Verkehrswert zugeordnet werden kann.¹⁹⁹

Items werden – technisch betrachtet – in der Regel vom Betreiber mit der Software oder aber als Datenbankinhalt²⁰⁰ “bereitgestellt”.²⁰¹ Er hat das Spielgeschehen und damit auch die Items vollumfänglich vorprogrammiert bzw. vorprogrammieren lassen.²⁰² Der Nutzer schafft also keinen Mehrwert,²⁰³ selbst wenn man annähme, dass sich ein Item vom Spiel abgrenzen²⁰⁴ lässt. Dies gilt vor allem für spielinterne Zahlungsmittel, Wirtschaftsgüter oder Waffen.²⁰⁵

Im Einzelfall kann ein Spieler, je nach Gestaltungshöhe des Items, Urheber des Items sein.²⁰⁶ Dies gilt vor allem dann, wenn der Spieler im Spiel in die Lage versetzt wird, eigenständig mit Hilfe der Programmierung Items zu erstellen.²⁰⁷ Items können bei

¹⁹⁸A.A. sieht auch die Items als Modalität des Programms, *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 49, 52.

¹⁹⁹*Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768 mit Verweis auf *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 Rn. 26.

²⁰⁰*Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 435.

²⁰¹*Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 34.

²⁰²*Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 400, *Schulze*, ZUM 1997, 77ff. 78; *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 276.

²⁰³*Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768; *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 34, 44.

²⁰⁴*Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 655.

²⁰⁵Mangels zugestandener Freiheiten beim “Crafting” sehen auch *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 842, Fn. 56 die Gestaltungshöhe bei den meisten Spielen als zu gering an.

²⁰⁶Konkret zu Second Life: *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 723. a.A. *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 46, die vom Avatar gesonderte virtuelle Gegenstände nicht immaterialgüterrechtlich qualifiziert.

²⁰⁷So hat jüngst das LG Köln entschieden, dass Texturen der Onlineplattform Second Life im Einzelfall durchaus urheberrechtlich geschützt sein können: “Dabei geht die Kammer davon aus, dass auch im “virtuellen Raum”, hier im Rahmen der Online-Plattform “Second Life”, urheberrechtlich geschützte Werke entstehen können, wenn diese dem Schutz einer der in § 2 UrhG genannten Werkarten zuzuordnen sind.“. LG Köln ITRB 2008, 123 mit Verweis auf *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768.

Onlinespielen daher in seltenen Fällen als neue Werke im Spiel und damit als Immaterialgut²⁰⁸ einzuordnen sein.²⁰⁹

(5) *Urheberschaft*

Avatare, Chars und Items können Werke sein. Es stellt sich nur die Frage, wessen Werke sie sind, wer also Urheber dessen ist.

Nach § 7 UrhG ist der Schöpfer des Werkes der Urheber und zwar entweder als Alleinurheber gem. § 7 bzw. § 9 UrhG oder als Miturheber gem. § 8 UrhG. Da es sich um eine menschliche Schöpfung²¹⁰ handeln muss, können juristischen Personen nicht Urheber eines Werkes sein.

Der häufigste Fall im Browsergamebereich ist der, dass ein Spieler einen Avatar oder ein Item als Bild bzw. Foto auf den Server des Betreibers lädt. Für fremde Werke bräuchte der Spieler eine Zustimmung des Urhebers dessen, da es sich hierbei wieder um eine Vervielfältigung handelt.²¹¹ Selber Urheber wäre er nicht. Dies dürfte nur dann der Fall sein, wenn durch mehrere Grafiken ein neues Werk entstünde. In diesem Fall wäre ausschließlich der Spieler Urheber, nicht aber der Betreiber.

Eine andere Variante besteht darin, dass Avatare und Items mit Hilfe einer Software erstellt werden. Grundsätzlich sind vorprogrammierte Avatare und Items Werke des Programmierers²¹² bzw. des Grafikers.²¹³ Ggf. kann auch Miturheberschaft von Programmierer und Grafiker angenommen werden.²¹⁴ Bei der Anwendung von Software ist nämlich immer derjenige Urheber, der das Werkzeug anwendet.²¹⁵ Erstellt hingegen ein Spieler mit einer vom Betreiber bereitgestellten Software einen Avatar oder ein Item, ist er Urheber gem. § 7 UrhG, nicht der Programmierer dieser Software oder gar der Betreiber.

²⁰⁸Generell virtuelle Gegenstände als Immaterialgut einordnend: *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 721.

²⁰⁹*Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 276.

²¹⁰*Rehbinder* § 11, Rn. 146; Schmid/Wirth in *UrhG HaKo* § 2 UrhG, Rn. 2.

²¹¹*Schulze*, ZUM 1997, 77ff. 81.

²¹²So jedenfalls, wenn man den sie als Teil des Programms geschützt sieht. *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 658. Gegen ein Urheberschaft des Programmierers OLG Frankfurt GRUR 1983, 757-758 (Donkey Kong Junior).

²¹³Wenn man die grafische Darstellung des Avatars unabhängig von der Programmierung geschützt sieht. Auswirkungen der Einordnung von Computerspielen als filmähnliche Werke auf die Bestimmung der Urheberschaft diskutieren *Poll/Brauneck*, GRUR 2001, 389ff. 391, 392.

²¹⁴*Schulze*, ZUM 1997, 77ff. 80, 83.

²¹⁵*Schulze*, ZUM 1997, 77ff. 80.

Ebensowenig, wie es eine Rolle spielt, ob die Beteiligten vertraglich vereinbaren, es handele sich um Werke, hat es keine Auswirkungen auf die Urheberschaft, wenn der Betreiber diese proklamiert: „Mit einem Urheberrecht belohnt wird nicht die Proklamation, sondern die schöpferische Tat.“²¹⁶ Deshalb ist es für den Betreiber von besonderem Interesse, dass ihm das Recht an der Nutzung des möglicherweise vom Spieler erstellten Werkes in Gestalt des Avatars, Items oder Chars eingeräumt wird.²¹⁷

(6) *Zwischenergebnis*

Zwischen einem Spieler und einem Betreiber kann ein Vertrag in Bezug die Einräumung von Rechten an dem individuell erstellten Avatar, Char und den Items des Spielers zustande kommen.²¹⁸ Da diese Werke des Spielers normalerweise noch nicht existieren, richtet sich eine mögliche Vereinbarung auf zukünftig²¹⁹ entstehende Werke. Soweit also ein Werk entsteht, dessen Urheber der Spieler ist, so kann dem Betreiber mit einem Vertrag ein Recht zur Nutzung derer gem. § 31 UrhG eingeräumt werden.²²⁰ Kommt kein rechtsgültiger Vertrag zustande oder unterlässt der Betreiber eine entsprechende Regelung in den AGB, wird sich der Spieler auf die gesetzlichen Regelungen des UrhG berufen können.²²¹

cc) **Schuldrechtlicher Vertrag**

In der bis dato vorliegende Literatur finden sich kaum Aussagen über die vertragliche Einordnung von kostenlosen Onlinespielen und Browsergames. Vereinzelt wird unpräzise von Nutzungsverträgen gesprochen.²²² Dabei werden urheberrechtliche

²¹⁶ *Schack* § 9, Rn. 155.

²¹⁷ *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 277 speziell zur Rechtslage bei Second Life. Zur Urheberschaft von Items in der clientbasierten „Entwicklungsplattform“ Second Life auch *Psczolla* S. 36.

²¹⁸ So regelt der Anbieter Bigpoint für seine zum Teil clientbasierten Spiele in Ziff. 9.6.1 der Nutzungsbedingungen: „Alle Rechte an den vom Nutzer eingestellten Informationen verbleiben bei diesem. Durch das Einstellen von Information in die Plattform Bigpoint und/oder deren Spiele bzw. Services gewährt der Nutzer der Bigpoint GmbH eine nicht ausschließliche, entgeltfreie und jederzeit frei widerrufliche Lizenz, um diese Inhalte auf der Plattform Bigpoint bzw. den Spielseiten öffentlich darzubieten, öffentlich anzuzeigen, zu reproduzieren und zu verbreiten.“ zuletzt abgerufen am 3.4.2009 unter http://www.bigpoint.com/agb/bigpoint_agb_de_v10.pdf.

²¹⁹ *Rehbinder* § 44, Rn. 580.

²²⁰ *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 277.

²²¹ *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 9 zur umgekehrten Variante, dass sich ein Softwareanbieter auf das UrhG berufen kann, wenn ein Vertrag nicht rechtsgültig ist.

²²² So zum Beispiel *Habel*, MMR 2008, 71ff. 74.

Vereinbarungen nicht isoliert und für sich alleine getroffen. Vielmehr sind sie regelmäßig Teil eines Vertrages mit weiteren Haupt- und Nebenleistungspflichten, der einem Vertragstyp des BGB entspricht (Kauf-, Werk-, Dienst- oder Mietvertrag).²²³ Fraglich ist daher, welche schuldrechtlichen Vertragstypen in Ergänzung zu der urheberrechtlichen Vereinbarung zwischen den Beteiligten noch in Betracht kommen. Mangels Entgeltlichkeit sowie fehlender dauerhafter Überlassung eines Clients scheiden bei kostenlosen Browsergames offensichtlich Dienst-, Werk- und Kaufvertrag aus. In Betracht kommt jedoch ein anderer gesetzlich geregelter unentgeltlicher Vertrag: die Leihe.

aaa) Leihvertrag

Bei Browsergames ist die vordringliche Frage, worauf man bei der rechtlichen Beurteilung einer möglichen Gebrauchsüberlassung in Form einer Leihe gemäß § 598 BGB abstellt:

- auf den Datenbank- oder den Applikationsserver oder
- auf die dem Spiel zugrunde liegenden Daten in Gestalt der Spielsoftware?

(1) *Leihvertrag bzgl. der Server*

Der Betreiber könnte dem Spieler konkludent die Nutzung der Server gewähren.²²⁴ Der Spielbetreiber benötigt als Content Provider zumindest einen Server für die Software und einen für die Datenbank. Wenn er diese Server nicht selber vorhält, schließt er entsprechende Verträge mit sog. Host Providern. Host Provider stellen Speicherplatz im Internet für fremde Inhalte zur Verfügung, wie zum Beispiel die Vermieter von Webservern und Adressen.²²⁵ Server sind Sachen i.S.d. § 90 BGB, soweit es sich um einen physikalischen Server handelt. Virtuellen Servern sind dagegen nur Teile eines physikalischen Servers. Sie sind nur durch die Programmierung

²²³ *Dreier/Vogel* S. 140.

²²⁴ So spricht sich *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 16 für einen Gebrauchsüberlassungsvertrag an dem Server aus. Sie verweist dabei auf *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 656. Diese halten auch die Anwendung von Mietrecht bei kostenpflichtigen Onlinespielen nicht für ausgeschlossen, stellen dabei aber auf die Nutzung eines virtuellen Raums ab, nicht auf den Server.

²²⁵ LG Düsseldorf, Urteil vom 23.5.2007, Az. 12 O 151/07 in JurPC Web-Dok. 161/2007, Abs. 39. BGH CR 1993, 506: "Werden Nutzungszeiten auf einem Großrechner eingeräumt, so ist das Miete und nicht Pacht, gegebenenfalls mit werkvertraglichen Elementen."

von den anderen virtuellen Servern getrennt. In jedem Fall ist eine Überlassung von Serverplatz praktisch möglich.²²⁶

Der Spieler erwartet vom Betreiber, dass seine Eingaben, seine generierten Werte und seine spielinternen Aktivitäten gespeichert werden²²⁷ und abrufbar sind. Damit werden diese Daten vorgehalten und der Zugriff darauf gewährt.²²⁸ Serverspeicherplatz auf einem der Server wird dem Spieler eines Browsergames dagegen normalerweise nicht überlassen.²²⁹ Aus objektiver Sicht wird nur die Nutzung der Spielsoftware an sich, nicht aber die Nutzung des Datenbankservers geschuldet. Anders als bei einem ASP-Vertrag, bei dem auf dem bereitgestellten Server womöglich Daten hinterlegt werden können und eigener Speicherplatz für eine Software vom Anbieter bereitgestellt und genutzt wird, erwartet ein Spieler nicht, den Server in dieser Weise gebrauchen zu können.²³⁰ Dies gilt weder bezüglich des Anwendungs- noch bezüglich des Datenbankservers. Er erwartet nur, das Spiel selber nutzen zu können.

Ein Leihvertrag bezüglich der Server scheidet daher aus.

(2) Leihvertrag bzgl. der Spielsoftware

Bei einem kostenlosen Browsergame könnte auch eine Leihe der Software vorliegen.

(a) Spielsoftware als Leihobjekt

Vorrangig eröffnet sich das Problem, wie eine Software sachenrechtlich zu behandeln ist, da das Gesetz nur eine Leihe von Sachen vorsieht.

Die überwiegende Ansicht meint, dass eine Software wie eine Sache zu behandeln

²²⁶Nach h.M. ist die entgeltliche Überlassung von Speicherplatz ein Mietvertrag, *Redeker*, IT-Recht Rn. 978 m.w.N..

²²⁷*Psczolla* S. 88.

²²⁸*Duranske* Kapitel 3, S. 45.

²²⁹Aufgrund fehlenden "Überlassens" lässt auch *Cichon* Rn. 1183-1186 u.a. eine Miete am Netzrechner des Webseitenanbieters bei kostenpflichtigem Browsen scheitern. Soweit sie noch eine Miete an den zugangsgeschützten Webseiten diskutiert, ist dies ebenfalls abzulehnen, da es sich dabei schlicht um Daten handelt und, wie *Cichon* Rn. 1187-1193 selber ausführt, auch aus anderen Gründen nicht das passende Rechtsinstitut ist.

²³⁰Anders *Psczolla* S. 109 zur clientbasierten Onlineplattform Second Life: „Da der Betreiber einer Entwicklungsplattform hinsichtlich der Verpflichtung zur Bereitstellung von Speicherplatz und zur Speicherung der fremden Inhalte als Host Provider fungiert, gilt für die vertragsrechtliche Einordnung nichts anderes als bei reinen Host Provider-Verträgen(...).“

sei.²³¹ Dies betonte der BGH²³² jüngst, als er für Application Service Providing Verträge (kurz: ASP-Verträge) Mietrecht für anwendbar erklärte, da eine Software durch die Speicherung auf einem körperlichen Medium ausreichende Körperlichkeit i.S.v. § 90 BGB erfahre und deshalb wie eine Sache zu behandeln sei.

Diese Auffassung wird jedoch – überwiegend von Teilen der Literatur – kritisiert. Die Einordnung der unterschiedlichen Arten der Nutzung von Computersoftware²³³ sei leichter interessens- und sachgerecht zu gestalten, wenn die Computersoftware als unkörperliche Sache bzw. Immaterialgut anerkannt werde.²³⁴ Diskutiert wird diese Rechtsfrage vor allem im Zusammenhang mit der Erstellung von Individualsoftware und der Frage nach der Anwendung von § 631 BGB oder § 651 BGB,²³⁵ da bei der Einordnung von Software als Sache die Herstellung einer Individualsoftware stets über § 651 BGB als Kaufvertrag behandelt werden müsste, was nicht nur verjährungstechnische Konsequenzen hat.²³⁶ Im Zusammenhang mit dem Herunterladen von Software aus dem Internet und dem Problem der Erschöpfung i.S.d. § 69 Nr. 3 Satz 2 UrhG bezeichnete im Übrigen auch das Landgericht München²³⁷ Software als “nicht körperlich, d.h. online übermitteltes Werk”.²³⁸

(aaa) Daten als Bestandteil einer Software

Dagegen, auf eine Verkörperung der Software abzustellen und sie über diesen Umweg als Sache zu behandeln, spricht, dass Daten keine körperlichen Sachen i.S.d. § 90 BGB sind.²³⁹ Auch wenn zwischen der sachen- und der schuldrechtlichen Be-

²³¹Zur h.M. siehe u.a. BGHZ 102, 135-152 [144], 109, 97-107 [100, 101], 143, 307-314 [309], BGH NJW-RR 1986, 219-220, BGH MDR 1997, 913; zur Literatur: *Mankowski*, MDR 2003, 854ff. 856, 857; *Hoeren IT-Vertragsrecht* Rn. 126, *Redeker*, IT-Recht Rn. 297, *Marly* Rn. 109 und ausführlich die Rechtsansichten darstellend: *Schneider in FA IT-Recht* Teil 2, Kapitel 4, Rn. 402ff. und 571ff., *Marly* Rn. 63-86.

²³²BGH NJW 2007, 2394-2396.

²³³Eine kurze Übersicht über die Vertragstypologie vor und nach der Schuldrechtsmodernisierung bietet *Junker*, NJW 2004, 3162ff. 3165, 3166.

²³⁴*Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161ff. 164, *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370ff. 2372 m.w.N., *Thewalt*, CR 2002, 1ff. 1-7, *Dierich*, CR 2002, 743ff. 473-480, *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361ff. 361-368, *Redeker*, CR 2004, 88ff. 88-91, *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 9-10.

²³⁵Siehe dazu u.a. *Dreier/Vogel* S. 141ff., *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361ff. 361-368.

²³⁶*Redeker*, IT-Recht Rn. 296, 297.

²³⁷LG München CR 2006, 159-163 [160] mit Anm. Haines/Scholz

²³⁸Zu diesem Thema ausführlich unter Kritik an dem Urteil des LG München in Bezug auf die Erschöpfung: *Hoeren*, CR 2006, 573ff. und *Huppertz*, CR 2006, 145ff..

²³⁹H.M. LG Konstanz NJW 1996, 2662, *Palandt* /Ellenberger, § 90 BGB, Rn. 2, *Bamberger* /Fritzsche, § 90 BGB, Rn. 25.; a.A. BGHZ 109, 97-107, [100, 101], *Marly*, BB 1991, 432ff..

urteilung zu trennen ist,²⁴⁰ können Daten schuldrechtlich nur wie Sachen behandelt werden, wenn hierfür ersichtlich eine Norm existiert oder die Voraussetzung einer analogen Anwendung vorliegen.

Im Rahmen des Kaufrechts bietet § 453 BGB eine Lösung zur Anwendung des Kaufrechts. Daten können als Gegenstände i.S.v. § 453 Abs. 1 BGB beurteilt werden.²⁴¹ Insoweit bedarf es den von der alten Rechtsprechung gewählten Umweg über die Verkörperung der Daten durch den Datenträger nicht mehr.²⁴² Außerhalb des Kaufrechts kann dagegen nur eine Analogie²⁴³ in Betracht kommen, wobei das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage relevant ist, nicht eine zufällige Verkörperung der Daten. Es wäre auch inkonsequent im Rahmen des Kaufrechts Software als Gegenstand i.S.d. § 453 Abs. 1 BGB zu sehen und bei anderen Vertragstypen wieder auf eine Verkörperung abzustellen.

(bbb) Vertragsgegenstand

Es entspricht auch den Interessen der Parteien, dass nicht die Verkörperung der Software für das rechtliche Schicksal der Software entscheidend sein kann.

Gegenstand des Vertrages ist immer die Software selber, bzw. ihre Nutzung und nicht das Speichermedium.²⁴⁴ Bei einem Kauf einer Software-CD liegt noch nahe, auf die CD als Verkörperung abzustellen. Gleichwohl besteht der wirtschaftliche Wert nicht in der CD, sondern in der Software als Leistung des/der Programmierer.²⁴⁵ Erwirbt zum Beispiel ein Spieler einen Datenträger mit einer Spielsoftware, so wird er diese auf seinem Computer speichern. Der Datenträger dient dann ggf. noch als Sicherungskopie,²⁴⁶ ist ansonsten aber nicht mehr notwendig. Im Übrigen besagt die Vereinbarung hinsichtlich des Datenträgers noch nichts über die Rechte der dort enthaltenen Immaterialgüterrechte, was auch § 44 Abs. 1 UrhG verdeutlicht.²⁴⁷ Danach wird bei Veräußerung des Originalwerks dem Erwerber im Zweifel *kein* Nutzungsrecht eingeräumt.

²⁴⁰LG Konstanz NJW 1996, 2662.

²⁴¹Palandt /Weidenkaff, § 433 BGB, RN. 9, Bamberger /Fritzsche, § 90 BGB, Rn. 26.

²⁴²Wemmer/Bodensiek, K&R 2004, 423ff. 436.

²⁴³Schneider in *FA IT-Recht* Teil 2, Kapitel 4, Rn. 644 meint, mit der Annahme einer Analogie oder eines Vertrages sui generis würde das Problem der Sacheigenschaft der Software umgangen.

²⁴⁴Zweifel an der Sachqualität der Software haben im Zusammenhang mit Softwaredownloads und ASP-Verträgen auch Rippert/Weimer, ZUM 2007, 272ff. 273 mit Verweis auf Hilty, MMR 2003, 3ff..

²⁴⁵Thewalt, CR 2002, 1ff. 4.

²⁴⁶Vergleiche insoweit auch die Beschreibung von König, NJW 1989, 2604ff. 2605.

²⁴⁷Hilty, MMR 2003, 3ff. 7.

(ccc) Datenspeicherungsform

Mit steigenden Datentransferkapazitäten werden Datenträger darüber hinaus nicht nur generell verzichtbar. Es ist den Parteien regelmäßig auch gleichgültig, wie die Daten übertragen werden.²⁴⁸ Die Irrelevanz der Datenspeicherungsform wird durch einen Gesichtspunkt besonders deutlich: „Der Käufer von Standard-Software würde häufig – insbesondere im Falle der Datenfernübertragung – einen Gegenstand kaufen, der ihm schon gehört, nämlich sein eigenes Speichermedium“.²⁴⁹ Dies übersah der BGH auch in der ersten Entscheidung²⁵⁰ bzgl. der Datenübertragung mittels Kabel sowie in seiner jüngsten Entscheidung²⁵¹ zu dem ASP-Vertrag. Statt auf eine „Verkörperung“ der Software abzustellen hätte der BGH sich, wie *Müller-Hengstenberg/Kirn*²⁵² zutreffend anmerken, wie bereits in vorangegangener Rechtsprechung, bei der vertraglichen Einordnung an einem angemessenen Leitbild orientieren können. Nur so kann auch eine Analogie begründet werden. Von der herrschenden Ansicht wurde im Übrigen nicht geklärt, ob eine Vermischung von Daten auf dem Datenträger vorliegen kann, was möglicherweise zum Vorliegen einer Gesamtsache²⁵³ führen könnte.²⁵⁴

(ddd) Virtuelles Eigentum aufgrund virtuellen Hausrechts

Möglicherweise könnte „virtuelles Eigentum“ an einer Software bestehe und deshalb die Sachqualität derselbigen bejaht werden.

Virtuelles Eigentum könnte sich aus dem sog. „virtuellen Hausrecht“²⁵⁵ ergeben. Letzteres ist mittlerweile anerkannt.²⁵⁶ Es findet seine Grundlage entweder im Eigentumsrecht gemäß § 903 BGB oder dem Besitzrecht gemäß §§ 858, 862 BGB des

²⁴⁸ *Dierich*, CR 2002, 743ff. 475.

²⁴⁹ *Dierich*, CR 2002, 743ff. 475.

²⁵⁰ BGHZ 109, 97-107 [101].

²⁵¹ BGH NJW 2007, 2394-2396.

²⁵² *Müller-Hengstenberg/Kirn*, NJW 2007, 2370ff. 2372.

²⁵³ *Palandt* /Ellenberger, Überbl. v. § 90 BGB, Rn. 5 verwendet die Bezeichnung Sachgesamtheit.

²⁵⁴ *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 436.

²⁵⁵ „Dazu zählt vor allem das Recht des Providers zu entscheiden, wer mitspielen darf und wer nicht.“ AG Regensburg, Urteil vom 27.4.2006 - Az. 9 C 3693/05 abgerufen am 5.4.2009 unter <http://www.online-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Regensburg-20060427.HTML>.

²⁵⁶ Zu einem Onlinespiel: AG Regensburg, Urteil vom 27.4.2006 - Az. 9 C 3693/05. Zu einem Chat: OLG Köln MMR 2001, 52.; LG Bonn MMR 2000, 109-111; Zu einem Onlineshop: OLG Hamburg MMR 2008, 58-59; zu einem Internetforum: LG München, Urteil vom 25.10.2006 - Az. 30 O 11973/05, JurPC Web-Dok. 100/2007.

Providers am Server²⁵⁷ in Form der Hardware.²⁵⁸ Rechtsgrundlage ist dann §§ 1004 BGB²⁵⁹ analog bzw. §§ 858, 862 BGB.²⁶⁰

Das LG Bonn stellte in einer Entscheidung²⁶¹ erstmalig auf eine Parallele zum Hauseigentümer ab, sodass es darauf ankomme, wer über das “virtuelle Betreten” der Plattform entscheiden dürfe. Die Frage, welche Rechte mit dem Besitz oder dem Eigentum an einer Hardware einhergehen, ist jedoch von der Frage zu unterscheiden, wer welche Rechte an der Software und den Daten auf dem Server besitzt.

Die mit den Entscheidungen befassten Gerichte haben zwar zu Recht ein virtuelles Hausrecht anerkannt. Dies ist aber nicht so zu verstehen, dass es ein virtuelles Eigentum des Betreibers hinsichtlich der auf einem Server zur Verfügung gestellten Software gibt.²⁶² Daher ist das “virtuelle Eigentum” ein Schlagwort für die Behandlung eines virtuellen Gegenstandes als Sache, obwohl dies rechtstechnisch verneint werden müsste.²⁶³

Vom virtuellen Hausrecht kann deshalb nicht auf die Eigentumsfähigkeit einer Software geschlossen werden. Das wird schließlich dadurch deutlich, dass ein gesetzlicher Eigentumsübergang gem. §§ 946ff. BGB auf den Eigentümer der Hardware durch Installation einer Software oder Generierung von Daten durch die installierte Software gerade nicht stattfindet. Dies ist darin begründet, dass eine Software und einzelne Daten immer ohne physikalische Beeinträchtigung von einer Hardware getrennt werden können und selber auch keine Sachen sind, die zu einer Gesamtsache verschmel-

²⁵⁷*Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 766.

²⁵⁸Unter Hardware ist ein Konfiguration physikalischer Einheiten zu verstehen, die es ermöglicht, Informationen wahrzunehmen oder zu verarbeiten, die von dem Informationsmedium – der Software – zur Verfügung gestellt werden. Zu den Grundelementen einer Datenverarbeitung gehören die CPU (= Central processing Unit = Zentraleinheit), die die Programme zur Ausführung bringt, interne und externe Speichereinheiten, sowie Ein- und Ausgabereinheiten, die die Kommunikationsschnittstelle nach außen bilden. *Weber-Steinhaus* S. 9.

²⁵⁹Erstmalig für eine analoge Anwendung von § 1004 BGB: LG Bonn MMR 2000, 109-111 [110], insoweit rechtskräftig bestätigt durch OLG Köln MMR 2001, 52; LG München, Urteil vom 25.10.2006 - Az. 30 O 11973/05, JurPC Web-Dok. 100/2007.

²⁶⁰LG München, Urteil vom 25.10.2006 - Az. 30 O 11973/05, JurPC Web-Dok. 100/2007. Zum virtuellen Hausverbot durch IP-Sperrung basierend auf §§ 8 I, 3, 4 Nr. 10 UWG siehe OLG Hamm CR 20088, 450-451.

²⁶¹LG Bonn MMR 2000, 109-111 [110].

²⁶²So versteht es aber *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 18.

²⁶³Eine analoge Sachqualität hinsichtlich Items und Accounts bejahen *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767, *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 840, *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 655f., *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352. Ein “virtuelles Eigentum” grundsätzlich ablehnend und § 389 BGB beim Übertragen von virtuellen Gegenständen anwendend: *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 435f., *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 274, *Psczolla*, JurPC Web-Dok. 31, *Psczolla* S. 69, der ausführlich die Rechte an virtuellen Gegenständen behandelt.

zen können. Daher ist ein Rückschluss von Rechten am Server auf das Recht an der darauf gespeicherten Software oder gar den Datenbankinhalten ausgeschlossen.

(aa) Zwischenergebnis

Grundsätzlich unterliegt Software daher den allgemeinen Regeln des Immaterialgütervertragsrechts.²⁶⁴ Ob sie schuldrechtlich wie eine Sache zu behandeln ist, kann sich ggf. nur aus der Interessenlage,²⁶⁵ und damit dem “wirtschaftlich Endzweck”²⁶⁶ ergeben. Im Kaufrecht ist dieser Gedanke bereits in § 453 BGB umgesetzt.²⁶⁷ Für andere Vertragstypen ist diese Überlegung jedoch entscheidend, nicht die zufällige Verkörperung der Software.

(b) Leihvertragsrecht analog

Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Software als immaterieller Gegenstand mangels Sachqualität kein Leihobjekt sein. Nichtkörperliche Gegenstände – insbesondere Rechte – sind vom Wortlaut des § 598 BGB nicht erfasst.²⁶⁸ Gleichwohl kommt eine analoge Anwendung der §§ 598 BGB in Betracht, da auch bei der zeitweiligen unentgeltlichen Überlassung von Rechten eine analoge Anwendung von Leihvertragsrecht bereits anerkannt ist.²⁶⁹

(aa) Planwidrige Regelungslücke

Für Spielsoftware, die ausschließlich im Internet gespielt wird und zu keinem Zeitpunkt in den Verfügungsbereich des Spielers gelangt, gibt es keine gesetzlichen Regelungen. Dies findet seine Ursache darin, dass die mediale Entwicklung sehr schnell voranschreitet. Der Gesetzgeber kann dieser raschen Entwicklung nur mit zeitlicher Verzögerung den gebührenden rechtlichen Rahmen verschaffen. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke ist daher offenbar.

²⁶⁴ *Hilty*, MMR 2003, 3ff. 10.

²⁶⁵ *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161ff. 165, dessen Ansicht auch *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. S. 436 für zutreffend halten.

²⁶⁶ BGHZ 109, 97-107 [100, 101] zu einer per Datenkabel übertragenen Software. Der BGH nahm hier wegen des Endzwecks der Übertragung Kaufrecht an, stellt aber nicht auf eine Verkörperung ab.

²⁶⁷ In der Entscheidung zum ASP-Vertrag verschließt sich der BGH diesen Überlegungen und stellt wieder auf eine Verkörperung der Software ab, BGH NJW 2007, 2394-2396.

²⁶⁸ *MüKo Bd. 3 /Häublein*, § 598 BGB, Rn. 4.; *Staudinger /Reuter*, § 598 BGB, Rn. 6.

²⁶⁹ H.M. *Staudinger /Reuter*, § 598 BGB, Rn. 9, *MüKo Bd. 3 /Häublein*, § 598 BGB, Rn. 6; a.A. für die analoge Anwendung von Pachtvertragsrecht ergänzt durch Vorschriften des Leihvertragsrecht, soweit das Pachtrecht auf die Entgeltlichkeit abstellt: u.a. *Fikentscher SchR* § 77, Rn. 841.

(bb) *Vergleichbare Interessenlage*

Zudem müsste das tatsächliche Verhältnis bei der Nutzung eines Onlinespiels vergleichbar mit der Nutzung einer Sache zu Leihzwecken sein.

Der Browsergamevertrag ist wie die Leihe ein Dauerschuldverhältnis.²⁷⁰ Beide zeichnen sich durch eine zeitlich dauernde Leistungserbringung²⁷¹ aus. Sowohl bei der Leihe als auch bei Browsergames haben die entsprechenden Schuldner (Entleiher und Spieler) keine wirtschaftlichen oder rechtlichen Nachteile, wenn das Rechtsverhältnis beendet wird. Dass der Spieler in der für das Spiel aufgewendeten Zeit einen Nachteil sieht, steht dem nicht entgegen.²⁷² Denn auch bei der Leihe einer Sache hat ein Entleiher bei Nutzung des Leihobjektes Zeit investiert. Ein unmittelbarer Nachteil erwächst dabei weder Spieler noch Entleiher.

Soweit es allerdings um die Vorschriften bezüglich des Verwendungsersatzanspruches und der Abnutzung des Leihobjektes geht, ist eine Vergleichbarkeit nicht gegeben. So sieht das Gesetz vor, dass der Entleiher die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache zu tragen hat, § 601 BGB. Dies entspricht dem Umstand, dass der Verleiher die Sache unentgeltlich und demnach ohne eigenen Nutzen einem Entleiher überlässt. Diese Situation ist mit der bei einem Browsergame gerade nicht vergleichbar. Ein Spielbetreiber kommt für die Kosten, die das Spiel verursacht (insb. Providerkosten, Domainkosten etc.) selber auf. Es gibt keine Möglichkeit, in der der Spieler Verwendungen auf das Spiel tätigt. Ein Spieler leistet keine freiwillige Vermögensopfer, die dem Spiel zugute kommen. Ein Verwendungsersatzanspruch gem. § 601 BGB gegen den Spieler scheidet daher aus.

Auch die Regelung zur Abnutzung der Sache in § 602 BGB ist mit der Situation des Spielens eines kostenlosen Spiels nicht vergleichbar. Ein Computerspiel verschlechtert sich, anders als eine ausgeliehene Sache durch die vertragsgemäße Verwendung nicht.

²⁷⁰Ein Dauerschuldverhältnis bei Onlinespielen bejahend: *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 434, *Habel*, MMR 2008, 71ff. 75, *Psczolla* S. 89. Ein Dauerschuldverhältnis nimmt bei Bereitstellung einer Software auf einem Server zum Download *Redeker*, ITRB 2008, 65ff. 66 an. Zum Dauerschuldverhältnis allgemein: *Palandt* /Grüneberg, § 314 BGB, Rn. 2.

²⁷¹Zur Definition des Dauerschuldverhältnisses: *Schlechtriem* Rn. 24.

²⁷²Zum Thema "Spielzeit als wirtschaftliches Interesse des Spielers" siehe oben, Seite 17ff.

(cc) Verschaffung durch Online-Nutzung

Im Übrigen wird dem Spieler wie dem Entleiher das Leihobjekt auch verschafft. Verschaffung des Gebrauchs bedeutet regelmäßig die Einräumung des unmittelbaren Besitzes, es sei denn, der vertragsgemäße Gebrauch erfordert einen solchen nicht.²⁷³ Die Besitzverschaffung ist für die Leihe nämlich nicht konstitutiv.²⁷⁴ Die durch die Leihe eingeräumte Gestattung des Gebrauchs ist nichts anderes als die Verschaffung der Nutzungsmöglichkeit.²⁷⁵ Demnach ist auch eine besitzlose Leihe möglich und wie der BGH für das Mietrecht entschied, genügt es für die Gebrauchsgewährung, wenn dem Nutzer der Zugang zur verschafft wird, der auch online erfolgen kann.²⁷⁶ Durch die Gewährung des Zugangs zum Browsergame wird dem Spieler die Nutzung der Spielsoftware verschafft und für eine gewisse Dauer gestattet. Nur durch diesen Onlinezugang ist es Nutzern auf der ganzen Welt möglich, auf die Software auf dem Anwendungsserver zuzugreifen. Der Zugang zur Software wird daher bei Browsergames besitzlos gewährt.

(c) Zwischenergebnis

Nach alledem liegt eine vergleichbare Interessenslage vor und die §§ 598ff. BGB – ausgenommen § 601 BGB und § 602 BGB – sind analog auf kostenlose Browsergames anwendbar.²⁷⁷ Dies hat vor allem die für den Betreiber günstige und interessengerechte Folge, dass er für Mängel analog § 600 BGB nur im Falle der Arglist Schadenersatz zu leisten hat.

bbb) Verwahrungsvertrag

Neben der Nutzung der Software hat der Spieler auch ein Interesse daran, dass seine Spieldaten (Punkte, Daten zu Avataren oder Items usw.) entsprechend gespeichert werden. Insoweit könnten auch die Vorschriften des Verwahrungsvertrages gem. § 688 BGB anwendbar sein. Jedoch betrifft ein solcher Vertrag zum einen ausschließlich

²⁷³ *MüKo Bd. 3* / Häublein, § 598 BGB, Rn. 16, § 535 BGB, Rn. 67.

²⁷⁴ H.M.: BGH NJW-RR 2004, 1566-1568, [1566], *MüKo Bd. 3* / Häublein, § 598 BGB, Rn. 6, *Staudinger* / Reuter, Vorbem. zu §§ 598ff. BGB, Rn. 19; a.A.: Eckstein-Puh in *Herberger*, *PraKo SchR* Bd. 2.2 § 598 BGB, Rn. 50.

²⁷⁵ BGH NJW-RR 2004, 1566-1568 [1566].

²⁷⁶ In Bezug auf die Anwendbarkeit von Mietrecht bei ASP-Verträgen: BGH NJW 2007, 2394-2396; *Dreier/Vogel* S. 219.

²⁷⁷ Wenn man mit der h.M. annimmt, dass es sich bei einer Software um eine Sache handelt, sind die §§ 598ff. BGB direkt anwendbar.

die Verwahrung von beweglichen Sachen. Daten sind jedoch keine Sachen, sondern immaterielle Gegenstände.²⁷⁸ Zudem ist die Interessenslage nicht vergleichbar. Die Datenspeicherung ist nicht Hauptzweck der Vertragsbeziehung, da ein Spielbetreiber kein Host Provider,²⁷⁹ sondern Content Provider ist.²⁸⁰ Als solcher bestimmt oder überlässt²⁸¹ er den Inhalt²⁸² auf seiner Website und ist demnach für ihn verantwortlich.²⁸³ Er erbringt die den Vertrag charakterisierende Leistung.²⁸⁴ Die Entstehung von Daten beim Spielen ist die zwingende Folge der Nutzung der Spielsoftware. Hauptvertragszweck ist deren Nutzung, weshalb die Speicherung der Daten nur eine Nebenpflicht darstellt. Ein Verwahrungsvertrag kann daraus nicht entnommen werden.

ccc) Rahmenvertrag

Schließlich kommt in Betracht, den Nutzungsvertrag als Rahmenvertrag zu sehen. Viele Browsergames werden nicht nur kostenlos angeboten. Vielmehr werden dem Spieler weitere Spielelemente gegen Entgelt angeboten. Dies kann ein Premiumaccount sein, der – aufgesetzt auf den kostenlosen Basis-Account – bessere Erfolgchancen im Spiel verspricht. Oder aber es können Items, bevorzugt spielinterne Zahlungsmittel, erworben werden. In dieser Konstellation kann der Vertrag bezüglich des kostenlosen Basis-Accounts zugleich als Rahmenvertrag für weitere vertragliche Vereinbarungen dienen.²⁸⁵

²⁷⁸Siehe oben, Seite 21.

²⁷⁹Anders *Psczolla* S. 109 für sog. "Entwicklungsplattformen".

²⁸⁰Zu den unterschiedlichen Providertypen siehe *Koch, IT-Recht* § 1, S. 2ff.. Eine Unterteilung beim Begriff Content Provider in Content Anbieter und Agentur nimmt Freytag in *Moritz/Dreier, E-Commerce* D Rn. 118ff. vor.

²⁸¹Jessen/Müller in *Moritz/Dreier, E-Commerce* B, Rn. 337.

²⁸²Inhalte sind typischerweise eigene Informationen, Dienste oder Produkte, Nielen in *Hoeren/Möglich/Nielen, Online-Auktionen* S. 240.

²⁸³*Schmidt* S. 48., *Koch, IT-Recht* § 1, S. 4. Anders kann dies gegebenenfalls bei Rollenspielen sein, in denen die Spieler den Inhalt einbringen und sich der Betreiber die Inhalte zu eigen macht. Insoweit kann eine Parallele zur Haftung von Content Providern gemäß § 10 TMG gezogen werden. Dazu statt vieler OLG Hamburg, Urteil vom 4.2.2009 Az. 5 U 180/07, MIR 03/2009, Dok.Nr. 067-2009.

²⁸⁴*Koch, IT-Recht* § 17, S. 831; Mankowski in *Spindler* Teil 3, Rn. 42.

²⁸⁵So *Lober/Weber, CR* 2006, 837ff. 839, *Geis/Geis, CR* 2007, 721ff. 721.

ddd) Ergebnis

Im Ergebnis handelt es sich bei einem kostenlosen Browsergame um einen Lizenzvertrag hinsichtlich der vom Spieler ggf. erstellten Werke bei Nutzung der Software des Betreibers und einen gemischten Nutzungsvertrag²⁸⁶ bezüglich der Software auf dem Applikationsserver. Auf diesen gemischten Vertrag finden die Vorschriften der Leihe analog Anwendung. Bietet der Betreiber noch zusätzlich kostenpflichtige Spielelemente an, wird diese gemischte Vereinbarung zum Rahmenvertrag für die entgeltlichen Vertragsteile. Im Ergebnis hat der Betreiber mangels gesetzlich definierter Regeln über die allgemeinen Geschäftsbedingungen eine gute Möglichkeit, das Rechtsverhältnis zum Spieler individuell zu gestalten.

b) Kostenpflichtige Browsergames

Bei kostenpflichtigen Browsergames erfolgt die einmalige oder regelmäßige²⁸⁷ Zahlung in Erwartung der Einräumung von Nutzungsrechten. Es entsteht ein gegenseitiges Schuldverhältnis, bei dem die beiderseitigen Leistungspflichten synallagmatisch miteinander verknüpft sind (do ut des).²⁸⁸ Ein solcher Browsergamevertrag ist daher ein vollkommen zweiseitiger Vertrag.

Hinsichtlich der dogmatischen Einordnung dieses Vertrages kommen mehrere Vertragstypen in Betracht. Erstens liegt aus den bereits zu den kostenlosen Browsergames ausgeführten Gründen²⁸⁹ ein Lizenzvertrag bezüglich der vom Spieler im Spiel erstellten Werke vor. Ergänzend könnte die Anwendung von Dienst-, Werk-, Miet- oder Pachtvertragsrecht angebracht sein.

aa) Dienstvertrag

Kernelement eines Browsergames ist die Ermöglichung der Nutzung des Spiels nach vorheriger Registrierung. Fraglich ist, ob darin auch eine Dienstleistung im Sinne des § 611 BGB zu sehen ist.²⁹⁰

²⁸⁶So auch *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 279.

²⁸⁷Die Nutzung kann auf bestimmten Zeitabschnitte begrenzt sein, für die immer wieder eine neue Berechtigung "erworben" werden muss. Oder aber es handelt sich um eine Art Abonnement. Von "Abonnement-Diensten" mit Verweis auf Informationsdienste u.ä. spricht *Cichon* Rn. 1170.

²⁸⁸Zum Synallagma: *Bamberger /Grothe*, § 320 BGB, Rn. 4.

²⁸⁹Siehe oben, Seite 34.

²⁹⁰Dienstleistungselemente sieht der Großteil der Rechtsliteratur bei Onlinespielverträgen: *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 434, *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839, *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 656, *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 721, *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768, *Habel*, MMR 2008, 71ff. 74.

Eine Dienstleistung im Sinne von § 611 BGB ist eine einmalige oder eine wiederkehrende zu leistende Arbeit, bei der der Dienstleistende abhängig, selbstständig oder sogar leitend tätig wird.²⁹¹ In negativer Abgrenzung zum Werkvertrag gem. § 631 BGB darf es sich nicht um eine auf die Herstellung eines Erfolges gerichtete Werkleistung handeln.²⁹²

aaa) Software- und Datenbanknutzung

Eine Dienstleistung könnte im Gewährenlassen oder in der Zulassung zum Spiel zu sehen sein.

(1) Vergleich mit Online-Auktionsplattformen

Zur Beurteilung der vom Betreiber geschuldeten Leistung könnte man einen Vergleich zu Internet-Auktionshäusern ziehen. Bei diesen wird die Versteigerungstätigkeit überwiegend als Geschäftsbesorgung auf dienst-²⁹³ oder werkvertraglicher Grundlage²⁹⁴ bewertet. Aufgrund der häufig ausschließlich am Erfolg der Versteigerung orientierten Bezahlung der Versteigerer und dem Schwerpunkt der Tätigkeit auf der Vermittlung eines Vertragsabschlusses ist die Annahme eines Maklervertrages allerdings überzeugender.²⁹⁵ Obwohl die Leistungen eines Onlineauktionators regelmäßig hinter denen eines üblichen Versteigerers zurückbleiben,²⁹⁶ werden auch entsprechende Onlineangebote von der h.M. in gleicher Weise eingestuft.²⁹⁷

Zwar basieren auch Auktionsplattformen auf einer Programmierung. Die Program-

²⁹¹ *Medicus*, SchR II BT S. 116, *Palandt* /Weidenkaff, Einf. v. § 611 BGB, Rn. 16.

²⁹² *Medicus*, SchR II BT S. 118.

²⁹³ *Palandt* /Sprau, § 675 BGB, Rn. 25 der auf *Wilmer*, NJW-CoR 2000, 94ff. 96 verweist. Dort nimmt *Wilmer* für Versteigerungen im fremden Namen auf fremde Rechnung einen Maklerdienstvertrag an.

²⁹⁴ *Erman* /Ehmann, § 675 BGB Rn. 7.

²⁹⁵ *Wilmer*, NJW-CoR 2000, 94ff. 96. Einen Handelsmaklerdienstvertrag bei Erfolgsprovision nehmen Meyer/Mönig in *Hoeren/Möglich/Nielen*, Online-Auktionen S. 96-99, *Spindler/Wiebe* /Wiebe, Kapitel 4, Rn. 6 an.

²⁹⁶ *Wilmer*, NJW-CoR 2000, 94ff. 98.

²⁹⁷ LG Kleve NJW-RR 2005, 1630-1632 [1631]; Meyer/Mönig in *Hoeren/Möglich/Nielen*, Online-Auktionen S. 96-99, *Spindler/Wiebe* /Wiebe, Kapitel 4.

mierung ist anders als bei Browsergames aber einzig ein notwendiges Mittel, damit der Anbietende seine Angebote einstellen kann. Dahingegen ist bei Browsergames die Nutzung dieser Software gerade Gegenstand der Vertragsbeziehung und nicht bloßes Mittel zum Zweck. Im Übrigen zeichnet typische Onlineauktionsplattformen aus, dass auf ihnen Auktionen im fremden Namen und auf fremde Rechnungen durch den Anbieter/Versteigerer betrieben werden. Für dieses Tätigwerden wird der Betreiber (prozentual) vergütet.

Bei Browsergames ist die Vergütung eine Kompensation für die Nutzungsmöglichkeit des Spiels und zwar unabhängig vom tatsächlichen Spielaufwand, den der Spieler tätigt. Die Bezahlung ist demnach weder auf einen Erfolg noch auf fortwährendes Tätigwerden des Betreibers gerichtet. Im Ergebnis lassen sich Online-Auktionsplattformen und Browsergames daher nicht vergleichen.

(2) Vergleich mit Community-Plattformen

Soweit eine Dienstleistung aufgrund einer Gleichbehandlung von Community-Plattformen und Onlinespielen gesehen wird,²⁹⁸ überzeugt dies bereits deshalb nicht, weil es auch bei Onlineplattformen ganz unterschiedliche Leistungsinhalte gibt. Eine reinen "Plattformvertrag",²⁹⁹ unter den sich Browsergames subsumieren lassen könnten, gibt es im Übrigen nicht.

(3) Vergleich mit Bibliotheken und Datenbanken

Man kann die Zurverfügungstellung der Browsergames auch mit der Nutzung von Bibliotheken³⁰⁰ oder Abrufdiensten im Internet³⁰¹ vergleichen, an denen der Begünstigte selber agieren muss, um den gewollten Nutzen zu ziehen.

Auch ein Betreiber eines Browsergames muss nicht mehr aktiv werden, da er sei-

²⁹⁸So *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 434 u.a. mit Verweis auf *Härting*, CR 2001, 37ff. 43.

²⁹⁹*Härting/Schätzle*, ITRB 2006, 186ff. 186.

³⁰⁰Hier wird zwischen den Beteiligten ein Nutzungsvertrag eigener Art ggf. mit weiteren (z.B. leihvertraglichen) Elementen vorliegen. Der Vertrag, den ein Bibliothekennutzer mit den Betreibern der Bibliothek schließt, hängt im Einzelnen auch davon ab, ob es sich um eine private oder öffentliche Bibliothek handelt. Im ersten Fall ist es ein Vertrag eigener Art, der durch die Benutzungsordnung seinen Regelungsinhalt findet.

³⁰¹"Mit dem Abruf einer einzelnen gebührenpflichtigen Webseite holt sich der Nutzer genau diese Inhalte auf seinen Rechner, nur verpackt in eine grafische Benutzeroberfläche." *Cichon* Rn. 1227. Typische Beispiele hierfür sind Angebote zum kostenpflichtigen Download von Urteilen aus einer Urteilsdatenbank.

ne Programmierleistungen,³⁰² die nicht Vertragsgegenstand ist, bereits im Vorfeld erbracht hat. Er gewährt dem Nutzer also die Nutzung der Software zum Spielen wie der Bibliothekenbetreiber die Nutzung der Bücher zum Lesen. Bei Browsergames finden sich daher Parallelen zu Bereitstellungsverträgen im Zusammenhang mit Internetdatenbanken.³⁰³ Sowohl dort als auch bei Browsergames greift der Nutzer über eine GUI auf eine Datenbank zu.³⁰⁴ Dabei bezahlt ein Nutzer einer kostenpflichtigen Informationsdatenbank jedoch für die Abrufbarkeit von Informationen auf dem Datenbankserver, wohingegen ein Spieler seinen Beitrag für die Nutzung der Software entrichtet, die idR. die Speicherung seiner Spieldaten als Nebenleistungspflicht umfasst.³⁰⁵

Wie bei der reinen Präsenzbibliothek kann auch ein Browsergamespieler keine Handlung vom Betreiber verlangen, sondern im Ergebnis fordern, selber aktiv die Datenbank mit der Software nutzen zu können. Es geht also grundsätzlich³⁰⁶ um die Gewährung der Nutzung der Spielsoftware. Primär tätig wird der Betreiber im Ergebnis nicht mehr, was gegen eine Dienstleistung des Browsergamebetreibers spricht.

(4) Vergleich mit Auskunftsverträgen

Schließlich führt auch die Annahme eines Auskunftsverlangens hinsichtlich der aktuellen Spielstände und -geschehnisse auf den Servern beim Aufruf der Internetseite zum Browsergame nicht weiter. Ein Browsergamevertrag ist nicht wie ein Auskunftserteilungsvertrag³⁰⁷ und damit nicht wie ein Geschäftsbesorgungs- und folglich nicht wie ein Dienstvertrag zu sehen. Bei einem solchen Auskunftsvertrag ist die Informationserteilung Hauptsache des Vertrages³⁰⁸ und nicht nur wie bei Browsergames nur Nebenleistung, um die Hauptleistung erbringen zu können.

³⁰²Zur Frage, ob es sich bei der Herstellung von Individualsoftware um einen Werk- oder einen Werklieferungsvertrag handelt ausführlich *Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361ff., die einen Werkvertrag annehmen. Beides hält *Redeker*, ITRB 2008, 65ff. 66 für möglich. Er führte in *Redeker*, CR 2004, 88ff. 91 insoweit differenziert aus, dass bei individuelle angepasster Software § 651 BGB anwendbar ist. Eine Unterscheidung danach, ob über die individuelle Softwareerstellung hinaus noch weitere Leistungen erbracht werden, nimmt *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161ff. vor.

³⁰³Dazu *Cichon* Rn. 778-794. Ausführlich zum urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken im Internet *Hoeren IT-Recht* Rn. 139-148.

³⁰⁴Zum Ablauf eines Browsergames siehe bereits oben, Seite 31.

³⁰⁵Zum kostenpflichtigen Erwerb von Items vom Betreiber ausführlich *Pszczolla* S. 78-83, der einen Kaufvertrag gemäß §§ 453, 433 BGB analog annimmt.

³⁰⁶Im Einzelfall kann dies je nach Angebot des Betreibers anders sein, wenn er über den Zugang zum Spiel hinaus, noch weitere Leistungen anbietet.

³⁰⁷Zum Beratungs- und Auskunftserteilungsvertrag *Palandt /Sprau*, § 675 BGB, Rn. 29.

³⁰⁸*Erman /Ehmann*, § 675 BGB, Rn. 7.

(5) Zwischenergebnis

In der Nutzungsgewährung der Software und der dem zugrunde liegenden Datenbanken ist keine Dienstleistung³⁰⁹ zu sehen. Soweit vertreten wird, dass alle Provider Dienstleistungen erbringen, wenn sie einen Zugang zur und Nutzung der Infrastruktur des Providers an bieten,³¹⁰ ist dies ersichtlich zu pauschal. Schließlich ist ein Content Provider wie der Browsergamebetreiber weder ohne weiteres mit einem Access Provider³¹¹ noch mit einem Host Provider³¹² gleichzusetzen.

bbb) Datengenerierung und -speicherung

Womöglich liegt deshalb eine Dienstleistung vor, weil durch Aktionen des Spielers Reaktionen in Form der Datengenerierung und -speicherung folgen.

Durch die Eingabe von Befehlen findet eine Informationsweitergabe an den Server des Betreibers statt, wodurch Daten individualisiert oder bereits abgespeicherte Spielerdaten neu berechnet und ggf. aktualisiert und an den Computer des Spielers zurückgesendet werden. Es findet demnach eine gewisse Form der Kommunikation statt, die auch aus der Sphäre des Betreibers herrührt. Diese ist aber zum einen eine anonyme oder identifizierbare Kommunikation zwischen Mensch und Computer.³¹³ Zum anderen reagiert der Server, nicht der Betreiber. Er wird gerade nicht mehr "tätig". Dass der Informationsfluss bei Browsergames nicht rein passiv bleibt, d.h. die Information nicht ausschließlich vom Betreiber zum Nutzer fließt, lässt das Angebot nicht zu einer Dienstleistung des Betreibers werden.

³⁰⁹So im Ergebnis auch *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 274 im Zusammenhang mit Client-basierten Onlinespielen. *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767 im Zusammenhang mit Art. 29 EGBGB a.F..

³¹⁰Klimek in *Merx/Tandler/Hahn* S. 85.

³¹¹Access-Provider vermitteln den Zugang zu einem Netzwerk wie z.B. dem Internet, *Waldner* S. 467.

³¹²Host Providing meint *Psczolla* S. 109 zu erkennen, wobei er sich jedoch nur auf die clientbasierte Onlineplattform "Second Life" bezieht. In Browsergames wird dagegen typischerweise kein Speicherplatz zur Verfügung des Spielers gestellt.

³¹³*Waldner* S. 236.

ccc) Programmüberwachung und -änderungen

Auch in dem Überwachen der Funktionen durch den Betreiber ist keine Dienstleistung zu sehen, da dies nur eine Handlung zur Ermöglichung der Hauptleistungspflicht, nämlich der Nutzungsgewährung der Software ist. Nichts anderes gilt für das Beheben von Fehlern³¹⁴ in der Programmierung oder der Einführung von Änderungen. Hier bestehen eher Parallelen zum Mietrecht, wonach der Vermieter grundsätzlich die Nutzung des Mietobjektes durch Instandhaltung dessen ermöglichen muss, § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Den Gegenstand des Vertrages kennzeichnet dies nicht.

ddd) Freischaltung

Eine Dienstleistung könnte sich schließlich daraus ergeben, dass man auf die Freischaltung des Spielers nach erfolgter Registrierung abstellt.

Die Freischaltung des Spielers in den Fällen, in denen der Zugang zum Spiel grundsätzlich auch kostenlos möglich ist, verläuft in der Regel voll automatisch. Nicht jedes kostenpflichtige Browsergame ist ausschließlich gegen Bezahlung spielbar. Nichtzahlenden Spielern stehen einzig nicht alle Komponenten des Spiels zur Verfügung. In solchen Konstellationen findet die Freischaltung zum Spiel statt, bevor die Freischaltung des Premiumaccounts erfolgt.

Sinnvoll ist es daher eher, spezifisch auf die Freischaltung des Premiumaccounts nach erfolgter Zahlung abzustellen.³¹⁵ Diese Freischaltung wird nach Abgleich von geschuldetem Betrag und erfolgter Zahlung für jeden Spieler einzeln vorgenommen. Denn ein Betreiber wird einen Premiumaccount erst dann freischalten, wenn die Zahlung erfolgt ist. Damit trägt er dem Umstand Rechnung, dass das Spiel genutzt werden könnte, obwohl eine Zahlung bis dahin noch nicht erfolgt wäre. Den so erlangten Vorteil ggf. gerichtlich vom Spieler zurück zu verlangen, würde angesichts der für einen Premiumaccount kleinen "Mitgliedsbeiträge"³¹⁶ wirtschaftlich keinen Sinn machen.

³¹⁴Zu Ansprüchen der Spieler bei Mängeln insb. von Items siehe *Psczolla* S. 81, der bezüglich des Verkaufs von Items einen Kaufvertrag gem. §§ 453, 433 BGB annimmt. *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839f. halten § 280 Abs. 1 BGB (pVV) für die richtige Anspruchsgrundlage.

³¹⁵*Cichon* Rn. 1194.

³¹⁶Die Monatsbeiträge liegen überwiegend im einstelligen Bereich. Beispielsweise verlangen die Betreiber des Browsergames *Civil Attack* zwischen 1,99 EUR und 2,99 EUR <http://www.civil-attack.de>.

Auch wenn der Betreiber mit der Freischaltung eine Tätigkeit schuldet, ist diese eher auf einen Erfolg gerichtet und nicht auf das bloße Tätigwerden. Ein Dienstvertrag scheidet damit auch aus diesem Gesichtspunkt aus.³¹⁷

eee) Zusatzleistungen

Ob bei einigen Browsergames durch zusätzliche besondere Angebote³¹⁸ im Spiel eine Dienstleistung des Betreibers zum Gegenstand des Vertrages³¹⁹ wird, kommt auf den Einzelfall an.

fff) Zwischenergebnis

Die Frage, ob es sich bei kostenpflichtigen Browsergames um (zumindest auch) einen Dienstvertrag i.S.v. § 611 BGB handelt, ist in der Regel zu verneinen.³²⁰ Im Einzelfall können jedoch zusätzliche Leistungen Gegenstand des Vertrages sein.

bb) Werkvertrag

Stellt man auf den Zugang zur Software und damit der Spielewelt ab, könnte das Rechtsverhältnis zwischen einem Spieler und dem Betreiber als Werkvertrag gem. § 631 BGB einzustufen sein.³²¹ Dabei könnte die Zulassung zum Spiel geschulde-

³¹⁷So auch *Cichon* Rn. 1197.

³¹⁸Zu Rechtsverhältnissen an virtuellen Gegenständen, die aber üblicher Weise nicht zwischen Spieler und Betreiber bestehen, führt *Psczolla* S. 83 aus: „Im Umfeld von Onlinespielen und Entwicklungsplattformen werden zudem Leistungen angeboten wie etwa „Power-Levelling-Services“ oder Angebote zum Ausbau und der Betreuung einer Webpräsenz, die werk- oder dienstvertraglich zu qualifizieren sind.“

³¹⁹Dienstleistungselemente sieht der Großteil der Rechtsliteratur bei Onlinespielverträgen: *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 434, *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839, *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 656, *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 721, *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768, *Habel*, MMR 2008, 71ff. 74.

³²⁰Im Ergebnis ebenso *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 274, *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767 und *Psczolla* S. 91, der das Schulden einer bloßen Tätigkeit nicht als ausreichend ansieht; a.A. *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 434; *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 656, *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839, die allerdings auch ein mietrechtsähnlichen Vertrag für gangbar halten und i.Ü. ihre Ansicht nicht weiter begründen. *Habel*, MMR 2008, 71ff. 74 meint es läge in der Nutzungsmöglichkeit einer virtuellen Welt eine Dienstleistung. Eine Dienstleistung nimmt *Redeker*, IT-Recht Rn. 989 entgegen der h.M hinsichtlich ASP-Verträgen an, die mit Browsergames in der Struktur vergleichbar sind.

³²¹So *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352 und *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 656, die am ehesten einen Vertrag mit werkvertraglichen Elementen sehen.

te Primärleistung des Betreibers sein. Allerdings ist es im Interesse des Spielers, nicht nur den einmaligen Zugang zu erhalten, sondern über einen gewissen Zeitraum die ständige Zugangsmöglichkeit zu haben. Der Betreiber hat demnach die entsprechende Internetseite mit dem Spiel aufrecht zu erhalten und dem Spieler den Zugang hierzu zu gestatten. Es existiert mithin ein Dauerschuldverhältnis.³²²

So wie das Dauerschuldverhältnis typisch für Content Providing Verträge ist,³²³ widerspricht es aber auch grundsätzlich dem Werkvertragsrecht. Zwar kann ein Werkvertrag ausnahmsweise auch Dauerschuldcharakter haben.³²⁴ Dies jedoch nur solange, wie das Dauerschuldverhältnis erfolgsbezogen bleibt.³²⁵ Hieran mangelt es Browsergames aber gerade.³²⁶ Der Aspekt des Zulassens zum Spiel ist zwar von entscheidender Bedeutung, denn ohne diese kann der Spieler das Angebot nie nutzen. Allerdings bezahlt der Spieler nicht für die erstmalige Zulassung zum Spiel, sondern für dessen befristete Nutzung der Software ähnlich einem ASP-Vertrag. Ein kostenpflichtiges Browsergame ist demnach mit einem Mietvertrag vergleichbar, bei dem der Vermieter das Mietobjekt dem Mieter nicht nur überlassen, sondern auch dessen Gebrauch ermöglichen muss. Es liegt nicht im Interesse des Mieters, wenn der Vermieter den Mieter einmal den Zugang zum Mietobjekt gewährt und bei dessen Abwesenheit den nächsten Zugang hierzu verhindert. Zudem ist es nach Einräumung der Nutzungsmöglichkeit die Entscheidung des Spielers, ob er das Spiel nutzt, nicht des Betreibers.³²⁷ Das Zulassen zum Spiel ist insofern zwar ein notwendiger Schritt, um die Nutzung zuzulassen. In ihr ist jedoch keine erfolgsbezogene Tätigkeit zu sehen, die eine Anwendung von Werkvertragsrecht rechtfertigen würde.

Nach alledem liegt kein Werkvertrag vor.

cc) Mietvertrag

Auf kostenpflichtige Browsergames könnte schließlich Mietvertragsrecht anwendbar sein.

³²²Siehe dazu bereits oben zu kostenlosen Browsergames, Seite 53.

³²³Lühlig in *Hamann/Weidert* S. 156.

³²⁴*Staudinger* /Peters, § 649 BGB, Rn. 4; *Palandt* /Grüneberg, § 314 BGB, Rn. 2.

³²⁵*Cichon* Rn. 1203; für die Existenz von Werkverträgen mit Dauerschuldcharakter bei Providerverträgen, Lühlig in *Hamann/Weidert* S. 158.

³²⁶Für Onlinespiele bejaht *Redeker*, IT-Recht Rn. 1016 die Erfolgsbezogenheit und damit die Anwendung von Werkvertragsrecht. Das Argument, es stehe nicht die Überlassung der Spielsoftware im Raum, ist korrekt. Jedoch übersieht Redeker, dass die Nutzung des Spiels dessen und nicht die Herstellung dessen Vertragsgegenstand ist.

³²⁷So auch zu Bereitstellungsvereinbarungen hinsichtlich Datenbanken und Anwendung von Mietrecht *Cichon* Rn. 783.

aaa) Mietvertrag bzgl. der Server

Unabhängig davon, dass bereits aus den oben genannten Gründen³²⁸ ein Rechtsverhältnis an den Servern ausscheidet,³²⁹ spricht noch ein weiterer Aspekt gegen die Annahme eines Mietvertrages bzgl. einer der verwendeten Server:³³⁰

Bei der Anmietung von Servern müsste der Spielbetreiber einen Untermietvertrag mit den Spielern hinsichtlich der Server abschließen. Hierfür bräuchte er gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 BGB für jeden einzelnen Spieler die Zustimmung des Host Providers. Andersherum müsste beim Wechsel des Host Providers jeder Spieler informiert werden. Immerhin wäre dies eine Kündigung des Mietvertrages. Dies alles kann jedoch aufgrund des Aufwandes weder im Interesse der Providers, noch im Interesse der Spieler sein. Ihnen kommt es nur darauf an, dass sie das Spiel selber nutzen können und ihre Daten irgendwie sicher abgespeichert werden. Der Ort, die Art und die Vertragsausgestaltung hinsichtlich der Server sind für ihn irrelevant. Damit ist in Bezug auf die rechtliche Begutachtung eines möglichen Mietvertrages weder auf den Software- noch auf den Datenbankserver abzustellen.

bbb) Mietvertrag bzgl. der Software

Nach dem Gesagten könnte auf die Spielsoftware selber abzustellen sein.³³¹ Da Software keine Sache ist,³³² ein Mietvertrag aber ein schuldrechtlicher entgeltlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag³³³ von Sachen ist, könnten die §§ 535ff. BGB nur analog³³⁴ anwendbar sein.

In Bezug auf Browsergames besteht eine planwidrige Regelungslücke.³³⁵ Hinsichtlich der vergleichbaren Interessenlage könnte eine ähnliche Beurteilung des Rechts-

³²⁸Siehe oben, Seite 46.

³²⁹*Koch, IT-Recht* § 1, S. 47 meint, dass es bei der Nutzung von Datenbanken ein Mietvertrag ausscheidet, weil es an der Sachherrschaft fehle. Nach BGH NJW 2007, 2394-2396 genügt jedoch eine Online-Zugriffsmöglichkeit. Siehe oben, Seite 54.

³³⁰A.A. *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 16: Gebrauchsüberlassungsvertrag bzgl. des Servers mit miet- und werkvertraglichen Elementen.

³³¹Mietrechtselemente hinsichtlich der Software sehen auch *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 399, die einen Lizenzvertrag mit Miet- und Pachtelelementen sehe. Die Annahme von Mietrecht halten *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839, *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 656, *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 721, *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768. *Psczolla* S. 109 zur clientbasierten Onlineplattform Second Life.

³³²Siehe oben, Seite 47.

³³³*Palandt/Weidenkaff*, vor § 535 BGB, Rn. 2.

³³⁴Nimmt man an, Software sei eine Sache, kommt eine direkte Anwendung der Vorschriften des Mietvertragsrechts in Betracht. Statt vieler *Siepmann*, JurPC Web-Dok. 37.

³³⁵Vergleiche dazu ausführlich oben, Seite 52.

verhältnisses vorzunehmen sein wie bei ASP-Verträgen. Nach herrschender Meinung ist für die schuldrechtliche Einordnung von ASP nämlich Mietrecht heranzuziehen.³³⁶

(1) Parallele zu ASP in der Technik

Wird einem Nutzer ein Programm gegen Entgelt³³⁷ zur Verfügung gestellt, sodass der Benutzer dieses Programm aufrufen und für sich arbeiten lassen kann, ohne den Programmtext in irgendeiner Form in seinen Rechner zu kopieren,³³⁸ spricht man von Application Service Providing.³³⁹ Der Kunde erhält also einen Online-Zugriff auf die Software³⁴⁰ und bedient sich dazu idR. eines Internetbrowsers.³⁴¹

Bei einem Browsergame verhält es sich vergleichbar. Zu keinem Zeitpunkt wird die Anwendungssoftware auf dem Computer der Spielers gespeichert. Der Spieler hat über das Internet ausschließlich über einen Standardanwendersoftware³⁴² – nämlich dem Internetbrowser³⁴³ – einen Zugang zu einem Server, auf dem die Spielsoftware gespeichert ist. Auch ohne Besitzverschaffung liegt damit eine Überlassung des Gebrauchs vor.³⁴⁴

³³⁶BGH NJW 2007, 2394-2396, *Hoeren IT-Vertragsrecht* Rn. 511, Schuppert in *FA IT-Recht* Teil 2, Kapitel 5, Rn. 36 und Grützmacher in *FA IT-Recht* Teil 4, Kapitel 18, Rn. 125, *Sodtalbers* Rn. 79, *Alpert*, CR 2000, 345ff. 345, *Schoengarth* S. 43ff. und dort auch ausführlichst zum Meinungsstreit über die schuldrechtliche Einordnung; a.A. u.a. *Redeker*, IT-Recht Rn. 989, der einen Dienstvertrag annimmt.

³³⁷*Hoeren IT-Vertragsrecht* Rn. 510.

³³⁸Anders, wenn der Kunde einen zusätzlichen Client vom Betreiber erwirbt, um mit der Online-Anwendung kommunizieren zu können.

³³⁹*Redeker*, IT-Recht Rn. 986; Abgrenzung zu IT-Outsourcing bei Meents in *FA IT-Recht* Teil 2, Kapitel 7, Rn. 8. *Alpert*, CR 2000, 345ff. 348f. spricht von "Fernnutzung" einer Software bzw. einer "online-vermittelter" Software Nutzung.

³⁴⁰*Dreier/Vogel* S. 218.

³⁴¹*Sodtalbers* Rn. 78.

³⁴²Von der Anwendungssoftware zu unterscheiden ist die Systemsoftware. *Fritzsche*, JuS 1995, 497ff. 497. Ohne die Systemsoftware können auch problembezogene Anwenderprogramme nicht verwendet werden. *Marly* Rn. 3.

³⁴³So ähnlich bezüglich ASP: *Dreier/Vogel* S. 218.

³⁴⁴Dass dies bei ASP-Verträgen ausreicht: BGH NJW 2007, 2394-2396 [2395].

(2) Parallele zu ASP in der Intention

Selbst der Zweck der Nutzung von ASP ist mit dem der Nutzung von Browsergames vergleichbar. Bei ASP kann der Kunde Anschaffungskosten für eine teure Anwendung vermeiden³⁴⁵ und gleichwohl die an den Betreiber gezahlte Vergütung steuerlich absetzen.³⁴⁶ Bei einem Browsergame benötigt ein Spieler keine zusätzliche Software und kann gegen ein wesentlich geringeres Entgelt vorübergehend das Spiel nutzen. Zwar ist die Preisspanne bei ASP wesentlich größer, das verfolgte Ziel ist bei beiden Konstellationen jedoch dasselbe: Bestmögliche Softwarenutzung bei geringen Investitionen.

Browsergames können damit als besondere Form³⁴⁷ des ASP betrachtet werden.

ccc) Zwischenergebnis

Wegen der Parallelität von ASP und Browsergames ist auf kostenpflichtige Browsergames Mietvertragsrecht analog anwendbar. Die §§ 535ff. BGB analog sind demnach ergänzend hinsichtlich der Nutzung der Software und des Zugangs zum Spiel heranzuziehen.

dd) Pachtvertrag

Statt Mietvertragsrechts könnte bei kostenpflichtigen Browsergames Pachtrecht gemäß §§ 581ff. BGB anwendbar sein.³⁴⁸ In Betracht kommt ausschließlich eine Rechtspacht, da Gegenstand des Vertrages die Nutzung der Software auf dem Applikationsserver ist und es sich damit um ein Recht an einem immateriellen Gegenstand und nicht an einer Sache i.S.d. § 90 BGB handelt.

Ein Pachtvertrag kann sich auch auf Rechte und Rechtsgesamtheiten beziehen und den Genuss der Früchte des Pachtgegenstandes gewähren.³⁴⁹ Die Rechte müssten

³⁴⁵ Hoeren *IT-Vertragsrecht* Rn. 510.

³⁴⁶ Dreier/Vogel S. 218.

³⁴⁷ Zu den einzelnen Formen der klassischen ASP-Verträge Schoengarth S. 23, von denen auf Browsergames am Besten das *Emulation ASP* passt.

³⁴⁸ Trumpf/Wedemeyer, K&R 2006, 397ff. 399 nehmen pachtrechtliche Elemente im Zusammenhang mit einem Lizenzvertrag an. Auch Alpert, CR 2000, 345ff. 348f. hält bei Fernnutzung von Software die Anwendung von Pachtrecht für interessengerecht. Auch Wandtke/Bullinger wollen bei Online-Verträgen kauf-, miet- oder pachtrechtlichen Regelungen anwenden, *UrhR PraKo* vor § 31ff. UrhG Rn. 73.

³⁴⁹ Grün-von-Gahlen in Herberger, *PraKo SchR* Bd. 2.2 § 581 BGB, Rn. 4.

geeignet sein, Gebrauchsvorteile und Früchte herzugeben.³⁵⁰ Dabei sind die vom Pächter geernteten Früchte unmittelbare Rechtsfrüchte i.S.v. § 99 Abs. 2 BGB, der Pachtzins, den der Verpächter erhält, ist dagegen eine mittelbare Rechtsfrucht.³⁵¹ Spielinterne Items und Avatare könnten für den Spieler demnach unmittelbare Rechtsfrüchte sein.³⁵²

Unmittelbare Rechtsfrüchte sind die bestimmungsgemäßen Erträge eines Rechts in den Grenzen einer geordneten Wirtschaft, die selbstständig neben dem Stammrecht bestehen, aus dem sie hervorgegangen sind.³⁵³ Insoweit muss man bei Browsergames zwischen den automatisch generierten und den selbsterstellten Items und Avataren unterscheiden.

aaa) Automatisch generierte Items und Avatare

Automatisch generierte Items und Avatare könnten unmittelbare Rechtsfrüchte sein. Der Spieler hat das Recht zur Nutzung der Spielsoftware. Unmittelbar aus diesem Recht, also ohne das Spielen des Spiels, kann der Spieler Items in Gestalt von Rohstoffen, Waffen, spielinterne Zahlungsmittel u.ä. gewinnen. Dies geschieht in einigen Spielen dadurch, dass die Programmierung Items automatisch generiert. Der Spieler muss hierfür überhaupt nicht spielen.³⁵⁴ Diese Art von “Grundversorgung” ermöglicht gerade Spielanfängern die ersten Erfolge und die erste Entwicklung im Spiel.³⁵⁵

Zwar werden derartige Items programmgesteuert³⁵⁶ dem Spieler direkt zugeordnet, sodass er über sie spielintern verfügen kann. Der Spieler hat aber keine tatsächlichen Einfluss auf die Beschaffenheit der Items.³⁵⁷ Sie sind zudem immer an den Account und damit an die Software gekoppelt und nur über diese nutzbar. Daher sind

³⁵⁰ *Palandt* /Weidenkaff, § 581 BGB, Rn. 3.

³⁵¹ *Wieling* S. 107. Mittelbare Rechtsfrüchte sind bei Immaterialgüterrechten die Lizenzgebühr für die Überlassung des Rechts. *Palandt* /Ellenberger, § 99 BGB, Rn. 4, *MüKo Bd. 3* /Harke, § 581 BGB, Rn. 18.

³⁵² Rechtsfrucht bejahend *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 353.

³⁵³ *Soergel* /Marly, § 99 BGB, Rn. 11.

³⁵⁴ Wenn die Generierung in regelmäßigen Abständen erfolgt, haben sich Programmierer idR. sog. “cron jobs” bedient. Bei “Echtzeitspielen” erfolgt die Berechnung neuer Ressourcen erst bei erneuter Aktivität des Spielers.

³⁵⁵ Außerdem reizt sie zum Erwerb weiterer Items, was durch aktive Zahlung – die dann wieder zusätzlichen finanziellen Aufwand für den Spieler bedeutet – oder durch Steigerung der Spielaktivität geschehen kann.

³⁵⁶ *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 35 spricht von Massenkonstrukten des Spielherstellers.

³⁵⁷ *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 34.

sie jedenfalls auch keine neben dem Recht zur Nutzung des Accounts bestehenden selbstständigen Rechte.³⁵⁸ Vielmehr sind die spielinternen Items ein Mittel um das Hauptrecht auszuüben.³⁵⁹ Gleiches gilt auch für einen Avatar, der bereits in der Programmierung angelegt ist.

Auch soweit die Items im Spiel gehandelt werden dürfen, ist dies bloß eine Ausgestaltung der Nutzung des Accounts, aber kein über dieses Recht hinausgehendes Recht.³⁶⁰ Wird der Spielvertrag gekündigt, ist auch ein Zugriff oder ein Handel mit diesen spielinternen Items tatsächlich unmöglich.

bbb) Selbsterstellte Items und Avatare

Etwas anderes könnte für selbsterstellte Avatare und Items gelten. An diesen hat der Spieler nämlich – je nach Gestaltungshöhe – ein Urheberrecht.³⁶¹

In den meisten Fällen sind diese Items allerdings unabhängig von dem Browsergame entstanden. Das Spiel ist weniger Ressource als vielmehr Anlass zur Entstehung dieser virtuellen Gegenstände. Ist dies der Fall, sind die Items nicht durch das Recht zur Nutzung der Software entstanden und damit auch keine Fürchte i.S.v. § 99 BGB.

In anderen Fällen kann es jedoch möglich sein, dass die Software originär die Erstellung der Items und nicht nur einen Upload von bereits erstellten Werken ermöglicht. Die Entstehung der virtuellen Gegenstände ist dann Folge eines bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Rechts. Inwieweit diese Recht allerdings von dem Hauptrecht abtrennbar und damit selbstständig sind, ist dagegen zweifelhaft. Wird der Spielvertrag gekündigt, ist dem Spieler ein Zugriff auf Item und Avatar nicht mehr möglich. Items existieren außerhalb der Onlinewelt nicht.³⁶² Von einem selbstständigen³⁶³

³⁵⁸ Insbesondere kommen keine wie von *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 399 angedeuteten Eigentumsrechte an virtuellen Gegenständen in Betracht. So auch *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768, *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 276, die richtigerweise auch ein Immaterialgüterrecht ablehnen. Siehe insoweit bereits oben ausführlich, Seite 34ff..

³⁵⁹ *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 769 meint, auch virtuelle Gegenstände könnten verpachtet werden.

³⁶⁰ Auch *Koch*, JurPC Web-Dok. 57/2006 34 meint, dass eine "Verobjektivierung von Items" wegen der Entwicklung durch den Betreiber zu verneinen sei.

³⁶¹ Siehe oben, Seite 34ff.. *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 399 verneinen Sach- und Rechtsfrüchte, da für immaterielle Gegenstände spezieller Schutzvorschriften gelten, vor allem das Urheberrecht.

³⁶² *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 838.

³⁶³ *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 838, 842 sehen die Rechte an den Items als "quasi-absolut" im Verhältnis zu Dritten an, die aber im Verhältnis zum Betreiber relativ bleiben.

abgrenzbaren³⁶⁴ Recht kann also nicht gesprochen werden. Zudem ist Wesensmerkmal eines Browsergames das Spielen und nicht typischerweise das reine Erstellen von Items und Avataren. Dies ist nur Mittel zum Zweck.

Die Art und der Umfang einer Gebrauchsüberlassung³⁶⁵ und das Maß des Ertrages³⁶⁶ richtet sich stets nach den vertraglichen Vereinbarungen. Dabei ist die Verpflichtung zur Gewährung des Fruchtgenusses für einen Pachtvertrag typenprägend.³⁶⁷ Haben die Parteien daher einen Ausschluss der Fruchtziehung vereinbart,³⁶⁸ beseitigt dies das Wesensmerkmal des Pachtvertrages.³⁶⁹ Daher kann im Einzelfall durchaus ein Pachtvertrag vorliegen.³⁷⁰ Typisch ist dies für Browsergames jedoch nicht.³⁷¹ Vielmehr wird genau dieser Nutzungszweck regelmäßig vom Betreiber ausgeschlossen.

Es entstehen daher auch bei selbsterstellten Items und Avataren keine unmittelbaren Rechtsfrüchte.

ccc) Zwischenergebnis

Ein Pachtvertrag ist bei kostenpflichtigem Browsergames nach der typischen Vereinbarung zwischen Spieler und Betreiber nicht anzunehmen.

³⁶⁴ *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 721 meinen, virtuelle Gegenstände seien ein abgrenzbarer Teil des Computerprogramms. Dem ist jedoch zu widersprechen, da sie im Verhältnis zum Computerprogramm nur Daten sind, die ausschließlich durch dieses Programm interpretiert werden können. Dass sie womöglich urheberrechtlich abgrenzbar sind, steht dem nicht entgegen. So im Ergebnis auch *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 768.

³⁶⁵ BGH NJW 2007, 2394-2396.

³⁶⁶ *Erman* /Michalski, § 99 BGB, Rn. 7.

³⁶⁷ *MüKo Bd. 3* /Harke, § 581 BGB Rn. 3., *Soergel* /Sonnenschein/Veit, § 581 BGB, Rn. 167.

³⁶⁸ *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 404 meine ein Veräußerungsverbot sei unzulässig und stellen dies ausführlich dar.

³⁶⁹ *Gitter* S. 119, *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 399; *Hoeren IT-Vertragsrecht* Rn. 416 weist zu Recht darauf hin, dass eine Fruchtziehung von den Softwareherstellern idR. nicht beabsichtigt ist.

³⁷⁰ Auch bei ASP-Verträgen kann ein Pachtvertrag vorliegen kann. *Röhrborn/Sinhart*, CR 2001, 69ff. 71. Bei einem Softwareüberlassungsvertrag einen pachtähnlichen Lizenzvertrag annehmend *Soergel* /Sonnenschein/Veit, vor § 581 BGB, Rn. 5.

³⁷¹ *Psczolla* S. 92 findet die Annahme einer Rechtspacht in Bezug auf die Vereinbarung einer client-basierten Onlinenutzung lebensfremd.

ee) **Ergebnis**

Bei einem kostenpflichtigen Browsergame kommt zwischen dem Spieler und dem Betreiber ein Vertrag zustanden, der aus mehreren Komponenten besteht. Vordringlich liegt ein Lizenzvertrag hinsichtlich der ggf. zukünftig entstehenden Werke des Spielers vor.³⁷² Darüber hinaus sind in Bezug auf die Software analog mietvertragliche Vorschriften heranzuziehen.³⁷³ Mögliche im Einzelfall vorliegende zusätzliche dienst- oder werkvertragliche Elemente können den gemischten Vertrag ergänzen.³⁷⁴ Im Übrigen kann auch dieser gemischte Vertrag als Rahmenvertrag³⁷⁵ für weitere entgeltliche oder unentgeltliche Vereinbarungen³⁷⁶ dienen.

c) **clientbasierte Onlinespiele**

Bei clientbasierten Onlinespielen ist das Rechtsverhältnis zwischen Betreiber und Spieler etwas anders zu beurteilen.³⁷⁷ Dabei ist zwischen dem Erwerb und der Nutzung des Clients³⁷⁸ einerseits sowie dem Zugang zur und der Nutzung der “virtuellen Welt”³⁷⁹ andererseits zu unterscheiden.

aa) **Erwerb und Nutzung des Clients**

Clientbasierte Onlinespiele sind so gestaltet, dass der Spieler zuerst eine Kopie³⁸⁰ des Spielclients unentgeltlich oder gegen ein Entgelt erwerben muss. Diese vertreibt

³⁷²Siehe ausführlich oben, Seite 34.

³⁷³Dagegen erkennt *Psczolla* S. 89-93 bei clientbasierten Onlinespielen Mietvertrag in Bezug auf die Pflicht des Spielbetreibers zur Speicherung und Verwaltung von Nutzerprofilen und Spielständen, da er das Rechtsverhältnis auch parallel zu Host Providing einordnet.

³⁷⁴*Habel*, MMR 2008, 71ff. 74 nimmt hinsichtlich der Nutzung von Onlinewelten einen Vertrag sui generis mit dienst-, werk- und mietvertraglichen Elementen an. Auch *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 279 nehmen diese Vertragselemente an und sprechen von einem gemischten Vertrag.

³⁷⁵Siehe hierzu bereits oben bei den kostenlosen Browsergames, Seite 55.

³⁷⁶Auch *Redeker*, ITRB 2008, 65ff. 66 sieht bei einem Dauerschuldverhältnis, bei dem Software auf einem Server bereitgestellt wird, “Spielraum für unterschiedliche Vereinbarungen”.

³⁷⁷Fragen zu virtuellen Gegenständen behandelt ausführlich *Psczolla*.

³⁷⁸Hierauf gehen *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 399 ein.

³⁷⁹Diesen betrachten *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839, *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 721, *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767, 768.

³⁸⁰*Koch*, *IT-Recht* § 1, S. 45.

entweder der Spielanbieter oder aber ein Händler.³⁸¹ Fraglich ist, wie der entgeltliche Erwerb einer Softwarekopie für ein clientbasiertes Onlinespiel vertragsrechtliche einzuordnen ist.

aaa) Lizenzvertrag

Vordringlich kommt bei Softwareverträgen ein Lizenzvertrag in Betracht.³⁸² Das Speichern der Clients auf dem Computer des Spielers ist eine urheberrechtlich relevante Verwendung³⁸³ gemäß §§ 69c Nr. 1, 31 UrhG, die der Zustimmung des Urhebers bedarf. Diese erfolgt gegenüber dem Spieler in Gestalt einer Einzelplatzlizenz.³⁸⁴ Da die Programmierung von den audiovisuellen Elementen rechtlich getrennt beurteilt werden muss,³⁸⁵ besteht in Bezug auf diesen Teil des Clients ebenfalls eine Lizenzierung gem. §§ 15 Nr. 1, 16, 31 UrhG.³⁸⁶

bbb) Kaufvertrag

Die Rechtslage hinsichtlich des Urheberwerkes berührt das schuldrechtliche Grundgeschäft allerdings nicht,³⁸⁷ sodass nicht nur ein Lizenzvertrag vorliegt. Vielmehr ist von einer Art “Doppelnatur”³⁸⁸ der Softwareverträge auszugehen. Dabei ist es am naheliegendsten, den entgeltlichen dauerhafte Erwerb der Spielsoftware als Kaufvertrag zu bewerten. Dies entspricht für Software in Gestalt von Massen-³⁸⁹ bzw. Standardsoftware³⁹⁰ nicht nur der herrschenden Meinung,³⁹¹ sondern auch dem Ge-

³⁸¹Die Vertriebsweise durch Online-Händler beschreibt ausführlich *Sodtalters* Rn. 96 bis 98.

³⁸²*Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 399.

³⁸³Siehe oben, Seite 28ff..

³⁸⁴*Huppertz*, CR 2006, 145ff. 148 spricht im Zusammenhang mit Netzwerkbetrieben nur von Mehrplatzlizenzen. Bei clientabsierten Onlinespielen werden dagegen regelmäßig nur Einzelplatzlizenzen vergeben.

³⁸⁵Vgl. dazu bereits oben, Seite 29ff..

³⁸⁶Ausführlich zum urheberrechtlichen Schutz von “Bildschirmspielen” *Lambrecht*, der jedoch weder Browsergames noch andere Onlinespiele, sondern im Wesentlichen Computerspiele behandelt.

³⁸⁷Siehe bereits oben, Seite 13.

³⁸⁸*Wandtke/Grunert* in *UrhR PraKo* vor §§ 31ff. UrhG, Rn. 79 bei Verträgen über Software, die auf CD-ROMs gespeichert ist.

³⁸⁹*Hilty*, MMR 2003, 3ff. 7.

³⁹⁰Abzugrenzen hiervon ist die Herstellung von Individualsoftware. *Koch*, *Computer-Vertragsrecht* 787.

³⁹¹BGHZ 143, 307-314 [309]; *Schneider* in *FA IT-Recht* Teil 2, Kapitel 4, Rn. 571, 580; *Czychowski* in *UrhR 10. Auflage* § 69c UrhG, Rn. 43; *Mankowski*, MDR 2003, 854ff. 857; *Redeker*, ITRB 2008, 65ff. 65, *Pszczolla* S. 85.

setz, vgl. §§ 453, 433 BGB. Dabei ist der “körperlose” Erwerb durch Download³⁹² gleich dem Erwerb der Software auf einem Datenträger zu behandeln.³⁹³ Immer mehr Anbieter gehen nutzen den Download als Vertriebsmethode, da sie so zum einen Händlerkosten reduzieren und Gewinnmargen erhöhen können.³⁹⁴ Zum anderen ist der Vertrieb von unentgeltlichen Clients in dieser Form unkompliziert und kundenfreundlich.

Der Vertrag kommt allerdings nicht immer zwischen dem Betreiber und dem Spieler zustande. Wird der Client aus dem Internet von einem Server des Anbieters³⁹⁵ heruntergeladen oder vertreibt der Anbieter selber einen Datenträger mit der Software, dann ist der Anbieter der Vertragspartner. Anders ist dies regelmäßig im Offline-Handel, bei dem ein Datenträger mit der Spielsoftware von einem Dritten zum Kauf angeboten wird und der Spieler insoweit bzgl. der Zugangssoftware einen separaten Vertrag abschließt.³⁹⁶ Es bleibt dann bei den Rechtsbeziehungen *inter partes*.³⁹⁷

ccc) Mietvertrag

Abgesehen von dem Erwerb der Software kennzeichnet viele clientbasierte Online-spiele jedoch, dass weitere Zahlungen vom Spieler erbracht werden. Eine Einmalzahlung als Indiz für die Anwendbarkeit von Kaufrecht entfällt dann. Stattdessen könnte ein Mietverhältnis vorliegen. Da eine Miete allerdings nur hinsichtlich Sachen³⁹⁸

³⁹²Ausführlich zur Softwarelieferung durch Bereitstellung der Software im Internet: *Redeker*, ITRB 2008, 65ff. 65ff..

³⁹³BGH NJW 2007, 2394-2396 [2394]. Nicht überzeugend ist es dagegen, den Erwerb per Download über § 453 BGB und den mittels eines Datenträgers über § 433 BGB zu beurteilen, vgl. *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 398, Staudinger § 453 Rn. 53. Gegenstand des Kaufvertrages ist die Software und nicht die Verkörperung und zwar unabhängig von ihrer physischen Manifestation. Software besteht aus Daten und nicht aus Sachen i.S.d. § 90 BGB. Ausführlich oben, Seite 47.

³⁹⁴Beispielsweise kann das clientbasierte Onlinespiel “Dark Age of Camelot” der Electronic Art Inc. sowohl direkt per Download vom Server des Anbieters heruntergeladen werden. (<http://www.darkageofcamelot.com/download/>) Zudem bietet der Anbieter an, einen Datenträger mit der Softwarekopie an den Spieler zu versenden. (http://darkageofcamelot.com/lotm/files/index.php#Send_Disk) Und schließlich kann dieser Datenträger auch im Handel erworben werden.

³⁹⁵Gemeint ist dabei, dass der Anbieter die Vorhaltung der Software auf einem Server organisiert und den Download ermöglicht.

³⁹⁶*Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 839 erkennen dies auch, ohne allerdings weiter ins Detail zu gehen.

³⁹⁷Bekannteste Beispiele für den Offlineerwerb eines Clients eines Onlinespiels sind “World of Warcraft” von Blizzard Entertainment (<http://www.wow-europe.com>) und “Warhammer Online” der Electronic Arts Inc. (<http://www.warhammeronline.com/>).

³⁹⁸*Staudinger/Emmerich*, § 535 BGB, Rn. 2.

vereinbart werden kann, kommt ausschließlich eine entsprechende Anwendung der §§ 535ff. BGB in Betracht.³⁹⁹ Abzustellen ist nämlich nicht auf die Verkörperung der Software, sondern auf die Software als solche.⁴⁰⁰

Zuvörderst müsste eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen gegeben sein.

Die Nutzung der Software ist häufiger zeitlich begrenzt als dauerhaft, sodass man von einer "Fixed Term Licence"⁴⁰¹ sprechen kann. In technischen Sicht ist denkbar, dass die Software nach Ablauf eines im Programmcode definierten Zeitraumes nicht mehr nutzbar ist. Die Software hat dann zum Beispiel einen individuellen Code, der bewirkt, dass die Software nur verwendet werden kann, wenn die Nutzung dessen bezahlt worden ist. Oder aber es bedarf bei jeder Nutzung der Software der Eingabe von Nutzernamen und Passwort oder eines bestimmten Codes. Ist diese Kombination vom Betreiber gesperrt bzw. noch nicht freigeschaltet, ist eine Nutzung der Software nicht möglich. Diese Sachlage ist vergleichbar mit Browsergames, die ausschließlich auf Premiumaccounts basieren. Ist der Beitrag nicht bezahlt worden, hat der Spieler keinen Zugang zum Spiel. Parallel dazu kann bei clientbasierten Onlinespielen der Nutzer die Software nicht mehr bestimmungsgemäß verwenden.

Dieser Beurteilung könnte jedoch entgegenstehen, dass die erlangte Software unter normalen Umständen weiter auf dem Computer des Spielers installiert und damit dem Grunde nach dauerhaft im Besitz des Spielers bleibt. Vor allem ein automatisches Löschen, d.h. vorprogrammiertes Vernichten der Software ohne Zutun des Spielers ist eher untypisch.

Diesem Argument kann entgegen gehalten werden, dass trotz des dauerhaften Besitzes und Eigentums an der Softwarekopie die Nutzung durch Zeitablauf unmöglich wird. Dieser Umstand steht einer sonst üblichen Rückgabe der Software⁴⁰² faktisch gleich. Häufig wird die "Rückgabe" schließlich dadurch realisiert, dass der Nutzer die Software als unnütz von seinem Computer löschen wird. Das Mietvertragsrecht ist gerade durch die Gebrauchsunterlassung auf Zeit gekennzeichnet.⁴⁰³ Dabei erfolgt die Zahlung wegen der Gebrauchsunterlassung und nicht – wie beim Kauf – wegen der Einräumung von Eigentum an dem Vertragsgegenstand. Jede zeitlich begrenzte

³⁹⁹Gegen eine analoge Anwendung von Mietrecht auf Software ist Schneider in *FA IT-Recht* Teil 2, Kapitel 4, Rn. 644. Ausführlicher zur Frage der Vermietung und der Sacheigenschaft von Software siehe bereits oben, Seite 47 und Seite 63.

⁴⁰⁰Anders gerade der BGH, der mit der Verkörperung von Software auf einem Datenträger oder einem Server argumentiert. Vgl. hierzu bereits ausführlich oben, Seite 47.

⁴⁰¹LG München I, Urteil vom 15.3.2007, JurPC Web-Dok. 60/2007, Abs. 1-69, 4.

⁴⁰²*Dreier/Vogel* S. 183, *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137ff. 138.

⁴⁰³*Kröger/Gimmy/Gottschalk*, S. 248.

Überlassung von Nutzungsrechten an Software kann daher durchaus als Mietvertrag oder Rechtspacht angesehen werden.⁴⁰⁴

Im Ergebnis spricht allerdings eine entscheidende Überlegung gegen die Annahme von Mietrecht: Die zu unterscheidenden Vertragsverhältnisse.

Angenommen, der Client wird im Handel erworben. Dann wird der entgeltliche Vertrag mit dem Händler nicht deshalb zum Mietvertrag, weil der Betreiber die weitere Online-Nutzung des Spiels von weiteren Zahlungen abhängig macht. Die Nutzung der Softwarekopie ist demnach einerseits determiniert durch den weiteren Nutzungsvertrag mit dem Betreiber, andererseits aber unabhängig von der Vertragsbeziehung hinsichtlich des Erwerbs der Softwarekopie. Letztere Vertragsbeziehung wird nicht dadurch zum Dauerschuldverhältnis in Gestalt einer Miete, weil ein weiteres Vertragsverhältnis zur Nutzung der Software notwendig ist. Die im Urheberrecht begründete Nutzungsbeschränkung wirkt zwar auf Dauer und begrenzt das Eigentumsrecht an der Software. Der Vertrag hinsichtlich der Softwarekopie bleibt aber ein Kauf- oder im Falle der Unentgeltlichkeit, eine Schenkung.⁴⁰⁵

bb) Zugang zum und Nutzung des Applikationsserver

Alle clientbasierten Onlinespiele haben gemein, dass sich – anders als bei einem Browsergame – keine eigenständig, voll spielbare Software auf dem Internetserver befindet.⁴⁰⁶ Die Clients sind zudem ohne Onlinezugang völlig nutzlos.⁴⁰⁷ Deshalb bedarf es noch eines entsprechenden Rechtes zu Nutzung eines entsprechenden Onlineangebotes. Insoweit ist auf der einen zwischen der Client-Server-Architektur unter Nutzung eines Thin Clients und auf der anderen Seite der Peer-to-Peer-Architektur unter Nutzung eines Fat Clients zu differenzieren.

⁴⁰⁴ *Hoeren IT-Vertragsrecht* Rn. 415-441. Dass eine Zeitbegrenzung der Überlassung von Software zur Anwendbarkeit von Mietvertragsrecht führe, meint *Koch, IT-Recht* § 1, S. 45, *Koch, Computer-Vertragsrecht* Rn. 790, 817, der jedoch auch auf die Verkörperung der Software abstellt. Auch *Lober/Weber*, MMR 2005, 653ff. 656 meinen ohne genauere Begründung, dass Mietrecht nicht fern liege.

⁴⁰⁵ *Spindler /Schuppert*, Teil II, Rn. 58, *Siepmann*, JurPC Web-Dok. 44.

⁴⁰⁶ Nur dann handelt es sich um eine Onlinespiel im engen Sinne. Siehe dazu bereits oben, Seite 4ff..

⁴⁰⁷ *Hübner* S. 52.

aaa) Peer-to-Peer-Architektur

Bei der sog. Peer-to-Peer-Architektur⁴⁰⁸ speichert der Spieler eine vollständige Kopie der Software auf seinem Computer. Der Spieler kann selber der Initiator (oder auch Host) eines einzelnen Spiels sein oder aber an einem von einem anderen Spieler gehosteten Spiel teilnehmen.⁴⁰⁹ Die die Software nutzenden Spieler sind technisch gleichgestellt und können aus diesem Grund als "Peers" bezeichnet werden. Die Spieler nutzen den Server des Anbieters in diesen Fällen ausschließlich, um Kontakt zu anderen Spielern mit der gleichen Software aufzubauen und Daten über diesen Serverknotenpunkt⁴¹⁰ zu versenden. Der Server dient nur noch der Vermittlung, wobei er die an ihn geschickten Datenpakete idR. ungeprüft weiterleitet.⁴¹¹ Seine Leistung wird technisch gesehen als Routing,⁴¹² genauer als Forwarding bezeichnet.

(1) Erwerb des Clients

Bei einem Peer-to-Peer-Spiel ist vorrangig die lokale Softwarespeicherung zu beachten. Dabei erfolgen notwendige Zahlungen entsprechend den Vertragsbeziehungen: Kauft der Spieler die Software z.B. im Handel gem §§ 453, 433 BGB, zahlt er einen Kaufpreis an den Händler. Darin enthalten ist bereits die Lizenzgebühr für den Urheber gem. §§ 31 Abs. 1, 32 Abs. 1 UrhG. Sie ist eine Abgeltung für das gewährte Nutzungsrecht.⁴¹³ Sie wird innerhalb der Vertragsbeziehung zwischen dem Vertreiber der Software und dem Händler weiter gereicht.

(2) Entgeltliche Onlinenutzung

Soweit es sich um die Nutzung des Servers als Knotenpunkt handelt, wird in der Regel in der ersten Zahlung beim Erwerb der Softwarekopie auch ein Entgelt für das Forwarding enthalten sein. Das Forwarding ist die vom Betreiber geschuldete Hauptleistungspflicht und für Peer-to-Peer-Spiele typenprägend. Er verpflichtet

⁴⁰⁸»Überwiegend wird unter Peering die Zusammenschaltung von öffentlichen Netzen im Internet ohne gegenseitige Verrechnung des verursachten Verkehrs, die ihre Kunden den unmittelbaren Zugriff auf die Kunden des anderen Netzwerkes erlauben, verstanden.« Petri/Göckel in *Moritz/Dreier*, E-Commerce B, Rn. 157.

⁴⁰⁹Das auch der Spieler selber das Spiel hosten kann, erkennt nur *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352.

⁴¹⁰Diesen Begriff verwendet im Zusammenhang mit Peering *Koch*, *IT-Recht* § 1, S. 66.

⁴¹¹*Koch*, *IT-Recht* S. 54.

⁴¹²Englisch für Lotsen, Wegewahl, Verkehrslenkung.

⁴¹³*Hilty*, MMR 2003, 3ff. 15.

sich, nach seinen Fähigkeiten und Möglichkeiten diesen Knotenpunkt erreichbar zu halten. Dafür fordert er ein Entgelt, nicht jedoch für die Herstellung bestimmter individueller Spielverbindungen.⁴¹⁴ Folgezahlungen in Gestalt von “Abonnements”⁴¹⁵ o.ä. sind dagegen als zusätzliche, davon zu trennende Zahlungen an den Betreiber für die Nutzung des Netzwerkes zu verstehen. Insoweit gilt das zur zeitlich begrenzten entgeltlichen Nutzung einer Onlinespielwelt Gesagte⁴¹⁶ entsprechend, wobei das entgeltliche Forwarding im Ergebnis als dienstvertragliche Leistungspflicht⁴¹⁷ des Betreibers zu bewerten ist.⁴¹⁸

(3) Unentgeltliche Onlinenutzung

Ist die Nutzung des Knotenpunktes dagegen unentgeltlich, stellt sich zuerst wieder die Frage nach dem Vorliegen eines Rechtsbindungswillens.

Wurde auch der Client unentgeltlich zur Verfügung gestellt, spricht mehr dafür, dass gar kein Rechtsbindungswillen bezüglich der Onlinenutzung vorliegt. Wurde der Client entgeltlich erworben, die Nutzung des Knotenpunktes aber unentgeltlich gewährt, dürfte sich der Betreiber bereits wegen der Entgeltlichkeit der Software selbst verpflichten wollen, die Onlinenutzung zu ermöglichen. Die Software würde sich sonst nicht verkaufen lassen. An diesem partizipiert der Onlinenutzer wirtschaftlich in der Regel in nicht unerheblicher Weise. Der Anbieter gibt daher in diesen Konstellationen mit dem Datenträger und der darauf gespeicherte Programmierung ein Angebot zum Abschluss eines “Onlinenutzungsvertrages” ab. Indem der geneigte Nutzer den Datenträger im Handel erwirbt, nimmt er das Angebot gem. § 151 BGB an. Bei der Unentgeltlichkeit des Forwardings ist dann ein Vertrag sui generis zu sehen.

⁴¹⁴Diese individuelle Verbindungsherstellung dürfte als Werkvertrag anzusehen sein. *Koch, IT-Recht* § 1, S. 65.

⁴¹⁵*Cichon* Rn. 1170 beschreibt die monatliche kostenpflichtige Nutzung von Webangeboten als “Abonnement-Dienste”.

⁴¹⁶Siehe oben, Seite 72f..

⁴¹⁷In Bezug auf das Onlinespiel World of Warcraft nimmt *Hübner* S. 53 einen Dienstvertrag an. Dieses Spiel ist aus hiesiger Sicht als Peer-to-Peer-Spiel einzuordnen. Hübner spricht zudem kurz an, dass die Abonnements als Mitgliedschaftsbetrag gesehen werden könnten, führt dies aber nicht weiter aus.

⁴¹⁸Bei Peering-Agreements (s.o. Fn. 75) nehmen *Petri/Göckel* in *Moritz/Dreier*, E-Commerce B, Rn. 167 ein Mischform aus verschiedenen Vertragstypen an, die je nach Ausprägung z.B. eher dienst- oder werkvertragliche Elemente haben kann. *Psczolla* S. 89-93 sieht die Onlinenutzung als Mietvertrag, differenziert aber hier nicht zwischen Browsergames, Peer-to-Peer-Spielen und Client-Server-Architektur.

bbb) Client-Server-Architektur

Bei der Client-Server-Architektur speichert der Spieler auf seinem Computer das “Instrument”, den “Thin Client”, mit dem er die Daten auf dem Applikationsserver des Betreibers interpretieren, d.h. auslesen und damit nutzen kann. Hierzu können auch noch sog. Grafikpakete kommen, um die Darstellung auf dem Computer des Spielers zu verbessern und die Downloadrate zu verringern. Der Spieler nutzt die erlangte Software daher wie einen Schlüssel, um sich auf dem Server einzuloggen. Dabei gilt hinsichtlich des entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerbs des Clients sowie der urheberrechtlichen Aspekte das bereits zu Peer-to-Peer-Spielen Gesagte. Im Gegensatz zu Peer-to-Peer-Spielen greift der Spieler wie auch bei Browsergames auch auf die Spielsoftware auf dem Applikationsserver zu. Die rechtliche Beurteilung dessen ist daher wie bei reinen Browsergames zu sehen.⁴¹⁹ Je nachdem, ob es sich um ein unentgeltliches oder entgeltliches Nutzen handelt, ist Miet- oder Leihrecht entsprechend anzuwenden, sodass insgesamt ein gemischter Vertrag vorliegt.

2. Das anwendbare Recht

Typisch für Onlinespiele ist das mögliche Auseinanderfallen von Serverstandort und Sitz des Betreibers sowie die lokale Ungebundenheit der Nutzer. Kabellose Internetverbindungen (wireless local area network, kurz: wlan) und hochleistungsfähige Mobiltelefone ermöglichen dem Spieler, selbst während eines Grenzübertritts ein Onlinespiel zu besuchen und zu benutzen.⁴²⁰ Es drängt sich daher die Frage nach dem einschlägigen Recht auf. Die Beantwortung dieser Frage hat entscheidende Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung, den Minderjährigenschutz, Verbraucherschutzrechte sowie den Umfang dessen, was ein Provider überhaupt als Spiel anbieten darf. Im Ergebnis geht es daher um die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den Anbietern. Zusätzlich muss der Spielanbieter bei Nichtberücksichtigung dieser Bestimmungen ein rechtliches und damit im Ergebnis wirtschaftliches Risiko eingehen, das einkalkuliert sein sollte. Die Ubiquität des Internets bringt aus der Sicht des Anbietenden zwar einerseits den Vorteil des größeren Marktes mit sich, andererseits erhöht sie aber auch die Gefahr, sich mit einer anderen Rechtsordnung

⁴¹⁹Siehe oben, Seite 13ff..

⁴²⁰Dieses Problem sieht ebenfalls *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352.

auseinandersetzen zu müssen.⁴²¹ Dabei ist es auch unbeachtlich, ob der Vertrag z.B. aufgrund der Geschäftsunfähigkeit eines Spielers ex tunc nichtig oder wirksam ist.⁴²²

a) Rechtswahlklausel, Art. 3 Rom I-VO

Bei der Analyse der Vertragsbedingungen von Onlinespielen fällt auf, dass eine Klausel fast immer wieder zu finden ist: die Rechtswahlklausel.⁴²³ Nach der Verordnung Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (kurz "Rom I-VO")⁴²⁴ ist diese nun auch bei Verbraucherverträgen⁴²⁵ ausdrücklich zugelassen.⁴²⁶

aa) Sinn und Zweck einer Rechtswahl

Zweck einer Rechtswahl ist, eine für das Unternehmen günstige Rechtstellung festzulegen und im Streitfall einheitlich gegenüber allen Nutzern reagieren zu können.⁴²⁷ Sie kann ausdrücklich als Ergebnis des Grundsatzes der Privatautonomie⁴²⁸ getroffen werden, sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO. In jedem Fall gilt sie aber nur für

⁴²¹ Sodtalbers Rn. 651.

⁴²² So gilt die Rom I-VO z.B. auch, wenn der Vertrag nichtig ist. Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 56, Rn. 42.

⁴²³ Im Rahmen von Standardklauseln spricht man von Rechtswahlklauseln. Bei individuellen Vereinbarungen wird dieselbe Vereinbarung als Rechtswahlabrede bezeichnet, Fritzemeyer/Krone/Splittgerber in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rn. 12. Da Browsergames immer vorformulierte Vertragsbedingungen zugrunde liegen, wird vorliegend auf individualvertragliche Vereinbarungen nicht eingegangen.

⁴²⁴ Amtsblatt Nr. L 177 der Europäischen Union vom 4.7.2008, S. 6ff.. Die Rom I-VO ist teils am 17.6.2009 (Art. 26 Rom I-VO), im wesentlichen aber am 17.12.2009 in Kraft getreten. Nach Art. 17 Rom I-VO gilt die Rom I-VO für Verträge, die nach dem 17.12.2009 geschlossen wurden. Damit sind für ältere Verträge weiterhin die Art. 27ff. EGBGB a.F. zu beachten.

⁴²⁵ Dazu unten ausführlich, Seite 82f..

⁴²⁶ Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 51, Rn. 35.

⁴²⁷ Koch, *IT-Recht* § 17, S. 829 und von Bernuth in *Hamann/Weidert* S. 190 (jeweils noch zum EGBGB a.F.) empfehlen zu Recht, dass Verträge zu grenzüberschreitender Leistungserbringung eine entsprechende Rechtswahlklausel enthalten sollten.

⁴²⁸ Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 86, Rn. 85. Noch zum nahezu wortgleichen Art. 27 EGBGB a.F.: *MüKo Bd. 10* /Martiny, Art. 27 EGBGB, Rn. 1, 8; *Erman* /Hohloch, Art. 27 EGBGB, Rn. 7; *Prütting* /Brödermann/Wegen, Art. 27 EGBGB, Rn. 1; *Kropholler* S. 460.; *Bamberger* /Spickhoff, Art. 27 EGBGB, Rn. 19. *Staudinger* /Magnus, 2002, Art. 27 EGBGB, Rn. 1: freie Rechtswahl ist kollisionsrechtliches Pendant der Vertragsfreiheit im materiellen Recht.

das Vertrags-, nicht aber für das Delikts- oder Immaterialgüterrecht.⁴²⁹ Eine parteiautonome Rechtswahl⁴³⁰ vermag zudem die ihr gesetzlich gegebenen Schranken nicht zu durchbrechen.⁴³¹ Bei Verträgen, bei denen die eine Partei als schwächer angesehen wird, sollte die schwächere Partei durch Kollisionsnormen geschützt werden, die für sie günstiger sind als die allgemeinen Regeln, Erwägungsgrund Nr. 23 der Rom I-VO. Das gilt insbesondere für Verbraucherverträge, Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO. So muss ein Anbieter Verbraucherschützende Regelungen wie das Widerrufsrecht beachten. Zudem ist eine Rechtswahl insbesondere gemäß Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO unbeachtlich, wenn der Sachverhalt einen "echten" Auslandsbezug aufweist.⁴³² Hier sind Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO und Art. 3 Abs. 3 und 4 Rom I-VO⁴³³ zu beachten.

⁴²⁹Dass nur vertragliche Schuldverhältnisse erfasst sind, ergibt sich ausdrücklich aus Art. 1 Rom I-VO iVm. Erwägungsgrund Nr. 5 der Rom I-VO. So zu Art. 27 EGBGB a.F.: *Koch, IT-Recht* § 17, S. 829; *Bamberger /Spickhoff*, Art. 27 EGBGB, Rn. 22. Dann ist die Rom II-VO bzw. Art. 40 EGBGB a.F. zu beachten. Ausführlich zur Tatortregel im Internet siehe *Füllbier*, CR 2007, 515ff. 515f. m.w.N., noch zu Art. 40 EGBGB, der auch auf den fliegenden Gerichtsstand für deliktische Verletzungshandlungen im Internet verweist. Vergleiche insoweit auch ausführlich *Lober/Karg*, CR 2007, 647ff. zu Unterlassungsansprüchen gegen den Betreiber von Onlinespielen.

⁴³⁰*Erman /Hohloch*, Art. 27 EGBGB, Rn. 1 noch zum EGBGB a.F..

⁴³¹Noch zum EGBGB a.F. *Erman /Hohloch*, Art. 27 EGBGB, Rn. 8; *Staudinger /Magnus*, Art. 27 EGBGB, Rn. 2, 26-29.

⁴³²Kernelement des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO und Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F. ist, dass der Sachverhalt keinen "echten" Auslandsbezug aufweisen darf. Noch zu Art. 27 Abs. 3 EGBGB a.F., der dem Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO entspricht: *Staudinger /Magnus*, 2002, Art. 27 EGBGB, Rn. 121. In der Rom I-VO ist hier im Gegensatz zum EGBGB keine Änderung der zwingenden Anwendbarkeit von Recht trotz Rechtswahlklausel eingefügt worden, sondern eine Klarstellung im Sinne einer weiten Formulierung, Erwägungsgrund Nr. 15 der Rom I-VO. Zur Ermittlung der Verbindung gelten die gleichen Kriterien wie für die Beurteilung, ob ein Auslandsbezug gem. Art. 28 EGBGB vorliegt. Noch in Bezug auf das EGBGB a.F.: *Prütting /Brödermann/Wegen*, Art. 27, Rn. 27; *Bamberger /Spickhoff*, Art. 27 EGBGB, Rn. 51.

⁴³³Zur alten Streitfrage, wie sich Art. 29a EGBGB a.F. (Art. 23 Rom I-VO) und Art. 34 EGBGB (Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO) zueinander verhalten, wird im Folgenden wegen des beschränkten Anwendungsbereichs des Art. 34 EGBGB a.F. nicht eingegangen. Zu dieser Frage noch bezogen auf das EGBGB a.F. ausführlich: *Fritzemeyer/Krone/Splittgerber* in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rdn. 43 m.w.N..

bb) Indizien für eine konkludente Rechtswahl

Das Gros der Spielbetreiber bedient sich ausdrücklich einer Rechtswahlklausel.⁴³⁴ Hat ein Betreiber davon aber – bewusst oder unbewusst – abgesehen, stellt sich die Frage, welche Indizien für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahlklausel⁴³⁵ bei Onlinespielen vorliegen müssen.

Die Maßstäbe für die Auslegung einer Rechtswahlklausel sind direkt aus Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO zu entnehmen⁴³⁶ und nicht aus den Auslegungsvorschriften des Sachrecht der *lex fori*.⁴³⁷ Ohne eine nahezu objektiven Sicherheit einer Rechtswahl ist das Vertragsstatut aufgrund objektiver Kriterien nach Art. 4 Rom I-VO zu entwickeln.⁴³⁸ Gemäß Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO muss sich der reale – und nicht bloß hypothetische – Parteiwille mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages⁴³⁹ oder den Umständen des Falles ermitteln lassen. Dabei sieht Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO vor, dass sich die Rechtswahl “eindeutig” (“clearly demonstrated”)⁴⁴⁰ und nicht wie im EGBGB a.F. mit hinreichender Sicherheit (“reasonable certainty”)⁴⁴¹ aus den Umständen des Falls ergeben muss. Daher ist eher Zurückhaltung gegenüber der Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl geboten.⁴⁴²

Folgende Indizien können einen eindeutigen Hinweis auf eine stillschweigende Vereinbarung mit einem entsprechenden tatsächlichen Rechtswahlwillen zu Gunsten

⁴³⁴ *Trump/Wedemeyer*, K&R 2006, 397ff. 398 bestätigen zwar die regelmäßige Vereinbarung einer Rechtswahl in den EULAs, lassen die Frage einer konkludenten Vereinbarung aber unbeantwortet. Das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahl unterliegen gem. Art. 3 Abs. 5 i.V.m. Art. 10 Rom I-VO (Art. 27 Abs. 4 i.V.m. Art. 31 EGBGB a.F.) dem gewählten Recht, so noch zum EGBGB a.F.: BGHZ 123, 380-393 [383]; h.Lit.: statt vieler: *Staudinger/Magnus*, 2002, Art. 27 EGBGB, Rn. 55, 136 m.w.N., *Koch, IT-Recht* § 17, S. 823. Die Prüfung dessen muss von der des Hauptvertrages getrennt erfolgen, vgl. *Vischer/Huber/Oser* Rn. 139; *Fritzemeyer/Krone/Splittgerber* in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rdn. 28 m.w.N..

⁴³⁵ Generell zur konkludenten Rechtswahl: *Koch, IT-Recht* § 17, S. 829.

⁴³⁶ *Martiny* in *Reithmann/Martiny* S. 113, Rn. 114.

⁴³⁷ *MüKo Bd. 10 Aufl. 5* /*Martiny*, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 45.

⁴³⁸ *Martiny* in *Reithmann/Martiny* S. 113, Rn. 114.

⁴³⁹ Bsp.: DIN, nationale Standards, *MüKo Bd. 10* /*Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 61 f..

⁴⁴⁰ Art. 3 Abs. 1 der englischen Fassung der EU-Verordnung Nr. 593/2008 vom 17.06.2008 (Rome I).

⁴⁴¹ Noch zum weiteren Art. 27 EGBGB: *Erman/Hohloch*, Art. 27 EGBGB, Rn. 11.; *Staudinger/Magnus*, 2002, Art. 27 EGBGB, Rn. 3, 60; *MüKo Bd. 10* /*Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 2, 46; *von Hoffmann/Thorn* 3. Teil, § 10, Rn. 32; *Bamberger/Spickhoff*, Art. 27 EGBGB, Rn. 36.

⁴⁴² Bereits zum EGBGB a.F.: *Fritzemeyer/Krone/Splittgerber* in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rn. 14.

einer bestimmten Rechtsordnung geben: Vereinbarung einer Gerichtsstands- oder Schiedsklausel, das Prozessverhalten, eine Bezugnahme auf eine bestimmte Rechtsordnung, ein gemeinsamer Erfüllungsort sowie die Vertragspraxis der Parteien.⁴⁴³ Für Browsergames kann eine Schieds- oder Gerichtsklausel ein gutes Indiz sein. Die verwendete Sprache als Kriterium heranzuziehen, ist nur eingeschränkt zu empfehlen.⁴⁴⁴ Immer mehr Onlinespiele werden in englischer Sprache betrieben, wodurch die Angebote für Nutzer aus den unterschiedlichsten Ländern an Attraktivität gewinnen. Gerade bei über nationale Grenzen hinaus verbreiteten Sprachen, wie es z.B. bei Spanisch und Englisch der Fall ist, ist ein einfacher Rückschluss von der Sprache zur präferierten Rechtsordnung praktisch ausgeschlossen.⁴⁴⁵ Hinzu kommt, dass sich der Sprache nicht einmal ansatzweise entnehmen lässt, in welchem Staat sich die Person gerade befindet und welche Rechtsordnung sie akzeptieren wollen würde.

Da die konkludente Rechtswahl “eindeutig” vorliegen muss, Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO, reicht im Ergebnis die verwendete Sprache hierfür alleine nicht aus. Es ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung des übereinstimmenden Verhaltens maßgebend,⁴⁴⁶ bei der die Sprache ggf. zusammen mit anderen Umständen auf ein gewähltes Recht hindeuten kann.⁴⁴⁷

⁴⁴³Noch zu Art. 27 EGBGB a.F.: *MüKo Bd. 10* /Martiny, Art. 27 EGBGB, Rn. 48-66; *Erman* /Hohloch, Art. 27 EGBGB, Rn. 14-18; *Staudinger* /Magnus, 2002, Art. 27 EGBGB, Rn. 64-89, m.w.N.; *Prütting* /Brödermann/Wegen, Art. 27, Rn. 12-19; *Bamberger* /Spickhoff, Art. 27 EGBGB, Rn. 37-43, Walter in *Hoeren/Möglich/Nielen*, Online-Auktionen S. 368.

⁴⁴⁴Erwägungsgrund 24 der Rom I-VO in Bezug auf Art. 6 Rom I-VO. Ebenso noch zum EGBGB a.F.: *Koch, IT-Recht* § 17 S. 829.

⁴⁴⁵*Gruber*, DB 1999, 1437ff. 1438, *Waldenberger*, BB 1996, 2365ff. 3656 und *Pfeiffer*, NJW 1997, 1207ff. 1214 meinen, englischsprachige Angebote richteten sich auch an deutsche Verbraucher. *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 274 nehmen im Zusammenhang mit Art. 29 EGBGB an, dass eine Internetseite, die in deutscher Sprache verfasst wird, sich auf Deutschland bezieht. Die sich aufdrängende Frage, wann sich welche Sprache nicht mehr an den Verbraucher eines bestimmten Staates richtet, offenbart die Schwäche des Indizes “Sprache” als alleiniger Ansatzpunkt.

⁴⁴⁶Noch zu Art. 27 Abs. 1 EGBGB a.F., in dem allerdings auf eine “hinreichender Sicherheit” abgestellt wurde: *Erman* /Hohloch, Art. 27 EGBGB, Rn. 16.

⁴⁴⁷So auch zu Art. 27 EGBGB a.F.: *MüKo Bd. 10* /Martiny, Art. 27 EGBGB, Rn. 63; *Prütting* /Brödermann/Wegen, Art. 27, Rn. 16; *Staudinger* /Magnus, 2002, Art. 27 EGBGB, Rn. 85f., m.w.N. stellt richtigerweise fest, dass für untergeordnete Anhaltspunkte wie der Vertragssprache, dem Abschluss- und Erfüllungsort sowie der Währung eine Häufung der Indizien erforderlich ist.

b) Gesetzliche Regelungen

Liegt weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Rechtswahl vor oder ist die Rechtswahlklausel unwirksam, so ist auf die gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen.⁴⁴⁸ Dabei ist Art. 6 Rom I-VO als spezielle Regelung zum Schutz von Verbrauchern vorrangig zu prüfen.

aa) Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO

Zu beachten ist bei Onlinespielen vor allem die Sonderanknüpfung⁴⁴⁹ in Art. 6 Rom I-VO (Art. 29 EGBGB a.F.), da die Spieler entsprechend des Zwecks des Spiels⁴⁵⁰ auch Verbraucher sind.⁴⁵¹

aaa) Verbraucherstaat

Liegt ein Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher vor, ist das Recht des Aufenthaltsortes des Verbrauchers – seiner Hauptniederlassung – maßgeblich, Art. 6 Abs. 1, 19 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO. Dabei ist nicht auf den gemeldeten Wohnsitz, sondern den lokalen Schwerpunkt der persönlichen Lebensführung des Verbrauchers, seines Daseinsmittelpunktes abzustellen, an dem auch der lokale Schwerpunkt seiner rechtsgeschäftlichen Beziehungen vermutet wird. Er wird zumeist mit dem Wohnsitz übereinstimmen.⁴⁵²

⁴⁴⁸Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 113, Rn. 114. Zu der Prüfungsreihenfolge von Art. 27ff. EGBGB a.F.: *Prütting* /Brödermann/Wegen, vor Art. 27 EGBGB, Rn. 9ff.

⁴⁴⁹Noch zu Art. 29 EGBGB a.F.: *Borges* S. 702, *Staudinger* /Magnus, Art. 28 EGBGB, Rn. 652, *Prütting* /Remien, Art. 29 EGBGB, Rn. 1, 23.

⁴⁵⁰Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 1260, Rn. 4177. Zur umstrittenen Frage, ob auf den Zweck oder die Absicht abgestellt werden soll, noch bezüglich des Art. 29 EGBGB a.F.: *Prütting* /Remien, Art. 29 EGBGB, Rn. 3ff.

⁴⁵¹Die Gruppe der Berufsspieler ist jedenfalls in Deutschland noch relativ klein. In anderen Ländern gewinnt diese Betätigung allerdings wirtschaftlich zunehmend an Bedeutung. *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 837 m.w.N. weisen darauf hin, dass es sich hierbei häufig um Spieler aus Billiglohnländern handelt.

⁴⁵²So insgesamt auch Mankowski zu Art. 29 EGBGB a.F. in *Spindler* Teil 3, Rn. 41 m.w.N.; Fritzemeyer/Krone/Splittgerber in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rn. 36.

Dies gilt nur, wenn Leistungsort und Wohnort auseinanderfallen, Art. 6 Abs. 4 Buchstabe a) Rom I-VO (Art. 29 Abs. 4 Nr. 2 EGBGB a.F.).⁴⁵³ Wenn der Anbieter nämlich seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe a) Rom I-VO der Wohnsitz des Verbrauchers und damit des Spielers entscheidend. Dagegen ist es relevant, ob der Unternehmer seine Tätigkeit auf irgendeine Weise auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausgerichtet hat, Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO. Weitere situative Einschränkungen, wie sie noch Art. 29 EGBGB a.F. vorsah,⁴⁵⁴ gibt es mit Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO nicht mehr.

bbb) Ausrichtung auf Verbraucherstaat

Wann sich zudem ein Angebot nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO an einen Verbraucher richtet, lässt sich in Parallele zu Art. 29 Abs. 1 EGBGB a.F. feststellen.⁴⁵⁵ Ein bloßes passives Abrufbarsein genügt dabei nicht.⁴⁵⁶ Vielmehr muss – vergleichbar mit der Regelung in Art. 29 EGBGB a.F. – auf der Internetseite auch der Vertragsabschluss im Fernabsatz angeboten werden und tatsächlich ein Vertragsabschluss im Fernabsatz erfolgen – mit welchen Mittel auch immer.⁴⁵⁷ Soweit dabei keine ausdrückliche Beschränkung der Angebotsempfänger bzw. -geltung

⁴⁵³ Auch hier stellt sich wieder die Frage, ob der Standort des Servers entscheidend ist. Dies ist jedoch nicht der Fall. Siehe unten, Seite 92. A.a. *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 722.

⁴⁵⁴ Zum Meinungsstand in Bezug auf Art. 29 Abs. 1 EGBGB a.F. statt vieler: *Borges*, ZIP 1999, 565ff. 565ff.; *Staudinger /Magnus*, Art. 28 EGBGB, Rn. 71. Weite Auffassung, dass Internetangebote Angebot iSd. Art. 29 Abs. 1 EGBGB a.F. sind, vertreten: *von Hoffmann/Thorn* 3. Teil, § 10, Rn. 73a; *Erman /Hohloch*, Art. 29 EGBGB, Rn. 11; *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767; *Staudinger /Magnus*, Art. 28 EGBGB, Rn. 653, m.w.N., Art. 29 EGBGB, Rn. 70.m.w.N.; *Gruber*, DB 1999, 1437ff. 1437, 1438; *Waldenberger*, BB 1996, 2365ff. 2371; *Staudinger in Ferrarie* Art. 29 EGBGB, Rn. 21. Eine einschränkende Auffassung stellt darauf ab, ob der Anbieter mit einem Angebot an diesen Verbraucher rechnen muss: *Pfeiffer*, NJW 1997, 1207ff. 1214; *Borges*, ZIP 1999, 565ff. 569f.. Eine weitere Ansicht gibt dem Anbieter die Möglichkeit, sein Angebot selber zu beschränken (Disclaimer): *Prütting /Remien*, Art. 29 EGBGB, Rn. 16; *Martiny in Reithmann/Martiny* Rn. 812. *von Hoffmann/Thorn* 3. Teil, § 10, Rn. 73a.

⁴⁵⁵ Noch zu Art. 29 EGBGB a.F.: *Koch*, *IT-Recht* § 17, S. 833, 835; *Spickhoff in Bamberger* Art. 29 EGBGB, Rn. 12. m.w.N.; *Dilger* S. 211, *Härting* Rn. 28; *Martiny in Reithmann/Martiny* Rn. 812. *von Hoffmann/Thorn* 3. Teil, § 10, Rn. 73a, erwähnen ebenfalls einschränkende Maßnahmen. *Walter in Hoeren/Möglich/Nielen*, Online-Auktionen S. 374-377 will vor allem anhand von Kriterien eine Feststellung nach Art. 29 EGBGB erreichen.

⁴⁵⁶ *Martiny in Reithmann/Martiny* S. 1264, Rn. 4185.

⁴⁵⁷ Erwägungsgrund 24 der Rom I-VO.

erklärt wird,⁴⁵⁸ könnten Kriterien für die erforderliche Richtungsgebung insbesondere der Angebotsempfänger oder die Vertragsbedingungen sein.⁴⁵⁹ Die Sprache ist als Indiz zwar naheliegend,⁴⁶⁰ nach Erwägungsgrund Nr. 24 der Rom I-VO wie die Währung alleine aber nicht ausreichend. Wie bei der Subsumtion unter Art. 4 Rom I-VO (s.u.) bedarf es daher in jedem einzelnen Onlinespiel einer Gesamtschau, ob eine solche Ausrichtung auf den individuellen Verbraucher vorliegt.

ccc) Ausschluss nach Art. 6 Abs. 4 Buchstabe b) Rom I-VO

Ist die Leistung eines Onlinespielbetreibers allerdings eine Dienstleistung i.S.d. Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO, die ausschließlich in einem anderen Staat erbracht wird, dann ist nicht mehr Art. 6 Rom I-VO anwendbar, sondern die allgemeinen Regeln nach Art. 4 Rom I-VO.

Legt man Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung von Normen und damit nicht nach dem nationalen Recht aus,⁴⁶¹ so sind unter Dienstleistung nach Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO – in Parallele zur EUGVVO⁴⁶² und damit zu Art. 50 Abs. 1 EGV – Leistungen zu verstehen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit von Personen unterliegen.⁴⁶³ Der nicht näher in der Rom I-VO definierte Begriff der Dienstleistung ist weit zu fassen.⁴⁶⁴ Unter Art. 6 Abs. 4 I-VO fallen daher Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen aller Art, d.h. tätigkeitsbezogene Leistungen⁴⁶⁵ an einen

⁴⁵⁸Für eine entsprechende Ansprache noch zu Art. 29 EGBGB a.F.: Fritzemeyer/Krone/Splittgerber in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rdn. 41 m.w.N.; a.A. *MüKo Bd. 10* /Martiny, Art. 29 EGBGB, Rn. 20.

⁴⁵⁹*Härtig* Rn. 28, m.w.N..

⁴⁶⁰*von Hoffmann/Thorn* 3. Teil, § 10, Rn. 73a.

⁴⁶¹Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 53, Rn. 37.

⁴⁶²Nach Erwägungsgrund Nr. 17 der Rom I-VO ist der Begriff der Dienstleistung so wie bei der Anwendung von Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 auszulegen.

⁴⁶³BGH, Urteil vom 2. 3. 2006 - IX ZR 15/ 05.

⁴⁶⁴Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 578, Rn. 1042. Noch zu EGBGB a.F.: BGHZ 132, 380-393 [385], 165, 248-261[253]; *Reithmann/Martiny* Rn. 807; *Bamberger /Spickhoff*, Art. 29 EGBGB, Rn. 7 m.w.N.; *Prütting /Remien*, Art. 29 EGBGB, Rn. 10.

⁴⁶⁵Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 581, Rn. 1048. Noch zu Art. 29 EGBGB a.F.: BGHZ 123, 380-393 [385], 165, 248-261 [253]; *Ferrarie /Staudinger*, Art. 29 EGBGB, Rn. 12.. Von "Verträgen auf Tätigwerden" sprechen *Vischer/Huber/Oser* Rn. 438, wenn sie sich u.a. mit dem schweizerischen Art. 117 Abs. 3 Lit. c IPRG befassen.

Verbraucher aufgrund von Dienstverhältnissen, Werk- und Werklieferungs- sowie Geschäftsbesorgungsverträgen.⁴⁶⁶

Die Zurverfügungstellung der virtuellen Welt ist aufgrund der fehlenden Tätigkeiten des Betreibers⁴⁶⁷ keine Dienstleistung im engen Sinne nach § 661 BGB. Da man die bloße Überlassung zum Gebrauch nicht mehr als Dienstleistung i.S.d. Art. 6 Rom I-VO einstufen kann,⁴⁶⁸ fallen zumindest Browsergames nicht unter Art. 6 Rom I-VO.⁴⁶⁹ Dies ist auch dann der Fall, wenn man – wie hier – Browsergames als Systeme ansieht, die mit ASP vergleichbar sind und darauf Mietrecht anwendet. Die Miete von unbeweglichen oder beweglichen Sachen fällt nämlich nicht unter Art. 6 Rom I-VO, vgl. Art. 6 Abs. 4 Buchstabe c) Rom I-VO. Soweit ein Betreiber noch Zusatzleistungen⁴⁷⁰ anbietet, können diese jedoch Dienstleistungen sein.

Dagegen ist das kostenpflichtige Zurverfügungstellen von Peer-to-Peer-Knotenpunkten bereits eine Dienstleistung i.S.v. § 611 BGB und damit erst recht eine i.S.d. Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO. Soweit diese Leistung des Anbieters unentgeltlich angeboten wird, wird diese ebenfalls Art. 6 Abs. 4 Buchstabe a) Rom I-VO zugeordnet werden können. Auch hier ist eine tätigkeitsbezogene Leistung an den Verbraucher⁴⁷¹ das Kernelement der Leistung.

Bejaht man eine Dienstleistung und damit die Anwendbarkeit des Art. 6 Rom I-VO, dann muss beachtet werden, dass auch hier eine Ausnahme vorhanden sein kann. Ein anderes Statut kann insbesondere gegeben sein, wenn eine clientbasierte Peer-to-Peer Dienstleistung ausschließlich in einem anderen Staat erbracht wird. Dies ist anhand kumulativer Indizien – vgl. Ausführungen zu Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO auf S. 89ff. – im Einzelfall zu ermitteln.

bb) Enge Verbindung zu einem Staat, Art. 4 Rom I-VO

Bei Browsergames ist festzustellen, dass keine Dienstleistung vorliegt und daher auf Art. 4 Rom I-VO zurückgegriffen werden muss. Gleiches ist notwendig, wenn

⁴⁶⁶Noch zum EGBGB a.F.: BGHZ 123, 380-393 [385], 165, 248-261[253].

⁴⁶⁷Siehe oben zu kostenpflichtigen Browsergames, Seite 56, und zu Onlinespielen mit Client-Server-Architektur, Seite 77.

⁴⁶⁸Martiny in *Reithmann/Martiny* S. 585, Rn. 1062.

⁴⁶⁹So auch für Onlinespiele allgemein *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 274, *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767. A.A. *Psczolla*, der auf eine von ihm festgestellte Verpflichtung zur Gewährleistung der Online-Erreichbarkeit des Angebots oder der Verwaltung und Pflege von Nutzerprofilen und Spielständen abstellt und darin dienstvertragliche Elemente sieht.

⁴⁷⁰Siehe oben, Seite 62.

⁴⁷¹Noch zu Art. 29 EGBGB a.F.: BGHZ 123, 380-393 [385], 165, 248-261 [253]; *Ferrarie/Staudinger*, Art. 29 EGBGB, Rn. 12.

ein Onlinespielanbieter seine Dienstleistung nicht in Deutschland ausübt und sein Angebot auch nicht auf deutsche Verbraucher ausgerichtet hat. Dann ist nach Art. 6 Abs. 3 Rom I-VO ebenfalls die allgemeine Regelung nach Art. 4 Rom I-VO zu beachten. Danach sieht das Gesetz zur Ermittlung des anwendbaren Rechts entweder für Vertragsarten spezielle Regeln (Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO) oder ein Abstellen auf die charakteristische Leistung (Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO) vor. Entscheidend ist auch hier wieder, dass keine engere Verbindung zu einem anderen Staat vorliegen darf, Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO. Ist weder Art. 4 Abs. 1 noch Abs. 2 Rom I-VO anwendbar, kommt es nach Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO darauf an, zu welchem Staat die engste Verbindung besteht. Letztere Regelung entspricht Art. 28 Abs. 1 Satz 1 EGBGB a.F..

aaa) gewöhnlicher Aufenthalt des Dienstleisters, Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO

Für clientbasierte Onlinespiele ist vor allem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b) Rom I-VO relevant. Es liegt als besonderer Vertragstyp ein Dienstleistungsvertrag im weiten Sinne vor, der ein Abstellen auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Betreibers – also die Niederlassung des Betreibers (Art. 4 Abs. 1, 19 Rom I-VO) – nahe legt.

(1) Standort des Servers als Niederlassung

Als Niederlassung i.S.d. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Rom I-VO kann allerdings neben der Hauptniederlassung und der Zweigniederlassung auch der Standort des Servers in Betracht kommen.⁴⁷²

Einige Provider bedienen sich eines weiteren Unternehmens, das sog. reelle⁴⁷³ bzw. physische⁴⁷⁴ und sog. virtuelle Server zur Verfügung stellt.⁴⁷⁵ Der Spielbetreiber lädt dann seine Software auf diesen externen Applikationsserver, auf den der Nutzer

⁴⁷²So noch in Verbindung mit dem EGBGB a.F. *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 724.

⁴⁷³*Spindler/Schuppert*, Teil 5, Ziff. 3.1.

⁴⁷⁴In diese Kategorie fällt das sog. Webhousing und -hosting. Siehe dazu ausführlich *Heyms/Prieß* S. 32ff..

⁴⁷⁵Vor allem bei Angeboten mit niedrigen Zugriffszahlen und Speicherbedarf werden virtuelle Server zur Verfügung gestellt. Virtuelle Server sind auf einem physischen Server verortet, von anderen virtuellen Servern aber getrennt. Deswegen findet sich auch in diesem Zusammenhang der Begriff "Server-Sharing", *Spindler/Schuppert*, Teil 5, Rn. 17. Vergleichbar ist dies mit mehreren Partitionen auf einer Festplatte. Zum Teil werden jedoch auch komplette physische Server angemietet.

dann zugreift. Außerdem nutzt der Provider dann noch einen Datenbank-Server und eventuell Backup-Server u.ä..⁴⁷⁶

Jeder dieser Server hat eine bestimmte IP-Adresse (Internetprotokoll-Adresse), quasi die Hausnummer des an das Internet angeschlossenen Rechners.⁴⁷⁷ Sie ist eine Zahlenfolge,⁴⁷⁸ die bildlich gesprochen mit der Internetadresse – der sog. Domain⁴⁷⁹ – ummantelt wird, damit sie sich besser merken lässt.⁴⁸⁰ Diese Domain bleibt immer gleich, sodass aus Sicht des Nutzers auch der Zugang zur virtuellen Welt – nämlich dem Applikationsserver – immer unverändert und vor allem scheinbar an demselben realen Ort existiert. Der Server könnte deshalb als Niederlassung bewertet werden, sodass das anzuwendende Recht das Recht des Staates wäre, in dem der Server steht.

(2) *Kurzweiligkeit des Serverstandortes*

Dagegen spricht jedoch, dass es für den Nutzer zum einen vollkommen uninteressant ist, welche IP-Adresse zu der Domain gehört und in welchem Land der physische Server steht. Zum anderen weiß er es auch gar nicht. Selbst wenn er darüber bei Vertragsschluss informiert werden würde, so kann der Server und damit dessen Standort ohne großen Aufwand und unbemerkt gewechselt werden.⁴⁸¹ Das ist der wesentliche Unterschied zwischen dem “Sitz des Unternehmens” und dem Standort eines Servers. Deswegen ließe es sich für die Vertragsparteien nicht mehr sicher vorhersehen und bestimmen, welches Recht anzuwenden wäre.⁴⁸² Der (unternehmerische) Rechtsverkehr⁴⁸³ nimmt daher keinerlei Notiz von dem zuweilen zufälligen Standort⁴⁸⁴ des Servers. Richtigerweise kann er ob seiner Beliebigkeit keine prägende Wirkung entfalten.⁴⁸⁵

⁴⁷⁶Das parallele Nutzen von Servern beschreibt *Mankowski*, RabelZ 63, 1999, 203ff. 227.

⁴⁷⁷*Ruff* S. 9 mit weiteren technischen Erläuterungen zum Thema Internetprotokoll.

⁴⁷⁸*Härtling*, ITRB 2009, 35ff. 35.

⁴⁷⁹Domain ist eine Adresse und bezeichnet die Stelle in einem Netzwerk, an der die Anfangsseite einer Homepage aufgerufen werden kann. *Schmidl* S. 67.

⁴⁸⁰So kann man zum Beispiel statt <http://www.beispiel.de> die Zahlenfolge <http://123.456.78> verwenden, um eine Seite aufzurufen. Zum System der Domainnamen: *Müller* S. 32ff.; Zu Domainnamen insbesondere hinsichtlich Werbung: *Heyms/Prieß* S. 142ff.. Zur Domain als Indiz für eine stillschweigende Rechtswahlauswahl siehe oben, Seite 89.

⁴⁸¹So auch überzeugend *Spindler /Mankowski*, Teil 3, Rn. 45, der zudem hervorhebt, dass der Kunde nicht mit dem Server, sondern mit dem Unternehmen kontrahiere.

⁴⁸²*Spindler /Mankowski*, Teil 3, Rn. 45..

⁴⁸³Es ist auf die Perspektive des unternehmerischen Rechtsverkehrs abzustellen, so *Mankowski*, RabelZ 63, 1999, 203ff. 222 noch zu Art. 28 Abs. 2 Satz 2 EGBGB a.F..

⁴⁸⁴*Koch*, *IT-Recht* § 17, S. 831, noch zum EGBGB a.F., der deshalb nicht auf den Server abstellt.

⁴⁸⁵*Mankowski*, CR 1999, 512ff. 514.

(3) Ergebnis

Im Ergebnis kommt es zur Ermittlung des anzuwendenden Rechts auf die “reale” Niederlassung des Betreibers, nicht aber auf den Standort des Servers an, von dem die Leistung abgerufen werden kann.⁴⁸⁶ Die lokalen Anknüpfungen bei Distanzschluss über das Internet und vor allem bei Durchführung “on the Net” passen nicht.⁴⁸⁷ Dies führt nicht per se zu einer Delokalisierung der Leistung, sondern nur zu einer Delokalisierung der einzelnen Leistungshandlung.⁴⁸⁸

bbb) Belegenheit eines Grundstücks, Art. 4 Abs. 1 Buchstabe c) Rom I-VO

Zwar kann ein Spieler im Rahmen eines Spiels⁴⁸⁹ ein Grundstück “erlangen”⁴⁹⁰, um es dann entsprechend der Spielregeln zu bewirtschaften und Ertrag aus ihm zu ziehen.⁴⁹¹ Art. 4 Abs. 1 Buchstabe c) Rom I-VO⁴⁹² ist im Ergebnis aber nicht

⁴⁸⁶ *Dorn/Krämer* Rn. 842. So ebenfalls kurz in Bezug auf das EGBGB a.F. *Psczolla* S. 201. Im Ergebnis wie hier, aber ohne Begründung noch in Bezug auf das EGBGB a.F.: *MüKo Bd. 10/Martiny*, Art. 28 EGBGB, Rn. 47. *Fritzemeyer/Krone/Splittgerber* in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rdn. 50 m.w.N. und *Mankowski*, *RabelZ* 63, 1999, 203ff. 227 betonen, dass der Server nur eine Hilfsfunktion habe. Eine Einordnung von Servern als Niederlassung i.S.d. Art. 2c der Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.7.1998 verneinend: *Lammich* in *Moritz/Dreier*, *E-Commerce B* Rn. 307. Relevanz des Serverstandortes bzgl. Art. 40 EGBGB a.F. ablehnend *Lober/Karg*, *CR* 2007, 647ff. 648 m.w.N..

⁴⁸⁷ *Mankowski*, *CR* 1999, 512ff. 514.

⁴⁸⁸ *Mankowski*, *RabelZ* 63, 1999, 203ff. 228. *Krasemann*, *MMR* 2006, 351ff. 351ff. sieht keinen engen Bezug zum Betreiberland gem. Art. 28 Abs. 2 EGBGB a.F., wenn ein Spieler selber das Spiel hostet. Dabei übersieht er jedoch, dass das Steuern des Spiels durch den Spieler nicht dazu führt, dass die vertraglich geschuldete Leistung durch den Anbieter sich ändert. In Betracht kommt einzig eine Auswirkung des Hostings durch den Spieler über Art. 28 Abs. 5 EGBGB a.F. und damit Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO. Siehe dazu unten, Seite 92.

⁴⁸⁹ Typisches Beispiel ist hier, dass ein Spieler ein “Lehen” (so beim MMORPG <http://www.ritterheere.de>), “Grundstücke” (so beim MMOG <http://www.travian.de>) o.ä. erlangen kann, um daraus spielinterne Rohstoffe zu erwerben, die er dann wiederum weiter verwenden kann.

⁴⁹⁰ Dahingestellt sei an dieser Stelle, ob man an virtuellen Grundstücken überhaupt Eigentum erlangen kann. *Rippert/Weimer*, *ZUM* 2007, 272ff. 275 lehnen dies mangels absoluter Position ab.

⁴⁹¹ Vergleichbares geschieht in der virtuellen Welt *Second Life*. Dazu ausführlicher: *Psczolla*. Land, Teile eines Landes oder Inseln können dort gemietet oder gekauft sowie vermietet und verkauft werden, <http://secondlife.com/land/>. In diesem Zusammenhang diskutiert *Duranske* S. 79ff. ausführlich die Entwicklung des “virtual property law” mit Bezügen zum anglo-amerikanischen Recht.

⁴⁹² Entspricht Art. 28 Abs. 3 EGBGB a.F..

einschlägig. Virtuellen Grundstücken fehlt es nämlich an dem lokalen Moment der “Belegenheit”. Das virtuelle Grundstück ist Teil einer beweglichen Sache – dem Server – und bereits als solches verrückbar.⁴⁹³

ccc) Engere Verbindung zu anderem Staat, Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO

Art. 4 Abs. 1 Buchstabe c) Rom I-VO könnte schließlich durch das Korrektiv⁴⁹⁴ in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO durchbrochen werden. Danach gilt die gesetzliche Vermutung nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände deutlich⁴⁹⁵ ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist. Jene Ausweisklausel führt dazu, dass die Grundregel der engsten Verbindung wieder durchgesetzt wird.⁴⁹⁶ Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn der Anbieter gezielt in einem Land auftritt und wirbt und den Anschein erweckt, ein inländisches Unternehmen zu sein.⁴⁹⁷

(1) Domain, E-Mail und Sprache

Neben einer entsprechenden Rechtswahlklausel kann primär der Auftritt des Unternehmers eine Verbindung zu einem bestimmten Staat nahe legen. Dabei ist die verwendete Sprache allerdings nach dem Erwägungsgrund Nr. 24 der Rom I-VO ein sehr schwaches Indiz.⁴⁹⁸ Auch die länderbezogenen Top Level Domains wie z.B. .de oder .uk (kurz: ccTLD = country code top-level domain⁴⁹⁹) verwirren den Laien mehr,

⁴⁹³Zweifel an der Dauerhaftigkeit des Servers als Einrichtung hat auch *Mankowski*, RabelZ 63, 1999, 203ff. 227, m.w.N..

⁴⁹⁴So wörtlich noch in Bezug auf Art. 28 EGBGB a.F.: *Staudinger* /Magnus, Art. 28 EGBGB, Rn. 126.

⁴⁹⁵Noch zum EGBGB a.F.: *Staudinger* /Magnus, Art. 28 EGBGB, Rn. 127.

⁴⁹⁶*MüKo Bd. 10 Aufl. 5* /Martiny, Art. 4 Rom I-VO.

⁴⁹⁷*Koch*, *IT-Recht* § 17, S. 832 noch zum EGBGB a.F.. Zum Anschein einer Niederlassung und zur Erkennbarkeit des Vertragspartners ebenfalls noch bezüglich des EGBGB a.F.: *Mankowski*, RabelZ 63, 1999, 203ff. 222-226.

⁴⁹⁸A.A. *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 274 noch zum EGBGB a.F.. Zur Relevanz der Sprache siehe ausführlich oben, Seite 81.

⁴⁹⁹Zu den Bestandteilen einer Internetadresse: Völker in *Hamann/Weidert* S. 204. Ausführlich zur Domain .eu: *Kipping*.

als dass sie zur Klarheit beitragen⁵⁰⁰ oder gar ein hilfreiches Indiz sind.⁵⁰¹ Auch die Annahme, dass der Verbraucher nach dem objektiven Empfängerhorizont bei der Top-Level-Domain .de von einer Annahme der Bestellung in Deutschland ausgehe, die anderen TDLs aber dem Ausland zuordne, greift zu kurz.⁵⁰² Die ccTLDs werden weltweit vergeben, ohne dass ein Bezug zwischen Inhalt der Internetseite und der Domain bestehen muss. So kann eine Seite in deutscher Sprache verfasst sein, jedoch die ccTLD .tv und damit die Länderkennung der Insel Tuvalu verwenden.⁵⁰³ Häufig ist dem Nutzer der Länderbezug nämlich gar nicht offenkundig. Er wird also auch nicht automatisch davon ausgehen, es handele es sich um einen ausländischen Anbieter, wenn nicht die TLD .de verwendet wird.

Zudem gibt es neben den ccTLDs auch andere TLDs (sponsored TLD = sTLD; unsponsored TLD = uTLD), die keinen Länderbezug haben. Hierzu zählen zum Beispiel die bekanntesten TLDs .com, .org und .net.⁵⁰⁴ Dass der Verkehr die Top-Level-Domain nicht als herkunftskennzeichnend anerkennt,⁵⁰⁵ ist deshalb begründet.⁵⁰⁶ Nichts anderes kann für E-Mail-Adressen gelten.

Da die engere Verbindung zu einem anderen Staat “offensichtlich”⁵⁰⁷ sein muss, eignen sich die schwachen Indizien Sprache und Domain nicht. Anders kann es im Einzelfall aber liegen, wenn die schwachen Indizien “Sprache, Domain, E-Mail-

⁵⁰⁰ Auch Koch, *IT-Recht* § 17, S. 823 meint, dass das Bemühen um technische Anknüpfungskriterien für eine Zuständigkeitsfestlegung durch Domains nicht unbedingt vereinfacht wird.

⁵⁰¹ Borges bejaht die Relevanz der Domain im Zusammenhang mit Art. 28 Abs. 5 EGBGB a.F., lehnt sie dann bzgl. Art. 29 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a.F. ab. Vgl. *Borges*, ZIP 1999, 565ff. 566 und 570 und *Borges* S. 876. Eine Website sei aber unter dem Gesichtspunkt der Werbung im Zusammenhang mit Art. 29 Abs. 1 EGBGB a.F. (Art. 6 Rom I-VO) ein Kriterium, *Borges* S. 875.

⁵⁰² So *Dilger* S. 203 im Zusammenhang mit Art. 29 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB a.F.. *Borges* S. 875 meint, dass bei der Verwendung der TLD “.de” der durchschnittliche Benutzer davon ausgehe, dass es sich um ein Angebot für den deutschen Markt handele.

⁵⁰³ „In der Fernsehbranche schmückt man sich gerne mit der Internet-Adresse “.tv”. Das Kürzel steht für die Südsee-Inselgruppe Tuvalu. Der Winzling hat die Internet-Rechte verkauft und damit seinen UN-Beitritt bezahlt. Wie lange er Mitglied bleibt, ist aber fraglich. Denn Tuvalu wird voraussichtlich im Meer versinken.“ Tagesschaubericht vom 20.1.2007, zuletzt abgerufen am 22.5.2009 unter <http://www.tagesschau.de/ausland/meldung66474.html>.

⁵⁰⁴ Auch Terlau in *Moritz/Dreier*, E-Commerce C Rn. 56 hält diese Domains für vollkommen unbrauchbar, ein Rechtsverhältnis zu lokalisieren.

⁵⁰⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.4.2008, Az. I-20 U 93/07, MIR 07/2008, Dok. 226-2008.

⁵⁰⁶ Ebenfalls ablehnend im Zusammenhang mit Art. 28 EGBGB a.F.: *Koch, IT-Recht* § 17, S. 831; *MüKo Bd. 10 /Martiny*, Art. 28 EGBGB, Rn. 47.; Fritzemeyer/Krone/Splittgerber in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rn. 42.. Zur Kennzeichnungsfunktion einer Domain führen *Heyms/Prieß* S. 101 richtig aus: „Bei der Beurteilung dieser Frage bleibt jedoch immer die Top-Level-Domain außer Betracht, weil diese nicht über namenmäßige Kennzeichnungskraft verfügt.“

⁵⁰⁷ *MüKo Bd. 10 Aufl. 5 /Martiny*, Art. 4 Rom I-VO, Rn. 248.

Adresse” kumulativ zusammentreffen⁵⁰⁸ und auf einen Staat hinweisen.⁵⁰⁹ Bedient sich ein Unternehmer z.B. einer deutschsprachigen Internetseite mit der TLD .de und einer entsprechenden E-Mail-Adresse, erweckt er den Anschein, es bestehe ein Bezug zu Deutschland. Entgegenstehende Behauptungen des Unternehmers würden seinem Vorverhalten widersprechen und das zu schützenden Vertrauen des Nutzers den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zur Anwendung rufen.⁵¹⁰

(2) *Aufenthaltort des Nutzers*

Des weiteren könnte angenommen werden, dass eine engere Verbindung zu dem Staat existiert, in dem der Nutzer seinen gewöhnlichen Aufenthaltort hat.⁵¹¹ Schließlich wird der Zugang zur virtuellen Welt bei Browsergames und in der Regel auch bei einer Client-Server-Architektur durch den Benutzernamen und ein geheimes Passwort so individualisiert, dass grundsätzlich nur der Nutzer Zugang zu seinem Account hat. Er ist damit als Schlüssel zum Server bezüglich des entsprechenden Accounts von entscheidender Bedeutung.

Die Ausnahmeklausel in Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO soll, schon um die Konturen von Art. 4 Abs. 1 und 2 Rom I-VO nicht im Übermaß aufzulösen, eng ausgelegt werden.⁵¹² Bei Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO handelt es sich um einen Ausnahmetatbestand, der nicht dazu benutzt werden darf, regelhaft die Vermutung des Art. 4 Abs. 1 und 2 Rom I-VO zu durchbrechen.⁵¹³

Das Internet zeichnet sich dadurch aus, dass die Nutzer überwiegend selber aktiv dieses Medium verwenden. Der Aufenthaltort des Nutzers würde dann zum Regel-Anknüpfungspunkt werden. Würde man also auf die Handlung des Nutzers abstellen, hätte gerade bei Internetangeboten die charakteristische Leistung des Betreibers kaum mehr Bedeutung. Von einer engen Auslegung des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO könnte dann nicht mehr gesprochen werden. Dies gilt auch, soweit ein Gedanke in Richtung des Verbraucherschutzes eingebracht wird; hier ist Art. 6 Rom I-VO lex

⁵⁰⁸ *Staudinger /Magnus*, 2002, Art. 27 EGBGB, Rn. 85f., m.w.N.. Terlau in *Moritz/Dreier*, E-Commerce C Rn. 57 meint, die Sprache sei hilfsweise heranzuziehen.

⁵⁰⁹ Das Domains auch Indizwirkung hinsichtlich der Lokalisierung haben können, sehen auch Terlau in *Moritz/Dreier*, E-Commerce C Rn. 56 und *Waldenberger*, BB 1996, 2365ff. 2371.

⁵¹⁰ Allgemein zum Einwand des *venire contra factum proprium* statt vieler: *Grüneberg/Sutschet* in *Bamberger* § 242 BGB, Rn. 106ff..

⁵¹¹ So zum Beispiel auch *Koch*, *IT-Recht* § 17, S. 831.

⁵¹² *MüKo Bd. 10 Aufl. 5 /Martiny*, Art. 4 rom I-VO, Rn. 244 mahnt eine “nicht zu weite Auslegung” an. H.M. noch zu Art. 28 EGBGB a.F.: *Bamberger /Spickhoff*, Art. 28 EGBGB, Rn. 22 m.w.N..

⁵¹³ *MüKo Bd. 10 Aufl. 5 /Martiny*, Art. 4 rom I-VO, Rn. 244. So auch zu Art. 28 EGBGB a.F.: *Spindler /Mankowski*, Teil 3, Rn. 46, m.w.N..

specialis für Verbraucherverträge. Bei Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO hat ein Verbraucherschutzgedanke jedoch außen vor zu bleiben.⁵¹⁴

Hiervon ist nur in einer Konstellation eine Ausnahme zu machen: Peer-to-Peer-Spiele. Bei diesen hostet der Spieler das Spiel auf seinem eigenen Computer und nutzt den vom Anbieter zur Verfügung gestellten Knotenpunkt nur, um Kontakt zu anderen Spielern herzustellen. Auch wenn diese Aufrechterhaltung des Knotenpunktes das Vertragsverhältnis zwischen Anbieter und Nutzer insoweit charakterisiert, besteht eine engere Beziehung zum Aufenthaltsort des Spielers als zur Niederlassung des Anbieters.⁵¹⁵ Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO ist dann – unabhängig von dem Gedanken des Verbraucherschutzes – anwendbar.

(3) *Standort des Servers*

Zur Ermittlung einer engeren Beziehung zu einem anderen Staat könnte als ein weiteres Kriterium für Onlinespiele der Standort des Servers relevant sein. Insoweit wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass auf dem Server die echte Interaktion stattfindet und deshalb der engste Bezug zum Serverstandort bestehe.⁵¹⁶ Andere sind dagegen der Meinung, wenn der Server im Ausland stehe und dort das Geschehen spiele, sei der engste Bezug zum Betreiberland maßgebend.⁵¹⁷

Es ist naheliegend, dass der Serverstandort bereits deshalb von Relevanz zu sein scheint, weil – abgesehen von Peer-to-Peer-Spielen – das hauptsächliche Online-Geschehen auf den Servern stattfindet.⁵¹⁸ In diesem Zusammenhang wird auch das Argument hervorgebracht, dass der Nutzer sich selbstständig in einen fremden Markt begeben.⁵¹⁹ Dies widerspricht jedoch nicht nur den tatsächlichen technischen Umständen, sondern vor allem dem Lebenssachverhalt. Für den Nutzer ist es

⁵¹⁴Noch zu Art. 28 EGBGB a.F.: *Palandt* Art. 28 EGBGB, Rn. 7; *Fritzemeyer/Krone/Splittgerber* in *FA IT-Recht* Teil 8, Kapitel 25, Rn. 52.

⁵¹⁵Dies erkennt auch *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 351ff..

⁵¹⁶So noch zum EGBGB a.F.: *Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 434. *Staudinger* /Magnus, Art. 28 EGBGB, Rn. 663 und *Spindler* /Mankowski, Teil 3, Rn. 46 halten den Standort des Servers neben anderen gewichtigen Indizien als ein mögliches Indiz für eine engere Verbindung zu einem anderen Staat.

⁵¹⁷Ebenfalls noch zum EGBGB a.F.: *Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767; *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352; *Koch*, *IT-Recht* § 17, S. 831, 835. So auch im Ergebnis, jedoch auf den Datenbankserver abstellend: *Deutscher Bundestag - Enquete Kommission*, *Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft - Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft*. Bonn, 1998 S. 45.

⁵¹⁸*Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 434.

⁵¹⁹*Wemmer/Bodensiek*, K&R 2004, 423ff. 434; *Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 722.

nämlich – wie bereits oben dargestellt⁵²⁰ – ebenso unerheblich, in welchem Land der Server steht, wie es für ihn irrelevant ist, welche IP-Adresse der Server hat. Der Zugang zum Applikationsserver bleibt für den Nutzer nämlich immer gleich, da sich die Domain mit einem Serverumzug nicht ändert. Weiß der Nutzer nicht, wo der Server steht bzw. hingezogen ist, kann ihm nicht vorgeworfen werden, er habe sich freiwillig in das Land des Serverstandortes begeben.

Letztlich muss berücksichtigt werden, dass es üblich ist, mehrere Server oder – zum Teil international lokalisierte – Servernetze (Content Delivery Networks, Grid Computing, Cloud Computing) zu nutzen. So kann ein Betreiber einen Applikationsserver in Deutschland, einen anderen in Schweden und womöglich einen Datenbank-Server in der Schweiz haben und dann innerhalb desselben Tages wieder auf andere Server wechseln. Auf welchen Server soll man wann abstellen? Zwar greifen die Nutzer auf den Applikationsserver zu, die wichtige Speicherung der Daten findet aber auf dem Datenbank-Server statt. Auch dieser kann sich jederzeit ändern. Nach alledem kann daher bei der Subsumtion unter Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO nicht auf den Server abgestellt werden.

(4) Zwischenergebnis

Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO kann gerade bei clientbasierten Onlinespielen, die auf einer Peer-to-Peer-Architektur basieren, anwendbar sein. Ansonsten kann nur eine Kumulation weiterer Indizien einen Bruch der gesetzlichen Vermutung aus Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO bewirken. Dabei ist der Standort des Servers jedoch nicht relevant.

cc) § 3 Abs. 1 TMG und CISG

Zur Ermittlung des anzuwendenden Rechts für in Deutschland ansässige Plattformbetreiber ist das Herkunftslandsprinzip gemäß § 3 Abs. 1 TMG⁵²¹ – nach umstritte-

⁵²⁰Siehe bereits oben zu "Server als Niederlassung" gem. Art. 19 Rom I-VO, Seite 92ff..

⁵²¹Ausführlich zum Telemediengesetz: *Hoeren*, NJW 2007, 801ff. 801ff..

ner Auffassung⁵²² – nicht zu beachten. Auch wenn Onlinespiele Telemediendienste sind,⁵²³ enthält § 3 TMG aber keine Regelungen zum Internationalen Privatrecht, § 1 Abs. 5 TMG. Der Gesetzgeber wollte sich mit § 1 Abs. 5 TMG an die EU-Richtlinie halten und keine neuen Regeln für das internationale Privatrecht schaffen.⁵²⁴

Auch vorrangig anzuwendendes UN-Kaufrecht⁵²⁵ muss nur im Falle von clientbasierten Onlineangeboten,⁵²⁶ bei denen der Client online ggf. auch per Download⁵²⁷ erworben wurde, bedacht werden. Allerdings sind die einschlägigen Vorschriften gegenüber Verbrauchern als typische Nutzer⁵²⁸ von Browsergames und clientbasierten Spielen nicht anwendbar, Art. 2 lit. a) CISG.

dd) Zusammenfassung

Da Verbraucher beteiligt sind, muss Art. 6 Rom I-VO vorrangig beachtet werden.⁵²⁹ Dies gilt jedoch nicht für Browsergames, sondern nur für clientbasierte Onlinespiele. Damit ist zur Beurteilung des vertraglichen Schuldverhältnisses das Recht desjenigen Staates zu beachten, in dem der Nutzer seine Hauptniederlassung bzw. seinen Wohnsitz hat. Daran ändert zum Schutz des Verbrauchers weder das Herkunftsland-

⁵²²Der BGH hat diese Frage im Urteil vom 30.03.2006, I ZR 24/03 in JurPC Web-Dok. 59/2006, Abs. 1-39, 29, offen gelassen. Das OLG Hamburg hat mit Urteil vom 06.12.2006 - Az.: 5 U 9/06 - noch zum Teledienstegesetz (TDG) die Auffassung vertreten, es handele sich um eine Kollisionsnorm. Mit Urteil vom 24.07.2007 - Az.: 7 U 98/06 2007- änderte das OLG seine Ansicht: § 3 Abs. 2 TMG sei doch als sachrechtlich wirkende Rechtsanwendungsschranke anzusehen. In der Literatur wird § 3 TMG aufgrund seines Wortlauts nach einer Ansicht als materiell-rechtliches Korrektiv angesehen und nach anderer Ansicht aufgrund der vorrangig zu beachtenden Intention des Gesetzgebers als Sachnormverweisung oder Gesamtverweisung bewertet. Zum Meinungsstand in der Literatur statt vieler; *Manssen* /Brunner, E § 4 Rn. 8 ff. m.w.N.; noch zum EGBGB a.F.: *Bamberger* /Spickhoff, Art. 29 EGBGB, Rn. 12. Der BGH hat die Streitfrage mit Beschluss vom 10.11.2009 - VI ZR 217/08 nach Art. 234 EGV zur Entscheidung dem EuGH vorgelegt.

⁵²³Die Einstufung von Online-Auktionsplattformen als Teledienst bejaht Nielen in *Hoeren/Möglich/Nielen*, Online-Auktionen S. 214-243; von Samson-Himmelstjerna/Rücker in *Online-Handel B V*, Rn. 89. Die Anwendbarkeit des TMG bei Internet-Communities bejaht *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* S. 141.

⁵²⁴BT-Drucks. 14/6089, S. 5, 11, 15.

⁵²⁵Ausführlich zum UN-Kaufrecht bei Softwareverträgen: *Bierekoven*, ITRB 2008, 19ff..

⁵²⁶Nach h.M. ist die CISG auf Vertrieb von Standardcomputerprogrammen anwendbar: statt vieler *Soergel* /Lüderitz/Fenge, Art. 1 CISG, Rn. 21, *Bierekoven*, ITRB 2008, 19ff. 19; a.A. offenbar *Marly* Rn. 402.

⁵²⁷So die h.M., statt vieler: Terlau in *Moritz/Dreier*, E-Commerce C Rn. 59 dort auch ausführlich zur Gegenansicht.

⁵²⁸Dazu bereits oben, Seite 21.

⁵²⁹Noch zum EGBGB a.F.: *Palandt* /Heldrich, Art. 29 EGBGB, Rdn. 1, m.w.N..

sprinzip in § 3 TMG⁵³⁰ noch eine ggf. getroffene Rechtswahl etwas. Eine Rechtswahlklausel ist gleichwohl zu empfehlen, da diese selber ein Indiz dafür sein kann, auf wenn sich das Onlinespielangebot gem. Art. 6 Abs. 1 Buchstabe a) Rom I-VO richtet. Im Übrigen hat sie im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO den Vorteil, dass sie als Indiz für eine Ermittlung der “engsten Verbindung zu einem Staat” dienen kann.

Handelt es sich – wie bei Browsergames – gar nicht um einen Verbrauchervertrag i.S.d. Art. 6 Rom I-VO, ist nach Art. 4 Rom I-VO das Recht des Staates der Niederlassung des Betreibers maßgeblich. Allerdings müssen gleichwohl verbraucherschützende zwingende Regelungen (z.B. Widerrufsrechte) beachtet werden.⁵³¹ Schließlich ist nach Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO zu prüfen, ob der Vertrag im Einzelfall nicht doch eine engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist. Auch insoweit kann eine Rechtswahlklausel relevant werden.

3. Der Vertragsschluss und die Vertragsbedingungen

Überwiegend ziehen Onlinespielbetreiber bei der vom Spieler abverlangten Registrierung Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305ff. BGB in den Vertrag mit ein. Zudem werden sehr häufig sog. Spiel- oder Verhaltensregeln vorgegeben, deren Verletzung als Kündigungsgrund festgelegt wird.⁵³² Wie und wann diese Vertragsbedingungen in den Vertrag einzubeziehen sind, kommt auf das konkrete Vertragsverhältnis an. Diesbezüglich und hinsichtlich des Vertragsschlusses muss zwischen drei möglichen Rechtsbeziehungen differenziert werden:

1. der Vertrag über den Datenträger bzw. die Software als Vertrag mit dem Händler,
2. die Nutzungseinräumung in Bezug auf die Softwarekopie als Vertrag mit dem Softwarehersteller bzw. -urheber und
3. der Vertrag in Bezug auf die Inanspruchnahme des Onlineangebotes.

Da nicht alle Punkte bei allen Arten von Onlinespielen eine Rolle spielen, muss insoweit ebenfalls eine Differenzierung vorgenommen werden.

⁵³⁰ *Kath/Riechert /Riechert*, Rn. 166; *Bamberger /Spickhoff*, Art. 27 EGBGB, Rn. 10.

⁵³¹ Noch zu EGBGB a.F.: Wendehorst in *Langenbucher* § 8 Rn. 71., der Art. 3 Abs. 2 i.v.m. dem Anhang, 6. Spiegelstrich ECRL, § 4 Abs. 3 Nr. 2 TDG a.F.; zu Art. 29a EGBGB a.F. bei Internetverträgen u.a. *Staudinger /Magnus*, Art. 28 EGBGB, Rn. 660.

⁵³² *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 275.

a) **Browsergames**

Das Vertragsverhältnis zwischen Betreiber und Spieler wird bei Browsergames mit der Registrierung begründet. Dabei wird der Betreiber, soweit er selber nicht der Urheber der Programmierung oder anderer verwendeter Werke ist, jedenfalls die Nutzungsart und -weise des Spiels sowie Haftungsfragen regeln wollen.⁵³³

Wenn der Vertrag auf elektronischem Wege geschlossen wird, sind an die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich die gleichen Anforderungen zu stellen wie im nicht elektronischen Geschäftsverkehr.⁵³⁴ Dabei ist es gemäß § 305 Abs. 2 BGB notwendig, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor Inanspruchnahme der Leistung dem Nutzer zur Kenntnis gelangen zu lassen. Ausreichend ist dafür ein unmissverständlicher⁵³⁵ gut sichtbarer Link⁵³⁶ zu einem auf dem Bildschirm angezeigten⁵³⁷ Vertragstext, der ausgedruckt werden kann.⁵³⁸ Ein solcher Link ist für einen "durchschnittlich verständigen Nutzer"⁵³⁹ erkennbar und genügt auch den Anforderungen im elektronischen Geschäftsverkehr gemäß § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB.⁵⁴⁰ Ein lapidarer Hinweis auf die Existenz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Bezug zur konkreten Leistung genügt dagegen nicht.⁵⁴¹ In jedem Falle muss die Einbeziehung im unmittelbar räumlichen Zusammenhang mit dem Bestellvorgang⁵⁴² erfolgen, ohne dass eine Zwangsführung notwendig ist.⁵⁴³

⁵³³Siehe zum Vertragstyp ausführlich oben, Seite 13.

⁵³⁴*Dorn/Krämer* Rn. 796.

⁵³⁵*Dorn/Krämer* Rn. 803.

⁵³⁶h.M., BGH CR 2006, 773-775 [774]. OLG Hamburg WM 2003, 581, 583; OLG Hamm ZIP 2001, 291, 292; *MüKo Bd. 2 /Basedow*, § 305 BGB Rn. 65; Lapp in *Herberger*, PraKo AT Bd. 2.1 § 305 Rdn. 44; *Palandt /Grüneberg*, § 305 BGB Rdn. 38; Ernst VuR 1997, 259, 261; *Waldenberger*, BB 1996, 2365ff. 2368f..

⁵³⁷*Dorn/Krämer* Rn. 805.

⁵³⁸h.M., BGH CR 2006, 773-775 [774]. Noch zu der umstrittenen Frage, ob es unzumutbar sei, durch den Download und Ausdruck der Vertragsbedingungen die Kenntnisnahmevoraussetzungen zu schaffen, siehe *Dorn/Krämer* Rn. 810-815, der die Downloadmöglichkeit richtigerweise als zumutbar ansieht.

⁵³⁹Brandenburgisches OLG, Urteil vom 11.1.2006, Az. 7 U 52/05, JurPC Web-Dok. 47/2006, Abs. 1-34, 23 zur datenschutzrechtlichen Einwilligung unter zulässiger Nutzung eines Fensters mit Scrollbalken.

⁵⁴⁰*Härtig* Rn. 575.

⁵⁴¹*Kath/Riechert /Riechert*, E, II.1.1 Rn. 194.

⁵⁴²*Dorn/Krämer* Rn. 801, 804, der richtigerweise darauf hinweist, dass ein allgemeiner Link auf der Homepage des Anbieters zur Geltung der AGB nicht ausreichend ist.

⁵⁴³BGH CR 2006, 773-775.

Sehr detaillierte, mehrseitige Klauselwerke,⁵⁴⁴ die nur schwer zu durchschauen sind, sollten vermieden werden, da diese unter Umständen mit Blick auf das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und dem Verbot von Überraschungsklauseln gemäß § 305c BGB unwirksam sein können.⁵⁴⁵

b) Clientbasierte Onlinespiele

Bei clientbasierten Onlineangeboten kommt es bei der Beurteilung des Vertragschlusses zum einen darauf an, ob der Client von einem Dritten oder von dem Provider bereitgestellt wurde und zum anderen ob der Vertrag diesbezüglich on- oder offline geschlossen wurde.

aa) Offlineerwerb eines Clients

Gerade bei grafisch besonders aufwändiger Software, erwirbt ein Verbraucher den Client typischerweise offline im Einzelhandel. Da die Übertragungsbandbreiten und damit die Downloadzeit für eine entsprechende Software jedoch immer nutzerfreundlicher werden, gewinnt der Download eines Clients direkt vom Provider zunehmend an Bedeutung.⁵⁴⁶

aaa) Vertragsschluss bzgl. der Software

Erwirbt der Verbraucher offline den Clienten, schließt er mit dem Verkäufer in Bezug auf den Datenträger und die Software einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB bzw. §§ 453 Abs. 1, 433 BGB ab. Zugleich ist in dem Datenträger allerdings auch ein urheberrechtliches Angebot des Softwareherstellers bzw. des Urhebers zu sehen, mit dem Erwerb des Datenträgers auch eine Softwarekopie zu erlangen, die der Käufer des Datenträgers nutzen darf. Durch das Anpreisen der Software auf der Datenträgerhülle macht der Softwarehersteller ein Angebot, welches gem. § 151 BGB kei-

⁵⁴⁴Problematisch kann hier vor allem ein langes Scrollen sein. So zum Beispiel das LG Hamburg VuR 2002, 418 (26.8.2002 - 416 O 94/02), OLG München CR 2004, 843. *Härtling* Rn. 498 führt insoweit zutreffend aus, dass die Notwendigkeit des Scrollens nicht per se die Anforderungen des § 312c Abs. 1 BGB verletzt. Zu diesem Thema auch *Dorn/Krämer* 802-815.

⁵⁴⁵*Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 843, *Lober* S. 151.

⁵⁴⁶Den Download von Software für MMOGs bieten zum Beispiel an: Frogster Online Gaming GmbH für *Runes of Magic*, <http://www.runesofmagic.com/> und Burda:ic GmbH für <http://de.florensia-online.com/>, wobei beide Anbieter damit Clients anbieten, die auch offline genutzt werden können und damit keine reinen Onlinespiele in dem hier verstandenen Sinne sind.

ner ausdrücklichen Annahme mehr bedarf. Dies ist gerade für die Verbraucher auch erkennbar, da er jedenfalls den gegenüber einem leeren Datenträger höheren Preis auch zahlt, um das Recht zu haben, die Software nutzen zu können.

bbb) Vertragsschluss bzgl. der Onlinenutzung

Der Erwerb eines Clients unterscheidet sich jedoch von dem Kauf einer typischen offline genutzten Software dadurch, dass ein solcher Client ausschließlich online genutzt werden kann.

Man könnte annehmen, dass der Providervertrag auch zeitlich nach dem Erwerb der Software abgeschlossen werden könnte, da es sich rechtlich um selbstständige Verträge handelt.⁵⁴⁷ Allerdings ist die Onlinenutzbarkeit eine Beschaffenheit der Software i.S.d. §§ 453 Abs. 1, 434 Abs. 1 BGB und damit eine ihr anhaftende – im Übrigen auch verkehrswesentliche⁵⁴⁸ – Eigenschaft⁵⁴⁹ der Software und damit notwendiger Bestandteil des Gesamtvertrages.⁵⁵⁰ Verbraucher und Provider müssen sich darüber geeinigt haben, damit ein gültiger Vertrag vorliegt.⁵⁵¹ Hierzu gehört vor allem auch die Höhe der an den Anbieter zu zahlenden Beträge⁵⁵² oder zumindest die Kostenpflichtigkeit. Dabei muss unterschieden werden wie die Onlinenutzung ausgestaltet ist.

Kann der Verbraucher mit der erworbenen Software zeitlich unbegrenzt online die Leistungen des Providers in Anspruch nehmen, dann erlangt der Provider – der häufig zugleich der Urheber ist – über den Kaufpreis vom Händler die Nutzungsgebühr. Zwischen Verbraucher und Provider kommt ein Vertrag zustande wie zwischen dem Urheber und dem Verbraucher.

Diese Variante ist allerdings kaum vorzufinden, da die Provider gerade mit einer fortwährenden Zahlung (sog. Abonnements) die Softwareentwicklung und -erstellung monetarisieren können. Daher geht mit dem Erwerb der Software häufig nur ein zeitlich begrenztes Onlinenutzungsrecht einher. In diesen Fällen ist es erforderlich, dass

⁵⁴⁷Diese grundsätzliche Möglichkeit erwähnt auch *Krasemann*, *Gamestar* 2006, Heft 3, S. 48ff. 49.

⁵⁴⁸Zur Definition der Verkehrswesentlichkeit *Palandt* /Ellenberger, § 119 BGB, Rn. 24.

⁵⁴⁹*Palandt* /Putzo, § 434 BGB, Rn. 10.

⁵⁵⁰*Krasemann*, *Gamestar* 2006, Heft 3, S. 48ff. 49 sieht dies neben der Möglichkeit, dass die Onlinenutzbarkeit nicht notwendig ist. Dann handelt es sich nach hiesiger Ansicht aber nicht mehr um ein reines Onlinespiel. Typisches Beispiel hierfür sind sog. Konsolenspiele (bspw. Spiele für die Play Station oder die Sony Wii), die sowohl on- als auch offline gespielt werden können.

⁵⁵¹*Palandt* /Ellenberger, Einf. v. § 145 BGB, Rn. 3.

⁵⁵²Typisches Beispiel ist beim Kauf der Kaufpreis, *Palandt* /Ellenberger, Überbl. v. § 104 BGB, Rn. 3.

die zeitliche Begrenzung der Nutzungsmöglichkeit deutlich und damit zum Gegenstand des Vertrages gemacht wird. Die Befristung hat nämlich der Provider gemäß §§ 163, 158 Abs. 2 BGB darzulegen und zu beweisen. Ist dies nicht der Fall, liegt gleichwohl ein wirksamer Vertrag vor, da sich die Parteien über die *essentialia negotii* geeinigt haben. Er ist jedoch zum Nachteil des Providers unbefristet.

Ist die zeitliche Begrenzung deutlich gemacht worden, dann hängen die zukünftigen Onlinenutzungen von weiteren Vereinbarungen ab. Diese werden typischerweise online ermöglicht. Hierfür werden im Handel u.a. Zahlungskarten⁵⁵³ angeboten. Sie werden offline gekauft und haben einen entsprechenden Registrierungscode aufgedruckt. Dieser wird dann online vom Provider abgefragt, sodass eine weitere Nutzungsperiode freigeschaltet werden kann.⁵⁵⁴

Muss mit dem Provider jedoch erst nach dem Erwerb der Software zusätzlich eine Vereinbarung über die Onlinenutzung getroffen werden, muss der Verbraucher bereits beim Erwerb der Software beim Händler darauf hingewiesen werden. Einen Onlineclient kann der Verbraucher nämlich nur in Verbindung mit dem Angebot eines *ganz bestimmten* Onlineanbieters verwenden. Ohne ihn ist die Software nutzlos.⁵⁵⁵ Er kann die vom Anbieter vorgegebenen Bedingungen daher nur annehmen oder ablehnen.⁵⁵⁶ Eine Wahlmöglichkeit hat der Verbraucher nicht mehr,⁵⁵⁷ sodass er zur Zustimmung zu den Online-AGB bereits beim Erwerb der Software faktisch gezwungen werden würde.⁵⁵⁸

Würde der Verbraucher nicht auf die zukünftigen Kosten hingewiesen, die mit der bestimmungsgemäßen Nutzung der Software einhergeht, dann könnte er den Vertrag wegen eines Eigenschaftsirrturns gem. §§ 142, 119 Abs. 2 BGB anfechten und

⁵⁵³Beispiel für eine Zahlungskarte, die in Deutschland weit verbreitet ist:
<http://www.paysafecard.com/de/privat/the-prepaid-card/>.

⁵⁵⁴Eigene Zahlungskarten lässt Blizzard Entertainment für seine clientbasierten Spiele (insb. World of Warcraft) vertreiben. „Spieler in Europa haben seit dem vierten März 2005 die Möglichkeit Pre-Paid Gametimekarten als Zahlungsart für World of Warcraft auszuwählen, jede zu einem empfohlenen Verkaufspreis von EUR 26,99. Jede Karte stellt 60 Tage Spielzeit dar. Geben Sie bitte hierfür den freigerubbelten Zahlencode auf der Rückseite der Karte entsprechend ein. Die Karten werden in DVD Hüllen verkauft und sind in den Sprachen Englisch, Deutsch, Italienisch und Spanisch in allen Fachmärkten, die World of Warcraft vertreiben erhältlich.“ Zuletzt abgerufen am 11.4.2009 unter <http://eu.blizzard.com/support/article.xml?articleId=20372&categoryId=2243&parentCategoryId=&pageNumber=1>.

⁵⁵⁵Hübner S. 52.

⁵⁵⁶Hübner S. 52.

⁵⁵⁷Gounalakis /Lapp, Teil C.II. Rn. 36.

⁵⁵⁸Gounalakis /Lapp, Teil C.II. Rn. 35, 36 spricht ebenfalls von Zwang im Zusammenhang mit dem Akzeptieren von AGB bei Schutzhüllenverträgen.

den Vertrag rückabwickeln. Außerdem kommt in Betracht, dass der Nutzer den Kaufvertrag mit dem Händler wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB rückabwickeln könnte, wenn der Onlineanbieter ihm den Zugang zur virtuellen Welt nicht gewährt.⁵⁵⁹ Dies ist auch interessengerecht, da die grundsätzlich rechtlich selbstständigen Verträge bzgl. der Software (einschließlich des Datenträgers) und der Onlinenutzung so eng miteinander verbunden sind, dass die Onlinenutzung die Grundlage für den Erwerb der Software ist. Insoweit kann nichts anderes gelten, als bei einem Architektenvertrag, der aufgrund eines Grundstückskaufvertrages geschlossen wurde,⁵⁶⁰ bei Nichtzustandekommen des Grundstückskaufvertrages aber seine Grundlage verliert.

ccc) Einbeziehung der AGB

Erwirbt ein Nutzer offline bei einem Händler einen Client, akzeptiert er regelmäßig die Geschäftsbedingungen des Verkäufers. Anders verhält es sich mit denen des Softwareherstellers und des Onlineproviders, soweit dies unterschiedliche Personen sind. Die überwiegende Anzahl der Verträge im Softwarebereich betrifft nämlich den sog. Massenmarkt, auf dem es den Händlern in der Regel nicht möglich ist, die eigenen allgemeinen Vertragsbedingungen so zu gestalten, dass die von allen Herstellern gewünschten besonderen Vereinbarungen berücksichtigt sind.⁵⁶¹ Fraglich ist daher, ob und wie zu den Bedingungen des Verkäufers auch die Vertragsbedingungen des Softwareherstellers und des Providers eingebunden werden müssen und wie diese vom Verbraucher akzeptiert werden können und sollten.

(1) *Notwendigkeit der Einbeziehung der Provider-AGB*

Dafür, dass die Einbeziehung der Vertragsbedingungen bereits mit dem Vertragsschluss über den Datenträger notwendig ist, spricht, dass der Vertrag über das Verwendungsrecht an der Softwarekopie als auch der Onlinenutzung bereits geschlossen worden ist. Da Geschäftsbedingungen gemäß § 305 Abs. 2 BGB nur Geltung entfalten, wenn sie vorher in den Vertrag mit einbezogen werden, müsste auch eine

⁵⁵⁹So dem Grunde bei Verweigerung des Zugangs zur virtuellen Welt: Weber, *Ausgewählte Rechtsprobleme bei Multiplayer Games in Brandi-Dohrn/Lejeune* III.1.a, S. 207; a.A. *Hübner* 53, der meint, eine Rückabwicklung erfolge bei Nichtakzeptanz der AGB im Verhältnis zum Betreiber, nicht gegenüber dem Händler.

⁵⁶⁰BGH DNotZ 70, 640; weitere Beispiele bei *Palandt/Grüneberg*, Überbl. § 311 BGB Rn. 17.

⁵⁶¹*Gounalakis/Lapp*, Teil C.II. Rn. 33-34, der auch zutreffend darauf hinweist, dass ein Händler auch keine besonderen Zusatzvereinbarungen im Namen des Softwareherstellers mit dem Kunden abschließen wird.

EULA⁵⁶² entsprechend den gesetzlichen Voraussetzungen einbezogen werden. Bei Geschäftsbedingungen hinsichtlich der Nutzung der Software und des Onlineangebotes gilt daher nichts anderes als in Bezug auf Offlineleistungen. Zum Schutz des Verbrauchers muss daher ausdrücklich und unmissverständlich darauf hingewiesen werden, wie das Rechtsverhältnis zum Unternehmer ausgestaltet ist.⁵⁶³ Allein wegen des vom Spielbetreiber vorgegebenen Vertragsinhalts ist der Verbraucher bereits informatorisch schlechter gestellt. Die ordnungsgemäße Einbeziehung der Betreiber-AGB ist daher beim Kauf der Spielsoftware notwendig.⁵⁶⁴

(2) *Art und Weise der Einbeziehung der Provider-AGB*

Die Einbeziehung von Geschäftsbedingungen gemäß § 305 Abs. 2 BGB bei offline erworbener Software bereitet im Zusammenhang mit Onlinespielen abgesehen vom Problem der Schutzhüllenverträge (sog. Shrinkwrap Agreements)⁵⁶⁵ ein Problem, da neben den Client-AGB auch die Geschäftsbedingungen für Online Nutzung beinhaltet sein müssen.⁵⁶⁶

Eine Einbeziehung von Vertragsbedingungen setzt voraus, dass der Verbraucher in zumutbarer Weise Kenntnis vom Inhalt der Bedingungen erlangen kann und die Bedingungen dann akzeptiert, § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB.⁵⁶⁷ Bei Verträgen zwischen Kaufleuten ist es ausreichend, dass die Möglichkeit besteht, sich die AGB im Internet herunterzuladen – sofern auf diese Möglichkeit durch Nennung der Internetadres-

⁵⁶²Engl. für “End User Licence Agreement”.

⁵⁶³Allgemein zur Voraussetzung der Klarheit und Verständlichkeit von AGB: BGH NJW 1999, 2279, 2280, *Hoeren IT-Vertragsrecht* Kapitel 5, VIII, Rn. 512, *Härting* Rn. 504.

⁵⁶⁴*Klickermann*, MMR 2007, 766ff. 767, *Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352, *Krasemann*, *Gamestar* 2006, Heft 3, S. 48ff. 49, *Hübner* 52.

⁵⁶⁵Bei Schutzhüllenverträgen soll die Zustimmung des Erwerbers zu den AGB mit Aufreißen der Packung fingiert (*Koch*, *Computer-Vertragsrecht* Rn. 857) und eine vertragliche Beziehung zum Hersteller des entsprechenden Softwareproduktes begründet werden. (*Gounalakis /Lapp*, Teil C.I. Rn. 31) Die h.M. sieht die Bedingungen nicht als einbezogen an, vgl. u.a. *Krasemann*, *Gamestar* 2006, Heft 3, S. 48ff. 49, *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 843, *Siepmann*, *JurPC Web-Dok.* 53. Richtigerweise ist in dem Aufreißen der Schutzhülle nur ein Realakt zu sehen ist. *Koch*, *Computer-Vertragsrecht* Rn. 857.

⁵⁶⁶*Krasemann*, MMR 2006, 351ff. 352, *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 275.

⁵⁶⁷Abgesehen von Versteigerungs- oder Businessplattformen im Internet sind Verträge hinsichtlich der hier in Frage stehenden Onlineleistungen zwischen Kaufleuten eher selten. Insofern bedürfte es aber auch dann einer Einbindung der Vertragsbedingungen, was jedoch wegen § 310 BGB nicht an § 305 BGB zu messen ist. Vgl. *Palandt /Grüneberg*, § 305 BGB, Rn. 50.

se hingewiesen wurde – oder die AGB beim Vertragspartner angefordert werden können.⁵⁶⁸ Dies könnte auch für Verbraucher gelten.

Der Käufer muss aufgrund eines Hinweises auf die Geltung von Vertragsbedingungen auf einer Packung damit rechnen, dass auch für ihn ungünstige Regelungen in den Vertragsbedingungen des Onlineanbieters enthalten sind. Entsprechend des Transparenzgebots gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind jedoch mögliche wirtschaftliche Nachteile und Belastungen im Rahmen des Möglichen und unter Berücksichtigung der Umstände aufzuzeigen.⁵⁶⁹ Dabei ist der Grad der Zumutbarkeit bei der Verschaffung der Kenntnis von den Vertragsbedingungen bei Verträgen mit Verbrauchern höher als bei Verträgen unter Kaufleuten.⁵⁷⁰ Ein bloßer Hinweis auf die Geltung von AGB ist daher nicht ausreichend, da für den Verbraucher nicht einmal im Ansatz erkennbar ist, welche Rechte und Pflichten er vertraglich haben wird oder welche Haftung der Unternehmer zum Beispiel ausschließt. Es kann von einem durchschnittlichen Verbraucher⁵⁷¹ noch⁵⁷² nicht erwartet werden, dass er zur Kenntnisverschaffung über den Inhalt vor dem Erwerb des Clients das Internet heranzieht.⁵⁷³ Deshalb ist auch ein Hinweis auf der Vorder- und/oder Rückseite⁵⁷⁴ der

⁵⁶⁸So das Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, Urteil vom 11.2.2004 für Vertrag unter Kaufleuten, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20050130.htm>.

⁵⁶⁹Scheefeld in ITRB 2006, S. 102-103 in Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.7.2005, Az. VIII ZR 121/04 (CR 2006, 228).

⁵⁷⁰Vergleiche hierzu *Palandt* /Grüneberg, § 305 BGB, Rn. 54.

⁵⁷¹Bereits der BGH hatte bei der Beurteilung von Internetgeschäften darauf abgestellt, dass es in Bezug auf die Darstellung von Informationen auf die dem Medium üblichen Gepflogenheiten ankomme. Vgl. BGH CR 2006, 773-775. Ist die Nutzung des mobilen Internets so verbreitet, dass es insoweit auch den üblichen Gepflogenheiten entspricht, dieses zur Information während des Einkaufs heranzuziehen, dürften auch selbstständige notwendige Zusatzverträge zeitgleich abgeschlossen werden können. Denkbar ist zum Beispiel ein Vertragsschluss mit dem Provider, der den Kauf des Datenträgers vorsieht und beim Händler ein Barcode zum einscannen diese Authentifizierung ermöglicht. Eine ähnliche Technik wird jetzt schon beim check-in an Flughäfen genutzt. Vgl. http://www.airberlin.com/site/airberlin_checkin.php?LANG=deu zuletzt abgerufen am 11.4.2009.

⁵⁷²Auch dies dürfte sich angesichts der zunehmenden mobilen Erreichbarkeit des Internets über internetfähige Mobiltelefone oder sog. "Netbooks" in Zukunft ändern.

⁵⁷³Anders *Hübner* 53.

⁵⁷⁴Eine Rückseitendarstellung der AGB dürfte wohl auch bei CD-Hüllen nicht ausreichen. Zu nicht einbezogenen rückseitigen AGB auf Formularen, BGH NJW-RR 1987, 112, OLG Köln, Urteil vom 21.3.1997 (Az. 19 U 174/96), JurPC Web-Dok. 57/1998, Abs. 1-10 [4]. Für Verträge unter Kaufleuten führte der BGH dagegen aus: „Werden im kaufmännischen Verkehr im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen Geschäfte auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auf der Rückseite von nach Vertragsschluss übermittelten Rechnungen abgedruckt sind, abgewickelt, ohne dass der Vertragspartner des Verwenders dem widerspricht, dann wird das Gesamtklauselwerk grundsätzlich Vertragsinhalt.“ Urteil vom 2.10.2002, VIII ZR 163/01.

verschlossenen Datenträgerhülle auf Geschäftsbedingungen⁵⁷⁵ nicht ausreichend. Dies gilt auch dann, wenn diese Hinweise auf die Vertragsbedingungen so angebracht sind, dass sie von einem Durchschnittskunden auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen werden.⁵⁷⁶ Allerdings beschränken sich diese Hinweise häufig auf ein paar wenige Punkte. Bis auf diese erscheint die wirksame Einbeziehung der anderen nicht unmittelbar sichtbaren Bedingungen, die auch nicht nachgeholt werden kann⁵⁷⁷, aber zweifelhaft.⁵⁷⁸ Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass auch allgemeine Verweise auf einer Homepage zur generellen Geltung von AGB nicht ausreichen sind.⁵⁷⁹

Im Ergebnis muss auf die AGB des Onlinespielbetreibers und dessen Vertragsbestimmungen zwingend hingewiesen werden. Versagt dieser dem Käufer der Softwarekopie die Onlinennutzung, kann der Spieler die Softwarekopie zurückgeben.

bb) Onlineerwerb eines Clients

Wegen dieser rechtlichen Schwierigkeiten ist der Onlinevertrieb des Spieleclients direkt über den Betreiber des Spiels zu empfehlen. Dann ist die Einbeziehung der AGB vergleichbar einfach möglich. Häufig muss sich der Nutzer zuerst beim Betreiber registrieren, wobei er dann die Vertragsbedingungen lesen und akzeptieren kann. Erst dann gelangt der Client in den Machtbereich des Nutzers.

Wird der Client von einem Dritten online angeboten, ist die Situation mit der eines Offlineerwerbs vergleichbar. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Download oder einen Versand eines Datenträgers handelt.

4. Die Spielregeln

Spielregeln können sowohl Elemente einer Spielanleitung als auch Definitionen sozialschädlichen Verhaltens⁵⁸⁰ beinhalten. In letzterem Fall spricht man dann von

⁵⁷⁵Mit Fotos eines solchen Hinweises am Beispiel des Spiels World of Warcraft *Hübner* S. 52, 90.

⁵⁷⁶*Moritz*, CR 2000, 61ff. 64, *Dorn/Krämer* Rn. 801 zu Online-Einbeziehung. Nicht ausreichend ist daher ein Hinweis im "Kleingedruckten".

⁵⁷⁷*Krasemann*, Gamestar 2006, Heft 3, S. 48ff. 49.

⁵⁷⁸So auch *Göttlich*, IRIS plus 2007, Heft 10, S. 1ff. 9.

⁵⁷⁹*Kath/Riechert* /Riechert, E, II.1.1 Rn. 194, *Dorn/Krämer* Rn. 801, 804. Nach h.M. ist immer ein Link auf der Bestellseite notwendig, vgl. BGH CR 2006, 773-775.

⁵⁸⁰*Habel*, MMR 2008, 71ff. 73 beschreibt die Verhaltensregeln auf der Internetplattform Second Life als "Dos and Don'ts".

“Code of Conduct”.⁵⁸¹ Ein solcher ist gerade dann notwendig, wenn es sich um ein internationales Angebot handelt, da sich nationale Gesetze teilweise erheblich unterscheiden.⁵⁸²

Die Einbindung von Spielregeln erfolgt häufig zeitgleich mit und in der Regel auch in der gleichen Art und Weise wie AGB zur Onlinenutzung oder einer EULA.⁵⁸³ So werden sie üblicherweise zum Gegenstand des Vertrages gemacht.⁵⁸⁴ Das AG Regensburg hielt dem gegenüber Spielregeln zum Onlinespiel “Tibia”⁵⁸⁵ nicht für AGB. „Dies folgt bereits daraus, dass die Teilnahme am Spiel grundsätzlich jedermann kostenlos möglich ist, sodass vor dem Hintergrund des “virtuellen Hausrechts”⁵⁸⁶ der Beklagten kein Bedarf für Allgemeine Geschäftsbedingungen im Rechtssinne besteht, selbstverständlich aber für Spielregeln.“⁵⁸⁷ Wird in den AGB jedoch ausdrücklich auf die Spielregeln verwiesen und an eine Verletzung dieser Bestimmungen Rechtsfolgen geknüpft, handelt es sich um einen Teil Allgemeiner Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 BGB.⁵⁸⁸ Der Betreiber will gerade an die Nichteinhaltung dieser Regeln eine vertragliche Rechtsfolge knüpfen, auch wenn er insoweit auch aufgrund Gesetzes berechtigt wäre. Werden Spielregeln dagegen nicht in die AGB eingebunden oder sonst zum Gegenstand des Vertrages gemacht, sind sie schlichte Verhaltensregeln, die die Darlegung eines schuldhaften Verhaltens erleichtern können.

⁵⁸¹ *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 275.

⁵⁸² *Lober* S. 151.

⁵⁸³ Die Spielregeln in die EULA aufzunehmen halte ich für verfehlt, denn dem Wortlaut nach handelt es sich damit um Lizenzbestimmungen hinsichtlich der Softwarenutzung. Verhaltensregeln im Spiel haben damit nichts zu tun.

⁵⁸⁴ *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 275.

⁵⁸⁵ <http://www.tibia.com/>.

⁵⁸⁶ Dazu bereits oben, Seite 50.

⁵⁸⁷ AG Regensburg, Urteil vom 27.4.2006, Az. 9 C 3693/05 zum clientbasierten Onlinespiel “Tibia”, abgerufen am 5.4.2009 unter <http://www.online-und-recht.de/urteile/Amtsgericht-Regensburg-20060427.HTML>. Das LG Regensburg sah mit Berufungsurteil vom 26.9.2006, Az. 2 S 153/06 (3), sah in den ‘Tibia Rules’ festgelegte Rechte und Pflichten der Beteiligten. Siehe nur unter http://www.box.net/index.php?rm=box_download_shared_file&file_id=f_176347107-&shared_name=ohsrmylgkg, zuletzt abgerufen am 21.5.2009.

⁵⁸⁸ *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272ff. 275. So heißt es in dem drei Absätze langem Service Agreement von “Tibia”: „While you are playing “Tibia”, you must abide by some rules (“Tibia Rules”) that are stated on this homepage. If you break any of these rules, your account may be removed and all other services terminated immediately.“ zuletzt abgerufen am 18.4.2009 unter <http://www.tibia.com/support/?subtopic=legaldocuments&page=agreement>.

5. Das Widerrufsrecht

Ist ein Vertrag zwischen einem Verbraucher als Nutzer⁵⁸⁹ und einem Anbieter eines Onlinespiels zustande gekommen, stellt sich die Frage, ob dem Verbraucher auch ein Widerrufsrecht zusteht.⁵⁹⁰ Ein solches könnte sich aus §§ 312d Abs. 1, 312b Abs. 1, 355 BGB ergeben, wobei zwischen dem Erwerb eines Clients und der Nutzung der virtuellen Welt zu differenzieren ist.

a) Erwerb eines Clients

Bei einem entgeltlichen Offline-Erwerb eines Clients liegt kein Fernabsatzgeschäft vor, da der Vertrag nicht durch die ausschließliche⁵⁹¹ Nutzung von Fernkommunikationsmitteln i.S.d. § 312c Abs. 2 BGB zustande gekommen ist. Dagegen stellt der entgeltliche Online-Erwerb⁵⁹² von Software unproblematisch ein Fernabsatzgeschäft in Gestalt einer Warenlieferung dar, wenn der zugrunde liegende Vertrag über das Internet⁵⁹³ geschlossen wurde. Dies gilt auch für den Erwerb mittels Download.⁵⁹⁴ Zumindest aber kann die Bereitstellung zum Download als Dienstleistung i.S.d. § 312b Abs. 1 BGB⁵⁹⁵ und damit als ein Fernabsatzgeschäft angesehen werden, da der Begriff der Dienstleistung weit zu verstehen⁵⁹⁶ ist.

Ein Widerrufsrecht wäre dem Verbraucher allerdings dann nicht zu gewähren, wenn es bereits aufgrund des Vertragsinhaltes ausgeschlossen ist oder aber dem Grunde nach besteht, aufgrund des Lebenssachverhaltes aber erloschen ist.

⁵⁸⁹Zur Beurteilung der Verbrauchereigenschaft ist der Vertragszweck entscheidend, *Kath/Riechert* Rn. 182. Bei den hier in Frage stehenden Onlineangeboten dürften einzig bei Kommunikationsportalen Unternehmer neben Verbrauchern Kunde sein.

⁵⁹⁰Zum Widerrufsrecht hinsichtlich des Erwerbs von virtuellen Gegenständen siehe *Psczolla* S. 183-185.

⁵⁹¹Ob ein Vertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen worden ist, ist eine Frage, die einer wertenden Betrachtung unterliegt. So *Härting* Rn. 462, der dies noch mit Beispielen ausführt.

⁵⁹²*Koch, Computer-Vertragsrecht* Rn. 835-839 m.w.N. stellt überzeugend dar, dass der Erwerb von Software auf einem Datenträger sowohl unter die Fernabsatzrichtlinie als auch Verbrauchsgüterrichtlinie fällt.

⁵⁹³Verträge, die über das Internet abgeschlossen wurden, sind ohne weiteres von § 312b BGB erfasst. *Härting* Rn. 460.

⁵⁹⁴H.M. *Dorn/Krämer* Rn. 825, wobei nach strittiger h.M. Software eine Ware ist, BGH NJW-RR 86, 219-220, *Staudinger/Thüsing*, § 312b BGB, Rn. 16, *Härting* Rn. 563.

⁵⁹⁵*Moritz*, CR 2000, 61ff. 67, *Meents*, CR 2000, 610ff. 613; a.A. *Koch, Computer-Vertragsrecht* Rn. 840.

⁵⁹⁶*Härting* Rn. 456.

aa) Ausschluss des Widerrufsrechts

Nach § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB steht einem Verbraucher eines Vertrages über Dienstleistungen in den Bereichen Unterbringung, Beförderung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie Freizeitveranstaltung kein Widerrufsrecht zu, wenn sich der Unternehmer bei Vertragsschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen.

aaa) Freizeitveranstaltung

Aus dem weiteren Anwendungsbeispiel “Lieferung von Speisen und Getränken” ergibt sich, dass nicht ausschließlich Dienstverträge, sondern auch Kaufverträge erfasst werden.⁵⁹⁷ Dies spricht dafür, dass auch der Online-Erwerb eines Clients unter diese Vorschrift fällt. Zudem könnte der Erwerb von Clients allein deshalb unter diesen Begriff subsumiert werden, weil Clients für Spiele oder Kommunikationsplattformen verwendet werden. Der teilweise als konturenlos⁵⁹⁸ kritisierte Begriff der Freizeitveranstaltung soll nämlich jede Veranstaltung, die der Unterhaltung oder dem Zeitvertrieb dient,⁵⁹⁹ erfassen. Ob auch Clients wie eine Eintrittskarte zu einer Onlineveranstaltung gesehen werden könnten und damit wie zum Beispiel der Onlinevertrieb von Konzertkarten⁶⁰⁰ unter § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB fallen, kann dahinstehen, wenn die Anwendung der Bereichsausnahme bereits aus einem anderen Grund nicht möglich ist.

⁵⁹⁷ AG München 2.12.2005 Az. 182 C 26144/05 mit Verweis auf Beispiel in der Literatur zu Catering- und Pizzadiensten, vgl. Lorenz, *JUS* 2000, 833 ff, Wendehorst *DSTR* 2000, 1311 ff.; a.A. *Staudinger* /Thüsing, § 312b BGB, Rn. 80.

⁵⁹⁸ *Härtig* Rn. 478.

⁵⁹⁹ *Bamberger* /Schmidt-Räntsch, § 312b BGB, Rn. 55.

⁶⁰⁰ *Staudinger* /Thüsing, § 312b BGB, Rn. 81, *Palandt* /Grüneberg, § 312b BGB Rn. 16; Zu Tickets für eine Veranstaltung: AG München 2.12.2005 Az. 182 C 26144/05, Urteil vom 2.12.2005, *MMR* 2007, 743 - 182 C 26144/05; bestätigt durch das LG München I vom 13.3.2006 - 13 S 674/06 und durch die erfolglose Revision beim BGH durch Beschluss vom 27.6.2007, Az. VII ZR 326/06.

bbb) Zeitmoment

Der Unternehmer müsste seine Leistung außerdem in einem bestimmten Zeitraum oder zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen haben.⁶⁰¹ Ob dies bei dem Erwerb eines Clients für eine Onlinewelt der Fall ist, ist fraglich.

Der Grund für die zeitlich geprägte Voraussetzung liegt in der dem Unternehmer gewährten Planungssicherheit⁶⁰² und der Berücksichtigung des unternehmerischen Risikos für vorbereitende oder vorher erbrachte Leistungen.⁶⁰³ Ein Unternehmer kann nur eine begrenzte Anzahl von Kunden bedienen und muss deshalb seine Leistungen im Voraus genau planen und festlegen.⁶⁰⁴ So fallen all jene Vertragsgegenstände, bei denen man im allgemeinen Sprachgebrauch von Buchung oder Reservierung spricht,⁶⁰⁵ aber auch als Mietvertrag⁶⁰⁶ einzuordnende Freizeitangebote unter diesen Ausschlussstatbestand.⁶⁰⁷

Der Unternehmer hat die von ihm zu erbringende Leistung in Bezug auf den Client typischerweise nicht in einer bestimmten Zeit zu erbringen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn man die mit den Clients genutzte Onlinewelt bei der Beurteilung berücksichtigt.⁶⁰⁸

Onlineprovider müssen zwar – wie andere Unternehmer auch – ihr Angebot vorbereiten und planen.⁶⁰⁹ Dies zeigt sich vor allem an den einzig begrenzenden Faktoren für ein Onlinespiel: die Rechen- und Speicherkapazitäten⁶¹⁰ der genutzten Server. Zu viele Nutzer auf einem Server können zu Speicher- oder aber zu Performanceproblemen führen. Ggf. ist der Server gar nicht mehr erreichbar, wenn die Zugriffszahlen

⁶⁰¹Dies jüngst für eine Gastronomieveranstaltung bejahend, AG München MMR 2007, 743. Weiteres typisches Beispiel sind Online-Hotelreservierungen, vgl. *Kath/Riechert* Rn. 180.

⁶⁰²*Staudinger* /Thüsing, § 312b BGB, Rn. 81.

⁶⁰³*Staudinger* /Thüsing, § 312b BGB, RN. 79.

⁶⁰⁴*MüKo Bd. 2* /Wendehorst, § 312b BGB, Rn. 83.

⁶⁰⁵*MüKo Bd. 2* /Wendehorst, § 312b BGB, Rn. 83.

⁶⁰⁶*Palandt* /Grüneberg, § 312b BGB, Rn. 16.

⁶⁰⁷Kritisch zur Aufzählung im Tatbestand: *Prütting* /Medicus, § 312b BGB, Rn. 16.

⁶⁰⁸Ob es zur Beurteilung der Frage nicht auf die angestrebte Dienstleistung des Unternehmers oder eines Dritten ankommt, wie es das AG München 2.12.2005, Az. 182 C 26144/05 meint, kann dahinstehen. Allerdings wird bei Konzertkarten auch auf die Veranstaltung abgestellt und nicht auf die Eintrittskarte selber.

⁶⁰⁹Zu den notwendigen Bestandteilen einer Internetplattform Domainname, Speicherplatz, Inhalt und Anbindung an das Internet und den zwischen Betreiber und Provider zu beachtenden Vertragsinhalten bei Internetplattformen siehe *Nolte/Hecht*, ITRB 2006, 188ff.. Zu Music-Download-Plattformen siehe ausführlich *Härting/Schätzle*, ITRB 2006, 186ff..

⁶¹⁰Speicherplatz ist notwendig für die zum Aufbau und Betrieb der Plattform notwendigen Daten (Inhalt, Software, Nutzerdaten). *Nolte/Hecht*, ITRB 2006, 188ff. 188.

zu hoch sind. Deshalb muss ein Anbieter einen Server bereitstellen, der den geplanten Nutzungsumfang abfangen, d.h. die erwarteten Zugriffszahlen bewältigen und ggf. die Datenberechnungen vornehmen kann. Er muss also die Speicherkapazität auf den Servern vorweg planen, wodurch ihm Vorbereitungs- und Planungskosten entstehen.

Allerdings ist der der Onlinedienstleistung allgemein zugrundeliegende Zeitrahmen – anders als bei einem Konzert oder einem buchbaren Ausflug – nicht festgelegt. Jeder Nutzer mag zwar ein temporäres Nutzungsrecht haben. Das Angebot selber ist aber weder zeitlich begrenzt noch auf einen Termin fixiert.⁶¹¹ Vielmehr kann über den gesamten Zeitraum die Anzahl der Nutzer fluktuieren, da üblicherweise zu jeder Zeit neue Nutzer das Angebot in Anspruch nehmen können. Insoweit besteht also ein gravierender Unterschied zu den Fällen einer Buchung oder Reservierung für ein bestimmtes Ereignis an einem bestimmten Termin bzw. in einem bestimmten Zeitrahmen.

Es lässt sich daher eher ein Vergleich zu Bibliotheken ziehen, bei denen die Nutzung durch die Anzahl der Sitzplätze, Bücher und die Öffnungszeiten der Bibliothek determiniert ist.

Das für § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB erforderliche zeitliche Moment ist bei clientbasierten Onlinespielen auch unter Berücksichtigung der Onlineleistung des Providers nicht festzustellen. Nach alledem fällt der Erwerb eines Clients nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 312 b Abs. 3 Nr. 6 BGB.

bb) Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB

Nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB besteht das Widerrufsrecht nicht bei Fernabsatzverträgen zur Lieferung von Waren, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind. Wann dies zutrifft, lässt sich nur anhand des konkreten Vertragsgegenstandes feststellen⁶¹² und ergibt sich bei Softwaredownloads aus einer Betrachtung und Bewertung der widerstreitenden Interessen.

⁶¹¹Das kann im Ausnahmefall anders sein. Zu denken ist etwa an sog. Speed-Server. Einige Onlinespiele bieten extra bereitgestellte Server an, die mit der Spielsoftware ausgestattet sind. Die Spieler können sich für die Spiele anmelden, die Spieldauer ist aber von Beginn an – typischerweise auf 3 oder 6 Monate – begrenzt. Wenn der Provider hier die Anzahl der Spieler reglementiert, könnte § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB bejaht werden.

⁶¹²Als typische Beispiel für die Ausnahmeregelung wird auch vom Gesetzgeber das Heizöl genannt, welches mit Einbringung in den Tank typischerweise so vermischt wird, dass es die nach den einschlägigen DIN-Normen erforderliche Eigenschaften verliert. Vgl. *Härtling* Rn. 635 mit Verweis auf Bt-Drucks. 14/2658, S. 44.

Wird mit § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB bezweckt, eine “unberechtigte Nutzung der Software oder vergleichbarer Werke zu verhindern”⁶¹³ und damit seine Urheberrechte zu schützen⁶¹⁴, kann bei heruntergeladener Software ein vergleichbarer Schutz nicht verwehrt werden.⁶¹⁵ Anders als körperliche Gegenstände sind Computerprogramme einfach kopier- und damit auch nach einem Widerruf weiter nutzbar. Sind sie einmal auf einen Datenträger des Nutzers heruntergeladen worden, kann selbiger die Datei(en) allenfalls löschen.⁶¹⁶ Zu einer Rücksendung derselben Kopie ist er zwar imstande.⁶¹⁷ Allerdings ist dies keine “rückstandslose”⁶¹⁸ Rücksendung, was der Sinn und Zweck der Rücksendung aufgrund eines Widerrufs aber erforderlich machen würde. Der Unternehmer muss nämlich befürchten, dass eine Softwarekopie im Machtbereich des Verbrauchers bleiben könnte, ohne dass der Unternehmer dies erfährt. Wirtschaftlich wird ein Anbieter außerdem die identische Kopie des Clients nicht an einen anderen Nutzer veräußern können, da jeder Nutzer durch das Herunterladen eine originäre Einzelkopie des Clients auf seinem Computer erstellt und speichert. Heruntergeladene Software ist deshalb zur Rücksendung ungeeignet. Es sprechen auch keine überwiegenden Interessen des Nutzers dagegen, heruntergeladene Software unter § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB zu fassen, da der Verbraucher gleichwohl vorab über sein Widerrufsrecht zu informieren ist. Mit Übermittlung der Software erlischt dieses Recht⁶¹⁹ jedoch zum Schutze des Urheberrechts des Unternehmers.⁶²⁰

⁶¹³BT-Drucks. 14/2658, S. 44.

⁶¹⁴*Härting* Rn. 640.

⁶¹⁵So fassen auch *Härting/Schätzle*, ITRB 2006, 186ff. 178 aus dem Internet heruntergeladene Musikdateien unter diese Bereichsausnahme.

⁶¹⁶*Härting* Rn. 637 und *Härting/Schätzle*, ITRB 2006, 186ff. 187, die so für aus dem Internet heruntergeladene Musikdateien argumentieren.

⁶¹⁷Anders *Härting* Rn. 635, der dies aber nicht weiter begründet.

⁶¹⁸BT-Drucks. 14/2658, S. 44.

⁶¹⁹*Spindler /Fuchs*, S. 123, *Moritz*, CR 2000, 61ff. 67.

⁶²⁰In der Gesetzesbegründung heißt es insofern deutlich: „Deshalb besteht bei diesen Werken ein Widerrufsrecht grundsätzlich nicht, da es sich entweder um eine Dienstleistung handelt, bei der das Widerrufsrecht mit Übermittlung nach § 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Buchstabe b entfallen kann, weil die Online-Übermittlung auf Veranlassung des Verbrauchers erfolgt ist, oder um eine Ware, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet ist und das Widerrufsrecht nach Übermittlung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 entfällt.“ BT-Drucks. 14/2658, S. 44.

Auch wenn der Gesetzgeber⁶²¹ für die Fälle des Softwaredownloads auch die Anwendung von § 312d Abs. 3 BGB⁶²² für möglich zu scheinen hält, ist die Einschlägigkeit von § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB auf Softwaredownloads überzeugender.⁶²³ Dieser Ausschlussstatbestand ist nämlich so ausgelegt, dass er Dienstleistungen und keine Warenlieferungen erfasst.⁶²⁴ Da Software aber eine Ware ist und der Download als Warenlieferung einzustufen ist, ist § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB einschlägig. Dies wird im Übrigen durch weitere Ausführungen des Gesetzgebers gestützt. „Werden diese hingegen online zur Verfügung gestellt, besteht keine vergleichbare Möglichkeit, dem Verbraucher eine Rückgabemöglichkeit bis zur Entsiegelung gesetzlich einzuräumen, ohne das berechtigte Interesse des Unternehmers zu verletzen, eine unberechtigte Nutzung der Software oder vergleichbarer Werke zu verhindern.“⁶²⁵ Ersichtlich ist damit der Begriff der „Lieferung von Waren“ weit⁶²⁶ zu verstehen, sodass nicht nur online bestellte Pizzen⁶²⁷ erfasst werden sollten.

cc) Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB

Wurde dagegen der auf einem Datenträger gespeicherte Client online erworben und dann die Schutzhülle des Datenträgers vom Käufer entsiegelt, erlischt das Wider-

⁶²¹ „Ferner setzt Absatz 1 Satz 3 Nr. 2 Buchstabe b auch Artikel 6 Abs. 3 erster Spiegelstrich FARL um, nach dem der Verbraucher das Widerrufsrecht bei Verträgen zur Erbringung von Dienstleistungen dann nicht mehr ausüben kann, wenn der Unternehmer mit Zustimmung des Verbrauchers vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen hat oder der Verbraucher diese, wie z. B. bei einem Online-Download, selbst veranlasst hat.“ BT-Drucks. 14/2658, S. 43 sowie S. 44. Dort wird ebenfalls ausdrücklich der Softwaredownload genannt, bei dem es sich „entweder um eine Dienstleistung handelt, bei der das Widerrufsrecht mit Übermittlung nach § 3 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Buchstabe b entfallen kann, weil die Online-Übermittlung auf Veranlassung des Verbrauchers erfolgt ist, oder um eine Ware, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet ist und das Widerrufsrecht nach Übermittlung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 entfällt.“

⁶²² So auch *Kath/Riechert* Rn. 258 ohne dies weiter zu begründen.

⁶²³ So auch *Härting* Rn. 623, 635, *Härting/Schätzle*, ITRB 2006, 186ff. 187 für aus dem Internet heruntergeladene Musikdateien. Anderer Ansicht ist *Hoeren IT-Recht* Kapitel 5, VIII, Rn. 523.

⁶²⁴ *Härting* Rn. 622. Ausführlich zum entsprechenden Meinungsstreit basierend auf das Haustürwiderrufgesetz: *Schmitt*, CR 2001, 838ff. 842f..

⁶²⁵ BT-Drucks. 14/2658, S. 44.

⁶²⁶ *Dorn/Krämer* Rn. 825.

⁶²⁷ So aber *Hoeren IT-Recht* Kapitel 5, VIII, Rn. 523, der heruntergeladene Software nicht von dieser Bereichsausnahme erfasst sieht.

rufsrecht nach § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB.⁶²⁸ Auf aus dem Internet heruntergeladene Software ist dieser Erlösungsgrund aber nicht anwendbar.⁶²⁹

dd) Ergebnis

Im Ergebnis hat der Erwerber eines Clients beim Onlineerwerb kein Widerrufsrecht mehr, soweit er die Software heruntergeladen oder den die Software speichernden Datenträger entsiegelt hat.

b) Onlinevereinbarung über die Nutzung

Fraglich ist, wie das Widerrufsrecht bei online getroffenen Vereinbarungen in Bezug auf die Nutzung von Server oder Software zu behandeln ist.⁶³⁰

aa) Fernabsatzvertrag

Verträge über die Nutzungsvereinbarung könnten Fernabsatzverträge in Gestalt von Dienstleistungen i.S.d. § 312b Abs. 1 BGB sein, wobei “Dienstleistung” in § 312b Abs. 1 BGB im europäischen Sinne und damit weit⁶³¹ zu verstehen ist. Aufgrund dieser weiten Auslegung lässt sich eine Nutzungsvereinbarung basierend auf der Verwendung eines Fat Clients und damit einer Peer-to-Peer-Architektur unproblematisch als Fernabsatzvertrag bewerten. Diese vom Unternehmer geschuldete Leistung ist nämlich bereits eine Dienstleistung im engeren Sinne gem. § 611 BGB.⁶³²

Die gleiche rechtliche Beurteilung ergibt sich im Ergebnis auch für Verträge bei Browsergames und die Vereinbarungen über die reinen Onlineleistungen (insb. Nutzungsverlängerungen) bei clientbasierten Onlinespielen. Die weite Auslegung des Dienstleistungsbegriffs in § 312b Abs. 1 BGB bedeutet zwar nicht, dass Leistun-

⁶²⁸Härtling Rn. 645. Dorn/Krämer Rn. 837, spricht sich für eine analoge Anwendung von § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB aus. Noch zum FernAbsG a.F. Moritz, CR 2000, 61ff. 67, Meents, CR 2000, 610ff. 613.

⁶²⁹Palandt /Grüneberg, § 312d BGB, Rn. 10 mit Verweis auf AnwK/Ring Rn. 72.

⁶³⁰Ob die Leistung des Betreiber entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, ist dabei irrelevant. Anders als § 312 Abs. 1 BGB macht das Fernabsatzrecht insoweit keine Einschränkung.

⁶³¹H.M. statt vieler Staudinger /Thüsing, § 312b BGB, Rn. 13, 17, Koch, IT-Recht § 6, S. 223.

⁶³²Siehe oben, Seite 75.

gen beliebiger Art erfasst wären.⁶³³ Für online getroffene Vereinbarungen, die wie Browsergames und Thin-Client-Angebote⁶³⁴ auf mietvertragsähnlichen Rechtsverhältnissen basieren, entspricht dies jedoch der herrschenden Meinung.⁶³⁵

bb) Ausschluss des Widerrufsrechts

Gleichwohl könnte ein Widerrufsrecht aufgrund des Vertragsgegenstandes ausgeschlossen sein.

aaa) Ausschluss wegen der Art des Vertragsschlusses

Insoweit ist § 312b Abs. 3 Nr. 6 BGB, wie bereits oben⁶³⁶ ausgeführt, aufgrund des Fehlens des erforderlichen Zeitmoments nicht einschlägig. Dagegen könnte ein Widerrufsrecht von vornherein ausgeschlossen sein, wenn der Vertrag hinsichtlich der Onlinenutzung in automatisierten Geschäftsräumen geschlossen worden wäre, § 312b Abs. 3 Nr. 7a BGB.⁶³⁷

Der Grund für diese Regelung ist, dass die Leistungen in dieser Konstellation beidseitig sofort mittels derselben technischen Einrichtung⁶³⁸ erbracht werden und eine Auferlegung von Informationspflichten und Widerrufsrechten nicht sinnvoll ist.⁶³⁹ Dies ist bei den hier in Frage stehenden Nutzungsverträgen wie auch bei anderen im Internet abgeschlossenen Verträgen aber gerade möglich.⁶⁴⁰ Außerdem setzt § 312 b Abs. 3 Nr. 7a BGB das Vorhandensein von Räumlichkeiten voraus, die nach h.M. begehbar⁶⁴¹ sind und in denen Leistungen automatisiert erbracht⁶⁴² werden. Für diese Einschränkung der “Begehbarkeit” spricht bereits der Wortlaut “Räumlichkeiten”.

⁶³³So aber *MüKo Bd. 2 /Wendehorst*, § 312b BGB, Rn. 8, der einzig darauf abstellt, ob die Leistung ihrem Wesen nach im Wirtschaftsverkehr grundsätzlich gegen Entgelt erbracht zu werden pflegt.

⁶³⁴Siehe oben, Seite 77.

⁶³⁵Provider- und Hosting-Verträge werden nach h.M. als Fernabsatzverträge angesehen, auch wenn sie schuldrechtlich als Mietvertrag eingeordnet werden. LG Hamburg CR 2001, 475-476 [476], LG Itzehoe CR 2001, 788, *Spindler* V Rn. 3ff..

⁶³⁶Siehe oben, Seite 106.

⁶³⁷Dagegen scheidet § 312b Abs. 3 Nr. 7a Var. 1 BGB von vornherein aus.

⁶³⁸*Dorn/Krämer* Rn. 826.

⁶³⁹*Palandt /Grüneberg*, § 312b BGB, Rn. 17.

⁶⁴⁰LG Hamburg CR 2001, 475-476 [476], *Spindler /Fuchs*, II, S. 123.

⁶⁴¹*Staudinger /Thüsing*, § 312b BGB, Rn. 86.

⁶⁴²*Bamberger /Schmidt-Räntsch*, § 312b BGB, Rn. 56.

Dies trifft für im Internet geschlossene Provider-Verträge aber nicht zu.⁶⁴³ § 312b Abs. 3 Nr. 7a BGB ist deshalb nicht einschlägig.⁶⁴⁴

bbb) Ausschluss aufgrund fehlenden schutzwürdigen Interesses

Es ist gleichwohl fraglich, ob bei Browsergames und reinen Online-Nutzungsvereinbarungen ein Widerrufsrecht überhaupt seinem Zweck entsprechend gewährt werden sollte.

Bei Verträgen im Fernabsatz soll der Verbraucher seine Willenserklärung noch einmal überdenken können, da er vor Vertragsschluss keine Möglichkeit hatte, das Erzeugnis zu sehen oder die Dienstleistung zu prüfen.⁶⁴⁵ Anders als bei offline erbrachten Leistungen ist es Onlineleistungen gerade immanent, dass der Nutzer diese häufig nicht vor Vertragsschluss testen kann. Bei Onlinewelten werden allerdings zum Teil sog. Probeaccounts angeboten, sodass der Nutzer die Leistung in Ruhe beurteilen kann. Auch wenn es in diesen Fallkonstellationen fraglich scheint, dem Verbraucher überhaupt noch ein Widerrufsrecht zu gewähren, muss beachtet werden, dass mit Premiumaccounts typischerweise Zusatzfeatures einhergehen. Deren Nutzen kennt der Verbraucher gerade nicht. Darüber hinaus räumt ein Verbraucher dem Betreiber häufig auch andere nur mittelbar zum Angebot bezogene Rechte ein. Hierzu zählen nicht selten die Nutzung der personenbezogenen Daten zu Werbezwecken.⁶⁴⁶ Dem Verbraucher ist daher auch bei der vorherigen Nutzung von Probeaccounts ein Widerrufsrecht einzuräumen. Ob dieses möglicherweise vorzeitig erlischt, ist eine davon zu unterscheidende Frage.

cc) Erlöschen des Widerrufsrechts

Kommen Client und Onlinedienstleistung aus einer Hand und handelt es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft, so ist das Widerrufsrecht durch Entsigelung oder Download des Clients bereits gemäß § 312d Abs. 4 Nr. 2 bzw. 1 BGB erloschen.⁶⁴⁷ Bei Browsergames oder Vereinbarungen über eine weitere Online-Nutzung ergibt sich das gleiche Ergebnis aus § 312d Abs. 3 BGB. Dafür sprechen mehrere Gründe:

⁶⁴³LG Hamburg CR 2001, 475-476 [476] noch zum FernAbsG a.F.; bestätigend: *Staudinger* /Thüsing, § 312b BGB, Rn. 86.

⁶⁴⁴*Härtig* Rn. 480 m.w.N. meint, § 312 b Abs. 3 Nr. 7 a und b BGB seien weder auf Downloads aus dem Internet noch auf Verträge über den Zugang zum Internet anwendbar.

⁶⁴⁵BT-Drucks. 14/2658, S. 36.

⁶⁴⁶Typisches Beispiel ist die personenbezogene Werbung.

⁶⁴⁷Siehe oben, Seite 110f..

Auch wenn der Unternehmer die gezogenen Nutzungen basierend auf § 355, 357 Abs. 2, 346 BGB beanspruchen könnte,⁶⁴⁸ lassen sich die nach der Nutzung des Contents daraus gewonnene Erkenntnisse in keinem Fall mehr rückgängig machen.⁶⁴⁹ Bei Browsergames würde daher ein Widerrufsrecht nach Inanspruchnahme der Leistung für den Unternehmer ein urheberrechtliches und wirtschaftliches Risiko bedeuten.

Außerdem mangelt es in diesen Fällen an der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers. Dem Nutzer wird über die trotz § 312d Abs. 3 Nr. 2 BGB notwendige Widerrufsbelehrung verdeutlicht, dass er vor der Inanspruchnahme der Leistung vom Vertrag Abstand nehmen kann. Auch wenn er die Leistung nicht hat testen können, so hatte er doch genug Zeit sich der Folgen der Inanspruchnahme bewusst zu werden.

Nach der Registrierung und vor Inanspruchnahme besteht daher ein Korridor, in dem der Nutzer seine zum Vertrag führende Willenserklärung noch widerrufen kann und deshalb darüber auch belehrt werden muss. Dies ist gerade anders als bei direkter Leistung des Unternehmers ohne zeitliche Zäsur zur Registrierung wie zum Beispiel R-Gesprächen, bei denen das Widerrufsrecht ebenfalls erlischt.⁶⁵⁰ Nimmt ein Nutzer daher in Kenntnis eines Widerrufsrechts die Leistungen aus eigener In-

⁶⁴⁸Str.: wie hier *Härting* Rn. 660 mit Verweis auf LG Stuttgart MMR 2006, 341, 342. Die EU-Richtlinie spricht eher gegen eine Kostentragungspflicht des Verbrauchers: „Damit es sich um mehr als ein bloß formales Recht handelt, müssen die Kosten, die, wenn überhaupt, vom Verbraucher im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts getragen werden, auf die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren begrenzt werden.“ Erwägungsgrund Nr. 14 zur Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz - Erklärung des Rates und des Parlaments zu Artikel 6 Absatz 1, Amtsblatt Nr. L 144 vom 4.6.1997 S. 19-27. Zur Frage der Abwälzung von Hinsendekosten im Fall des Widerrufs hat der BGH dem EuGH eine Frage gemäß § 234 EG vorab zur Entscheidung vorgelegt, BGH, Beschluss vom 01.10.2008, Az. VIII ZR 268/07, JurPC Web-Dok. 42/2009, Abs. 1-18: „Sind die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat?“

⁶⁴⁹*Härting* Rn. 618.

⁶⁵⁰So verneinte der BGH die Pflicht zur Widerrufsbelehrung in dem Fall (R-Gespräch), dass die angebotene Dienstleistung im Interesse des Verbrauchers sofort erbracht wurde. NJW 2006, 1971, 1974.

initiative⁶⁵¹ in Anspruch, ist eine Widerrufserklärung widersprüchlich.⁶⁵² Das Widerrufsrecht erlischt.⁶⁵³

Im Ergebnis hat das Widerrufsrecht bei Browsergames und reinen Nutzungsvereinbarungen praktisch keine Bedeutung⁶⁵⁴, da der Verbraucher diese Leistung typischerweise sofort in Anspruch nehmen wird.

c) Widerrufsbelehrung

Über das dem Verbraucher bis zur Nutzung des Clients und der virtuellen Welt zustehende Widerrufsrecht muss der Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe seiner Vertragserklärung⁶⁵⁵ belehrt werden, §§ 312c Abs.1 und 2, 126b BGB.⁶⁵⁶ In Bezug auf offline erworbene Clients besteht auch hier das Problem der Shrinkwrap Agreements.⁶⁵⁷ Der Verbraucher wird in diesen Fällen nicht über seine Rechte informiert, verliert gleichwohl durch Öffnen der Schutzhülle automatisch aufgrund des § 312b Abs. 3 Nr. 2 BGB sein Widerrufsrecht.

⁶⁵¹ *MüKo Bd. 2 /Wendehorst*, § 312d BGB, Rn. 60.

⁶⁵² *Prütting /Medicus*, § 312d BGB, Rn. 4, 5.

⁶⁵³ Das haben einige Anbieter bereits in ihre AGB aufgenommen. So z.B. in § 4 der Nutzungsbedingungen zum Browsergame "TRAVIAN": „Das Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, soweit es sich um von TRAVIAN angebotene Dienstleistungen handelt, wenn TRAVIAN mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Nutzers vor Ende der Widerrufsfrist begonnen hat oder der Nutzer diese selbst veranlasst hat. Davon ist auszugehen, wenn der Nutzer das Spiel bzw. die Features von Premium-Mitgliedschaften in Anspruch genommen hat.“ Abgerufen am 27.2.2009 unter http://traviangames.com/agb/AGB_Travian_Games_GmbH_03022009.pdf. So auch beim Spiel "Pennergame", zuletzt gefunden am 23.5.2009 in der Fassung vom 18.4.2009 unter <http://www.pennergames.de/other/agb/>. Eine gleich lautende Regelung enthält zum Beispiel auch Ziff. 3 der AGB der Firma Bigpoint. Zuletzt angerufen am 26.3.2009 unter http://www.bigpoint.com/agb/bigpoint_agb_de.v10.pdf.

⁶⁵⁴ So allgemein zu Onlinedienstleistungen *Härting* Rn. 624.

⁶⁵⁵ Diese zeitliche Voraussetzung ergibt sich unmittelbar aus § 312c Abs. 1 Satz 1 BGB.

⁶⁵⁶ Zu den hier nicht weiter angeführten Problemen hinsichtlich der allgemeinen Informationspflichten im E-Commerce gemäß § 312e BGB siehe *Härting* Rn. 569-586. Diese gelten unabhängig davon, ob der Kunde ein Verbraucher oder ein Unternehmer ist.

⁶⁵⁷ Siehe oben, Seite 101.

Bei Online-Vertragsschlüssen sollte der Nutzer gem. § 312c Abs. 1 Satz 1 BGB vor Abgabe seiner Bestellung⁶⁵⁸ über sein Widerrufsrecht belehrt werden.⁶⁵⁹ Sich einer “Zwangsführung”⁶⁶⁰ zu bedienen und dies zu dokumentieren⁶⁶¹, ist aus Beweisgründen zu empfehlen, nach umstrittener Ansicht aber nicht notwendig.⁶⁶² In jedem Fall muss bei der Registrierung über einen verständlichen und gekennzeichneten Hyperlink⁶⁶³ eine Seite⁶⁶⁴ mit i.d.R. nicht mehr als 2 Klicks⁶⁶⁵ erreicht werden können, auf der auf das Widerrufsrecht hingewiesen wird. Dabei müssen auch die Einzelheiten der Belehrung klar und für einen durchschnittlichen Verbraucher verständlich sein.⁶⁶⁶

Nach dem Vertragsschluss muss dem Verbraucher erneut eine Mitteilung über das Widerrufsrecht zugehen, wobei dies bei sonstigen Dienstleistungen und bei der Lieferung von Waren alsbald, spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrags, bei Waren spätestens bis zur Lieferung an den Verbraucher zu geschehen hat, § 312c Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB. Anders als bei der vorvertraglichen Information kann dieser Informationspflicht nur in Textform nachgekommen werden, § 312c Abs. 2 Satz 1 BGB. Der Gesetzgeber stellt darauf ab, dass es „entscheidend ist, dass zumindest

⁶⁵⁸Dorn/Krämer Rn. 828. Es ist gerade bei Rechtsgeschäften, die online erfolgen, kein schützenswertes Interesse der Hersteller erkennbar, einen anderen Weg zu gehen. Gounalakis/Lapp, C.II. Rn. 37..

⁶⁵⁹Der korrekte Wortlaut der Widerrufsbelehrung ergibt sich nun aus Anlage 1 zu Art. 246 § 2 Abs. 3 Satz 1 EGBGB. Zum alten Problem, dass aus wettbewerblichen Gesichtspunkten die Verwendung des Entwurfs der Widerrufsbelehrung aus der BGB-InfoV eine Bagatelle ist: KG Berlin, K&R 2008, 375-379 [379]. Zur Rechtsmissbräuchlichkeit einer gleichwohl erteilten Abmahnung: LG Bielefeld, Urteil vom 05.11.2008 - Az. 18 O 34/08, MIR 2009, Dok. 012-2009. Zur Rechtsprechung hinsichtlich der Widerrufsbelehrung nach der BGB-InfoV: Schmittmann, K&R 2008, 500ff. 501-502.

⁶⁶⁰Härting Rn. 496.

⁶⁶¹Das kann zum Beispiel in der Datenbank vermerkt werden.

⁶⁶²So Mankowski CR 2001, 767, 770, Härting Rn. 496, der meint, es müsse nur eine realistische Chance bestehe, die Pflichtangaben wahrzunehmen. A.A.: OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.4.2001, Az. 6 W 37/01, Pflichtangaben beim Fernabsatz, JurPC Web-Dok. 135/2001, Abs. 1-8, Dorn/Krämer Rn. 832, Hoeren IT-Vertragsrecht Kapitel 5, VIII, Rn. 517.

⁶⁶³H.M. BGH ITRB 2006, 270 mit Anm. von Markus Rössel; Härting Rn. 494, 498 m.w.N., Dorn/Krämer Rn. 832; a.A. Hoeren IT-Vertragsrecht Kapitel 5, VIII, Rn. 512, 517, .

⁶⁶⁴Nicht ausreichend ist eine Verlinkung auf eine Grafikdatei, da sich diese je nach Browsertyp ggf. gar nicht öffnen lässt. LG Berlin, Urteil vom 24.6.2008, 16 O 894/07, JurPC Web-Dok. 73/2009, Abs. 1-23.

⁶⁶⁵H.M. BGH ITRB 2006, 270 mit Anm. von Markus Rössel. a.A. OLG München, Urteil vom 12.2.2004, 29 U 4564/03, JurPC Web-Dok. 136/2004, Abs. 1-19 [16] zu einem Link, der nur durch Scrollen zu erreichen ist.

⁶⁶⁶BGH NJW 1999, 2279, 2280, Hoeren IT-Vertragsrecht Kapitel 5, VIII, Rn. 512, Härting Rn. 504.

der Unternehmer die Informationen nicht mehr verändern kann, weil er inzwischen keinen Zugriff mehr auf den dauerhaften Datenträger hat, auf dem die Informationen abgespeichert sind.“ Zweck der Textform ist daher, einen eventuell manipulativen⁶⁶⁷ Zugriff des Unternehmers auf die Information zu verhindern. Insoweit genügt nach h.M. die Mitteilung per E-Mail gemäß § 126b BGB, soweit diese auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert worden ist.⁶⁶⁸ Bei einer E-Mail ist dies grundsätzlich erst bei einem Download der Nachricht durch den Adressaten anzunehmen.⁶⁶⁹ Eine Darstellung auf der Internetseite des Spielanbieters genügt dagegen nach h.M.⁶⁷⁰ den Anforderungen an die Textform und die mit ihr einhergehende Dauerhaftigkeit der Information nicht.⁶⁷¹ Dies kann bei einer Downloadmöglichkeit analog zu der Möglichkeit der Kenntnisverschaffung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch anders gesehen werden.⁶⁷² Da die Beweislast für Fristbeginn und Erfüllung der Informationspflichten ohnedies beim Unternehmer liegt, ist trotz der Änderungen des § 355 Abs. 2 BGB im Jahr 2010, der eine Information in Textform ausreichen lässt, eine Versendung der Widerrufsbelehrung per E-Mail gleichwohl zu empfehlen.⁶⁷³ Im

⁶⁶⁷ *Hoeren IT-Vertragsrecht* Kapitel 5, VIII, RN. 514 mit Verweis auf Lorenz NJW 2001, 2230, 2231, *Dorn/Krämer* Rn. 835.

⁶⁶⁸ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 14/2658, S. 40: „Der Unternehmer soll bei dieser Vertriebsform dem Verbraucher zweckmäßigerweise die notwendigen Informationen auch per E-Mail oder in einer ähnlichen Weise per Datenfernübertragung zuleiten können, wenn sichergestellt ist, dass sie dem Verbraucher in einer ausreichend „dauerhaften“ Form zugehen. Bei E-Mails ist dies beispielsweise dann gewährleistet, wenn sie auf einem Server beim Online-Provider des Verbrauchers ankommen, auf den der Verbraucher zugreifen kann und zwecks Abruf seiner E-Mail auch regelmäßig zugreift. Gleichfalls kann der Abruf und das „Herunterladen“ (Downloaden) der Informationen aus dem World Wide Web (WWW) des Internets ausreichen, wenn der Verbraucher die Informationen bei sich auf einem dauerhaften Datenträger (z. B. der Festplatte) abspeichert oder ausdruckt.“

⁶⁶⁹ *Prütting /Ahrens*, § 126b BGB Rn. 4; *Härting* Rn. 548, 550, der zu Recht die strengen Anforderungen kritisiert. KG CR 2006, 680, 681, OLG Hamburg K&R 2006, 527, OLG Köln MMR 2007, 713, 715; Markus Rössel in Anm. zu BGH ITRB 2006, 271-272 [272]; a.A. LG Flensburg MMR 2006, 686, 687; LG Paderborn CR 2007, 465.

⁶⁷⁰ LG Flensburg CR 2007, 112, 113, LG Paderborn CR 2007, 465, *Dorn/Krämer* Rn. 835, Markus Rössel in Anm. zu BGH ITRB 2006, 271-272 [272].

⁶⁷¹ Anders aber das OLG München: „Eine im Internet aufgerufene, auf dem Bildschirm des Verbrauchers sichtbar gemachte Homepage genügt den Anforderungen, die gemäß § 8 Abs. 1 VerbrKrG an einen „dauerhaften Datenträger“ zu stellen sind.“ OLG München, Urteil vom 25.1.2001, Az. 29 U 4113/00, JurPC Web-Dok. 104/2001, Abs. 1-31.

⁶⁷² So auch *Härting* Rn. 549f..

⁶⁷³ *Kath/Riechert* Rn. 221, der auch eine Lesebestätigung empfiehlt. Dagegen ist die Empfehlung nach einer Belehrung in Form eines Schriftstücks, wie *Dorn/Krämer* Rn. 835 es empfiehlt, für Onlinespiele vollkommen ungeeignet.

Übrigen liegt es auch nahe, die Verweisung auf eine fehlende Textform bei nicht in Anspruch genommener Downloadmöglichkeit als treuwidrig anzusehen.⁶⁷⁴

Ratsam ist es schließlich, erst in der nach § 312e Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB unverzüglich zu verschickenden Bestätigungsnachricht⁶⁷⁵ u.a. einen personalisierten einmal verwendbaren Link mitzuschicken, über den der Client dann heruntergeladen werden kann. So kann er nicht schon vorher in den Machtbereich des Nutzers gelangen und die Mitteilung ist vor Leistungserbringung erfolgt. Bestellung und Empfangsbestätigung gelten dabei als zugegangen, wenn die Parteien, für die sie bestimmt sind, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen können.⁶⁷⁶

II. Wirksamkeit des Vertrages

Onlinespiele und insbesondere Browsergames werden überwiegend von minderjährigen Spielern genutzt. Dabei ist auf dem Onlinespielmarkt der Kampf um die Spieler so groß, dass zum Beispiel auch Spiele über Penner oder Prostituierte um die Gunst eines jeden Spielers buhlen. Es stellt sich deshalb die Frage, wie die Wirksamkeit etwaiger Verträge zwischen Spieler und Provider insbesondere mit Blick auf die §§ 105ff. BGB und § 134 BGB zu beurteilen ist.

1. Die Verträge mit Minderjährigen

Gerade Kinder und Jugendliche nutzen das Internet neben dem Kommunizieren⁶⁷⁷ vor allem zum Spielen. So werden sie werden zum Beispiel bei den Spielen Habbo⁶⁷⁸,

⁶⁷⁴Härtling Rn. 549.

⁶⁷⁵Zum sonstigen Inhalt der nachvertraglichen Informationspflicht siehe Härtling Rn. 569-586.

⁶⁷⁶Kath/Riechert Rn. 204.

⁶⁷⁷Die bekanntesten Plattformen sind hier: <http://www.schuelervz.de>, <http://www.facebook.com>, <http://www.wer-kennt-wen.de>. Da es hierbei aber ausschließlich um die Kommunikation überwiegend unter einem so genannten "Klarnamen" geht und sich insoweit noch speziellere Probleme aufzeigen, als bei Spielen oder spielähnlichen Angeboten, wird diese Kategorie des sog. Web 2.0 hier nicht weiter besprochen.

⁶⁷⁸Das Browsergame Habbo ist wie ein Hotel aufgebaut, bei dem es mehrere virtuelle öffentliche und private Räume gibt, in denen sich die Spieler über ihre Avatare treffen und unterhalten können. Zudem kann jeder Spieler ein Haustier pflegen. Neben einem kostenlosen Grundangebot gibt es auch zusätzliche Angebote im Spiel, die durch sog. Habbo-Taler bezahlt werden können. Habbo-Taler sind eine virtuelle Währung für dieses Spiel, die gegen ein reales Entgelt vom Betreiber des Spiels erworben werden kann. Mehr dazu unter: <http://www.habbo.de>.

Honoloko⁶⁷⁹ und Panfu⁶⁸⁰ als Zielgruppe direkt angesprochen.⁶⁸¹

Welchen Stellenwert diese junge Spielergruppe für die Provider hat, wir deutlich, wenn man die Nutzungsstatistiken von Onlinespielen betrachtet: Bei den Kindern im Alter zwischen 6 und 13 Jahren nutzen ca. 40% der Jungen und 26% der Mädchen mindestens einmal pro Woche Onlinespiele, die sie dann alleine spielen. Onlinespiele mit anderen spielen mindestens einmal pro Woche ca. 30% der Jungen und 13% der Mädchen im Alter von 6 bis 13 Jahren.⁶⁸² „Bei den 12- bis 19-jährigen Jugendlichen ist der Anteil derjenigen, die mehrmals pro Woche oder täglich Onlinespiele nutzen, über die Jahre relativ konstant geblieben und bewegt sich zwischen 9 und 15 Prozent.“⁶⁸³

Die rechtliche Relevanz dieser Spielergruppe ergibt sich demzufolge daraus, dass Minderjährige häufig an solchen Spielen teilnehmen, die kostenpflichtig sind oder deren Vertragsbedingungen detaillierte Regelungen zur Rechteübertragung an vom Spieler eingebrachten Spielinhalten oder zur Datennutzung enthalten. Abgesehen von den internetunspezifischen Problemen beim Offline-Erwerb eines Clients muss bei Onlinespielen deshalb die Frage beantwortet werden, ob Minderjährige⁶⁸⁴ für solche Spiele eine ausschließlich rechtlich vorteilhafte Willenserklärung gemäß §§ 107ff. BGB abgeben.⁶⁸⁵ Ein nichtiger Vertrag wirkt sich nämlich auf die zivil-, urheber- und datenschutzrechtlichen Aspekte der Rechtsbeziehung zwischen Spieler und Pro-

⁶⁷⁹Das Browsergame Honoloko spielt auf einer virtuellen Insel, auf der der Spieler Änderungen vornehmen kann und sogleich die Auswirkungen auf die Umwelt und Natur auf dieser Insel aufgezeigt bekommt. Mehr dazu unter: <http://www.honoloko.com>.

⁶⁸⁰In der virtuellen kostenpflichtigen Welt Panfu wählt jeder Spieler einen Panda-Avatar, verleiht ihm eine Identität und entdeckt dann mit ihm die Pandawelt Panfu. Er kann mit anderen Spielern interagieren, chatten, Spiele spielen, Grußkarten schicken, sich durch das Prinzip des immersiven Lernens Englisch-Grundlagen aneignen und kreativ werden. Mehr dazu unter: <http://www.panfu.de>.

⁶⁸¹Volljährige Internetnutzer nutzen neben reinen Spielen zudem wirtschaftlich (z.B. <http://www.ebay.de> oder <http://www.myhammer.de>.) oder beruflich ausgerichteten Plattformen (z.B. <http://www.xing.de>).

⁶⁸²Vgl. *Medienpädagogischer Forschungsverband Südwest*, KIM-Studie 2008, Kinder + Medien, Computer + Internet. (URL: <http://www.mpfs.de/fileadmin/KIM-pdf08/KIM08.pdf>) S. 41, zuletzt abgerufen am 25.5.2009.

⁶⁸³*Schmidt/Dreyer/Lampert* S. 47.

⁶⁸⁴Eher unwahrscheinlich dürfte es dagegen sein, dass ein Kind, welches jünger als 7 Jahre ist, ein entsprechendes Angebot nutzt. Daher wird auf diese Altersgruppe nicht weiter eingegangen. Eine Vereinbarung wäre insofern ohnedies gemäß §§ 105 Abs. 1, 106 BGB nichtig.

⁶⁸⁵Verständlicherweise fallen bei dieser Betrachtung diejenigen Angebote heraus, bei denen die Beteiligten gar keinen Rechtsbindungswillen haben.

vider ganz unterschiedlich aus und kann im Ergebnis zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für den Provider führen, wenn – jedenfalls zivilrechtlich – aufgrund der hohen Anzahl von minderjährigen Spieler ca. 20% der Verträge nichtig sind.

a) Unentgeltliche Angebote

Soweit die Beteiligten bei unentgeltlichen Angeboten eine Willenserklärung abgeben, scheint auf den ersten Blick noch kein Grund einer schwebenden⁶⁸⁶ Unwirksamkeit gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB vorzuliegen. Der Nutzer erlangt durch den einseitig verpflichtenden Vertrag Zugriff auf eine Onlineanwendung, mit der er sich die Zeit vertreibt, ohne selber etwas dafür zu bezahlen. Allerdings spielen gerade wirtschaftliche Aspekte im Zusammenhang mit § 107 BGB keine Rolle.⁶⁸⁷ Deshalb ist vielmehr entscheidend, ob durch die Willenserklärung selbst oder den Vertrag, zu dessen Abschluss sie abgegeben wird, unmittelbar⁶⁸⁸ rechtliche Verpflichtungen des Minderjährigen begründet oder seine Rechte vermindert⁶⁸⁹ werden. Neben zivilrechtlichen Nachteilen könnten bei kostenlosen Angeboten urheberrechtliche⁶⁹⁰ und datenschutzrechtliche Vereinbarungen zur Unwirksamkeit des Vertrages führen, wenn entsprechende Vertragsbedingungen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB sind.

aa) Zivilrechtliche Regelungen

Bei kostenlosen Browsergames und der kostenlosen Nutzung der Serversoftware bei clientbasierten Angeboten handelt es sich um einen Nutzungsvertrag unter anderem mit leihvertraglichen Komponenten.⁶⁹¹ Da Verpflichtungsgeschäfte des Schuldrechts

⁶⁸⁶ *Erman* /Palm, § 108 BGB Rn. 1, § 110 BGB Rn. 1, *Staudinger* /Knothe, § 108 BGB, Rn. 3, *Palandt* /Ellenberger, § 108 BGB, Rn. 1.

⁶⁸⁷ H.M.: BGH LM § 107 BGB Nr. 7, *Palandt* /Ellenberger, § 107 BGB, Rn. 2, *Bamberger* /Wendtland, § 107 BGB, Rn. 3; *Staudinger* /Knothe, § 107 BGB, RN. 2; a.A.: *Stürner*, AcP 173, 402ff. 448.

⁶⁸⁸ H.M. *Bamberger* /Wendtland, § 107 BGB, Rn. 3, *Staudinger* /Knothe, § 107 BGB, Rn. 6.

⁶⁸⁹ *Erman* /Palm, § 107 BGB, Rn. 3.

⁶⁹⁰ Abgesehen von Fragen nach dem UrhG könnten auch noch solche aufgrund des KUrHG auftreten. Das KUrHG schützt als spezielles Gesetz das Recht am eigenen Bild. Held in *Hamburger Kommentar* 78. Abschnitt, Rn. 2. Da es jedoch eher selten ist, dass Fotos der Nutzer selber bei Onlinespielen verwendet werden, werden diese Fragen nicht weiter erörtert. Dies ist vielmehr ein größeres Problem bei Social Communities im Web 2.0.

⁶⁹¹ Siehe ausführlich zum Vertragstyp oben S. 13ff..

grundsätzlich zustimmungsbedürftig sind,⁶⁹² gilt dies auch für einen Leihvertrag. Er ist ein unvollkommen zweiseitig verpflichtender Vertrag,⁶⁹³ der nicht ausschließlich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB ist, weil der Entleiher die geliehene Sache dem Verleiher wieder zurück geben muss, § 604 Abs. 1 BGB.⁶⁹⁴

Auf kostenlose Onlinespiele ist dieser Gedanke aber nicht übertragbar, da die Vorschriften der Leihe nur in Bezug auf die Pflichten des Betreibers analog anwendbar sind.⁶⁹⁵ Daran ändern auch vom Betreiber vorgegebene Spielregeln oder Verhaltensregeln nichts, da sie selber nur den Rahmen der Nutzung definieren, jedoch nicht unmittelbar zu Pflichten des Spielers führen. Sie definieren in ihrer Reinform nur den Nutzungsumfang. Der minderjährige Spieler erhält damit ein bereits in sich beschränktes Nutzungsrecht. Der reine Vertrag zur Nutzung eines kostenlosen Browsergames oder einer virtuellen Welt ist deshalb nur einseitig verpflichtend und daher lediglich rechtlich vorteilhaft.

bb) Urheberrechtliche Regelungen

Ein Vertrag zur Nutzung eines Onlinespiels könnte jedoch dann nicht mehr lediglich rechtlich vorteilhaft sein, wenn der Betreiber weitere Regelungen urheberrechtlichen Charakters aufnimmt und das dann gemischte Schuldverhältnis zu einem zweiseitig verpflichtenden Vertrag wird.

⁶⁹² *Palandt* /Ellenberger, § 107 BGB, Rn. 2.

⁶⁹³ *Palandt* /Weidenkaff, Einf. v. §§ 598, 599 BGB, Rn. 1.

⁶⁹⁴ *Erman* /Palm, § 107 BGB, Rn. 5.

⁶⁹⁵ Siehe oben, Seite 53.

aaa) Tatsächlicher Hintergrund

Anbieter verlangen zum Teil – soweit sie überhaupt Nutzungsbedingungen haben⁶⁹⁶ – Nutzungsrechte an den von den Nutzern eingebrachten Inhalten,⁶⁹⁷ was durch ein sachliches Interesse des Anbieters begründet sein kann.⁶⁹⁸ Dies gilt vor allem dann, wenn der Inhalt des Angebots zwingend auf den Beiträgen des Nutzers aufbaut. Dabei besteht dieses Interesse nicht nur während, sondern vor allem auch nach Beendigung der Teilnahme des Spielers. Würden bei jedem “Austritt” eines Nutzers dessen Beiträge konsequent gelöscht werden, brähe unter Umständen das gesamte Konzept in sich zusammen. Zu denken ist vor allem an Rollenspiele, deren Textbeiträge aufeinander aufbauen.⁶⁹⁹ Wird ein Beitrag gelöscht, machen die anderen Beiträge häufig keinen Sinn mehr. In anderen Bereichen wie Foren, die häufig vom Provider zur Kommunikation der Spieler untereinander oder mit dem Betreiber bzw.

⁶⁹⁶Gerade kleinere Anbieter haben häufig von anderen Spielen kopierte oder gar selbst erstellte, juristisch mangelhafte Nutzungsbedingungen auf ihren Seiten eingebunden. Nicht selten sind die AGB sogar kaum zu finden. Einzig die großen Anbieter können ein größeres rechtliches Regelwerk aufzeigen.

⁶⁹⁷So regelt zum Beispiel die Firma Farbflut zu dem Browsergame Pennergame in Ziffer 7.4 der Nutzungsbedingungen in der Fassung vom 18.4.2009: „Alle Rechte an den vom Nutzer eingestellten Informationen verbleiben bei diesem. Durch das Einstellen von Informationen in eine von FARBFLOT angebotene Leistung gewährt der Nutzer FARBFLOT eine nicht ausschließliche, entgeltfreie und jederzeit frei widerrufliche Lizenz, um diese Inhalte auf den Seiten von FARBFLOT online öffentlich darzubieten, öffentlich anzuzeigen, zu reproduzieren und zu verbreiten. Widerruft der Nutzer diese Lizenz, ist FARBFLOT berechtigt, den Vertrag mit sofortiger Wirkung ersatzlos zu kündigen.“ Zuletzt abgerufen am 18.4.2009 unter <http://www.pennergame.de/other/agb/>.

⁶⁹⁸Derartige Regelungen wurden in letzter Zeit vor allem durch das Web 2.0 Angebot von Facebook bekannt. In deren Nutzungsbedingungen heißt es: „Mit dem Posten von Benutzerinhalt auf einem beliebigen Teil der Site erteilst du dem Unternehmen automatisch eine unwiderrufliche, zeitlich unbegrenzte, nicht ausschließliche, übertragbare, vollständig bezahlte, weltweite Lizenz (mit dem Recht zur Vergabe von Unterlizenzen) für das Verwenden, Kopieren, öffentliche Aufführen, öffentliche Darstellen, Umformatieren, Übersetzen, Anfertigen von Auszügen (vollständig oder teilweise) und Weitergeben solcher Benutzerinhalte für kommerzielle, Werbe- oder sonstige Zwecke auf oder in Verbindung mit der Site oder mit dem Marketing für die Site, für das Erstellen abgeleiteter Werke oder die Einarbeitung solcher Benutzerinhalte in andere Werke und für das Vergeben und Autorisieren von Unterlizenzen zu Vorstehendem.“ abgerufen am 27.2.2009 unter <http://www.facebook.com/terms.php>.

⁶⁹⁹Ob und inwieweit hier sogar urheberrechtlich ein gemeinschaftliches Werk i.S.v. § 8 UrhG entsteht, wie es Metzger, Axel, Frei ab 18, 2000. (URL: http://www.ifross.de/ifross_html/art7.html), zuletzt abgerufen am 25.5.2009, für Open Source Software anspricht, kann hier dahinstehen. Soweit der Betreiber gegebenenfalls sogar ein Werk mit den Spielern zusammen erstellt und nicht nur die Spieler unter sich, ändert dies nichts an den hier aufgeworfenen Problemstellungen. In den entsprechenden Regelungen in den Nutzungsbedingungen wird zumindest ein Veröffentlichungsrecht i.S.v. § 8 Abs. 2 UrhG zu Gunsten des Betreibers zu sehen sein, was eine Einschränkung für den Miturheber bedeutet.

dessen Moderatoren neben dem Hauptangebot bereitgestellt werden, ist dies nicht zwingend der Fall. Sie erwecken vor allem den Anschein von noch mehr aktiven Nutzern, sodass insoweit im Wesentlichen ein wirtschaftliches Interesse des Betreibers an indirekter Werbung im Vordergrund steht.

Auf diesen Interessen aufbauend könnte vereinbart werden, dass die Beiträge⁷⁰⁰ nicht (vollständig) entfernt werden, wenn der Account gelöscht wird. Zum Teil findet sich in den Nutzungsbedingungen aber auch eine Regelung, mit der dem Betreiber zum Beispiel eine jederzeit widerrufliche Lizenz zur Nutzung der vom Nutzer eingebrachten Inhalte gewährt wird.⁷⁰¹ Regelungen zur Löschung von eigenen Beiträgen sind aufgrund der geringen Ausbreitung rein oder überwiegend forenbasierter Rollenspiele eher bei Web 2.0 Kommunikationsplattformen zu finden.⁷⁰² Der jüngste Versuch, generell alle eingebrachten Inhalte über das Ausscheiden eines Nutzers hinaus zu speichern und Rechte daran zu haben, ist jedenfalls im Falle des Kommunikationsportals "Facebook" gescheitert.⁷⁰³

bbb) Beschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts

Aus diesen tatsächlichen Gründen lässt sich ein Spielbetreiber mit einer entsprechenden Vereinbarung gemäß i.S.d. § 31 Abs. 1 UrhG ein urheberrechtliches Ver-

⁷⁰⁰Individuelle vom Nutzer verfasste Beiträge finden sich häufig in sog. "Gästebüchern" und Foren.

⁷⁰¹So zum Beispiel in Ziffer 8.4 des Browsergames "Pennergame" in der Fassung vom 18.4.4009, <http://www.pennerggame.de/other/agb/>.

⁷⁰²So regelt es zum Beispiel das Portal studiVZ unter 3.3 seiner Nutzungsbedingungen: „Diejenigen Beiträge, die der Nutzer vor der Exmatrikulation über das studiVZ-Netzwerk öffentlich zugänglich gemacht hat (z.B. auf der Pinnwand eines anderen Nutzers oder innerhalb einer Gruppe), bleiben nach der erfolgten Deaktivierung weiterhin abrufbar – dies jedoch ohne Angabe des Namens und mit dem Hinweis, dass der Beitrag von einem inzwischen gelöschten Nutzer stammt.“ abgerufen am 27.2.2009 unter <http://www.studivz.net/1/terms>.

⁷⁰³„So heißt es jetzt unter dem Punkt "Beiträge": „Facebook will be entitled to the unrestricted use of any such Submission for any purpose, commercial or otherwise, without acknowledgment or compensation to you.“ Auch nach Erlöschen eines Facebook-Accounts kann also der Dienst die dort hinterlegten Inhalte weiterverwenden.“ Artikel auf <http://www.heise.de> vom 17.2.2009, <http://www.heise.de/newsticker/Facebook-Anwender-veraergert-ueber-AGB-Aenderung-Update-/meldung/132727>. „Die Änderungen blieben zunächst unbemerkt und erzeugten dann massiven Protest bei den Mitgliedern. Facebook nahm die Änderungen zurück und will nun die strittigen Klauseln verständlicher formulieren.“ Artikel in der Onlineausgabe des Magazin Focus vom 20.2.2009, http://www.focus.de/digital/internet/facebook-agb-in-deutschland-ungueltig-aid_373294.HTML.

wertungsrecht an den vom Spieler eingebrachten Inhalten einräumen.⁷⁰⁴ Diese Einwilligung zur Nutzung der vom Minderjährigen erschaffenen Werke⁷⁰⁵ ist eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, auf die die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen Anwendung findet.⁷⁰⁶

Ungeachtet der weiteren Wirksamkeit der einzelnen Klausel gewährt der Minderjährige damit als Urheber i.S.d. § 7 UrhG die Beschränkung seines Urheberpersönlichkeitsrechts, was für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.d. § 107 BGB, sondern vielmehr rechtlich nachteilig ist. Das wird besonders deutlich, wenn mit dem Vertrag eine ausschließliche, unwiderrufliche und zeitlich nicht begrenzte Lizenz gewährt wird.⁷⁰⁷ Deshalb bedürfte es in solchen Fällen grundsätzlich der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gemäß § 108 Abs. 1 BGB. Dies gilt letztlich auch für selbst erstellte Items, die Werkqualität erlangen oder abgespeicherte

⁷⁰⁴Die Frage nach den Nutzungsrechten ist zu unterscheiden von der Frage der Haftung für eingestellte Inhalte der Nutzer. Insoweit gilt grundsätzlich das “Notice & Take Down” Verfahren, *Jürgens*, CR 2006, 188ff. 190. Wenn ein Betreiber eines Onlinespiels sich darüber hinaus den von einem Nutzer eingebrachten Inhalt zu eigen macht, indem er angibt, er habe diesen vorab “sorgfältig geprüft”, kann der Betreiber bezüglich des eingebrachten Inhalts haftbar gemacht werden. So in einem Fall zu Kochrezepten in einem Internetforum, vgl. OLG Hamburg AfP 2008, 304-308 [305]. Zum Thema der “zu-eigen-Machung” ausführlich *Härtling* Rn. 1301-1313 m.w.N..

⁷⁰⁵„Die Werkschöpfung ist ein bloßer Realakt.“ Marquardt in *UrhR PraKo* § 7 UrhG, Rn. 3. Auch Minderjährige können daher Werke erschaffen. Siehe auch zur Mitwirkung von Minderjährigen an der Entwicklung von Open Source Software *Metzger, Axel*, Frei ab 18, 2000. (URL: http://www.ifross.de/ifross_html/art7.html), zuletzt abgerufen am 25.5.2009.

⁷⁰⁶H.M., statt vieler Marquardt in *UrhR PraKo* § 6 UrhG, Rn. 14 mit Nachweisen zur Gegenansicht.

⁷⁰⁷So zum Beispiel in Nr. 6.c) der Lizenzbedingungen des clientbasierten Onlinespiels “Guild Wars” von März 2008, zuletzt abgerufen am 23.5.2009, unter: http://de.guildwars.com/support/article/guild_wars_user_agreement/. Danach gewähren die Spieler „NCsoft und den damit in Verbindung stehenden Inhaltsgebern das nicht-exklusive, umfassende, fortwährende, unwiderrufliche, honorar-freie und zur Vergabe von Unterlizenzen ermächtigende Recht (...), jegliche mit diesem Inhalt von Mitgliedern verbundenen Rechte und deren unterstützende und Hilfsrechte in jeglichen Sprachen und Medien, die zu diesem Zeitpunkt bekannt oder unbekannt sind, auszuüben.“ Noch rigoroser heißt es in dem Browsergame “Empire Universe 2”: „Der Nutzer hat weiterhin keinerlei Herausgaberechte an denen durch seine Aktivität, in kostenlosen oder kostenpflichtigen Diensten generierten, Daten (beispielsweise Forenposts).“ zuletzt abgerufen am 18.4.2009 unter <http://www.looki.de/agb.HTML>. Abgeschwächt heißt es dagegen zum Beispiel in Ziffer 8.4 der Nutzungsbedingungen des Browsergames “Pennergame” in der Fassung vom 18.4.2009: „Alle Rechte an den vom Nutzer eingestellten Informationen verbleiben bei diesem. Durch das Einstellen von Informationen in ein von FARBFLUT betriebenes Spiel bzw. Service oder in eine von FARBFLUT betriebene Anwendung gewährt der Nutzer FARBFLUT eine nicht ausschließliche, entgeltfreie und jederzeit frei widerrufliche Lizenz, um diese Inhalte auf den Seiten von FARBFLUT online öffentlich darzubieten, öffentlich anzuzeigen, zu reproduzieren und zu verbreiten.“ zuletzt abgerufen am 18.4.2009 unter <http://www.pennergame.de/other/agb/>.

Werke der bildenden Kunst.⁷⁰⁸ Sieht der Betreiber dagegen von einem Recht an den möglichen Werken des Minderjährigen ab und besteht auch keine weitere ggf. nebenvertragliche Verpflichtung in diesem Zusammenhang, dann ist ein entsprechender Vertrag insoweit lediglich rechtlich vorteilhaft. Es kommt also auch hier auf die konkrete Ausgestaltung der Vertragsbedingungen an.

ccc) Folgen schwebender Unwirksamkeit

Ist die Vereinbarung für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, ist der Vertrag gemäß §§ 107, 108 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam.⁷⁰⁹ Als Folge können die ausgetauschten Leistungen gemäß §§ 812, 818 Abs. 1 BGB kondiziert werden.⁷¹⁰ Werke müssen dann herausgegeben oder hierfür Wertersatz geleistet werden. Dies trifft den Unternehmer im Übrigen wirtschaftlich weniger als das Risiko, wegen der ohne Rechtsgrund verwendeten Urheberwerke einem verschuldensabhängigen⁷¹¹ Schadenersatz- oder nicht verschuldensabhängigen Unterlassungsanspruch gemäß § 97 UrhG⁷¹² oder gar einem Abmahnungsprozess gemäß § 97a UrhG ausgesetzt zu werden.⁷¹³ Gerade wenn der Unternehmer die Teilnahme von Minderjährigen in Kauf nimmt und keine Bemühungen – wie etwa den Einbau sicherer Altersverifikationssysteme⁷¹⁴ – unternimmt, diese davon zu unterbinden, dürfte zumindest

⁷⁰⁸Ob es sich im Einzelfall tatsächlich um ein urheberrechtlich geschütztes Werk handelt, kommt auf den Einzelfall an. Siehe oben, Seite 34ff..

⁷⁰⁹*Erman* /Palm, § 108 BGB Rn. 1, § 110 BGB Rn. 1, *Staudinger* /Knothe, § 108 BGB, Rn. 3, *Palandt* /Ellenberger, Überbl. vor § 104 BGB, Rn. 31, § 108 BGB, Rn. 1.

⁷¹⁰*MüKo Bd. 1* /Schmitt, § 108 BGB, Rn. 36.

⁷¹¹Hier könnte vor allem das Einsetzen eines Moderators ein Problem sein, da dem Betreiber über ihn die Kenntnis über Informationen gem. § 166 BGB analog zugerechnet werden kann. *Strömer/Grootz*, K&R 2006, 553ff. 554.

⁷¹²OLG Hamburg, Urteil vom 4.2.2009, 5 U 180/07, MIR 2009, Dok. 067-2009; OLG Köln K%R 2009, 128-129; OLG Hamburg AfP 2008, 304-308; OLG Hamburg ITRB 2007, 229-230 mit Anm. von Christian Wolff.

⁷¹³Insoweit ist vor allem problematisch, dass die Haftungsprivilegierung aus § 10 TMG für Unterlassungsansprüche nicht gilt. H.M.: Statt vieler OLG Hamburg AfP 2008, 304-308. Zum Thema und den Rechtsansichten noch in Bezug auf das TDG *Libertus/Schneider*, CR 2006, 626ff. 628.

⁷¹⁴Siehe dazu ausführlich unten Seite 142.

Fahrlässigkeit i.S.d. § 97 Abs. 2 UrhG bejaht werden.⁷¹⁵ Schließlich muss sich ein Betreiber, der Werke eines Minderjährigen ohne Einwilligung der gesetzlichen Vertreter vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergibt, auch bewusst sein, dass er sich gemäß § 106 UrhG strafbar macht. Insoweit kann er sich nicht darauf berufen, dass ein Copyright-Vermerk⁷¹⁶ fehlen würde. Dieser ist kein Indiz dafür, dass Werke gemeinfrei sind.⁷¹⁷

Auch wenn diese Folgen für den Spielbetreiber in der Realität eher die Ausnahme sein dürften, da nur in den seltensten Fällen tatsächlich ein urheberrechtlich geschütztes Werk eines Spielers vorliegt, dürfen diese rechtlichen Erwägungen bei der Erstellung von Vertragsbedingungen für Onlinespiele aufgrund ihrer erheblichen Auswirkungen nicht vernachlässigt werden.

ddd) Vorschläge für vertragliche Vereinbarungen

Je nach vertraglicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses könnte ein Betreiber die urheberrechtlichen Probleme umgehen, indem er die Vereinbarungen anpasst und den Vertrag für den Nutzer so ausgestaltet, dass er für den Nutzer nicht mehr rechtlich nachteilig i.S.d. § 107 BGB ist.

(1) Keine Rechteübertragung

Hierfür könnte dem Nutzer während der Vertragslaufzeit die Möglichkeit gegeben werden, jederzeit seine hochgeladenen oder geschriebenen Inhalte zu löschen. Zugleich dürfte die Vereinbarung keine Übertragung von Rechten an den Provider beinhalten. Wenn das Vertragsverhältnis beendet wird und der Nutzer keinen Zu-

⁷¹⁵So statuierte auch das AG Dieburg hohe Sorgfaltspflichten für Mehrwertdienste-Anbieter. In seiner Entscheidung vom 31.1.2006 führte es aus, dass die Überlassung einer SIM-Karte keine Anscheinsvollmacht begründe und der Anbieter eines im Fernsehen beworbenen Mehrwertdienstes nicht auf eine Genehmigung des gesetzlichen Vertreters hätte vertrauen dürfen. Vgl. ITRB 2006, 176-177 mit Anmerkung von Jochen Dieselhorst. In gleicher Richtung entschied das Amtsgericht Berlin-Mitte; Urteil vom 28.7.2008, Az: 12 C 52/08, MI 08/2008, Dok. 243-2008: „Wird Minderjährigen ein Mobiltelefon mit Laufzeitvertrag zur eingeschränkten Nutzung überlassen (hier: um für die Eltern erreichbar zu sein), ist regelmäßig weder eine Anscheinsvollmacht noch eine Duldungsvollmacht des Minderjährigen hinsichtlich des Abschlusses von Verträgen über Klingelton-Abonnements zu sehen.“ Zur Wettbewerbswidrigkeit von Klingelton-Werbung, die nur die Minutenpreise angibt: BGH, Urteil vom 6.4.2006, Az. I ZR 125/03, JurPC Web-Dok. 101/2006, Abs. 1-29.

⁷¹⁶Zur Praxisrelevanz von Copyright-Vermerken insbesondere im Zusammenhang mit Deeplinks und Framing siehe *Härtig* Rn. 741-746.

⁷¹⁷OLG Hamburg Urteil vom 13.9.2006, JurPC Web-Dok. 98/2007, Abs. 1-11.

griff mehr auf die Inhalte hat, ist diese Regelung aber nicht mehr ausreichend, da der Nutzer gerade keine selbstständige Einflussmöglichkeit mehr auf die von ihm eingebrachten Werke hat. Auch die Möglichkeit, dass der ehemalige Nutzer bei fortwährender Speicherung und Veröffentlichung der Inhalte dem Betreiber jederzeit mitteilen kann, dass er seine Werke gelöscht wissen möchte, ist nicht zielführend. Der Urheber könnte nämlich gleichwohl nicht autonom über die Verwendung seines Werkes bestimmen, obwohl er das Recht dazu hätte, § 12 UrhG. Auch wenn diese Lösung für den Betreiber einfach und vorteilhaft wäre und durch die erklärte Bereitschaft, die Daten jederzeit von der Plattform zu nehmen, die Gefahr von Rechtsstreitigkeiten minimieren dürfte, bleibt der Vertrag für den Nutzer nicht ausschließlich rechtlich vorteilhaft.

(2) Löschungen nach Vertragsbeendigung

An diese Vertragsgestaltung anlehnend könnten daher etwaige “Eingriffe” in Rechte des Nutzers noch weiter auf das Notwendigste reduziert werden. Inhalte könnten automatisch mit Löschung des Accounts aus der Datenbank entfernt werden. So sieht es auch der am 11. März 2009 von mehreren Providern⁷¹⁸ unterzeichnete “Verhaltenskodex für Betreiber von Social Communities bei der FSM” vor.⁷¹⁹ Die Rechte des Urhebers wären gegenüber dem Provider im größtmöglichen Umfang geschützt. Allerdings entstünde dabei vor allem für Betreiber von forenbasierten Rollenspielen der unerwünschte Effekt, dass der Inhalt des Angebotes womöglich auseinander gerissen und sinnlos würde. Außerdem stellt sich die Frage, ob der Betreiber Werke eines Nutzers einfach löschen darf. Gegebenenfalls eröffnen sich dann keine urheberrechtlichen, sondern vielmehr rein zivil-⁷²⁰ oder strafrechtliche⁷²¹ Fragen. Dies wird

⁷¹⁸Die Gründungsunterzeichner dieser Vereinbarung sind folgende Unternehmen: VZnet Netzwerke Limited für ihre Social Communities schuelerVZ.de, studiVZ.de und meinVZ.de, Lemonline Media Ltd. für ihre Social Community wer-kennt-wen.de, lokalisten media GmbH für ihre Social Community lokalisten.de. Vergleiche Verhaltenskodex vom 11. März 2009, S. 17, zuletzt am 26.3.2009 unter http://www.fsm.de/inhalt.doc/VK_Social_Networks.pdf.

⁷¹⁹Die FSM ist der Verein für Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia e.V.. In dem Verhaltenskodex heißt es auf S. 7 Ziffer C.I.1: „Fotos, Videos und weitere Dateien, die vom jeweiligen Nutzer auf der Plattform hochgeladen wurden und in Verbindung mit dessen Profil stehen, werden im Falle der Beendigung des Nutzungsverhältnisses gemeinsam mit dem Profil automatisch entfernt.“ Zuletzt abgerufen am 26.3.2009 unter http://www.fsm.de/inhalt.doc/VK_Social_Networks.pdf. Zur FSM als Aufsicht im Jugendmedienschutz siehe auch Held in *Hamburger Kommentar* 77.Abschnitt, Rn. 25-29.

⁷²⁰Insoweit käme ein Anspruch auf Schadenersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 303a Abs. 1 StGB.

⁷²¹Insoweit wäre an § 303a StGB zu denken, wonach u.a. das rechtswidrige Löschen von Daten unter Strafe gestellt ist.

gerade dann virulent, wenn der Urheber sein Werk nirgendwo anders gespeichert hat. In diesem Falle dürfte aber dann kein Problem vorliegen, wenn der Vertrag nicht darauf ausgerichtet ist, eigene Inhalte des Nutzers dauerhaft zu speichern (was nur in Ausnahmefällen zutreffen dürfte). Das sollte der Betreiber in den AGB festlegen.

(3) *Löschung des Urheberbezuges*

Zurzeit findet sich oft folgender Mittelweg: Der Account wird gelöscht, nicht aber der Inhalt, sodass nicht mehr erkennbar ist, wer Urheber dieses bestimmten Werkes ist. Der Nutzer wird "pseudonymisiert".⁷²²

Zum einen spricht gegen eine Pseudonymisierung, dass das auch im Internet geltende⁷²³ Namensnennungsrecht des Autors aus § 13 UrhG zusätzlich verletzt werden würde. Das gilt jedoch nur, wenn er sich nicht ein Pseudonym zugelegt hat, unter welchem er sich seine Werke zurechnen lassen möchte und dieses Pseudonym dem Text zugewiesen bleibt oder wird.⁷²⁴ Außerdem ist die Entfernung eines Bezuges zu einer Person im Ergebnis ein datenschutzrechtlicher Weg der Anonymisierung i.S.v. § 3 Abs. 6 BDSG, da die Beiträge eines Spielers auch personenbezogene Daten sein können. Dieser Zwiespalt zwischen Datenschutz- und Urheberrecht bedarf immer einer Abwägung, welches Recht des Spielers schützenswerter ist. Insoweit kann dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Nutzers – je nach Inhalt des Werkes – im Einzelfall größeres Gewicht als das Urheberrecht zukommen⁷²⁵ und das Löschen des Urheberbezuges durchaus gerechtfertigt sein.

Zum anderen ändert eine Pseudonymisierung – auch wenn sie datenschutzrechtliche zu begrüßen ist – urheberrechtlich weder etwas an der Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Werkes noch an der Urheberschaft des Nutzers. Eine Übertragung von Rechten an den Werken bleibt also auch mit der Nutzung eines Pseudonyms für den minderjährigen Nutzer ein nicht ausschließlich rechtlich vorteilhafter Vertrag.

⁷²²Dies ist so ausdrücklich nur für Kommentare u.ä. im Verhaltenskodex der FSM gestattet, siehe Verhaltenskodex, S. 7, Ziff. C.I.1: „Kommentare, die der jeweilige Nutzer zuvor in einer Diskussionsgruppe oder in einem anderen Bereich der Plattform getätigt hat, sollen nach Möglichkeit pseudonymisiert werden.“ Verhaltenskodex vom 11.3.2009, zuletzt abgerufen am 26.3.2009 unter http://www.fsm.de/inhalt.doc/VK_Social_Networks.pdf. Kernelement der Überlegung ist dabei allerdings das Datenschutz- und nicht das Urheberrecht.

⁷²³H.M. statt vieler *Härting* Rn. 741.

⁷²⁴Eine Verletzung des Namensnennungsrechts liegt vor, wenn Dritte ein Werk zugänglich machen, ohne dass die Urheberbezeichnung erkennbar wird. *Härting* Rn. 743.

⁷²⁵Pauschaler urteilte das LG Köln mit Urteil vom 17.6.2009, Az. 28 O 662/08: „Zum einen steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers, an dem keine Nutzungsrechte übertragen werden können, und nicht lediglich ein Urheberrecht an Bildern in Frage.“

(4) Lösungen

Die rechtlich sicherste Lösung, einen Vertrag mit Minderjährigen jedenfalls in Bezug auf urheberrechtliche Aspekte abzuschließen, ist daher die Folgende: Der Nutzer hat jederzeit die Möglichkeit, seine Inhalte zu löschen. Zusätzlich werden mit Beendigung des Vertragsverhältnisses alle noch gespeicherten Inhalte zum Nutzer gelöscht. So hat ein minderjähriger Spieler keine unmittelbaren Nachteile aus dem Vertrag. Zudem sollte zur Umgehung rechtlicher Probleme von Beginn an klargestellt werden, dass das Angebot nicht dazu dient, wichtige Inhalte zu hinterlegen und dauerhaft zu sichern.

cc) Datenschutzrechtliche Regelungen

Abgesehen von urheberrechtlichen Fragen kann eine Nutzung von Onlinespielen durch Minderjährige auch aus datenschutzrechtlicher Sicht Probleme bereiten.

Soweit ein Betreiber das vollkommen anonyme Spielen ermöglicht und damit dem Gedanken der Datensparsamkeit und -vermeidung gem. § 13 Abs. 6 TMG gerecht wird, stellen sich keine datenschutzrechtlichen Fragen. Das wäre vor allem dann der Fall, wenn keine E-Mail-Adresse gespeichert oder genutzt wird, die IP-Adresse nur für den einzelnen Nutzungsvorgang herangezogen, danach aber sofort gelöscht wird und keine Klarnamen vom Nutzer abgefragt werden. Das ist jedoch sehr selten.

Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten müssen aufgrund des sog. Sitzprinzips⁷²⁶ in Deutschland ansässige Betreiber das TMG und das BDSG beachten, §§ 3 Abs. 1, 3 Nr. 4 TMG, § 1 Abs. 5 BDSG. Für Betreiber mit Sitz innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums gilt das jeweilige nationale Datenschutzrecht, § 1 Abs. 5 Satz 1 BDSG. Bei Betreibern, die ihren Sitz außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums haben, sind aufgrund des sog. Territorialitätsprinzips Regelungen des deutschen Datenschutzrechts jedenfalls dann anzuwenden, wenn die verantwortliche Stelle personenbezogene Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt, § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG. Nach § 3 Abs. 3 BDSG ist das Erheben das Beschaffen von Daten über den Betroffenen. Eindeutig zu bejahen ist dies zum Beispiel, wenn die datenverarbeitenden Server in Deutschland stehen.⁷²⁷ Im Umkehrschluss wird deshalb zum Teil vertreten, dass das BDSG dann keine Anwendung finde, wenn der daten-

⁷²⁶Kramer in *Hamburger Kommentar* 79. Abschnitt, Rn. 46.

⁷²⁷*Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* S. 142.

verarbeitende Server außerhalb des europäischen Wirtschaftsraums belegen ist.⁷²⁸ Richtigerweise muss jedoch technisch ermittelt werden, wo die “Erhebung” der Daten erfolgt.⁷²⁹ In diesem Zusammenhang könnte – mangels Anwendbarkeit der Rom II-VO, Art. 4 Abs. 2g Rom II-VO – eine Parallele zu Art. 40 EGBGB bestehen.⁷³⁰ Danach ist der Handlungsort entscheidend, der beim Uploading im Internet der Ort der Einspeicherung in das Internet ist.⁷³¹ Stellt man auf den Betreiber des Spiels ab, der außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums sitzt, so könnte man die Ansicht vertreten, er handele damit auch außerhalb dessen. Damit wäre das BDSG nicht anwendbar.⁷³² Allerdings handelt nicht der Betreiber, wenn ein Spieler bei der Registrierung oder während des Spiels seine Daten eingibt. Die Daten werden vielmehr beim Spieler und damit an seinem Standort und deshalb in Deutschland erhoben. Das entspricht auch dem Gedanken des europäischen Gesetzgebers, der die Anwendbarkeit der Richtlinie dann vorgesehen hat, wenn auf “automatisierte oder nicht-automatisierte Mittel” im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zurück gegriffen wird.⁷³³

Auch das LG Stuttgart⁷³⁴ hatte so zum Beispiel bei einer Einwilligung zur E-Mail-Werbung von einem Server in den USA die Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts angenommen. Das Gericht bemühte sich allerdings zugleich um weitere Kriterien, um die Anwendbarkeit des BDSG zu begründen: Der Server des Diensteanbieters war über die Top Level Domain .de erreichbar und das Angebot in deutscher Sprache gestaltet. Diese Kriterien führen zwar zum gleichen Ergebnis, dienen jedoch eher dem

⁷²⁸So *Simitis* /Dammann, § 1, Rn. 219.

⁷²⁹So auch Dr. *Weichert* Teil III, Datenschutzbeauftragter des Landes Schleswig-Holstein, zu amerikanischen Internet-Suchmaschinen: „Bei Anbietern von außerhalb der EU gelten die allgemeinen Regelungen. Dies bedeutet: Nutzt ein deutscher Internet-Nutzer eine der großen amerikanischen Suchmaschinen, so ist er nicht auf den Rechtsschutz in den USA angewiesen; vielmehr gilt regelmäßig deutsches Recht, das vor deutschen Gerichten geltend gemacht werden kann.“ Dies bekräftigte das LG Hamburg mit Urteil vom 7.8.2009, Az. 324 O 650/08 in *K&R* 2009, 735-742, indem es Vertragsbedingungen des amerikanischen Suchmaschinenbetreibers Google an den Normen des BDSG maß.

⁷³⁰Zur Anwendbarkeit des Art. 40 EGBGB im Falle von Persönlichkeitsrechtsverletzungen siehe *MüKo Bd. 10 Aufl. 5* /Junker, Art. 4 Rom II-VO, Rn. 43.

⁷³¹So *Füllbier*, CR 2007, 515ff. 516 für Art. 40 EGBGB.

⁷³²*Geis/Geis*, CR 2007, 721ff. 725 für die Plattform Second Life mit Verweis auf *Simitis* /Dammann, § 1, Rn. 223.

⁷³³Art. 4 Abs. 1 Ziffer c) der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 24. Oktober 1995, Amtsblatt Nr. L 281 vom 23/11/1995 S. 0031-0050. *Hoeren IT-Vertragsrecht* Rn. 603 kritisiert, dass nicht klar sei, was ein “Mittel” i.S.d. Richtlinie sei

⁷³⁴LG Stuttgart, Urteil 15.5.2007, Az. 17 O 490/06, MMR 2007, 668, kurz besprochen von *Kaufmann*, DuD 2007, 248ff. 257.

internationalen Privatrecht⁷³⁵ als dem Datenschutzrecht. Das Datenschutzrecht ist nämlich sehr technisch ausgelegt. Daher ist die Sichtweise des Angebotsnutzers nach dem Wortlaut der europäischen Richtlinie, die von “Mitteln” spricht und nicht von Erklärungsempfängern, nicht entscheidend.⁷³⁶ Dass dies im Ergebnis zur Ausweitung der Anwendbarkeit führt, ist wegen der Internationalität der Datenverarbeitung und damit dem auszuweitenden Schutz von personenbezogenen Daten zu begrüßen.

aaa) Datenverwendung ohne Einwilligung

Viele Betreiber fragen mit der Registrierung vom Spieler bestimmte Daten wie zum Beispiel den Namen und die E-Mail-Adresse ab. Diese Speicherung und Nutzung personenbezogener Daten gemäß § 3 Nr. 1 BDSG ist ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung,⁷³⁷ dem “right to be let alone”⁷³⁸ gemäß Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG. Dieser Eingriff kann allerdings gemäß § 12 Abs. 1 TMG aufgrund Gesetzes auch ohne Einwilligung gerechtfertigt sein. Nur wenn weder eine wirksame Einwilligung noch eine Ermächtigungsgrundlage vorliegt, ist die Datenverarbeitung aufgrund der Ausgestaltung als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt⁷³⁹ endgültig rechtswidrig.⁷⁴⁰

Die Berechtigung, Bestandsdaten zu erheben und zu verwenden, ergibt sich bereits aus dem Gesetz, §§ 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 TMG i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG. Darunter sind solche Daten zu fassen, die der Durchführung des Vertrages dienen, wie z.B. der Name, das Geburtsdatum usw.. Gleiches gilt im Wesentlichen für die Erhebung und Verwendung von Nutzungs- bzw. Abrechnungsdaten, die er-

⁷³⁵Siehe bereits ausführlich oben S. 89.

⁷³⁶So aber: *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* S. 124ff. mit kurzer Darstellung der Diskussion und weiteren Nachweisen.

⁷³⁷Nach h.M. ist die Einwilligung genuiner Ausdruck des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung, *Kühling* S. 143. Grundlegend zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung BVerfGE 65, 1, 41 (Volkszählungsurteil).

⁷³⁸*Warren, Samuel D./Brandeis, Louis D.*, The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, 15.12.1980. (URL: http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html) zuletzt abgerufen am 30.3.2009. Ähnlich stellte das BVerfG zum Recht am eigenen Bild im Fall ‘Caroline von Monaco’ fest, dass es ein Recht gebe, “für sich zu sein, sich selber zu gehören”. BVerfG 15.12.1999, 1 BvR 653/96.

⁷³⁹*Hoeren IT-Vertragsrecht* Kapitel 6, V, Rn. 631, *Schwartmann /Keber*, Kapitel 2.16, Rn. 23.

⁷⁴⁰*Kilian/Heussen /Weichert*, 26. EL, 2008, Teil 13, Rn. 43.

folgen dürfen, soweit dies zur Nutzung und Abrechnung des Spiels erforderlich⁷⁴¹ ist, § 15 TMG.⁷⁴² Sind daher gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen anwendbar und deren Voraussetzungen erfüllt, bedarf es keiner Einwilligung.

bbb) Datenverwendung mit Einwilligung

Viele Betreiber von Onlinespielen belassen es jedoch nicht bei den gesetzlichen Grundlagen, sondern verlangen in Datenschutzbestimmungen oder -erklärungen die Abgabe einer Einwilligung i.S.d. § 12 TMG, §§ 4 Abs. 1, 4a BDSG.⁷⁴³ Aufgrund dieser Einwilligung soll der Anbieter personenbezogene Daten des Spielers zu anderen Zwecken als zur Bereitstellung des Spiels, dessen Durchführung oder dem Vertrag speichern und verwenden dürfen. Typisches Beispiel ist die personalisierte Werbung, durch die die Werbung für Werbekunden noch attraktiver wird.⁷⁴⁴ Zudem hat der Betreiber eines Spiels neben der Werbung regelmäßig ein Interesse an der Auswertung von erhobenen Daten – die Nutzung des Spiels soll ausgewertet werden, um zum Beispiel damit das Spiel interessanter gestalten zu können.

⁷⁴¹Inwieweit das einzelne personenbezogene Datum tatsächlich “erforderlich” ist, kommt auf die Ausgestaltung des Vertrages an. Insoweit kann mit § 13 Abs. 6 TMG argumentiert werden, dass eine anonyme oder pseudonyme Nutzung dem Spieler ermöglicht werden müsse. Das ist jedoch eine Frage der Nutzung und Präsenz der Daten im Internet und nicht gegenüber dem Betreiber. Er hat ein berechtigtes Interesse daran, dass er weiß, wer sein Vertragspartner ist. Auch wenn er bei kostenlosen Spielen keine primären Ansprüche gegenüber dem Nutzer hat, besteht doch die Möglichkeit Sekundäransprüche geltend zu machen.

⁷⁴²Die Nutzung von Inhaltsdaten richtet sich bei Telemediendiensten nach dem BDSG, da es an einer Regelung über diese Art von Daten im TMG mangelt. Auch wenn § 12 Abs. 2 TMG vorschreibt, dass sich ein Gesetz ausdrücklich auf Telemedien beziehen muss, so ist das BDSG hier heranzuziehen, da es sonst eine Regelungslücke für solche Daten gäbe, die weder Bestands- noch Nutzungsdatum sind. Dies nimmt auch der BGH an: Urteil vom 23.6.2009, Az. VI ZR 196/08 (spickmich.de) in K&R 2009, 656ff, 567, kommentiert von Jan Roggenkamp.

⁷⁴³Eine Einwilligung ist auch bei freiwilliger Datenerhebung notwendig. h.M. *Hoeren IT-Vertragsrecht* Kapitel 6, V, Rn. 631, LG Stuttgart RDV 1998, 262; a.A. LG Darmstadt RDV 1999, 28.

⁷⁴⁴Personalisierte Werbung – auch als zielgruppenspezifische Werbung oder Targeting bezeichnet – ist nicht per se unzulässig. Der Düsseldorfer Kreis betont im April 2008 insoweit nur: „Die Aufsichtsbehörden empfehlen, dass die Anbieter die Nutzer selbst darüber entscheiden lassen, ob – und wenn ja, welche – Profil- oder Nutzungsdaten zur zielgerichteten Werbung durch den Anbieter genutzt werden.“ *Düsseldorfer Kreis*, Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich am 17./18. April 2008 in Wiesbaden. (URL: http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/487/D__sseldorfer_Kreis_April_2008_Datenschutzkonforme_Gestaltung_sozialer_Netzwerke.pdf?1212737975) S. 1, zuletzt abgerufen am 14.11.2009.

Wenn eine Aufforderung zur Abgabe einer Einwilligung für über das eigentliche Vertragsverhältnis hinausgehenden Zwecke in den Vertragsbedingungen enthalten ist, darf sie, gemessen am Umfang der Einwilligung, nicht überraschend sein.⁷⁴⁵ Die auch in zulässiger Weise elektronisch⁷⁴⁶ erteilte Einwilligung muss gemäß § 13 Abs. 2 TMG, § 4a BDSG bewusst, ohne Zwang⁷⁴⁷ und eindeutig⁷⁴⁸ erteilt werden, wobei dieser Vorgang protokolliert werden muss⁷⁴⁹ und der Inhalt der Einwilligungserklärung vom Nutzer jederzeit abgerufen werden können sollte.⁷⁵⁰ Fraglich ist allerdings, ob auch Minderjährige diese Erklärung abgeben können und sie den Vertrag gemäß § 107 BGB zustimmungsbedürftig macht.

(1) *Notwendige Einsichtsfähigkeit*

Eine Einwilligung ist grundsätzlich eine vorherige Zustimmung⁷⁵¹ in Form einer empfangsbedürftigen, formfreien Willenserklärung,⁷⁵² die die Geschäftsfähigkeit voraussetzt.⁷⁵³ Ob die Einwilligung i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG eine rechtsgeschäftliche Erklärung,⁷⁵⁴ eine geschäftsähnliche⁷⁵⁵ oder aber eine tatsächliche Handlung⁷⁵⁶ ist und demnach auch nach §§ 105ff. BGB zu beurteilen ist, ist umstritten. Herrschende Meinung ist es jedenfalls, dass die Einsichtsfähigkeit der einwilligenden Person vorhanden sein muss.⁷⁵⁷ Insoweit kann eine Parallele zur Deliktsfähigkeit und die hierfür ausreichende Einsichtsfähigkeit gezogen werden. Nach § 828 Abs. 3 BGB kann einem Minderjährigen ein Schaden zugerechnet werden, wenn er nach dem Stand

⁷⁴⁵BGH RDV 2003, 138, RDV 2001, 187, NJW-RR 1988, 302; *Kilian/Heussen /Weichert*, 26. EL 2008, Teil 13, Rn. 50. Unzulässig ist dagegen die klauselmäßige Einwilligung in Telefonwerbung oder SMS-Werbung, BGH NJW 2008, 3055 (Payback), BGH NJW 1999, 1864 zu Telefonwerbung.

⁷⁴⁶*Simitis /Simitis*, § 4a UrhG, Rn. 38., *Kilian/Heussen /Weichert*, 26. EL 2008, Teil 13, Rn. 49.

⁷⁴⁷*Gola/Schomerus* § 4a BDSG, Rn. 1.

⁷⁴⁸Ist die Klausel zu unbestimmt, fehlt ihr die ermächtigende Wirkung. *Hoeren IT-Vertragsrecht* Kapitel 6, V, Rn. 630.

⁷⁴⁹*Artl*, MMR 2007, 683ff. 684.

⁷⁵⁰*Kilian/Heussen /Weichert*, 26. EL 2008, Teil 13, Rn. 49.

⁷⁵¹*Kilian/Heussen /Weichert*, 26. EL 2008, Teil 13, Rn. 44.

⁷⁵²*Erman /Palm*, vor § 182 BGB Rn. 2.

⁷⁵³*MüKo Bd. 1 /Schramm*, vor § 182 BGB Rn. 38.

⁷⁵⁴*Simitis /Simitis*, § 4a UrhG, Rn. 20, 23.; *Kilian/Heussen /Weichert*, 26. EL 2008, Teil 13, Rn. 46.

⁷⁵⁵*Kühling* S. 142, *Däubler et al.*, *Däubler/Klebe /Däubler*, § 4a BDSG, Rn. 5.

⁷⁵⁶*Gola/Schomerus* § 4a BDSG, Rn. 10.

⁷⁵⁷*Gola/Schomerus* § 4a BDSG, Rn. 10, *Simitis /Simitis*, § 4a UrhG, Rn. 20, 23.; *Kühling* S. 142; *Däubler et al.*, *Däubler/Klebe /Däubler*, § 4a BDSG, Rn. 5; *Kilian/Heussen /Weichert*, 26. EL 2008, Teil 13, Rn. 46. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 30.6.2005, Az.6 U 168/04 in MMR 2005, 696.

seiner Entwicklung die geistige Reife besitzt, die ihn in den Stand versetzt, das Unrecht seiner Handlung gegenüber den Mitmenschen und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung selbst einstehen zu müssen.⁷⁵⁸ Die hierfür erforderliche "intellektuelle Einsichtsfähigkeit"⁷⁵⁹ ist auch für die ggf. elektronische⁷⁶⁰ Einwilligung i.S.d. § 4 BDSG zu verlangen, wobei abstrakte Aussagen darüber, in welchem Alter die Einsichtsfähigkeit gegeben ist, von vornherein ausscheiden⁷⁶¹. Maßgeblich kann vielmehr immer nur der jeweilige Verwendungszusammenhang sein.⁷⁶²

(2) Vorliegen der Einsichtsfähigkeit

Bei der Nutzung des Internets ist es bereits für Erwachsene trotz der nach § 4a BDSG und 13 TMG notwendigerweise erteilten Informationen⁷⁶³ schwer zu verstehen, welche personenbezogenen Daten (z.B. IP-Adresse) wie erfasst, gespeichert und verarbeitet werden.⁷⁶⁴ Im einfachsten Fall gibt der Spieler seine E-Mail-Adresse an. Zudem werden durch den Besuch auf der Website automatisch Daten wie der Name der aufgerufenen Seite (URL), das Datum und die Uhrzeit des Aufrufs und die IP-Adresse des abrufenden Computers gespeichert.⁷⁶⁵ Die Angaben zum Computer und der Inhalt der Protokolldateien sind dabei in der Regel personenbezogen. Die Nutzung von personenbezogenen Daten über den Zweck des Onlineangebotes hinaus dürfte in seinem rechtlichen und tatsächlichen Ausmaß – je nach geistiger Reife und Art des personenbezogenen Datums und Umfang der Datenerhebung – in der Regel erst Minderjährigen mit vollendetem 16. Lebensjahr verständlich sein.⁷⁶⁶

⁷⁵⁸Koblenz NJW-RR 04, 1025.

⁷⁵⁹BGH NJW 1970, 1038-1040 [1039].

⁷⁶⁰Arlt, MMR 2007, 683ff. 684.

⁷⁶¹*Simitis* /Simitis, § 4a BDSG, Rn. 24.

⁷⁶²*Simitis* /Simitis, § 4a BDSG, Rn. 24. *Däubler* et al., *Däubler/Klebe* /*Däubler*, § 4a BDSG, Rn. 5 meint in diesem Zusammenhang, dass die gesetzlichen Vertreter dann zustimmen müssten, wenn es um die Preisgabe von Daten gegen Entgelt oder primär um vermögensrechtliche Folgen geht.

⁷⁶³Wegen dieser Informationspflicht spricht man auch von der "informierten Einwilligung". *Kühling* S. 145.

⁷⁶⁴Derzeit bekanntestes Beispiel sind die IP-Adressen. Zum Schutz von IP-Adressen ausführlich *Härtling*, ITRB 2009, 35ff. 35ff..

⁷⁶⁵Ein Beispiel stellt *Meyerdierks*, MMR 2009, 8ff. 8 dar: „Ein Eintrag in einem solchen sog. Serverlog kann folgendermaßen aussehen: 123.45.67.89 - 25/Mar/2008 10:15:32 - http://www.website.de/startseite.“

⁷⁶⁶So im Ergebnis auch *Arlt*, MMR 2007, 683ff. 684.

Bei jüngeren Nutzern muss vermutet werden, dass sie – wie auch Kinder⁷⁶⁷ und wohl auch Jugendliche bis zur Vollendung ihres 14. Lebensjahres⁷⁶⁸ – nicht in der Lage sind, die Auswirkungen einer dann notwendigen Einwilligung zu erfassen. Schwieriger ist es vor allem bei weiteren Datenverarbeitungen. Hierzu zählen insbesondere Web-Cookies. Über den personenbezogenen Einsatz von Cookies muss ein Betreiber den Spieler informieren, da § 13 Abs. 1 2 TMG eine Unterrichtungspflicht über automatisierte Verfahren statuiert, die eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglicht und eine Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten vorbereitet.⁷⁶⁹ Dient der Cookie der Darstellung des Onlineangebotes, ohne dass ein Personenbezug hergestellt werden kann, zum Beispiel weil die Nutzung ansonsten vollkommen anonym ermöglicht wird, muss über den Cookie ausschließlich informiert werden. Eine Einwilligung ist dann nicht notwendig. Wird der Cookie für personenbezogene Werbung genutzt, muss für diesen Zweck eine Einwilligung eingeholt werden.⁷⁷⁰ Auch hier gilt jedoch, dass der Betreiber den Umfang und die datenschutzrechtliche Relevanz der Datenerhebung und -nutzung zum Beispiel durch Anonymisierungen⁷⁷¹ i.S.v. § 3 Nr. 6 BDSG steuern kann. Im Ergebnis kommt es bei der Frage, ob die Einsichtsfähigkeit gegeben ist, immer auf den Umfang und den Zweck der Datenerhebung an.

(3) Notwendige Geschäftsfähigkeit

Wie bereits oben kurz dargestellt, wird die datenschutzrechtliche Einwilligung zum Teil auch als rechtsgeschäftsähnliche Handlung eingeordnet und damit auch an § 107 BGB gemessen. Dies ist jedoch aufgrund der Natur der Einwilligung nach § 4a BDSG unzutreffend.

Die Einwilligungserklärung ist eine Form der Grundrechtsausübung, für die keine Geschäftsfähigkeit, sondern nur die Einsichtsfähigkeit vorliegen muss. Im VI. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für Datenschutz Sachsen-Anhalt heißt es daher zur Einsichtsfähigkeit Minderjähriger zutreffend: „Darüber hinaus ist für die Einwilligung in die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten zu beachten, dass auch das minderjährige Kind Grundrechtsträger ist und damit Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde und Entfaltung seiner Persönlichkeit hat. Eine Einschränkung dieser Grundrechtsausübung durch das Elternrecht ist daher nur

⁷⁶⁷Insoweit eindeutig die Einsichtsfähigkeit ablehnend: OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 30.6.2005, Az. 6 U 168/04 in MMR 2005, 696.

⁷⁶⁸*Artl*, MMR 2007, 683ff. 684.

⁷⁶⁹*Schwartmann /Keber*, Kapitel 2.16, Rn. 28.

⁷⁷⁰Die Relativität des Personenbezugs bzgl. Cookies sieht auch *Kühling* S. 105.

⁷⁷¹Zur absoluten und zur faktischen Anonymisierung siehe *Kühling* S. 104f.

insoweit zulässig, als dies die Hilfs- und Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen erfordert.⁷⁷² Eine Einwilligung des Minderjährigen zu einem tatsächlichen Eingriff in seine Rechtsgüter fällt deshalb nicht unter § 107 BGB.⁷⁷³ Aufgrund dessen kann es bei der Einwilligung immer nur auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen ankommen, nicht aber noch zusätzlich auf die Geschäftsfähigkeit.

ccc) Datenverwendung aufgrund Gesetzes

Selbst wenn man eine Geschäftsfähigkeit für erforderlich hält und die Einwilligung zur Datenverarbeitung damit keine vertragliche Grundlage hat, berührt dies jedoch nicht die Zulässigkeit der Erhebung von Daten aufgrund von Erlaubnisnormen aus dem BDSG oder TMG.

Das Datenschutzrecht dient dazu, gesetzliche Grundlagen für die Einschränkungen der informationellen Selbstbestimmung⁷⁷⁴ nicht aber rechtshemmende Einwendungen zu schaffen. Zudem darf der Dienstanbieter gemäß § 14 Abs. 1 TMG Bestandsdaten auch für die Begründung und damit für den Abschluss⁷⁷⁵ eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Dienstanbieter und dem Nutzer soweit erforderlich erheben. Auch § 12 Abs. 1 TMG spricht ausdrücklich von der Erhebung „zur Bereitstellung von Telemedien“ und nicht von der Bereitstellung *aufgrund* eines wirksamen Vertrages. Die Erhebung von Bestandsdaten ist daher auch auf den vorvertraglichen Bereich i.S.v. § 311 Abs. 2 BGB gerichtet. Für Nutzungsdaten ergibt sich dies erst Recht, da Nutzungsdaten bei Telemedien auch anfallen, wenn gar kein Vertrag zustande kommen soll. Beispiel hierfür sind Internetseiten, die angesehen werden

⁷⁷²Landesdatenschutzbeauftragter Sachsen-Anhalt, VI. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für den Datenschutz Sachsen-Anhalt vom 01.04.2001 - 31.03.2003. (URL: http://www.sachsen-anhalt.de/LPSA/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_LFD/PDF/binary/Wir_ueber_uns/Veroeffentlichungen/Taetigkeitsberichte/TB_6/tb6.pdf) Ziffer 19.1, S. 73f..

⁷⁷³Erman /Palm, § 107 BGB, Rn. 2.

⁷⁷⁴H.M. Simitis /Dammann, § 1 BDSG, Rn. 98 m.w.N..

⁷⁷⁵So ausdrücklich in der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 24. Oktober 1995, Amtsblatt Nr. L 281 vom 23/11/1995 S. 0031-0050, Erwägungsgrund Nr. 30: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur dann rechtmäßig, wenn sie auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht oder notwendig ist im Hinblick auf den Abschluss oder die Erfüllung eines für die betroffene Person bindenden Vertrags, zur Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung, zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse, in Ausübung hoheitlicher Gewalt oder wenn sie im Interesse einer anderen Person erforderlich ist, vorausgesetzt, dass die Interessen oder die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen.“

können und die hierfür die IP-Adresse benötigen.⁷⁷⁶ Die Unwirksamkeit eines Vertrages berührt die Zulässigkeit der Datenverwendung für die gesetzlich definierten Zwecke daher nicht.

In Bezug auf die Verwendung der erhobenen personenbezogenen Daten wirkt sich die Unwirksamkeit eines Vertrages nur hinsichtlich der Bestandsdaten aus. Ist ein Vertrag von Beginn an nichtig, war die Erhebung zur Begründung des Vertragsverhältnisses und zur Bereitstellung des Dienstes gleichwohl zulässig. Nur für die weitere Verwendung der Bestandsdaten mangelt es an einem Vertragsverhältnis, welches § 14 TMG voraussetzt. Für Nutzungsdaten i.S.d. § 15 TMG ist dagegen ein Vertragsverhältnis gar nicht erforderlich, da es hier nur auf die tatsächliche Nutzung des Telemediendienstes ankommt. In Bezug auf Inhaltsdaten bedarf es nur gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG eines Vertrages oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses. Bei den weiteren Rechtsgrundlagen in §§ 28, 29 und 30 BDSG kommt es darauf nicht an.

b) Entgeltliche Angebote und virtuelle Währung

Bei entgeltlichen Angeboten gilt hinsichtlich der urheber- und datenschutzrechtlichen Aspekte dasselbe wie bei kostenlosen Angeboten für Onlinespiele. Ergänzend erlangt der minderjährige Nutzer aber bereits wegen der Verpflichtung zur Zahlung nicht ausschließlich einen rechtlichen Vorteil i.S.d. § 107 BGB. Insoweit könnte er jedoch im Einzelfall seine zu erbringende Leistung mit eigenen Mitteln gemäß § 110 BGB bewirken. Dabei muss beachtet werden, dass dies jedenfalls nicht für zu

⁷⁷⁶Ob eine IP-Adresse ein personenbezogenes Datum i.S.d. § 3 BDSG ist, ist umstritten. Für dynamische IP-Adressen bejahend: AG Mitte CR 2008, 194 bestätigt durch LG Berlin, OLG Zweibrücken MMR 2009, 45-46 [46]. Ablehnend: AG München ITRB 2008, 244, *Meyerdierks*, MMR 2009, 8ff., *Moos*, K&R 2008, 154ff. 157, *Härting*, ITRB 2009, 35ff. 37. Richtigerweise ist die Bestimmbarkeit eines Datums relativ zu sehen, *Simitis* /Dammann, § 3 BDSG, Rn. 33, *Kühling* S. 105, *Härting*, ITRB 2009, 35ff. 36f.. Auch *Schaar*, CR 2006, 619ff. 623 meint, dass es sich nur dann um personenbezogene Daten handelt, wenn aus Sicht des Datenbesitzers eine Person ohne unverhältnismäßigen Aufwand zumindest bestimmbar ist. Für dynamische IP-Adresse dürfte dies regelmäßig zu verneinen sein, was letztlich auch der Gesetzgeber meint: „Mit der Vergabe wechselnder IP-Adressen für die Nutzung des Internets kann beispielsweise dazu beigetragen werden, dass eine zumindest teilweise pseudonyme Nutzung von Telediensten ermöglicht wird.“ BT-Drucks. 14/1191, S. 13.

kündigende Abonnements gilt, die eine wiederkehrende Zahlungspflicht des Nutzers beinhalten und erhebliche Kosten verursachen.⁷⁷⁷

Besonders interessant ist für den Spielbetreiber in diesem Zusammenhang auch der Einsatz virtueller Währung. Dabei kann zum einen reales Geld an den Spielbetreiber übermittelt werden, der dieses dann in dem Spiel in virtuelle Währung umwandelt, mit der der Spieler dann Gegenstände seiner Wahl erwerben kann. Ein Beispiel hierfür, dass auch explizit an minderjährige Spieler gerichtet ist, ist das Browsergame Habbo⁷⁷⁸, in dem Habbo-Taler von den Spielern gegen ein Entgelt erworben werden können. Auch wenn der Betreiber dieses Browsergames in den Nutzungsbedingungen zum Spiel ausdrücklich darauf hinweist, dass bei minderjährigen Spielern die Eltern zustimmen müssen,⁷⁷⁹ hat dies keinen Einfluss auf die rechtliche Einordnung in Bezug auf § 107 und § 108 BGB. Ohne Genehmigung der Eltern oder wenn der Spieler die Bezahlung durch seine eigenen ihm zur Verfügung stehenden Mittel i.S.d. § 110 BGB bewirkt, ist insoweit der Erwerb der virtuellen Währung zivilrechtlich wirksam.

Gleichwohl drängt sich bei den Spielen mit virtueller Währung, die gegen geldwerte Leistungen eingetauscht oder gar in reales Geld umgewandelt werden können, die Frage des Vorliegens eines Glücksspiels auf.⁷⁸⁰ Nach § 3 Abs. 1 des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) ist ein Glücksspiel wie folgt definiert:

Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. Auch Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind Glücksspiele.

⁷⁷⁷Das AG Dieburg hatte in einem Fall im Zusammenhang mit SMS-Abonnements entschieden, dass ein Minderjähriger, der die SIM-Karte inklusive Mobiltelefon von seiner Mutter erhalten hatte, zwar zu SMS oder Telefonaten ermächtigt sei, nicht aber zum Abschluss eines Abonnements, durch das erhebliche Kosten (hier ca. 4.500 EUR) entstehen. AG Dieburg ITRB 2006, 176-177 [176] mit Beratungshinweis von Jochen Dieselhorst. Vergleichbar urteilte zu einem Klingelton-Abonnement das AG Mitte, Urteil vom 28.7.2008, Az. 12 C 52/08, MIR 08/2008, Dok. 243-2008, dass eine Anscheinsvollmacht nicht vorliege, wenn ein Minderjähriger einen Telefonanschluss der Eltern nutze.

⁷⁷⁸<http://www.habbo.de>.

⁷⁷⁹Ziffer 5 Abs. 3 der Nutzungsbedingungen vom 21.10.2008, zuletzt abgerufen am 23.5.2009 unter <http://www.habbo.de/papers/termsAndConditions>: „Sulake weist ausdrücklich darauf hin, dass du sofern du noch nicht volljährig bist, zum Erwerb der Habbo Taler unbedingt im Voraus die Zustimmung deiner Eltern oder desjenigen einholen musst, der für die Habbo Taler bezahlen soll.“

⁷⁸⁰Diese Frage werfen auch kurz *Lober/Weber*, CR 2006, 837ff. 838 auf.

Die drei wesentlichen Voraussetzungen sind damit der Spielcharakter, der Zufall als Entscheidungskriterium sowie ein geldwerter Einsatz.⁷⁸¹

Für die meisten Onlinespiele und Browsergames bedeutet dies, dass ein Glücksspiel zu verneinen ist, da bereits kein Einsatz für den Erwerb einer Gewinnchance geleistet wird, sondern nur allgemein für das Recht zur Nutzung der Software ein Entgelt entrichtet wird.⁷⁸² Auch wenn eine einmalige Geldleistung des Spielers so im Spiel umgewandelt werden kann, dass sie dort mehrere Funktionen hat, liegt noch kein Glücksspiel vor. Diese bezahlte Leistung ist nicht anders als ein Guthaben auf einer Mobilfunkkarte zu bewerten, das sowohl für Telefonie als auch für SMS oder MMS genutzt werden kann. Darüber hinaus sind typische Browser- und Onlinegames eher Geschicklichkeits- oder Strategiespiele, die gerade nicht überwiegend vom Zufall abhängen. Bei ihnen kommt es vielmehr überwiegend darauf an, die Funktion eines Programms zu kennen und besser zu beherrschen, als die Gegenspieler bzw. der Computer.

Eine andere Bewertung ist nur in solchen Fällen angebracht, in denen typische Casinospiele wie Roulette, Black Jack oder "einarmige Banditen"⁷⁸³ in die Umgebung des Internets verlagert werden und zudem aus dem einmaligen Einsatz ein Gewinn in dem Sinne entstehen kann, sodass dieser dann wieder in reale Währung getauscht werden kann.⁷⁸⁴ Derartige Aktivitäten schließen einige Betreiber sogar ausdrücklich in ihren Nutzungsbedingungen aus.⁷⁸⁵ Dazu zählt auch der Betreiber der Plattform Second Life⁷⁸⁶ (Linden Lab Inc.),⁷⁸⁷ nachdem das FBI Untersuchungen aufnahm, ob illegales Glücksspiel auf der Plattform betrieben werde.⁷⁸⁸ Auch das VG München

⁷⁸¹Schöttle, K&R 2008, 155ff. 156, der auch die Unterschiede zwischen Gewinn- und Glücksspiel gut darstellt.

⁷⁸²Siehe bereits oben zum Vertragstyp "Spiel", S. 13.

⁷⁸³Schöttle, K&R 2008, 155ff. 156.

⁷⁸⁴Zu Angeboten im Internet, bei denen virtuelles Geld umgetauscht werden kann, siehe oben S. 10.

⁷⁸⁵So zum Beispiel in Ziffer 9.4.5 der AGB des Onlinespielbetreibers Bigpoint der Fassung vom 27.11.2007, zuletzt abgerufen am 23.5.2009 unter <http://www.bigpoint.com/agb/bigpoint.agb.de.v10.pdf>.

⁷⁸⁶<http://secondlife.com>.

⁷⁸⁷Bericht von Heise "Kein Glücksspiel mehr in Second Life" vom 26.7.2007, zuletzt abgerufen am 14.11.2009 unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Kein-Gluecksspiel-mehr-in-Second-Life-156119.html>.

⁷⁸⁸"Der geplatze Traum vom zweiten Leben", Bericht von Süddeutsche vom 2.4.2007, zuletzt abgerufen am 2.6.2009 unter <http://www.sueddeutsche.de/computer/939/320809/text/>: „Jüngstes Problem sind Untersuchungen des FBI, das gegen illegale Kasinos ausschwärmt. Der Verdacht: Bei Glücksspielen, die auf Second Life in künstlichen Kasinos möglich sind, verstoße Linden Lab gegen geltende Gesetze. Rosedales Leute wollen nun die FBI-Beamten einladen.“

stellte bei einem anderen Spiel, bei dem ein Quiz mit einer Verlosung eines Hauses verbunden wurde, fest, dass ein erlaubnispflichtiges Glücksspiel vorlag.⁷⁸⁹

Da das Betreiben von Glücksspielen nach dem GlüStV gemäß § 4 Abs. 1 GlüStV einem Verbot mit Genehmigungsvorbehalt unterliegt, sollten Betreiber sowohl bei der Gestaltung des Spiels als auch der Nutzungsbedingungen berücksichtigen, dass das Spiel sich nicht zu einem Glücksspiel entwickelt. Vor allem, wenn dann noch minderjährige Spieler beteiligt sind, entsteht gemäß §§ 6 Abs. 2, 28 Abs. 1 Nr. 8 JuSchG ein Bußgeldtatbestand. Aus diesem Grund ist eine Kontrolle des Alters von Spielern sehr wichtig. Hierzu führte das baden-württembergische Innenministerium in seinem fünften Tätigkeitsbericht 2009 aus:

„Die Glücksspielaufsicht hat ihre im Jahr 2008 erteilte Lotteriegenehmigung für die SKL mit der Auflage verbunden, sich bei jedem Spielteilnehmer zu vergewissern, dass dieser mindestens 18 Jahre alt ist. Dies kann in der Weise geschehen, dass man sich vom Spielteilnehmer einen Personalausweis vorlegen lässt. Denkbar sind aber auch andere geeignete Verifikationsverfahren, zu denen ein bestimmtes Verfahren einer Auskunft, das sogenannte Post-Ident-Verfahren, oder auch die Einholung einer Melderegisterauskunft gehören. Im Hinblick auf langjährige SKL-Kunden wurde dabei folgende Ausnahmeregelung getroffen: „Für Spielteilnehmer, die seit mehr als vier Jahren Inhaber von Losen bzw. Losanteilen der SKL sind, braucht beim Versand der Lose ein Volljährigkeitsnachweis nicht erbracht werden.“⁷⁹⁰

c) Folgen vorgetäuschter Volljährigkeit

Gibt ein minderjähriger Spieler wider besseren Wissens an, er sei volljährig, so bleibt der Vertrag schwebend unwirksam, da der Erklärungsempfänger nicht auf die Geschäftsfähigkeit vertrauen darf.⁷⁹¹ Einen Schutz des gutgläubigen Vertragsgegners des nicht voll Geschäftsfähigen gibt es nämlich nicht.⁷⁹² Soweit ein beschränkt Geschäftsfähiger den Vertrag in positiver Kenntnis einer Altersbeschränkung abge-

⁷⁸⁹VG München, Beschluss vom 9.2.2009, Az. M 22 S 09.300, in K&R 2009, 597-599 [597]: „Bei dem vom Antragsteller auf der Webseite www.de angebotenen Spiel in seiner konkreten Ausgestaltung als Kombination aus Quizteil und anschließender Verlosung handelt es sich um ein Glücksspiel im Sinne des GlüStV.“

⁷⁹⁰Innenministerium Baden-Württemberg, Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich Fünfter Tätigkeitsbericht des Innenministeriums nach § 39 des Landesdatenschutzgesetzes 2009. (URL: http://www.im.baden-wuerttemberg.de/fm7/2028/Fuenfter_Taetigkeitsbericht_2009_Datenschutz.pdf) Ziffer 6.3.3, S. 77 zuletzt abgerufen am 14.11.2009.

⁷⁹¹Härtling Rn. 260, der den absoluten Vorrang des Minderjährigenschutzes problematisch findet.

⁷⁹²H.M. MüKo Bd. 1 /Schmitt, vor § 104 BGB Rn. 7; Palandt /Ellenberger, Einf. vor § 104 BGB, Rn. 3.

geschlossen hat, er mithin seine Volljährigkeit vorgetäuscht hat, muss er sich diese Kenntnis allerdings unter entsprechender Anwendung von §§ 827, 828 BGB gemäß § 819 Abs. 1 BGB entgegen halten lassen.⁷⁹³

d) Erlangung der Volljährigkeit

An der Problematik der schwebend unwirksamen Verträge mit beschränkt Geschäftsfähigen ändert schließlich auch der Eintritt der Geschäftsfähigkeit wenig, da dadurch der Vertrag nicht ipso jure wirksam wird.⁷⁹⁴ Allerdings könnte der nun Volljährige durch eine weitere Inanspruchnahme des Angebotes den Vertrag gemäß § 108 Abs. 3 und 2 BGB konkludent⁷⁹⁵ genehmigen.⁷⁹⁶ Hierfür sollte er jedoch die Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrages kennen oder zumindest damit rechnen.⁷⁹⁷ Auch wenn ein Nutzer bei einer ausdrücklichen Altersangabe und Hinweis auf eine notwendige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für das Angebot die Genehmigungsbedürftigkeit kennen müsste, ist es zu empfehlen, den volljährig gewordenen Nutzer ausdrücklich und zu Beweis Zwecken dokumentiert⁷⁹⁸ aufzufordern, den Vertrag zu genehmigen. Tatsächlich könnte dies so gelöst werden, dass der Nutzer bei seiner Registrierung sein wahres Geburtsdatum angeben muss.⁷⁹⁹ Sobald das 18. Lebensjahr vollendet ist, wird er bei der nächsten Anmeldung automatisch darauf hingewiesen, den Vertrag binnen zwei Wochen für die Vergangenheit zu bestätigen. Tut er dies

⁷⁹³Str., h.M. *MüKo Bd. 1* /Schmitt, § 108 BGB, Rn. 40; *Palandt* /Sprau, § 819 BGB, Rn. 4 sieht dies nur bei der Eingriffskondition so. Bei der Leistungskondition komme es dagegen auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters an.

⁷⁹⁴*Erman* /Palm, § 108 BGB Rn. 8, *MüKo Bd. 1* /Schmitt, § 108 BGB, Rn. 31, *Staudinger* /Knothe, § 108 BGB, Rn. 19, *Palandt* /Ellenberger, § 108 BGB, Rn. 4.

⁷⁹⁵*MüKo Bd. 1* /Schmitt, § 108 BGB, Rn. 32, *Staudinger* /Knothe, § 108 BGB, Rn. 20; *Palandt* /Heinrichs, § 182 BGB Rn. 3.

⁷⁹⁶Selbst wenn der Vertrag zum Beispiel aufgrund ausdrücklicher Verweigerung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nichtig sein sollte, kann der nunmehr Volljährige durch Inanspruchnahme der Leistung des Providers diesen Vertrag gemäß § 141 BGB bestätigen. Insoweit kann eine Genehmigung auch als "Neuvornahme" i.S.d. § 141 BGB gesehen werden, vgl. *Staudinger* /Knothe, § 108 BGB, Rn. 19.

⁷⁹⁷BGHZ 2, 150-159 [153]; 28, 78-84 [84]; 53, 174-181 [178]; 47, 341-352 [351f.]; *Staudinger* /Knothe, § 108 BGB, Rn. 20.

⁷⁹⁸Die Dokumentation ist erforderlich, da sich in der Regel der Betreiber auf die Wirksamkeit des Vertrages berufen wird und daher für die Wirksamkeit des Vertrages die Beweislast trägt, vgl. *Staudinger* /Knothe, § 108 BGB Rn 23, *MüKo Bd. 1* /Schmitt, § 108 BGB, Rn. 47.

⁷⁹⁹Das wäre dann ein Bestandsdatum i.S.v. § 14 TMG.

nicht, wird der Vertrag *ex tunc*⁸⁰⁰ unwirksam⁸⁰¹ und der Nutzer müsste sich als Volljähriger neu registrieren. Dieser Vorgang lässt sich am einfachsten und praktikabelsten automatisch in der Datenbank mit Datum der Genehmigung vermerken. Auch wenn der Nutzer ein falsches Geburtsdatum bei der Registrierung angegeben haben könnte,⁸⁰² wäre insoweit jedenfalls ein Versuch unternommen, einige Verträge der Wirksamkeit zuzuführen und damit die Ungewissheit über das endgültige Schicksal⁸⁰³ einiger Verträge zu beenden.

e) Problem der Altersverifikation

„Um den Datenschutz jüngerer Internet-Nutzer zu sichern, erlauben wir es Kindern unter 18 Jahren nicht, unsere Leistungen ohne die Einwilligung ihrer Eltern in Anspruch zu nehmen.“⁸⁰⁴ Diese rechtlich zulässigen⁸⁰⁵ Aussagen belegen, dass den Betreibern die rechtlichen Folgen einer Beteiligung von Minderjährigen jedenfalls zum Teil durchaus bekannt sind. Die Bemühungen, Minderjährige von einer Teilnahme auszuschließen,⁸⁰⁶ ist allerdings häufig weder betriebswirtschaftlich gewünscht, noch tatsächlich erfolgreich.

⁸⁰⁰Es gilt der Grundsatz, dass nichtige und angefochtene Rechtsgeschäfte als von Anfang an unwirksam anzusehen sind. *Palandt* /Ellenberger, Überbl. vor § 104 BGB, Rn. 36.

⁸⁰¹Eine spätere Berufung des Volljährigen auf die Unwirksamkeit des Vertrages könnte dann missbräuchlich sein, vgl. LG Regensburg VersR 2004, 722, 723, BGH FamRZ 1961, 216f; *Palandt* /Ellenberger, § 108 BGB Rn. 4 m.w.N.; einschränkend: LG Frankfurt a.M. NJW 1999, 3566.

⁸⁰²Zu den rechtlichen Folgen einer vorgetäuschten Volljährigkeit siehe unten, Seite 140.

⁸⁰³*MüKo Bd. 1* /Schmitt, § 108 BGB, Rn. 2.

⁸⁰⁴Ziffer 4 der Datenschutzbestimmungen des clientbasierten Onlinespiels „Guild Wars“ (ohne Datumsangabe der Bestimmungen), zuletzt abgerufen am 27.2.2009 unter http://de.guildwars.com/support/article/guild_wars_privacy_policy/.

⁸⁰⁵Derartige Regelungen in den Vertragsbedingungen führen insbesondere nicht zu einer Umkehr der Beweislast. „Im Rechtsverkehr ist das Bestehen der uneingeschränkten Geschäftsfähigkeit als der Regelfall anzusehen, sodass deren Fehlen nach § 104 BGB oder deren Beschränkung nach § 106 BGB stets derjenige zu beweisen hat, der sich zu seinen Gunsten darauf beruft.“ Brandenburgisches OLG, Urteil vom 11.1.2006, Az. 7 U 52/05, JurPC Web-Dok. 47/2006, Abs. 1-34, 14 zu der Regelung „Ich... erkläre, dass ich volljährig und unbeschränkt geschäftsfähig bin“.

⁸⁰⁶So zum Beispiel auch: § 1 Abs. 5 Nutzungsbedingung zum Onlinespiel „Travian“: „Spielberechtigt sind alle Personen, die zum Zeitpunkt der Anmeldung zum Spiel das 18. Lebensjahr vollendet haben. Minderjährige sind nur dann spielberechtigt, wenn das Einverständnis des gesetzlichen Vertreters vor der Anmeldung zum Spiel vorliegt. Mit der Anmeldung zum Spiel versichert der Nutzer ausdrücklich seine Volljährigkeit und Geschäftsfähigkeit bzw. – bei Minderjährigen – das Vorliegen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.“ abgerufen am 27.2.2009 unter http://traviangames.com/agb/AGB_Travian_Games_GmbH_03022009.pdf. Inhaltlich gleich auch in Nr. 4.a) der Lizenzvereinbarung zum clientbasierten Onlinespiel „Guild Wars“ vom März 2008, zuletzt abgerufen am 27.2.2009 unter http://de.guildwars.com/support/article/guild_wars_user_agreement/.

aa) Anforderungen an die Altersverifikation nach dem JuSchG

Die Minderjährigkeit eines Onlinespielers lässt sich derzeit nicht 100%ig nachweisen, da sich das Internet durch einen Anonymitätsgrad auszeichnet, der es den Anbietern schwer macht, das wahre Alter der Nutzer zu ermitteln. So hat ein Anbieter, der sich entschließt, Kinder und Jugendliche von der Teilnahme an dem Onlineangebot auszuschließen, abgesehen von der wirtschaftlichen Auswirkung eine Zielgruppe zu verlieren, das tatsächliche Problem, eine entsprechende jugendschützende Intention auch wirksam umzusetzen.

Soweit ein Client offline erworben wird, ist die Kontrolle noch bedingt möglich.⁸⁰⁷ Eine bei Onlineanmeldungen verlangte Angabe des Geburtsdatums kann dagegen ebenso falsch sein, wie andere Angaben, die dazu dienen könnten, auf das Alter zu schließen. Auch sog. "Persocheck-Systeme"⁸⁰⁸ sind zu leicht zu umgehen und daher zur Altersverifizierung ungeeignet.⁸⁰⁹ Dies stellte auch der BGH jüngst klar: „Ein Altersverifikationssystem, das den Zugang zu pornographischen Angeboten im Internet nach Eingabe einer Ausweisnummer sowie der Postleitzahl des Ausstellungsortes ermöglicht, stellt keine effektive Barriere für den Zugang Minderjähriger zu diesen Angeboten dar und genügt nicht den Anforderungen des § 4 Abs. 2 JMStV. Nichts anderes gilt, wenn zusätzlich die Eingabe einer Adresse sowie einer Kreditkartennummer oder Bankverbindung und eine Zahlung eines geringfügigen Betrages verlangt wird.“⁸¹⁰

⁸⁰⁷Insoweit könnte jedenfalls eine Altersangabe auf der Verpackung wie die USK-Freigabe (<http://www.usk.de/>) hilfreich sein. Auf europäischer Ebene gibt es statt der USK u.a. PEGI Online, die neben Spielen auf Datenträgern auch Onlineangebote durch Symbole bewerten. <http://www.pegionline.eu/>.

⁸⁰⁸Darunter sind Verifikationssysteme basierend auf einer Abfrage der Personalausweisnummer zu verstehen, die alleine oder mit weiteren Abfragen (z.B. Postleitzahl, Kreditkartennummer o.ä.) zur Altersverifikation verwendet werden.

⁸⁰⁹H.M. *Döring/Günter*, MMR 2004, 231ff. 33-34, die durch diverse Beispiele die Täuschung über einen Personalausweis mit Hilfe von Programmen veranschaulichen. *Lober*, K&R 2005, 65ff. 70; a.A. *Berger*, MMR 2003, 773ff. 777. Generell zum Jugendschutz bei Onlinegames *Backu/Karger*, ITRB 2007, 13ff. 14, 15.

⁸¹⁰BGH Urteil vom 18.10.2007, Az. I ZR 102/05 (ueber18.de), Anmerkungen dazu von Silke Martens in ITRB 2007, 269. Ebenso OLG Hamburg MMR 2006, 238.

Bei clientbasierten Onlinespielen und Browsergames geht es nicht um jugendgefährdende Angebote,⁸¹¹ die eine Altersverifizierung für geschlossene Benutzergruppen von Gesetzes wegen gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 JMStV erforderlich machen.⁸¹² Bei dem hier in Frage stehenden Problem, wie es technisch möglich ist, aufgrund der Minderjährigkeit der Spieler schwebend unwirksame Verträge zu vermeiden, dürfte diese Rechtsprechung allerdings entsprechend heranzuziehen sein.

bb) Einbindung eines Altersverifikationssystems

Sicher kann ein Betreiber daher nur sein, wenn er sich eines Verfahrens bedient, dass nahezu fälschungssicher ist.

aaa) Post-Ident-Verfahren

Die organisatorisch an die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) angeschlossene Internetseite <http://www.jugendschutz.net> empfiehlt deshalb: „Die Volljährigkeitsprüfung über persönlichen Kontakt dient der sicheren und persönlichen Identifikation von natürlichen Personen inklusive Überprüfung ihres Alters. Dabei ist unter „persönlichem Kontakt“ verpflichtend ein Vergleich mit amtlichen Ausweisdaten und die Erfassung dieser Daten in einer Datenbank zu verstehen. Neben der Identifizierung durch Post-Bedienstete (Post-Ident-Verfahren) kommen auch andere Varianten einer verlässlichen Volljährigkeitsprüfung in Betracht (z.B. an geeigneten Point-of-Sales).“⁸¹³

Nähme man diese Möglichkeit der Nutzung des Post-Ident-Verfahrens als Online-spielprovider ernst, dann wären die Nutzer nicht mehr anonym, wie es für das Internet und virtuelle Welten typisch ist. Der Anmeldevorgang wäre dann nicht mehr einfach über ein paar Mausclicks zu erreichen, sondern nur durch persönlichen Kontakt mit einem Postbediensteten und Leistung einer Unterschrift.⁸¹⁴ Onlinespiele

⁸¹¹ Anders kann dies sein, wenn auch Ingame-Broadcasting angeboten wird. Siehe dazu und der Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste *Göttlich*, IRIS plus 2007, Heft 10, S. 1ff. 5-8.

⁸¹² Eine Auswahl zu AVS für geschlossene Benutzergruppen zeigt die „Übersicht über positiv bewertete Konzepte für geschlossene Benutzergruppen“ der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM), zuletzt abgerufen am 28.3.2009 unter http://www.kjm-online.de/public/kjm/downloads/AVS-Uebersicht_fuer_kjm-online_Stand_Feb2009.pdf. Zu den Aufgaben und der Struktur der KJM siehe Held in *Hamburger Kommentar* 77. Abschnitt, Rn. 17.

⁸¹³ Abgerufen am 4.3.2009 unter http://www.jugendschutz.net/avs/kjm_eckpunkte/index.HTML.

⁸¹⁴ Der Postbedienstete ist dabei nur ein Bote, BGH Urteil vom. 21.10.2004, Az. II ZR 380/03, JurPC Web-Dok. 3/2005, Abs. 1-27.

ließen sich dann ebenso wenig realisieren wie andere Angebote im Internet, die dem Zweck nach keinen persönlichen Kontakt erforderlich machen würden.⁸¹⁵

bbb) Geldkarte

Der BGH sieht neben einem persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller allerdings auch technische Vorkehrungen in Gestalt von Altersverifikationssystemen als ausreichend an.⁸¹⁶ Daher kommt zur Feststellung des Alters eines Nutzers statt einer "Face-to-Face-Kontrolle"⁸¹⁷ die Nutzung einer kontogebundenen oder -ungebundenen Geldkarte⁸¹⁸ in Betracht.⁸¹⁹ Sie stellt eine effektive Barriere i.S.d. § 4 JMStV⁸²⁰ dar, da sie geeignet ist, regelmäßig den Zugang von Jugendlichen zu verhindern.⁸²¹ Eine entsprechende Karte ist vom Nutzer offline zu erwerben, wobei das Alter des Kartennutzers überprüft und auf der Karte gespeichert wird. Die Karte kann dann im Internet und – offline – an Automaten⁸²² verwendet werden. Im Umkehrschluss muss durch sie auch eine Verifikation zur Absicherung eines insoweit wirksamen Vertrages möglich sein.

⁸¹⁵So auch *Habel*, MMR 2008, 71ff. 76 zur virtuellen Onlinewelt Second Life.

⁸¹⁶BGH CR 2007, 728-735 [731] mit Anmerkungen von Niko Härting.

⁸¹⁷*Lober*, K&R 2005, 65ff. 66.

⁸¹⁸Grundsätzlich sind zwei Arten von Geldkarten erhältlich: Die kontogebundene Geldkarte und die kontoungebundene Geldkarte, auch "weiße Karte" genannt oder auf Englisch "White Card". Vgl. ausführlich: http://www.geldkarte.de/_www/de/pub/geldkarte/privatnutzer/geldkarte_im_einsatz/kartenarten.php, zuletzt abgerufen am 20.3.2009.

⁸¹⁹„Da die Geldkarten ausschließlich von Kreditinstituten an Ihre Kunden emittiert werden und die Prüfung bereits bei der Kontoeröffnung erfolgt, ist beim Einsatz der Geldkarte keine weitere Kontrolle erforderlich. Die Kunden erhalten die Geldkarte mit Jugendschutzmerkmal automatisch mit dem turnusmäßigen Austausch ihrer Chipkarte von ihrem Kreditinstitut. Die Einsatzmöglichkeiten sind u.a. das Bezahlen in Parkhäusern, im Nahverkehr, an Zigarettensautomaten oder am Briefmarkenautomat sowie Altersverifikation und Bezahlen im Internet. Links zur Geldkarte finden Sie in unserem Informationsblatt zum Thema "Geldkarte und Chipkartenleser im Internet".“ http://www.geldkarte.de/_www/de/pub/geldkarte_jugendschutz/jugendschutz/jugendschutz/internet.php, zuletzt abgerufen am 20.3.2009.

⁸²⁰Die Kommission für Jugendmedienschutz der Landesmedienanstalten (KJM) hat den Einsatz der Geldkarte für die Altersprüfung im Internet befürwortet. Siehe http://www.jugendschutz.net/news/200804/news_08-04-15_11-15-36_lh.HTML, zuletzt abgerufen am 20.3.2009.

⁸²¹Zu den Anforderungen an eine effektive Barriere: BGH NJW 1992, 1184, 1988, 274, BVerwG 2002, 2966, VG München MMR 2003, 292.

⁸²²Fahrscheinautomaten, Parkscheinautomaten u.ä.. Bekanntes Beispiel sind hier Zigarettensautomaten, für die eine Altersverifizierung gemäß § 10 Abs. 1 und 2 Nr. 2 JuSchG notwendig ist.

Anbieter dürften trotz der Missbrauchsgefahr Geldkarten im Gegensatz zu einem Verfahren mit persönlichem Kontakt schließlich bevorzugen, da sie für den Kunden bequemer sind.⁸²³ Gleichwohl halten sich Onlinespielanbieter in diesem Zusammenhang noch stark zurück, was im Wesentlichen drei Gründe haben dürfte:

Erstens gibt es dieses Angebot nur in Deutschland, was gerade für europaweit oder international agierende Onlineanbieter die Geldkarte unanwendbar macht. Zweitens ist bei den Nutzern mit einer geringen Akzeptanz aufgrund der noch sehr niedrigen Anzahl an Kartenlesegeräten zu rechnen. Und drittens macht jede zeitliche Verlängerung des Registrierungsvorganges eine Neuregistrierung unwahrscheinlicher. Nutzer eines Onlinespiels wollen sich schnell und unkompliziert und am besten noch anonym anmelden und nutzen. Jede Hürde verschlechtert die Konkurrenzfähigkeit des Anbieters im internationalen Vergleich erheblich.

ccc) Bezahlkarten

Eine weitere Möglichkeit eröffnet schließlich die Form der Bezahlkarte.⁸²⁴ Dabei können offline entgeltlich erwerbbar Karten mit einem einmaligen Code genutzt werden, um kostenpflichtige Leistungen anonym zu bezahlen. Hier besteht jedoch zum einen das Problem, dass die Karten nach dem Erwerb an Minderjährige weiter gereicht werden können. Zum anderen ist ihr Anwendungsbereich auf kostenpflichtige Onlinespiele begrenzt. Anbieter kostenloser Spiele müssen deshalb weiter auf die Altersangaben der Spieler vertrauen. Deshalb ist in der Gesamtschau auch die Bezahlkarte kein geeignetes Altersverifikationssystem.

f) Ergebnis

Zur Zeit steht einem Betreiber keine wirksame Möglichkeit zur Verfügung, ein dem Onlinespiel und Internet entsprechendes Verifikationssystem zu nutzen, um die Wirksamkeit der Verträge mit den Spielern in Bezug auf das Alter zu kontrollieren. Ob zukünftige technische oder rechtliche Innovationen dem Abhilfe schaffen können, bleibt abzuwarten.

⁸²³Lober, K&R 2005, 65ff. 66.

⁸²⁴Einziger Anbieter, soweit ersichtlich, ist die Firma Paysafecard, <http://www.paysafecard.com>.

2. Die Sittenwidrigkeit von Onlinespielen und die Verstöße gegen gesetzliche Verbote

Gerade im Bereich der Onlinespiele scheinen den Phantasien bezüglich der Inhalte der Spiele kaum Grenzen gesetzt. Über bloße Strategiespiele hin zu Angeboten, die Kriege, Kämpfe und das Töten thematisieren oder zumindest beinhalten, gibt es auch solche, die keinem speziellen Genres zuzuweisen sind.⁸²⁵ So ist unter deutschen Jugendlichen das sog. „Pennergame“ sehr bekannt. In diesem spielt der Spieler einen Penner, kann Kakerlaken als Haustier haben und sich sein Geld zum Leben z.B. mit singen oder betteln verdienen.⁸²⁶ Möglichen moralischen Bedenken versuchen die Betreiber des Spiels in ihrer Beschreibung zum Spiel zuvor zu kommen: „Dabei hat Pennergame nicht den Anspruch, ein realitätsgetreues Abbild der Wirklichkeit zu bieten. Aber aufgrund des Themas und dessen witziger und nicht immer politisch korrekter Umsetzung gelingt es, junge Menschen auf das Thema Obdachlosigkeit und die Diskussion um die aktuell immer weiter auseinander gehenden Einkommensschere in Deutschland aufmerksam zu machen und für diese Themen zu sensibilisieren.“⁸²⁷

Eine Erklärung zum Sinn des Spiels und zu möglichen jugendgefährdenden, sittenwidrigen Inhalten fiel dem Betreiber von „Miss Bimbo“⁸²⁸ Anfang 2008 wesentlich schwerer. Der Britische Betreiber warb damit, man solle die beste „Tussi“ erstellen, ggf. seiner Figur Diätpillen geben oder sie einer Brust-OP unterziehen. Die Schlagzeilen waren deutlich: „Online-Spiel für Mädchen, Miss Bimbo und die Brust-OP, Schönheitswahn in neuer Dimension: Hunderttausende Mädchen basteln sich virtuell die perfekte Puppe. Ein Ausflug in „Miss Bimbos“ haarsträubende Welt der Brust-OPs, Diätpillen und Knutschwettbewerbe.“⁸²⁹ Gleichwohl ist das Spiel immer noch online und erfreut sich unter jungen Britinnen großer Beliebtheit.

⁸²⁵Wir ein Spiel unter Umständen als Glücksspiel bewertet, kommt auch eine Nichtigkeit über § 134 BGB i.V.m. § 284 StGB i.V.m. § 4 Abs. 1 GlüStV in Betracht.

⁸²⁶„Ziel des Spiels ist es, seine Spielfigur (Avatar) finanziell weiter zu entwickeln und sie durch Weiterbildungen bis zum Schlossbesitzer zu managen. Neben dem Sammeln von Pfandflaschen und virtuellen Spenden lässt sich u.a. durch das Erlernen eines Musikinstrumentes Geld verdienen, welches dann z.B. in die Verbesserung von Konzentrationsfähigkeit oder in einen gewinnbringenderen Wohnort reinvestiert werden kann.“ Vgl. <http://www.pennergame.de/other/aboutus/> zuletzt abgerufen am 5.4.2009.

⁸²⁷<http://www.pennergame.de/other/aboutus/> zuletzt abgerufen am 5.4.2009.

⁸²⁸Bimbo (engl.) = Tussi.

⁸²⁹Siehe Bericht der Süddeutschen Zeitung vom 27.3.2008, abgerufen am 3.4.2009 unter <http://www.sueddeutsche.de/computer/500/437245/text/>.

Ähnlich fragwürdigen Inhalts ist das Deutsche Browsergame "Nuttenspiel": „Starte Deine Karriere als selbstbewusste Bordsteinschwalbe in einem kleinen Vorort der grossen, aufregenden Stadt "Capital City" und geniesse das wilde Treiben im Rotlichtmilieu. Trainiere Deine Nutte und schlafe Dich hoch bis in die Betten der grossen Bosse.“⁸³⁰

Inwieweit derartige Spielinhalte jugendgefährdend i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 7 bis 10, Abs. 2 JMStV oder sittenwidrig gem. § 138 BGB sind oder sogar gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, bedarf einer genauen Einzelfallbewertung. Eine detaillierte Ausarbeitung all jener Inhalte würde den Rahmen dieser Ausarbeitung aber überdehnen und könnte aufgrund der raschen Entwicklung der Onlineangebote kaum aktuell sein. Gleichwohl muss man sich fragen, ob gerade bei jungen Spielern durch etwaige Spielinhalte eine Sensibilität oder vielmehr eine Abstufung oder gar ein Nachahmungseffekt erzeugt wird. Dies zu bewerten kann und darf allerdings nicht alleine die Aufgabe des Gesetzgebers oder der Gerichte sein, sodass es einer gesamtgesellschaftlichen Erörterung und Einflussnahme bedarf.

⁸³⁰<http://www.nuttenspiel.de>.

§ 4 Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, wie wichtig es ist, auch bei vermeintlichen “Spiele” das Recht nicht zu pauschal anzuwenden.

Browsersgames sind – je nachdem ob das Angebot kostenlos ist oder nicht – zivilrechtlich als leih- bzw. mietvertragsähnliches Schuldverhältnis zu sehen, da der Vertragsgegenstand die Nutzung der Software auf dem Applikationsserver ist. Es besteht eine deutliche Parallele zu ASP-Verträgen. Typischerweise wird zugleich ein urheberrechtlicher Lizenzvertrag in Bezug auf zukünftige Werke des Spielers geschlossen. Soweit weitere Regelungen zwischen Spieler und Betreiber getroffen werden, können diese auch dienst- oder werkvertraglicher Art sein, für die der Nutzungsvertrag mit dem Betreiber als Rahmenvertrag zu beurteilen ist.

Bei clientbasierten Angeboten besteht grundsätzlich die Gemeinsamkeit, dass der Erwerb der Spielsoftwarekopie – je nachdem ob der Erwerb entgeltlich ist oder nicht – als Kauf- bzw. Schenkungsvertrag zu beurteilen ist. Dieser Vertrag wird durch einen urheberrechtlichen Vertrag in Bezug auf die Softwarekopie ergänzt. Auch bei clientbasierten Onlinespielen können weitere Elemente im Vertrag diesen zu einem gemischten Vertrag werden lassen. Im Übrigen ist die vom Betreiber bei Peer-to-Peer-Spielen geschuldete Primärleistung qualitativ anders zu bewerten als die bei der Nutzung eines Thin Clients: Das bei Peer-to-Peer-Spielen vom Betreiber geschuldete Forwarding ist als Dienstleistung zu sehen, wohingegen die Nutzung der Software auf dem Applikationsserver mit einem Thin Client wie bei einem Browsergame entsprechend nach Leih- bzw.- Mietvertragsrecht zu beurteilen ist.

Sowohl Browsersgames als auch Onlinespiele können – je nach Ausgestaltung – Banken- und Glücksspielrecht tangieren. In jedem Fall kommt es bei der Frage, welches Recht für das zivilrechtliche Rechtsverhältnis anwendbar ist, darauf an, ob der Betreiber auch den Client an den Spieler abgegeben hat und welcher Art die Onlineleistung ist. Das anwendbare Recht hat schließlich Auswirkungen darauf, ob und wie der Spielbetreiber seine Spieler auf das ihnen ggf. zustehende Widerrufsrecht hinweisen muss. Sie müssen Kenntnis davon haben, dass das ihnen zustehende Recht erlischt, wenn sie die Verpackung der Softwarekopie entsiegeln oder das Spiel aus eigener Initiative nutzen.

Abgesehen von den üblichen Pflichten eines Unternehmers im elektronischen Rechtsverkehr kann man den Betreibern eines Onlinespiels nicht auf Pflichten eines be-

stimmten gesetzlich geregelten Vertragstyps verweisen. Vielmehr ist ihm mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Gestaltungsinstrument gegeben. Dessen Gestaltungsumfang ist bei Minderjährigen allerdings begrenzt. Urheberrechtliche Zusatzvereinbarungen können bei einem Vertrag mit einem minderjährigen Spieler aufgrund unmittelbar rechtlich nachteiliger Wirkungen ebenso zu Problemen führen wie datenschutzrechtliche Einwilligungen. Einzig ein Altersverifikationssystem, das jedoch zugleich die Zielgruppe eines Onlinespiels außen vor halten würde, ermöglicht einen rechtssicheren Vertragsabschluss. Bei Spielinhalten, die gegen Verbotsgesetze verstoßen, hilft jedoch auch ein solches System nicht.

Literaturverzeichnis

- Allensbach Institut:** Allensbach Computer- und Technik-Analyse (ACTA) 2007.
(URL: http://www.acta-online.de/news/news_07_6.html).
- Alpert, Frank:** Kommerzielle Online-Nutzung von Computerprogrammen. CR, 2000, 345–350.
- Arlt, Christian:** Datenschutzrechtliche Betrachtung von Onlineangeboten zum Erwerb digitaler Inhalte. MMR, 2007, 683–687.
- Backu, Frieder/Karger, Michael:** Online-Games, Ordnungsrechtlicher Rahmen für Online-Computerspiele. ITRB, 2007, 13–18.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert:** Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1297 - 2385 BGB, CISG, EGBGB. Band 3, 24. Auflage. München, 2003 (zitiert: *Bamberger*).
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert:** Bürgerliches Gesetzbuch, §§ 1 - 610 BGB, CISG. Band 1, 2. Auflage. München, 2007 (zitiert: *Bamberger*).
- Berger, Christian:** Jugendschutz im Internet - “Geschlossene Benutzergruppen” nach § 4 Abs. 2 Satz 2 JMStV. MMR, 2003, 773–778.
- Bierekoven, Christiane:** Vor- und Nachteile des UN-Kaufrechts für den Softwareerwerb und -vertrieb. ITRB, 2008, 19–21.
- Borges, Georg:** Weltweite Geschäfte per Internet und deutscher Verbraucherschutz. ZIP, 1999, 565–572.
- Borges, Georg:** Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr - Vertragsabschluss, Beweis, Form, Lokalisierung, anwendbares Recht. München, 2003 (zitiert: *Borges*).
- Bork, Reinhard:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Auflage. Tübingen, 2006 (zitiert: *Bork*).
- Brandi-Dohrn, Anselm/Lejeune, Mathias:** Recht 2.0 - Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt. Köln, 2008 (zitiert: Bearbeiter in *Brandi-Dohrn/Lejeune*).
- Bräutigam, Peter/Leupold, Andreas:** Online-Handeln. München, 2003 (zitiert: *Online-Handel*).

- Bräutigam, Peter/Rücker, Daniel:** Softwareerstellung und § 651 BGB - Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion? CR, 2006, 361–368.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich:** Allgemeines Schuldrecht. 30. Auflage. München, 2004 (zitiert: *Brox Allg. SchR*).
- Büscher, Wolfgang/Dittmer, Stefan/Schiwy, Peter:** Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht. München, 2008 (zitiert: *Büscher* Bearbeiter).
- Cichon, Caroline:** Internetverträge. 2. Auflage. Köln, 2005 (zitiert: *Cichon*).
- Däubler, Wolfgang et al.:** Bundesdatenschutzgesetz, Basiskommentar. 2. Auflage. Frankfurt a.M., 2007 (zitiert: *Däubler/Klebe*).
- Deutscher Bundestag - Enquete Kommission:** Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft - Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft. Bonn, 1998 (zitiert: *Deutscher Bundestag - Enquete Kommission*).
- Dierich, Kay:** Typisierung von Softwareverträgen nach der Schuldrechtsreform. CR, 2002, 743–480.
- Dilger, Petra:** Verbraucherschutz bei Vertragsschluss im Internet. München, 2002 (zitiert: *Dilger*).
- Döring, Martin/Günter, Thomas:** Jugendmedienschutz: Alterskontrollierte geschlossene Benutzergruppen im Internet gem. § 4 Abs. 2 Satz 2 JMStV. MMR, 2004, 231–237.
- Dorn, Dietrich-W./Krämer, Clemens:** E-Commerce, Produkte und Dienstleistungen im Internet – die rechtlichen Grundlagen. Freiburg u.a., 2003 (zitiert: *Dorn/Krämer*).
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot:** Urheberrechtsgesetz. 2. Auflage. München, 2005 (zitiert: *Dreier/Schulze/Bearbeiter*).
- Dreier, Thomas/Vogel, Rupert:** Software- und Computerrecht. Frankfurt am Main, 2008 (zitiert: *Dreier/Vogel*).
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid:** Handkommentar Urheberrecht. 24. Auflage. Heidelberg, 2004 (zitiert: Bearbeiter in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*).
- Duranske, Benjamin Tyson:** Virtual Law - Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds. 2. Auflage. USA, 2008 (zitiert: *Duranske*).

- Düsseldorfer Kreis:** Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich am 17./18. April 2008 in Wiesbaden. \langle URL: http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/487/D__sseldorfer_Kreis_April_2008_Datenschutzkonforme_Gestaltung_sozialer_Netzwerke.pdf?1212737975 \rangle .
- Electronic Arts GmbH, Jung von Matt AG, GEE Magazin (Redaktionswerft GmbH):** Spielplatz Deutschland, Oktober 2008. \langle URL: <http://www.spielplatzdeutschland.de> \rangle .
- Erman, Walther:** Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar. Band 2, 12. Auflage. Köln, 2008 (zitiert: *Erman/Bearbeiter*).
- Ferrarie, Franco et al.:** Internationales Vertragsrecht. München, 2007 (zitiert: *Ferrarie/Bearbeiter*).
- Fikentscher, Wolfgang:** Schuldrecht. 9. Auflage. Berlin u.a., 1997 (zitiert: *Fikentscher SchR*).
- Flehsig, Norbert P.:** Speicherung von Printmedien in betriebseignene Datenbankarchive und die Grenze ihrer betrieblichen Nutzung. ZUM, 1996, 833–846.
- Fritzsche, Jörg:** Rechtsfrage der Herstellung und Überlassung von Software. JuS, 1995, 497–504.
- Fromm, Karl Friedrich/Nordemann, Wilhelm:** Urheberrecht - Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. 9. Auflage. Stuttgart u.a., 1998 (zitiert: *Bearbeiter in Fromm/Nordemann UrhR 9. Auflage*).
- Fromm, Karl Friedrich/Nordemann, Wilhelm:** Urheberrecht - Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. 10. Auflage. Stuttgart u.a., 2008 (zitiert: *Bearbeiter in Fromm/Nordemann UrhR 10. Auflage*).
- Füllbier, Ulrich:** Web 2.0 – Haftungsprivilegierungen bei MySpace und YouTube. CR, 2007, 515–521.
- Geis, Ivo/Geis, Esther:** Rechtsaspekte des virtuellen Lebens - Erste Ansätze des Rechts zur Konfliktlösung in Second Life. CR, 2007, 721–725.
- Gitter, Wolfgang:** Gebrauchsüberlassungsverträge. Tübingen, 1988 (zitiert: *Gitter*).

- Gola, Peter/Schomerus, Rudolf:** Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar. 9. Auflage. München, 2007 (zitiert: *Gola/Schomerus*).
- Goodman, Mike:** Advertising and Games: 2007 In-Game Advertising Forecast - Executive Summary, Yankee Group, 06.07.2007. [URL: http://www.yankeegroup.com/ResearchDocument.do?id=16395](http://www.yankeegroup.com/ResearchDocument.do?id=16395).
- Göttlich, Paul:** Online-Spiele im Spiegel des Urheber- und Medienrechts. IRIS plus, 2007, 1–12.
- Gounalakis, Georgios:** Rechtshandbuch Electronic Business. München, 2003 (zitiert: *Gounalakis*).
- Gruber, Joachim:** Vertragsschluss im Internet unter kollisionsrechtlichen Aspekten. DB, 1999, 1437–1442.
- Habel, Oliver M.:** Eine Welt ist nicht genug - Virtuelle Welten im Rechtsleben. MMR, 2008, 71–77.
- Hamann, Christian/Weidert, Stefan:** E-Commerce und Recht - Ein Leitfaden für die Unternehmen. Berlin, 2002 (zitiert: Bearbeiter in *Hamann/Weidert*).
- Hammerl, Sabine:** Rechtsfragen des Angebotes von Onlinespielen in der Mobilien Telefonie, 2008. [URL: www.rechtsprobleme.at/doks/onlinespiele-hammerl.pdf](http://www.rechtsprobleme.at/doks/onlinespiele-hammerl.pdf).
- Härting, Niko:** Die Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern. CR, 2001, 37–43.
- Härting, Niko:** Internetrecht. 3. Auflage. Köln, 2008 (zitiert: *Härting*).
- Härting, Niko:** Schutz von IP-Adressen – Praxisfolge der BVerfG-Rechtsprechung zu Onlinedurchsuchung und Vorratsdatenspeicherung. ITRB, 2009, 35–39.
- Härting, Niko/Schätzle, Daniel:** Music-Download-Plattformen, Vertragsbeziehungen zum Endkunden. ITRB, 2006, 186–187.
- Herberger, Maximilian et al.:** juris Praxiskommentar BGB, Schuldrecht, Band 2.2. Band 2, 2. Auflage. Saarbrücken, 2004 (zitiert: Bearbeiter in *Herberger PraKo SchR Bd. 2.2*).
- Herberger, Maximilian et al.:** juris Praxiskommentar BGB, Allgemeiner Teil, Band 1. Band 1, 2. Auflage. Saarbrücken, 2005 (zitiert: Bearbeiter in *Herberger PraKo AT Bd. 1*).

- Herberger, Maximilian et al.:** juris Praxiskommentar BGB, Schuldrecht, Band 2.1. Band 1, 3. Auflage. Saarbrücken, 2006 (zitiert: Bearbeiter in *Herberger PraKo AT Bd. 2.1*).
- Hertin, Paul W.:** Urheberrecht. 2. Auflage. München, 2008 (zitiert: *Hertin*).
- Heyms, Sybille/Prieß, Christiane:** Werbung Online - Eine Betrachtung aus rechtlicher Sicht. Berlin, 2002 (zitiert: *Heyms/Prieß*).
- Hilty, Reto M.:** Software - ein Blick in die Zukunft. MMR, 2003, 3–15.
- Hoeren, Thomas:** Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Onlineübertragung von Computerprogrammen. CR, 2006, 573–578.
- Hoeren, Thomas:** IT-Vertragsrecht. Köln, 2007 (zitiert: *Hoeren IT-Vertragsrecht*).
- Hoeren, Thomas:** Das Telemediengesetz. NJW, 2007, 801–806.
- Hoeren, Thomas:** Internet- und Kommunikationsrecht. 2. Auflage. Köln, 2008 (zitiert: *Hoeren IT-Recht*).
- Hoeren, Thomas/Müglich, Andreas/Nielen, Michael:** Online-Auktionen, Einführung in die wichtigsten rechtlichen Aspekte. Berlin, 2002 (zitiert: Bearbeiter in *Hoeren/Müglich/Nielen*).
- Hoeren, Thomas/Schuhmacher, Dirk:** Verwendungsbeschränkung im Softwarevertrag. CR, 2000, 137–146.
- Hoffmann, Bernd von/Thorn, Karsten:** Internationales Privatrecht. 9. Auflage. München, 2007 (zitiert: *von Hoffmann/Thorn*).
- Hübner, Thomas:** Rechtliche Regeln in Onlinespielen. 1. Auflage. Saarbrücken, 2007 (zitiert: *Hübner*).
- Huppertz, Peter:** Handel mit Second Hand - Software. CR, 2006, 145–151.
- Innenministerium Baden-Württemberg:** Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich Fünfter Tätigkeitsbericht des Innenministeriums nach § 39 des Landesdatenschutzgesetzes 2009. (URL: http://www.im.baden-wuerttemberg.de/fm7/2028/Fuenfter-Taetigkeitsbericht_2009_Datenschutz.pdf).
- Jäger, Till/Metzger, Axel:** Open Source Software - Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software. 2. Auflage. München, 2006 (zitiert: *Jäger/Metzger*).

- Junker, Abbo:** Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 2002/2003. NJW, 2004, 3162–3168.
- Jürgens, Uwe:** Von der Provider- zur Provider- und Medienhaftung. CR, 2006, 188–193.
- Kath, Peter/Riechert, Anne:** Internet-Vertragsrecht. Berlin, 2002 (zitiert: *Kath/Riechert*).
- Kaufmann, Noogie C.:** Rechtsprechung zum Datenschutz 2007. DuD, 2007, 248–257.
- Kilian, Wolfgang/Heussen, Benno:** Computerrechts-Handbuch, Computertechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 26. Ergänzungslieferung. München, 2008 (zitiert: *Kilian/Heussen/Bearbeiter*).
- Kipping, David:** Das Recht der .eu-Domains. Berlin, 2008 (zitiert: *Kipping*).
- Klickermann, Paul H.:** Virtuelle Welten ohne Rechtsansprüche? MMR, 2007, 766–769.
- Koch, Frank A.:** Computer-Vertragsrecht. 6. Auflage. Freiburg u.a., 2002 (zitiert: *Koch Vertragsrecht*).
- Koch, Frank A.:** Internet-Recht. 2. Auflage. München, 2005 (zitiert: *Koch IT-Recht*).
- Koch, Pamela:** Die rechtliche Bewertung virtueller Gegenstände auf Online-Plattformen. JurPC Web-Dok., 57/2006, Abs. 1–50.
- König, Michael:** Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i.S. des § 90 BGB. NJW, 1989, 2604–2605.
- Krasemann, Henry:** Onlinespielrecht - Spielwiese für Juristen. MMR, 2006, 351–357.
- Krasemann, Henry:** Von wegen Recht des Stärkeren - Recht in Onlinespielen. Gamestar, 2006, 48–51.
- Krasemann, Henry:** Identität in Onlinespielen, Wer spielt wem etwas vor? DuD, 2008, 194–196.
- Kreutzer, Till:** Computerspiele im System des deutschen Urheberrechts. CR, 2007, 1–7.
- Kröger, Detlef/Gimmy, Marc A.:** Handbuch zum Internetrecht. 2. Auflage. Berlin u.a., 2002 (zitiert: *Kröger/Gimmy/Bearbeiter*).

- Kropholler, Jan:** Internationales Privatrecht. 6. Auflage. Tübingen, 2006 (zitiert: *Kropholler*).
- Kühling, Jürgen:** Datenschutzrecht. Frankfurt a.M., 2008 (zitiert: *Kühling*).
- Lambrecht, Arne:** Der urheberrechtliche Schutz von Bildschirmspielen. Baden-Baden, 2006 (zitiert: *Lambrecht*).
- Landesdatenschutzbeauftragter Sachsen-Anhalt:** VI. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für den Datenschutz Sachsen-Anhalt vom 01.04.2001 - 31.03.2003. (URL: http://www.sachsen-anhalt.de/LPSA/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_LFD/PDF/binary/Wir_ueber_uns/Veroeffentlichungen/Taetigkeitsberichte/TB_6/tb6.pdf).
- Langenbucher, Katja:** Europarechtliche Bezüge des Privatrechts. 2. Auflage. Baden-Baden, 2008 (zitiert: *Langenbucher*).
- Lehmann, Michael/Meents, Jan Geert:** Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht. 1. Auflage. Köln, 2008 (zitiert: Bearbeiter in *FA IT-Recht*).
- Libertus, Michael/Schneider, Axel:** Die Anbieterhaftung bei internetspezifischen Kommunikationsplattformen. CR, 2006, 626–631.
- Lober, Andreas:** Jugendschutz im Internet/Mobile Entertainment. K&R, 2005, 65–71.
- Lober, Andreas:** Virtuelle Welten werden real. 1. Auflage. Hannover, 2007 (zitiert: *Lober*).
- Lober, Andreas/Karg, Tanja:** Unterlassungsansprüche wegen User Generated Content gegen Betreiber virtueller Welten und Online-Spiele. CR, 2007, 647–652.
- Lober, Andreas/Weber, Olaf:** Money for Nothing? Der Handel mit virtuellen Gegenständen und Charakteren. MMR, 2005, 653–660.
- Lober, Dr. Andreas/Weber, Olaf:** Den Schöpfer verklagen - Haftet Betreiber virtueller Welten ihren Nutzern für virtuelle Güter. CR, 2006, 837–844.
- Luo, Li:** Verwertungsrechte und Verwertungsschutz im Internet nach deutschem Urheberrecht. München, 2004 (zitiert: *Luo*).
- Mankowski, Peter:** Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht. RabelsZ, 1999, 203–294.

- Mankowski, Peter:** Internet und besondere Aspekte des Internationalen Vertragsrechts (I). CR, 1999, 512–523.
- Mankowski, Peter:** Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag. MDR, 2003, 854–860.
- Manssen, Gerrit:** Telekommunikations- und Multimediarecht. 1. Auflage. Bielefeld, 2001 (zitiert: *Manssen*/Bearbeiter).
- Marly, Jochen P.:** Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen nach § 90 BGB. BB, 1991, 432–436.
- Marly, Jochen P.:** Softwareüberlassungsverträge. 3. Auflage. München, 2000 (zitiert: *Marly*).
- Medicus, Dieter:** Schuldrecht II, Besonderer Teil. 14. Auflage. München, 2007 (zitiert: *Medicus*, SchR II BT).
- Medienpädagogischer Forschungsverband Südwest:** JIM 2008, Jugend, Information, (Multi-)Media. [⟨URL: http://www.mpfs.de/fileadmin/JIM-pdf08/JIM-Studie_2008.pdf⟩](http://www.mpfs.de/fileadmin/JIM-pdf08/JIM-Studie_2008.pdf).
- Medienpädagogischer Forschungsverband Südwest:** KIM-Studie 2008, Kinder + Medien, Computer + Internet. [⟨URL: http://www.mpfs.de/fileadmin/KIM-pdf08/KIM08.pdf⟩](http://www.mpfs.de/fileadmin/KIM-pdf08/KIM08.pdf).
- Meents, Jan Geerts:** Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet. CR, 2000, 610–614.
- Merx, Oliver/Tandler, Ernst/Hahn, Heinfried:** Multimedia-Recht für die Praxis. Berlin u.a., 2001 (zitiert: Bearbeiter in *Merx/Tandler/Hahn*).
- Metzger, Axel:** Frei ab 18, 2000. [⟨URL: http://www.ifross.de/ifross_html/art7.html⟩](http://www.ifross.de/ifross_html/art7.html).
- Meyerdierks, Per:** Sind IP-Adressen personenbezogene Daten? MMR, 2009, 8–13.
- Moos, Flemming:** Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2008. K&R, 2009, 154–161.
- Moritz, Hand-Werner/Dreier, Thomas:** Rechtshandbuch zum E-Commerce. 2. Auflage. Köln, 2005 (zitiert: Bearbeiter in *Moritz/Dreier*).
- Moritz, Hans-Werner:** Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehr? CR, 2000, 61–72.

- Müller, Peggy:** Die Beurteilung von Gattungsbezeichnungen als Domainnamen anhand der Vorschriften des Marken- und Wettbewerbsrechts. 1. Auflage. Berlin, 2006 (zitiert: *Müller*).
- Müller-Hengstenberg, Claus D.:** Vertragstypologie der Computersoftwareverträge. CR, 2004, 161–166.
- Müller-Hengstenberg, Claus D./Kirn, Stefan:** Vertragscharakter des Application Service Providing-Vertrags. NJW, 2007, 2370–2373.
- Müller-Lietzkow, Jörg/Bouncken, Ricarda B./Seufert, Wolfgang:** Gegenwart und Zukunft der Computer- und Videospiegelindustrie in Deutschland. Leipzig, 2006 (zitiert: *Müller-Lietzkow*).
- Nolte, Norbert/Hecht, Florian:** Plattformverträge – Hinweise zur Vertragsbeziehung zwischen Betreiber und Provider. ITRB, 2006, 188–193.
- Palandt, Otto:** Beck'scher Kurz-Kommentar Bürgerlichen Gesetzbuch. 68. Auflage. München, 2009 (zitiert: *Palandt/Bearbeiter*).
- Paschke, Marian/Berit, Wolfgang/Meyer, Claus:** Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht. 1. Auflage. Baden-Baden, 2008 (zitiert: *Bearbeiter in Hamburger Kommentar*).
- Pfeiffer, Thomas:** Die Entwicklung des Internationalen Vertrags- und Schuld- und Sachenrechts in den Jahren 1995/1996. NJW, 1997, 1207–1210.
- Poll, Günter/Brauneck, Anja:** Rechtliche Aspekte des Gaming-Markts. GRUR, 2001, 389–396.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd:** BGB Kommentar. 3. Auflage. Köln, 2008 (zitiert: *Prütting/Bearbeiter*).
- Psczolla, Jan-Peter:** Virtuelle Gegenstände als Objekte der Rechtsordnung., 17/2009, Abs. 1–34.
- Psczolla, Jan-Peter:** Onlinespielrecht - Rechtsfragen im Zusammenhang mit Onlinespielen und virtuellen Parallelwelten. Marburg, 2008 (zitiert: *Psczolla*).
- Quandt, Thorsten/Wimmer, Jeffrey/Wolling, Jens:** Die Computerspieler, Studien zu Nutzung von Computergames. Wiesbaden, 2008 (zitiert: *Bearbeiter in Quandt*).
- Rademacher, Nicole Denise:** Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz im Internet. Berlin, 2003 (zitiert: *Rademacher*).

- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürger:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB, Art. 1-46 EGBGB, Internationales Privatrecht. Band 10, 4. Auflage. München, 2006 (zitiert: *MüKo Bd. 10*/Bearbeiter).
- Redeker, Helmut:** Softwareerstellung und § 651 BGB. CR, 2004, 88–91.
- Redeker, Helmut:** IT-Recht. 4. Auflage. München, 2007 (zitiert: *Redeker*, IT-Recht).
- Redeker, Helmut:** Softwarelieferung durch Bereitstellung im Internet. ITRB, 2008, 65–66.
- Rehbinder, Manfred:** Urheberrecht. 15. Auflage. München, 2008 (zitiert: *Rehbinder*).
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter:** Internationales Vertragsrecht. 6. Auflage. Köln, 2004 (zitiert: *Reithmann/Martiny*/Bearbeiter).
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter:** Internationales Vertragsrecht. 7. Auflage. Köln, 2010 (zitiert: Bearbeiter in *Reithmann/Martiny*).
- Rippert, Stephan/Weimer, Katharina:** Rechtsbeziehungen in der virtuellen Welt. ZUM, 2007, 272–281.
- Röhrborn, Jens/Sinhart, Maichael:** Application Service Providing - juristische Einordnung und Vertragsgestaltung. CR, 2001, 69–78.
- Ruff, Andreas:** DomainLaw - Der Rechtsschutz von Domain-Namen im Internet. Berlin, 2002 (zitiert: *Ruff*).
- Säcker, Franz Jürger/Rixecker, Roland:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung und Allgemeiner Teil, §§ 1-240 BGB, ProstG. Band 1, 5. Auflage. München, 2006 (zitiert: *MüKo Bd. 1*/Bearbeiter).
- Säcker, Franz Jürger/Rixecker, Roland:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, §§ 214-432 BGB. Band 2, 5. Auflage. München, 2007 (zitiert: *MüKo Bd. 2*/Bearbeiter).
- Säcker, Franz Jürger/Rixecker, Roland:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht – Besonderer Teil I, §§ 433-610 BGB, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG. Band 3, 5. Auflage. München, 2008 (zitiert: *MüKo Bd. 3*/Bearbeiter).

- Säcker, Franz Jürger/Rixecker, Roland:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IPR, Rom I-VO, Rom II-VO, Art. 1-24 EGBGB. Band 10, 5. Auflage. München, 2010 (zitiert: *MüKo Bd. 10 Aufl. 5/Bearbeiter*).
- Schaar, Oliver:** “In-Game-Advertising” – Zulässigkeit und Grenzen nach Europäischem Gemeinschaftsrecht. CR, 2006, 619–625.
- Schack, Haimo:** Urheber- und Urhebervertragsrecht. 4. Auflage. Tübingen, 2007 (zitiert: *Schack*).
- Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin:** Schuldrecht Allgemeiner Teil. 6. Auflage. Tübingen, 2005 (zitiert: *Schlechtriem*).
- Schmid, Matthias/Seifert, Fedor/Wirth, Thomas:** Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz - Handkommentar. 2. Auflage. Baden-Baden, 2008 (zitiert: Bearbeiter in *UrhG HaKo*).
- Schmidl, Michael:** IT-Recht von A - Z, Accessprovider bis Zwischenspeicher. München, 2008 (zitiert: *Schmidl*).
- Schmidt, Jan/Dreyer, Stephan/Lampert, Claudia:** Spielen im Netz - Zur Systematisierung des Phänomens “Online-Games”, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 19. Hamburg, 2008 (URL: http://www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/42) (zitiert: *Schmidt/Dreyer/Lampert, Spielen im Netz*).
- Schmidt, Michael:** IT-Recht von A - Z, Accessprovider bis Zwischenspeicher. München, 2008 (zitiert: *Schmidt*).
- Schmitt, Hansjörg:** Online-Kaufverträge über “Intangible Goods” und der Anwendungsbereich von Verbrauchergesetzen. CR, 2001, 838–845.
- Schmittmann, Jens M.:** Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2007/2008. K&R, 2008, 500–509.
- Schoengarth, Anita:** Application Service Providing. Köln, 2007 (zitiert: *Schoengarth*).
- Schöttle, Hendrik:** Online-Glücksspiele und der Glücksspiel-Staatsvertrag. K&R, 2008, 155–160.
- Schricker, Gerhard:** Urheberrecht. 2. Auflage. München, 1999 (zitiert: Bearbeiter in *Schricker*).

- Schulze, Gernot:** Urheber- und leistungsschutzrechtliche Fragen virtueller Figuren. ZUM, 1997, 77–86.
- Schwartmann, Rolf:** Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht. Heidelberg, 2008 (zitiert: *Schwartmann/Bearbeiter*).
- Siepmann, Jürgen:** Lizenz- und haftungsrechtliche Fragen bei der kommerziellen Nutzung Freier Software., 163/1999, Abs. 1–289.
- Simitis, Spiros:** Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz. 6. Auflage. Baden-Baden, 2006 (zitiert: *Simitis*).
- Sodtalbers, Axel:** Softwarehaftung im Internet. Frankfurt a.M., 2006 (zitiert: *Sodtalbers*).
- Soergel, Theodor:** Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil 1, §§ 1-103 BGB. Band 1, 13. Auflage. Stuttgart, 2000 (zitiert: *Soergel/Bearbeiter*).
- Soergel, Theodor:** Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrechtliche Nebengesetze 2, CISG. Band 13, 13. Auflage. Stuttgart, 2000 (zitiert: *Soergel/Bearbeiter*).
- Soergel, Theodor:** Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht 6, §§ 535-610 BGB. Band 8, 13. Auflage. Stuttgart, 2007 (zitiert: *Soergel/Bearbeiter*).
- Spindler, Gerald:** Vertragsrecht der Internet-Provider. 2. Auflage. Köln, 2004 (zitiert: *Spindler/Bearbeiter*).
- Spindler, Gerald/Wiebe, Andreas:** Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze. Köln, 2002 (zitiert: *Spindler/Wiebe*).
- Staudingers, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung zu Art. 27 ff EGBGB, Art. 27-33 EGBGB, Anhang zu Art. 33 EGBGB, Anhang zu Art. 34 EGBGB, Art. 35-37 EGBGB. Band 2, 13. Auflage. Berlin, 2002 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Staudingers, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 90-133 BGB, §§ 1-54, 63 BeurkG. Band 1, 13. Auflage. Berlin, 2004 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Staudingers, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249-254 BGB. Band 2, 13. Auflage. Berlin, 2005 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Staudingers, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 311, 311a, 312, 312a-f BGB. Band 2, 13. Auflage. Berlin, 2005 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*).

- Staudingers, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 581-606 BGB. Band 2, 13. Auflage. Berlin, 2005 (zitiert: *Staudinger*/Bearbeiter).
- Staudingers, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 631-651 BGB. Band 2, 13. Auflage. Berlin, 2005 (zitiert: *Staudinger*/Bearbeiter).
- Staudingers, Julius von:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 535-562d BGB, HeizkostenV, BetrKV. Band 2, 13. Auflage. Berlin, 2006 (zitiert: *Staudinger*).
- Stögmüller, Thomas:** Glücksspiele, Lotterien und Sportwetten im Internet. KuR, 2002, 27–33.
- Strömer, Tobias H./Grootz, Andreas:** Internet-Foren: „Betreiber- und Kenntnisverschaffungspflichten“ Wege aus der Haftungsfalle. K&R, 2006, 553–556.
- Stürner, Rolf:** Der lediglich rechtliche Vorteil. AcP, 1973, 402–449.
- Thewalt, Stephan:** Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag. CR, 2002, 1–7.
- Trump, Steffen S./Wedemeyer, Henning:** Zur rechtlichen Problematik des Handels mit Gegenständen aus Onlinecomputerspielen. K&R, 2006, 397–404.
- Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein:** Verkettung digitaler Identitäten, Version 1.0, 2007. (URL: <https://www.datenschutzzentrum.de/projekte/verkettung/2007-uld-tud-verkettung-digitaler-identitaeten-bmbf.pdf>) (zitiert: *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein*).
- Vischer, Frank/Huber, Lucuis/Oser, David:** Internationales Vertragsrecht. 2. Auflage. Bern, 2000 (zitiert: *Vischer/Huber/Oser*).
- Waldenberger, Arthur:** Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluss von Verträgen im Internet. BB, 1996, 2365–2371.
- Waldner, Dipl.-Ing-Uwe Martin:** Zivilrechtliche Probleme der Internet-Nutzung. Hannover, 2001 (zitiert: *Waldner*).
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried:** Praxiskommentar zum Urheberrecht. 3. Auflage. München, 2009 (zitiert: Bearbeiter in *UrhR PraKo*).

- Warren, Samuel D./Brandeis, Louis D.:** The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, 15.12.1980. (URL: http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html).
- Weber-Steinhaus, Ulrich:** Computerprogramme im deutschen Urheberrechtssystem. Klön u.a., 1993 (zitiert: *Weber-Steinhaus*).
- Weichert, Thilo:** Datenschutz bei Suchmaschinen. (URL: <https://www.datenschutzzentrum.de/suchmaschinen/20080206-datenschutz-bei-suchmaschinen.html>).
- Weinknecht, Jürgen/Bellinghausen, Iris:** Multimediarecht. Heidelberg, 1997 (zitiert: *Weinknecht/Bellinghausen*).
- Wemmer, Benedikt/Bodensiek, Kai:** Virtuelle Welt - Geld und Spiele. K&R, 2004, 423–437.
- Wenzel, Karl Egbert/Burkhardt, Emanuel H.:** Urheberrecht für die Praxis. 4. Auflage. Stuttgart, 1999 (zitiert: *Wenzel/Burkhardt*).
- Wieling, Hans Josef:** Sachenrecht - Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen. Band 1, 5. Auflage. Berlin u.a, 2007 (zitiert: *Wieling*).
- Wilmer, Thomas:** Rechtliche Probleme der Online-Auktion. NJW-CoR, 2000, 94–104.

