

BIU – Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware e. V.
Charlottenstr. 62
10117 Berlin
Telefon: 030 2408779-0
Fax: 030 2408779-11
E-Mail: office@biu-online.de
www.biu-online.de

Stellungnahme

**zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen
Parlaments und des Rates über bestimmte
vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler
Inhalte vom 9. Dezember 2015 (2015/0287 (COD))**

20. Januar 2016

Am 9. Dezember 2015 hat die EU-Kommission umfangreiche Entwürfe eines umfassenden Gesetzespaketes zur Realisierung der „Digital Single Market Strategie“ vorgelegt. Wir bedanken uns, für die Gelegenheit zu einem ersten Teil dieses Gesetzespakets im Rahmen der anstehenden Beratungen des Bundesrates Stellung nehmen zu dürfen. Die Pläne der EU-Kommission sind von großer Bedeutung für die gesamte Computer- und Videospielebranche, weshalb der BIU gerne im Detail die Bedeutung der geplanten Änderungen für die Branche erläutert.

Der BIU – Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware e. V. ist der Verband der deutschen Computer- und Videospieleindustrie. Seine 25 Mitglieder sind Entwickler, Publisher und Anbieter von digitalen Spielen und repräsentieren über 85 Prozent des deutschen Marktes. Der BIU ist Träger der gamescom. Darüber hinaus ist der BIU Gesellschafter der USK – Freiwillige Selbstkontrolle Unterhaltungssoftware und der Stiftung Digitale Spielekultur sowie Mitausrichter des Deutschen Computerspielpreises. Als kompetenter Ansprechpartner für Medien sowie politische und gesellschaftliche Institutionen beantwortet der BIU alle Fragen rund um das Thema digitale Spiele.

Der BIU sieht das konkrete Vorhaben der EU, das Vertragsrecht für Verbraucher beim Kauf digitaler Inhalte zu vereinheitlichen, sehr skeptisch. Gerade vor dem Hintergrund der Diskussion um die Einführung eines EU-Kaufrechts hat sich gezeigt, dass sich die nationalen Regelungen wie die des BGB grundsätzlich bewährt haben und es lediglich einer Vereinheitlichung verbraucherschutzrechtlicher Vorschriften bedarf, um einer Fragmentierung des Rechts entgegenzuwirken. Eine weitere Harmonisierung des Gewährleistungsrechts für digitale Inhalte ist jedoch nicht erforderlich.

Die geplante Richtlinie würde sich in dieser Form negativ auf die Finanzierungs- und Erlösmodelle der Computer- und Videospieleindustrie auswirken. Insbesondere im Wettbewerb mit den Unternehmen in den USA und Japan würden deutsche Unternehmen benachteiligt und dadurch Innovationen und Wachstum gehemmt. Die besonderen Belange der Computerspieleindustrie werden in folgenden – nicht abschließenden – Punkten nicht hinreichend berücksichtigt:

1. Definition von „digitale Inhalte“, Art. 2 Abs. 1

Der Richtlinienentwurf sieht in Art. 2 Abs. 1 folgende Definition für den zentralen Begriff der „digitalen Inhalte“ vor:

1. *„a) Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software*
2. *b) Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Daten vom Verbraucher bereitgestellt werden, und*
3. *c) Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen“.*

Hierdurch werden sehr unterschiedliche Vertragstypen unter einen einheitlichen Begriff gefasst. Der Begriff der Dienstleistung ist im europäischen Recht weiter zu verstehen, als nach deutschem Recht. Hierbei handelt es sich demnach um alle entgeltlichen Verträge, die nicht Kaufverträge sind (vgl. auch Art. 2 Abs. 6 Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU). Die „Bereitstellung“ von „digitalen Inhalten“ im Sinne der Richtlinie meint daher im Grunde jeden denkbaren Vertragstyp, unabhängig von dessen Laufzeit oder Entgeltlichkeit. Dennoch sollen hierfür einheitliche Regeln gefunden werden, die im Wesentlichen dem geltenden Mängelgewährleistungsrecht im Kauf- und Werkvertragsrecht entsprechen.

Die Verallgemeinerung von sowohl kaufvertraglichen als insbesondere auch dienst- oder mietvertraglichen Elementen sorgt zudem für Abgrenzungsschwierigkeiten zur Verbraucherrechterichtlinie, die gem. Art. 3 Nr. 7 des Entwurfs gegenüber diesem Vorrang genießen soll. Die Verbraucherrechterichtlinie hat erst kürzlich zu gravierenden Neuerungen geführt, beispielsweise in Bezug auf die Abgrenzung zwischen „digitalen Inhalten“ und Dienstleistungen, die nach der Verbraucherrechterichtlinie noch zu unterscheiden sind. Dies bedeutet vor allem wohl begründete und gerechtfertigte Unterschiede im Bereich des Widerrufsrechts, die im Rahmen des Richtlinienentwurfes für die Mängelgewährleistung bei digitalen Inhalten faktisch aufgehoben würden, im Rahmen des Widerrufsrechts aber noch Berücksichtigung fänden. Dies ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 11 des Entwurfs wo es ausdrücklich heißt:

„Die Richtlinie sollte die Probleme angehen, die bei den verschiedenen Kategorien von digitalen Inhalten und ihrer Bereitstellung auftreten. Der in dieser Richtlinie verwendete Begriff „digitale Inhalte“ sollte weiter gefasst sein als in der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, um den rasanten technologischen Entwicklungen Rechnung zu tragen und sicherstellen, dass dieser Begriff nicht schon bald überholt ist.“

Ferner ist die Definition an einigen Stellen nicht präzise genug. Unklar bleibt, wie der Begriff der „Daten“ zu definieren ist. Zudem wird auch im Rahmen des Richtlinienentwurfs nicht geklärt, ob auch Teile der (exemplarisch oder abschließend?) aufgezählten Daten unter Buchstabe a) unter den Begriff der „digitalen Inhalte“ fallen, zum Beispiel nachträglich zu erwerbende In-Game-Items als separater Teil eines digitalen Spiels.

2. Anwendbarkeit der Richtlinie auch bei anderen Gegenleistungen als Geld

Der Richtlinienentwurf sieht in Art. 3 Abs. 1 vor, dass die Bereitstellung digitaler Inhalte nicht nur gegen Entgelt, sondern auch gegen „eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten“ unter den Anwendungsbereich fallen soll. Angesichts der sehr unterschiedlichen Geschäftsmodelle für Computerspiele kann hier nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Einwilligung in die Datennutzung um die vertragliche Hauptleistungspflicht handelt, die ein synallagmatisches Schuldverhältnis im Sinne eines „ich gebe, damit Du gibst“ begründet. Die Übergänge sind fließend, so dass die Anwendungsfälle des Art. 3 Abs. 1 in der Praxis nicht eindeutig zu bestimmen sein dürften. In vielen Fällen können Nutzer die Datennutzung einschränken oder sogar ausschließen (Privacy by Design), so dass es sich gerade nicht um eine Hauptleistungspflicht handeln kann. Grundsätzlich ist hier auch zu beachten, dass für

synallagmatische Verträge die Grundsätze im Recht der Leistungsstörungen (§§ 320 ff. BGB) nicht durchbrochen werden dürfen. Dazu zählt auch der Grundsatz „Ohne Leistung keine Gegenleistung“. Unterschiedliche Regelungen für digitale und analoge Sachverhalte würden den Verbraucher nachhaltig verunsichern.

Jedoch funktionieren viele Computerspiele ohne die Verarbeitung personenbezogener Daten auch nicht. Zwar sieht die Richtlinie eine Bereichsausnahme für Daten vor, „deren Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrages oder die Erfüllung rechtlicher Anforderungen unbedingt erforderlich sind“, Art. 3 Abs. 4. Allerdings verbleibt unklar, wann Datenverarbeitungen für die Erfüllung des Vertrages „unbedingt erforderlich“ sind – abgesehen von dem in Erwägungsgrund 14 benannten, plakativen Beispiel der Standortdaten für Navigationsanwendungen. Unklar bleibt auch, weshalb auch nicht-personenbezogene Daten umfasst sein sollen.

Zu begrüßen ist zum einen die Bereichsausnahme in Bezug auf automatisch generierte Daten (z. B. durch Cookies), vgl. Erwägungsgrund 14, wobei unklar bleibt, an welcher Stelle sich diese im Rahmen der Richtlinie wiederfinden lässt. Zum anderen ist die Bereichsausnahme aus Art. 3 Abs. 4 S. 2 positiv zu benennen, wonach Daten, die der Anbieter vom Verbraucher verlangt, um sicherzustellen, dass die digitalen Inhalte vertragsgemäß sind oder den rechtlichen Anforderungen entsprechen, vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden sollen. Zu klären bleibt an dieser Stelle jedoch, ob von dieser Bereichsausnahme auch Evaluationsdaten zum Zwecke der Funktionsanalyse eines Spiels erfasst werden sollen, die unter anderem zur Entwicklung verbesserter Spielversionen verwendet werden sollen, denn dies könnte unter die Rückausnahme des letzten Halbsatzes gefasst werden, wonach diese Daten vom Anbieter nicht für kommerzielle Zwecke verwendet werden dürfen. Hier besteht folglich zumindest weiterer Präzisionsbedarf.

Insgesamt erscheint die Regelung des „Bezahlen mit Daten“ auf soziale Netzwerke zugeschnitten, aber auf andere unter den Begriff der digitalen Inhalte fallende Daten, insbesondere auf digitale Spiele, kaum übertragbar zu sein. Die Spieleentwickler investieren in die Entwicklung dieser Spiele und sorgen auch mit nicht unerheblichen finanziellen Mitteln für die Pflege und Wartung. Die Anwendbarkeit der Richtlinie auch auf kostenlose Spiele führt jedoch zu nicht unerheblichen Unwägbarkeiten. So ist insbesondere die Rückabwicklung in den Fällen der Vertragsbeendigung in Art. 13 unverhältnismäßig und nicht praktikabel (hierzu ausführlicher in nachstehender Ziff. 5 a)). Dies ist auch nicht interessengerecht, da ein Spieler bei kostenfreien Spielen in der Regel einfach nicht mehr spielt oder das Spiel löscht. Es müsste daher der Anwendungsbereich in Art. 3 Nr. 4 noch weiter konkretisiert werden und die besonderen Leistungen der Computer- und Videospieleindustrie Berücksichtigung finden. Außerdem sollte klargestellt werden, ob und gegebenenfalls warum Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte gegen Werbung oder indirekt erhobene Daten ausgenommen werden und die kostenfreien Spiele hingegen nicht. Diese Rechtsunsicherheit und die potentiellen Risiken könnten dazu führen, dass Investitionen unterbleiben und manche Spiele gar nicht mehr, oder nur noch gegen Entgelt angeboten werden.

3. Alleinige Verantwortlichkeit des Anbieters, Artt. 7 lit. a), 10

Eine alleinige Verantwortlichkeit des Anbieters gem. Art. 7 lit. a) und 10 sollte angesichts der Arbeitsteilung im Computer- und Videospielebereich zwischen etablierten Vertriebsplattformen, Publishern und Entwicklungsstudios überdacht werden. Zum einen

werden arbeitsteilig als Patch erstellte Spiele in der Regel nicht vom Vertragspartner des Verbrauchers technisch integriert gem. Art. 7 a). Eine Kompatibilitätsverpflichtung eines einzelnen Gewerkes gem. Art. 9 Nr. 2 zu Lasten der anderen ist weder sachverhaltsnah noch rechtlich nachvollziehbar. Die Vertriebswege für Games sind höchst unterschiedlich ausgelegt, das wirtschaftliche Risiko wird in verschiedenen Wertschöpfungsketten intern nach den Erfordernissen verteilt. Diese Offenheit ermöglicht neue Geschäftsmodelle, während eine Festschreibung der Alleinverantwortlichkeit Innovation und Wachstum behindert.

4. Freistellung für Rechte Dritter nicht erforderlich, Art. 8

Auch die neu hinzugekommene Freistellungsverpflichtung in Art. 8 ist nicht erforderlich. Sie könnte zu Missbrauch seitens der Verbraucher führen. In der Praxis haben sie aber schon jetzt hinreichende Gewährleistungs- und Regressansprüche aus ihrem Nutzungsvertrag.

5. Beendigungsfolgen, Art. 13

Gesonderter Würdigung mit Blick auf digitale Spiele bedürfen insbesondere auch die Beendigungsfolgen aus Art. 13.

a) Rückgabe von nutzergenerierten Inhalten, Art. 13 Abs. 2 lit. b), c)

Der Richtlinienentwurf sieht in Art. 13 Abs. 2 lit. b) vor, dass der Anbieter „die Nutzung aller sonstigen Daten, die [er] in Verbindung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte gesammelt hat, einschließlich der vom Verbraucher bereitgestellten Inhalte“ nach Vertragsbeendigung zu unterlassen hat. Dies wird der Interessenlage bei Computer- und Videospiele nicht gerecht. Computer- und Videospiele sind ein konvergentes Medium, die von Verbrauchern bereitgestellten Inhalte stellen häufig einen integralen Bestandteil der virtuellen Welten dar, und zwar häufig nicht nur für den Nutzer, der den jeweiligen Inhalt erstellt hat, sondern auch für die anderen Nutzer, die diese Inhalte ebenfalls nutzen können. Es ist daher auch nicht ersichtlich, warum die Richtlinie lediglich eine Ausnahme vorsieht für „Inhalte, die der Verbraucher gemeinsam mit anderen erzeugt hat, die die Inhalte weiterhin nutzen“, wobei sich an dieser Stelle zudem die Frage stellt, wann digitale Inhalte gemeinsam mit anderen erzeugt wurden. Auch der Begriff „Nutzen“ ist nicht hinreichend präzise. Bei dem die Kreativität der Spieler stärkenden Spiel „Minecraft“ könnte mit „Nutzen“ zum Beispiel sowohl die potenzielle Nutzbarkeit durch ein zur Verfügungstellen gemeint sein, aber auch das bloße Vorhandensein für andere beim „Durchlaufen“ der Welt oder aber auch die Erweiterung durch andere Spieler. Daher sollte es der Privatautonomie des Verbrauchers obliegen, ob von ihm erstellten Inhalte innerhalb eines Videospiele weiter verwendet werden dürfen.

Darüber hinaus legt Art. 13 Abs. 1 lit. c) dem Anbieter die Pflicht auf, dem Verbraucher „technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen der Verbraucher die von ihm bereitgestellten Inhalte und sonstigen Daten wiedererlangen kann, die durch seine Nutzung der digitalen Inhalte hergestellt oder erzeugt worden sind, soweit der Anbieter diese Daten gespeichert hat.“ Dabei soll der Verbraucher zudem berechtigt sein „die Inhalte unentgeltlich, ohne erhebliche Unannehmlichkeiten, innerhalb einer angemessenen Frist und in einem allgemein gebräuchlichen Datenformat wiederzuerlangen.“

Auch aus diesem Passus wird ersichtlich, dass der Richtlinienentwurf auf die Regulierung von sozialen Netzwerken abzielt. Er ist daher für digitale Spiele ungeeignet und wirft mehrere Schwierigkeiten auf:

- Warum?

Klar ist, dass diese Regelung den Lock-in-Effekt insbesondere bei sozialen Netzwerken, aber auch anderen, ähnlich gelagerten Anwendungen im Blick hat. Bei digitalen Spielen ist dieser Effekt jedoch anders als in solchen Fällen technisch vorgegeben. Es würde schlichtweg keinen Sinn ergeben, einzelne Elemente, Spielstände o.ä. in andere Spiele zu importieren. Darüber hinaus gibt es Spiele, deren Spielprinzip oder Erzählmuster gerade darauf baut, dass die Spieler gegenseitig Inhalte er- und bereitstellen. Eine Unterlassung der Nutzung von nutzergenerierten Inhalten würde dazu führen, dass Teile des Spiels gelöscht werden müssten. Dies würde jedoch nicht nur dem Spielprinzip und damit verbunden auch dem Geschäftsmodell solcher Spiele, sondern auch den Nutzerinteressen zuwiderlaufen, denn gerade die verschiedenen nutzergenerierten Inhalte machen diese Spiele für den Spieler erst interessant.

Zudem würde die Extrahierung der nutzergenerierten Inhalte bei Spielen voraussetzen, dass eine Pflicht der Spieleinhaber besteht, fremde Inhalte in das eigene Spiel einzupflegen – für welche sie im Zweifel auch keine Rechte hätten. Im Zusammenhang mit digitalen Spielen ergibt die Rückgewährung von nutzergenerierten Inhalten schlichtweg keinen Sinn.

- Wie?

Die Folgefrage die sich daher stellt ist: Was für technische Mittel sollen dazu führen, dass der Nutzer die bereitgestellten Inhalte und sonstigen Daten wiederlangt? Was ist ein allgemein gebräuchliches Datenformat für Inhalte von digitalen Spielen? Daten aus digitalen Spielen sind üblicherweise nicht austauschbar wie es Nutzerdaten von Sozialen Netzwerken sind, sondern integraler Bestandteil der Spielesoftware und nur im Zusammenhang mit dem jeweiligen Spiel zugänglich und verständlich.

Auch hier bleibt zudem unklar, weswegen der Anbieter verpflichtet sein soll, auch nicht-personenbezogene Daten „herauszugeben“, insbesondere weil diese Daten im Zweifel von höherem Wert für den Anbieter, als für den Verbraucher sind. Diese weder wirtschaftlich noch technisch sinnvollen oder gar unmöglichen Regelungen können zu großer Rechtsunsicherheit führen, so dass Investitionen unterbleiben könnten und dadurch die Innovationen ausbleiben.

b) Gewährleistung der Einstellung weiterer Nutzung durch den Verbraucher, Art. 13 Abs. 2 lit. d), e)

Im Falle der Rückgewährung digitaler Inhalte, die nicht auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt wurden, soll der Verbraucher nach Art. 13 Abs. 2 lit. d) dazu verpflichtet sein, deren Nutzung zu unterlassen und sie zu löschen oder auf andere Weise unlesbar zu machen. Dies ist für den Anbieter schwerlich zu kontrollieren, sofern nicht die Nutzung mit dem digitalen Spiel mit einem Nutzerkonto verknüpft wird. Nicht immer ist dies jedoch gewollt, sinnvoll oder erforderlich (Stichwort Datensparsamkeit). Eine reine Verpflichtung des Nutzers zur Löschung nach Vertragsbeendigung ist jedoch aus Anbietersicht eine leere Worthülse und birgt ein enormes Missbrauchspotenzial. Unter anderem aus diesem Grund sieht die Verbraucherrechterichtlinie (Art. 16 lit. m), umgesetzt durch § 356 Abs. 5 BGB) auch vor, einen Verzicht auf das Widerrufsrecht bei digitalen Inhalten vereinbaren zu können.

Auch die Rücksendung von digitalen Inhalten auf einem dauerhaften Datenträger nach Art. 13 Abs. 2 lit. e) des Richtlinienentwurfs schmälert dieses Risiko nicht, da der Verbraucher insofern zuvor Kopien angefertigt haben, oder den Mehrwert des jeweiligen digitalen Inhalts schon genossen haben kann.

6. Beendigung langfristiger Verträge, Art. 16

Letztlich ist die Regelung zur Beendigung langfristiger Verträge aus Art. 16 des Entwurfs für die digitale Spielebranche von enormer Bedeutung, da gerade hier häufig Abonnement-Systeme über längere Zeiträume vereinbart werden. Art. 16 Abs. 1 sieht jedoch vor, dass der Verbraucher den Vertrag jederzeit nach Ablauf des ersten 12-Monats-Zeitraum beenden kann, und zwar gemäß dessen Abs. 3 sogar dergestalt, dass eine Kündigung nach Ablauf des ersten 12-Monats-Zeitraum zu einer anteilweisen Rückzahlung der bereits gezahlten Gegenleistung führt. Dies bedeutet ein faktisches Aus für längerfristige Abonnement-Systeme, da die Preiskalkulation solcher Systeme gerade auf der längerfristigen Bindung der Nutzer basiert. Hier böte sich beispielsweise eine Ausnahme an, falls es dem Verbraucher zuvor auch möglich war, eine kürzere Laufzeit (zu entsprechend erhöhtem Preis) auszuwählen. In solchen Fällen liegt es im Rahmen der Vertragsautonomie der Parteien, sich entsprechend den eigenen Vorstellungen und Konditionen zu binden. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, weshalb im Rahmen der Bereitstellung digitaler Inhalte etwas anderes gelten sollte, als beispielsweise bei Mobilfunkverträgen, wo nach wie vor eine 24-monatige Laufzeit möglich bleibt.

Eine Beschränkung der Vertragsfreiheit würde auch hier zu einer erheblichen Benachteiligung gegenüber den USA und Japan führen, die ohne solche Regelungen passgenauere Vertragslaufzeiten und damit auch wettbewerbsfähigere Produkte anbieten könnten. Innovationen und Wachstum würden so vor allem außerhalb der Europäischen Union in Wettbewerbsmärkten stattfinden.