

Stellungnahme

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für
Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über
bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und
digitaler Dienstleistungen**

Stand: 30. November 2020

**game – Verband der
deutschen Games-Branche**

Friedrichstraße 165
10117 Berlin

www.game.de

Ansprechpartner

Dr. Christian-Henner Hentsch
Leiter Recht &
Regulierung

T +49 30 2408779-22
henner.hentsch@game.de

Maren Raabe
Leiterin Politische
Kommunikation

T +49 30 2408779-15
maren.raabe@game.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat am 3. November 2020 einen Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen veröffentlicht und bis zum 30. November 2020 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Eine längere Anhörungsfrist wäre wünschenswert und mit Blick auf die Bedeutung der Gesetzesänderung auch angemessen gewesen. Der game – Verband der deutschen Games-Branche begrüßt grundsätzlich die weitgehende 1:1-Umsetzung der Richtlinie und spricht sich für eine weitgehende Beibehaltung der im BGB vorgesehenen Regelungen im weiteren Verfahren aus. Die technischen Regelungen und die systematischen Parallelen zum Gewährleistungsrecht überzeugen und sind teils übersichtlicher und systematisch sauberer formuliert als der Richtlinienentwurf. Lediglich mit Blick auf den Vertragsschluss, die Regelungen zu Daten als Gegenleistung, zur Anwendbarkeit auf Metadaten sowie zum Verhältnis zur DSGVO und zur Updateverpflichtung gibt es Verbesserungsbedarf, den wir im Folgenden gerne darstellen und erläutern.

Wir sind der Verband der deutschen Games-Branche. Unsere Mitglieder sind Entwickler, Publisher und viele weitere Akteure der Games-Branche wie Esport-Veranstalter, Bildungseinrichtungen und Dienstleister. Als Mitveranstalter der gamescom verantworten wir das weltgrößte Event für Computer- und Videospiele. Wir sind zentraler Ansprechpartner für Medien, Politik und Gesellschaft und beantworten Fragen etwa zur Marktentwicklung, Spielkultur und Medienkompetenz und natürlich auch zum Urheberrecht. Unsere Mission ist es, Deutschland zum besten Games-Standort zu machen.

Grundsätzlich begrüßt die Games-Branche die Richtlinie 2019/790 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen und unterstützt eine europaweite Harmonisierung des Vertragsrechts und die Vollendung des digitalen Binnenmarktes. Computerspiele werden als digitale Produkte – als Datenträger oder zum Download, als DLC (downloadbare Erweiterung) oder auch als In-Game-Kauf – international distribuiert und weltweit verkauft. Die EU und insbesondere Deutschland sind wichtige Absatzmärkte mit Millionen von Kundinnen und Kunden. Jede Harmonisierung ist somit eine deutliche Vereinfachung bei der Vertragsgestaltung bzw. bei der Bereitstellung von AGB. Daher kommt es aus Sicht der Games-Branche bei der Umsetzung maßgeblich darauf an, dass diese Richtlinie möglichst einheitlich in der ganzen EU umgesetzt wird, damit in allen Mitgliedstaaten die gleichen rechtlichen Bestimmungen gelten. Dies schafft Rechtssicherheit

bei den Unternehmen und auch Klarheit bei den Verbraucherinnen und Verbrauchern in Europa.

Zu den Regelungen des Referentenentwurfs nehmen wir wie folgt Stellung:

I. Vertragsschluss

Als digitale Produkte gelten nach der Richtlinie sowohl Inhalte wie Computerspiele in Form von Dateien oder auch virtuelle Gegenstände als auch digitale Dienstleistungen. Bei Free-to-Play-Games (F2P) als App oder als Browser-Game entsteht durch die Anmeldung unstrittig regelmäßig ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Produkte, denn es liegen Angebot und Annahme vor. Games werden jedoch auch ohne Anmeldung genutzt, sei es in einer In-Game-Werbung oder auch auf einer Homepage zum „Schnuppern“. Hier handelt es sich regelmäßig um Dienstleistungen, die nicht gegen Zahlung eines Preises bereitgestellt werden. Diese Angebote fallen also nicht in den Anwendungsbereich des § 327 BGB-E. Sofern entsprechend § 327 Abs. 3 BGB-E Nutzerdaten erhoben werden, um beispielsweise über Cookies zu tracken, ob und wie lange diese Angebote genutzt werden, kann es sich grundsätzlich um digitale Produkte handeln. Aus unserer Sicht liegen in diesen Fällen allerdings keine zwei gleichgerichteten Willenserklärungen auf Abschluss eines Vertrages vor, zumindest ist dieser von den Games-Unternehmen in der Regel nicht angestrebt. Somit läge konsequenterweise kein Vertrag vor und die Ansprüche und Rechte aus den §§ 327ff. BGB-E fänden keine Anwendung. In der Gesetzesbegründung geht der Entwurf auf Seite 42 davon aus, dass entgegen den Vorgaben des BGB AT „nach dem objektiven Empfängerhorizont von einem Vertragsschluss auszugehen“ ist. Dies ist aus Sicht der Games-Branche mit Blick auf den fehlenden Rechtsbindungswillen – jedenfalls seitens des Anbieters – strikt abzulehnen. Hier wäre eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung wünschenswert, dass die Regelungen des Abschnitt 3 BGB unberührt bleiben.

II. Daten als Gegenleistung

Die zugrundeliegende Richtlinie lässt es den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielraum, ob die Bereitstellung von personenbezogenen Daten nach § 327 Abs. 3 BGB-E als vertragliche Gegenleistung anzusehen ist oder ob sie lediglich den Anwendungsbereich der entsprechenden Regelungen eröffnet. Bei Computerspielen werden Daten fast immer erhoben, um den Spielerinnen und Spielern das Spielerlebnis im Sinne der Vertragserfüllung zu ermöglichen und auch zu verbessern. Auf der Grundlage von Daten und Metadaten wird beispielsweise analysiert, wann ein Spieler oder eine Spielerin das Spiel abbricht und damit die Herausforderungen im Gameplay zu schwer oder gar zu langweilig sind. Die Nutzerdaten werden also vor allem zur Verbesserung des Spielerlebnisses verwendet. Anders als bei vielen anderen Anbietern digitaler Produkte dienen die Daten also nicht der Monetarisierung, sie werden also in der Regel nicht für Werbung genutzt. Daher sind diese Daten aus Sicht der Games-Branche eben keine Gegenleistung im Sinn des § 327 Abs. 3 BGB-E. Die Datennutzung nach der DSGVO erfolgt entsprechend auch auf der Grundlage der Vertragserfüllung oder

des berechtigten Interesses. Insofern wäre es nur konsequent und auch im Gleichlauf mit der DSGVO, wenn nur dann der Anwendungsbereich der §§ 327ff. BGB-E eröffnet wird, wenn die Daten eine Gegenleistung sind, weil sie für Monetarisierungszwecke genutzt werden.

III. Anwendbarkeit auf Metadaten

In Erwägungsgrund 25 der umzusetzenden Richtlinie wird sogar ausdrücklich darauf abgestellt, dass die Richtlinie nicht in Fällen gelten sollte, in denen der Unternehmer nur Metadaten wie Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder zum Browserverlauf erhebt, es sei denn, der betreffende Sachverhalt gilt als Vertrag nach nationalem Recht.

Entsprechend sollte in § 312 Abs. 1a S. 1 BGB-E klargestellt werden, dass die Vorschriften der Kapitel 1 und 2 dieses Untertitels nur auf solche Verbraucherverträge anzuwenden sind, bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt, **die nicht Metadaten sind**. Soweit es sich um Metadaten ohne Personenbezug handelt, ist nach unserer Lesart der Richtlinie die Anwendbarkeit des Gesetzes grundsätzlich ausgeschlossen.

IV. Verhältnis zur DSGVO

Wir begrüßen ausdrücklich diese Klärung des Verhältnisses der §§ 327ff. BGB-E zur DS-GVO. Eine entsprechende Klarstellung wäre auch in anderen Zusammenhängen wie beispielsweise im Verhältnis zum KUG und zum UWG wünschenswert und eigentlich sogar längst überfällig.

V. Updateverpflichtung

Computerspiele werden kontinuierlich verbessert, um Fehler zu beheben (sogenanntes „Bugfixing“) oder neuen Spielelemente einzuführen. Dazu werden Updates angeboten und teilweise für die Nutzung sogar vorausgesetzt, insbesondere um Mehrspieler-Modi zu ermöglichen. In § 327f BGB-E sind solche Updates nun verpflichtend und auch Voraussetzungen für die Vertragsmäßigkeit. Dies ist für aktuelle Spiele nachvollziehbar und dies wird seitens der Games-Branche auch unterstützt. Allerdings sind die Zyklen für die Auswertung von Games vergleichsweise kurz und oft folgt wie beispielsweise bei Titeln wie FIFA, Call of Duty oder Assassins Creed jährlich ein Nachfolge-Titel, der den vorausgehenden ablöst. Die Auswertung ist also nur für einen bestimmten Zeitraum vorgesehen und entsprechend werden Updates auch nur in einem begrenzten Zeitraum bereitgestellt. Der Referentenentwurf sieht keine zeitlich begrenzte Pflicht zur Bereitstellung von Updates vor, sondern stellt in § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 BGB-E darauf ab, was der Verbraucher vernünftigerweise (siehe Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie) und unter Einbeziehung der in § 327f Absatz 1 Satz 3 Nummer 2 BGB-E ausdrücklich erwähnten Gründe erwarten kann. Aus Sicht der Games-Branche ist diese Formulierung sinnvoll und zu begrüßen, weil die Verbraucherinnen und Verbraucher nach dem Erscheinen des

Nachfolgetitels oder der Einstellung des Vertriebs durch den Publisher vernünftigerweise davon ausgehen müssen, dass ein Update nicht mehr bereitgestellt wird. Auch wenn eine festgelegte Frist Rechtsklarheit suggeriert, ist dies bei genauer Betrachtung nicht interessengerecht, weil dann bei einer zu langen Frist auch nach Ende einer Auswertung ein Update bereitgehalten werden müsste, obwohl dieses von keiner Seite mehr gewünscht ist. Sicherheitshalber wäre aber in der Gesetzesbegründung eine Klarstellung wünschenswert, dass bei Beendigung der Auswertung ein Update vernünftigerweise nicht mehr erwartet werden kann.