MMR
Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
in Kooperation mit: Bitkom · davit im DAV · eco · game · Legal Tech Verband · VAUNET

CHRISTIAN-HENNER HENTSCH / KONSTANTIN EWALD / ROLF SCHWARTMANN (Hrsg.)

Digitaler Verbraucherschutz in Games

Editorial **703** CHRISTIAN-HENNER HENTSCH
Freundliche Übernahme im Verbraucherschutzrecht

Digitale Geschäftsmodelle **705** CHRISTIAN RAUDA
Verbraucherrechtliche „Dauerbrenner" in der Games-Branche

Harmonisierung **709** KONSTANTIN EWALD/LEONIE SCHNEIDER
Update erforderlich – das neue digitale Verbraucherschutzrecht

Kündigungsbutton **713** PHILIPP SÜMMERMANN/KONSTANTIN EWALD
Das Gesetz für faire Verbraucherverträge

Digitale Geschäftsmodelle **719** AXEL VON WALTER
Leitlinien der EU-Kommission zur UGP-Richtlinie und das UWG

Spielbeeinflussung **722** KAI BODENSIEK
Dark Patterns oder Game Design

Osborne Clarke

Kölner Forschungsstelle für Medienrecht
Technology Arts Sciences TH Köln

game Verband der deutschen Games-Branche

Beilage zu MMR
8/2022
Seiten 703–724
25. Jahrgang · 15. August 2022
Verlag C.H.BECK München
1851202208

MMR

Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung

TK · IT-Security · Medien · Robotik · KI · Datenschutz · Games

In Kooperation mit: Bitkom – Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. · davit im DAV – Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im Deutschen Anwaltverein · eco – Verband der Internetwirtschaft e.V. · game – Verband der deutschen Games-Branche e.V. · Legal Tech Verband Deutschland e.V. · VAUNET – Verband Privater Medien

Beilage zu MMR 8/2022

HERAUSGEBER

RAin **Dr. Astrid Auer-Reinsdorff**, FA IT-Recht, Berlin/Lissabon – **Prof. Dr. Nikolaus Forgó**, Professor für Technologie- und Immaterialgüterrecht und Vorstand des Instituts für Innovation und Digitalisierung im Recht, Universität Wien – RAin **Prof. Dr. Sibylle Gierschmann**, LL.M. (Duke University), FA Urheber- und Medienrecht, Hamburg – RA **Prof. Dr. Christian-Henner Hentsch**, M.A., LL.M., Leiter Recht und Regulierung beim game – Verband der deutschen Games-Branche e.V., in Berlin/Professor für Urheber- und Medienrecht an der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht der TH Köln – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznagel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin der Unterabteilung VIB, Nationale und europäische Digitale Agenda, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin – **Prof. Dr. Dennis-Kenji Kipker**, Legal Advisor, Verband der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik (VDE) e.V., Kompetenzzentrum Informationssicherheit + CERT@VDE, Frankfurt/M. – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter Zentralbereich Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Prof. Dr. Marc Liesching**, Professor für Medienrecht und Medientheorie, HTWK Leipzig/München – **Dr. Reto Mantz**, Richter am LG, Frankfurt/M. – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Wiesbaden/Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider**, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht, Rheinische Friederich-Wilhelms-Universität Bonn – RA **Dr. Axel Spies**, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen

BEIRAT DER KOOPERATIONSPARTNER

Alisha Andert, Vorstandsvorsitzende des Legal Tech Verband Deutschland e.V., Berlin – **Karsten U. Bartels**, LL.M., Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht (davit) im Deutschen Anwaltverein e.V. – **Daniela Beaujean**, Mitglied der Geschäftsleitung Recht und Regulierung/Justiziarin, Verband Privater Medien (VAUNET), Berlin – RAin **Susanne Dehmel**, Mitglied der Geschäftsleitung Bitkom e.V., Berlin – **Dr. Andrea Huber**, LL.M. (USA), Geschäftsführerin, ANGA Der Breitbandverband e.V., Berlin

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin – **Katharina Klauser**, Redakteurin – **Ruth Schrödl**, Redakteurin – **Eva Wanderer**, Redaktionsassistentin – Wilhelmstr. 9, 80801 München

EDITORIAL

Freundliche Übernahme im Verbraucherschutzrecht

Lesedauer: 7 Minuten

Die EU macht Ernst mit der Vollendung des digitalen Binnenmarkts. In den letzten Monaten gab es im Verbraucherschutz eine freundliche Übernahme – mit dem New Deal for Consumers, der Richtlinie für digitale Inhalte und den neuen Leitlinien zur UGP-Richtlinie wurde der digitale Verbraucherschutz weitgehend harmonisiert. Der deutsche Gesetzgeber, der 2011 noch eine Subsidiaritätsrüge gegen ein EU-Kaufrecht angestrengt hatte, hat zumindest für die digitalen Verbraucherverträge kapituliert. Künftig wird also der Verbraucherschutz noch mehr vom EuGH einheitlich ausgelegt und geprägt.

Für die Games-Branche ist ein harmonisierter Rechtsrahmen im Binnenmarkt vorteilhaft. Games werden als digitale Produkte – als Datenträger oder zum Download oder auch Zusatzinhalte wie „downloadable content" (DLC) oder In-Game-Käufe – 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 nun darauf an, dass die genannten Rechtsakte möglichst einheitlich in der ganzen EU umgesetzt und angewandt werden, 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 – idR natürlich auf dem höchsten in der EU bestehenden Regulierungsniveau. Nationale Alleingänge sind daher kontraproduktiv und sie erschweren den zentralisierten europaweiten Vertrieb und können sogar zu einem unverhältnismäßigen Überbietungswettbewerb im Verbraucherschutz führen („Goldplating").

Professor Dr. Christian-Henner Hentsch

In dieser Beilage zum digitalen Verbraucherschutz in Games wird die Bedeutung des europäischen Verbraucherschutzrechts für digitale Spiele ganz deutlich. Christian Rauda gibt zunächst einen Überblick über die Dauerbrenner beim digitalen Verbraucherschutz in Games. Konstantin Ewald und Leonie Schneider stellen anschließend die Änderungen im digitalen Verbraucherschutz durch die Umsetzung des New Deal for Consumers vor, der neben Änderungen im Verbraucherschutzrecht auch Änderungen lauterkeitsrechtlicher Tatbestände vorsieht und neue Sanktionsmöglichkeiten einführt. Auch wenn beim Widerrufsrecht ab dem 28.5.2022 durch die EU-RL über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen eine neue Fassung des § 356 Abs. 5 BGB gilt, sollte diese Rechtsprechung auch

weiterhin Bestand haben, weil die Voraussetzungen für das Erlöschen des Widerrufsrechts bereits europarechtlich harmonisiert waren und bis auf zusätzliche Informationspflichten identisch sind (Hentsch MMR 2022, 413). Eine besondere Herausforderung für Games stellt die Update-Pflicht dar, wobei sich insbesondere die Frage stellt, wie lange Updates für die Spiele vorgehalten werden müssen. Zusammen mit Philipp Sümmermann schreibt Konstantin Ewald auch zu dem neuen Gesetz für faire Verbraucherverträge, das über das EU-Paket hinausgeht und mit diesem nationalen Alleingang Games-Anbieter vor die Herausforderung stellt, eine Insellösung für Deutschland anzubieten oder den weitergehenden Verbraucherschutz in Deutschland auch in anderen EU-Ländern zu implementieren. Axel von Walter widmet sich den neuen lauterkeitsrechtlichen Leitlinien der EU-Kommission zur UGP-Richtlinie, die erstmals ein neues Kapitel speziell für „Gaming" vorsehen. Kai Bodensiek geht abschließend auf die Abgrenzung zwischen rechtswidriger Verbraucherlenkung und der zulässigen Ausgestaltung verbrauchergerechter Angebote bei Dark Patterns und Game Design in Computerspielen ein.

Diese Beilage ist seit 2018 das fünfte Sonderheft der MMR zu Games-rechtlichen Themen. Im ersten Schwerpunktheft (MMR-Beilage 8/2018) zu eSports wurde schon früh ein boomendes Phänomen in den Blick genommen und vorausschauend wurde eine erste Vermessung des Rechtsrahmens vollzogen. Das zweite Heft (MMR-Beilage 8/2019) zur Rechtsdurchsetzung ist aktueller denn je, weil hier neben den Urteilen zur Cheat-Software auch die Grundlagen für das im letzten Jahr geschaffene neue Instrument der Seitensperren über die Clearingstelle Urheberrecht im Internet ausgearbeitet wurden. Das dritte Heft (MMR-Beilage 8/2020) mit dem Schwerpunkt zum Jugendschutz hat die Reform des Jugendschutzgesetzes behandelt, die derzeit umgesetzt wird und auch die gerade laufende Novelle des JMStV wurde hier bereits antizipiert. In der vierten, letztjährigen Beilage (MMR-Beilage 8/2021) zum Datenschutz wurden neben rechtspraktischen Anwendungsbeispielen die aktuellen Entwicklungen beim Tracking und bei KI behandelt. Auch die diesjährige Ausgabe zum digitalen Verbraucherschutz ist brandaktuell und viele Normen sind gerade erst in Kraft getreten oder werden derzeit in den Unternehmen umgesetzt. Alles in allem sind die Beilagen in den August-Ausgaben zur gamescom immer auf der Höhe der Zeit, oft vorausschauend und vor allem nachhaltig, weil immer noch aktuell. Damit ist die MMR die maßgebliche Fachzeitschrift für Juristinnen und Juristen in der Games-Branche.

Auf der Grundlage dieser vielen Beiträge in der MMR mit zahlreichen Autorinnen und Autoren aus der Games-Branche entsteht derzeit ein Handbuch Games & Recht, das voraussichtlich noch dieses Jahr erscheinen wird. Dies macht deutlich, dass neben der wachsenden wirtschaftlichen und kulturellen Bedeutung Games auch rechtlich eine immer größere Rolle spielen. Mit Zukunftstechnologien wie KI, Blockchain, Kryptowährungen und NFTs sind diese Rechtsfragen auch für andere Medienbranchen interessant und sowohl im Urheberrecht als auch im Datenschutz gibt es viele Überschneidungen und Wechselwirkungen. Allerdings sind die Rechtsabteilungen der großen Publisher sowie die Absatzmärkte international aufgestellt und daher arbeiten in Deutschland noch vergleichsweise wenige Games-Juristen.

Der game – Verband der deutschen Games-Branche begleitet diese Veröffentlichungen und den Aufbau juristischer Expertise in Deutschland. Die Mission des Verbands ist es, Deutschland zum besten Games-Standort zu machen. Dazu zählen neben Knowhow-Transfer und Investitionen vor allem die rechtlichen Rahmenbedingungen und deswegen ist es wichtig, im Gesetzgebungsverfahren auf die Besonderheiten der Games-Branche hinzuweisen. Leider wurden zB beim Gesetz für faire Verbraucherverträge bei kurzfristigen Änderungen im parlamentarischen Verfahren die technischen Zwänge bei der Gestaltung von Games-Abos nicht berücksichtigt – weil die Parlamentarier offensichtlich lediglich an Zeitschriften-Abos oder Handyverträge gedacht haben. Auf Grund der im europäischen Vergleich hohen Verbraucher- und Jugendschutzstandards sowie dem kontinentaleuropäisch geprägten Urheberrecht ist der deutsche Standort bislang schwer zu vermitteln und der Rechtsrahmen wird international jedenfalls nicht als Investitionsvorteil wahrgenommen. Deswegen ist die Harmonisierung vieler Rechtsgebiete auf europäischer Ebene aus deutscher Sicht der einzig richtige Weg – so werden alle anderen europäischen Länder an die deutschen Standards angeglichen und der Wettbewerbsnachteil in diesem Bereich zumindest in der EU egalisiert, sodass andere Wettbewerbsfaktoren in Deutschland wieder zur Geltung kommen können.

Ein wichtiger Faktor neben dem Rechtsrahmen ist die staatliche Förderung. Der Verband setzt sich daher seit der Fusion der beiden Vorläuferverbände BIU und G.A.M.E. mit einer geeinten Stimme politisch für eine international wettbewerbsfähige Förderung ein, die auch große Produktionen nach Deutschland holen soll. In vergleichsweise kurzer Zeit hat der Bundestag eine Bundesförderung beschlossen und seit vorletztem Jahr können jedes Jahr 50 Mio. EUR Fördergelder vergeben werden. Daneben sind auch auf Ebene der Bundesländer zu den bestehenden Fördermodellen weitere hinzugekommen oder sukzessive erhöht worden. Die Bundesförderung und die vielen Länderförderungen zeigen inzwischen auch erste Erfolge. In den vergangenen zwei Jahren sind viele Unternehmen gegründet worden und etablierte Entwickler konnten deutlich expandieren. Zahlreiche Unternehmen sind in diesem Zeitraum auch gekauft worden, was die steigende Attraktivität des deutschen Standorts beweist. Kommende Branchenstudien sollen die Effekte der Förderung messen und das gewünschte Wachstum im Kernmarkt sowie positive Hebeleffekte für den Digital- und Kreativstandort Deutschland belegen. Mit dem Wachstum der deutschen Games-Unternehmen wird vermutlich auch die Zahl der Games-Juristen bald steigen, sei es Inhouse oder auch in den einschlägigen Kanzleien. Und sei es nur, um die vielen erfolgten und anstehenden Übernahmen rechtlich zu begleiten.

Als Leiter Recht und Regulierung beim game sehe ich diese Entwicklungen mit großer Freude und bin begeistert, wie die Juristinnen und Juristen in der Games-Branche hier zu einer größer werdenden, aber immer noch vertrauten Familie zusammenwachsen. Die MMR hat einen großen Anteil daran und ich möchte mich daher bei Frau Zimmer-Helfrich und ihrem Team herzlich für ihre Weitsicht und ihr Vertrauen bedanken, die diese Veröffentlichungen ermöglicht und gefördert haben. Ich freue mich auf viele weitere Games-Beilagen in der MMR – die Themen werden uns jedenfalls so bald nicht ausgehen!

Köln, im August 2022

Professor Dr. Christian-Henner Hentsch
ist Leiter Recht & Regulierung beim game – Verband der deutschen Games-Branche e.V. und Professor für Urheber- und Medienrecht an der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht der TH Köln sowie Mitherausgeber der MMR.

CHRISTIAN RAUDA

Verbraucherrechtliche „Dauerbrenner" in der Games-Branche

Informationspflichten, Widerrufsrecht, Auto-Renewals und AGB-Kontrolle bei den Pionieren des Digitalvertriebs

Digitale Geschäftsmodelle

Der Beitrag behandelt die „Dauerbrenner" der Games-Branche im BGB und beleuchtet dabei insbesondere die neue Gesetzgebung, die durch ihre Berücksichtigung von digitalen Produkten und Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr für diese Branche von herausragender Bedeutung ist. Dabei ermöglicht der Aufsatz einen schnellen Überblick über die relevanten rechtlichen Probleme und bietet Lösungsvorschläge an. Einen Schwerpunkt nehmen dabei die Informationspflichten, das Widerrufsrecht, der Umgang mit Dauerschuldverhältnissen und die Unwirksamkeit von Nutzungsbedingungen ein.

Lesedauer: 16 Minuten

I. Games-Branche als Pionier des Digitalvertriebs

Die Games-Branche war eine der ersten, die erfolgreich den digitalen Vertrieb über das Internet organisieren konnte. Während die ersten Browser-basierten Spiele Mitte der 1990er Jahre veröffentlicht wurden,[1] nahm deren Erfolg Anfang der 2000er Jahre richtig Fahrt auf.[2] Die Browser-Spiele waren zumeist „free-to-play", also kostenlos spielbar.[3] Zu den Anfangszeiten basierte das Geschäftsmodell oft auf dem Verkauf von Premium-Accounts oder auf dem Ausspielen von Werbung. Später trat dann der Verkauf von Spielvorteilen in den Vordergrund, den sog. „Items". Solche Items können in optischen Vorteilen bestehen (besondere Kleidung für den eigenen „Avatar", also der Spielfigur), aber auch in Spielvorteilen (digitale Gegenstände, etwa bessere Waffen, schnellere Motoren für Autos, magischer Schutz zur Verteidigung einer Burg, schnellere Fußballschuhe, aber auch prozedurale Vorteile wie häufigere Bauaktivitäten, automatisierte Angriffe etc.).

Anders als beim klassischen E-Commerce, dessen Geschäftsmodell im Vertrieb physischer Waren über das Internet besteht, kümmerte sich die Games-Industrie schon früh um den Vertrieb digitaler Güter über das Internet. Dies führte dazu, dass sich schon früh verbraucherrechtliche Fragen stellten, etwa bei den Informationspflichten (s. unter II.), dem Widerrufsrecht (s. unter III.) oder der Frage der automatischen Laufzeitverlängerung (s. unter IV.). Da die Nutzungsbedingungen der digitalen Spiele im Rechtssinne Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) darstellen, wurden viele AGB-Klauseln iRv Rechtsstreitigkeiten mit Verbraucherschutzverbänden prozessiert (s. unter V.).

1 Die Webseite „The Village" startete 1996, wurde im selben Jahr von Microsoft übernommen und dann umbenannt in „Internet Game Zone". Auf der Seite konnte man klassische Karten- oder Brettspiele spielen, etwa Mühle, Backgammon oder Bridge.

2 Einige der Spiele werden heute noch betrieben, zB „OGame" aus 2002 (Gameforge) oder „Die Stämme" aus 2003 (InnoGames).

3 Wichtige Ausnahme war das Spiel „World of Warcraft", das 2004 veröffentlicht wurde und das von Beginn an auf ein Abo-Modell setzte. Obwohl es über das Internet gespielt wurde, war es kein Spiel, dass man über den Browser spielte, sondern es erforderte eine Installation auf der Festplatte des eigenen Rechners (Client).

4 Es muss nach OLG Köln MMR 2017, 39 (40) keine Telefon- oder Faxnummer angegeben werden, wenn ein Rückrufsystem nebst den Möglichkeiten eingerichtet wird, per Chat oder E-Mail-Kontakt aufzunehmen (BeckOK InfoMedienR/Bornemann, 35. Ed. 1.2.2022, TMG § 11 Rn. 25 mit Verweis auf EuGH MMR 2019, 603; Möller NJW 2019, 3356 (3357).

5 BGH MMR 2020, 540 (541) – Rückrufsystem II. Ein paar Monate zuvor hatte das OLG Schleswig festgestellt, dass ein Unternehmer über eine Servicetelefonnummer, die er für die Kommunikation mit Kunden bereits nutzt, auch etwaige Widerrufe entgegennehmen muss (MMR 2020, 420 ff.)

6 BGH MMR 2020, 540 (541).

II. Informationspflichten

1. Impressumspflicht

Während zu Beginn des Internets noch über die Informationspflichten nach § 5 TMG (bzw. der Vorgängervorschrift § 6 TDG) gestritten wurde, hat sich hier die Konfliktlage entspannt, weil praktisch allen Marktteilnehmern die Impressumspflicht mittlerweile bekannt ist. Digitalunternehmen haben dabei ein Interesse daran, Anrufe von Verbrauchern zu vermeiden, weil solche Anrufe Zeit und Geld kosten. Viele Games-Unternehmen sind daher dazu übergegangen, im Impressum keine Telefonnummern mehr anzugeben, sondern nur elektronische Kommunikationswege. Dies ist zulässig, wenn gewährleistet ist, dass der Anbieter kurzfristig auf Anfragen antwortet.[4] Es ist neben der E-Mail-Adresse die Angabe eines weiteren effektiven Kommunikationswegs erforderlich. Der Verbraucher hat aber keinen Anspruch auf eine Telefon-Hotline.

Zu beachten ist indes § 312d Abs. 1 BGB, der auf Art. 246a EGBGB verweist. Nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB muss der Unternehmer iRd Vertragsschlusses auch seine Telefonnummer mitteilen, nämlich vor Abgabe der Erklärung durch den Verbraucher (Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB). Der BGH hat jedoch ausgeführt, dass „die Wendung ‚gegebenenfalls' in Art. 6 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2011/83/EU ... nach dem Kontext der Bestimmung und dem von der Richtlinie verfolgten Zweck dahin auszulegen [sei], dass sie die Fälle erfasst, in denen der Unternehmer über eine Telefonnummer oder Telefaxnummer verfügt und er diese nicht allein zu anderen Zwecken als dem Kontakt mit den Verbrauchern verwendet".[5] Anderenfalls verpflichte ihn diese Bestimmung nicht, „den Verbraucher über diese Telefonnummer zu informieren oder gar einen Telefon- oder Faxanschluss bzw. ein E-Mail-Konto neu einzurichten, damit die Verbraucher mit ihm in Kontakt treten können (EuGH GRUR 2019, 958 Rn. 37 ff., 51 – Bundesverband/Amazon EU)"[6].

2. Vorvertragliche Informationspflichten

IRv Fernabsatzgeschäften mit Verbrauchern treffen den Spieleanbieter umfangreiche Informationspflichten. Diese in § 312d Abs. 1 BGB, Art. 246a EGBGB aufgelisteten Pflichten enthalten einen ganzen Katalog von offenzulegenden Informationen. Diese Informationen kann der Spieleanbieter allerdings auch im Rahmen seiner AGB offenlegen. Zu beachten ist indes, dass auch § 312j Abs. 2 BGB Informationspflichten enthält. Bei einem Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, der den Verbraucher zur Zahlung verpflichtet, muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen gem. Art. 246a § 1

S. 1 Nr. 1, 5, 6, 7, 8,14 EGBGB unmittelbar bevor der Verbraucher seine Bestellung abgibt, klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung stellen. Insofern reicht also kein bloßer Verweis auf AGB, die die entsprechenden Angaben enthalten. Der Informationspflicht nach § 312j Abs. 2 BGB kann zwar noch genügt werden, wenn der Unternehmer die Informationen räumlich unterhalb eines Bestell-Buttons und als Fließtext zur Verfügung stellt.[7] Jedoch bestehen in diesem Falle erhöhte Anforderungen an die „Hervorgehobenheit" der Informationen.[8] Ein Text in kleiner Schriftgröße wird deshalb nicht ausreichen.

Der Katalog in Art. 246a § 1 EGBGB enthält zB die Pflicht, folgende Informationen zur Verfügung zu stellen:

- die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen,
- die Identität des Unternehmers samt Anschrift und dessen Telefonnummer und E-Mail-Adresse,
- den Gesamtpreis der Waren oder der Dienstleistungen einschließlich aller Steuern und Abgaben, ggf. den Hinweis, dass der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert wurde,
- im Falle eines unbefristeten Vertrags oder eines Abonnement-Vertrags der Gesamtpreis, die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen,
- das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts,
- ggf. das Bestehen und die Bedingungen eines Kundendienstes, Kundendienstleistungen und Garantien,
- ggf. die Laufzeit des Vertrags oder die Bedingungen der Kündigung unbefristeter Verträge oder sich automatisch verlängernder Verträge,
- ggf. die vertragliche Mindestdauer,
- ggf. die Funktionalität der Waren mit digitalen Elementen oder der digitalen Produkte, einschließlich anwendbarer technischer Schutzmaßnahmen,
- ggf. die Kompatibilität und die Interoperabilität der Waren mit digitalen Elementen oder der digitalen Produkte,
- ggf. das Bestehen eines außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahrens,
- die Bedingungen, Fristen und das Verfahren für die Ausübung sowie für das Erlöschen des Widerrufsrechts sowie das Muster-Widerrufsformular.

Was bei einem Item für ein Computerspiel die „wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen" nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB sind, kann man natürlich diskutieren. Es reicht hier allerdings aus, dass man die Funktion des Items beschreibt, wobei darauf hinzuweisen ist, wenn der Nutzen des Items zeitlich beschränkt ist. Einige Spielvorteile gelten nämlich nur für eine bestimmte Zeit und einige Items sind nur ein paar Mal einsetzbar (etwa besondere Fußballschuhe, die man nur fünf Mal einsetzen kann, weil sie danach „abgenutzt" sind). Nach bisheriger Kenntnis ist allerdings Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB im Zusammenhang mit Items in Computerspielen noch nicht prozessiert worden. Typischerweise kommt die Games-Branche den Verpflichtungen in §§ 312d Abs. 1, 312j Abs. 2 BGB, Art. 246a EGBGB ohne Weiteres nach, sodass sich in der Praxis hier kein Konfliktpotenzial mit Verbraucherschutzvereinen ergibt.

III. Widerrufsrecht

1. Herausforderungen digitaler Produkte

Seit jeher ist das gesetzliche Widerrufsrecht für die Games-Branche mit Herausforderungen verbunden. Mit der großen Schuldrechtsreform, die am 1.1.2002 in Kraft trat, wurde das Verbraucherwiderrufsrecht einheitlich in den §§ 355 ff. BGB geregelt (zuvor gab es nur in bestimmten Bereichen Widerrufsrechte, etwa im Haustürwiderrufsgesetz oder Verbraucherkreditgesetz). Seitdem wurden die Vorschriften mehrfach geändert, zuletzt §§ 356 ff. BGB mit Wirkung zum 28.5.2022. Im Zuge der Modernisierungen des BGB wurden auch die Begriffe „digitale Produkte", „digitale Inhalte" und „digitale Dienstleistungen" eingeführt und in § 327 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB legaldefiniert, wobei der Begriff der digitalen Produkte den Überbegriff darstellt. Digitale Inhalte sind hiernach „Daten, die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden" und digitale Dienstleistungen sind Dienstleistungen die es dem Verbraucher ermöglichen, Daten in digitaler Form zu erstellen, zu verarbeiten oder zu speichern sowie solche Daten abzurufen wie auch das gemeinsame Nutzen dieser Daten.

Ein Ausschluss des Widerrufsrechts bei digitalen Produkten nach § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB („Verträge zur Lieferung von Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware in einer versiegelten Packung, wenn die Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde") kommt nicht in Betracht, da diese Norm nur für den Vertrieb versiegelter physischer Datenträger gilt. Entsprechend fällt der Vertrieb von Dateien zum Download oder der Verkauf von Items und ähnliche digitale Produkte nicht darunter. Die Anbieter von Items standen daher vor einer besonderen Herausforderung: Wenn ein Spieler ein Item erwirbt, dann möchte er es in aller Regel unmittelbar nach Erwerb auch im Spiel einsetzen und nicht erst den Ablauf der 14-tägigen Widerrufsfrist (§ 355 Abs. 2 BGB) abwarten. Anders als bei einem physischen Produkt kann ein Item allerdings nicht mehr „zurückgegeben" werden, da es durch seinen Einsatz im Spiel seinen Zweck für den Spieler schon erfüllt hat. Wenn der Spielebetreiber aber dem Risiko ausgesetzt wäre, dass der Spieler binnen der Widerrufsfrist widerruft und den Preis für bereits im Spiel eingesetzte Items zurückerhält, müsste er mit Trittbrettfahrerei von Spielern rechnen. Während der Käufer eines physischen Gutes für die Nutzung der Sache bis zum Widerruf Wertersatz leisten muss, wenn dieses durch die Nutzung an Wert verloren hat (§ 357a Abs. 1 BGB), scheidet ein solcher Wertersatz für die Abnutzung bei digitalen Gütern aus. Denn naturgemäß verlieren digitale Güter durch Nutzung nicht an Wert. In § 357a Abs. 3 BGB ist dies für digitale Inhalte ausdrücklich geregelt: „Widerruft der Verbraucher einen Vertrag über die Bereitstellung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten, so hat er keinen Wertersatz zu leisten".

2. Digitale Dienstleistungen

Bis zum 13.6.2014 gab es keine Regelung zum Erlöschen des Widerrufsrechts bei digitalen Inhalten.[9] Dies führte dazu, dass eine juristische Diskussion darüber entbrannte, ob es sich bei den Angeboten der Games-Branche in den Spielen um Dienstleistungen handelt.[10] Die Regelung des vorzeitigen Erlöschens des Widerrufsrechts bei Erbringung einer Dienstleistung wurde ab dem 13.6.2014 von § 312d BGB aF nach § 356 Abs. 4 BGB

7 OLG Köln MMR 2017, 552 (553).
8 OLG Köln MMR 2017, 552 (553).
9 § 312d aF normierte: „Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat." Der Verbraucher konnte also seine Willenserklärung nur noch bis zu dem Zeitpunkt widerrufen, zu dem der Vertrag beiderseits erfüllt wurde. Der Grund für das Erlöschen des Widerrufsrechts liegt darin, dass Dienstleistungen regelmäßig individuell ausgerichtet und nicht anderweitig verwertbar sind, vgl. Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch/Stadler, 14. Aufl. 2011, BGB § 312d Rn. 6. Das Bereitstellen von Online-Spielen stellte zumindest teilweise eine Dienstleistung iSv § 312d Abs. 3 BGB dar, vgl. Rauda, Recht der Computerspiele, 2013 Rn. 698. § 312d Abs. 3 aF war nämlich anwendbar, wenn bei gemischten Verträgen der Dienstleistungsteil mit den anderen Bestandteilen gleichwertig ist, vgl. BeckOK BGB/Schmidt-Räntsch, 26. Ed., BGB § 312d Rn. 34.
10 Diegmann/Kuntz NJW 2010, 561 (562).

verschoben und wiederholt ergänzt.[11] Es gilt auch für digitale Dienstleistungen. Eine wichtige Voraussetzung für das Erlöschen des Widerrufsrechts ist die vollständige Erbringung der Dienstleistung. Wenn man sich die digitalen Dienstleistungen rund um Games betrachtet, fallen hierunter etwa die Leistung, ein Spiel für eine bestimmte Zeit werbefrei zu nutzen oder die Bereitstellung eines Premium-Zugangs zum Spiel, in dessen Rahmen der Spieler für eine bestimmte Zeitdauer Zugriff auf weitere, nicht verbrauchbare Funktionalitäten hat. Solche digitalen Dienstleistungen werden jedoch typischerweise für einen Zeitraum erbracht, der die Dauer des Bestehens des Widerrufsrechts (14 Tage) übersteigt. Dies führt dazu, dass während des Bestehens des Widerrufsrechts die digitale Dienstleistung nicht vollständig erbracht werden kann. Ein vorzeitiges Erlöschen nach § 356 Abs. 4 BGB kommt damit in der Praxis in den seltensten Fällen zum Tragen. Vielmehr erlischt das Widerrufsrecht erst nach 14 Tagen. Die Wertersatzpflicht eines Widerrufs bei Dienstleistungen regelt § 357a Abs. 2 BGB. Widerruft der Verbraucher einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen, so schuldet der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz für die bis zum Widerruf erbrachte Leistung, wenn der Verbraucher von dem Unternehmer ausdrücklich verlangt hat, dass dieser mit der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Der Anspruch besteht aber nur, wenn der Unternehmer den Verbraucher nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB (Information über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts sowie das Muster-Widerrufsformular) und Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EGBGB (Information, dass der Verbraucher einen angemessenen Betrag für die vom Unternehmer erbrachte Leistung schuldet, wenn er das Widerrufsrecht ausübt, nachdem er auf Aufforderung des Unternehmers von diesem ausdrücklich den Beginn der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist verlangt hat) ordnungsgemäß informiert hat.

Widerruft der Verbraucher den Vertrag über die digitale Dienstleistung, der eine Laufzeit von 30 Tagen hat, zB nach sieben Tagen, schuldet der Verbraucher 7/30 des Preises (vorausgesetzt, dass der Verbraucher die vorzeitige Ausführung ausdrücklich verlangt hat und die Information nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Nr. 3 EGBGB erteilt wurde).

3. Digitale Inhalte

Am 13.6.2014 wurde dann in § 356 Abs. 5 BGB eine Spezialregelung für digitale Inhalte normiert.[12] Hiernach erlosch das Widerrufsrecht, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags begonnen hat (anders als bei Dienstleistungen), nachdem der Verbraucher der Ausführung des Vertrags vor Ablauf der Widerrufsfrist ausdrücklich zugestimmt und seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er durch die Zustimmung sein Widerrufsrecht mit der Ausführung des Vertrags verliert. Hauptanwendungsbereich in der Games-Branche sind dabei virtuelle Währungen in Spielen, die digitale Inhalte darstellen.[13] Seit dem 28.5.2022 wird nunmehr danach differenziert, ob der Verbraucher einen Preis zahlt. Das Widerrufsrecht erlischt danach vorzeitig bei einem Vertrag, der den Verbraucher nicht zur Zahlung eines Preises verpflichtet, wenn der Unternehmer mit der Vertragserfüllung begonnen hat (§ 356 Abs. 5 Nr. 1 BGB). Zahlt der Verbraucher dagegen Geld, sind die Voraussetzungen für das vorzeitige Erlöschen des Widerrufsrechts erhöht: Der Verbraucher muss ausdrücklich zugestimmt haben, dass der Unternehmer mit der Vertragserfüllung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt (§ 356 Abs. 5 Nr. 2 lit. a BGB) und der Verbraucher muss seine Kenntnis davon bestätigt haben, dass durch seine Zustimmung nach Buchstabe a mit Beginn der Vertragserfüllung sein Widerrufsrecht erlischt (§ 356 Abs. 5 Nr. 2 lit. b BGB). Nach dem Wortlaut muss der Unternehmer dem Verbraucher eine Bestätigung gem. § 312f BGB zur Verfügung gestellt haben (§ 356 Abs. 5 Nr. 2 lit. c BGB). Es ist allerdings umstritten, ob dies eine Voraussetzung für das Erlöschen des Widerrufsrechts ist. Gegen eine Voraussetzung spricht, dass ansonsten Art. 14 Abs. 4b sublit. iii Verbraucherrechterichtlinie (VRRL) leerlaufen würde.[14] Dafür spricht, dass § 356 Abs. 5 Nr. 2 BGB sprachlich keine unterschiedliche Behandlung erkennen lässt. § 312f Abs. 2, 3 BGB stellt ferner klar, dass die Bestätigung vor Leistungserbringung erfolgen muss. Sie muss also ohnehin vor dem Beginn der Vertragserfüllung erfolgen, sodass es sinnvoll erscheint, hiervon auch das Erlöschen des Widerrufsrechts abhängig zu machen.

Der Verbraucher muss also bestätigen, dass er Kenntnis davon hat, sein Widerrufsrecht zu verlieren, wenn der Unternehmer mit der Vertragserfüllung beginnt. Diese Bestätigung muss gleichzeitig mit der Zustimmung des Verbrauchers zu der vorzeitigen Ausführung der Vertragserfüllung vorliegen. Es muss eine eigene Erklärung vorliegen, ein bloßer Hinweis reicht nicht aus.[15] Fraglich ist allerdings, wann eine vorzeitige Lieferung digitaler Inhalte mit „ausdrückliche Zustimmung" des Verbrauchers erbracht wird. Es wurde zur Norm des § 312d aF BGB vertreten, dass es sich bei der Äußerung des „ausdrücklichen Wunsches" um eine geschäftsähnliche Handlung handele.[16] Wie ein Vergleich mit dem Wortlaut des noch älteren § 312d Abs. 3 Nr. 2 aF BGB zeige, reiche eine reaktive „Zustimmung" oder „Veranlassung" des Verbrauchers auf das Leistungsangebot des Spielebetreibers nicht aus.[17] Erforderlich sei vielmehr, dass die Initiative vom Verbraucher ausgehe.[18] Da die Norm des § 356 Abs. 5 BGB nun gerade nicht mehr vom „Wunsch" des Verbrauchers spricht, sondern nur noch von „Zustimmung", muss die Initiative richtigerweise nicht mehr vom Verbraucher ausgehen. Das Erlöschen des Widerrufsrechts erfolgt jedoch nicht, wenn der Verbraucher vorher auf diese Rechtsfolge nicht hingewiesen wurde.[19] Es reicht jedoch bereits aus, dass der Verbraucher vorbehaltlich der Bestätigung gem. § 312f BGB eine separate, nicht

11 „Das Widerrufsrecht erlischt bei Verträgen über die Erbringung von Dienstleistungen auch unter folgenden Voraussetzungen:
1. bei einem Vertrag, der den Verbraucher nicht zur Zahlung eines Preises verpflichtet, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollständig erbracht hat,
2. bei einem Vertrag, der den Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet, mit der vollständigen Erbringung der Dienstleistung, wenn der Verbraucher vor Beginn der Erbringung
a) ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Erbringung der Dienstleistung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt,
b) bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag die Zustimmung nach Buchstabe a auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt hat und
c) seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass sein Widerrufsrecht mit vollständiger Vertragserfüllung durch den Unternehmer erlischt.
3. bei einem Vertrag, bei dem der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich aufgefordert hat, ihn aufzusuchen, um Reparaturarbeiten auszuführen, mit der vollständigen Erbringung der Dienstleistung, wenn der Verbraucher die in Nummer 2 Buchstabe a und b genannten Voraussetzungen erfüllt hat,
4. bei einem Vertrag über die Erbringung von Finanzdienstleistungen, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausübt."

12 Das Widerrufsrecht erlosch bei einem Vertrag über die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags begonnen hat, nachdem der Verbraucher 1. ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt, und 2. seine Kenntnis davon bestätigt hat, dass er durch seine Zustimmung mit Beginn der Ausführung des Vertrags sein Widerrufsrecht verliert.

13 LG Karlsruhe MMR 2017, 51 (52), bestätigt durch OLG Karlsruhe Urt. v. 11.7. 2018 – 6 U 108/16.

14 Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, BGB § 356 Rn. 11.

15 Es reicht nicht aus, über den „Kaufen"-Button den Hinweis zu geben, dass der Spieler mit Anklicken dieses Buttons die Zustimmung erteilt, dass die Bestellung ausgeführt wird und der Spieler damit sein Widerrufsrecht verliert (LG Köln MMR 2020, 200).

16 MüKoBGB/Wendehorst, 6. Aufl. 2012, BGB § 312d Rn. 53.

17 MüKoBGB/Wendehorst, 6. Aufl. 2012, BGB § 312d Rn. 53.

18 MüKoBGB/Wendehorst, 6. Aufl. 2012, BGB § 312d Rn. 53.

19 Anders zum § 312d aF BGB noch BGH MMR 2006, 453 mAnm Mankowski – R-Gespräche mit dem Hinweis, dass dem Verbraucher bei Verletzung der Informationspflichten durch den Unternehmer Schadensersatzansprüche nach § 280 BGB zustehen können.

vorausgefüllte Schaltfläche anklickt:[20] „Ja, ich möchte das Item sofort, also vor Ablauf der Widerrufsfrist, nutzen können. Ferner ist mir bekannt, dass ich bereits mit vollständiger Vertragserfüllung das mir gesetzlich zustehende Widerrufsrecht verliere". Umstritten ist auch der Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher die Erklärung abgeben muss. Es wird vertreten, dass die Erklärung erst nach dem Vertragsschluss erfolgen könne, also ein zweistufiges Verfahren erforderlich sei.[21] Diese Auffassung ist abzulehnen, weil es für sie weder einen Anhaltspunkt in der VRRL noch in § 356 Abs. 5 gibt.[22] Ein Zwang zur Zweistufigkeit wäre bloße Förmelei, wenn der Verbraucher bei seiner Zustimmung Kenntnis von deren Rechtsfolgen im Hinblick auf das Widerrufsrecht hat.[23] Stattdessen wird in der Literatur zutreffend darauf hingewiesen, dass ein zweistufiges Verfahren sogar zu Lasten der Verbraucher geht: „Wird die Zustimmungserklärung des Kunden bei Vertragsschluss eingeholt, kann sich der Kunde vor dem Kauf überlegen, ob er den digitalen Inhalt kaufen möchte, wenn er hierfür auf sein Widerrufsrecht verzichten muss. Bei einem zweistufigen Verfahren muss der Kunde erst einen bindenden Vertrag eingehen, ggf. in Vorleistung treten und bezahlen und wird dann erst informiert, dass er seinen digitalen Inhalt nur nach Verzicht des Widerrufsrechts erhält."[24]

Nach zutreffender Auffassung des LG Karlsruhe ist der Verlust des Widerrufsrechts nach § 356 Abs. 5 BGB unabhängig von einer ordnungsgemäßen Belehrung nach § 356 Abs. 3 S. 1 BGB, die die Widerrufsfrist in Lauf setzt.[25]

IV. Vertragsdauer, automatische Laufzeitverlängerung und Kündigungsbutton

Die Frage der Vertragsdauer und die Möglichkeit der Kündigung sind seit jeher Kern des Verbraucherschutzes. Insbesondere die Mobilfunkbranche hat Geschäftsmodelle entwickelt, die für den Verbraucher hinsichtlich der Laufzeit und des Kündigungsrechts intransparent erscheinen. Nach dem AGB-Recht dürfen Dauerschuldverhältnisse höchstens zwei Jahre Mindestlaufzeit aufweisen (§ 309 Nr. 9 lit. a BGB). Seit dem 1.3.2022 ist eine automatische Verlängerung um eine bestimmte weitere Festlaufzeit nicht mehr möglich (§ 309 Nr. 9 lit. b BGB). Vielmehr ist eine stillschweigende Verlängerung nur noch auf unbestimmte Zeit möglich mit einer jederzeitigen Kündigungsfrist von höchstens einem Monat (§ 309 Nr. 9 lit. c BGB). Dies ist insofern misslich, weil viele Unternehmen der Games-Branche ihre Preisgestaltung sehr eng an die Vertragslaufzeiten knüpfen. Ein Premium-Zugang für ein ganzes Jahr ist oft wesentlich günstiger als zwölf einzelne Monatszugänge zu erwerben. In der Praxis gehen die Unternehmen der Games-Branche mit dem Verbot der Vertragsverlängerung um einen bestimmten Zeitraum unterschiedlich um. Eine vernünftige Option besteht darin, dem Spieler vor Ablauf der Vertragslaufzeit einen Anreiz zu bieten, aktiv einen neuen Vertrag mit einer Festlaufzeit abzuschließen. In diesem Fall greift § 309 Nr. 9 BGB nicht ein, weil keine stillschweigende, sondern eben eine ausdrückliche Vertragsverlängerung vorliegt. Ein anderer Weg besteht darin, die Vergünstigungen nur für die initiale Vertragslaufzeit zu gewähren und den Preis für die Vertragslaufzeit danach auf normalem Niveau weiterlaufen zu lassen. Dies führt dazu, dass dem Verbraucher zwar monatlich ein Kündigungsrecht zusteht, er dann aber eben nicht von dem günstigen Tarif eines Jahres- oder Zweijahresvertrags profitiert.

Darüber hinaus wird dem Verbraucher ab dem 1.7.2022 die Kündigung von entgeltlichen Dauerschuldverhältnissen im elektronischen Geschäftsverkehr weiter erleichtert, indem gem. § 312k BGB nF dem Verbraucher ein sog. „Kündigungsbutton"[26] zur Verfügung gestellt werden muss. Nach § 312k Abs. 2 BGB nF muss die Webseite des Unternehmers eine gut lesbare Kündigungsschaltfläche mit der Bezeichnung „Verträge hier kündigen" oder einer ähnlich eindeutigen Formulierung enthalten, die ständig sowie unmittelbar und leicht zugänglich sein muss. Über diese muss der Verbraucher ohne Umwege auf eine Bestätigungsseite geleitet werden, auf der ausschließlich die zur Kündigung erforderlichen Daten abgefragt werden dürfen und sich eine Bestätigungsschaltfäche mit der gleichen Klarheit wie der Kündigungsschaltfläche befindet. Werden diese Kriterien nicht eingehalten, kann der Verbraucher den Vertrag jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen (§ 312k Abs. 6 BGB nF).[27]

V. Unwirksamkeit von Klauseln in Nutzungsbedingungen

Die Klauseln in Nutzungsbedingungen von Anbietern von über das Internet spielbaren Spielen werden immer wieder einmal von Verbraucherschutzverbänden angegriffen. Angesichts der ausufernden Rechtsprechung steht der Grundsatz der Vertragsfreiheit oftmals nur noch auf dem Papier. Die Gerichte sind oft schnell – zu schnell – dabei, Klauseln als für den Verbraucher unangemessen benachteiligend einzustufen.[28] Die Nutzungsbedingungen des Spiels „World of Warcraft"[29] wurden von einem Verbraucherschutzverein angegriffen, und das LG Berlin hat neun Klauseln, teils zu Recht, als unangemessen benachteiligend eingestuft.[30] So ist es etwa unzulässig, sich als Spieleanbieter vorzubehalten, „nach eigenem Ermessen Ihren Zugang zu dem Service zu sperren oder zu kündigen und den Account zu deaktivieren oder zu löschen, wenn Buchungen über Ihre Kreditkarte nicht ausgeführt werden können". Auch einseitige Änderungsrechte stehen zu Recht in der Kritik. Der Anbieter hatte sich in den Nutzungsbedingungen das Recht vorbehalten „sämtliche in dieser Vereinbarung enthaltenen Regeln und Bedingungen jederzeit und nach eigenem Ermessen zu ändern, zu modifizieren, zu erweitern, auszutauschen oder zu löschen". Auch die einseitige Änderung von Zugangsmethoden, Bereitstellungszeiten, Höhe von Gebühren oder Kosten ist nicht rechtmäßig und verstößt gegen § 307 BGB.

VI. Fazit

Auf Grund des Umstands, dass Computerspiele ein digitales Produkt sind, das in weiten Teilen rein digital vertrieben wird (von Spielen auf physischen Datenträgern einmal abgesehen), ist die Games-Branche Vorreiter bei der Implementierung der verbraucherschutzrechtlichen Regeln im Digitalvertrieb. Da die Geschäftsmodelle im Bereich Games nicht nur den bloßen Download von Software gegen Geld umfassen, sondern auch Subscrip-

20 LG Karlsruhe MMR 2022, 413 (417) mAnm Hentsch.
21 LG Karlsruhe MMR 2017, 51 (52): „Dann kann aber nicht gleichzeitig mit einer Erklärung der Vertrag zu Stande kommen und das Widerrufsrecht erlöschen, sondern es ist eine zeitlich spätere gesonderte Erklärung des Verbrauchers über die Bestätigung der Kenntnis über den Verlust des Widerrufsrechts iSv § 356 Abs. 5 Nr. 2 BGB erforderlich".
22 So auch LG Karlsruhe MMR 2022, 413 Rn. 40 mAnm Hentsch, mit Verweis auf die den Leitfaden der Generaldirektion Justiz zur RL 2011/83/EU, Juni 2014, S. 66.
23 LG Karlsruhe MMR 2022, 413 Rn. 40 mAnm Hentsch.
24 Ewald/Schneider, LG Karlsruhe: Verzicht aufs Widerrufsrecht bei virtueller Währung – Ja! Aber wie?, abrufbar unter: https://spielerecht.de/lg-karlsruhe-verzicht-aufs-widerrufsrecht-bei-virtueller-waehrung-ja-aber-wie/.
25 LG Karlsruhe MMR 2022, 413 mAnm Hentsch.
26 S. Güster/Booke MMR 2022, 450.
27 Ausführlich befassen sich Sümmermann/Ewald in dieser Ausgabe mit dem Kündigungsbutton, s. MMR 2022, 713 .
28 Unrühmliches Beispiel aus jüngerer Vergangenheit ist die Einstufung der Klausel: „Ein Vertrag kommt erst durch die Annahmeerklärung zustande, die mit einer gesonderten E-Mail (Auftragsbestätigung oder Versandbestätigung) versendet wird, spätestens jedoch durch den Versand der Bestellung.", als unangemessen benachteiligend nach § 307 BGB, vgl. LG München I MMR 2022, 501 Rn. 38, denn das Gericht stellt damit an Formularklauseln strengere Anforderungen als sie das gesetzliche Leitbild in § 151 BGB vorsieht.
29 Publisher: Activision Blizzard.
30 LG Berlin Urt. v. 28.1.2014 – 15 O 300/12.

tion-Modelle und die Veräußerung von Items, muss die gesamte Bandbreite der verbraucherschutzrechtlichen Rahmenbedingungen beachtet werden, um Spiele erfolgreich zu vertreiben.

Professor Dr. Christian Rauda
ist Fachanwalt für IT-Recht, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht sowie Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz und Partner der Medienrechtskanzlei GRAEF Rechtsanwälte (Hamburg/Berlin) sowie Honorarprofessor für Computerspielerecht und Entrepreneurship in der Games-Branche an der Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin.

Der Autor dankt RA Fabian Stößer, LL.M. (UCT), LL.M. (UoC), für seine wertvollen Hinweise und Anmerkungen.

Schnell gelesen ...

- Die Gesetzesänderungen im BGB schaffen zumindest teilweise Rechtsklarheit für die Games-Branche und ermöglichen es den Unternehmern, ihre Dienste rechtssicher und mit geringerer Missbrauchsgefahr anbieten zu können.
- Die Regelungen sind jedoch teilweise unklar oder schießen über das Ziel hinaus.
- Die Rechtsprechung ist bei der Bewertung von Nutzungsbedingungen als unzulässige AGB teilweise zu ausufernd.

KONSTANTIN EWALD / LEONIE SCHNEIDER

Update erforderlich – das neue digitale Verbraucherschutzrecht

New Deal oder doch alles wie gehabt?

Harmonisierung

Im Rahmen der New Deal for Consumers-Initiative führte der europäische Gesetzgeber die Omnibus-Richtlinie und die Verbandsklagenrichtlinie ein, die durch die Digitale Inhalte-Richtlinie und die Warenkaufrichtlinie flankiert werden. Dieses Richtlinienpaket führt nun zu mannigfaltigen Änderungen im europäischen Verbraucherschutz- und Lauterkeitsrecht. Die Omnibus-Richtlinie ändert vier bestehende Richtlinien und führt ein EU-weit vereinheitlichtes (wenn auch nicht ganz einheitliches) Sanktionsregime ein, das vergleichbar mit der DS-GVO zu Bußgeldern von mindestens bis zu 4% des Jahresumsatzes führen kann. Zudem wird der Anwendungsbereich vieler verbraucherschutzrechtlicher Regelungen erweitert auf Verträge, im Rahmen derer Verbraucherinnen und Verbraucher keinen Preis zahlen, sondern personenbezogene Daten bereitstellen, die der Unternehmer nicht ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen (auch bekannt als „Bezahlen mit Daten").

Lesedauer: 17 Minuten

I. Digitalisierung und grenzüberschreitender Handel begründen Handlungsbedarf

Durch die stetigen Entwicklungen im Bereich Digitalisierung und dem zunehmenden grenzüberschreitenden Handel sah sich der Europäische Gesetzgeber veranlasst, das Verbraucherschutz- und Lauterkeitsrecht auf EU-Ebene zu modernisieren, die Durchsetzung für Verbraucherinnen und Verbraucher zu erleichtern und einheitlichere Regelungen zu schaffen, die den Binnenmarkt fördern. Unternehmer wie Verbraucher sollen in der EU gleichermaßen ein möglichst harmonisiertes Regelwerk vorfinden. Dafür wurde ein Paket geschnürt, bestehend aus der RL (EU) 2019/2161 (Omnibus-RL)[1] und der RL (EU) 2020/1828 (Verbandsklagerichtlinie)[2], flankiert von der RL (EU) 2019/770 (Digitale Inhalte-Richtlinie – DID-RL)[3] und RL (EU) 2019/771 (Warenkaufrichtlinie – WK-RL)[4]. Wie die Modernisierung und Harmonisierung des europäischen Verbraucherrechts und dessen Durchsetzung hierdurch erfolgen soll, wird im Folgenden näher dargestellt.

II. Omnibus-RL ändert vier bestehende Richtlinien unterschiedlicher Bereiche

Mit der seit dem 28.5.2022 von den Mitgliedstaaten anzuwendenden Omnibus-RL ändern sich gleich vier Richtlinien im Bereich Verbraucherschutz- und Lauterkeitsrecht: die RL 2011/83/EU (Verbraucherrechte-Richtlinie – VR-RL)[5], die RL 2005/29/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – UGP-RL)[6], die RL 93/13/EWG (Klausel-Richtlinie – Klausel-RL)[7] und die RL 98/6/EG (EG-Grundpreis-RL)[8].

Die EU beabsichtigt mit den Änderungen ein möglichst harmonisiertes Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, das den Anforderungen einer schnell voranschreitenden Digitalisierung gerecht wird. Zugleich scheint die EU den Gestaltungsspielraum der einzelnen Mitgliedstaaten nicht zu stark einschränken zu

1 RL (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019 zur Änderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (ABl. 2019 L 328, 7).
2 RL (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der RL 2009/22/EG (ABl. 2020 L 409, 1).
3 RL (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Abl. 2019 L 136, 1).
4 RL (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der RL 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der RL 1999/44/EG (Abl. 2019 L 136, 28).
5 RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RL 93/13/EWG des Rates und der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RL 85/577/EWG des Rates und der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. 2011 L 304, 64).
6 RL des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der RL 84/450/EWG des Rates, der RL 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (ABl. 2005 L 149, 22).
7 RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. 1993 L 95, 29).
8 RL 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.2.1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse (ABl. 1009 L 80, 27).

wollen. So verfolgt sie mit der Omnibus-RL keinen rein vollharmonisierenden Ansatz. Dies wird besonders deutlich an den Öffnungsklauseln, welche mit der Omnibus-RL in die grundsätzlich vollharmonisierende VR-RL eingeführt werden. Dazu gehört zB der neue Art. 6a VR-RL, der Anbieter von Online-Marktplätzen u.a. dazu verpflichtet, Verbraucherinnen und Verbraucher über die zur Festlegung des Rankings der Angebote genutzten Parameter und die Unternehmereigenschaft der Anbieter auf dem Marktplatz zu informieren. Durch die Öffnungsklausel des Art. 6a Abs. 2 VR-RL sind die Mitgliedstaaten befugt, hier noch weiterreichende Informationspflichten zu bestimmen, wovon etwa der deutsche Gesetzgeber mit § 312k Abs. 1 BGB iVm Art. 246d § 1 Nr. 2 EGBGB Gebrauch gemacht und eine Pflicht für Vergleichsplattformen, über die Anbietern, die bei der Erstellung des Vergleichs einbezogen wurden, eingeführt hat.

Daneben führt die Omnibus-RL durch das oft (etwas missverständlich)[9] als „Bezahlen mit Daten" bezeichnete Konzept eine Erweiterung des Anwendungsbereichs verbraucherschutzrechtlicher Vorschriften ein. Eine Vielzahl verbraucherschützender Normen findet nunmehr nicht nur auf Verträge Anwendung, im Rahmen derer Verbraucherinnen oder Verbraucher einen Preis zahlen, sondern gilt ganz ausdrücklich[10] auch für solche Verträge, im Rahmen derer Verbraucherinnen und Verbraucher gerade keinen Preis zahlen (vormals kostenlos), sondern lediglich personenbezogene Daten bereitstellen (vgl. Art. 3 Abs. 1a VR-RL, Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 DID-RL bzw. §§ 312 Abs. 1a, 327 Abs. 3 BGB), mit engen Ausnahmen (hierzu nachstehend).

Nicht minder bedeutsam ist zudem die Einführung erheblicher und vereinheitlichter Sanktionsmöglichkeiten. Mit der Vorgabe von Bußgeldern in Höhe von mindestens (ein weiterer Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten) bis zu 4% des Jahresumsatzes ähneln diese nun stark denen der DS-GVO und begründen für Unternehmer im Verbraucherschutz nun einen gleichermaßen akuten Handlungsbedarf, wie es bereits 2018 bei Einführung der DS-GVO der Fall war.

1. Änderungen der VR-RL

a) „Bezahlen mit Daten"

Seit der Anwendbarkeit der DID-RL und der Omnibus-RL bzw. der entsprechenden nationalen Umsetzungsgesetze zum 1.1. 2022 und 28.5.2022, finden weite Teile des Verbraucherrechts nun auch ganz ausdrücklich Anwendung auf Verträge, bei denen Verbraucherinnen und Verbraucher keinen Preis zahlen, sondern personenbezogene Daten bereitstellen, die nicht für die Vertragsabwicklung objektiv erforderlich sind oder zu deren Erhebung der Unternehmer nicht gesetzlich verpflichtet ist (dh Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b, lit. c, lit. e DS-GVO)[11], vgl. §§ 312 Abs. 1a, 327 BGB. Das bedeutet, dass nahezu alle Verbraucherverträge die bislang als „kostenlos" galten und daher nicht in den Anwendungsbereich eines Großteils der verbraucherschutzrechtlichen Regelungen fielen, insbesondere solche über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen wie zB kostenlose Spiele-Apps, nunmehr ebenfalls stark reglementiert sind. Dies ist vor allem hinsichtlich der verbraucherschutzrechtlichen Informationspflichten relevant, die nun auch in derartigen Konstellationen zu wahren sind – einschließlich des Widerrufsrechts. Von den anwendbaren Pflichten werden nur wenige Ausnahmen gemacht. So ist in diesen Fällen zB keine Verwendung eines „Jetzt-Kaufen-Buttons" (§ 312j Abs. 3 S. 2 BGB) notwendig.

b) Widerrufsrecht

Offen bleibt, inwiefern ein Widerrufsrecht in Fällen des „Bezahlens mit Daten" Verbraucherinnen und Verbraucher überhaupt zu schützen vermag. Zum einen sind die Verträge, bei denen kein Preis gezahlt wird, idR ohnehin jederzeit kündbar. Zum anderen ist eine Herausgabe der bereitgestellten personenbezogenen Daten nach Vertragsende bereits durch die Regelungen der DS-GVO gedeckt, was auch Art. 16 Abs. 2 DID-RL noch einmal adressiert. In Bezug auf nicht-personenbezogene Daten gibt es nun eine Sonderregelung: Verbraucherinnen und Verbraucher haben auch hier (jedenfalls bei Vertragsbeendigung in Folge von Mängelgewährleistung; der genaue Anwendungsbereich der Regelung und deren Erstreckung auf sonstige Vertragsbeendigungen bleibt unklar) einen Herausgabeanspruch (Art. 16 Abs. 3 DID-RL, § 327p Abs. 3 BGB). Inwiefern jedoch nicht-personenbezogene Daten, die Verbraucherinnen und Verbraucher für die Herausgabe zugeordnet werden können, neben dem weiten Begriff des Personenbezugs überhaupt existieren, bleibt ebenfalls offen.[12]

Die Bedingungen, unter welchen Unternehmer das Widerrufsrecht zum Erlöschen bringen können, ändern sich ebenfalls. Bislang bedurfte es für das Erlöschen des Widerrufsrechts bei Verträgen über die Bereitstellung nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlicher digitaler Inhalte[13] gem. § 356 Abs. 5 BGB aF (in Umsetzung von Art. 16 lit. m VR-RL aF) einer ausdrücklichen Zustimmung zur Vertragserfüllung vor Ablauf der Widerrufsfrist und einer Bestätigung der Kenntnisnahme, dass hierdurch mit Beginn der Vertragserfüllung das Widerrufsrecht erlischt. Nun kommt bei (digitalen) Dienstleistungsverträgen und Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte, bei welchen Verbraucherinnen und Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet werden, eine neue Bedingung hinzu: Zusätzlich hat der Unternehmer jene Zustimmung der Verbraucherin oder dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln (§ 356 Abs. 4 Nr. 2, Abs. 5 Nr. 2 BGB). Die Information auf einem dauerhaften Datenträger[14] war bereits vor den Änderungen verpflichtend (§ 312f Abs. 3 BGB aF), hatte aber im Falle eines Verstoßes das Erlöschen des Widerrufsrechts nicht berührt.

Bei den neu eingeführten digitalen Dienstleistungen wird an das Erlöschen des Widerrufsrechts gem. § 356 Abs. 4 BGB darüber hinaus noch das Erfordernis geknüpft, dass die Dienstleistung vollständig erbracht sein muss. Vorher erlischt das Widerrufsrecht auch bei Implementierung des Mechanismus zur Zustimmung und Kenntnisnahme sowie Bereitstellung der Informationen auf einem dauerhaften Datenträger (was hier gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 lit. b BGB ohnehin nur bei Verträgen, die außerhalb von geschlossenen Geschäftsräumen geschlossen werden, erforderlich ist) nicht.

Anders ist dies bei (digitalen) Dienstleistungsverträgen und Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte, wenn sich der Verbraucher nicht zur Zahlung eines Preises verpflichtet.[15] In diesen Fällen ist das Widerrufsrecht bereits qua Gesetz ausgeschlossen, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollstän-

9 Der europäische und so auch der deutsche Gesetzgeber haben ausdrücklich offengelassen, ob es sich bei den bereitgestellten personenbezogenen Daten wie bei der Zahlung eines Preises um eine Gegenleistung handelt, sodass hier nicht zwingend ein synallagmatisches Vertragsverhältnis und entsprechend kein „Zahlen mit Daten" vorliegen muss, BT-Drs. 19/27653, 35; vgl. hierzu auch Spindler MMR 2021, 451 (452).

10 Dazu, dass auch vor den Änderungen durch die Omnibus-RL der Anwendungsbereich der VR-RL und entsprechend der §§ 312 ff. BGB in richtlinienkonformer Auslegung weit auszulegen war und so auch bei Bereitstellung personenbezogener Daten eröffnet gewesen sein dürfte, etwa BeckOGK BGB/Busch, 1.6.2021, BGB § 312 Rn. 11; Spindler MMR 2021, 451 (452).

11 Der europäische Gesetzgeber nimmt nicht ausdrücklich Bezug auf die Tatbestände der DS-GVO, so jedoch der deutsche Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum Umsetzungsgesetz für die Digitale Inhalte-RL, BT-Drs. 19/27653, 40.

12 Hierzu auch Spindler MMR 2021, 528 (530).

13 Vgl. Pech MMR 2022, 348.

14 Vgl. Pech MMR 2022, 262.

15 Vgl. Pech MMR 2022, 516.

dig erbracht hat (§ 356 Abs. 4 Nr. 1 BGB) oder er im Falle von digitalen Inhalten mit der Vertragserfüllung begonnen hat (§ 356 Abs. 5 Nr. 1 BGB).

Das gesetzliche Erlöschen des Widerrufsrechts bei vollständiger Leistungserbringung iRv Verträgen über (digitale) Dienstleistungen ist nicht unproblematisch. Verträge über digitale Dienstleistungen, die nunmehr als Dienstleistungen iSd § 356 Abs. 4 BGB zu verstehen sind, unterfallen qualitativ höheren Anforderungen als Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte. Dass das Widerrufsrecht erst nach dem vollständigen Erbringen der Leistung zum Erlöschen gebracht werden kann, ist problematisch, da Verträge, die zuvor als Verträge über digitale Inhalte betrachtet wurden, immer öfter digitalen Dienstleistungsverträgen zugeordnet werden müssen. Die genaue Einordnung ist auf Grund sehr offener Kriterien oft nicht einfach und es streitet eine Zweifelsregelung für das Vorliegen digitaler Dienstleistungen, dh die Anwendbarkeit der strengeren Regelungen.[16] Weil es sich bei digitalen Dienstleistungsverträgen jedoch anders als bei Verträgen über digitale Inhalte um Dauerschuldverhältnisse handelt, ist die vollständige Leistung grundsätzlich erst zum Ende des Vertragsverhältnisses erbracht, womit ein Erlöschen des Widerrufsrechts im Wesentlichen hinfällig wird. Gerade für Abo-Modelle stellt dies eine enorme wirtschaftliche Hürde dar, da so – im Falle des Widerrufs – Erstattungen (bestenfalls – sofern richtig belehrt wurde, § 357a Abs. 2 BGB) pro rata temporis erfolgen müssen. Mit dieser Problematik setzte sich der EuGH[17] noch vor Einführung des Begriffs der digitalen Dienstleistung auseinander und bejahte letztendlich ein Widerrufsrecht unter Ablehnung der Einschlägigkeit des Erlöschenstatbestands für digitale Inhalte. Der EuGH griff hier zudem die Problematik nach der Berechnung des Wertersatzes bei digitalen Dienstleistungsverträgen auf und stellte noch einmal klar, dass die Berechnung in der Regel anteilig nach der genutzten Zeit der Dienstleistung zu bemessen ist, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn qualitativ unterschiedliche Teilleistungen einer zeitanteilig bezahlten Gesamtleistung unterschiedlich schnell erbracht werden.

Die Umsetzung der Erlöschenstatbestände stellt in der Praxis häufig eine besondere Herausforderung dar und wird jedenfalls von rechtlich versierten oder gut beratenen Unternehmern stets umgesetzt. Möchten Verbraucherinnen und Verbraucher gleichwohl die Leistung in Anspruch nehmen, so werden sie sich dem Widerrufsverzicht schlicht beugen müssen. In der Praxis besteht damit bereits de facto ein quasi-gesetzlicher Ausschlussgrund, weshalb bei der Modernisierung des Verbraucherschutzrechts ein gesetzlicher Ausschlusstatbestand gegenüber der Systematik des Erlöschenstatbestands vorzugswürdig gewesen wäre. Das Anklicken einer Checkbox und die Zusendung der damit einhergehenden Zustimmung versetzt Verbraucherinnen und Verbraucher kaum in eine bessere Lage, als wenn das Widerrufsrecht bereits de lege lata ausgeschlossen wäre (insbesondere da auch auf einen Ausschluss entsprechend hinzuweisen wäre, vgl. Art. 246a § 1 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB).

Verstöße gegen bestimmte Tatbestände des Verbraucherschutzrechts sind in Umsetzung der Omnibus-RL nun gem. Art. 246e EGBGB unter bestimmten Voraussetzungen mit einem Bußgeld von bis zu 4% des Jahresumsatzes sanktioniert. Darunter zählen insbesondere auch Verstöße gegen die allgemeinen Informationspflichten nach §§ 312a Abs. 2 S. 1, 312d Abs. 1 BGB iVm Art. 246, 246a EGBGB, dh etwa Informationen über die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen, Vertragslaufzeiten, Kündigungsbedingungen, Interoperabilität und Kompatibilität und auch das Widerrufsrecht. Ebenso potenziell bußgeldbewährt ist die falsche Beschriftung des Bestell-Buttons gem. § 312j Abs. 3 BGB.

2. Änderungen der UGP-RL

Die mit Anpassung der VR-RL verstärkten Anforderungen an die Transparenz werden durch eine Anpassung der UGP-RL in Art. 3 Omnibus-RL ergänzt. So sind zB Verbraucherinnen und Verbraucher, welche mittels Eingabe eines Stichworts, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe nach Produkten suchen, über die Hauptparameter des Rankings, also die Sortierung vorgeschlagener Produkte, zu informieren (Art. 7 Abs. 4a UGP-RL). Eine ähnlich umfangreiche Regelung zu der Transparenz von Ranking-Parametern findet sich in der bereits seit dem 12.7.2020 unmittelbar wirkenden VO (EU) 2019/1150 (P2B-VO)[18]. Diese gilt jedoch nicht im B2C-Verhältnis, sondern nur im Verhältnis von Plattformen zu gewerblichen Nutzern, die wiederum auf der Plattform Produkte an Verbraucherinnen und Verbraucher anbieten. Der Europäische Gesetzgeber nimmt jedoch an vielen Stellen auf die Anforderungen der P2B-VO Bezug, sodass diese sowie die entsprechenden Leitlinien der Europäischen Kommission[19] in gewissem Maße auch zur Auslegung der neuen Verbraucher-Ranking-Regelungen herangezogen werden kann.

Auch Nutzerbewertungen sollen mithilfe der Omnibus-RL transparenter werden. Wenn Unternehmer Verbraucherinnen und Verbrauchern Bewertungen von Produkten anzeigen, müssen diese seit dem 28.5.2022 darüber informieren, ob und falls ja, wie deren Authentizität sichergestellt wird (Art. 7 Abs. 6 UGP-RL, umgesetzt durch § 5b Abs. 3 UWG iVm § 5a Abs. 1 UWG), flankiert durch zwei neue Tatbestände auf der Schwarzen Liste im Anhang des UWG, Nr. 23b und Nr. 23c).

Verstöße gegen bestimmte Tatbestände des UWG, darunter der allgemeine (und weitreichende) Irreführungstatbestand nach § 3 UWG, sind in Umsetzung der Omnibus-RL nun gem. § 19 UWG unter bestimmten Voraussetzungen mit einem Bußgeld von bis zu 4% des Jahresumsatzes sanktioniert und bergen zudem das Risiko eines Verstoßes iSd § 9 Abs. 1 UWG, womit sie eine Schadensersatzpflicht gegenüber den Mitbewerbern auslösen können – und dies im Falle eines Verstoßes gegen § 3 UWG (einschließlich der Tatbestände auf der Schwarzen Liste) gem. § 9 Abs. 2 UWG nun auch gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern.

3. Änderungen der EG-Grundpreis-RL

Schwierigkeiten in der Umsetzung bereitet in der Praxis insbesondere die Änderung der EG-Grundpreis-RL, die nun mit dem neuen Art. 6a RL 98/6/EG konkrete Anforderungen an die Bekanntgabe von Preisermäßigungen, also zB mittels Streichpreisen oder prozentualen Ermäßigungen enthält. In solchen Fällen ist nunmehr als Referenzpreis für die Ermäßigung stets der niedrigste Gesamtpreis anzugeben, den der Unternehmer in den letzten 30 Tagen vor der Preisermäßigung gefordert hat.

Die Änderungen der EG-Grundpreis-RL durch die Omnibus-RL sollen aus Sicht der EU-Kommission wegen des Anwendungsbereichs der mindestharmonisierenden EG-Grundpreis-RL vereinheitlicht nur in Bezug auf Preisermäßigungen von beweglichen Waren gelten, dh nicht für Dienstleistungen und auch nicht für digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen.[20] So hat es auch der deutsche Gesetzgeber in § 11 PAngV umgesetzt. Jedoch steht den Mitgliedstaaten hier ein Umsetzungsspielraum zu, von

16 Vgl. den letzten Satz von Erwägungsgrund 30 Omnibus-RL.
17 EuGH MMR 2020, 827.
18 VO (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (ABl. 2019 L 186/57).
19 Leitlinien zur Transparenz des Rankings gemäß der VO (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. 2020 C 424, 1).
20 Leitlinien zur Auslegung und Anwendung von Artikel 6a der RL 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse (ABl. 2021 C 526, 130), S. 4.

welchem auch einige Mitgliedstaaten Gebrauch gemacht haben. Damit ist auch an dieser Stelle das Harmonisierungsziel verfehlt, mit der Folge, dass Unternehmer stets für alle Mitgliedstaaten (einschließlich solcher Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums, die sich entschieden haben, die Omnibus-RL umzusetzen) prüfen müssen, ob und inwiefern welcher Mitgliedstaat von diesem Umsetzungsspielraum Gebrauch gemacht hat. Dies gilt auch im Hinblick auf die weiteren Öffnungsklauseln aus Art. 6a RL 98/6/EG, die ermöglichen, dass die Mitgliedstaaten Abweichungen von der 30-Tage-Regelung erlassen können, zB in Bezug auf Produkte, die neu auf dem Markt sind, oder schrittweisen Preisermäßigungen. Hier kann daher bei der Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen von Unternehmern nicht ohne Weiteres ein einheitlicher, EU-weiter Ansatz gewählt werden.

Ähnlich uneinheitlich bleiben auch die Sanktionsmöglichkeiten, obwohl die Omnibus-RL grundsätzlich den Ansatz harmonisierter Sanktionsregimes verfolgt. So wird über die Omnibus-RL zwar mit Änderung des Art. 8 RL 98/6/EG ein Kriterienkatalog für die Bemessung von Sanktionen vorgegeben, jedoch kein einheitliches Mindestmaß hinsichtlich der Sanktionshöhe vorgesehen. Die Mitgliedstaaten können somit Sanktionen verhängen, die sich in ihrer Art und ihrem Höchstmaß stark voneinander unterscheiden, zwingende Bußgelder auf EU-Ebene gibt es hier nicht.

4. Änderungen der Klausel-RL

Durch die Omnibus-RL wurden keine neuen Tatbestände in die Klausel-Richtlinie (Klausel-RL) mit aufgenommen, sodass materiell das AGB-Recht unberührt bleibt. Mit Einführung des Art. 8b Klausel-RL wurden jedoch neue Sanktionsmöglichkeiten geschaffen und Verstöße gegen die Klausel-RL können nun ebenfalls unter bestimmten Umständen mit einem Bußgeld in Höhe von mindestens bis zu 4% des Jahresumsatzes sanktioniert werden. Die Mitgliedstaaten können diese Sanktionen auf die Fälle beschränken, in denen die Vertragsklauseln nach nationalem Recht ausdrücklich als in jedem Fall missbräuchlich anzusehen sind oder in denen ein Gewerbetreibender Vertragsklauseln, die in einer rechtskräftigen Entscheidung gem. Art. 7 Abs. 2 Klausel-RL für missbräuchlich befunden wurden, weiterverwendet.

Dies hat der deutsche Gesetzgeber insofern getan, als gem. Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB nur solche AGB-Verstöße potenziell bußgeldbewährt sind, die unter § 309 BGB (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit) fallen, oder Bestimmungen in AGB betreffen, deren Empfehlung oder Verwendung gegenüber Verbrauchern dem Unternehmer durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurde.

Angesichts der deutschen Umsetzung unter Bezugnahme auf § 309 BGB bleibt allerdings die Frage offen, ob auch solche Regelungen potenziell bußgeldbewährt sein können, die iRv § 309 BGB überschießend umgesetzt sind und damit nicht auf Unionsrecht basieren. Dies betrifft zB § 309 Nr. 9 BGB, der durch das rein nationale Gesetz über faire Verbraucherverträge[21] zum 1.3. 2022 angepasst wurde und besondere Regelungen zu Vertragslaufzeiten von Dauerschuldverhältnissen und stillschweigenden Vertragsverlängerungen enthält. Ob hier bereits eine vergleichbare Regelung eines anderen Mitgliedstaats ausreicht oder was zB bei Vereinbarungen mit Verbraucherinnen und Verbrauchern aus anderen Mitgliedstaaten, die deutschem Recht unterliegen, gelten soll, verbleibt damit klärungsbedürftig.

III. Mängelgewährleistungsrecht für digitale Produkte

Die vollharmonisierende Digitale Inhalte-Richtlinie (DID-RL) umfasst Verbraucherverträge über digitale Produkte, also Verträge, die digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen zum Gegenstand haben. In Abgrenzung hierzu befasst sich die Warenkaufrichtlinie (WK-RL) mit Waren mit digitalem Element. Waren mit digitalem Element sind Waren, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, sodass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten und die gemäß dem Kaufvertrag mit diesen Waren bereitgestellt werden, unabhängig davon, ob diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Verkäufer oder von einem Dritten bereitgestellt werden (vgl. Art. 2 Nr. 5 lit. b WK-RL iVm Art. 3 Abs. 3 WK-RL).

Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, enthalten sowohl die DID-RL als auch die WK-RL eine Zweifelsregelung. Bestehen Zweifel, ob die Bereitstellung enthaltener oder verbundener digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen Bestandteil des Kaufvertrags ist (und damit dem Anwendungsbereich der WK-RL unterfällt), so wird vermutet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Kaufvertrag umfasst sind (Art. 3 Abs. 3 WK-RL, Art. 3 Abs. 4 DID-RL).

Die DID-RL betrifft sowohl Verträge über digitale Produkte, für die ein Preis bezahlt wird, was wohl auch die besonders im Games-Bereich relevanten virtuellen Währungen miteinschließt,[22] als auch Verträge, im Rahmen derer Verbraucherinnen und Verbraucher personenbezogene Daten bereitstellen. Die DID-RL schafft ein Mängelgewährleistungsrecht für digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, während die WK-RL modifizierte Regelungen zum bestehenden Sachmängelrecht enthält, die sich speziell auf Waren mit digitalen Elementen beziehen.

Beide Richtlinien führen für ihren jeweiligen Anwendungsbereich die Pflicht ein, zum Erhalt der Mangelfreiheit des Vertragsgegenstands sofern erforderlich Updates bereitzustellen. Die Update-Pflicht in Bezug auf digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen ist in Deutschland nunmehr in § 327f BGB verankert. Die Update-Pflicht bei Waren mit digitalen Elementen findet sich in § 475b BGB.

Unternehmer (oder im Falle von Waren mit digitalen Elementen die Verkäufer) haben danach sicherzustellen, dass Verbraucherinnen und Verbrauchern Aktualisierungen zur Verfügung gestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit erforderlich sind (§ 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB). Die Pflicht besteht daher nur hinsichtlich sog. konformitätserhaltender Updates, diese erfassen aber grundsätzlich auch Sicherheits-Updates.

Der Zeitraum, in welchem der Unternehmer zur Aktualisierung verpflichtet ist, ist abhängig davon, ob es sich um eine Ware mit digitalem Element (bzw. das digitale Element) oder losgelöst hiervon um digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen handelt. Zudem kommt es darauf an, ob vertragsgemäß eine einmalige oder eine dauerhafte Bereitstellung des digitalen Produkts geschuldet ist. Bei digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen bestimmt sich der Zeitraum für die Bereitstellung von Updates gem. § 327f Abs. 1 Nr. 2 BGB bei der einmaligen Bereitstellung danach, was Verbraucherinnen und Verbraucher vernünftigerweise erwarten können. IRd dauerhaften Bereitstellung (zB bei einem Abonnement oder SaaS-Vertrag) ist der gesamte Bereitstellungszeitraum maßgeblich. Ansprüche wegen einer Verletzung der Update-Pflicht verjähren zudem nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach dem Ende des für die Update-Pflicht maßgeblichen Zeitraums (§ 327j Abs. 3 BGB).

Bei Waren mit digitalem Element besteht der Anspruch auf Updates gem. § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB bei einmaliger Bereitstellung oder wenn kein Bereitstellungszeitraum vereinbart ist (§ 475c Abs. 2 BGB), während des Zeitraums, den Verbrauche-

21 BGBl. 2021 I 3433.
22 Vgl. Erwägungsgrund 23 DID-RL sowie § 327 Abs. 1 S. 2 BGB.

rinnen und Verbraucher auf Grund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten können. Bei der dauerhaften Bereitstellung besteht die Update-Pflicht während des gesamten Bereitstellungszeitraums, mindestens aber für einen Zeitraum von zwei Jahren ab der Ablieferung der Ware (§ 475c Abs. 2 BGB). Zuletzt soll es Verbraucherinnen und Verbrauchern freistehen, bereitgestellte Aktualisierungen zu installieren.[23] Dies folgt auch aus Art. 8 Abs. 3 DID-RL (umgesetzt in § 327f Abs. 2 BGB) und Art. 7 Abs. 4 WK-RL (umgesetzt in § 475b Abs. 5 BGB), welche die Verantwortlichkeiten regeln für den Fall, dass Verbraucherinnen und Verbraucher ein bereitgestelltes Update nicht installieren. Es ist fragwürdig, ob der Verbraucherschutz durch eine solche Erschwerung von automatischen Updates mehr gefährdet als geschützt wird. So könnten in praktischer Hinsicht, trotz diesbezüglich bestehender Informationspflicht seitens der Unternehmer, (auch sicherheits-)relevante Updates schnell vergessen werden, während der Unternehmer zugleich nicht länger für eine darauf zurückzuführende Vertragswidrigkeit haftet, sofern er hinreichend über die Verfügbarkeit des Updates und die Folgen der Nichtinstallation informiert hat.

IV. Fazit

Der New Deal for Consumer bringt vor allem viel Neues für vormals kostenlose Produkte, im Rahmen derer Verbraucherinnen und Verbraucher personenbezogene Daten bereitstellen (die der Unternehmer nicht ausschließlich verarbeitet, um seine Leistungspflicht oder an ihn gestellte rechtliche Anforderungen zu erfüllen), sowie in Bezug auf digitale Dienstleistungsverträge. Dabei steigen die Anforderungen an die Unternehmer deutlich, was sich insbesondere in Form von weitreichenden und vielseitigen Informationspflichten zeigt, sei es hinsichtlich des Widerrufsverzichts, Nutzerbewertungen oder Rankings. DS-GVO-artige Sanktionen von (mindestens) bis zu 4% des Jahresumsatzes machen dabei eine rechtliche Überprüfung eigener Prozesse unabdinglich – auch bereits bestehender, da sich das rechtliche Risiko im Fall von Verstößen signifikant ändert. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass zur Vermeidung von empfindlichen Sanktionen an vielen Stellen ein souveräner Umgang mit teils sehr offenen Formulierungen verlangt wird und trotz des Ziels der Vereinheitlichung des Verbraucherschutzrechts auf EU-Ebene noch zahlreiche Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten bei der nationalen Umsetzung bestehen, von denen auch rege Gebrauch gemacht wurde.

Der New Deal for Consumers schafft daher immensen Implementierungsbedarf, insbesondere bei Unternehmern, die international tätig sind. Ob die Initiative tatsächlich den Binnenmarkt fördert, bleibt abzuwarten. Die Position von Verbraucherinnen und Verbrauchern ist durch die Sanktionsmöglichkeiten jedenfalls gestärkt, was mit Anwendbarkeit der Verbandsklagenrichtlinie in 2023 und dadurch der Möglichkeit auch kollektiver Leistungsklagen noch verstärkt wird.

23 Vgl. Erwägungsgrund 47 DID-RL und Erwägungsgrund 30 WK-RL; hierzu auch Spindler MMR 2021, 451 (456).

Schnell gelesen ...

- Der New Deal for Consumers bringt zahlreiche relevante Änderungen im Verbraucherschutz- und Lauterkeitsrecht auf EU-Ebene, insbesondere für Produkte die vormals als kostenlos galten, nun aber unter das Konzept des „Bezahlens mit Daten" fallen.
- Potenzielle Bußgelder auf DS-GVO-Niveau von mindestens bis zu 4% des Jahresumsatzes erhöhen das Risikolevel nicht nur in Bezug auf neue Pflichten, sondern auch bei bestehenden Regelungen, zB Verstöße gegen AGB-Recht. Dadurch wird Verbraucherschutzrecht faktisch zum neuen Compliance-Thema.
- Da das Ziel der Harmonisierung auf EU-Ebene in vielen Aspekten durch den New Deal for Consumers wegen zahlreicher Öffnungsklauseln nicht erreicht ist, müssen international tätige Unternehmer nach wie vor in allen relevanten Kernmärkten einen Abgleich der Regelungen durchführen, um auf der sicheren Seite zu sein.

Konstantin Ewald
ist Rechtsanwalt und Partner bei Osborne Clarke in Köln. Er ist Spezialist für E-Commerce-Recht mit besonderem Schwerpunkt im Bereich Consumer Compliance und internationalen Plattform Compliance- Projekten.

Leonie Schneider
ist Rechtsanwältin und Associate bei Osborne Clarke in Köln. Ihr Schwerpunkt liegt im Bereich Verbraucherschutzrecht, E-Commerce-Recht und Plattformregulierung.

Wir danken unserem wissenschaftlichen Mitarbeiter, Herrn David Buchholz, LLM Int. Technology Law, für seine tatkräftige Unterstützung und seine klugen Anmerkungen.

PHILIPP SÜMMERMANN / KONSTANTIN EWALD

Das Gesetz für faire Verbraucherverträge

Die neuen Regelungen zu Abo-Verträgen in der Praxis

Kündigungsbutton

Die Umsetzung des sog. Gesetzes für faire Verbraucherverträge stellt Unternehmen aktuell vor erhebliche praktische Herausforderungen. Das am 10.8.2021 verabschiedete Gesetz bündelt vier Änderungen des deutschen Verbraucherschutzrechts. Insbesondere beschränkt es stillschweigende Vertragsverlängerungen und verpflichtet Unternehmen, Nutzern einen „Kündigungsbutton" anzubieten. Zudem führt es ein Abtretungsverbot für bestimmte Forderungen ein. Neben diesen Änderungen des BGB schafft es im UWG eine Dokumentationspflicht für die Einwilligung von Verbrauchern in Telefonwerbung. Der Beitrag liefert einen Überblick über die neu geschaffenen Regelungen und die wichtigsten Fragen in Bezug auf die Implementierung bei digitalen Geschäftsmodellen mit einem besonderen Fokus auf Games. Die Implementierung der verbraucherrechtsbezogenen Änderungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge ist für Digitalunternehmen von besonderer Bedeutung, weil die Regelungen erheblichen Anpassungsbedarf im Umgang mit Abo-Modellen mit sich bringen. Nach einer kurzen Übersicht zur Genese geht der Beitrag daher vertiefend auf die Regelungen zur Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen und den Kündigungsbutton ein. Anschließend erläutert der Beitrag kurz die weiteren Änderungen des Gesetzes.

Lesedauer: 21 Minuten

I. Genese

Das wohlfeil-wertend „Gesetz für faire Verbraucherverträge" genannte Gesetz war eine der letzten Maßnahmen der vergangenen Bundesregierung. Den Entwurf der Bundesregierung[1] hatte der Bundestag in seiner letzten regulären Sitzung vor Legislaturende in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung[2] am 24.6.2021 angenommen.[3]

Während auf europäischer Ebene die EU-Kommission versucht, den digitalen Binnenmarkt voranzutreiben und mit der Initiative zur „Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher" – besser bekannt unter dem englischen Begriff des „New Deal for Consumers" – jedenfalls in weiten Teilen harmonisierte Verbraucherschutzregelungen anstrebt, ist das Gesetz für faire Verbraucherverträge ein nationaler Alleingang.

II. Regelungen zur Laufzeit von Verbraucherverträgen

In der Vergangenheit waren Klauseln in AGB weitverbreitet, nach denen sich Verträge im Anschluss an die Erstlaufzeit von einem oder maximal zwei Jahren automatisch um jeweils ein weiteres Jahr verlängerten, sofern der Verbraucher nicht zuvor gekündigt hatte. Seit dem 1.3.2022 sind entsprechende Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich unwirksam, § 309 Nr. 9 BGB.

1. Inhalt der Neuregelung

Nach Ende der Erstlaufzeit erfasster Verträge sind stillschweigende Verlängerungen nunmehr ausschließlich auf unbestimmte Zeit erlaubt, § 309 Nr. 9 lit. b BGB. Die Neuregelung betrifft sämtliche Verträge, die eine regelmäßige Lieferung oder regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Inhalt haben. In diesem Fall muss der Verbraucher gleichzeitig das Recht bekommen, das verlängerte Vertragsverhältnis jederzeit mit einer Frist von höchstens einem Monat zu kündigen. Unwirksam sind seit dem Frühjahr zudem Kündigungsfristen von über einem Monat vor Ablauf der zunächst vorgesehenen Vertragsdauer, § 309 Nr. 9 lit. c BGB.

Für entsprechende Verträge gilt somit, dass Verbraucher nur noch einmalig für eine initiale Laufzeit vertraglich gebunden werden können. Sollen Verträge nach Ablauf dieser Erstlaufzeit fortdauern, bedarf es einer entsprechenden vertraglichen Umwandlung in einen unbefristeten Vertrag und Verbraucher müssen im Gegenzug ein kurzfristiges Kündigungsrecht von nicht mehr als einem Monat eingeräumt bekommen. In Bezug auf die zulässige Dauer der Erstlaufzeit bleibt es bei der bisherigen Deckelung auf zwei Jahre, § 309 Nr. 9 lit. a BGB.[4]

2. Umgang mit Altverträgen

Die Neuregelung gilt nur für solche Verträge, die seit dem 1.3.2022 geschlossen wurden, Art. 229 § 60 S. 2 EGBGB. Entscheidend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, eine Verlängerung zuvor geschlossener Verträge nach dem Stichtag ist unerheblich.[5] Diese können sich bei entsprechender vertraglicher Regelung weiterhin so lange stillschweigend verlängern, bis eine der Parteien von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch macht.

3. Beschränkung auf stillschweigende Verlängerungen

Die neu geschaffene Beschränkung gilt ausschließlich für stillschweigende Verlängerungen auf Grund einer entsprechenden Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Weiterhin möglich ist somit – neben dem Abschluss eines neuen Vertrags[6] –, dass Verbraucher aktiv in eine Verlängerung des bestehenden Vertrags für eine weitere bindende Laufzeit einwilligen.[7]

Unbeachtlich ist die Motivation des Verbrauchers für eine entsprechende Verlängerung. In der Praxis wird dies regelmäßig auf Grund von Anreizsystemen erfolgen. So ist es zB bedenkenlos zulässig, für die Dauer der Erstlaufzeit vertraglich einen Rabatt zu vereinbaren, den der Unternehmer dem Verbraucher erneut einräumt, wenn er sich zum Ablauf für eine erneute Vertragsbindung entscheidet.

4. Umgang mit Monatsabos

Gerade im Digitalbereich weit verbreitet sind Abos, die eine Laufzeit von einem Monat haben und sich automatisch um jeweils einen weiteren Monat verlängern. Kündigungen sind hierbei regelmäßig jederzeit zum Stichtag der nächsten Verlängerung möglich.

Eine entsprechende Vereinbarung in AGB widerspricht nunmehr dem Wortlaut nach der Regelung des § 309 Nr. 9 lit. b BGB. Demnach soll jede zeitliche Beschränkung der Verlängerung zur Unwirksamkeit der Klausel führen.[8] Dies ist im Falle von Monatsabos jedoch ein lediglich semantischer Unterschied; aus Rechtsfolgenperspektive ist eine solche Vereinbarung der geforderten Verlängerung auf unbestimmte Zeit mit der Einräumung einer Kündigungsfrist von einem Monat gleichzusetzen. Es ist daher davon auszugehen, dass für entsprechende Regelungen kein Änderungsbedarf besteht.

5. Umgang mit Probezeiten

Probezeiten einschließlich Trials und ähnlicher „Gratis-Testzeiträume" zu Beginn eines Vertrags zählen mangels zeitlicher Bindung des Verbrauchers nicht zur Laufzeit iSd § 309 Nr. 9 lit. a BGB[9]. Die teils in AGB anzutreffende Formulierung, dass ein Vertrag sich nach Ende der Probezeit „automatisch verlängert", stellt mangels bindender Erstlaufzeit daher auch keine Verlängerung iSd § 309 Nr. 9 lit. b BGB dar.

Dies ist auch sachgerecht, da die Regelung Verbraucher vor Kostenfallen schützen soll. Es wäre verfehlt, sie auf Konstellationen auszuweiten, die Verbrauchern eine Probezeit mit jederzeitigem Kündigungsrecht einräumen. Eine solche Auslegung würde letztlich dazu führen, Anbieter schlechter zu stellen, die Verbrauchern längere Fristen einräumen, sich die vertragliche Bindung zu überlegen.

6. Umgang mit Vorauszahlungen

Die Regelung des § 309 Nr. 9 BGB trifft keine Regelung zur Zulässigkeit von Vorauszahlungspflichten, auch über die maßgebliche Vertragslaufzeit oder Kündigungsfrist hinaus. Es bleibt dabei, dass die Zulässigkeit von Vorleistungsklauseln am Maßstab des § 307 BGB zu messen ist.[10]

III. Kündigungsbutton

Die zweite grundlegende Neuerung des Gesetzes für faire Verbraucherverträge seit dem 1.7.2022 ist die Pflicht für Unterneh-

1 BT-Drs. 19/26915.
2 BT-Drs. 19/30840.
3 BT-Plenarprotokoll 19/236 v. 24.6.2021, 30732.
4 Anders noch der Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26915, 7; ausf. hierzu Wais NJW 2021, 2833 (2835).
5 Wais NJW 2021, 2833 (2836); BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 24.
6 So auch Wais NJW 2021, 2833 (2836).
7 BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 104; MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 21.
8 BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 107.
9 BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 85 mwN; aA Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/Dammann, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 41.
10 Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/Dammann, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 2 Rn. 9 ff. mwN.

mer, einen Kündigungsbutton[11] für Dauerschuldverhältnisse zu implementieren. Die entsprechende Regelung in § 312k BGB soll es Verbrauchern ermöglichen, auf Webseiten geschlossene Verträge durch einen gesetzgeberisch vordefinierten Prozess leichter zu beenden.

Die Regelung findet gem. Art. 229 § 60 EGBGB auch auf Altverträge Anwendung. Seitdem muss jedem Verbraucher die Möglichkeit eröffnet werden, auf einer Webseite abschließbare Dauerschuldverhältnisse mittels dieser neuen „Buttonlösung" zu kündigen.

1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Kündigungsbuttons ist gem. § 312k Abs. 1 S. 1 BGB eröffnet bei Webseiten, die es Verbrauchern ermöglichen, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr zu schließen, die auf die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses gerichtet sind und den Unternehmer zu einer entgeltlichen Leistung verpflichten.

a) Dauerschuldverhältnisse

Die Regelung findet im digitalen Bereich vor allem auf solche Verträge Anwendung, die im allgemeinen Sprachgebrauch als „Abos" bezeichnet werden. Den Begriff des Dauerschuldverhältnisses hat der Gesetzgeber entwicklungsoffen ausgestaltet und daher bewusst nicht legaldefiniert.[12] Typisches Merkmal von Dauerschuldverhältnissen sind die während der Laufzeit fortwährend neu entstehenden Leistungs- und Schutzpflichten, weshalb weder der letztlich geschuldete Leistungsumfang noch die Umstände der Leistungserbringung im Vorhinein quantifizierbar sind.[13] Eine allgemeine Aussage, der zufolge zB Verträge über digitale Dienstleistungen iSd § 327 Abs. 2 S. 2 BGB in jedem Fall erfasst seien, Verträge über digitale Inhalte iSd § 327 Abs. 2 S. 1 BGB aber nicht, lässt sich pauschalisierend nicht treffen.

Im Anwendungsbereich sind hierbei sämtliche Vertragstypen, für deren Kündigung keine strengere Form als die Textform vorgesehen ist. Ausgenommen sind neben Vertragstypen mit entsprechend strengeren formalen Kündigungsmodalitäten insbesondere Webseiten, die Finanzdienstleistungen betreffen sowie Kündigungen für Verträge über Finanzdienstleistungen.

Das Vorhalten des Kündigungsbuttons ist auch dann erforderlich, wenn der Unternehmer ausschließlich den Abschluss von Verträgen mit befristeter Laufzeit ermöglicht, die keine stillschweigende Verlängerung vorsehen. In diesen Fällen würde eine ordentliche Kündigung zwar keine gesonderte Relevanz haben. Verbraucher können über den Kündigungsbutton jedoch auch Erklärungen zu außerordentlichen Kündigungen übermitteln.

b) Entgeltliche Leistung

Der Begriff der „entgeltlichen Leistung" bezieht sich nach dem etablierten Verständnis der Entgeltlichkeit ausschließlich auf Verträge gegen Geldzahlungen.[14] Dies entspricht der „Zahlung eines Preises" iSd § 327 Abs. 1 S. 1 BGB. Nicht erfasst sind folglich Verträge gegen digitale Darstellungen eines Werts sowie Verträge, bei denen Nutzer personenbezogene Daten bereitstellen, die der Unternehmer nicht ausschließlich zur Erfüllung seiner Leistungspflichten oder der an ihn gestellten rechtlichen Anforderungen verarbeiteten.[15] Beim sog. „Zahlen mit Daten" besteht bereits nicht das maßgebliche „Kostenfallenrisiko".

c) Webseite

Unternehmer müssen den Kündigungsbutton auf „Webseiten" vorhalten, der Begriff ist hierbei nicht legaldefiniert. Der Gesetzgeber verweist für die Auslegung auf die Rechtsprechung zum identischen Begriff in § 312j Abs. 1 BGB.[16] Da sich eine relevante Rechtsprechung hierzu noch nicht herausgebildet hat, ist angesichts des Wortlauts der Begriff dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend iSv Internetauftritten zu verstehen, die mittels eines Browsers angesteuert werden können. Auf Grund der ausdrücklichen Regelung für „Webseiten" sind andere grafische Bedienoberflächen einschließlich Kaufmöglichkeiten in Spielen oder Apps nicht erfasst.[17] Da der Gesetzgeber nicht allgemein den etablierten Begriff des „elektronischen Geschäftsverkehrs" oder – angesichts der Erforderlichkeit einer Bedienoberfläche – den der „Telemedien" verwendet hat, ist von einem bewusst engen Verständnis auszugehen. Der Anwendungsbereich ist daher restriktiver als jener, der – vom Gesetzgeber in der Begründung an anderer Stelle auch explizit herangezogenen – Impressumspflicht gem. § 5 TMG.

d) Ermöglichung des Vertragsschlusses über die Webseite

Die Pflicht zum Vorhalten des Kündigungsbuttons erfasst Webseiten, die einen Vertragsschluss ermöglichen. Nicht im Anwendungsbereich sind daher reine Marketing-Präsenzen oder andere Internetauftritte, die keine Kontrahierungsmöglichkeiten für Verbraucher im elektronischen Geschäftsverkehr vorsehen.[18]

Ermöglicht eine Webseite Verbrauchern den Abschluss von Verträgen, ist es für die Nutzung des Buttons unerheblich, ob der konkret zu kündigende Vertrag ursprünglich über die Webseite geschlossen wurde.[19] Unternehmer müssen über den Kündigungsbutton Erklärungen für sämtliche Verträge entgegennehmen, die sie über die entsprechende Webseite vertreiben. Ein Verbraucher kann zB ein Zeitungsabo auch dann über die Homepage der jeweiligen Zeitung kündigen, wenn er sein Abo selbst offline in einer Filiale geschlossen hatte.

In Bezug auf Vertragsschlussmöglichkeiten auf Webseiten Dritter ist zu differenzieren. Der Unternehmer hat ausweislich der Gesetzesbegründung Drittplattformen wie Vermittlungsplattformen vertraglich zum Vorhalten eines Kündigungsbuttons zu verpflichten, wenn diese als Boten oder Vertreter tätig sind und Verbraucher keine Verträge mit der Plattform schließen, sondern direkt mit dem Unternehmer.[20] Hierbei ist es auch möglich, dass die Drittplattform unmittelbar einen Link zur Bestätigungsseite des Unternehmers vorhält, statt den gesamten Prozess selbst abzubilden.

Die Regelung des § 312k BGB kann Unternehmer aber nur insoweit verpflichten, wie sie selbst Vertragspartner der entsprechenden Verbraucher werden. Kündigungserklärungen sind grundsätzlich dem jeweiligen Vertragspartner oder ggf. seinen Vertretern bzw. Boten zu übermitteln. Bei Abos für Computerspiele und ähnliche digitale Angebote sind oftmals Vertragskonstellationen üblich, bei denen die Nutzer Verträge nicht mit dem Anbieter des Spieles selbst schließen, sondern ihren Abo-Vertrag unmittelbar mit dem jeweiligen Store-Betreiber abschließen. In solchen Konstellationen sind die entsprechenden Plattformanbieter als Unternehmer iSd § 309 Abs. 2 S. 1 BGB zur Bereitstellung von Kündigungsbuttons für die über ihre Webseiten abschließbaren Verträge verpflichtet.

11 S.a. Güster/Booke MMR 2022, 450.
12 MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 9.
13 MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 10.
14 Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 32.
15 Im Ergebnis so auch Wais NJW 2021, 2833 (2836); s.a. Pech MMR 2022, 516.
16 BT-Drs. 19/30840, 16.
17 AA Stiegler VuR 2021, 443 (444).
18 Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 30.
19 BT-Drs. 19/30840, 17.
20 Vgl. BT-Drs. 19/30840, 16.

e) Möglichkeit eines „Opt-out"

Mit Blick auf die Vertragsautonomie ist es als Individualabrede gem. § 305b BGB zulässig, auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers einzelne Verträge von der Möglichkeit der Nutzung des Kündigungsbuttons auszuschließen bzw. zu vereinbaren, dass hierüber übermittelte Kündigungserklärungen unbeachtet bleiben sollen. Dies kann sich insbesondere anbieten, um das Missbrauchsrisiko bei einem Formular ohne Authentifizierung einzuschränken.

2. Inhalt der Regelung

Inhaltlich verpflichtet die Regelung Unternehmer, einen dreistufigen Prozess vorzuhalten. Der visibelste Teil ist zunächst die niedrigschwellig erreichbare Kündigungsschaltfläche. Diese soll Verbraucher unmittelbar zu einem Kündigungsformular – vom Gesetzgeber „Bestätigungsseite" genannt – führen, die die zur Bearbeitung der Kündigungserklärung erforderlichen Daten abfragt. Mit einem Klick sollen Verbraucher die Kündigungserklärung sodann übermitteln können. Absenden und Empfang soll der Unternehmer ihnen auch bestätigen.

Weil die gesetzlichen Anforderungen sehr detailliert sind, dürften bereits bestehende Kündigungsmechanismen im Regelfall nicht der Erwartungshaltung des Gesetzgebers entsprechen. Solche Kündigungsmöglichkeiten – wie sie im Digitalbereich zB in den Account-Einstellungen üblich sind – bleiben von der Regelung des § 312k BGB unangetastet, eine Änderung ist nicht erforderlich.[21] Weshalb auch bei bestehenden einfachen Kündigungsmöglichkeiten ein weiterer Weg eröffnet werden muss, bleibt eines der vielen Rätsel dieser Regelung.

a) Kündigungsschaltfläche

Die vorzuhaltende Kündigungsschaltfläche muss ständig verfügbar sowie unmittelbar und leicht zugänglich sein, § 312k Abs. 2 S. 4 BGB. Das Kriterium der ständigen Verfügbarkeit ist ausweislich der Gesetzesbegründung dabei an die Regelung zur Impressumspflicht in § 5 Abs. 1 TMG angelehnt; die Kriterien „unmittelbar und leicht zugänglich" wiederum sollen sich an den Regelungen zu Informationspflichten bei Online-Marktplätzen in Art. 246d § 2 Abs. 2 EGBGB orientieren.[22] Trotz der Bezeichnung als „Schaltfläche" oder „Button" ist eine besondere optische Hervorhebung nicht erforderlich. Ähnlich wie für den Zugriff auf das Impressum genügt auch hier ein regulärer Link. Im Regelfall bietet sich auch mit Blick auf Platzierung und visuelle Gestaltung eine Orientierung am Impressumslink an, also im Footer der Webseite oder der obersten Ebene eines allgemein zugänglichen Menüs. Dies ist aber nicht verpflichtend.

Die Kündigungsschaltfläche muss gut lesbar und eindeutig beschriftet sein, § 312k Abs. 2 S. 2 BGB. Der Gesetzgeber sieht hierfür eine Beschriftung mit „Verträge hier kündigen" oder eine entsprechende eindeutige Formulierung vor. Im Regelfall wird statt der Beschriftung „Verträge hier kündigen" aber auch die gekürzte Form „Verträge kündigen" gleichermaßen eindeutig sein. Es ist Verbrauchern bewusst, dass Links regelmäßig zu weiteren Seiten führen und die dort zu findenden Inhalte sich durch ein Anklicken aufrufen lassen.[23] Nichtsdestotrotz ist ausweislich der Gesetzesbegründung bei der Wahl von Beschriftungsalternativen zu beachten, dass der Verbraucher erkennt, dass der Klick auf diesen Link die Kündigung noch nicht unmittelbar erklärt.[24]

„Abos kündigen" wird üblicherweise eine ausreichend eindeutige Beschriftung darstellen, da dies den Charakter der meisten im Anwendungsbereich befindlichen Dauerschuldverhältnisse zutreffend und laienverständlich umschreibt. Die Zulässigkeit anderer alternativer Beschriftungen hängt von der Ausgestaltung des entsprechenden Angebots ab. Insbesondere dem Eindeutigkeitserfordernis entsprechend ist die Terminologie, die der Anbieter für die Selbstbezeichnung seiner Verträge nutzt. Bietet ein Anbieter zB als einzigen Vertragstypus im Anwendungsbereich der Regelung einen kostenpflichtigen „Platin Pass" an, wäre „Platin Pässe kündigen" zulässig. Auch längere Formulierungen sind möglich.[25] Alternativen zum Begriff „kündigen" sind dagegen nur sehr eingeschränkt vorstellbar.[26]

b) Bestätigungsseite/Kündigungsformular

Über einen Klick auf den Button sollen Verbraucher unmittelbar auf eine „Bestätigungsseite" gelangen. Inhaltlich handelt es sich dabei um ein für diesen Zweck spezifisch anzupassendes Kontaktformular, die vom Gesetzgeber gewählte Terminologie ist insofern irritierend.

Das Formular soll den Verbraucher auffordern und ihm ermöglichen, die folgenden Angaben zu machen:

- zur Art der Kündigung sowie im Falle der außerordentlichen Kündigung zum Kündigungsgrund,
- zu seiner eindeutigen Identifizierbarkeit,
- zur eindeutigen Bezeichnung des Vertrags,
- zum Zeitpunkt, zu dem die Kündigung das Vertragsverhältnis beenden soll, und
- zur schnellen elektronischen Übermittlung der Kündigungsbestätigung an ihn.

Zulässig ist es, die für die Verarbeitung der Kündigung erforderlichen Angaben als Pflichtfelder auszugestalten.[27] Dem erklärten Ziel des Verbraucherschutzes ist es nicht gedient, wenn Verbraucher ein Formular absenden können, dass der Anbieter anschließend nicht verarbeiten und der Willenserklärung des Verbrauchers entsprechend nachkommen kann. Unzulässig ist es jedoch, den Kündigungsprozess durch eine Vielzahl nicht erforderlicher Informationen künstlich zu überfrachten. Gleichwohl kann dem Verbraucher die Möglichkeit eingeräumt werden, freiwillig weitere Angaben zu machen.[28] Zulässig ist es ebenfalls, dem Verbraucher alternative – zB einfachere – Kündigungsmöglichkeiten aufzuzeigen und Hinweise zum Ausfüllen des Formulars bereitzustellen.

Im Hinblick auf die Informationen gem. § 312k Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BGB muss der Verbraucher zunächst angeben, ob er eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung erklären möchte. Eine Erläuterung der Rechtsfolgen ist nicht verpflichtend. Dabei dürfte es Verbrauchern in den wenigsten Fällen verständlich sein, was hiermit gemeint ist.[29] Insbesondere bei digitalen Abos ist der praktische Anwendungsbereich für außerordentliche Kündigungen quasi inexistent, gleichwohl sind dem Verbraucher beide Optionen anzubieten. Gewährleistungsrechtliche Kündigungen sollen laut Gesetzesbegründung nicht von der Regelung umfasst sein.[30] Dabei stellt sich die Frage, wie mit solchen gewährleistungsrechtlichen Begründungen umzu-

21 MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 31.
22 BT-Drs. 19/30840, 18.
23 AA wohl Stiegler VuR 2021, 443 (447), der dem „hier" eine erhebliche Bedeutung beimisst, um den zweistufigen Aufbau zu verdeutlichen.
24 BT-Drs. 19/30840, 17; s. hierzu auch MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 15.
25 MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 15; aA Stiegler VuR 2021, 443 (447).
26 Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 45.
27 Stiegler VuR 2021, 443 (448); einschränkend Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 46.
28 Stiegler VuR 2021, 443 (448).
29 So auch Wais NJW 2021, 2833 (2837); MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 17.
30 BT-Drs. 19/30840, 17.

gehen ist, wenn der Verbraucher eine „außerordentliche Kündigung" erklärt.[31]

Die Identifizierbarkeit von Nutzern soll laut Gesetzgeber typischerweise anhand von Namen und Anschrift möglich sein.[32] Hieran zeigt sich bereits die fehlende Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit digitalen Geschäftsmodellen, bei denen diese Informationen oftmals gar nicht vorliegen. Anbieter können aber auch andere von ihnen verwendete Identifizierungsmerkmale abfragen, zB Nutzernamen oder E-Mail-Adresse.

Obwohl dies im Regelfall nicht kundenfreundlich sein dürfte, darf der Unternehmer zur Bezeichnung des Vertrags Kunden-, Bestell- oder Vertragsnummern abfragen.[33]

Nutzt ein Dienst E-Mail-Adressen zur Identifizierung der Nutzer, ist es nicht erforderlich, dem Verbraucher die Angabe weiterer Angaben zur „elektronischen Übermittlung der Kündigungsbestätigung" zu ermöglichen. In diesem Fall liegen entsprechende Informationen dem Anbieter schließlich bereits vor.

Die Webseite muss zudem eine Bestätigungsschaltfläche enthalten, mit der Verbraucher direkt die Kündigungserklärung übermitteln können. Diese ist gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „jetzt kündigen" oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung zu beschriften.

Die Bestätigungsseite selbst sowie die Schaltfläche zum Übermitteln der Kündigung müssen ebenfalls ständig verfügbar sowie unmittelbar und leicht zugänglich sein.

Während iRd Online-Shoppings Verbraucher die zu übermittelnden Angaben nochmals vor der finalen Übermittlung prüfen können, ist dies beim Kündigungsbutton nicht vorgesehen. Eine zwischengeschaltete Seite ist zwar möglich, aber nicht verpflichtend.[34] Das Betätigen der Kündigungsschaltfläche kann die Angaben auch unmittelbar an den Unternehmer übermitteln.

c) Möglichkeit eines Logins

Laut Gesetzesbegründung muss das Kündigungsformular auch ohne Login erreichbar sein.[35] Dies schließt nicht aus, Nutzern die Möglichkeit eines freiwilligen Logins anzubieten. Bei Diensten, die Nutzer ausschließlich eingeloggt nutzen – und somit üblicherweise ihre Nutzerdaten zur Hand haben – spricht aber vieles dafür, vor dem Aufruf der Bestätigungsseite einen Login auch verpflichtend verlangen zu können. Ist für die Nutzung eines Vertrags stets ein Login erforderlich und entspricht dies der üblichen Nutzungsweise, bleibt die Seite auch dann „unmittelbar und leicht zugänglich" aus Sicht der betroffenen Nutzer, wenn sie das Kündigungsformular lediglich eingeloggt aufrufen können. Dies unterscheidet digitale Dienste wie Games von den als Beispiel für den Anwendungsbereich des Kündigungsbuttons üblicherweise genannten Dauerschuldverhältnissen wie Fitnessstudio-Mitgliedschaften oder physischen Zeitungsabos, die keinen dauerhaften Login zur Nutzung erfordern und Nutzer einen solchen im Zweifel gar nicht besitzen.

Eine Abweichung von der Gesetzesbegründung ist hier sachgerecht, nicht zuletzt aus Gründen des Verbraucherschutzes. Eine Verwendung des Formulars als angemeldeter Nutzer dürfte bei digitalen Diensten im Regelfall die nutzerfreundlichste Variante sein. In diesem Fall können Anbieter zB die geforderten Angaben bereits vorausfüllen oder die Auswahl des entsprechenden Vertrags mittels Dropdown-Menü ermöglichen.[36] Die wenigsten Nutzer dürften Bestellnummern für vergangene digitale Einkäufe zur Hand haben. Eine Anmeldung reduziert zugleich das Risiko von Fehleingaben und gewährleistet somit, dass der Unternehmer der Kündigungserklärung auch nachkommen kann. Zugleich schützt ein Login den Nutzer vor unberechtigten Veränderungen seiner Daten und Missbrauch der Kündigungsfunktion (s.a. unter III.2.e)).

d) Bestätigung der Erklärung

Nach Absenden der Kündigung muss der Verbraucher die Möglichkeit erhalten, die übermittelten Angaben mit dem Datum und der Uhrzeit der Abgabe auf einem dauerhaften Datenträger zu speichern. Praktisch empfiehlt es sich, dem Kunden das Herunterladen einer Bestätigung als PDF oder einen Ausdruck der angezeigten Bestätigungsseite zu ermöglichen.[37] Aus der Bestätigung soll erkennbar sein, dass die Kündigungserklärung durch das Betätigen der Bestätigungsschaltfläche abgegeben wurde. Dies ist dahingehend zu verstehen, dass die „Abgabe" der Erklärung dokumentiert sein soll.[38] Nicht erforderlich ist es demnach, dass die Zusammenfassung ausdrücklich betont, die Abgabe sei „durch das Betätigen der Bestätigungsschaltfläche" erfolgt.

Neben der Möglichkeit des Verbrauchers, die Erklärung zur Dokumentation der Abgabe selbst zu speichern, ist ihm diese – nunmehr als Dokumentation des Zugangs – auch nochmals aktiv zu übersenden. Der Unternehmer hat dem Verbraucher die Bestätigung des Zugangs der Kündigungserklärung sowie den Zeitpunkt, zu dem das Vertragsverhältnis beendet werden soll, sofort auf elektronischem Wege in Textform zu bestätigen. Dabei wird vermutet, dass eine durch das Betätigen der Bestätigungsschaltfläche abgegebene Kündigungserklärung dem Unternehmer unmittelbar nach ihrer Abgabe zugegangen ist.

Bei dieser sofort zu übermittelnden Zugangsbestätigung ist mit dem „Zeitpunkt, zu dem das Vertragsverhältnis beendet werden soll" lediglich eine Bestätigung des geäußerten Willens gemeint, also der vom Verbraucher angegebene Zeitpunkt oder anderenfalls „frühestmöglich".[39] Hat der Verbraucher keinen Zeitpunkt für das Inkrafttreten der Kündigung angegeben, soll die Kündigung zum frühestmöglichen Zeitpunkt wirken, vgl. § 312k Abs. 5 BGB. Um Missverständnisse zu vermeiden, empfiehlt sich eine Klarstellung, dass dies keine Bestätigung des tatsächlichen Zeitpunkts des Inkrafttretens der Kündigung bedeutet.

e) Nachträgliche Authentifizierung

Zur Vermeidung von Missbrauch kann es zulässig und ggf. sogar geboten sein, Verbraucher im Anschluss an die Abgabe der Kündigungserklärung um eine Bestätigung zu bitten.

Bei Betätigung der Bestätigungsschaltfläche besteht die gesetzliche Vermutung, dass die Kündigungserklärung dem Unternehmer unmittelbar nach ihrer Abgabe zugegangen ist, § 312k Abs. 4 S. 2 BGB. Eine entsprechende Vermutungsregel für die dieser Willenserklärung maßgebliche zu Grunde liegende Identität des Absenders besteht jedoch nicht.

Aus dem Zugang der Erklärung lässt sich daher noch nicht schließen, dass diese von dem vorgegebenen Absender stammt. Unverzichtbare Voraussetzungen für eine wirksame Willenserklärung sind aber grundsätzlich der Nachweis des Handlungswillens und der Abgabe der Willenserklärung.[40] Die Beweislast

31 Hierzu Wais NJW 2021, 2833 (2837).
32 BT-Drs. 19/30840, 17.
33 BT-Drs. 19/30840, 17; Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 47; Stiegler VuR 2021, 443 (448).
34 Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 42.
35 BT-Drs. 19/30840, 18.
36 Ein Auswahlfeld der jeweiligen Verträge als „ideal" ansehend MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k BGB Rn. 19.
37 Ausf. Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 52.
38 Vgl. BT-Drs. 19/30840, 18.
39 MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 25.
40 Hoeren/Sieber/Holznagel, HdB Multimedia-Recht/Kitz, 57. EL 2021, Teil 13.1 Rn. 138.

für die Wirksamkeit einer Willenserklärung liegt grundsätzlich bei demjenigen, der sich auf diese beruft, im vorliegenden Fall also dem Verbraucher.

Ein Anscheinsbeweis für den Identitätsnachweis besteht nicht. Selbst bei Abgabe von Erklärungen über passwortgeschützte Konten lehnen Gerichte regelmäßig einen Anscheinsbeweis in Bezug auf den Kontoinhaber als Absender ab.[41] Das Vertrauen, mit dem Kontoinhaber zu interagieren und – bei Account-Missbrauch auf Auktionsplattformen – zu kontrahieren, ist regelmäßig nicht geschützt.[42]

Obliegt dem Erklärenden also die Beweisführung, ist es insbesondere bei offen zugänglichen Kündigungsformularen ohne vorige Authentisierung nicht unbillig für den Anbieter, auch zum Schutz des Verbrauchers proaktiv nachzufragen. Je nach Einzelfall kann sogar eine vertragliche Nebenpflicht bestehen, den Verbraucher vor unberechtigten Kündigungsversuchen durch Dritte zu schützen.

Dass sich Authentifizierungsmechanismen auch ohne größere Hürden umsetzen lassen, ist Verbrauchern von den bei Newslettern üblichen „Double Opt-in"-Verfahren hinlänglich bekannt.[43] Der Maßstab zulässiger Authentifizierungsmaßnahmen ist im Einzelfall zu beurteilen und kann neben dem möglichen Missbrauchspotenzial – zB auf Grund allgemeinbekannter Identifizierungsmerkmale – auch berücksichtigen, ob der Nutzer eigenständig Maßnahmen zum erhöhten Schutz seiner Kontointegrität getroffen hat, wie die Aktivierung einer 2-Faktor-Authentifizierung.

Bestätigt der Nutzer innerhalb eines angemessenen Zeitraums, dass die Erklärung von ihm stammt, bleibt es hinsichtlich des Zeitpunkts des Zugangs beim ursprünglichen Zeitpunkt des Eingangs der ursprünglichen Erklärung beim Unternehmer.

f) Rechtsfolge

Hält sich der Unternehmer nicht an die genannten Vorgaben, können Verbraucher ihre Verträge jederzeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, solange der Verstoß anhält.[44] Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt hiervon unberührt. Für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ist entsprechend der üblichen prozessualen Grundsätze der Verbraucher darlegungs- und beweispflichtig.[45] Im Übrigen können Verstöße abgemahnt werden. Da es sich um eine rein nationale Regelung handelt, stellt eine fehlerhafte Implementierung keinen Verstoß gegen Unionsrecht iSd Art. 246e § 1 Abs. 1 S. 1 EGBGB dar. Die Bußgeldvorschriften des Art. 246e § 2 Abs. 1 EGBGB sind daher nicht einschlägig.[46]

IV. Abtretungsverbot

Seit dem 1.10.2021 sind Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die eine Abtretung bestimmter Ansprüche ausschließen. Verbraucher können somit Ansprüche einfacher an Dritte abtreten, die an ihrer Stelle die Rechtsverfolgung übernehmen.

Die neue Regelung des § 308 Nr. 9 BGB gilt in erster Linie für auf Geld gerichtete Ansprüche des Vertragspartners gegen den Verwender. Abtretungsverbote können aber auch unwirksam sein, wenn sie sich auf andere Rechte des Vertragspartners beziehen. Maßgeblich hierfür ist eine Interessensabwägung – mit entsprechender Rechtsunsicherheit.

Das Verbot gilt für alle Verträge, die nach dem 1.10.2021 entstanden sind, Art. 229 § 60 S. 1 EGBGB. Für vorher geschlossene Verträge greift die Regel des Abtretungsverbots nicht.

V. Telefonwerbung

Einwilligungen von Verbrauchern in Telefonwerbung müssen gem. der Konkretisierung des § 7a UWG im Zeitpunkt der Erteilung dokumentiert und aufbewahrt werden. Die Aufsicht obliegt der Bundesnetzagentur gem. § 7a Abs. 2 UWG, die Regelung ist bußgeldbewährt. Eine größere Rolle hat diese Regelung vor allem für Unternehmen außerhalb des Digitalbereichs.

VI. Fazit

Das sog. Gesetz für faire Verbraucherverträge bereitet in der praktischen Implementierung erhebliches Kopfzerbrechen. Paradoxerweise stellt es gerade für Digitalunternehmen einschließlich der Spielebranche ein erhebliches Problem dar, die Regelungen in einer verbraucherfreundlichen Weise zu implementieren. Denn die praktischen Auswirkungen des Gesetzes hat der Bundestag leider nicht bedacht. Es wäre zu wünschen, dass der Gesetzgeber hier Klarheit schafft – gerne mit einem Gesetz für verbraucherfreundliche Verbraucherverträge.

Schnell gelesen ...

- Das Gesetz für faire Verbraucherverträge bündelt vier Änderungen des deutschen Verbraucherschutzrechtes.
- AGB über Abo-Verträge mit Verbrauchern sind seit dem 1.3.2022 so zu gestalten, dass die Verträge nach dem Ende der Erstlaufzeit automatisch enden oder sich auf unbefristete Zeit verlängern und dem Verbraucher ein Kündigungsrecht von nicht mehr als einem Monat einräumen.
- Webseiten, die Verbrauchern den Abschluss von Dauerschuldverhältnissen ermöglichen, müssen einen sog. Kündigungsbutton vorhalten, der die Übermittlung von Kündigungserklärungen ermöglicht.

RA Philipp Sümmermann, LL.M. (Köln/Paris I),
ist Rechtsanwalt bei Osborne Clarke in Köln.

Konstantin Ewald
ist Rechtsanwalt und Partner bei Osborne Clarke in Köln. Er ist Spezialist für E-Commerce-Recht mit besonderem Schwerpunkt im Bereich Consumer Compliance und internationalen Plattform Compliance- Projekten.

41 Hoeren/Sieber/Holznagel, HdB Multimedia-Recht/Kitz, 57. EL 2021, Teil 13.1 Rn. 139 mwN.
42 Loritz FS Geimer, 2017, 409 (415).
43 Selbst das Abmelden vom Newsletter-Empfang beim BVerfG setzt eine Bestätigung durch Anklicken eines Links voraus, abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Newsletter/Pressemitteilungen/Newsletter_Abbestellen_Integrator.html.
44 MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 33.
45 BT-Drs. 19/30840, 19; zum Verhältnis zu § 312m Abs. 2 BGB s. MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 34.
46 Dies verkennend Stiegler VuR 2021, 443 (451).

AXEL VON WALTER

Leitlinien der EU-Kommission zur UGP-Richtlinie und das UWG

Digitale Geschäftspraktiken im Fokus des EU-Verbraucherschutzes

Digitale Geschäftsmodelle

Die EU-Kommission hat im Dezember 2021 neu gefasste Leitlinien zur Auslegung der UGP-Richtlinie veröffentlicht. Die rechtlich nicht verbindlichen Leitlinien haben ihren Schwerpunkt u.a. in Rechtsfragen zur verbraucherschützenden Lauterkeit von Geschäftspraktiken in digitalen Geschäftsmodellen. Sie enthalten zahlreiche Bezüge zur Games-Branche und können eine Quelle zur europaweit einheitlichen Auslegung der UGP-Richtlinie sein. Lesedauer: 12 Minuten

I. Leitlinien zur UGP-Richtlinie

Die RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (nachfolgend UGP-RL) harmonisiert europaweit die Regelungen über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt. Sie ist Grundlage der wichtigen verbraucherbezogenen Regelungen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

Die EU-Kommission hat am 17.12.2021 die Neuauflage ihrer „Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt" veröffentlicht.[1] Die Leitlinien 2021 beruhen auf den Leitlinien von 2016 und sollen diese ersetzen.[2] Die Kommission möchte mit den Leitlinien die Anwendung der UGP-RL vereinfachen und den nationalen Gerichten und Angehörigen der Rechtsberufe der gesamten EU näherbringen.[3] Diesem Ziel folgend finden sich auf 129 Seiten Erläuterungen zu der UGP-RL aus Sicht der EU-Kommission. So wird der Anwendungsbereich der UGP-RL und das Zusammenwirken der Richtlinie mit anderen EU-Rechtsvorschriften beleuchtet. In Kapitel 2 werden die wesentlichen Konzepte der UGP-RL besprochen, wobei auch die Regelungen der Art. 5 (berufliche Sorgfaltspflicht), Art. 6 (irreführende Handlung) und Art. 7 (irreführende Unterlassungen) neben Art. 8 und 9 (aggressive Geschäftspraktiken) behandelt werden. Kapitel 3 widmet sich der sog. schwarzen Liste unlauterer Geschäftspraktiken. Besonders praxisrelevant ist Kapitel 4 mit einer Betrachtung der Anwendung der UGP-RL auf bestimmte Sektoren. Besprochen wird das Thema Nachhaltigkeit (Kapitel 4.1), der für die Games-Industrie wichtige Bereich des digitalen Sektors (Kapitel 4.2), die Reisebranche und der Verkehrssektor (Kapitel 4.3) sowie Finanzdienstleistungen und Immobilien (Kapitel 4.4).

Die Kommission hat die Leitlinien aus 2016 mit dem Ziel überarbeitet, die Rechtsänderungen im Hinblick auf ihre neue Verbraucherrechts-Agenda („New Deal for Consumers") und die beschleunigten Entwicklungen in digitalen Geschäftsmodellen und der Nachhaltigkeit Rechnung zu tragen. Deswegen enthalten die Leitlinien zusätzliche rechtliche Auslegungshilfen zu Online-Plattformen, Online-Marktplätzen, Influencer-Marketing, Verbraucherbewertungen und datengetriebene Personalisierung sowie sog. „Dark Patterns"[4]. Neben den Leitlinien zur UGP-RL hat die EU-Kommission auch Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 2011/83/EU (VR-RL) veröffentlicht, die ebenfalls zu verbraucherschützenden Regelungen im digitalen Umfeld Stellung nehmen.[5]

II. Rechtscharakter und Verbindlichkeit der Leitlinien

Bei den von der Kommission veröffentlichten Leitlinien handelt es sich um sog. „Soft-Law". Rechtskraft und rechtliche Verbindlichkeit besitzt ausschließlich der Wortlaut der EU-Rechtsvorschriften, insbesondere der Richtlinie 2005/20/EG[6]. Die Kommission weist selbst darauf hin, dass jede verbindliche Auslegung des Rechts sich aus dem Wortlaut der Richtlinie und unmittelbar aus den Entscheidungen des EuGH ergeben muss[7]. Die Kommission behält sich auch vor, als Beteiligte in Verfahren vor dem EuGH andere rechtliche Standpunkte zu vertreten, als in den Leitlinien niedergelegt. Die Leitlinien sollen also nicht einmal selbstbindende Wirkung für die Kommission haben. Letztendlich sind die Leitlinien eine Zusammenstellung der aktuellen abstrakten Rechtsmeinung der Kommission zur UGP-RL.

Die Leitlinien sind weder für die Gerichte der Mitgliedstaaten noch für den EuGH verbindlich. Soweit ersichtlich, haben sich nationale Gerichte auch noch nicht vertieft mit den Leitlinien zu der UGP-RL befasst oder diese entscheidungsbegründend für Urteile zum UWG herangezogen. Die Leitlinien könnten eine ergiebige Auslegungshilfe für ein unionsweit einheitliches Verständnis der Vorschriften der UGP-RL sein. Derzeit kommt den Leitlinien diese praktische Bedeutung noch nicht zu.

III. Leitlinien und Games

Die aktualisierten Leitlinien zielen insbesondere darauf ab, die Anwendung des EU-Verbraucherrechts vor dem Hintergrund des beschleunigten digitalen und grünen Wandels besser verständlich zu machen. Mit diesem Fokus der Kommission auf digitale Geschäftsmodelle bei ihrer Verbraucherpolitik gibt es naturgemäß zahlreiche alte und neue Anknüpfungspunkte in den Leitlinien, die für die Games-Industrie von Bedeutung sein können. Mit dem Kapitel 4.2 der Leitlinien widmet die Kommission einen eigenen Abschnitt der Leitlinien dem „digitalen Sektor". In diesem Kapitel werden verschiedene Aspekte von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern im digitalen Umfeld thematisiert.

1 Amtsblatt der EU v. 29.12.2021 – C 526/1.
2 Vgl. S. 5 der Leitlinien.
3 Vgl. S. 5 der Leitlinien.
4 Zu Dark Patterns s.a. Bodensiek MMR 2022, 722 – in diesem Heft.
5 Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher, ABl. C 525/1 v. 29.12. 2021.
6 Vgl. S. 5 der Leitlinien.
7 Vgl. S. 5 der Leitlinien.

1. Leitlinien zu Computerspielen

Unter Ziffer 4.2.9 findet sich in den Leitlinien ein Unterkapitel über Aspekte bei „Computerspielen". Auffallend ist, dass die Kommission in den Leitlinien im Zusammenhang mit Computerspielen immer wieder den Kinder- und Jugendschutz betont und die besondere Schutzbedürftigkeit hervorhebt.[8] So verweist die Kommission auf Ziffer 28 der schwarzen Liste, die eine direkte Aufforderung zum Kauf von Produkten an Kinder verbietet. Studien hätten gezeigt, dass Kinder die kommerzielle Absicht von Werbung in Spielen im Vergleich zur direkteren Werbung im Fernsehen weniger leicht erkennen und verstehen würden.[9] Die Kommission fordert darüber hinaus, dass die Anbieter von Computerspielen die Maßnahmen der Plattformen für elterliche Kontrolle nutzen sollen.[10]

Die Kommission betont die Bedeutung der lauterkeitsrechtlichen Transparenzanforderungen im Hinblick auf Computerspiele. Die wesentlichen Merkmale des Produkts müssen klar beschrieben und die Preise für virtuelle Artikel auch in realer Währung klar und deutlich angegeben werden.[11] Die Transparenzanforderung gelte auch bei Angebot eines „frühzeitigen Zugangs" zu Spielen. Gemeint sind Spiele, die sich noch in der Entwicklung befinden. Auch hier müssten die Gewerbetreibenden den Nutzern transparent machen, was der Nutzer in diesem frühen Stadium der Spielreife erwarten kann und ggf. was nicht.

Die Leitlinien widmen auch dem Thema Lootboxen (dort als „Beutekisten" bezeichnet) einen eigenen Absatz. Sie bezeichnen Spielinhalte mit „Glücksspielelementen" als bedenklich. In den Leitlinien findet sich ein Beispiel, nach dem bei Online-Spielen Algorithmen eingesetzt würden, mit denen auf Grundlage der Spielgewohnheiten des Nutzers die „Risikopunktzahl" ermittelt wird, um den Zeitpunkt des Angebots von Lootboxen im Spiel, die Chancen, einen wertvollen Gegenstand in einer Lootbox zu erhalten und die Stärke der Gegner im Spiel zu personalisieren – alles mit dem Ziel, den Nutzer an das Spiel zu binden und seine Ausgaben im Spiel zu steigern. Die Algorithmen würden insbesondere bei suchtgefährdeten Spielen eingesetzt, was eine aggressive Geschäftspraxis (Art. 8, 9 UGP-RL) darstellen könne, so die Kommission.[12] Nach Auffassung der Kommission muss bei dem Verkauf von Lootboxen in Spielen den Informationspflichten der Verbraucherrichtlinie und der UGP-RL in Bezug auf den Preis und die wesentlichen Merkmale des Produkts genügen. Die von der Kommission formulierte Erwartung an die Transparenz bei Lootboxen beinhaltet klare Hinweise auf das Bestehen bezahlter Inhalte und der Erläuterung der Wahrscheinlichkeitsparameter einen Zufallsgegenstand zu erhalten. Da Lootboxen oft durch Ingame-Punkte oder -währungen gekauft werden können, soll daneben immer auch der Preis in realer Währung angegeben werden.

In den speziell auf Computerspiele zugeschnittenen Interpretationsleitlinien der Kommission finden sich auch spezifische Ausführungen zu Online-Vermittlern, sozialen Medien, Online-Marktplätzen, App-Stores, Suchmaschinen und Vergleichsplattformen einschließlich Themen wie Algorithmen, automatische Entscheidungsfindung und Künstliche Intelligenz (KI), die für den Games-Sektor von Bedeutung sein können.

2. Leitlinien zu Plattformen, Rankings, Bewertungen und Social Media

Unter Online-Plattform versteht die Kommission eine Infrastruktur, die die elektronische Kommunikation zwischen Anbietern und Nutzern im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Waren, der Erbringung von Dienstleistung und der Online-Übermittlung digitaler Inhalte und Informationen ermöglichen. Die Plattformen unterliegen nach Auffassung der Kommission insbesondere den Transparenzanforderungen der Art. 6, 7 UGP-RL, nach denen irreführende Verhaltensweisen und irreführendes Unterlassen verboten sind.[13] Die nach Art. 5 Abs. 2 UGP-RL bestehende Anforderung an die „berufliche Sorgfaltspflicht" beinhalte bei Plattformbetreibern die Pflicht, dass Plattformen ihre Benutzeroberflächen so gestalten, dass sie gewerbetreibenden Dritten ermöglichen, den Nutzern der Plattform Informationen nach Maßgabe der Rechtsvorschriften der Union über Werbung und Verbraucherschutz bereitzustellen. Es gibt nach Auffassung der Kommission für Plattformbetreiber nicht nur die Verpflichtung, selbst im Hinblick auf die eigenen Leistungen transparent zu sein (Art. 6, 7 UGP-RL), sondern daneben auch eine Transparenzverpflichtung zweiter Ordnung als berufliche Sorgfaltspflicht, wonach Plattformnutzern technisch die Möglichkeit bereitgestellt werden muss, ihrerseits den Transparenzanforderungen gerecht zu werden.[14]

Mit RL (EU) 2019/2161 („Omnibus-Richtlinie") wurde in Art. 7 UGP-RL ein neuer Absatz 4a eingefügt. Dieser enthält eine spezielle Informationspflicht zu den Hauptparametern für die Festlegung des Rankings von Online-Plattformen. Diese Vorschrift findet nach den Leitlinien der Kommission nur auf Anbieter von Online-Marktplätzen Anwendung, die es den Verbrauchern ermöglichen, nach Produkten zu suchen, die von „anderen" gewerbetreibenden Dritten oder von Verbrauchern, dh auf Online-Marktplätzen und Vergleichsplattformen, angeboten werden. Sie gilt nicht für Gewerbetreibende, die ihren Verbrauchern die Möglichkeit geben, nur in ihren eigenen Angeboten nach verschiedenen Produkten zu suchen. Sofern also Plattformanbieter im Games-Umfeld lediglich „eigene" digitale Inhalte durchsuchbar machen, findet diese Regelung des Art. 7 Abs. 4a UGP-RL keine Anwendung. Die Beschreibung der Standardparameter für die Festlegung des Rankings kann allgemein gehalten werden und muss nicht für jede einzelne Suchanfrage individuell angepasst werden. Die Informationen müssen in klarer und verständlicher Weise und in einer dem Fernkommunikationsmittel angepassten Weise erteilt werden, indem sie in einem bestimmten Bereich der Benutzeroberfläche zur Verfügung gestellt werden müssen, der von der Seite, auf der die Angebote angezeigt werden, unmittelbar und leicht zugänglich ist.[15] Die Informationspflicht gelte nach Auffassung der Kommission auch, wenn ein Gewerbetreibender die Suche auf einer Online-Benutzeroberfläche durch Sprachbefehle (über „digitale Assistenten") und nicht durch Eingabe ermöglicht. Auch in diesem Fall müssen die Informationen auf der Webseite bzw. in der Anwendung des Gewerbetreibenden „in einem bestimmten Bereich der Online-Benutzeroberfläche zur Verfügung gestellt werden".

Für die Games-Industrie relevant sind auch die Ausführungen zu Nutzerbewertungen. Die Kommission greift in den Leitlinien die neuen gesetzlichen Anforderungen über die Transparenz über Bewertungen, die für die Kaufentscheidung von Verbrauchern relevant sein können, auf. Die Kommission sieht – gestützt auf nicht näher benannte Studien – eine besondere Relevanz von Nutzerbewertungen für die Kaufentscheidungen von Verbrauchern im digitalen Geschäftsumfeld. Daher sei es wichtig, dass Unternehmen, die Nutzerbewertungen zugänglich machen und damit möglicherweise auf Kaufentscheidungen Einfluss neh-

8 Vgl. S. 103 der Leitlinien.
9 Vgl. S. 104 der Leitlinien mit Verweis auf die Studien „Study on the impact of marketing through social media, online-games and mobil applications on children's behavior (Untersuchung über die Auswirkungen des Marketings über soziale Medien, Online-Spiele und mobile Anwendungen auf das Verhalten von Kindern) (EACH/FWC/2013 85 08).
10 Vgl. S. 104 der Leitlinien.
11 Vgl. S. 104 der Leitlinien.
12 S. 104 der Leitlinien.
13 Vgl. S. 87 der Leitlinien.
14 vgl. S. 88 f. der Leitlinien.
15 Vgl. S. 91 der Leitlinien.

men, verhältnismäßige Schritte unternehmen, um sicherzustellen, dass solche Bewertungen tatsächlich von echten Nutzern stammen, die das Produkt auch bezogen haben. Deswegen erläutert die Kommission in den Leitlinien ihre Auffassung zu den neuen Informationspflichten, die in Deutschland seit dem 28.5. 2022 mit § 5b Abs. 3 UWG sowie den beiden neuen Tatbeständen in der schwarzen Liste (Ziffern 23b und 23c in Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG) Geltung haben.

Im Hinblick auf soziale Medien befasst sich die Kommission insbesondere mit Plattformen wie Facebook, Twitter, YouTube, Instagram und TikTok, auf welchen nach Auffassung der Kommission insbesondere versteckte Werbung, unlautere Vertragsbedingungen oder manipulative algorithmische Werbung problematisch sein sollen. Letztendlich geht es hier um die Transparenz der werblichen Maßnahmen, wie es hierzulande auch schon für den Bereich der Influencer-Werbung diskutiert wird.

3. Datengesteuerte Verfahren und Dark Patterns

Ein eigenes Unterkapitel befasst sich mit datengesteuerten Verfahren und sog. Dark Patterns[16]. Die Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, die DS-GVO oder den für Online-Plattformen geltenden sektorspezifischen Rechtsvorschriften. Die Bestimmungen der UGP-RL finden nach Auffassung der Kommission ergänzend Anwendung, wobei bestehende Entscheidungen von Datenschutzbehörden über die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Datenschutzvorschriften durch Gewerbetreibende bei der Prüfung der allgemeinen Lauterkeit der Geschäftspraxis nach den Regeln der UGP-RL berücksichtigt werden sollen.[17]

Der für das deutsche Lauterkeitsrecht noch ungewohnte Begriff der „Dark Patterns" findet sich nun auch in den Leitlinien der Kommission wieder. Er soll zusammengefasst einen Mechanismus bezeichnen, der im Allgemeinen in digitalen Benutzeroberflächen eingebaut ist und dazu dient, die Verbraucher auf böswillige Art zu Handlungen zu verleiten[18]. Diese Umschreibung des Begriffs „Dark Pattern" ist in der UGP-RL nicht definiert und stellt damit nur eine Definition der Kommission dar, die keine rechtliche Verbindlichkeit hat. Auf „Dark Patterns" finden selbstverständlich alle Regelungen der UGP-RL Anwendung, wie zB berufliche Sorgfaltspflichten des Gewerbetreibenden (Art. 5), über irreführende Praktiken (Art. 6, 7) oder aggressive Praktiken (Art. 8, 9). Zu „Dark Patterns" finden Sie einen gesonderten Beitrag in diesem Heft.[19] Die Kommission widmet dem Thema „Dark Patterns" bemerkenswert detaillierte Aufmerksamkeit und beschreibt einige aus Ihrer Sicht verbraucherschädliche Praktiken im Kontext digitaler Geschäftsmodelle, wie zB an dem Beispiel des „Confirmshaming"[20] erkennbar, das die Kommission als Verstoß gegen Art. 7 (Irreführung durch Unterlassen) und Art. 9 (Aggressive Geschäftspraktik) einstuft.[21] Das lässt die Vermutung zu, dass die Kommission und damit der Europäische Gesetzgeber sich auch in Zukunft weiter mit einzelnen Praktiken und „Dark Pattern" befassen und erforderlichenfalls gesetzgeberisch tätig werden wird.

IV. Zusammenfassung

Die neuen Leitlinien der EU-Kommission zur Interpretation der UGP-RL folgen konsequenterweise dem Fokus der Verbraucherpolitik der Kommission auf digitale Geschäftsmodelle. Die Geschäftspraktiken der Games-Industrie rücken damit weiter ins Zentrum des Lauterkeitsrechts aus der Verbraucherschutzperspektive. Auch wenn die Leitlinien rechtlich unverbindlich sind, werden sich Gerichte durch den europäischen Diskurs zunehmend mit den Leitlinien und den darin angestrebten europaweit einheitlichen Interpretationen befassen. In anderen Rechtsbereichen (Energierecht, Fluggastrecht) haben deutsche Gerichte die jeweils dazu herausgegebenen Leitlinien der EU-Kommission in ihre Rechtsprechung interpretationsleitend mit aufgenommen. Auch wenn die Leitlinien der EU-Kommission zur UGP-RL bislang neben den traditionell starken und einflussreichen Kommentarwerken zum UWG kaum Beachtung gefunden haben, wird sich das durch die weiter voranschreitende Europäisierung des Verbraucherschutzrechts ändern.

Schnell gelesen ...

- Die EU-Kommission hat im Dezember 2021 neu gefasste Leitlinien zur Auslegung der UGP-Richtlinie veröffentlicht.
- Leitlinien haben Ihren Schwerpunkt u.a. in digitalen Geschäftsmodellen.
- Für Games-Publisher sind die Hinweise zu Lootboxen und zu Transparenzanforderungen in Games von Interesse.
- Dazu finden sich Erläuterungen aus den Bereichen Plattformen, Social Media, Online-Marktplätzen, App-Stores, Vergleichsplattformen einschließlich Themen wie Algorithmen, automatische Entscheidungsfindung und Künstliche Intelligenz (KI), die für den Games-Sektor von Bedeutung sein können.
- Die Leitlinien sind rechtlich nicht verbindlich, können aber Quelle zur europaweit einheitlichen Auslegung der UGP-Richtlinie werden.

Dr. Axel von Walter
ist Rechtsanwalt und Partner bei GvW Graf von Westphalen, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, Fachanwalt für IT-Recht und Lehrbeauftragter an der LMU München für Medien- und Informationsrecht.

16 S. Ziff. 4.2.7 der Leitlinien; vgl. auch Bodensiek MMR 2022, 722 – in diesem Heft.
17 Vgl. S. 99 der Leitlinien.
18 Vgl. S. 101 der Leitlinien.
19 Vgl. Bodensiek MMR 2022, 722 – in diesem Heft.
20 Als „Confirmshaming" bezeichnet die Kommission eine Praxis, bei der der Verbraucher bei dem Versuch, sich von einem Dienst abzumelden, durch zahlreiche nicht-intuitive Schritte durchzuklicken und dabei durch emotionale Botschaften wie „Es tut uns leid, dass Sie gehen" oder „Hier sind die Vorteile, die Sie verlieren" davon abgehalten werden soll, den Dienst tatsächlich zu beenden.
21 Vgl. S. 102 der Leitlinien.

KAI BODENSIEK

Dark Patterns oder Game Design

Abgrenzung zwischen rechtswidriger Verbraucherlenkung und der zulässigen Ausgestaltung verbrauchergerechter Angebote bei Computerspielen

Spielbeeinflussung

„Dark Patterns" ist ein Begriff, der bis noch vor einiger Zeit im deutschen Recht unbekannt war. Der Beitrag greift den Begriff auf und erläutert die aktuellen Bezüge zu laufenden Gesetzgebungsverfahren, der Aufsicht durch die Landesmedienanstalten und aktuell verbraucher- und jugendschutzrechtlichen Diskussionen. Dabei wird ein Fokus darauf gelegt, eine Auswahl von (vermeintlichen) Dark Pattern nach aktuellem Recht zu beleuchten und darzustellen, dass nicht jede umsatzorientierte Ausgestaltung eines Produkts direkt unter dem Begriff Dark Patterns gefasst werden kann. Vielmehr muss ein Element hinzutreten, dass die Unlauterbarkeit begründet. Dies ist anhand der bekannten Kriterien aus dem UWG und Jugendschutzrecht unter Berücksichtigung der bereits angekündigten Gesetzesnovellen auf europäischer Ebene zu prüfen. Die Abgrenzung zwischen zulässigem Game Design und rechtswidriger Lenkung des Kunden gegen seine Interessen in Computerspielen dürfte in der Zukunft noch häufiger ein Thema werden.

Lesedauer: 12 Minuten

I. Dark Patterns – was ist das?

„Dark Patterns" ist ein Begriff[1] aus dem Bereich des Designs und ein Unterbegriff von Design Patterns aus dem Bereich der Architektur/Software-Entwicklung. Design Patterns (dt. Entwurfsmuster) beschreiben dort eine typisierte Design-Lösung für bestimmte, häufig wiederkehrende Problemstellungen. „Dark Patterns" wurde als Begriff von dem Designer Harry Brignull geprägt, der in einem Artikel erstmals den Begriff für solche Designmaßnahmen verwendete, die den Nutzer zu Entscheidungen verleiten, die er sonst nicht getroffen hätte und die nachteilig für ihn sind.[2]

Dark Patterns treten in vielen Formen auf, zB durch die ungleichmäßige Anordnung oder farbliche Hervorhebung einzelner Buttons auf einer Webseite, um einen Verbraucher auf eine Option zu lenken, Countdowns, die dem Kunden suggerieren, dass ein Angebot nur begrenzt vorhanden sei, immer wiederkehrende Anfragen oder Angebote an den Kunden, das Verstecken von Kündigungsoptionen etc. Eine ausführliche Darstellung der Erscheinungsformen findet man inzwischen in der juristischen Literatur.[3]

II. Dark Patterns in der Games Branche?

Games werden heute zu einem erheblichen Anteil als Spiele im Internet und für mobile Endgeräte angeboten. Zuletzt ist im Jahr 2021 der Markt für Spiele-Apps und deren In-App-Käufe in Deutschland um 22% auf rd. 2,7 Mrd. EUR angewachsen.[4] Dies dürfte u.a. der Grund sein, warum sich im vergangenen Jahr auch Jugend- und Verbraucherschützer mit Dark Patterns in Games befasst haben.[5] In dieser bisherigen Befassung finden sich allerdings eine Vielzahl von klassischen Design-Mechaniken, die zunächst darauf ausgerichtet sind, den Kunden zum Konsum der Produkte zu animieren, wie zB Highscore oder Bestenlisten, das Spielen in Clans/Gruppen, Belohnungen für den täglichen Besuch eines Online-Spiels, zeitlich befristete Angebote an Spieler, die Verwendung von virtuellen Währungen, die mit Echtgeld erworben werden, oder auch die schon viel thematisierten Lootboxen.[6] Diese Befassung lässt jedoch vor allem eine Abgrenzung zwischen klassischem (und rechtlich irrelevantem) Game-Design und (rechtlich möglicherweise beanstandungswerten) Dark Pattern vermissen. Wenn zB gerügt wird, dass Highscore-Listen oder das Spielen in Gruppen ein Dark Pattern sein könnte, das sozialen Druck erzeugen soll, damit man täglich spielt und nicht in der Rangliste zurückfällt oder aus einer Gruppe aussortiert wird, weil man nicht genug gespielt hat,[7] dann bekommt man das ungute Gefühl, dass man auch die Tabelle der Fußball A-Jugend oder Trainingsvorgaben in Tennisvereinen als Dark Patterns kennzeichnen würde. Dabei wird klar, dass hier die Verbraucherschützer offenbar jedes Verhalten als Dark Pattern ansehen wollen, das den Kunden zum Warenkonsum bewegen will. Dies ist jedoch ein Grundprinzip der Werbung und des Produktdesigns, nämlich dass Werbung den Kunden zum Kauf von Produkten oder Leistungen bewegen soll, und dass Produkte so designt werden, dass sie Kunden zum weiteren Konsum animieren. Seit Jahren ist bekannt, dass Supermärkte nach psychologischen Gesichtspunkten aufgebaut sind, um den Kunden möglichst häufig zum Konsum von Waren zu bewegen, die er ursprünglich nicht kaufen wollte, und auch Wochenmärkte sind bekannt für ihre Verkaufstricks, bisher kam aber noch niemand auf die Idee, dies für wettbewerbsrechtlich unzulässig zu halten.[8]

Es stellt sich daher die Frage, was eine zulässige Ausgestaltung einer Spielmechanik bzw. ein erlaubter Mechanismus zur Monetarisierung sonst kostenloser Produkte, wie zB Free-to-Play-Spielen, ist und was ein Dark Pattern darstellen soll.

III. Rechtliche Definition

Die wahrnehmungspsychologische Wirkung von Dark Patterns war auch bereits Thema der Herbstakademie der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik, wo auch die rechtlichen Aspekte bereits angerissen wurden.[9] Eine rechtliche Definition steht derzeit noch aus.

---

1 U.a. Hentsch/von Petersdorff MMR-Beil. 8/2020, 3 (5).

2 Harry Brignull, Dark Patterns – dirty tricks designer use to make people do stuff; abrufbar unter: https://90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-stuff/.

3 Loy/Baumgartner ZD 2021, 404; Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl ZfDR 2021, 47 (52); Janicki/Schultz DSRITB 2021, 15.

4 Pressemeldung des game – Verband der deutschen Games-Branche e.V., abrufbar unter: http://game.de/markt-fuer-spiele-apps-in -deutschland-waechst-um-22-prozent/.

5 Report der Jugendschutz.net „Dark Patterns", abrufbar unter: https://www.jugendschutz.net/fileadmin/daten/publikationen/praxisinfos_reports/report_dark_patterns.pdf.

6 U.a. Maties NJW 2020, 3685; Hoeren/Sieber/Holznagel, HdB Multimedia-Recht/Hentsch, 57. EL September 2021, Teil 22, Rn. 60–63; Nickel/Feuerhake/Schelinski MMR 2018, 586.

7 So ganz erstaunlich der Report der Jugendschutz.net „Dark Patterns" auf S. 7 f.

8 Verbraucherzentrale Bayern: „Psychotricks im Supermarkt", abrufbar unter: https://www.verbraucherzentrale-bayern.de/sites/default/files/2019-05/2%20Planung%20-%20LMV%20Arbeitsbl%C3%A4tter%20gut%20planen%20und%20einkaufen_10-03.pdf; ZDFzeit: „Die Tricks des Einzelhandels", abrufbar unter: https://www.zdf.de/dokumentation/zdfzeit/zdfzeit-die-tricks-des-einzelhandels--mit-eva-brenner-100.html.

9 Stoll DSRITB 2021, 1; Janicki/Schultz, DSRITB 2021, 13.

1. Europarecht

Im Entwurf des Digital Service Act in der Fassung des EU-Parlaments vom Januar 2022 werden Dark Pattern in Erwägungsgrund 39a wie folgt definiert: Es sei untersagt, „die Nutzer in die Irre zu führen oder zu verleiten und die Autonomie, Entscheidungsfindung oder Auswahl der Nutzer über die Struktur, das Design oder die Funktionen einer Online-Schnittstelle oder eines Teils davon zu verzerren oder zu beeinträchtigen".[10]

Auch wenn dies lediglich in den Erwägungsgründen zu finden und dies nur ein Entwurf ist, ist es wichtig zu bemerken, dass dies nicht heißt, die Entscheidungsfindung zu beeinflussen, was jede Form der Werbung oder des Produktdesigns versucht, sondern es geht vielmehr um ein „verzerren" oder „beeinträchtigen".

2. UWG

Auch die Generalklausel des UWG, wonach gem. § 3 Abs. 2 UWG eine geschäftliche Handlung unlauter ist, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entspricht und geeignet ist das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen, ein Beeinflussen der Entscheidungsfindung allein nicht ausreichen lässt. Vielmehr bedarf es eines Verstoßes gegen die unternehmerische Sorgfalt und einer wesentlichen Beeinflussung. Da sich die unternehmerische Sorgfalt nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG vor allem auf Treu und Glauben und die Marktgepflogenheiten stützt, ist die Beurteilung neuer Marktpraktiken und Vertriebssysteme darauf angewiesen, dass Erkenntnisse aus den traditionellen Marktsystemen übertragen werden können.

Das bisherige europäische Verbraucherbild des informierten Verbrauchers führt jedoch dazu, dass jenseits der bereits ausdrücklich geregelten Tatbestände wie Druck (§ 4a UWG), Irreführung (§ 5 UWG) und Belästigung (§ 7 UWG) kaum Raum für eine sonstige unlautere Handlung bleibt.[11]

3. Spezialgesetze

In der DS-GVO finden sich Spezialtatbestände, die ausdrücklich die Entscheidungsfreiheit schützen, wie zB das Kriterium der Freiwilligkeit der Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO, das Prinzip von „privacy by design" gem. Art. 25 Abs. 1 DS-GVO. Hier hat auch der EuGH – ohne dies ausdrücklich so zu nennen – die Unzulässigkeit von Dark Pattern festgehalten, die die Freiwilligkeit der Einwilligung beeinflussen.[12]

Des Weiteren findet sich in § 6 Abs. 4 JMStV das Verbot der Ausnutzung der Unerfahrenheit von Kindern und Jugendlichen sowie von Werbemaßnahmen, die den Interessen von Kindern und Jugendlichen direkt schaden.[13]

4. Beurteilung nach geltendem Recht

Eine Definition, die darauf abstellt, ob die Beeinflussung entgegen der Interessen des Betroffenen erfolgt,[14] dürfte nicht zielführend sein, denn die Interessen und Motivationen sind individuell verschieden.[15] Allgemein zu behaupten, dass der regelmäßige Konsum eines Online-Spiels oder das gemeinsame Spielen in Gruppen mit anderen Spielern gegen die Interessen der Betroffenen wäre, käme der Verurteilung einer gesamten Unterhaltungsbranche als interessenwidrig gleich und würde von einer asketischen Lebenseinstellung zeugen. Selbst wenn für einzelne Nutzer eine solche Nutzung gegen ihre Interessen sein mag, liegt der Charakter solcher Maßnahmen aber gerade darin, eine Vielzahl von Nutzern zu beeinflussen, weshalb auch nicht auf individuelle Fälle abgestellt werden sollte. Selbst die spezialgesetzliche Regelung im JMStV fordert eine Schädigung der Interessen von Kindern und Jugendlichen, also eine direkte negative Beeinflussung, zB durch eine ungemessen Darstellung von Kindern in sexualisierten Posen oder die Darstellung von Kindern in der Werbung mit Produkten, die für sie weder gedacht noch geeignet sind.[16] Eine reine Beeinflussung ist nicht ausreichend.

Zu Recht wird daher inzwischen vertreten, dass die Beeinflussung des Betroffenen in einer missbräuchlichen Art und Weise erfolgen muss, zB in Form der Einschränkung oder Erschwerung der Entscheidungsmöglichkeit, und dass sie sich auf eine Vielzahl von Nutzern entsprechend auswirken muss,[17] soweit nicht bereits einer der bestehenden Tatbestände verwirklicht wird. Solange der Verbraucherbegriff des § 3 Absatz 4 unverändert gilt, ist die Annahme eines Dark Patterns außerhalb der Spezialtatbestände jedoch zurückhaltend anzuwenden, da der aufgeklärte Verbraucher naturgemäß weniger anfällig ist für eine Manipulation als der flüchtige Verbraucher.[18]

IV. Dark Pattern oder Game Design?

Betrachtet man unter dieser Vorgabe einige der angesprochenen Design-Entscheidungen in heutigen Games, wird schnell klar, dass es selbstverständlich auch in der Games Branche verbotene Dark Patterns gibt, es sich aber zumeist um zulässige Formen des Game Designs handelt.

1. Spielzeit bezogenes Design

Design-Maßnahmen, die einen Spieler dazu bewegen sollen, mehr Zeit mit einem Spiel zu verbringen, sind grundsätzlich zunächst einmal völlig legitim. Jeder Unternehmer ist berechtigt, seine Angebote so zu gestalten, dass Verbraucher diese möglichst häufig in Anspruch nehmen. Dies ist der Kern eines jeden Kundenbindungsprogramm, das den Kunden für eine häufige Nutzung belohnt. Erhält ein Spieler also zB für die tägliche Nutzung einer App eine Belohnung, ohne dass dies an eine besondere Spielzeit gekoppelt ist, dürfte es sich hierbei keinesfalls um ein Dark Pattern handeln. Etwas anderes könnte gelten, wenn dem Spieler andernfalls erhebliche Nachteile drohen. Soweit aber nur der Spielfortschritt langsamer erfolgt, ist dies ein normaler Effekt wie beim Sport: Wer wenig trainiert, wird langsamer besser. Gleiches gilt für Mechanismen, die einen häufigeren Besuch inzentiveren, wie zB die Möglichkeit als Landwirt häufiger Felder zu bestellen und abzuernten in einer Landwirtschaftssimulation. Gerade dann, wenn ein Game Design lediglich ein Abbild der Wirklichkeit ist, kann dieses schon kein Dark Pattern darstellen.

Insofern kann zwar von einem Design gesprochen werden, das die Entscheidungen der Verbraucher zu beeinflussen versucht, deren Missbräuchlichkeit ist jedoch nicht zu erkennen.

Lediglich im Bereich von Kindern und Jugendlichen kann hier etwas anderes gelten, wenn die Vorteile so substanziell sind, dass

10 Entwurf zu Erwägungsgrund 39a der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste), abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_DE.html.

11 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 5. Aufl. 2021, UWG/Podszun, UWG § 3 Rn. 82, 83.

12 Wie zB im Fall Planet49 in Form der DS-GVO, auch wenn dies nicht ausdrücklich als Dark Pattern bezeichnet wurde: EuGH MMR 2019, 732 mAnm Moos/Rothkegel = ZD 2019, 556 mAnm Hanloser – Planet49.

13 Auer-Reinsdorff/Conrad, HdB IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 29 Rn. 48; Hopf ZUM 2019, 8 (13).

14 Bogenstahl, Dark Patterns, 2019, S. 1; jugendschutz.net, Dark Patterns, S. 1; Ettig/Herbrich K&R 2020, 719 (721).

15 Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl ZfDR 2021, 47 (52 f.).

16 Binder/Vestin-Ladeur, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 26–27.

17 Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl ZfDR 2021, 47 (50) (53).

18 Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl ZfDR 2021, 47 (71); Weinzierl NVwZ 2020, 1087 (1088); Janicki/Schultz DSRITB 2021, 13 (17).

Kinder und Jugendliche auf Grund ihrer Unerfahrenheit den Wert des Zeitaufwands nicht mehr ins Verhältnis setzen können. Auch dies dürfte aber ein seltener Fall sein.

2. Soziales Design

Erlaubt ein Game das Zusammenspielen mit anderen Spielern ist dies grundsätzlich als sozialer Bestandteil nicht negativ. Dies gilt auch dann, wenn das Zusammenspiel kompetitiv gestaltet ist, also Spieler einzeln oder in Gruppen gegeneinander antreten. Dies ist zunächst die Natur eines jeden Wettstreits. Bestenlisten oder Spielerfolge sind insofern nichts anderes als eine Ligatabelle im Fußball oder ein Sportabzeichen in der Leichtathletik. Beiden ist auch gemein, dass ein häufiges Training meist zu einem größeren Erfolg führt. Hierin oder in der Tatsache, dass man bei seltenem Spiel möglicherweise aus einem Team entfernt und durch andere Spieler ersetzt wird, ist kein Dark Pattern, sondern typisch für eigentlich alle kompetitiven Gruppenaktivitäten.

Erneut liegt in der kompetitiven Gestaltung eine Design-Entscheidung, die darauf abzielt, Verbraucher zur häufigen Nutzung zu bewegen, also eine Entscheidung zu beeinflussen. Jedoch ist kein Missbrauchselement ersichtlich.

Auch hier sind natürlich Ausnahmen denkbar, zB wenn Verbraucher im Game bloßgestellt oder herabgesetzt werden, soweit die notwendige Trainingsteilnahme nicht erfolgt oder einem das Game dann sogar verschlossen bleibt. Solche negativen Mechanismen dürften sich aber kaum durchsetzen, da die meisten Anbieter ein Interesse an einer breiten und nicht an einer kleinen elitären Kundschaft haben.

3. Shop-Design

Viele moderne Games sehen die Möglichkeit vor, zusätzliche Inhalte, Funktionen oder Gegenstände kostenpflichtig zu erwerben. Dies basiert in den meisten Fällen auf dem „Free-to-Play"-Geschäftsmodell, wonach das Game selbst kostenlos gespielt werden kann und nur ein kleiner Teil der Verbraucher Geld für zusätzliche Leistungen ausgibt. Dieses Geschäftsmodell ist schon lange bekannt und als solches auch dann nicht zu beanstanden, wenn Spieler, die für das Spiel Geld ausgeben, deutliche Vorteile haben.[19]

Ein gängiges Modell ist es, dass Spieler in solchen Games Spielwährungen erwerben können, die dann im Spiel gegen Inhalte oder virtuelle Gegenstände eingetauscht werden können. Häufig wird dabei kritisiert, dass solche Spielwährungen für Intransparenz sorgen, da der Spieler im Spiel nicht mehr die Übersicht über den Umrechnungskurs hat.[20]

Dies kann tatsächlich im Einzelfall zutreffend sein, häufig können Spieler die Spielwährung aber sowohl gegen Geld als auch durch Spielerfolge erlangen. Einen eindeutigen Umrechnungskurs für Spielzeit in Geld gibt es jedoch nicht. Darüber hinaus ist der Ingame-Shop meist mit nur wenigen Klicks erreichbar, sodass ein Spieler einfach in der Lage ist die Umrechnung selbst vorzunehmen. Die Gewährung von Mengenrabatten wird man auch kaum als missbräuchliches Marktinstrument bezeichnen können.

4. Echte Dark Patterns in Games

Keine reinen Design-Entscheidungen, sondern echte Dark Patterns, finden sich aber auch regelmäßig in Spielen, gerade im Mobile Gaming Sektor. Dazu gehört zB das Dark Pattern, das auch mit „Nudging" bezeichnet wird, also das ständige erneute Nachfragen, ob man nicht doch etwas kaufen möchte oder nicht doch eine bereits verweigerte Einwilligung erteilen möchte. Hier greift § 7 Abs. 1 UWG zumindest dann, wenn diese Aufforderungen ein Maß annehmen, das den laufenden Spielfluss erheblich unterbricht.

Ebenfalls dürfte die künstliche Verknappung von digitalen Angeboten zB durch ablaufende Timer oder individuell befristete Angebote zumindest dann unlauter sein, wenn die Angebote auch nach Ablauf eines Timers zur Verfügung stehen, ein angebliches Sonderangebot sich tatsächlich nicht vom normalen Angebot unterscheidet oder ein „einmaliges" Angebot regelmäßig wiederholt wird.[21] Diese Fälle lassen sich durchgehend unter § 5 Abs. 2 UWG abhandeln.

Auch die viel diskutierten Lootboxen können ein Dark Pattern darstellen, zumindest dann, wenn unter Verschleierung der Wahrscheinlichkeiten besonders hochwertige Spielgegenstände angepriesen werden, die tatsächlich aber nur in verschwindend geringen Fällen tatsächlich enthalten sind. Auch in diesem Fall liegt eine Irreführung der Verbraucher iSd § 5 Abs. 2 UWG vor.

III. Fazit

Dark Patterns sind auch im Bereich von Games eine Thematik, die im Jugendschutz und im Lauterbarkeitsrecht in den kommenden Jahren eine relevante Rolle spielen werden. Entgegen einiger Ansätze müssen ein Geschäftsmodell und ein Game Design jedoch zumindest solange als zulässig gelten, wie keine besonderen Missbrauchskriterien erfüllt sind. Wollte der Gesetzgeber hieran etwas ändern, wäre ein neuer, bisher nicht erfasster Tatbestand zu schaffen.

Schnell gelesen ...

- Eine klare gesetzliche Definition von „Dark Patterns" fehlt.
- Eine gesetzliche Definition darf nicht allein auf die Beeinflussung einer Erwerbsentscheidung abstellen, sondern muss eine darüber hinausgehende überschießende Missbräuchlichkeit als Anforderung vorsehen.
- Der europäische Verbraucherbegriff des informierten Verbrauchers erlaubt keine übermäßige Ausdehnung der Generalklausel des UWG auf „Dark Patterns" außerhalb der Spezialtatbestände.
- Auch der Entwurf des Digital Service Act durch das EU-Parlament bietet noch keine rechtssichere Behandlung von Dark Patterns.

Kai Bodensiek
ist Rechtsanwalt und Partner der Brehm & v. Moers Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB in Berlin.

19 Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht/Mankowski, 3. Aufl. 2016, Rn. 293c–293j; Nickel/Feuerhake/Schelinski MMR 2018, 586 (591).
20 Beispielhaft: Verbraucherzentrale Bundesverband, abrufbar unter: https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/digitale-welt/apps-und-software/ingame-und-inappkaeufe-wenn-virtueller-spielspass-teuer-wird-12941.
21 Martini/Kramme/Seeliger VuR 2022, 123.

MMR

Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung

TK · IT-Security · Medien · Robotik · KI · Datenschutz · Games

In Kooperation mit: Bitkom – Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. · davit im DAV – Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im Deutschen Anwaltverein · eco – Verband der Internetwirtschaft e.V. · game – Verband der deutschen Games-Branche e.V. · Legal Tech Verband Deutschland e.V. · VAUNET – Verband Privater Medien

8/2022 Supplement

HERAUSGEBER

RAin **Dr. Astrid Auer-Reinsdorff**, FA IT-Recht, Berlin/Lissabon – **Prof. Dr. Nikolaus Forgó**, Professor für Technologie- und Immaterialgüterrecht und Vorstand des Instituts für Innovation und Digitalisierung im Recht, Universität Wien – RAin **Prof. Dr. Sibylle Gierschmann**, LL.M. (Duke University), FA Urheber- und Medienrecht, Hamburg – RA **Prof. Dr. Christian-Henner Hentsch**, M.A., LL.M., Leiter Recht und Regulierung beim game – Verband der deutschen Games-Branche e.V., in Berlin/Professor für Urheber- und Medienrecht an der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht der TH Köln – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznagel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin der Unterabteilung VIB, Nationale und europäische Digitale Agenda, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin – **Prof. Dr. Dennis-Kenji Kipker**, Legal Advisor, Verband der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik (VDE) e.V., Kompetenzzentrum Informationssicherheit + CERT@VDE, Frankfurt/M. – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter Zentralbereich Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Prof. Dr. Marc Liesching**, Professor für Medienrecht und Medientheorie, HTWK Leipzig/München – **Dr. Reto Mantz**, Richter am LG, Frankfurt/M. – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Wiesbaden/Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider**, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht, Rheinische Friederich-Wilhelms-Universität Bonn – RA **Dr. Axel Spies**, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen

BEIRAT DER KOOPERATIONSPARTNER

Alisha Andert, Vorstandsvorsitzende des Legal Tech Verband Deutschland e.V., Berlin – **Karsten U. Bartels**, LL.M., Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht (davit) im Deutschen Anwaltverein e.V. – **Daniela Beaujean**, Mitglied der Geschäftsleitung Recht und Regulierung/Justiziarin, Verband Privater Medien (VAUNET), Berlin – RAin **Susanne Dehmel**, Mitglied der Geschäftsleitung Bitkom e.V., Berlin – **Dr. Andrea Huber**, LL.M. (USA), Geschäftsführerin, ANGA Der Breitbandverband e.V., Berlin

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin – **Katharina Klauser**, Redakteurin – **Ruth Schrödl**, Redakteurin – **Eva Wanderer**, Redaktionsassistentin – Wilhelmstr. 9, 80801 München

EDITORIAL

Friendly takeover in consumer protection law

reading time: 7 minutes

The EU is getting serious about completing the Digital Single Market. In recent months, there has been a friendly takeover in consumer protection – with the New Deal for Consumers, the Digital Content Directive and the new guidance on the UGP Directive, digital consumer protection has been largely harmonised. The German legislator, who in 2011 had still lodged a subsidiarity complaint against an EU contract law, has capitulated at least for digital consumer contracts. In future, therefore, consumer protection will be interpreted and shaped even more uniformly by the ECJ.

A harmonised legal framework in the internal market is advantageous for the games industry. Games are distributed internationally and sold worldwide as digital products – on data carriers or as downloads, or as additional content such as „downloadable content" (DLC) or in-game purchases. The EU and especially Germany are important sales markets with millions of customers. Any harmonisation is therefore a clear simplification in the drafting of contracts or in the provision of T&Cs. Therefore, from the point of view of the games industry, it is now important that the pieces of legislation mentioned are implemented and applied as uniformly as possible throughout the EU so that the same legal provisions apply in all member states. This creates legal certainty for the companies and also clarity for the consumers in Europe – usually, of course, at the highest existing regulatory level in the EU. National solo efforts are therefore counterproductive and they make centralised Europe-wide distribution more difficult and can even lead to disproportionate overbidding competition in consumer protection („goldplating").

Professor Dr Christian-Henner Hentsch

In this special edition on digital consumer protection in games, the importance of European consumer protection law for digital games becomes quite clear. Christian Rauda first gives an overview of the perennial issues in digital consumer protection for games. Konstantin Ewald and Leonie Schneider then present the changes in digital consumer protection resulting from the implementation of the New Deal for Consumers, which, in addition to changes in consumer protection law, also provides for changes in offences under fair trading law and introduces new sanction options. Even if a new version of Section 356 (5) of the German Civil Code (BGB) applies to the right of withdrawal as of 28 May 2022 due to the EU Directive on certain aspects of the provision of digital content and digital services under contract law, this case law should continue to apply because the conditions for the expiry of the right of withdrawal had already been harmonised under European

law and are identical except for additional information obligations (Hentsch MMR 2022, 413). A particular challenge for games is the update obligation, whereby the question arises in particular as to how long updates for the games must be kept available. Together with Philipp Sümmermann, Konstantin Ewald also writes on the new Fair Consumer Contracts Act, which goes beyond the EU package and, with this national go-it-alone, confronts games providers with the challenge of offering an isolated solution for Germany or implementing the more extensive consumer protection in Germany in other EU countries as well. Axel von Walter looks at the EU Commission's new fair trading guidance for the UCP Directive, which for the first time includes a new chapter specifically for „gaming". Kai Bodensiek concludes with a discussion of the distinction between unlawful consumer guidance and the permissible design of consumer-friendly offers in dark patterns and game design in video games.

This special edition is the fifth supplement of MMR on games law topics since 2018. In the first special edition (MMR supplement 8/2018) on eSports, a booming phenomenon was taken into account early on and a first survey of the legal framework was made with foresight. The second special edition (MMR supplement 8/2019) on law enforcement is more topical than ever because, in addition to the rulings on cheat software, the foundations for the new instrument of website blockings of structurally copyright infringing websites created last year via the Clearing Body for Copyright on the Internet (CUII) were elaborated here. The third issue (MMR supplement 8/2020) with its focus on the protection of minors dealt with the reform of the Protection of Minors Act, which is currently being implemented and the amendment to the JMStV, which is currently underway, was also anticipated here. The fourth, last year's special edition (MMR supplement 8/2021) on data protection also dealt with current developments in tracking and AI, in addition to practical legal application examples. This year's issue on digital consumer protection is also red-hot and many provisions have just come into force or are being implemented in companies. All in all, the supplements in the August gamescom issues are always on the cutting edge, often forward-looking and, above all, sustainable because they are still current. This makes MMR the definitive leading journal for lawyers in the games industry.

Based on these many articles in MMR with numerous authors from the games industry, a handbook Games & Law is currently being written and is expected to be published this year. This makes it clear that, in addition to their economic and cultural significance, games are also playing an increasingly important legal role. With future technologies such as AI, blockchain, cryptocurrencies and also NFTs, these legal issues are also interesting for other media industries and there are many overlaps and interactions in both copyright and data protection. However, the legal departments of the big publishers as well as the sales markets are international and therefore there are still comparatively few games lawyers working in Germany.

game – Association of the German Games Industry accompanies these publications and the development of legal expertise in Germany. The mission of the association is to make Germany the best games location. In addition to know-how transfer and investments, this includes above all the legal framework conditions, which is why it is important to point out the special features of the games industry in the legislative process. Unfortunately, the technical constraints in the design of games subscriptions were not taken into account in the short-term amendments to the Fair Consumer Contracts Act in the parliamentary procedure – because the parliamentarians obviously only thought of magazine subscriptions or mobile phone contracts. Due to the high consumer and youth protection standards in comparison to the rest of Europe, as well as the continental European copyright law, the German location has been difficult to communicate to international investors so far and the legal framework is not perceived as an investment advantage internationally in any case. That is why the harmonisation of many areas of law at the European level is the only right way forward from a German perspective – in this way, all other European countries will be brought into line with German standards and the competitive disadvantage in this area will be levelled out, at least in the EU, so that other competitive factors in Germany can once again come into their own.

An important factor besides the legal framework is state funding. Since the merger of the two predecessor associations BIU and G.A.M.E., the association has therefore campaigned politically with a united voice for internationally competitive funding, which should also attract major productions to Germany. In a comparatively short time, the Bundestag passed a federal funding and since the year before last, 50 million euros in subsidies can be awarded every year. In addition, at the level of the federal states, further funding models have been added to the existing ones or successively increased. The federal funding and the many Länder funding schemes are now also showing initial successes. In the past two years many companies have been founded and established developers have been able to expand significantly. Numerous companies have also been bought during this period, which proves the increasing attractiveness of Germany as a location. Upcoming industry studies will measure the effects of the funding and prove the desired growth in the core market and positive leverage effects for Germany as a digital and creative location. With the growth of German games companies, the number of games lawyers will presumably also increase soon, whether in-house or in the relevant law firms. If only to provide legal support for the many past and pending takeovers.

As Director Legal and Regulatory Affairs at game, I see these developments with great pleasure and am thrilled to see how the lawyers in the games industry are growing together here into a larger but still familiar family. MMR has played a big part in this and I would therefore like to express my sincere thanks to Ms Zimmer-Helfrich and her team for their foresight and trust in making these publications possible and encouraging them. I look forward to many more games special editions on games in MMR – we certainly won't run out of topics any time soon!

Cologne, August 2022

Professor Dr Christian-Henner Hentsch
is Director Legal & Regulatory Affairs at game – Verband der deutschen Games-Branche e.V. and Professor of Copyright and Media Law at the Kölner Forschungsstelle für Medienrecht at the TH Köln and co-editor of MMR.

CHRISTIAN RAUDA

Consumer protection law: „perennial issues" in the games industry

Information duties, right of withdrawal, auto renewals and GTC control with the pioneers of digital sales

Digital business models

The article deals with the „perennial issues" of the games industry and the German Civil Code (BGB), highlighting in particular new legislation, which is of outstanding importance for this industry due to its consideration of digital products and contracts in e-commerce. The essay provides a quick overview of the relevant legal problems and offers suggestions for solutions. A focus is on information obligations, the right of withdrawal, dealing with continuing obligations and the invalidity of terms of use. reading time: 16 minutes

I. Games industry as a pioneer of digital distribution

The games industry was one of the first to successfully organise digital distribution via the internet. While the first browser-based games were released in the mid-1990s,[1] their success really took off in the early 2000s.[2] Browser games were mostly „free-to-play"[3]. In the early days, their business model was often based on selling premium accounts or playing advertisements. Later, the sale of game advantages, the so-called „items", came to the fore. Such items could consist of visual advantages (special clothing for one's own „avatar", i.e. the game character), but also game advantages (digital items, such as better weapons, faster engines for cars, magical protection to defend a castle, faster football boots, but also procedural advantages such as more frequent building activities, automated attacks, etc.).

Unlike classic e-commerce, whose business model consists of the sale of physical goods via the internet, the games industry arranged the sale of digital goods via the internet early on. This led to consumer law issues arising at an early stage, for example with regard to information obligations (see under II.), the right of withdrawal (see under III.), or the question of automatic term extensions (see under IV.). Since the terms of use of digital games constitute general terms and conditions in the legal sense, many general terms and conditions clauses were litigated in legal disputes with consumer protection associations (see V.).

II. Information requirements

1. imprint obligation

Whereas at the beginning of the Internet, there were still disputes about the information obligations under Section 5 of the German Telemedia Act (TMG) (or its predecessor Section 6 of the German Teleservices Act (TDG)), the conflict situation has eased here because practically all market participants are now aware of the imprint obligation. Digital companies have an interest in avoiding calls from consumers because such calls cost time and money. Many games companies have therefore switched to no longer stating telephone numbers in the imprint, but only electronic communication channels. This is permissible if it is guaranteed that the provider will respond to enquiries at short notice.[4] In addition to the e-mail address, it is necessary to indicate another effective communication channel. However, the consumer has no right to a telephone hotline.

However, § 312d (1) BGB, which refers to Art. 246a of the Introductory Act to the German Civil Code EGBGB, must be observed. According to Art. 246a § 1(1)(3) EGBGB, the trader must also provide his telephone number when the contract is concluded, namely before the consumer makes the declaration (Art. 246a § 4(1) EGBGB). However, the BGH stated that „the phrase 'where applicable' in Art. 6 para. 1 lit. c of Directive 2011/83/EU ... must be interpreted, in the light of the context of the provision and the purpose pursued by the Directive, as covering cases where the trader has a telephone number or fax number and uses it not only for purposes other than contact with consumers".[5] Otherwise, that provision does not oblige him „to inform the consumer of that telephone number or even to set up a new telephone or fax connection or e-mail account so that consumers can contact him (ECJ GRUR 2019, 958, paras. 37 et seq., 51 – Bundesverband/Amazon EU)"[6].

2. Pre-contractual information duties

In distance selling transactions with consumers, the game provider is subject to extensive information obligations. These obligations, listed in Section 312d (1) BGB and Article 246a EGBGB, contain a whole catalogue of information to be disclosed. However, the gaming operator can also disclose this information within the framework of its general terms and conditions. It should be noted, though, that Section 312j (2) BGB also contains information obligations. In the case of a consumer contract in electronic commerce that contains a payment obligation of the consumer, the entrepreneur must provide the consumer with the information in a clear and comprehensible manner in accordance with Art. 246a § 1 S. 1 No. 1, 5, 6, 7, 8,14 EGBGB immediately before the consumer places his order. In this respect, a mere reference to the general terms and conditions containing the relevant information is not sufficient. The obligation to provide information pursuant to Section 312j (2) BGB can still be satisfied if the trader provides the information below an order button and as continuous text.[7] In this case, however, there are

1 The website "The Village" started in 1996, was taken over by Microsoft in the same year and then renamed "Internet Game Zone". On the site, one could play classic card or board games, such as mill, backgammon or bridge.
2 Some of the games are still in operation today, e.g. "OGame" from 2002 (Gameforge) or "Die Stämme" from 2003 (InnoGames).
3 An important exception was the game "World of Warcraft", which was released in 2004 and which relied on a subscription model from the beginning. Although it was played over the internet, it was not a game that you played via the browser, but required an installation on the hard drive of your own computer (client).
4 According to OLG Cologne MMR 2017, 39 (40), no telephone or fax number has to be provided if a call-back system is set up together with the possibilities to contact by chat or e-mail (BeckOK InfoMedienR/Bornemann, 35th ed. 1.2.2022, TMG § 11 marginal no. 25 with reference to ECJ MMR 2019, 603; Möller NJW 2019, 3356 (3357).
5 BGH MMR 2020, 540 (541) – Recall system II. A few months earlier, the OLG Schleswig had held that an entrepreneur must also accept any revocations via a service telephone number that it already uses to communicate with customers (MMR 2020, 420 et seq.).
6 BGH MMR 2020, 540 (541).
7 OLG Cologne MMR 2017, 552 (553).

increased requirements for the „prominence" of the information.[8] A text in small font size is therefore not sufficient.

The catalogue in Art. 246a § 1 EGBGB contains, for example, the obligation to provide the following information:

- the essential characteristics of the goods or services,
- the identity of the trader, including his address, telephone number and e-mail address,
- the total price of the goods or services including all taxes and duties, where applicable, the indication that the price has been personalised on the basis of automated decision-making,
- in the case of an open-ended contract or a subscription contract, the total price and the terms of payment, delivery and performance,
- the existence of a statutory right of liability for defects,
- where applicable, the existence and conditions of after-sales service, after-sales services and guarantees,
- where applicable, the duration of the contract or the conditions of termination of open-ended contracts or automatically renewing contracts,
- if applicable, the contractual minimum duration,
- where applicable, the functionality of the goods with digital elements or the digital products, including applicable technical protection measures,
- where applicable, the compatibility and interoperability of the goods with digital elements or the digital products,
- if applicable, the existence of an out-of-court complaint and redress procedure,
- the conditions, time limits and procedure for the exercise and expiry of the right of withdrawal and the model withdrawal form.

What the „essential characteristics of the goods or services" according to Art. 246a § 1 (1) No. 1 EGBGB are for an item in a computer game, can of course be discussed. Nevertheless, it is sufficient here to describe the function of the item, highlighting whether the benefit of the item is limited in time. Some game advantages are valid for a certain period of time only and some items can only be used a few times (e.g. special football boots that can only be used five times because they are „worn out" afterwards). With that being said, to the best of our knowledge, Art. 246a § 1 para. 1 no. 1 EGBGB has not yet been litigated in connection with items in computer games.

Typically, the games industry complies with the obligations in Sections 312d (1), 312j (2) BGB, Art. 246a EGBGB without further ado, in practice, the potential for conflict with consumer protection associations has not materialized.so that in practice, there is no potential for conflict with consumer protection associations here.

III. Right of withdrawal

1. Challenges of digital products

The statutory right of withdrawal has always posed challenges for the games industry. With the major reform of the law of obligations, which came into force on 1.1.2002, the consumer right of withdrawal was uniformly regulated in Sections 355 et seqq. BGB (previously there had been rights of withdrawal in certain areas only, e. g. under the Doorstep Selling Act or the Consumer Credit Act). Since then, the regulations have been amended several times, most recently Sections 356 et seqq. In the course of this modernisation of the BGB, the terms „digital products", „digital contents" and „digital services" were introduced and legally defined in Section 327 para. 1 sentence 1, para. 2 BGB, with the term „digital products" being the umbrella term. According to this definition, digital content is „data that is created and made available in digital form" and digital services are services that enable the consumer to create, process or store data in digital form and to retrieve such data as well as the shared use of such data.

An exclusion of the right of withdrawal for digital products according to Section 312g (2) No. 6 BGB („contracts for the delivery of sound or video recordings or computer software in a sealed package if the seal has been removed after delivery") needs not be considered, as this provision only applies to the sale of sealed physical data carriers. Accordingly, the distribution of files for download or the sale of items and similar digital products are not covered. The providers of such digital items therefore faced a special challenge: When a player purchases an item, he usually wants to use it in the game immediately after purchase and not wait for the 14-day revocation period (Section 355 para. 2 BGB) to expire. Unlike a physical product, however, an item can no longer be „returned", as it has already fulfilled its purpose for the player by being used in the game. If, however, the game operator was exposed to the risk that the player revokes the contract within the revocation period and is refunded for items already used in the game, the game operator would have to reckon with free-riding by players. While the buyer of a physical good has to pay a compensation for the use of the item until revocation if it has lost value by being used (Section 357a (1) BGB), such compensation for wear and tear is not possible for digital goods. This is because, by their very nature, digital goods do not lose value through use. Section 357a (3) of the German Civil Code (BGB) explicitly regulates this for digital content: „If the consumer revokes a contract for the provision of digital content that is not on a tangible data carrier, he or she does not have to pay compensation for loss of value".

2. Digital services

Until 13.6.2014, there was no regulation on the expiry of the right of withdrawal for digital content.[9] This led to a legal discussion about whether the games industry's offers in games were services.[10] The regulation on the premature expiry of the right of withdrawal when a service is provided was moved from Section 312d BGB (old version) to Section 356 para. 4 BGB (new version) on 13.6.2014 and has since been supplemented repeatedly.[11]

8 OLG Cologne MMR 2017, 552 (553).

9 § Section 312d old standardised: "The right of withdrawal also expires in the case of a service if the contract has been completely fulfilled by both parties at the express wish of the consumer before the consumer has exercised his right of withdrawal". The consumer could therefore only revoke his declaration of intent until the time when the contract was fulfilled by both parties. The reason for the expiration of the right of withdrawal The reason for the expiry of the right of withdrawal is that services are regularly individually oriented and cannot be used otherwise, cf. Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch/Stadler, 14th ed. 2011, BGB § 312d marginal no. 6. The provision of online games was at least partly a service within the meaning of § 312d para. 3 BGB, cf. 3 BGB, cf. Rauda, Recht der Computerspiele, 2013 marginal no. 698. Indeed, § 312d (3) aF was applicable if, in the case of mixed contracts, the service part was equivalent to the other components, cf. Bamberger/Roth, BeckOK BGB/Schmidt-Räntsch, 26th ed. BGB § 312d marginal no. 34.

10 Diegmann/Kuntz NJW 2010, 561 (562).

11 "The right of withdrawal shall also expire in the case of contracts for the provision of services under the following conditions:
1.in a contract which does not oblige the consumer to pay a price if the trader has fully performed the service,
2.in the case of a contract which obliges the consumer to pay a price, with the complete performance of the service, if the consumer, before the start of the performance
(a) expressly agreed to the trader starting to provide the service before the end of the withdrawal period,
(b) in the case of an off-premises contract, provided the consent referred to in point (a) on a durable medium; and
(c) has confirmed his knowledge that his right of withdrawal expires upon full performance of the contract by the trader.
3. in the case of a contract where the consumer has expressly requested the trader to visit him in order to carry out repair work, with the complete performance of the service if the consumer has fulfilled the conditions set out in points 2(a) and (b),
4. in the case of a contract for the provision of financial services, if the contract has been performed in full by both parties at the express request of the consumer before the consumer exercises his right of withdrawal."

The new provision also applies to digital services. An important prerequisite for the expiry of the right of withdrawal is the complete provision of the service. If one looks at digital services related to games, these include, for example, the service of using a game free of advertising for a certain period of time or the provision of a premium access to the game, in the context of which the player has access to further, non-consumable functionalities for a certain period of time. However, such digital services are typically provided for a period that exceeds the duration of the existence of the right of withdrawal (14 days). This results in a situation where, as long as right of withdrawal the digital service exists, the digital service cannot be fully provided. Thus, in practice, premature expiry according to Section 356 para. 4 BGB comes into effect only in the rarest of cases. Instead, the right of withdrawal only expires after 14 days. The obligation to pay compensation for the value of a revocation in the case of services is regulated by § 357a para. 2 BGB. If the consumer revokes a contract for the provision of services, the consumer owes the trader compensation for the value of the service provided up to the time of revocation if the consumer expressly requested the trader to start providing the service before the end of the revocation period. However, the claim only exists if the trader has informed the consumer in accordance with Art. 246a § 1 para. 2 sentence 1 no. 1 EGBGB (information on the conditions, time limits and procedure for exercising the right of withdrawal as well as the model withdrawal form) and Art. 246a § 1 para. 2 sentence 1 no. 3 EGBGB (information that the consumer owes a reasonable amount for the service provided by the trader if he exercises the right of withdrawal after having expressly requested the trader to start the service before the expiry of the withdrawal period).

If the consumer revokes the contract for the digital service, which has a term of 30 days, e.g. after seven days, the consumer owes 7/30 of the price (provided that the consumer has expressly requested the early performance and the information has been given in accordance with Art. 246a § 1 para. 2 sentence 1 no. 1, no. 3 EGBGB).

3. digital content

On 13.6.2014, a special provision for digital content was introduced in Section 356 (5) BGB.[12] According to this provision, the right of withdrawal expired if the trader started to execute the contract (unlike in the case of services) after the consumer had expressly consented to the execution of the contract before the expiry of the withdrawal period and confirmed his knowledge that by consenting, he would lose his right of withdrawal with the execution of the contract. The main area of application in the games industry is virtual currencies in games that represent digital content.[13] Since 28.5.2022, a differentiation is made according to whether the consumer pays a price. Accordingly, the right of withdrawal expires prematurely in the case of a contract that does not oblige the consumer to pay a price if the trader has begun to fulfil the contract (Section 356 (5) no. 1 BGB). If, on the other hand, the consumer pays money, the conditions for the premature expiry of the right of withdrawal are increased: The consumer must have expressly consented to the trader commencing performance of the contract before the expiry of the withdrawal period (section 356(5)(2)(a) BGB) and the consumer must have confirmed his knowledge that his consent under subparagraph (a) will cause his right of withdrawal to lapse upon commencement of performance of the contract (section 356(5)(2)(b) BGB). According to the wording of the provision, the trader must have provided the consumer with a confirmation in accordance with section 312f BGB (section 356(5) no. 2 lit. c BGB). However, it is disputed whether this is a prerequisite for the expiry of the right of withdrawal. The argument against it being a prerequisite is that otherwise, Art. 14(4b)(iii) Consumer Rights Directive (CRD) would run empty.[14] On the other hand, the fact that the language of Section 356 para. 5 no. 2 BGB does not indicate any different treatment speaks in its favor. Besides, Section 312f (2), (3) BGB clarifies that the confirmation must be made before the service is provided. Thus, the confirmation must happen prior to the performance of the contract anyway. Therefore, it seems reasonable to make the expiry of the right of withdrawal dependent on the confirmation.

So, the consumer must confirm that he is aware that he will lose his right of withdrawal if the trader begins to perform the contract. This confirmation must be given at the same time as the consumer's consent to the early performance of the contract. The confirmation must be a separate declaration, a mere reference is not sufficient.[15] Yet, it is questionable when an early delivery of digital content is provided with the consumer's „express consent". It was argued with regard to Section 312d (old version) BGB that the expression of the „express wish" is an act similar to a business transaction.[16] As a comparison with the wording of the prior Section 312d (3) no. 2 (yet older version) BGB showed, a reactive „consent" or „instigation" of the consumer to the service offer of the game operator was not sufficient.[17] Rather, it was necessary that the initiative came from the consumer.[18] Since Section 356 (5) BGB (new version) no longer speaks of the consumer's „wish", but only of its „consent", the initiative does not have to come from the consumer. However, the right of withdrawal does not expire if the consumer has not been informed of this legal consequence beforehand.[19] It is sufficient, for example, that the consumer clicks on a separate, non-pre-filled button (subject to confirmation pursuant to § 312f BGB):[20] „Yes, I would like to be able to use the item immediately, i.e. before the end of the withdrawal period. Furthermore, I am aware that I lose the right of withdrawal to which I am entitled by law already upon complete fulfilment of the contract". The point in time at which the consumer must make the declaration is also disputed. It is argued that the declaration can only be made after the conclusion of the contract, which would require a two-step procedure.[21] But this view must be rejected because there is no evidence for it, either in the VRRL or in Section 356 (5) BGB.[22] Forcing a two-step procedure would be a mere formality if the consumer was aware of the legal consequences of his consent with regard to the right of withdrawal.[23]

12 The right of withdrawal expired in the case of a contract for the supply of digital content not on a tangible medium if the trader started the performance of the contract after the consumer 1. expressly consented to the trader starting the performance of the contract before the expiry of the withdrawal period and 2. confirmed his knowledge that his consent meant that he lost his right of withdrawal when the performance of the contract started.

13 LG Karlsruhe MMR 2017, 51 (52), confirmed by OLG Karlsruhe Urt. v. 11.7. 2018 – 6 U 108/16.

14 Grüneberg, BGB, 81st ed. 2022, BGB § 356 marginal no. 11.

15 It is not sufficient to indicate via the "Buy" button that the player, by clicking on this button, consents to the order being executed and that the player thereby loses his right of withdrawal (LG Köln MMR 2020, 200).

16 MüKoBGB/Wendehorst, 6th ed. 2012, BGB § 312d marginal no. 53.

17 MüKoBGB/Wendehorst, 6th ed. 2012, BGB § 312d marginal no. 53.

18 MüKoBGB/Wendehorst, 6th ed. 2012, BGB § 312d marginal no. 53.

19 The BGH MMR 2006, 453 mAnm Mankowski – collect calls with the indication that the consumer may be entitled to claims for damages under § 280 BGB in the event of a breach of the information duties by the trader.

20 LG Karlsruhe MMR 2022, 413 (417) mAnm Hentsch.

21 LG Karlsruhe MMR 2017, 51 (52): "In this case, however, the contract cannot be concluded and the right of withdrawal expire at the same time as a declaration, but a separate declaration by the consumer confirming knowledge of the loss of the right of withdrawal within the meaning of section 356(5) no. 2 BGB is required at a later date".

22 So also LG Karlsruhe MMR 2022, 413 marginal no. 40 mAnm Hentsch, with reference to the Guide of the Directorate General Justice to Directive 2011/83/EU, June 2014, p. 66.

23 LG Karlsruhe MMR 2022, 413 marginal no. 40 mAnm Hentsch.

Instead, the literature correctly points out that a two-step procedure is detrimental to the consumer, too: „If the customer's declaration of consent is obtained at the conclusion of the contract, the customer can consider before the purchase whether he wants to buy the digital content if he has to waive his right of withdrawal for this. In a two-step procedure, the customer must first enter into a binding contract, possibly make an advance payment and pay, and is only then informed that he will only receive his digital content after waiving his right of withdrawal."[24]

According to the correct opinion of the Regional Court of Karlsruhe, the loss of the right of withdrawal according to Section 356 para. 5 BGB is independent of a proper instruction according to Sec. 356 para. 3 p. 1 BGB, which sets the withdrawal period in motion. [25]

IV. Contract duration, automatic term extension and cancellation button

The question of contract duration and the possibility of termination have always been at the core of consumer protection. The mobile phone industry in particular has developed business models that appear non-transparent to the consumer with regard to the duration and the right of termination. According to the law on general terms and conditions, continuing obligations may have a minimum term of no more than two years (Section 309 No. 9 lit. a BGB). Since 1.3.2022, an automatic renewal for a another fixed term is no longer possible (Section 309 no. 9 lit. b BGB). Instead, now a tacit renewal is only possible for an indefinite period with a notice period of no more than one month at any time (section 309 no. 9 lit. c BGB). This is unfortunate because many companies in the games industry link their pricing very closely to contract terms. A premium access for a whole year is often much cheaper than purchasing 12 individual monthly accesses. In practice, the companies in the games industry deal with the prohibition of contract extensions for a fixed period differently. A reasonable option is to offer the player an incentive to actively conclude a new contract with a fixed term before the contract term expires. In this case, Section 309 no. 9 BGB does not apply because there is no tacit, but rather an explicit extension of the contract. Another way is to grant the benefits only for the initial contract term and to let the price continue at the normal level for the contract term thereafter. This means that the consumer has the right to terminate the contract every month, but does not benefit from the favorable tariff of an annual or two-year contract.

In addition, since 1.7.2022, it has become still easier for the consumer to terminate a contract for a continuing obligation against payment in electronic commerce by providing the consumer with a so-called „termination button"[26] in accordance with Section 312k BGB (new version). Pursuant to Section 312k (2) BGB (new version), the trader's website must contain a clearly legible cancellation button with the designation „Cancel contracts here" or a similarly unambiguous wording, which must be permanently as well as directly and easily accessible. Via this button, the consumer must be led directly to a confirmation page on which only the data required for termination may be requested and on which there is a confirmation button with the same clarity as the termination button. If these criteria are not met, the consumer can terminate the contract at any time without observing a notice period (Section 312k para. 6 BGB new version).[27]

V. Invalidity of clauses in terms of use

The clauses in terms of use of providers of games playable over the internet are attacked time and again by consumer protection associations. In view of the proliferation of case law, the principle of freedom of contract is often reduced to a dead letter. The courts are often quick – too quick – to classify clauses as unreasonably disadvantageous to the consumer.[28] When, for example, the terms of use of the game „World of Warcraft"[29] were attacked by a consumer protection association, the District Court of Berlin found nine clauses to be unreasonably disadvantageous – in part correctly so.[30] For instance, it is unlawful for a game provider to reserve the right „to block or terminate your access to the service at its own discretion and to deactivate or delete the account if bookings cannot be made via your credit card". Unilateral rights to change are also rightly criticised. In the terms of use, the provider had reserved the right „to change, modify, extend, replace or delete any of the rules and conditions contained in this agreement at any time and in its sole discretion". The unilateral change of access methods, provision times, amount of fees or costs is also unlawful and violates Section 307 BGB.

VI. conclusion

Due to the fact that computer games are a digital product which is largely distributed purely digitally (apart from games on physical data carriers), the games industry is a pioneer in the implementation of consumer protection rules in digital distribution. Since the business models in the games sector include not only a simple download of software for money, but also subscription models and the sale of items, the entire range of consumer protection framework conditions must be observed in order to successfully distribute games.

For a quick read ...

- The amendments to the German Civil Code (BGB) create at least partial legal clarity for the games industry and enable entrepreneurs to offer their services in a legally secure manner and with less risk of abuse.
- However, the regulations are partly unclear or overshoot the target.
- Case law is sometimes too expansive in its assessment of terms of use as inadmissible GTCs.

Professor Dr Christian Rauda
is a specialist lawyer for IT law, a specialist lawyer for copyright and media law as well as a specialist lawyer for intellectual property law and a partner in the media law firm GRAEF Rechtsanwälte (Hamburg/Berlin) as well as an honorary professor for computer game law and entrepreneurship in the games industry at the HTW Berlin University of Applied Sciences.

The author thanks Rechtsanwalt Fabian Stößer, LL.M. (UCT), LL.M. (UoC), for his valuable advice and comments.

24 Ewald/Schneider, LG Karlsruhe: Verzicht aufs Widerrufsrecht bei virtueller Währung – Ja! But how?, available at: https://spielerecht.de/lg-karlsruhe-verzicht-aufs-widerrufsrecht-bei-virtueller-waehrung-ja-aber-wie/.
25 LG Karlsruhe MMR 2022, 413 mAnm Hentsch.
26 S. Güster/Booke MMR 2022, 450.
27 Ewald/Sümmermann deal with the termination button in detail in this issue, see MMR 2022, 713.
28 An inglorious example from the recent past is the classification of the clause "A contract is only concluded by the declaration of acceptance, which is sent with a separate e-mail (order confirmation or shipping confirmation), at the latest, however, by the dispatch of the order" as unreasonably disadvantageous pursuant to Section 307 BGB, cf. LG München I MMR 2022, 501 marginal no. 38, because the court thus places stricter requirements on form clauses than those provided for by the statutory model in Section 151 BGB.
29 Publisher: Activision Blizzard.
30 LG Berlin Urt. v. 28.1.2014 – 15 O 300/12.

KONSTANTIN EWALD / LEONIE SCHNEIDER

Update required – new digital consumer laws

New Deal or business as usual?

Harmonisation

As part of the New Deal for Consumers initiative, the European legislators introduced the Omnibus Directive and the Representative Actions Directive, which are flanked by the Digital Content Directive and the Sale of Goods Directive. This package of directives now leads to numerous changes in European consumer protection and unfair commercial practices laws. The Omnibus Directive amends four existing directives and introduces an EU-wide harmonised (though not entirely uniform) fines regime that, comparable to the GDPR, can lead to fines of at least up to 4% of the annual turnover. In addition, the scope of application of many consumer protection regulations is extended to contracts under which consumers do not pay a price but provide personal data which the trader does not process exclusively to fulfil its performance obligations or legal requirements (also known as „payment with data").

reading time: 17 minutes

I. Digitalisation and cross-border commerce led to a need for action

Due to the constant developments in the area of digitalisation and increasing cross-border commerce, the European legislators felt compelled to modernise consumer protection and unfair commercial practices laws at EU level, to facilitate enforcement for consumers and to create more uniform regulations that promote the internal market. Businesses and consumers alike should find a set of rules in the EU that is as harmonised as possible. To this end, a package was put together consisting of Directive (EU) 2019/2161 (Omnibus Directive)[1] and Directive (EU) 2020/1828 (Representative Actions Directive)[2], flanked by Directive (EU) 2019/770 (Digital Content Directive – DCD)[3] and Directive (EU) 2019/771 (Sale of Goods Directive – SGD)[4]. How the modernisation and harmonisation of European consumer laws and their enforcement is transformed is described in more detail below.

II. Omnibus Directive amends four existing directives in different areas

The Omnibus Directive, which has to be applied by the Member States since 28.5.2022, amends four Directives in the area of consumer protection and unfair commercial practices laws: Directive 2011/83/EU (Consumer Rights Directive – CRD)[5], Directive 2005/29/EC (Unfair Commercial Practices Directive – UCPD)[6], Directive 93/13/EEC (Unfair Contract Terms Directive – UCTD)[7] and Directive 98/6/EC (Price Indication Directive – PID)[8].

With the amendments, the EU intends to create consumer protection and unfair commercial practices laws which are as harmonised as possible and meet the requirements of a rapidly advancing digitalisation. At the same time, the EU does not seem to intend to restrict the individual Member States' scope for action too much. Thus, with the Omnibus Directive, it is not pursuing a purely fully harmonising approach. This becomes particularly clear in the opening clauses that the Omnibus Directive introduces into the CRD, which is in principle fully harmonising. This includes, for example, the new Article 6a of the CRD, which obliges providers of online marketplaces to inform consumers about the parameters used to determine the ranking of the offers and indicating the status as traders for third parties offering products or services on the marketplace. The opening clause of Art. 6a para. 2 CRD empowers the Member States to determine even more far-reaching information obligations, which the German legislator, for example, has made use of with Sec. 312k para. 1 BGB in conjunction with Art. 246d Sec. 1 no. 2 EGBGB and has introduced an obligation for comparison platforms to inform consumers about the providers involved in the creation of the comparison.

In addition, the Omnibus Directive broadens the scope of application of consumer protection provisions through the concept often (somewhat misleadingly) referred to as „payment with data"[9]. A large number of consumer protection standards now apply not only to contracts under which consumers pay a price, but also explicitly[10] to contracts under which consumers do not pay

1 Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27.11.2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules (OJ 2019 L 328, 7).

2 Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25.11.2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC (OJ 2020 L 409, 1).

3 Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20.5.2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (OJ 2019 L 136, 1).

4 Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20.5.2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC and repealing Directive 1999/44/EC (OJ 2019 L 136, 28).

5 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25.10.2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (OJ 2011 L 304, 64).

6 Directive of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ("Unfair Commercial Practices Directive") (OJ 2005 L 149, 22).

7 Council Directive 93/13/EEC of 5.4.1993 on unfair terms in consumer contracts (OJ 1993 L 95, 29).

8 Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16.2.1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers (OJ 1009 L 80, 27).

9 The European and consequently also the German legislator have expressly left open whether the personal data provided is a consideration, as in the case of the payment of a price, so that there does not necessarily have to be a synallagmatic contractual relationship in order to be qualified as "payment with data", BT-Drs. 19/27653, 35; cf. on this also Spindler MMR 2021, 451 (452).

10 In this regard, even before the changes made by the Omnibus Directive, the scope of application of the CRD and, accordingly, of Sec. 312 et seq. BGB was to be interpreted broadly in conformity with the Directive and thus might also have been applicabke in the case of provision of personal data, e.g. BeckOGK BGB/Busch, 1.6.2021, BGB § 312 no. 11; Spindler MMR 2021, 451 (452).

a price (previously free of charge) but provide personal data (cf. Art. 3 para. 1a CRD, Art. 3 para. 1 subpara. 2 DCD or Sec. 312 para. 1a, 327 para. 3 BGB), with narrow exceptions (see below).

No less significant is the introduction of considerable and standardised fine options. With the specification of fines of at least (another transposition leeway for the Member States) up to 4% of the annual turnover, these are now very similar to those of the GDPR and justify an equally pressing need for action for traders in consumer protection, as was already the case in 2018 with the introduction of the GDPR.

1. Amendments to the CRD

a) „Payment with data"

Since the applicability of the DCD and the Omnibus Directive and/or the corresponding national transposition laws on 1.1. 2022 and 28.5.2022, large parts of consumer law now also explicitly apply to contracts where consumers do not pay a price but provide personal data which are not strictly necessary for the performance of the contract or to fulfil legal obligations (i.e. Art. 6 para. 1 subpara. 1 lit. b, lit. c, lit. e GDPR)[11], cf. Sec. 312 para. 1a, 327 BGB. This means that almost all consumer contracts that were previously considered „free of charge" and therefore did not fall within the scope of application of a large part of the consumer protection regulations, especially those concerning digital content and digital services such as free game apps, are now also heavily regulated. This is particularly relevant with regard to the consumer protection information obligations, which must now also be observed in such scenarios – including the right of withdrawal. Only a few exceptions are made to the applicable obligations. For example, in these cases it is not necessary to use a „buy now" button (Sec. 312j para. 3 sent. 2 BGB).

b) Right of withdrawal

It remains open to what extent a right of withdrawal in cases of „payment with data" is able to protect consumers at all. On the one hand, contracts where no price is paid can usually be terminated at any time anyway. On the other hand, handing over personal data provided after the end of the contract is already covered by the provisions of the GDPR, which Art. 16 para. 2 DCD also repeats. With regard to non-personal data, there is now a special provision; consumers also have a claim to receive such data (at least in the case of contract termination as a result of warranty for defects; the exact scope of application of the provision and its extension to other contract terminations remains unclear) (Art. 16 para. 3 DCD, Section 327p para. 3 BGB). However, the extent to which non-personal data that can be attributed to consumers for the purpose of providing it exist at all, in relation to the broad concept of personal data, also remains open.[12]

The conditions under which traders can implement a waiver for the right of withdrawal also change. Until now, the waiver of the right of withdrawal in contracts for the provision of digital content not provided on a durable medium[13] required express consent to the performance of the contract before the expiry of the withdrawal period pursuant to Sec. 356 para. 5 BGB former version (in implementation of Art. 16 lit. m CRD former version) and an acknowledgement that the right of withdrawal expires with the commencement of the performance of the contract. Now, in the case of (digital) service contracts and contracts for the provision of digital content, where consumers are obliged to pay a price, a new condition is added: In addition, the trader has to provide that consent to the consumer on a durable medium (Sec. 356 para. 4 no. 2, para. 5 no. 2 BGB). The information on a durable medium[14] was already obligatory before the changes (Sec. 312f para. 3 BGB former version) but had not affected the waiver of the right of withdrawal in case of a violation.

In case of the newly introduced digital services, the waiver of the right of withdrawal pursuant to Sec.356 para. 4 BGB is also linked to the requirement that the service must have been fully provided. Prior to this, the right of withdrawal does not expire even if the mechanism for consent and acknowledgement as well as the provision of the information on a durable medium is implemented (which is only required here in accordance with Sec. 356 para. 4 no. 2 lit. b BGB for off-premises contracts anyway).

This is different in the case of (digital) service contracts and contracts for the provision of digital content if the consumer does not commit to paying a price.[15] In these cases, the right of withdrawal is already excluded by law if the trader has provided the service in full (Sec. 356 para. 4 no. 1 BGB) or, in the case of digital content, has begun to fulfil the contract (Sec. 356 para. 5 no. 1 BGB).

The statutory waiver of the right of withdrawal upon complete performance of a contract for (digital) services is not unproblematic. Contracts for digital services, which are now to be understood as services within the meaning of Sec. 356 para. 4 BGB, are subject to qualitatively higher requirements than contracts for the provision of digital content. The fact that the waiver of the right of withdrawal only becomes effective after full performance of the service is problematic, since contracts that were previously considered contracts on digital content must increasingly be assessed as digital service contracts. The exact classification is often not easy due to very open criteria and there is a rule that if in doubt, the provisions on the right of withdrawal for digital services should be applied, i.e. the stricter provisions.[16] However, because digital service contracts, unlike contracts for digital content, are generally continuing obligations, the complete service is generally only fully performed at the end of the contractual relationship, which essentially nullifies the waiver of the right of withdrawal. Especially for subscription models, this represents an enormous economic hurdle, since in the case of withdrawal, refunds must be made pro rata temporis (at best – if the information on the right of withdrawal was provided properly, Sec. 357a para. 2 BGB). The CJEU[17] dealt with this problem even before the introduction of the concept of digital services and ultimately affirmed a right of withdrawal, denying the applicability of the waiver rules for digital content. The CJEU also took up the problem of calculating compensation for lost value in digital service contracts and clarified once again that the calculation is generally to be made on a pro rata basis according to the time the service was used, even if qualitatively different partial services of an overall service were provided at different periods and the value of the initial parts could have been determined as higher in relation to the remaining parts.

In practice, the implementation of the waiver rules often poses a particular challenge and is always implemented, at any rate, by legally experienced or well-advised traders. If consumers nevertheless wish to make use of the service, they will simply have to

11 The European legislator does not explicitly refer to the GDPR, but the German legislator does in the explanatory memorandum to the law implementing the Digital Content Directive, BT-Drs. 19/27653, 40.
12 See also Spindler MMR 2021, 528 (530).
13 Cf. Pech MMR 2022, 348.
14 Cf. Pech MMR 2022, 262.
15 Cf. Pech MMR 2022, 516.
16 Cf. the last sentence of recital 30 of the Omnibus Directive.
17 CJEU MMR 2020, 827.

submit to the waiver of withdrawal. In practice, there is thus already a de facto quasi-statutory exclusion, which is why a statutory exclusion would have been preferable in the modernisation of consumer protection law compared to the waiver mechanisms. Clicking on a checkbox and sending the accompanying consent hardly puts consumers in a better position than if the right of withdrawal was already excluded de lege lata (especially since an exclusion would also have to be pointed out accordingly, cf. Art. 246a Sec. 1 para. 3 no. 1 EGBGB).

In implementation of the Omnibus Directive, violations of certain elements of consumer protection law are now sanctioned with a fine of up to 4% of the annual turnover under certain conditions pursuant to Art. 246e EGBGB. This includes in particular breaches of the general information obligations according to Sec. 312a para. 2 sent. 1, 312d para. 1 BGB in conjunction with Art. 246, 246a EGBGB, i.e. information about the main characteristics of the goods or services, contract periods, terms of termination, interoperability and compatibility and also the right of withdrawal. Also potentially subject to a fine is the incorrect labelling of the order button pursuant to Sec. 312j para. 3BGB.

2. Amendments to the UCPD

The requirements for transparency which were strengthened with the amendment of the CRD are supplemented by an amendment of the UCPD in Art. 3 Omnibus Directive. For example, consumers who search for products by entering a keyword, a group of words or another input must be informed about the main parameters of the ranking, i.e. the sorting of suggested products (Art. 7 para. 4a UCPD). A similarly comprehensive regulation on the transparency of ranking parameters can be found in Regulation (EU) 2019/1150 (P2B Regulation)[18], which has been directly applicable since 12.7.2020. However, this regulation does not apply to B2C relationships, but only to relationships between platforms and commercial users, who in turn offer products to consumers on the platform. However, the European legislator refers to the requirements of the P2B Regulation in many places, so that this and the corresponding guidelines of the European Commission[19] can also be used to a certain extent to interpret the new consumer ranking regulations.

User reviews are also to become more transparent with the help of the Omnibus Directive. If traders display reviews of products to consumers, they have to inform them since 28.5.2022 whether and, if so, how the reviews' authenticity is ensured (Art. 7 para. 6 of the UCPD, implemented by Sec. 5b para. 3 UWG in conjunction with Sec. 5a para. 1 UWG, flanked by two new offences on the blacklist in the Annex to the UWG, No. 23b and No. 23c).

Infringements of certain elements of the UWG, including the general (and far-reaching) element of misleading actions under Sec. 3 UWG, are now sanctioned under certain conditions by a fine of up to 4% of the annual turnover pursuant to Sec. 19 UWG in implementation of the Omnibus Directive, and also entail the risk of an infringement within the meaning of Sec. 9 para. 1 UWG, which means that they can trigger an obligation to pay damages to competitors – and in the case of a violation of Sec. 3 UWG (including the offences on the blacklist) pursuant to Sec. 9 para. 2 UWG, now also to consumers.

3. Amendments to the PID

In practice, the amendment of the PID, which now contains specific requirements for the announcement of price reductions, e.g. by means of strike prices or percentage reductions in the new Art. 6a of Directive 98/6/EC, is particularly difficult to implement. In such cases, the lowest total price demanded by the trader in the last 30 days before the price reduction must now always be indicated as the reference price for the reduction.

From the point of view of the EU Commission, the amendments to the PID by the Omnibus Directive should, due to the scope of application of the minimum harmonising PID, apply in a unified manner only with regard to price reductions of movable goods, i.e. not to services and also not to digital contents or digital services.[20] This is also how the German legislator has implemented it in Sec. 11 PAngV. However, the Member States have a transposition leeway here, which some Member States have also made use of. Thus, the harmonisation objective is also missed at this point, with the consequence that traders must always check for all Member States (including those states of the European Economic Area which have decided to implement the Omnibus Directive as well) whether and to what extent which Member State has made use of this transposition leeway. This also applies with regard to the further opening clauses from Art. 6a PID, which allow Member States to provide for deviations from the 30-day rule, e.g. with regard to products that are new on the market or gradual price reductions. Therefore, a uniform, EU-wide approach cannot easily be taken when implementing the legal requirements of traders.

The possibilities for fines remain similarly inconsistent, although the Omnibus Directive generally pursues the approach of harmonised fine regimes. Thus, although the Omnibus Directive, by amending Art. 8 of Directive 98/6/EC, provides a catalogue of criteria for the assessment of sanctions, it does not provide for a uniform minimum level of fines. The Member States can thus impose fines that differ greatly in their type and maximum level; there are no mandatory fines at EU level.

4. Amendments to the UCTD

The Omnibus Directive did not introduce any new offences into the Unfair Contract Terms Directive (UCTD), so the laws on general terms and conditions (GTC) generally remains unaffected. However, with the introduction of Art. 8b UCTD, new fines were created and violations of the UCTD can now also be sanctioned under certain circumstances with a fine of at least up to 4% of the annual turnover. Member States may limit these fines to cases where the contract terms are expressly deemed to be unfair in any event under national law or where a trader continues to use contract terms that have been found to be unfair in a final decision pursuant to Art. 7 para. 2 UCTD.

The German legislator has done so insofar as according to Art. 246e Sec. 1 para. 2 no. 2 EGBGB only those GTC violations are potentially subject to a fine which fall under Sec. 309 BGB (prohibition of clauses without the possibility of evaluation) or concern provisions in GTC whose recommendation or use vis-à-vis consumers has been prohibited to the trader by a legally binding judgment.

In view of the German implementation with reference to Sec. 309 BGB, however, the question remains open as to whether such provisions can also potentially be subject to fines which are implemented in Sec. 309 BGB but are not based on EU law. This

18 Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20.6.2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (OJ 2019 L 186/57).

19 Guidelines on ranking transparency pursuant to Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council (OJ 2020 C 424, 1).

20 Guidelines on the interpretation and application of Article 6a of Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers (OJ 2021 C 526, 130), p. 4.

concerns e.g. Sec. 309 no. 9 BGB, which was adapted by the purely national Fair Consumer Contracts Act[21] as of 1.3.2022 and contains special provisions on contract durations of continuing obligations and tacit contract extensions. Whether a comparable regulation of another Member State is sufficient here or what should apply, for example, to agreements with consumers from other Member States that are subject to German law, thus remains to be clarified.

III. Warranty law for digital products

The fully harmonising Digital Content Directive (DCD) covers consumer contracts on digital products, i.e. contracts about digital content or digital services. In distinction to this, the Sale of Goods Directive (SGD) deals with goods with a digital element. Goods with a digital element are goods which contain or are connected to digital content or digital services in such a way that the goods could not fulfil their functions without this digital content or digital services and which are provided with these goods according to the contract of sale, irrespective of whether this digital content or digital services are provided by the seller or by a third party (cf. Art. 2 no. 5 lit. b SGD in connection with Art. 3 para. 3 SGD).

Since the distinction can be difficult in individual cases, both the DCD and the SGD contain a rule of doubt. If there is doubt as to whether the provision of included or linked digital content or digital services is part of the contract of sale (and thus falls within the scope of the SGD), it is presumed that the digital content or digital services are covered by the contract of sale (Art. 3 para. 3 SGD, Art. 3 para. 4 DCD).

The DCD concerns both contracts on digital products for which a price is paid, which may also include virtual currencies, which are particularly relevant in the games sector,[22] and contracts under which consumers provide personal data.

The DCD creates a warranty right for digital content and digital services, while the SGD contains modified regulations to the existing statutory warranty laws, which relate specifically to goods with digital elements.

Both directives introduce the obligation to provide updates, if required to maintain the products or services in conformity, i.e. free of defects. The update obligation in relation to digital content and digital services is now anchored in Sec. 327f BGB in Germany. The update obligation for goods with digital elements is found in Sec. 475b BGB.

Accordingly, traders (or in the case of goods with digital elements, sellers) must ensure that consumers are provided with updates that are required to maintain conformity with the contract (Sec. 475b para. 4 no. 2 BGB). The obligation therefore only exists with regard to so-called conformity-maintaining updates, but these generally also cover security updates.

The period of time during which the trader is obliged to provide updates depends on whether it is a good with a digital element (or the digital element) or, separately, digital content or digital services. In addition, it depends on whether a one-time or continuous supply of the digital product is owed according to the contract.

In the case of digital content and digital services, the period for the provision of updates pursuant to Sec. 327f para. 1 no. 2 BGB is determined by what consumers can reasonably expect in the case of one-time provision. In the case of permanent provision (e.g. in the case of a subscription or SaaS contract), the entire provision period is decisive. Furthermore, claims for a breach of the update obligation do not become statue-barred before the expiry of twelve months after the end of the period relevant for the update obligation (Sec. 327j para. 3 BGB).

In the case of goods with a digital element, the entitlement to updates pursuant to Sec. 475b para. 4 no. 2 BGB exists in the case of one-time supply or if no supply period is agreed (Sec. 475c para. 2 BGB), during the period that consumers can expect on the basis of the nature and purpose of the goods and their digital elements and taking into account the circumstances and nature of the contract. In the case of continuous supply, the update obligation exists for the entire provision period, but at least for a period of two years from the delivery of the goods (Sec. 475c para. 2 BGB).

Finally, consumers should be free to install updates that are provided.[23] This also follows from Article 8 para. 3 DCD (transposed into Sec. 327f para. 2BGB) and Article 7 para. 4 SGD (transposed into Sec.475b para. 5BGB), which regulate the responsibilities in the event that consumers do not install a provided update. It is questionable whether consumer protection is more endangered than protected by making automatic updates more difficult in this way. From a practical point of view, despite the existing information obligation by the traders in this respect, (also security) relevant updates could quickly be forgotten, while at the same time the trader is no longer liable for a breach of contract, provided that the trader has sufficiently informed about the availability of the update and the consequences of not installing it.

IV. Conclusion

The New Deal for Consumers mainly brings novelties for formerly free products, where consumers provide personal data (which the trader does not process exclusively to fulfil performance obligations or legal requirements), as well as in relation to digital service contracts. In this context, the requirements for traders increase significantly, which is particularly evident in the form of far-reaching and multifaceted information obligations, be it with regard to the waiver of withdrawal, user reviews or rankings. GDPR-like fines of (at least) up to 4% of the annual turnover make a legal review of the own processes indispensable – even existing ones, as the legal risk changes significantly for any violations. In order to avoid severe fines, a sovereign handling of partly very vague wording is required in many places, and despite the goal of standardising consumer protection law at the EU level, there are still numerous possibilities for deviation by the Member States in the national implementations, of which they made active use.

The New Deal for Consumers therefore creates an immense need for implementation, especially for traders who operate internationally. Whether the initiative actually promotes the internal market remains to be seen. In any case, the position of consumers is strengthened by the possibility of fines, which will be further strengthened by the applicability of the Representative Actions Directive in 2023 and thus the possibility of collective redress.

21 BGBl. 2021 I 3433.
22 Cf. recital 23 DCD as well as Sec. 327 para. 1 sent. 2 BGB.
23 Cf. recital 47 DCD and recital 30 SGDL; on this also Spindler MMR 2021, 451 (456).

For a quick read ...

- The New Deal for Consumers brings numerous relevant changes to consumer protection and unfair commercial practices laws at EU level, especially for products that were previously considered free but now fall under the concept of „payment with data".
- Potential fines at the level of the GDPR of at least up to 4% of the annual turnover increase the risk level not only with regard to new obligations, but also with regard to existing regulations, e.g. violations of the laws on general terms and conditions. As a result, consumer protection law is effectively becoming a new compliance issue.
- As the goal of harmonisation at EU level has not been achieved in many aspects by the New Deal for Consumers due to numerous opening clauses, internationally active traders must still carry out a due diligence assessment on regulations in all relevant core markets in order to be on the safe side.

Konstantin Ewald
is a lawyer and partner at Osborne Clarke in Cologne. He is a specialist in e-commerce law with a particular focus on consumer compliance and international platform compliance projects.

Leonie Schneider
is a lawyer and associate at Osborne Clarke in Cologne. She focuses on consumer protection law, e-commerce law and platform regulation.

We would like to thank our research assistant, David Buchholz LLM, for his active support and wise comments.

PHILIPP SÜMMERMANN / KONSTANTIN EWALD

The German Fair Consumer Contracts Act

New regulations on subscriptions – a practical overview

Cancellation button

Implementing the so-called „Fair Consumer Contracts Act" (FCCA) currently confronts businesses operating in Germany with considerable practical challenges. The law, which passed parliament on 10.8.2021, bundles four changes to German consumer protection legislation. Most notably, it imposes restrictions on automatic contract renewals and requires businesses to provide a „cancellation button" for users. It also introduces a prohibition to assign certain claims. In addition to these amendments of the German Civil Code (BGB), the FCCA also amends the Unfair Competition Act (UWG), introducing a documentation requirement for consumer consent to telephone advertising. The article provides an overview of the new regulations and the most important questions related to its implementation within digital business models – with a special focus on games. As the regulations require considerable changes for subscription models, implementing the consumer law-related amendments of the FCCA is of particular importance for digital businesses. After a brief overview of the genesis, the article therefore takes an in-depth look at those provisions that apply to the terms of continuing obligations and the cancellation button. The article then briefly summarizes the other changes in the law. reading time: 21 minutes

I. Genesis

The law, called the „Fair Consumer Contracts Act" not without bias by the legislator, was one of the last measures of the previous Federal Government. The government's draft[1] was adopted by the Bundestag in its last regular session before the end of the legislative period in a version amended by the Legal Affairs Committee[2] on 24.6.2021.[3]

While the EU Commission is trying to push forward the digital single market at the European level and is aiming for harmonised consumer protection regulations with the „New Deal for Consumers", at least to a large extent, the German FCCA is an uncoordinated national solo run.

II. Rules on the duration of consumer contracts

In the past, clauses in general terms and conditions (T&Cs) were widespread that provided for an automatic renewal of contracts for a further year after the initial term of one or a maximum of two years unless the consumer had terminated the contract prior to the renewal. Since 1.3.2022, such provisions in T&Cs are now generally void, Sec. 309 no. 9 BGB.

1. Content of the new regulation

After the end of the initial term, contracts that fall within the scope of the new regulation may only be tacitly renewed for an indefinite term, Sec. 309 no. 9 lit. b BGB. Renewals for a fixed term are no longer possible, regardless of their length. The new restriction affects all contracts for a regular delivery or regular provision of services or works from the trader. When making use of the possibility to renew contracts for an indefinite period, the consumer must be given the right to terminate the extended contract at any time with a notice period of no more than one month. Notice periods of more than one month before the end of the initially agreed-upon term of the contract are now also void, Sec. 309 no. 9 lit. c BGB.

This means that consumers may only be contractually bound once, for an initial term. If contracts shall continue after the expiry of this initial term, they must be converted into unlimited contracts (i.e. with an open end) and in return consumers must be

1 BT-Drs. 19/26915.
2 BT-Drs. 19/30840.
3 BT plenary protocol 19/236 v. 24.6.2021, 30732.

given the possibility to cancel at short notice with a notice period of no more than one month. The previous cap of two years remains in place for the maximum duration of the initial term, Sec. 309 no. 9 lit. a BGB.[4]

2. Application to existing contracts

The new regulations only apply to contracts concluded since 1.3.2022, Art. 229 Sec. 60 sent. 2 of the Introductory Act to the German Civil Code (EGBGB). Key date is the initial conclusion, an extension of previously concluded contracts after the effective date is irrelevant.[5] These can continue to auto-renew without consent as set out in the T&Cs at the time until one of the parties exercises its right to cancel the agreement.

3. Restriction to tacit extensions

The newly imposed restriction only applies to tacit extensions of consumer contracts due to a provision to this effect in T&Cs. It is therefore still possible – besides concluding a new contract[6] – for consumers to actively consent to an extension of a contract for a further binding term.[7]

The consumers motivation to agree to such an extension is irrelevant. In practice, incentives will play an important role in obtaining consent. For example, it is possible to agree on discounted rates for the duration of the initial term. The trader may then offer to extend the discount if the consumer decides to renew the contract at the end of the term.

4. Handling monthly subscriptions

Subscriptions with monthly terms that are automatically renewed at the end of each month are particularly widespread in the digital sector. Consumers may usually cancel at any time prior to the next renewal.

With the new regulations, setting out such mechanisms in T&Cs goes against the wording of Sec. 309 no. 9 lit. b BGB. According to the law, clauses that provide for a contract to renew for a fixed term shall be deemed invalid.[8] However, in case of monthly subscriptions, there is merely a semantic difference in terms of legal consequences to the alternative expressly permitted by law, i.e. an extension for an indefinite period with a notice period of one month maximum. These two mechanisms can therefore be considered equal and there is likely no need to make changes to any such provisions.

5. Dealing with trial periods

Trial periods and similar „free test periods" at the beginning of a contract are not considered a term within the meaning of Sec. 309 no. 9 lit. a BGB due to the lack of a commitment for a certain time on the part of the consumer[9]. The wording sometimes found in T&Cs that a contract is „automatically renewed" after the end of the trial period therefore does not constitute an extension pursuant to Sec. 309 no. 9 lit. b BGB in absence of a binding initial term.

This is only fair, as the regulation is intended to protect consumers from cost traps. It would be misguided to extend the regulation to scenarios where consumers are granted a trial period with the right to terminate the contract at any time. Such an interpretation would ultimately lead to providers being placed in a disadvantageous position if they grant consumers longer periods to consider their contractual commitment.

6. Dealing with advance payments

Whether advance payment obligations are permissible, even beyond the relevant contract term or notice period, is not a matter for Sec. 309 no. 9 BGB. The legality of advance payment clauses remains subject to Sec. 307 BGB, which prohibits unreasonable disadvantages.[10]

III. Cancellation button

The second fundamental change due to the FCCA since 1.7. 2022 is the obligation for traders to implement a cancellation button[11] for so-called continuing obligations. The respective regulation in Sec. 312k BGB is intended to make it easier for consumers to cancel contracts concluded on websites via a legislatively predefined process.

According to Art. 229 Sec. 60 EGBGB, the regulation also applies to existing contracts. Every consumer must now be given the possibility to cancel continuing obligations that can be concluded on a website by means of this new „button solution".

1. Scope of application

Pursuant to Sec. 312k(1) sent. 1 BGB, a cancellation button is mandatory for websites that enable consumers to conclude contracts in electronic commerce aimed at establishing a continuing obligation and oblige the trader to provide a service against a consideration.

a) Continuing obligations

In the digital realm, the regulation applies to contracts that are generally referred to as „subscriptions". The legislator wanted the term „continuing obligation" to be open to development and has therefore deliberately not provided for a definition.[12] A typical feature of continuing obligations are the obligations to perform and protect that arise continuously during the term, which is why neither the scope of performance ultimately owed nor the circumstances of the performance can be quantified in advance.[13] General statements such as, for example, that contracts for digital services within the meaning of Sec. 327(2) sent. 2 BGB are always within scope but contracts for digital content within the meaning of Sec. 327(2) sent. 1 BGB are not, can generally not be made.

Within the scope are all contracts that do not set out stricter form requirements than than text form for their cancellation. In addition to contract types with stricter formal cancellation modalities, websites relating to financial services and notices of cancellation for contracts for financial services are expressly excluded.

Providing a cancellation button is also mandatory if the trader exclusively offers contracts with a limited term that do not provide for any kind of auto-renewal. In these cases, an ordinary cancellation (i.e. with effect at the end of the term) would not have any additional effect. However, consumers can also notify traders of an extraordinary termination via the cancellation button.

4 The draft of the Federal Government, BT-Drs. 19/26915, 7, is still different; Wais NJW 2021, 2833 (2835) elaborates on this.
5 Wais NJW 2021, 2833 (2836); BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB Sec. 309 no. 9 para. 24.
6 Wais NJW 2021, 2833 (2836).
7 BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB Sec. 309 no. 9 para. 104; MüKoBGB/Wurmnest, 9th ed. 2022, BGB Sec. 309 no. 9 para. 21.
8 BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB Sec. 309 no. 9 para. 107.
9 BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB Sec. 309 no. 9 para. 85 with further evidence; other opinion Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB- Recht/Dammann, 7th ed. 2020, BGB Sec. 309 no. 9 para. 41.
10 Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/Dammann, 7th ed. 2020, BGB Sec. 309 no. 2 para. 9 f. with further evidence.
11 See also Güster/Booke MMR 2022, 450.
12 MüKoBGB/Gaier, 9th ed. 2022, BGB Sec. 314 para. 9.
13 MüKoBGB/Gaier, 9th ed. 2022, BGB Sec. 314 para. 10.

b) Performance against a consideration

According to the established understanding of consideration, the term „performance against a consideration" refers exclusively to contracts in return for monetary payments.[14] This corresponds to the „payment of a price" within the meaning of Sec. 327(1) sent. 1 BGB. Therefore, contracts against digital representations of a value as well as contracts where users provide personal data that the trader does not process exclusively for the fulfilment of the contract or due to legal requirements are not within scope.[15] In cases where consumers „pay with data", they already do not run any risk of running into a cost trap.

c) Website

Traders must provide the cancellation button on „websites"; a term for which the legislator does not provide a definition. For its interpretation, the legislator merely refers to case law on Sec. 312j(1) BGB, which uses the same term.[16] However, relevant precedents have not yet been developed, so the term „website" must be understood in the sense that it is commonly used: sites on the internet that can be accessed by means of a browser. Due to the express reference to „websites", other graphical user interfaces including purchase options in games or apps are out of scope.[17] As the legislator did not use the established terms of „electronic commerce" or – in view of the necessity of a user interface – „telemedia", it must be assumed that the understanding was expressly meant to be narrow. The scope is therefore more restrictive than for the legal notice („Impressum") pursuant to Sec. 5 of the German Telemedia Act (TMG), which is also explicitly mentioned by the legislator in other contexts in the explanatory memorandum.

d) Enabling the conclusion of the contract via the website

The obligation to provide the cancellation button applies to websites that allow consumers to enter into a contract. Therefore, sites for marketing purposes only or other websites that do not allow consumers to conclude a contract via electronic commerce are out of scope.[18]

If a website lets consumers conclude contracts, it is irrelevant for the use of the button whether or not the specific contract to be terminated was originally concluded via the website.[19] Traders must accept cancellation notices for all contracts that they sell via the website. For example, a consumer can cancel a newspaper subscription via the homepage of the respective newspaper even if he/she previously signed up for his/her subscription offline at a local branch.

With respect to the possibility to conclude contracts on third party websites, it is necessary to differentiate. According to the explanatory memorandum, traders must impose a contractual obligation on third-party platforms such as intermediary platforms to provide a cancellation button if the platforms act as agents or legal representatives and consumers do not conclude contracts with the platform but directly with the trader.[20] In such scenarios, it is also possible for the third-party platforms to directly link to the confirmation page of the trader instead of designing a cancellation page of their own.

However, the provision of Sec. 312k BGB can only apply to traders to the extent that they themselves become contractual partners of the respective consumers. In principle, cancellation notices must be sent to the respective contractual partner or, if applicable, to its representatives or agents. In the case of subscriptions to computer games and similar digital offers, it is common to have constellations where users do not conclude contracts directly with the provider of the games but enter into agreements with the provider of the respective store. In such cases, the platform providers are required to provide cancellation buttons for the contracts that can be concluded via their websites as traders within the meaning of Section 309(2) sent. 1 BGB.

e) Possibility of an „opt-out"

In view of the contractual autonomy, it is permissible as an individual agreement pursuant to Sec. 305b BGB to exclude individual contracts from the possibility of using the cancellation button at the express request of the consumer or to agree that cancellation declarations submitted via this button are to be disregarded. This can be particularly useful to limit the risk of abuse of a form without authentication.

2. Content of the regulation

The regulation obliges traders to implement a three-stage process. The most visible part is the cancellation button. The button should lead consumers directly to a cancellation form – called a „confirmation page" by the legislator – which asks for the data required to process the cancellation notice. Consumers should then be able to submit the termination declaration with only one click. The trader should also confirm sending and receipt of the cancellation notice.

Because the legal requirements are very detailed, existing termination mechanisms are unlikely to meet the expectations of the legislator. Such termination options, which are common in the digital sector (e.g. in the account settings), remain unaffected by Sec. 312k BGB and may remain untouched.[21] Why an additional path to cancel must be provided even in cases where providers already allow for an easy cancellation remains one of the many mysteries of this regulation.

a) Cancellation button

The cancellation button must be permanently available and directly and easily accessible, Sec. 312k(2) sent. 4 BGB. According to the explanatory memorandum, the criterion of permanent availability is modelled after the provision on the obligation to provide a legal notice („Impressum") in Sec. 5(1) TMG; the criteria of „directly and easily accessible" are based on the provisions on information obligations for online marketplaces in Art. 246d Sec. 2(2) EGBGB.[22] Despite the designation as a „button", a special optical highlighting is not required. Same as for the access to the legal notice, a regular link is sufficient. When it comes to placement and visual design, it is usually a good idea to also use the legal notice as a guide, i.e. place the cancellation button in the footer of the website or the top level of a generally accessible menu. However, this is not mandatory.

The cancellation button must be clearly legible and labelled unambiguously, Sec. 312k(2) sent. 2 BGB. The legislator provides for a label with „Cancel contracts here" or a similar unambiguous wording. Instead of the inscription „Cancel contracts here", the abbreviated form „Cancel contracts" will generally be equally unambiguous. Consumers are aware that links regularly lead to other pages and that the contents to be found there can

14 Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, Sec. 7 para. 32.
15 With the same result Wais NJW 2021, 2833 (2836); see also Pech MMR 2022, 516.
16 BT-Drs. 19/30840, 16.
17 Other opinion Stiegler VuR 2021, 443 (444).
18 Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, Sec. 7 para. 30.
19 BT-Drs. 19/30840, 17.
20 Cf. BT-Drs. 19/30840, 16.
21 MüKoBGB/Wendehorst, 9th ed. 2022, BGB Sec. 312k para. 31.
22 BT-Drs. 19/30840, 18.

be accessed by clicking on them.[23] Nevertheless, according to the explanatory memorandum, when choosing alternative labelling, it must be ensured that the consumer recognises that clicking on this link does not immediately submit a canellation.[24]

„Cancel subscriptions" will usually be a sufficiently unambiguous label, as this accurately describes the nature of most continuing obligations within the scope of application in laymen's terms. Whether other labels are possible depends on the design of the respective offer. In particular, the terminology used by the provider to describe his contracts is generally suitable for the labelling of the button. If, for example, a provider offers a paid „Platinum Pass" as the only type of contract within the scope of the regulation, „Cancel Platinum Passes" would be a valid labelling. Longer wordings are also possible.[25] German alternatives to the term „cancel", on the other hand, are only conceivable to a very limited extent.[26]

b) Confirmation page/termination form

By clicking on the button, consumers must be taken directly to a „confirmation page", which is a specifically tailored contact form. The terminology chosen by the legislator is irritating in this respect.

The form is designed to prompt and enable the consumer to provide the following information:

- the type of termination and, in the case of an extraordinary termination, the reason for the termination;
- clear means of identification;
- a clear identification of the contract;
- the time at which the termination shall take effect; and
- contact data to confirm the termination easily by electronic means.

It is possible to make filling out fields mandatory to the extent that information is required for processing the cancellation request.[27] It would go against the goal to protect consumers if they could submit a form that the provider could not subsequently process – and accordingly comply with the consumer's declaration of intent, i.e. fulfil the consumers request. However, it is not allowed to artificially inflate the termination process by requesting a large amount of information that is not required. Nevertheless, the consumer may be given the opportunity to provide further information on a voluntary basis.[28] It is also allowed to show the consumer alternative – e.g. simpler – cancellation options and to provide instructions on how to complete the form.

With regard to the information pursuant to Sec. 312k(2) sent. 3 no. 1 BGB, the consumer must first indicate whether he wishes to notify an ordinary or extraordinary termination. An explanation of the legal consequences is not mandatory. In most cases, consumers will not be able to understand what this means in practice.[29] In particular for digital subscriptions, the practical scope of application for extraordinary termination is virtually non-existent; nevertheless, both options must be offered to the consumer. According to the explanatory memorandum, cancellations under warranty law are not to be covered by the regulation.[30] This raises the question of how to deal with such reasons under warranty law when the consumer declares an „extraordinary termination".[31]

According to the legislator, it should typically be possible to identify users by name and address.[32] This already shows the legislator's lack of concern with digital business models, where this information is often not available. However, providers can also request other identifiers they use, e.g. user names or email addresses.

Although this might not always be customer friendly, the trader is also allowed to ask for customer, order or contract numbers to identify the contract.[33]

If a service uses e-mail addresses to identify users, it is not necessary to allow the consumer to provide further information for the „electronic transmission of the termination confirmation". In this case, the relevant information is already available to the provider.

The website must also contain a confirmation button that allows consumers to directly submit the termination notice. This must be clearly labelled with nothing other than the words „cancel now" or with an appropriate unambiguous wording.

The confirmation page itself as well as the button to submit the notice must also be permanently available and immediately and easily accessible.

While consumers can normally review the information to be submitted when shopping online before the final submission, this is not required for the cancellation button. An intermediary page is possible, but not mandatory.[34] Clicking on the cancellation button can also transmit the information directly to the trader.

c) Possibility of a login

According to the explanatory memorandum, the cancellation form must also be accessible without a login.[35] However, in the case of services that users use exclusively when logged in – and thus usually have their user credentials at hand – many arguments speak in favour of also being able to require a login before accessing the confirmation page. If a login is always required for the use of a contract and this is the usual way of use, the page remains „directly and easily accessible" from the point of view of the affected users even if they can only access the cancellation form when logged in. This is the difference between digital services such as games and the usual examples for the scope of application of the cancellation button, such as gym memberships or physical newspaper subscriptions, which do not require a permanent login for use and users may not even have such a login.

In this case, it is reasonable to deviate from the explanatory memorandum to the law, not least for reasons of consumer protection. Using the form as a registered user is probably the most user-friendly option for digital services. In this case, providers can, for example, pre-fill the required information or allow the selection of the corresponding contract via a drop-down menu.[36]

23 Other opinion probably Stiegler VuR 2021, 443 (447), who attaches considerable importance to the "here" in order to clarify the two-stage structure.
24 BT-Drs. 19/30840, 17; see also MüKoBGB/Wendehorst, 9th ed. 2022, BGB Sec. 312k para. 15.
25 MüKoBGB/Wendehorst, 9th ed. 2022, BGB Sec. 312k para. 15; other opinion Stiegler VuR 2021, 443 (447).
26 Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, Sec. 7 para. 45.
27 Stiegler VuR 2021, 443 (448); restrictively Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, Sec. 7 para. 46.
28 Stiegler VuR 2021, 443 (448).
29 Also Wais NJW 2021, 2833 (2837); MüKoBGB/Wendehorst, 9th ed. 2022, BGB Sec. 312k para. 17.
30 BT-Drs. 19/30840, 17.
31 Wais NJW 2021, 2833 (2837).
32 BT-Drs. 19/30840, 17.
33 BT-Drs. 19/30840, 17; Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, Sec. 7 para. 47; Stiegler VuR 2021, 443 (448).
34 Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, Sec. 7 para. 42.
35 BT-Drs. 19/30840, 18.
36 Considering a selection field of the respective contracts as "ideal" MüKoBGB/Wendehorst, 9th ed. 2022, BGB Sec. 312k BGB para. 19.

Few users are likely to have order numbers for past digital purchases at hand. At the same time, a login reduces the risk of incorrect entries and thus ensures that the trader can also comply with the cancellation declaration. At the same time, a login protects the user from unauthorised changes to their data and misuse of the cancellation function (see also under III.2.e).

d) Confirmation of the declaration

After sending the notice of termination, the consumer must be given the possibility to save the submitted information with the date and time of submission on a durable medium. In practice, it is advisable to allow the customer to download a confirmation as a PDF or to print out the confirmation page displayed.[37] It should be visible from the confirmation that the cancellation notice was made by pressing the confirmation button. This is to be understood to mean that the „submission" of the declaration is to be documented.[38] It is therefore not necessary for the summary to expressly emphasise that the declaration was made „by pressing the confirmation button".

In addition to the possibility for the consumer to save the notice himself to document its submission, it must also be actively sent to him again – now as documentation of receipt. The trader must immediately confirm to the consumer the receipt of the cancellation notice as well as the time at which the contractual relationship is to be terminated electronically in text form. It is assumed that a termination declaration made by pressing the confirmation button was received by the trader immediately after it was made.

In the case of this confirmation of receipt to be sent immediately, the „time at which the contractual relationship is to be terminated" is only meant as a confirmation of the expressed will, i.e. the time indicated by the consumer or otherwise „earliest possible".[39] If the consumer has not indicated a time for the termination to take effect, the termination is to take effect at the earliest possible time, cf. Sec. 312k(5) BGB. In order to avoid misunderstandings, it is advisable to clarify that this does not mean a confirmation of the actual effective date of the termination.

e) Subsequent authentication

In order to avoid abuse, it may be permissible and possibly even recommended to ask consumers for a confirmation following the submission of the cancellation notice.

When the confirmation button is pressed, there is a legal presumption that the declaration of termination was received by the trader immediately after it was made, Sec. 312k (4) sent. 2 BGB. However, there is no corresponding rule of presumption for the identity of the sender on whom this declaration of intent is based.

Therefore, it cannot be concluded from the receipt of the declaration that it originates from the specified sender. However, indispensable prerequisites for an effective declaration of intent are, in principle, the proof of the intention to act and the submission of the declaration of intent.[40] The burden of proof for the effectiveness of a declaration of intent lies in principle with the person who invokes it, in this case the consumer.

There is no prima facie evidence of identity. Even when statements are made via password-protected accounts, courts regularly reject prima facie evidence regarding the account holder as the sender.[41] The trust to interact with the account holder and – in the case of account abuse on auction platforms – to contract is regularly not protected.[42]

If the declarant has to provide evidence, it is not unreasonable for the provider to proactively inquire, especially in the case of openly accessible termination forms without prior authentication, also for the protection of the consumer. Depending on the individual case, there may even be a secondary contractual obligation to protect the consumer from unauthorised termination attempts by third parties.

The fact that authentication mechanisms can also be implemented without major hurdles is sufficiently known to consumers from the „double opt-in" procedures commonly used for newsletters.[43] The standard of permissible authentication measures must be assessed on a case-by-case basis and, in addition to the potential for abuse – e.g. based on generally known identification features – can also take into account whether the user has independently taken measures to increase the protection of his or her account integrity, such as activating a 2-factor authentication.

If the user confirms within a reasonable period of time that the declaration originates from him/her, the original time of receipt of the original declaration by the trader shall apply with regard to the time of receipt.

f) Legal consequence

If the trader does not comply with the above requirements, consumers can terminate their contracts at any time without notice as long as the breach continues.[44] The right to extraordinary termination remains unaffected. In accordance with the usual procedural principles, the consumer is obliged to present and prove the existence of the prerequisites for the facts.[45] Apart from that, cease and desist requests can be issued for violations. Since this is a purely national regulation, a non-compliant implementation does not constitute a violation of Union law within the meaning of Art. 246e Sec. 1(1) sent. 1 EGBGB. The provisions on fines in Art. 246e Sec. 2(1) EGBGB therefore do not apply.[46]

IV. Prohibition of assignment

Since 1.10.2021, clauses in T&Cs that exclude the assignment of certain claims are void. Consumers can thus more easily assign claims to third parties who will take over legal proceedings in their place.

The new provision of Sec. 308 no. 9 BGB primarily applies to the contracting party's monetary claims against the user. However, prohibitions of assignment can also be void if they refer to other rights of the contracting party; the decisive factor here is a weighing of interests – with corresponding legal uncertainty.

The prohibition applies to all contracts that were concluded after 1.10.2021, Art. 229 Sec. 60 sent. 1 EGBGB. The rule of the prohibition of assignment does not apply to contracts concluded before that date.

V. Telephone advertising

Consent from consumers to telephone advertising must be documented and retained at the time it is given, in accordance with

37 Ex. Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, Sec. 7 para. 52.
38 Cf. BT-Drs. 19/30840, 18.
39 MüKoBGB/Wendehorst, 9th ed. 2022, BGB Sec. 312k para. 25.
40 Hoeren/Sieber/Holznagel, HdB Multimedia-Recht/Kitz, 57th EL 2021, Part 13.1 para. 138.
41 Hoeren/Sieber/Holznagel, HdB Multimedia-Recht/Kitz, 57th EL 2021, Part 13.1 para. 139 with further evidence.
42 Loritz FS Geimer, 2017, 409 (415).
43 Even unsubscribing from the Federal Constitutional Court newsletter requires confirmation by clicking on a link, available at: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Newsletter/Pressemitteilungen/Newsletter_Abbestellen_Integrator.html
44 MüKoBGB/Wendehorst, 9th ed. 2022, BGB Sec. 312k para. 33.
45 BT-Drs. 19/30840, 19; on the relationship to Sec. 312m(2) BGB see MüKoBGB/Wendehorst, 9th ed. 2022, BGB Sec. 312k para. 34.
46 Stiegler misjudges this in VuR 2021, 443 (451).

the concretisation of Sec. 7a UWG. Supervision lies within the responsibility of the Federal Network Agency pursuant to Sec. 7a(2) UWG, and the regulation is subject to fines. This regulation has a greater role especially for companies outside the digital sector.

VI. Conclusion

The so-called Fair Consumer Contracts Act causes considerable headaches in its practical implementation. Paradoxically, it is a considerable problem for digital companies in particular, including the games industry, to implement the regulations in a consumer-friendly way. The practical effects of the law were unfortunately not considered by the Bundestag. It would be desirable for the legislator to provide clarity here – gladly with a law for consumer-friendly consumer contracts.

Philipp Sümmermann, LL.M. (Cologne/Paris I),
is a lawyer at Osborne Clarke in Cologne.

For a quick read ...

- The Fair Consumer Contracts Act bundles four amendments to German consumer protection law.
- T&Cs on subscription contracts with consumers have to be drafted since 1.3.2022 in such a way that the contracts end automatically after the end of the initial term or are extended for an indefinite period and give the consumer a right of termination of no more than one month.
- Websites that enable consumers to conclude continuing obligations must provide a so-called cancellation button that enables the transmission of cancellation declarations.

Konstantin Ewald
is a lawyer and partner at Osborne Clarke in Cologne. He is a specialist in e-commerce law with a particular focus on consumer compliance and international platform compliance projects.

AXEL VON WALTER

EU Commission Guidelines on the UCP Directive and the UWG

Digital business practices in the focus of EU consumer protection

Digital Business Models

In December 2021, the EU Commission published revised guidelines on the interpretation of the UCP Directive. The legally non-binding guidelines focus, among other things, on legal questions regarding the consumer-protective fairness of business practices in digital business models. They contain numerous references to the games industry and can be a source for a uniform interpretation of the UCP Directive throughout Europe.

reading time: 12 minutes

I. Guidelines on the UGP Directive

Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (hereinafter the UCP Directive) harmonizes the rules on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market throughout Europe. It is the basis for the important consumer-related regulations in the Unfair Competition Act (UWG).

On Dec. 17, 2021, the EU Commission published the new edition of its „Guidelines on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market."[1] The 2021 Guidelines are based on the 2016 Guidelines and are intended to replace them.[2] With the Guidelines, the Commission aims to simplify the application of the UCP Directive and bring it closer to national courts and legal practitioners across the EU.[3] In line with this goal, the 129 pages contain explanations of the UCP Directive from the perspective of the EU Commission. Thus, the scope of application of the UCP Directive and the interaction of the Directive with other EU legislation are highlighted. Chapter 2 discusses the main concepts of the UCP Directive, including the provisions of Art. 5 (professional diligence), Art. 6 (misleading conduct) and Art. 7 (misleading omissions), in addition to Art. 8 and 9 (aggressive commercial practices). Chapter 3 is devoted to the so-called black list of unfair business practices. Chapter 4 is particularly relevant to practice, with a consideration of the application of the UCP Directive to specific sectors. The topic of sustainability (Chapter 4.1), the digital sector (Chapter 4.2), which is important for the games industry, the travel industry and the transport sector (Chapter 4.3) as well as financial services and real estate (Chapter 4.4) are discussed.

The Commission has revised the 2016 Guidelines to reflect the legal changes in light of its new consumer rights agenda („New Deal for Consumers") and the accelerated developments in digital business models and sustainability. Therefore, the guidelines include additional legal interpretative guidance on online platforms, online marketplaces, influencer marketing, consumer ratings and data-driven personalization, and so-called „dark patterns"[4]. In addition to the guidelines on the UCP Directive, the EU Commission has also published guidelines on the inter-

1 Official Journal of the EU v. 29.12.2021 – C 526/1.
2 Cf. p. 5 of the guidelines.
3 Cf. p. 5 of the guidelines.
4 On dark patterns, see also Bodensiek MMR 2022, 722 – in this issue.

pretation and application of Directive 2011/83/EU (VR Directive), which also comment on consumer protection regulations in the digital environment. [5]

II. Legal character and binding nature of the guidelines

The guidelines published by the Commission are so-called „soft law". Only the wording of EU legislation, in particular Directive 2005/20/EC[6], has legal force and is legally binding. The Commission itself points out that any binding interpretation of the law must be derived from the wording of the Directive and directly from the decisions of the ECJ[7] . The Commission also reserves the right, as a party to proceedings before the ECJ, to adopt different legal positions than those set out in the Guidelines. Thus, the guidelines are not even intended to have a self-binding effect for the Commission. Ultimately, the guidelines are a compilation of the Commission's current abstract legal opinion on the UGP Directive.

The guidelines are neither binding for the courts of the Member States nor for the ECJ. As far as can be seen, national courts have not yet dealt in depth with the guidelines on the UCP Directive or used them as grounds for judgments on unfair competition. The guidelines could be a useful aid to interpretation for a uniform understanding of the provisions of the UCP Directive throughout the EU. At present, the guidelines do not yet have this practical significance.

III. Guidelines and Games

The updated guidelines aim in particular to make the application of EU consumer law easier to understand against the backdrop of the accelerated digital and green transformation. With this focus of the Commission on digital business models in its consumer policy, there are naturally numerous old and new points of contact in the guidelines that may be of relevance to the games industry. With chapter 4.2 of the guidelines, the Commission dedicates a separate section of the guidelines to the „digital sector". This chapter addresses various aspects of business practices towards consumers in the digital environment.

1. guidelines on computer games

Section 4.2.9 of the guidelines contains a subsection on aspects of „computer games". It is striking that the Commission repeatedly emphasizes the protection of children and young people in the guidelines in connection with computer games and stresses the special need for protection.[8] For example, the Commission refers to paragraph 28 of the blacklist, which prohibits direct solicitation of children to buy products. It says studies have shown that children are less likely to recognize and understand the commercial intent of advertising in games compared to more direct advertising on television.[9] The commission also calls for computer game providers to use parental control platform measures.[10]

The Commission emphasizes the importance of transparency requirements under fair trading law with regard to computer games. The essential features of the product must be clearly described and the prices for virtual items must also be clearly indicated in real currency.[11] The transparency requirement also applies when offering „early access" to games. This refers to games that are still in development. Here, too, the traders would have to make transparent to the users what the user can expect at this early stage of the game's maturity and, if applicable, what not.

The guidelines also devote a separate paragraph to the topic of loot boxes (referred to there as „loot boxes"). It describes game content with „gambling elements" as questionable. The guidelines include an example that online games would use algorithms to determine „risk scores" based on the user's gaming habits to personalize the timing of in-game offerings of loot boxes, the odds of obtaining a valuable item in a loot box, and the strength of in-game opponents – all with the goal of retaining users and increasing their in-game spending. The algorithms are particularly used in addictive games, which may constitute an aggressive commercial practice (Art. 8, 9 UCP Directive), the Commission said.[12] In the Commission's view, the sale of loot boxes in games must comply with the information requirements of the Consumer Directive and the UCP Directive with regard to the price and the essential characteristics of the product. The Commission's transparency expectation for loot boxes includes clear references to the existence of paid content and an explanation of the probability parameters of receiving a random item. Since lootboxes can often be purchased by in-game points or currency, the price in real currency should always be indicated alongside this.

The Commission's interpretive guidance, which is specifically tailored to computer games, also includes specific discussion of online intermediaries, social media, online marketplaces, app stores, search engines, and comparison platforms, including topics such as algorithms, automated decision making, and artificial intelligence (AI) that may be relevant to the games sector.

2. guidelines on platforms, rankings, ratings and social media.

The Commission understands an online platform to be an infrastructure that enables electronic communication between providers and users in connection with the provision of goods, the provision of services and the online transmission of digital content and information. In the Commission's view, platforms are subject in particular to the transparency requirements of Articles 6, 7 of the UCP Directive, which prohibit misleading conduct and misleading omissions.[13] The „professional due diligence" requirement under Art. 5(2) UCP Directive includes, in the case of platform operators, the obligation for platforms to design their user interfaces in such a way as to enable commercial third parties to provide information to users of the platform in accordance with Union legislation on advertising and consumer protection. In the Commission's view, there is not only an obligation for platform operators to be transparent themselves with regard to their own services (Art. 6, 7 UCP Directive), but also a second-order transparency obligation as a professional duty of care, according to which platform users must be provided with the technical means to meet the transparency requirements on their part.[14]

With RL (EU) 2019/2161 („Omnibus Directive"), a new paragraph 4a was added to Art. 7 of the UCP Directive. This contains a specific information requirement on the main parameters for determining the ranking of online platforms. According to the Commission's guidelines, this provision only applies to providers

5 Guidelines on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, OJ C 525/1 of 29.12. 2021.
6 Cf. p. 5 of the guidelines.
7 Cf. p. 5 of the guidelines.
8 Cf. p. 103 of the guidelines.
9 Cf. p. 104 of the Guidelines with reference to the studies "Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behavior" (EACH/FWC/2013 85 08).
10 Cf. p. 104 of the guidelines.
11 Cf. p. 104 of the guidelines.
12 P. 104 of the Guidelines.
13 Cf. p. 87 of the guidelines.
14 cf. p. 88 f. of the guidelines.

of online marketplaces that allow consumers to search for products offered by „other" traders or consumers, i.e. online marketplaces and comparison platforms. It does not apply to traders who allow their consumers to search for different products only in their own offers. Thus, insofar as platform providers in the games environment only make „their own" digital content searchable, this provision of Art. 7(4a) UCP Directive does not apply. The description of the standard parameters for determining the ranking can be kept general and does not have to be individually adapted for each search query. The information must be provided in a clear and comprehensible manner and in a manner adapted to the means of distance communication by making it available in a specific area of the user interface that is directly and easily accessible from the page on which the offers are displayed.[15] According to the Commission, the information requirement also applies when a trader enables searches on an online user interface by voice commands (via „digital assistants") rather than by typing. In this case, too, the information must be made available on the trader's website/application „in a designated area of the online user interface."

The comments on user ratings are also relevant for the games industry. In the guidelines, the Commission takes up the new legal requirements regarding the transparency of ratings, which can be relevant for consumers' purchasing decisions. The Commission sees – based on unspecified studies – a particular relevance of user ratings for the purchase decisions of consumers in the digital business environment. Therefore, it is important that companies that make user reviews available and thus potentially influence purchasing decisions take proportionate steps to ensure that such reviews actually come from genuine users who have also purchased the product. For this reason, the Commission explains in the guidelines its view of the new information obligations that have been in force in Germany since May 28, 2022 with Section 5b (3) of the German Unfair Competition Act (UWG) as well as the two new facts in the black list (Items 23b and 23c in the Annex to Section 3 (3) of the UWG).

With regard to social media, the Commission is particularly concerned with platforms such as Facebook, Twitter, YouTube, Instagram and TikTok, on which, in the Commission's view, hidden advertising, unfair contractual terms or manipulative algorithmic advertising in particular should be problematic. Ultimately, the issue here is the transparency of advertising measures, as is already being discussed in this country for the area of influencer advertising.

3. data-driven methods and dark patterns

A separate subchapter deals with data-driven practices and so-called dark patterns[16]. In this context, the Commission refers to the ePrivacy Directive, the GDPR or the sector-specific legislation applicable to online platforms. In the Commission's view, the provisions of the UCP Directive apply in a complementary manner, whereby existing decisions by data protection authorities on compliance or non-compliance with data protection rules by traders are to be taken into account when examining the general fairness of business practices under the rules of the UCP Directive.[17]

The term „dark patterns", which is still unfamiliar to German fair trading law, is now also found in the Commission's guidelines. In summary, it is intended to designate a mechanism that is generally built into digital user interfaces and serves to induce consumers to act in a malicious manner[18]. This paraphrase of the term „dark pattern" is not defined in the UGP-RL and thus only represents a definition of the Commission, which has no legal binding force. Of course, all provisions of the UCP Directive apply to „dark patterns", such as professional duties of care of the trader (Art. 5), misleading practices (Art. 6, 7) or aggressive practices (Art. 8, 9). I do not discuss „dark patterns" in detail in this article, as this area is the subject of a separate article in this issue.[19] The Commission devotes remarkably detailed attention to the topic of „dark patterns" and describes a number of practices in the context of digital business models that it considers harmful to consumers, as can be seen, for example, in the example of „confirmshaming"[20], which the Commission classifies as a violation of Art. 7 (Misleading by omission) and Art. 9 (Aggressive commercial practice).[21] This leads to the assumption that the Commission and thus the European legislator will continue to deal with individual practices and „dark patterns" in the future and, if necessary, take legislative action.

IV. Summary

The EU Commission's new guidelines on the interpretation of the UCP Directive consistently follow the focus of the Commission's consumer policy on digital business models. The business practices of the games industry are thus moving further into the center of fair trading law from a consumer protection perspective. Even though the guidelines are legally non-binding, courts will increasingly deal with the guidelines and the uniform interpretations they seek throughout Europe as a result of the European discourse. In other areas of law (energy law, air passenger law), German courts have incorporated the relevant EU Commission guidelines into their case law to guide their interpretation. Even if the EU Commission's guidelines on the UCP Directive have so far received little attention alongside the traditionally strong and influential commentaries on the UWG, this will change as a result of the ongoing Europeanization of consumer protection law.

For a quick read ...

- The EU Commission published recast guidance on the interpretation of the UGP Directive in December 2021.
- Guidelines focus on digital business models, among other things.
- For game publishers, the guidance on lootboxes and transparency requirements in games is of interest.
- This includes explanations from the areas of platforms, social media, online marketplaces, app stores, comparison platforms including topics such as algorithms, automated decision making and artificial intelligence (AI) that may be relevant to the games sector.
- The guidelines are not legally binding, but can become a source for a uniform interpretation of the UGP Directive throughout Europe.

Dr Axel von Walter
is a lawyer and partner at GvW Graf von Westphalen, a specialist in copyright and media law, a specialist in IT law and a lecturer in media and information law at the law faculty of the University of Munich (LMU).

15 Cf. p. 91 of the guidelines.
16 See Section 4.2.7 of the Guidelines; see also Bodensiek MMR 2022, 722 – in this issue.
17 Cf. p. 99 of the guidelines.
18 Cf. p. 101 of the guidelines.
19 Cf. Bodensiek MMR 2022, 722 – in this issue.
20 "Confirmshaming" is the Commission's term for a practice in which consumers, when attempting to opt out of a service, are required to click through numerous non-intuitive steps while being discouraged from actually terminating the service by emotional messages such as "We're sorry you're leaving" or "Here are the benefits you're losing."
21 Cf. p. 102 of the guidelines.

KAI BODENSIEK

Dark Patterns or Game Design

The distinction between unlawful consumer steering and the permissible design of consumer-oriented offers in computer games

Game influence

„Dark Pattern" is a term that was unknown in German law until some time ago. The article takes up the term and explains the current references to ongoing legislative processes, supervision by the state media authorities and current discussions on consumer and youth protection law. It focuses on a selection of (alleged) dark patterns under current law and shows that not every sales-oriented design of a product can be directly subsumed under the term dark patterns. Rather, an additional element should be required causes such behaviour to considered unfair. This is to be examined on the basis of the known criteria from the Law against Unfair Competition (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – „UWG") and the law for the protection of minors (Jugendschutzgesetz – „JuSchG"), taking into account the amendments to the law already announced at the European level. The distinction between permissible game design and unlawful steering of the customer against his interests in computer games is likely to become an issue even more frequently in the future. reading time: 12 minutes

I. Dark Patterns – what is it?

„Dark Patterns"[1] is a term from the field of design and a subterm of Design Patterns from the field of architecture/software development. Design patterns describe a typified design solution for certain, frequently recurring problems. „Dark Patterns" was shaped as a term by designer Harry Brignull, who first used the term in an article to describe such design actions that lead users to make decisions that they would not otherwise have made and that are disadvantageous to them[2].

Dark patterns occur in many forms, e.g., through the uneven placement or colour highlighting of individual buttons on a web page to direct a consumer to an option, countdowns that suggest to the customer that an offer is limited, recurring requests or offers to the customer, hiding cancellation options, etc. A detailed description of the manifestations can now be found in the legal literature[3].

II. Dark Patterns in the Games Industry?

Today, a significant proportion of games are offered as online and mobile games. Most recently, the market for game apps and their in-app purchases in Germany grew by 22% to around EUR 2.7 billion in 2021[4]. This is probably one of the reasons why youth and consumer protection agencies have also been concerned with dark patterns in games over the past year[5]. The latest documents trying to define Dark Patterns include a large number of classic design mechanics that are initially aimed at encouraging customers to consume the products, such as high scores or leaderboards, playing in clans/groups, rewards for daily visits to an online game, time-limited offers to players, the use of virtual currencies that are purchased with real money, or even the already much-discussed loot boxes[6]. However, this discussion lacks a distinction between classic (and legally irrelevant) game design and (legally possibly objectionable) dark patterns. If, for example, it is argued that high score lists or playing in teams could be a dark pattern that is intended to create social pressure to play every day and not to fall behind in the rankings or to be sorted out of a group because one has not played enough[7], then also the team rankings or training plans in sports clubs where training is paid for would be considered a Dark Pattern. It becomes clear that the consumer protectors apparently want to consider every behaviour as a Dark Pattern that wants to induce the customer to consume goods. However, this is a basic principle of advertising and product design, namely that advertising should persuade customers to buy products or services, and that products should be designed to encourage customers to continue consuming them. It has been known for years that supermarkets are designed in accordance with psychological methodologies to encourage customers to consume goods they did not originally intend to buy as often as possible, and weekly markets are also known for their sales tricks, but no one has yet come up with the idea that this is illegal under competition law[8].

The question therefore arises as to what is a permissible design of a game mechanic or a permissible mechanism for monetizing otherwise free products, such as free-to-play games, and what should constitute a dark pattern.

III. Legal Definition

The perceptual-psychological effect of dark patterns has already been the topic of the Fall Academy of the German Foundation for Law and Informatics, where the legal aspects have also been touched upon[9]. A legal definition is currently still pending.

1. European law

The draft of the Digital Services Act, as amended by the EU Parliament in January 2022, defines dark patterns in recital 39a as

1 i.a. Hentsch/von Petersdorff MMR-Beil. 8/2020, 3 (5).
2 Harry Brignull, Dark Patterns – dirty tricks designer use to make people do stuff; available under: https://90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-stuff/.
3 Loy/Baumgartner ZD 2021, 404; Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl ZfDR 2021, 47 (52); Janicki/Schultz DSRITB 2021, 15
4 Press release of the game – Verband der deutschen Games-Branche e.V., abrufbar unter: http://game.de/markt-fuer-spiele-apps-in -deutschland-waechst-um-22-prozent/.
5 Report der Jugendschutz.net „Dark Patterns", abrufbar unter: https://www.jugendschutz.net/fileadmin/daten/publikationen/praxisinfos_reports/report_dark_patterns.pdf.
6 i.a. Maties NJW 2020, 3685; Hoeren/Sieber/Holznagel, HdB Multimedia-Recht/Hentsch, 57. EL September 2021, Teil 22, Rn. 60–63; Nickel/Feuerhake/Schelinski MMR 2018, 586
7 Thus, quite astonishingly, the report of Jugendschutz.net "Dark Patterns" on p. 7 f.
8 Verbraucherzentrale Bayern: „Psychotricks im Supermarkt", available under: https://www.verbraucherzentrale-bayern.de/sites/default/files/2019-05/2%20Planung%20-%20LMV%20Arbeitsbl%C3%A4tter%20gut%20planen%20und%20einkaufen_10-03.pdf; ZDFzeit: „Die Tricks des Einzelhandels", available under: https://www.zdf.de/dokumentation/zdfzeit/zdfzeit-die-tricks-des-einzelhandels--mit-eva-brenner-100.html.
9 Stoll DSRITB 2021, 1; Janicki/Schultz, DSRITB 2021, 13

follows: It is prohibited to „deceiving or nudging recipients of the service and from distorting or impairing the autonomy, decision-making, or choice of the recipients of the service via the structure, design or functionalities of an online interface or a part thereof." [10]

Although this is only found in the recitals and this is only a draft, it is important to note that this does not mean to influence decision making, which any form of advertising or product design attempts to do, but rather to „distort" or „impair".

2. Law against Unfair Competition

According to the general clause of the Law against Unfair Competition, § 3 para. 2 UWG, is a business act unfair if it does not comply with the entrepreneurial diligence and is capable of significantly influencing the economic behavior of the consumer. Therefore, influencing the decision making alone is not sufficient. Rather, a breach of entrepreneurial diligence and a substantial influence are required. Since entrepreneurial diligence according to Section 2 (1) No. 9 UWG is primarily based on good faith and market practices, the assessment of new market practices and distribution systems depends on the ability to transfer findings from traditional market systems.

However, the current European consumer conception of the informed consumer means that, beyond the already expressly regulated behavior such as pressure (Section 4a UWG), misleading (Section 5 UWG) and harassment (Section 7 UWG), there is hardly any room for any other unfair action[11].

3. Special laws

The GDPR contains special provisions that explicitly protect freedom of choice, such as the criterion of voluntary consent under Art. 6(1)(a) GDPR and the principle of „privacy by design" under Art. 25(1) GDPR. With regard to these regulations the ECJ has also ruled – without explicitly stating so – that dark patterns are inadmissible, if they influence the voluntariness of consent[12].

Furthermore, Section 6 (4) JMStV („Jugendmedienschutzstaatsvertrag" – Media Youth Protection State Treaty) prohibits the exploitation of the inexperience of children and young people as well as advertising measures that directly harm the interests of children and young people[13].

4. Assessment under current law

A definition based on whether the influence is contrary to the interests of the person concerned[14] is unlikely to be helpful, because interests and motivations vary from person to person[15]. To claim in general that regular consumption of an online game or playing together in groups with other players would be against the interests of the persons concerned would be a general condemnation of an entire entertainment industry and would testify to an ascetic attitude to life. Even if for individual users such use may be against their interests, however, the very nature of such measures is to influence a large number of users, which is why they should not be based on individual cases. Even the special legal regulation in the JMStV requires damage to the interests of children and young people, i.e. a direct negative influence, e.g. through an inappropriate depiction of children in sexualized poses or the depiction of children in advertising with products that are neither intended nor suitable for them[16]. Mere influencing is not sufficient.

It is therefore now rightly argued that the influencing of the person concerned must take place in an abusive manner, e.g. in the form of restricting or impeding decision possibilities, and that it must have a corresponding effect on a large number of users[17], insofar as one of the existing statutory regulations is not already being violated. As long as the consumer concept of Section 3(4) UWG remains unchanged, however, the assumption of a dark pattern outside of the special statutory regulations must be applied with caution, since the informed consumer is naturally less susceptible to manipulation than a volatile consumer[18].

IV. Dark Pattern or Game Design?

If we look at some of the design decisions in today's games under these standards, it quickly becomes clear that there are, of course, also prohibited dark patterns in the games industry, but that they are mostly permissible forms of game design.

1. Play time related design

Design measures that are intended to encourage a player to spend more time with a game are, in principle, completely legitimate to begin with. Every entrepreneur is entitled to design his offer in such a way that consumers make use of it as often as possible. This is the core of any customer loyalty program that rewards the customer for frequent use. If, for example, a player receives a reward for daily use of an app without this being linked to a particular playing time, this is not likely to be a dark pattern. Something else could apply if the player would otherwise be threatened with considerable disadvantages, but as far as only the game progress is slower, this is a normal effect, like in sports: If you train little, your skill increases more slowly. The same applies to mechanisms that incentivize more frequent visits, such as the possibility to cultivate and harvest fields more frequently as a farmer in a farming simulation. Especially when a game design is only an image of reality, it cannot represent a dark pattern.

In this respect, it is possible to speak of a design that attempts to influence the decisions of consumers, but its abusiveness cannot be recognized.

Only in the area of children and adolescents something different can apply here, if the advantages are so substantial that children and adolescents, due to their inexperience, can no longer put the value of the time involved into perspective. However, this is also likely to be a rare case.

2. Social Design

If a game allows players to play together with other players, this is not negative as a social component. This is true even if the interaction is designed competitively, i.e. players compete against each other individually or in groups. This is initially the nature of any competition. In this respect, leader boards or player successes are nothing different from a league table in soccer or a sports badge in athletics. Both also have in common that frequent training usually leads to greater success. This, or the fact that if you play infrequently you may be removed from a team and replaced by other players, is not a dark pattern, but typical of actually all competitive group activities.

10 Draft of the recital 39a of the Regulation of the European Parliament and of the Council on a single market for digital services (Digital Services Act), available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_DE.html.

11 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 5. Aufl. 2021, UWG/Podszun, UWG § 3 Rn. 82, 83

12 E.g. in case Planet49 in the form of the GDPR, even if this was not explicitly designated as a dark pattern: EuGH MMR 2019, 732 mAnm Moos/Rothkegel = ZD 2019, 556 mAnm Hanloser – Planet49.

13 Auer-Reinsdorff/Conrad, HdB IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 29 Rn. 48; Hopf ZUM 2019, 8 (13).

14 Bogenstahl, Dark Patterns, 2019, S. 1; jugendschutz.net, Dark Patterns, S. 1; Ettig/Herbrich K&R 2020, 719 (721).

15 Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl ZfDR 2021, 47 (52 f.).

16 Binder/Vestin-Ladeur, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 26–27.

17 Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl ZfDR 2021, 47 (50) (53).

18 Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl ZfDR 2021, 47 (71); Weinzierl NVwZ 2020, 1087 (1088); Janicki/Schultz DSRITB 2021, 13 (17).

Once again, there is a design decision in the competitive design that aims to induce consumers to use the game frequently, i.e., to influence a decision, but no element of abuse is evident.

Here, too, exceptions are conceivable, e.g., if consumers are humiliated or belittled in the game, if the necessary training participation does not take place, or if the game excludes player from the group activities. However, such negative mechanisms are unlikely to prevail, since most providers have an interest in a broad customer base and not in a small elite clientele.

3. Store design

Many modern games provide for the possibility to purchase additional content, functions or items for a fee. In most cases, this is based on the „free-to-play" business model, whereby the game itself can be played for free and only a small portion of consumers spend money on additional services. This business model has been around for a long time and as such is not objectionable even if players who spend money on the game have clear advantages[19].

A common model is that players can purchase game currency in such games, which can then be exchanged for content or virtual items in the game. It is often criticized that such in-game currencies create a lack of transparency, since the player no longer has an overview of the conversion rate in the game[20].

This may indeed be true in individual cases, but players can often obtain the in-game currency both in exchange for money and through player achievements. However, there is no clear conversion rate for play time into money. In addition, the in-game store is usually accessible with just a few clicks, so a player is easily able to do the conversion themselves. Granting quantity discounts can also hardly be called an abusive market instrument.

4. Real Dark Patterns in Games

Not pure design decisions, but real dark patterns can be found regularly in games, especially in the mobile gaming sector. This includes, for example, the dark pattern, which is also referred to as „nudging", i.e. the constant asking of users whether they would like to buy something or whether they would like to give consent that has already been refused. Here, Section 7 (1) UWG applies at least if these requests reach a level that significantly interrupts the ongoing flow of the game.

Likewise, the artificial shortage of digital offers, e.g., through expiring timers or individually limited offers, is likely to be unfair at least if the offers are available even after a timer has expired, an alleged special offer is actually no different from the normal offer, or a „one-time" offer is regularly repeated[21]. These cases can be dealt with consistently under Section 5 (2) UWG.

The much-discussed loot boxes can also constitute a dark pattern, at least if particularly high-value game items are advertised while concealing the probabilities, but which are actually included in only a vanishingly small number of cases. In this case, too, consumers are misled within the meaning of Section 5 (2) UWG.

III. Conclusion

Dark patterns are also a topic in the area of games that will play a relevant role in the protection of minors and in fair trading law in the coming years. Contrary to some approaches, however, a business model and a game design must be considered permissible at least as long as no special abuse criteria are met. If the legislator wanted to change this, new statutory regulations would have to be created.

For a quick read ...

- There is no clear statutory definition of „dark patterns".
- A statutory definition must not be based solely on influencing an acquisition decision, but must provide for a requirement of excessive influencing or abuse.
- The European consumer concept of the informed consumer does not permit an excessive extension of the general clause of the Law against Unfair Competition (*UWG*) to „dark patterns" outside of the special statutory regulations.
- Even the draft of the Digital Service Act by the EU Parliament does not yet provide a legally secure treatment of dark patterns.

Kai Bodensiek
is a Attorney at Law and partner of Brehm & v. Moers Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB in Berlin.

19 Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht/Mankowski, 3. Aufl. 2016, Rn. 293c-293j; Nickel/Feuerhake/Schelinski MMR 2018, 586 (591).
20 E.g.: Verbraucherzentrale Bundesverband, available under: https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/digitale-welt/apps-und-software/ingame-und-inappkaufe-wenn-virtueller-spielspass-teuer-wird-12941
21 Martini/Kramme/Seeliger VuR 2022, 123.

MMR MultiMedia und Recht

Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung

Redaktion: Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin (verantwortlich für den Textteil); Katharina Klauser, Redakteurin; Ruth Schrödl, Redakteurin; Eva Wanderer, Redaktionsassistentin; Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: 089/381 89-427, Telefax: 089/38189-197, E-Mail: mmr@beck.de

twitter.com/MMRZeitschrift

de.linkedin.com/showcase/zeitschriftmmr

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Peer-Review-Verfahren: Jeder Beitrag wird vor Abdruck von der Schriftleitung und ferner von zwei Gutachtern in anonymisierter Form gelesen und bewertet.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München.
Media-Beratung: Telefon 089/3 81 89-687, Telefax 089/3 81 89-589.
Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (0 89) 3 81 89-609, Telefax 089/3 81 89-589, E-Mail anzeigen@beck.de.
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Mehling

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Tel.: 089/381 89-0, Telefax: 089/38 18 93 98, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h.c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

Erscheinungsweise: Monatlich.

Bezugspreise 2022: Jährlich € 465,– (inkl. MwSt.). Vorzugspreis für Mitglieder der davit € 369,– (inkl. MwSt.). Alle Abopreise inklusive Newsdienst MMR-Aktuell und MMRDIREKT. Einzelheft: € 47,– (inkl. MwSt.); Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Abonnement und Bezugspreis beinhalten die Printausgabe sowie eine Lizenz für die Online-Ausgabe. Die Bestandteile des Abonnements sind nicht einzeln kündbar. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Jahrestitelei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag. Vertriebskooperation in der Schweiz: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG (CH) & Co.KG, Elisabethenstraße 8, CH-4051 Basel, Tel.: +41 (0)61 228 90 70, Fax: +41 (0)61 228 90 71, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch.

KundenServiceCenter: Tel.: 089/3 81 89-750, Fax: 089/3 81 89-358, E-Mail: kundenservice@beck.de

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresschluss erfolgen.

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 4 Abs. 3 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftsänderungen des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen des Heftes beim Verlag widersprechen.

Satz: FotoSatz Pfeifer GmbH, 82152 Krailling.

Druck: Druckerei C.H.BECK, Bergerstraße 3–5, 86720 Nördlingen.
ISSN 2698-7988

Schnittstelle: IT · Medien TK · Digitalisierung.

Legal Tech, Smart Contracts, Games, Cybersecurity, Datenschutz u.v.m.

Die MMR ist interdisziplinär wie keine andere Zeitschrift im Recht der neuen und innovativen Medien. Hier finden Sie Informationen zu einschlägigen Themen, die unabdingbar miteinander im Kontext der Digitalisierung verbunden sind. Die MMR bildet die perfekte Schnittstelle zwischen »Recht – IT – KI – Digitalisierung – Medien – TK«. Profitieren Sie vom gesamten Spektrum digitaler Themen, darunter:

- IT- und Softwarerecht
- Big-Data- und Cloud-Anwendungen
- Online-Plattformen und -Handel
- Innovative Beratungs- und Geschäftsmodelle
- Digitalisierung von Behörden und Justiz
- Blockchain, Algorithmen, KI und Robotik
- Plattform-Ökonomie und Intermediäre.

3 Hefte gratis

Kostenloses Schnupperabo:

beck-shop.de/go/MMR

Erhältlich im Buchhandel oder bei:
beck-shop.de | Verlag C.H.BECK oHG · 80791 München
kundenservice@beck.de | Preise inkl. MwSt. | 141405

C.H.BECK

beck-online
DIE DATENBANK

IT-Recht, Datenschutz- und Informationsfreiheitsrecht

IT-Recht PLUS | PREMIUM

Das **PLUS**-Modul bietet Highlights wie die **MMR, Spindler/Schuster, Recht der Elektronischen Medien** und den **BeckOK Informations- und Medienrecht, Hrsg. Gersdorf/Paal.** Dazu umfassende Rechtsprechung, Gesetzestexte, Prozessformulare, Musterverträge u.v.m.

IT-Recht **PREMIUM** enthält zusätzliche renommierte Werke, darunter **Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht** und **Bräutigam/Rücker, E-Commerce** u.v.m.

beck-shop.de/29202 ▸ schon ab **€ 90,–/Monat***

Datenschutz- und Informationsfreiheitsrecht PLUS | PREMIUM

Im **PLUS**-Modul enthalten sind u.a. **ZD – Zeitschrift für Datenschutz, Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, BeckOK Datenschutzrecht, Hrsg. Wolff/Brink.** Inklusive Rechtsprechung, Gesetzestexte, zahlreiche Formulare und Lösungen für die Unternehmenspraxis.

Das **PREMIUM**-Modul bietet zusätzlich weitere Werke wie **Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG** und **Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG** u. a.

beck-shop.de/11249239 ▸ schon ab **€ 63,–/Monat***

* Preise für bis zu 3 Nutzer, zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo

JETZT
4 Wochen
kostenlos
testen
beck-online.de

facebook.com/verlagchbeck | twitter.com/beckonlinede

Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München | 174722

C.H.BECK