

# MMMR

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                 | <b>703</b> | CHRISTIAN-HENNER HENTSCH<br>Freundliche Übernahme im Verbraucherschutzrecht                              |
| Digitale Geschäftsmodelle | <b>705</b> | CHRISTIAN RAUDA<br>Verbraucherrechtliche „Dauerbrenner“ in der<br>Games-Branche                          |
| Harmonisierung            | <b>709</b> | KONSTANTIN EWALD/LEONIE SCHNEIDER<br>Update erforderlich – das neue digitale Verbraucher-<br>schutzrecht |
| Kündigungsbutton          | <b>713</b> | PHILIPP SÜMMERMANN/KONSTANTIN EWALD<br>Das Gesetz für faire Verbraucherverträge                          |
| Digitale Geschäftsmodelle | <b>719</b> | AXEL VON WALTER<br>Leitlinien der EU-Kommission zur UGP-Richtlinie und<br>das UWG                        |
| Spielbeeinflussung        | <b>722</b> | KAI BODENSIEK<br>Dark Patterns oder Game Design  |



Kölner Forschungsstelle  
für Medienrecht  
Technology  
Arts Sciences  
TH Köln

## Beilage zu MMR 8/2022

Seiten 703–724  
25. Jahrgang · 15. August 2022  
Verlag C.H.BECK München

**game**  
Verband der deutschen  
Games-Branche



1851202208



## 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 Medienrechtstheorie, 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 Rechtsanwältin, Köln – **Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider**, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht, Rheinische Friedrich-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 Verbraucherträge 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 Sümmerrmann 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 verbrauchergerichteter 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 größeren 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.

# 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 rele-

vanten 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,<sup>1</sup> nahm deren Erfolg Anfang der 2000er Jahre richtig Fahrt auf.<sup>2</sup> Die Browser-Spiele waren zumeist „free-to-play“, also kostenlos spielbar.<sup>3</sup> 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.).

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Einige der Spiele werden heute noch betrieben, zB „OGame“ aus 2002 (Gameforge) oder „Die Stämme“ aus 2003 (InnoGames).

<sup>3</sup> 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, das man über den Browser spielte, sondern es erforderte eine Installation auf der Festplatte des eigenen Rechners (Client).

<sup>4</sup> 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)).

<sup>5</sup> 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.).

<sup>6</sup> 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.<sup>4</sup> 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“.<sup>5</sup> 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)“<sup>6</sup>.

### 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.<sup>7</sup> Jedoch bestehen in diesem Falle erhöhte Anforderungen an die „Hervorgehobenheit“ der Informationen.<sup>8</sup> 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 Verbraucherschutzverein 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, et-

wa 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 zurück erhält, 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.<sup>9</sup> Dies führte dazu, dass eine juristische Diskussion darüber entbrannte, ob es sich bei den Angeboten der Games-Branche in den Spielen um Dienstleistungen handelt.<sup>10</sup> 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

<sup>7</sup> OLG Köln MMR 2017, 552 (553).

<sup>8</sup> OLG Köln MMR 2017, 552 (553).

<sup>9</sup> § 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-Rantsch, 26. Ed., BGB § 312d Rn. 34.

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

verschoben und wiederholt ergänzt.<sup>11</sup> 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.

**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.

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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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 Verbraucherrechtlicherichtlinie (VRRL) leerlaufen würde.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Erforderlich sei vielmehr, dass die Initiative vom Verbraucher ausgehe.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> Es reicht jedoch bereits aus, dass der Verbraucher vorbehaltlich der Bestätigung gem. § 312f BGB eine separate, nicht

vorausgefüllte Schaltfläche anklickt:<sup>20</sup> „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.<sup>21</sup> Diese Auffassung ist abzulehnen, weil es für sie weder einen Anhaltspunkt in der VRRL noch in § 356 Abs. 5 gibt.<sup>22</sup> Ein Zwang zur Zweistufigkeit wäre bloße Förmelerei, wenn der Verbraucher bei seiner Zustimmung Kenntnis von deren Rechtsfolgen im Hinblick auf das Widerrufsrecht hat.<sup>23</sup> 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.“<sup>24</sup>

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.<sup>25</sup>

#### IV. Vertragsdauer, automatische Laufzeitverlängerung und Kündigungsknopf

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. „Kündigungsknopf“<sup>26</sup> 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 Bestätigungsschaltfläche 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).<sup>27</sup>

#### 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.<sup>28</sup> Die Nutzungsbedingungen des Spiels „World of Warcraft“<sup>29</sup> wurden von einem Verbraucherschutzverein angegriffen, und das LG Berlin hat neun Klauseln, teils zu Recht, als unangemessen benachteiligend eingestuft.<sup>30</sup> 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-

<sup>20</sup> LG Karlsruhe MMR 2022, 413 (417) mAnm Hentsch.

<sup>21</sup> 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“.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> LG Karlsruhe MMR 2022, 413 Rn. 40 mAnm Hentsch.

<sup>24</sup> Ewald/Schneider, LG Karlsruhe: Verzicht aufs Widerrufsrecht bei virtueller Währung – Ja! Aber wie?, abrufbar unter: <https://spielrecht.de/lg-karlsruhe-verzicht-aufs-widerrufsrecht-bei-virtueller-waehrung-ja-aber-wie/>.

<sup>25</sup> LG Karlsruhe MMR 2022, 413 mAnm Hentsch.

<sup>26</sup> S. Güster/Booke MMR 2022, 450.

<sup>27</sup> Ausführlich befassen sich Sümmerrmann/Ewald in dieser Ausgabe mit dem Kündigungsknopf, s. MMR 2022, 713.

<sup>28</sup> 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 Formulklauseln strengere Anforderungen als sie das gesetzliche Leitbild in § 151 BGB vorsieht.

<sup>29</sup> Publisher: Activision Blizzard.

<sup>30</sup> 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 Computerspielrecht und Entrepreneurship in der Games-Branche an der Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin.

Der Autor dankt RA Fabian Stöber, 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 Buß-

geldern 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)<sup>1</sup> und der RL (EU) 2020/1828 (Verbandsklagerichtlinie)<sup>2</sup>, flankiert von der RL (EU) 2019/770 (Digitale Inhalte-Richtlinie – DID-RL)<sup>3</sup> und RL (EU) 2019/771 (Warenkaufrichtlinie – WK-RL)<sup>4</sup>. Wie die Modernisierung und Harmonisierung des europäischen Verbraucherrechts und dessen Durchsetzung hierdurch erfolgen soll, wird im Folgenden näher dargestellt.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> 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 (AbI. 2019 L 136, 1).

<sup>4</sup> 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 (AbI. 2019 L 136, 28).

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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) (AbI. 2005 L 149, 22).

<sup>7</sup> RL 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (AbI. 1993 L 95, 29).

<sup>8</sup> 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 (AbI. 1009 L 80, 27).

## 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)<sup>5</sup>, die RL 2005/29/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – UGP-RL)<sup>6</sup>, die RL 93/13/EWG (Klausel-Richtlinie – Klausel-RL)<sup>7</sup> und die RL 98/6/EG (EG-Grundpreis-RL)<sup>8</sup>.

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

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 Markt 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)<sup>9</sup> 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<sup>10</sup> 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)<sup>11</sup>, vgl. §§ 312 Abs. 1a, 327 BGB. Das bedeutet, dass nahezu alle Verbraucherträge 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 „Bezahlen 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 an-

deren 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.<sup>12</sup>

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<sup>13</sup> 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<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> In diesen Fällen ist das Widerrufsrecht bereits qua Gesetz ausgeschlossen, wenn der Unternehmer die Dienstleistung vollstän-

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Hierzu auch Spindler MMR 2021, 528 (530).

<sup>13</sup> Vgl. Pech MMR 2022, 348.

<sup>14</sup> Vgl. Pech MMR 2022, 262.

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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<sup>17</sup> 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 beratenden 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 Ausschlussstatbestand 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

<sup>16</sup> Vgl. den letzten Satz von Erwägungsgrund 30 Omnibus-RL.

<sup>17</sup> EuGH MMR 2020, 827.

<sup>18</sup> 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).

<sup>19</sup> Leitlinien zur Transparenz des Rankings gemäß der VO (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. 2020 C 424, 1).

<sup>20</sup> 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.

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)<sup>18</sup>. 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<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> So hat es auch der deutsche Gesetzgeber in § 11 PAngV umgesetzt. Jedoch steht den Mitgliedstaaten hier ein Umsetzungsspielraum zu, von

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<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> 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 Verbraucher

<sup>21</sup> BGBl. 2021 I 3433.

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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 Mit-

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

gliedstaaten 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.

#### 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, LL.M. 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<sup>1</sup> hatte der Bundestag in seiner letzten regulären Sitzung vor Legislaturende in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung<sup>2</sup> am 24.6.2021 angenommen.<sup>3</sup>

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 fort dauern, 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.<sup>4</sup>

### 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.<sup>5</sup> 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<sup>6</sup> –, dass Verbraucher aktiv in eine Verlängerung des bestehenden Vertrags für eine weitere bindende Laufzeit einwilligen.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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<sup>9</sup>. 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.<sup>10</sup>

## III. Kündigungsbutton

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

<sup>1</sup> BT-Drs. 19/26915.

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/30840.

<sup>3</sup> BT-Plenarprotokoll 19/236 v. 24.6.2021, 30732.

<sup>4</sup> Anders noch der Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26915, 7; ausf. hierzu Wais NJW 2021, 2833 (2835).

<sup>5</sup> Wais NJW 2021, 2833 (2836); BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 24.

<sup>6</sup> So auch Wais NJW 2021, 2833 (2836).

<sup>7</sup> BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 104; MüKoBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 21.

<sup>8</sup> BeckOGK BGB/Weiler, 1.4.2022, BGB § 309 Nr. 9 Rn. 107.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/Dammann, 7. Aufl. 2020, BGB § 309 Nr. 2 Rn. 9 ff. mwN.

mer, einen Kündigungsknopf<sup>11</sup> 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 Kündigungsknopfs 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 entwicklungs offen ausgestaltet und daher bewusst nicht legaldefiniert.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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 Kündigungsknopfs 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 Kündigungsknopf 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.<sup>14</sup> Dies entspricht der „Zahlung eines Preises“ iSd § 327 Abs. 1 S. 1 BGB. Nicht erfasst sind folg-

lich 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 verarbeitet.<sup>15</sup> Beim sog. „Zahlen mit Daten“ besteht bereits nicht das maßgebliche „Kostenfallenrisiko“.

### c) Webseite

Unternehmer müssen den Kündigungsknopf 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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 Kündigungsknopfs 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.<sup>18</sup>

Ermöglicht eine Webseite Verbrauchern den Abschluss von Verträgen, ist es für die Nutzung des Knopfs unerheblich, ob der konkret zu kündigende Vertrag ursprünglich über die Webseite geschlossen wurde.<sup>19</sup> Unternehmer müssen über den Kündigungsknopf Erklärungen für sämtliche Verträge entgegennehmen, die sie über die entsprechende Webseite vertreiben. Ein Verbraucher kann zB ein Zeitungssabo 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 Kündigungsknopfs zu verpflichten, wenn diese als Boten oder Vertreter tätig sind und Verbraucher keine Verträge mit der Plattform schließen, sondern direkt mit dem Unternehmer.<sup>20</sup> 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 Kündigungsknopfs für die über ihre Webseiten abschließbaren Verträge verpflichtet.

<sup>11</sup> S.a. Güster/Booke MMR 2022, 450.

<sup>12</sup> MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 9.

<sup>13</sup> MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 10.

<sup>14</sup> Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 32.

<sup>15</sup> Im Ergebnis so auch Wais NJW 2021, 2833 (2836); s.a. Pech MMR 2022, 516.

<sup>16</sup> BT-Drs. 19/30840, 16.

<sup>17</sup> AA Stiegler VuR 2021, 443 (444).

<sup>18</sup> Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfili, § 7 Rn. 30.

<sup>19</sup> BT-Drs. 19/30840, 17.

<sup>20</sup> 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, dürfen 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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 Impressumslinck 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup>

„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 Ausgestal-

tung 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.<sup>25</sup> Alternativen zum Begriff „kündigen“ sind dagegen nur sehr eingeschränkt vorstellbar.<sup>26</sup>

### 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Dabei stellt sich die Frage, wie mit solchen gewährleistungsrechtlichen Begründungen umzu-

<sup>21</sup> MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 31.

<sup>22</sup> BT-Drs. 19/30840, 18.

<sup>23</sup> AA wohl Stiegler VuR 2021, 443 (447), der dem „hier“ eine erhebliche Bedeutung beimisst, um den zweistufigen Aufbau zu verdeutlichen.

<sup>24</sup> BT-Drs. 19/30840, 17; s. hierzu auch MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 15.

<sup>25</sup> MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 15; aA Stiegler VuR 2021, 443 (447).

<sup>26</sup> Brönneke/Föhlich/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfilii, § 7 Rn. 45.

<sup>27</sup> Stiegler VuR 2021, 443 (448); einschränkend Brönneke/Föhlich/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfilii, § 7 Rn. 46.

<sup>28</sup> Stiegler VuR 2021, 443 (448).

<sup>29</sup> So auch Wais NJW 2021, 2833 (2837); MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 17.

<sup>30</sup> BT-Drs. 19/30840, 17.

gehen ist, wenn der Verbraucher eine „außerordentliche Kündigung“ erklärt.<sup>31</sup>

Die Identifizierbarkeit von Nutzern soll laut Gesetzgeber typischerweise anhand von Namen und Anschrift möglich sein.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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.

<sup>31</sup> Hierzu Wais NJW 2021, 2833 (2837).

<sup>32</sup> BT-Drs. 19/30840, 17.

<sup>33</sup> BT-Drs. 19/30840, 17; Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfilii, § 7 Rn. 47; Stiegler VuR 2021, 443 (448).

<sup>34</sup> Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfilii, § 7 Rn. 42.

<sup>35</sup> BT-Drs. 19/30840, 18.

<sup>36</sup> Ein Auswahlfeld der jeweiligen Verträge als „ideal“ ansehend MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k BGB Rn. 19.

<sup>37</sup> Ausf. Brönneke/Föhlisch/Tonner, Das neue Schuldrecht/Buchmann/Panfilii, § 7 Rn. 52.

<sup>38</sup> Vgl. BT-Drs. 19/30840, 18.

<sup>39</sup> MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 25.

<sup>40</sup> Hoeren/Sieber/Holznapel, HdB Multimedia-Recht/Kitz, 57. EL 2021, Teil 13.1 Rn. 138.

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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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“.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> Die Beweislast

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.<sup>41</sup> Das Vertrauen, mit dem Kontoinhaber zu interagieren und – bei Account-Missbrauch auf Auktionsplattformen – zu kontrahieren, ist regelmäßig nicht geschützt.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt hiervon unberührt. Für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ist entsprechend der üblichen prozessualen Grundsätze der Verbraucher darlegungs- und beweispflichtig.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

## 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.

<sup>41</sup> Hoeren/Sieber/Holzngel, HdB Multimedia-Recht/Kitz, 57. EL 2021, Teil 13.1 Rn. 139 mwN.

<sup>42</sup> Loritz FS Geimer, 2017, 409 (415).

<sup>43</sup> 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](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Newsletter/Pressemitteilungen/Newsletter_Abbestellen_Integrator.html).

<sup>44</sup> MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 33.

<sup>45</sup> BT-Drs. 19/30840, 19; zum Verhältnis zu § 312m Abs. 2 BGB s. MüKoBGB/Wendehorst, 9. Aufl. 2022, BGB § 312k Rn. 34.

<sup>46</sup> Dies verkennend Stiegler VuR 2021, 443 (451).

# 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 Lau-

terkeit 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.<sup>1</sup> Die Leitlinien 2021 beruhen auf den Leitlinien von 2016 und sollen diese ersetzen.<sup>2</sup> Die Kommission möchte mit den Leitlinien die Anwendung der UGP-RL vereinfachen und den nationalen Gerichten und Angehörigen der Rechtsberufe der gesamten EU näherbringen.<sup>3</sup> 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“<sup>4</sup>. 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.<sup>5</sup>

## 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 2005/29/EG<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. 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.

<sup>1</sup> Amtsblatt der EU v. 29.12.2021 – C 526/1.

<sup>2</sup> Vgl. S. 5 der Leitlinien.

<sup>3</sup> Vgl. S. 5 der Leitlinien.

<sup>4</sup> Zu Dark Patterns s.a. Bodensiek MMR 2022, 722 – in diesem Heft.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Vgl. S. 5 der Leitlinien.

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Die Kommission fordert darüber hinaus, dass die Anbieter von Computerspielen die Maßnahmen der Plattformen für elterliche Kontrolle nutzen sollen.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> 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 suchtfährdeten Spielen eingesetzt, was eine aggressive Geschäftspraxis (Art. 8, 9 UGP-RL) darstellen könne, so die Kommission.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup> 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-

<sup>8</sup> Vgl. S. 103 der Leitlinien.

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> Vgl. S. 104 der Leitlinien.

<sup>11</sup> Vgl. S. 104 der Leitlinien.

<sup>12</sup> S. 104 der Leitlinien.

<sup>13</sup> Vgl. S. 87 der Leitlinien.

<sup>14</sup> Vgl. S. 88 f. der Leitlinien.

<sup>15</sup> 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<sup>16</sup>. 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.<sup>17</sup>

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<sup>18</sup>. 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 geson-

derten Beitrag in diesem Heft.<sup>19</sup> 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“<sup>20</sup> erkennbar, das die Kommission als Verstoß gegen Art. 7 (Irreführung durch Unterlassen) und Art. 9 (Aggressive Geschäftspraktik) einstuft.<sup>21</sup> 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 (Energierrecht, 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.

<sup>16</sup> S. Ziff. 4.2.7 der Leitlinien; vgl. auch Bodensiek MMR 2022, 722 – in diesem Heft.

<sup>17</sup> Vgl. S. 99 der Leitlinien.

<sup>18</sup> Vgl. S. 101 der Leitlinien.

<sup>19</sup> Vgl. Bodensiek MMR 2022, 722 – in diesem Heft.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Vgl. S. 102 der Leitlinien.

# Dark Patterns oder Game Design

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

„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 Patterns 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<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup>

## 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.<sup>4</sup> Dies dürfte u.a. der Grund sein, warum sich im vergangenen Jahr auch Jugend- und Verbraucherschützer mit Dark Patterns in Games befasst haben.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Diese Befassung lässt jedoch vor allem eine Abgrenzung zwischen klassischem (und rechtlich irrelevantem) Game-Design und (rechtlich möglicherweise beanstandungswerten) Dark Patterns 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,<sup>7</sup> dann bekommt man das ungute Gefühl, dass man auch die Tabelle der Fußball A-Jugend oder Trainingsvorgaben in Tennisvereinen als Dark Pat-

tern 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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> Eine rechtliche Definition steht derzeit noch aus.

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

<sup>2</sup> 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/>.

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

<sup>4</sup> 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/>.

<sup>5</sup> Report der Jugendschutz.net „Dark Patterns“, abrufbar unter: [https://www.jugendschutz.net/fileadmin/daten/publikationen/praxisinfos\\_reports/report\\_dark\\_patterns.pdf](https://www.jugendschutz.net/fileadmin/daten/publikationen/praxisinfos_reports/report_dark_patterns.pdf).

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

<sup>7</sup> So ganz erstaunlich der Report der Jugendschutz.net „Dark Patterns“ auf S. 7 f.

<sup>8</sup> Verbraucherzentrale Bayern: „Psychotricks im Supermarkt“, abrufbar unter: [https://www.verbraucherzentrale-bayern.de/sites/default/files/2019-05/2%20Planung%20-%20LMV%20Arbeitsbl%20C3%A4tter%20gut%20planen%20und%20einkaufen\\_10-03.pdf](https://www.verbraucherzentrale-bayern.de/sites/default/files/2019-05/2%20Planung%20-%20LMV%20Arbeitsbl%20C3%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>.

<sup>9</sup> 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 Patterns 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“.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup>

## 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 Patterns festgehalten, die die Freiwilligkeit der Einwilligung beeinflussen.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

## 4. Beurteilung nach geltendem Recht

Eine Definition, die darauf abstellt, ob die Beeinflussung entgegen der Interessen des Betroffenen erfolgt,<sup>14</sup> dürfte nicht zielführend sein, denn die Interessen und Motivationen sind individuell verschieden.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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,<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

## 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 Kundenbindungsprogramms, 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 inzentivieren, 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 substantiell sind, dass

<sup>10</sup> 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](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_DE.html).

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

<sup>12</sup> 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.

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

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

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

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

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

<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup>

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 Anforderungen 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.<sup>21</sup> 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 Lauterkeitsrecht 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 erfasseter 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.

<sup>19</sup> Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht/Mankowski, 3. Aufl. 2016, Rn. 293c-293j; Nickel/Feuerhake/Schelinski MMR 2018, 586 (591).

<sup>20</sup> Beispielhaft: Verbraucherzentrale Bundesverband, abrufbar unter: <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/digitale-welt/apps-und-software/ingame-und-inappkaeufer-wenn-virtueller-spielspass-teuer-wird-12941>.

<sup>21</sup> Martini/Kramme/Seeliger VuR 2022, 123.