

# 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.)

## Urheberrecht und Games

- |                                      |            |  |
|--------------------------------------|------------|--|
| Editorial                            | <b>613</b> | <b>AXEL VOSS</b><br>Rückblick auf die Urheberrechtsreform  |
| Computerspiele-Industrie             | <b>615</b> | <b>CHRISTIAN-HENNER HENTSCH</b><br>Keine Änderungen für Computerspiele nach<br>der DSM-Richtlinie? |
| Schrankenregelung                    | <b>619</b> | <b>CHRISTIAN RAUDA</b><br>Spin-Offs, Remakes, Prequels und Sequels in<br>Computerspielen           |
| Verwaiste Werke                      | <b>624</b> | <b>KAI BODENSIEK</b><br>Digitales Kulturerbe und Computerspiele                                    |
| Urheberrechtliche Verantwortlichkeit | <b>628</b> | <b>JONATHAN PUKAS / JULIAN WAIBLINGER</b><br>Games im „Age of UrhDaG“                              |
| Leistungsschutzrechte                | <b>633</b> | <b>CORDULA ZIMMER / MARTIN SOPPE</b><br>Urhebervertragsrecht im Games-Bereich                      |
| Gaming-Video-Content                 | <b>638</b> | <b>GREGOR SCHMID</b><br>Richtlinien und Guidelines für Let's Plays,<br>Urheberrecht und UrhDaG     |



Kölner Forschungsstelle  
für Medienrecht  
Technology  
Arts Sciences  
TH Köln

## Beilage zu MMR 8/2023

**game**  
Verband der deutschen  
Games-Branche

Seiten 613–642  
26. Jahrgang · 16. August 2023  
Verlag C.H.BECK München



1851202308



## Beilage zu MMR 8/2023

### 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., Berlin/Professor für Urheber- und Medienrecht an der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht der TH Köln – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznagel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin der Unterabteilung VIB, Nationale und europäische Digitale Agenda, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin – **Prof. Dr. Dennis Kenji Kipker**, Legal Advisor, Verband der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik (VDE) e.V., Kompetenzzentrum Informationssicherheit + CERT@VDE, Frankfurt/M. – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter Zentralbereich Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Prof. Dr. Marc Liesching**, Professor für Medienrecht und Medientheorie, HTWK Leipzig/München – **Dr. Reto Mantz**, Richter am LG, Frankfurt/M. – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Wiesbaden/Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider**, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht, Rheinische 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 – **Ruth Schrödl**, Redakteurin – **Christine Völker-Albert**, Redakteurin – **Eva Wanderer**, Redaktionsassistentin – Wilhelmstr. 9, 80801 München

## EDITORIAL Rückblick auf die Urheberrechtsreform

**W**enn ich 2023 die größte Messe für Computer und Videospiele besuche, werde ich das 4. Mal an dieser großartigen Veranstaltung teilnehmen. Meine bisherigen Besuche haben mich durchweg beeindruckt nach Hause fahren lassen. Ich bestaune jedes Jahr die neuen Ideen, die dieser Sektor entwickelt, und bewundere die kreative Begabung der Game-Entwickler.

Lesedauer: 8 Minuten

Bei 265.000 Besuchern aus mehr als 100 Ländern findet dieses Event und die Branche insgesamt einen riesigen Anklang und ich freue mich besonders, dass mit Köln ein Standort in meinem Wahlkreis gefunden wurde. Für mich ist die Gaming-Industrie für die Entwicklung der Digitalisierung das, was die NASA für die Weltraumpolitik ist!

Die Wertschätzung, die den Kreativen auf der gamescom entgegengebracht wird, ist eines der besten Beispiele dafür, was die Kreativwelt leisten und hervorbringen kann. Die Innovationen sind so grenzenlos wie mannigfaltig. Sie sind ein Gut, das unbedingt geschützt und gefördert werden muss!

Doch auch hier zeigt sich, wir brauchen dafür ein starkes, durchsetzbares Urheberrecht. Ohne die Anerkennung von individueller geistiger Schöpfung liefe die Videospielszene, wie auch alle anderen Kunstszene, leer. Gerade Europa charakterisiert sich über seine Kultur, die so vielfältig ist, wie seine Mitgliedstaaten.

Das Urheberrecht ist als Ausfluss des Eigentumsrechts einer der Grundpfeiler für unsere Europäische Kulturwirtschaft. Eine freie Welt kann nur funktionieren, wenn die individuelle Wertschöpfung geachtet wird. Das gilt auch, und erst recht, in der Online-Welt.

Wenn auch in jedem Mitgliedstaat anerkannt, wird das Urheberrecht nicht überall gleich wertgeschätzt. In Frankreich zB ist der Schutz des geistigen Eigentums viel selbstverständlicher und ohne Frage wird das Urheberrecht dort stark protegiert – davon sollte sich Deutschland leiten lassen.

Mit der Reform des Urheberrechts im Jahre 2019 wurde ein Meilenstein für den Schutz des geistigen Eigentums gesetzt. Die Anerkennung, dass künstlerische Werke auch im Internet einen hohen Schutz verdienen, war längst überfällig. Die letzte Reform war 17 Jahre her und in dieser Zeit hat sich die digitale Welt so rasant verändert, dass ein erhebliches Ungleichgewicht für die urheberrechtliche Schöpfungskette entstand. Seit über Plattformen alles geteilt werden kann, stehen die Künstler einer problematischen und existenzbedrohenden Realität gegenüber.



Axel Voss

Der fast uneingeschränkte Zugang zu Musik und Videos, Filmen, Dokumentationen etc bietet zwar auf der einen Seite eine immense Verbreitungsmöglichkeit. Erreichte ein Künstler damals lediglich die Kundschaft des Plattenladens in der Stadt, kann er seine Werke heute mit einem Klick an Millionen von Nutzern verbreiten und das in der ganzen Welt. Vorbei sind die Zeiten als man für ein Musikstück oder Videospiel noch in den Fachladen gehen musste, in der Hoffnung, dass die CD oder das Modul noch nicht ausverkauft ist.

Auf der anderen Seite erfolgte viel zu selten eine (angemessene) Entlohnung für die Verbreitung dieser Werke. Immer seltener waren es die Künstler, die das Werk selber teilten, sondern Dritte, zumeist Nutzer.

Die Autorisierungen lagen mitnichten immer vor. Und so muss man sagen, dass die immense Verbreitungsmöglichkeit sich eher zu einem Markt entwickelte, auf dem illegal bezogene Werke weitergegeben, aber eine Entlohnung für rechtschaffende Künstler eben nicht vorgenommen wurde. Der Künstler hatte keine Chance auf den weltweit agierenden Plattformen auch nur annähernd Herr der Situation zu werden und sein Werk wieder einzufangen. Einmal im Netz hochgeladen war es weg und die Einkünfte, die damit hätten gewonnen werden können, ebenfalls.

Die Reform zielte von Anfang an darauf ab, diesen Missstand zu beheben. Wenn für Werke in der analogen Welt (sprich im Plattenladen oder Fachhandel) bezahlt werden soll, dann muss dieses auch in der Online-Welt geschehen.

Dass in der analogen Welt eine Bezahlung stattfinden soll, darüber wurde kaum gestritten. Niemand solle im Laden ein Videospiel kaufen können, ohne an der Kasse für seine Lieblingstücke zu zahlen. Das geistige Eigentum ist ein anerkanntes, schützenswertes Recht. Also muss gelten: „Was offline als Eigentum geschützt wird, muss auch online als Eigentum geschützt werden“.

Die Reform sah hierfür in ihrem mittlerweile berühmten Artikel 13, heute Art. 17 DSM-RL, eine Neuregelung der Haftung vor. Kernstück war die Haftungsverschiebung vom Nutzer auf die Plattform: Statt, dass der einzelne Nutzer, der ein Werk ohne Autorisierung hochlädt, haftet, muss die Plattform die Verantwortung für die veröffentlichten Inhalte tragen.

Ziel ist es, den Künstlern zu ermöglichen, ihre Werke an die Plattformen zu verkaufen, um angemessen an dem Online-Verbreitungsweg mitzuverdienen und nicht leer auszugehen. Die Vorschrift soll erreichen, dass Plattformen, die ihre Geschäftsmodelle auf der Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Inhalten aufgebaut haben, für diese auch bezahlen.

Es wird eine Lizenzpflicht verlangt, sodass die Rechteinhaber, nämlich die Künstler, auch fair für ihre Leistung entlohnt werden. Es ist nicht akzeptabel, dass große Plattformen Werke veröffentlichen, riesige Gewinne erzielen und diejenigen, die die Werke erarbeitet haben, nichts erhalten.

Auf Grund der immens kontroversen und schwierigen politischen Debatten ist es mir ein persönliches Anliegen, nochmals zu unterstreichen, dass mit dieser Haftungsverschiebung in keinem Fall die Meinungsfreiheit auch nur annähernd angetastet wird. Es geht einzig darum, geschützte Werke, die illegal im

Netz kursieren, offline zu schalten bzw. gar nicht erst zu veröffentlichen. Die Meinungsfreiheit kann sich NIE auf urheberrechtlich geschützte Werke anderer beziehen, weshalb eine Kollision ausgeschlossen ist.

Abgesehen davon dürfen die geschützten Werke auch ohne Artikel 13 (jetzt Artikel 17) DSM-RL von Nutzern nicht veröffentlicht werden, natürlich ungeachtet von Schranken. Dies war auch vor der Reform nicht zulässig. Geändert hat sich nun lediglich die Haftung, welche auf die Plattformen übergegangen ist. Dies stellt für Nutzer eine deutliche Besserstellung dar.

Von enormer Bedeutung war die europäische Dimension der Richtlinie und damit das starke Signal: Europa steht hinter den Kreativen, Autoren und Urheberrechtseinhabern.

Was hilft es, Rechtsrahmen der Online-Welt national abzustecken? Der Verbreitungsweg über die Plattformen macht an keiner Grenze halt – und nach der Idee von einem geeinten Europa soll er das ja gerade auch nicht. Der gemeinsame Binnenmarkt ist erstrebenswert und sollte mit jeder Gesetzgebung unterstützt werden. Die Harmonisierung der Haftungsregeln war daher ein Muss.

Jeder Mitgliedstaat hat zugleich ein eigenes nationales, aber auch ein gemeinsames europäisches Interesse daran, die Kunst und Kultur zu behüten und zu fördern. Unsere Kultur, das ist unsere Identität.

Sie ist aber gleichzeitig auch ein Wirtschaftszweig, den wir keinesfalls nur den außereuropäischen Staaten überlassen sollten. Wäre es nicht wünschenswert, wenn auch die Erfolge der Plattformen in der Europäischen Union erzielt werden könnten? Mit einem europäischen Projekt, einer europäischen Plattform?

An diese Fragen und Ideen schließt sich direkt eine neue Thematik an, welche wir in Europa in die Hand nehmen sollten: die Künstliche Intelligenz (KI). Mit ihrer rasanten Entwicklung und dem enormen Potenzial bringt sie ganz neue Entwicklungsmöglichkeiten mit sich. Wir sind hier als Gesetzgeber gefordert, um einen Rahmen zu schaffen, der fordert und fördert und dennoch den Schutz unserer Werte garantiert. Hierzu zählt auch der Wert des Urheberrechts.

So innovativ und vielversprechend die KI auch ist, die ihr zu Grunde liegenden Werte müssen weiterhin beachtet werden. Auch die neuen Entwicklungen, wie die textgenerativen Modelle, wie ChatGPT, sind eine Herausforderung für das Urheberrecht, da diese den neugeschaffenen Art. 4 DSM-RL überschreiten. Training und Testen von KI kann davon genauso betroffen sein, wie die generative Entwicklung aus geschützten Werken.

Die neuen Technologien und digitalen Möglichkeiten entwickeln sich weiter, daher müssen wir stets den gesetzlichen Rahmen schaffen und reformieren, damit Europa voranschreiten kann.

Brüssel, im August 2023

#### **Axel Voss**

ist Mitglied des Europäischen Parlaments und der EVP-Fraktion. Im Jahr 2019 war er Verhandlungsführer des Europäischen Parlaments für die Reform des Urheberrechts (RL (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der RL 96/9/EG und RL 2001/29/EG).

CHRISTIAN-HENNER HENTSCH

# Keine Änderungen für Computerspiele nach der DSM-Richtlinie?

Harmonisierung des urheberrechtlichen Rahmens für Games

Computerspiele-Industrie

Die DSM-Richtlinie hat den urheberrechtlichen Rahmen für Games weiter harmonisiert. Insbesondere wegen der einheitlichen Vorgaben zum Urhebervertragsrecht wird der EuGH künftig nicht nur entscheiden, ob und wie Games urheberrechtlich geschützt sind, sondern auch wer Urheber ist. Die Vollharmonisierung der bisherigen Urheberrechtsschranken und die neuen weiteren Schranken verstärken den Trend zur

kollektiven Rechtswahrnehmung und haben die Games-Branche geradezu dazu gezwungen, eine eigene Verwertungsgesellschaft zu gründen. Bei Computerprogrammen muss der EuGH nach einer Vorlage des BGH auslegen, wann eine Umarbeitung vorliegt und ob der Vertrieb von Cheat-Software urheberrechtlich verfolgt werden kann. **Lesedauer: 18 Minuten**

## I. Einleitung

Die Computerspiele-Industrie ist eine dynamisch wachsende Medienbranche mit höchst innovativen Geschäftsmodellen. Nach großen Umsatzsprüngen während der Pandemie 2020 und 2021 mit einem jährlichen Wachstum von 32% bzw. 17%, stieg der Umsatz mit Games, Gaming-Hardware und Gaming-Online-Services 2022 nun weiter um 1% auf 9,87 Mrd. EUR und stabilisiert sich damit auf einem hohen Niveau.<sup>1</sup>

Wie der Gesamtmarkt hat sich auch der Teilbereich mit Games für PC, Spielekonsole und Mobilgeräte stabil entwickelt. Sowohl mit dem Verkauf von Computer- und Videospielen (minus 1% auf rd. 1,1 Mrd. EUR) als auch mit In-Game- und In-App-Käufen (plus 2% auf rd. 4,5 Mrd. EUR) wurden im Vergleich zum Vorjahr ähnliche Umsätze erzielt. Hierzu zählen zB Season-Pässe, zusätzliche Level, kosmetische Inhalte wie Skins oder Abo-Gebühren für einzelne Online-Games. Insgesamt wächst der Umsatz mit Games für PC, Spielekonsole und Mobilgeräte 2022 um rd. 1% auf 5,5 Mrd. EUR. Weiterhin stark gewachsen ist das Marktsegment der Gaming-Online-Services: Der Umsatz mit entsprechenden Diensten ist um 20% auf 866 Mio. EUR gestiegen. Hierzu gehören etwa kostenpflichtige Abo-Dienste, die Zugang zu einer großen Spiele-Auswahl geben, das Spielen in der Cloud oder Funktionen wie Online-Multiplayer und das Speichern von Spielständen in der Cloud ermöglichen. Dieses Marktsegment entwickelt sich besonders dynamisch.

Für diese Umsätze ist das Urheberrecht die maßgebliche Grundlage, auf der mit teils mehreren Tausend Kreativen aus fast allen Gewerken des Urheberrechts komplexe Werke erstellt und anschließend auf unterschiedlichen Plattformen mit ausdifferenzierten Monetarisierungsmodellen ausgewertet werden. Computerspiele werden als digitale Produkte – auf Datenträgern oder zum Download, als DLC (herunterladbare Erweiterung) oder auch als In-Game-Kauf – fast immer international distribuiert und weltweit verkauft. Insofern müssen stets die unterschiedlichen internationalen Regelungen zum Urheberrecht beachtet werden. Daher ist aus Sicht der Games-Branche eine Harmonisierung des Urheberrechts in der EU wünschenswert und die jüngste DSM-RL wurde grundsätzlich begrüßt.<sup>2</sup> Die diesjährige MMR-Beilage zeigt die Bedeutung des Urheberrechts für

die Games-Branche auf und soll eine erste Standortbestimmung nach der Umsetzung der DSM-RL sein.

Inhaltlich kann festgehalten werden, dass aus Sicht der deutschen Games-Branche durch die Umsetzung der DSM-RL der Rahmen für Rechteinhaber der Computerspiele-Industrie weitgehend unverändert geblieben ist. Allerdings gibt es auf Grund der generellen Regelungen – wobei die Besonderheiten bei Games meist wohl nicht mitbedacht wurden – einige beachtenswerte Auswirkungen, die in den folgenden Beiträgen beleuchtet werden sollen. So wird Christian Rauda (MMR 2023, 619) die neuen Schranken wie die Pastiche-Schranke in § 51a UrhG besprechen. Die Regelungen für verwaiste und vergriffene Werke finden nun bei Games vollumfänglich Anwendung und Kai Bodensiek (MMR 2023, 624) greift diese vor dem Hintergrund der Internationalen Computerspielesammlung auf. Gregor Schmid (MMR 2023, 638) und Julian Waiblinger mit Jonathan Pukas (MMR 2023, 628) beschäftigen sich in ihren Beiträgen mit den Auswirkungen des UrhDaG auf die Richtlinien und Community-Guidelines für Let's Plays bzw. die Rechtsdurchsetzung gegenüber strukturell urheberrechtsverletzenden Webseiten. Martin Soppe und Cordula Zimmer (MMR 2023, 633) gehen auf das neue Urhebervertragsrecht bei Games ein. Noch vor diesen speziellen Beiträgen zur DSM-Umsetzung soll dieser Einführungsbeitrag den urheberrechtlichen Rahmen für Games aufzeigen und allgemeine Trends und Herausforderungen aufgreifen, damit die nachfolgenden Beiträge darauf aufbauen können. Dazu wird entlang der Struktur des UrhG zunächst auf den Werkcharakter von Games, die Lizenzierungspraxis und das Urhebervertragsrecht sowie dann auf die einschlägigen Urheberrechtsschranken und die gesetzliche Vergütung eingegangen. Zuletzt wird auch auf aktuelle Entwicklungen im IT-Urheberrecht und die Rechtsdurchsetzung gegenüber Cheat-Software thematisiert.

## II. Das Computerspiel als Werk

Computer- und Videospiele sind sog. komplexe Werke, weil die verschiedenen Elemente wie Story, Design, Sound und Code grundsätzlich eigenen Schutzregimen unterliegen.<sup>3</sup> Relevant ist die Differenzierung insbesondere mit Blick auf die Sonderregelungen für Computerprogramme nach der RL 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen. Dies betrifft zB die Anforderungen an die Schöpfungshöhe, die gem. § 69a Abs. 3 UrhG für Computerprogramme weitgehend unerheblich ist. Zudem liegen die Rechte für die wirtschaftliche Verwertung von Computerprogrammen meist beim Arbeitgeber (§ 69b

<sup>1</sup> Abrufbar unter: [www.game.de/deutscher-games-markt-stabilisiert-sich-auf-hohem-niveau/](http://www.game.de/deutscher-games-markt-stabilisiert-sich-auf-hohem-niveau/).

<sup>2</sup> RL (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL).

<sup>3</sup> Ausf. dazu Schmid, Games und Recht, S. 149–173 und Hoeren/Sieber/Holznaegel, HdB Multimediarecht/Hentsch, EL 58, Teil 22.

Abs. 1 UrhG). Privatkopien dürfen gem. § 53 Abs. 1 UrhG nur von Werken angefertigt werden, bei Computerprogrammen sind gem. § 69d Nr. 2 UrhG lediglich Sicherungskopien erlaubt.

Strittig war, ob bei Computerspielen die technischen und künstlerischen Anteile des Gesamtwerks getrennt zu behandeln sind (Trennungstheorie) oder das Computerspiel einheitlich nach dem Charakter des Gesamtwerks zu betrachten ist (Schwerpunkttheorie). Der EuGH hat im Nintendo-Urteil die Einordnungsfrage dahingehend beantwortet, dass er Computerspielen einen Schutz als „hybrides Werk“ zuerkannt hat.<sup>4</sup> Auch der BGH differenziert nach den Bestandteilen eines Computerspiels und benennt neben der das Spiel steuernden Software explizit die von ihm sog. Spieledaten, also Grafiken, Musik, Texte sowie „Filmsequenzen“ und „Modelle“. Diese Bestandteile könnten urheberrechtlich geschützt sein „oder an der Originalität des Gesamtwerks teilhaben und zusammen mit diesem Urheberrechtsschutz genießen“<sup>5</sup>. Computerspiele haben daher nach ganz hM sowohl als Gesamtwerk, als auch in Bezug auf die einzelnen Komponenten urheberrechtlichen Schutz.

Anknüpfungspunkt für einen urheberrechtlichen Schutz ist zunächst das Computerprogramm als Sprachwerk iSd § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG iVm §§ 69a ff. UrhG. Hierbei ist jeweils nur die konkrete Ausdrucksform eines Computerprogramms schutzfähig, wie der Quellcode und der Objektcode.<sup>6</sup> Das Computerprogramm ist dabei eine „ablauffähige Folge von Einzelanweisungen, die dazu dient, den Computer zur Ausführung einer bestimmten Funktion zu veranlassen“<sup>7</sup>, in diesem Fall also das interaktive Computerspiel. Allerdings ist eine Trennung von Computerprogramm (Code) und den Regeln für das Spiel bei Games eigentlich kaum möglich. Zudem steuern sog. Engines auf verschiedenen Ebenen das Spielgeschehen. Die Grafik-Engine steuert zB die Funktionen zum Laden, Verwalten und Anzeigen von Texten, Modellen und Graphiken (3D-Engine). Eine weitere Engine übernimmt die Spielmechanik und übersetzt die Befehle des Spielers in die Spielwelt. Und auch der Sound und die Level-Abspeicherung wird durch Engines gesteuert. Insoweit wird die audiovisuelle Darstellung durch die sie steuernde Software bestimmt.

Als Schriftwerk ist auch die zu Grunde liegende Handlung eines Spiels durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG geschützt. Ohne einen guten Plot ist ein großer Titel kaum vorstellbar. Meist entwickelt sich durch verschiedene Add-ons, Fortsetzungen und Begleitlektüre eine tiefe Spielwelt, die wie bei der Serie „Final Fantasy“<sup>8</sup> über viele Jahre fortentwickelt wird und die Spieler in ihren Bann zieht. Viele Games-Stories wurden bereits verfilmt<sup>9</sup> und angesichts der Verdichtung der konkreten Handlungsfäden mit bestimmten Figuren, Ereignissen, Schicksalen findet auch die Fabel-Rechtsprechung auf Computerspiele und ihre Charaktere wie Super Mario oder Lara Croft Anwendung.<sup>10</sup> Bei Sportsimulationen und Taktik-Shootern tritt die Story allerdings eher in den Hintergrund.

Neben der Story kommt aber auch ein Schutz der Einführungstexte, Dialoge bzw. deren Übersetzungen in Betracht. Hier gilt mit Blick auf die BGH-Rechtsprechung<sup>11</sup> die allgemeine Schöpfungshöhe. Rein generische Namensgebungen, Rüstungsbezeichnungen oder Dialoge bleiben wohl dahinter zurück. Aber zumindest längere Einführungen oder originelle Redewendungen sind regelmäßig geschützt. Gerade bei Texten, die Geschichte vorantreiben und Hintergründe erzählen und dazu liebevolle Details enthalten, um eine umfassende Spielwelt zu erschaffen, wird dies besonders deutlich. Übersetzungen können gem. § 3 UrhG ein neues Schriftwerk darstellen. Jedoch erfolgen die meisten Übersetzungen (Lokalisierungen) inzwischen KI-gestützt mit den entsprechenden urheberrechtlichen Herausforderungen.

Bildlich gestaltete Computeranimationen wie Figuren, Ausrüstung oder virtuelle Gebäude und Spielewelten sind als Werk der bildenden oder angewandten Kunst geschützt, sofern die Schöpfungshöhe gegeben ist und ein gewisser ästhetischer Gehalt vorliegt.<sup>12</sup> Insbesondere originelle Figuren wie Super Mario oder Lara Croft sind daher in ihrer konkreten Ausgestaltung ebenso wie Comicfiguren nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG geschützt.<sup>13</sup> Gerade beliebte Figuren oder auch Gegenstände wie die Waffen bei League of Legends werden auch außerhalb des Spiels nachgebildet, gerne auch durch Cosplayer.<sup>14</sup>

Wesentlicher Bestandteil eines jeden Computerspiels ist natürlich die Musik. Dazu zählt die meist eigens dafür komponierte und eingespielte Hintergrundmusik, die teilweise Kultstatus unter Fans besitzt. Die Musik ist jedenfalls gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG urheberrechtlich geschützt und angesichts der Bedeutung der Musik für die Atmosphäre und wegen des hohen Wiedererkennungswerts auch höchst relevant. Hinzu kommen die Rechte der ausübenden Künstler nach §§ 73 ff. UrhG, also der Sänger, Musiker oder sogar Orchester. Weil Musik idR auf einen Tonträger aufgenommen wird, steht dem Publisher meist auch ein Tonträgerherstellerecht nach § 87 UrhG zu.

Aber auch der Sound, also die Geräusche im Spiel und die gesprochenen Dialoge, sind schutzfähig. Zwar wird die Schöpfungshöhe idR nicht erreicht werden, aber die Investitionen in die Aufnahme von Geräuschen bzw. für die Bezahlung der Synchronsprecher rechtfertigt hier einen eigenen Schutz nach § 87 UrhG.

Neben den Einzelbestandteilen Story, Grafik und Sound können aber auch Filmsequenzen (Cutscenes) als Filmwerk gem. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG geschützt sein, so zB sehr eindrucksvoll bei StarCraft. Dabei entstehen möglicherweise auch bei den Filmurhebern wie Regisseuren, Kameraleuten und Cuttern Rechte und auch der Produzent (der Developer) erhält ein eigenes Recht als Filmhersteller nach § 94 UrhG.<sup>15</sup> Teilweise werden Filmsequenzen sogar mit echten Schauspielern gespielt, bei denen dann ebenfalls Rechte entstehen. Wenn die Schöpfungshöhe nicht gegeben sein sollte, greift für Filmanimationen idR zumindest der Laufbildschutz nach § 95 UrhG.

Games sind damit nicht nur ein hybrides Werk mit Software, sondern vermutlich das komplexeste urheberrechtlich geschützte Werk, das nahezu alle Gewerke des Urheberrechts beinhaltet.

### III. Lizenzierungspraxis und Urhebervertragsrecht

Gerade bei der Entwicklung von Computerspielen kommt es für Developer und Publisher von Computerspielen entscheidend darauf an, möglichst viele Rechte – die sog. IP – zur Auswertung

<sup>4</sup> EuGH MMR 2014, 401 Rn. 23 mAnm Oehler – Nintendo/PC Box.

<sup>5</sup> BGH MMR 2017, 171 mAnm Biehler/Apel – World of Warcraft I, unter Verweis auf EuGH MMR 2014, 401 mAnm Oehler – Nintendo/PC-Box, und BGH MMR 2013, 671 mAnm Roth – Videospiele-Konsolen I.

<sup>6</sup> Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, UrhG/Dreyer, 4. Aufl. 2018, § 2.

<sup>7</sup> Lesshaft/Ulmer CR 1993, 608.

<sup>8</sup> Die „Hauptserie“ besteht (1987 bis 2020) aus bislang 15 Titeln.

<sup>9</sup> Zuletzt der Super Mario Bros. Film, der 2023 innerhalb weniger Tage mehr als 1 Mrd. EUR in den Kinos einspielte; auch Spieleserien wie The Last of Us, Warcraft, Assassins Creed, Tomb Raider oder Resident Evil wurden sehr erfolgreich verfilmt.

<sup>10</sup> BGH GRUR 1999, 984 (987) – Laras Tochter; OLG München NJW-RR 2000, 268 (269) – Das doppelte Lottchen.

<sup>11</sup> BGH MMR 2014, 333 mAnm Hoeren – Geburtstagszug.

<sup>12</sup> Vgl. LG Köln MMR 2008, 556 mAnm Psczolla – Der virtuelle Kölner Dom.

<sup>13</sup> Vgl. BGH GRUR 1994, 206 – Alcolix.

<sup>14</sup> Vgl. insb. BGH GRUR 2014, 258 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm.

<sup>15</sup> Der BGH versteht den Schutz für Filmwerke weit, vgl. BGH MMR 2013, 185 mAnm Hoeren – Alone in the Dark.

zu halten. Hier ist die Work-made-for-hire-Doktrin in angelsächsisch geprägten Rechtsordnungen ein klarer Vorteil gegenüber den kontinentaleuropäischen Urheberrechtsordnungen. In Deutschland sieht das Urhebervertragsrecht hohe Standards zum Schutz der Urheberinnen und Urheber vor. Durch die Harmonisierung der urhebervertraglichen Regelungen durch die DSM-RL wurden die deutschen Standards quasi als Blueprint auf alle EU-Mitgliedstaaten ausgeweitet. Insoweit sind Urheber im deutschen Recht im Vergleich zu den anderen europäischen Rechtsordnungen nicht mehr exklusiv besser bzw. schlechter gestellt. Aus deutscher Sicht mag die DSM-RL daher auch als hilfreiche Harmonisierung und als Schaffung eines Level Playing Fields gesehen werden. Aus internationaler Sicht wird dies aber wohl eher als Schwächung des europäischen Standorts im globalen Wettbewerb bewertet.<sup>16</sup> Die konkreten Änderungen und Auswirkungen der DSM-RL im Urhebervertragsrecht erläutern Martin Soppe und Cordula Zimmer mit ihrem Beitrag in dieser Beilage.

Um das Ziel einer möglichst uneingeschränkten Rechteeauswertung an allen Werkbestandteilen zu erreichen, werden idR die meisten Kreativen festangestellt, sodass im angelsächsischen Recht die Work-made-for-hire-Doktrin greifen kann und in Deutschland zumindest § 43 UrhG gilt. Anders als zB in der Filmbranche sind die Kreativen oft auch über viele Jahre festangestellt, weil sie nicht nur für die Erstellung des Spiels eingesetzt werden, sondern auch für die Weiterentwicklung oder weitere Projekte. Da erfolgreiche Spieleserien oft über Jahrzehnte entwickelt werden, ist es nicht untypisch, dass ein Designer über viele Jahre für einen Arbeitgeber tätig ist. Angesichts der erforderlichen spezifischen Kenntnisse für die Games-Entwicklung und da ein großer Fachkräftebedarf besteht, werden Kreative gerade nicht auf Produktionsdauer und damit prekär beschäftigt, sondern sie können sich vielfach auch ihre Projekte raussuchen und bleiben dann bewusst nur für dieses Projekt bei einem Games-Unternehmen. Dies zeigt, dass Verwerter und Urheber sich auf Augenhöhe begegnen und viele Regelungen des Urhebervertragsrechts, die von einem Ungleichgewicht ausgehen, daher nicht auf die Games-Branche passen.<sup>17</sup>

Im Publishing-Vertrag zwischen einem Publisher und einem Developer werden neben dem Herstellerrecht des Developers aus § 94 UrhG idR vor allem Zweitverwertungsrechte an den Werken der Urheber eingeräumt. Die Erstverwertung und damit auch die Anwendung der urhebervertraglichen Regelungen findet zwischen dem Developer und seinen Entwicklern statt. Je

weniger Rechte ein Entwickler einräumen kann, desto schwieriger ist auch seine Position in den Vertragsverhandlungen mit internationalen Publishern, die Spiele fast immer weltweit vertreiben wollen und dafür die nötige Rechtssicherheit brauchen. In Deutschland sind die meisten Games-Produktionen von kleineren Teams erstellt worden, sodass hier die Urheber durchaus identifizierbar sind. Bei internationalen Entwicklungen von AAA-Titeln mit einem 100 Mio. EUR umfassenden Investitionsvolumen arbeiten hingegen oft tausende Mitarbeiter an einem Werk. Hinsichtlich des Gesamtwerks fehlt es bei den meisten Mitarbeitern auf Grund der kollaborativen und agilen Arbeitsweise wohl an einer schöpferischen Zusammenarbeit, sodass die meisten Kreativen keine Urheber bzw. Miturheber an dem Werk sind. Vergleichbar mit den Filmurhebern ist lediglich der Lead-Designer, der jedenfalls als Urheber angesehen werden kann. Bei vorbestehenden Werken wie Musik, Story oder Charakteren kann die Urheberschaft klar zugeordnet werden und sofern sich keine Berichtspflicht aus dem Lizenzvertrag ergibt, können die neu geschaffenen Transparenzpflichten hier greifen. Für Programmierer finden die meisten urhebervertragsrechtlichen Regelungen wegen der Software-Richtlinie als *lex specialis* keine Anwendung. Bislang ist festzustellen, dass es im Urhebervertragsrecht noch keine gerichtliche Entscheidung zu Games gibt. Das könnte sich durch die EU-weite Harmonisierung in Ländern mit deutlich mehr Games-Entwicklern ändern, vor allem weil die Regelungen nun europaweit einheitlich angewendet werden müssen.

Bei sog. vorbestehenden Werken wie Musik sind Publisher sehr zurückhaltend. So werden in der Praxis idR keine Verträge mit Kreativen geschlossen, die bei der GEMA oder einer anderen Verwertungsgesellschaft Berechtigte (§ 6 VGG) sind. Insbesondere bei Musik wird branchenüblich auf GEMA-freie Musik zurückgegriffen, um insbesondere eine konkurrierende Erstverwertung auszuschließen. Faktisch wird damit im Bereich Computerspielmusik<sup>18</sup> die GEMA-Vermutung nach §§ 48, 49 VGG erschüttert.

## IV. Urheberrechtsschranken und gesetzliche Vergütung

Games können sich für die Nutzung vorbestehender Werke als Nutzer auf die Urheberrechtsschranken berufen.<sup>19</sup> Gerade bei realitätsgetreuen Open-World-Spielen oder bei Simulationen wie dem Omnibus-Simulator sind die gesetzlichen Erlaubnisse wichtig.<sup>20</sup> Für Games greifen in diesen Fällen insbesondere die Ausnahmen für Zitate (§ 51 UrhG), Beiwerk (§ 57 UrhG) und auch die neue Pastiche-Schranke (§ 51a UrhG). Die neuen Schranken erläutert Christian Rauda in seinem Beitrag.

Andererseits werden aber auch Games inzwischen massenhaft und im wachsenden Maße durch Vervielfältigungen nach § 16 UrhG genutzt, die nicht von einer Lizenz gedeckt sind. Das Vervielfältigungsrecht ist außerordentlich weit definiert und umfasst praktisch jede Vervielfältigung – gleichgültig mit welcher Technik, auch bei Umsetzung in eine andere Form. Dazu zählen insbesondere auch Let's Plays, Walkthroughs, Highlights, Role Plays, Shadow Play, Mitschnitte für den Support, Screenshots und auch Aufnahmen von eSport-Übertragungen auf Plattformen und im Fernsehen. Auch umgestaltende Vervielfältigungen und bearbeitende Vervielfältigungen, also Vervielfältigungen des Werks in veränderter Form, die aber für sich schutzfähige Elemente noch hinreichend erkennen lassen, fallen regelmäßig darunter.

Bislang haben fast alle Games-Publisher die Nutzung ihrer urheberrechtlich geschützten Werke und Leistungen durch „Lizenzen“, Gestattungen oder Duldungen in sog. Guidelines erlaubt.<sup>21</sup> Dahinter steht natürlich der Gedanke, dass solche Bilder

<sup>16</sup> Vgl. dazu die Stellungnahme des game – Verband der deutschen Games-Branche im Gesetzgebungsprozess zur Umsetzung der DSM-RL S. 20 ff., abrufbar unter: [www.game.de/wp-content/uploads/2020/11/2020-11-06-game-Entwurf-Stellungnahme-RefE-Umsetzung-DSM-RL.pdf](http://www.game.de/wp-content/uploads/2020/11/2020-11-06-game-Entwurf-Stellungnahme-RefE-Umsetzung-DSM-RL.pdf).

<sup>17</sup> Vgl. dazu die Stellungnahme des game – Verband der deutschen Games-Branche v. 8.3.2023 zum Entwurf eines Gesetzes sowie einer Verordnung zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung mit Branchenumfragen zum Fachkräftebedarf und den Gehaltsschellen, abrufbar unter: [www.game.de/positionen/stellungnahme-zum-entwurf-eines-gesetzes-sowie-einer-verordnung-zur-weiterentwicklung-der-fachkraefteeinwanderung/](http://www.game.de/positionen/stellungnahme-zum-entwurf-eines-gesetzes-sowie-einer-verordnung-zur-weiterentwicklung-der-fachkraefteeinwanderung/).

<sup>18</sup> Ausf. zu den rechtlichen Besonderheiten bei Computerspielmusik Berger/Wündisch, *UrhVertrR-HdB/Oehler/Wündisch*, § 34 Computerspiele und Multimediale Werke, Rn. 64–68.

<sup>19</sup> Schmid/Düwel MMR 2020, 155.

<sup>20</sup> Hier geht es häufig nicht nur um Urheberrecht, sondern auch um Markenrechte, vgl. BGH Urt. v. 12.1.2023 – I ZR 86/22 und zuvor BGH GRUR 2010, 726 – Opel Blitz II.

<sup>21</sup> Gestattung von Nintendo, abrufbar unter: [https://www.nintendo.co.jp/networkservice\\_guideline/de/index.html](https://www.nintendo.co.jp/networkservice_guideline/de/index.html); Duldung durch EA, abrufbar unter: <https://www.ea.com/de-de/service/youtube-duldungserklaerung>; „Lizenz“ von Microsoft, abrufbar unter: <https://www.xbox.com/de-de/developers/rules>; ein Lizenzverzeichnis findet sich unter: <https://www.game.de/themen/lizenzverzeichnis-fuer-lets-plays/>.

und Videos die Bekanntheit ihrer Spiele steigern und dies eine kostenlose und reichweitenstarke Werbung darstellt. Damit dieser Werbecharakter erreicht wird, werden diese Nutzungen idR unter Vorbehalte gestellt. Teilweise wird dadurch die gewerbliche Nutzung oder eine Nutzung im Umfeld von Pornografie, Hasskriminalität, Diskriminierung oder Gewaltverherrlichung untersagt. Werbeeinnahmen durch YouTube- oder Twitch-Videos werden teilweise explizit genehmigt. Marken, Logos und Musik dürfen meist nicht genutzt werden. Zudem kann die Erlaubnis jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufen oder aktualisiert werden. Mit diesen Regelungen war bislang auf untergesetzlicher Ebene das mit Art. 17 DSM-RL adressierte Problem der vielfach illegalen Nutzungen von Filmen und Musik auf Social-Media-Plattformen für die Games-Branche seit vielen Jahren nachhaltig und zur Zufriedenheit aller Beteiligten gelöst. Durch § 6 UrhDaG werden die Guidelines, sofern es sich um explizite Erlaubnisse<sup>22</sup> handelt, auf die Nutzer erstreckt, sodass eine Lizenzierung gem. § 4 UrhDaG durch die Plattformen in diesen Fällen nicht erforderlich ist. Die Rechtsdurchsetzung bei Games nach dem UrhDaG besprechen Jonathan Pukas und Julian Waiblinger in ihrem Beitrag.

Auch wenn das UrhDaG die Games-Auswertung kaum einschränkt, ist der Trend zur Ausweitung der Schranken und zur kollektiven Rechtswahrnehmung mit den letzten Gesetzesänderungen im Urheberrecht deutlich erkennbar. Dies führte in letzter Zeit zu einem Umdenken bei Developern und Publishern. Denn bisher haben Games-Unternehmen eine Kollektivierung ihrer Rechte rundheraus abgelehnt und konsequenterweise auch keine gesetzlichen Vergütungsansprüche, zB für die gesetzlich erlaubten Privatkopien von Games<sup>23</sup>, geltend gemacht. Angesichts der vielen neuen Schranken und auch der neuen Regelungen zu verwaisten und vergriffenen Werken, die Kai Bodsiek in seinem Beitrag vorstellt, haben die deutschen Games-Unternehmen beschlossen, dass der Branchenverband game eine eigene Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung der Privatkopievergütung für die Herstellerrechte nach § 94 UrhG gründen soll.

## V. IT-Urheberrecht für Games und Rechtsdurchsetzung

Bei der Rechtsdurchsetzung haben die neuen Geschäftsmodelle und Vertriebswege der Games-Branche auch die Herausforderungen und die Ansatzmöglichkeiten in der Pirateriebekämpfung verändert.<sup>24</sup> Beim klassischen Verkauf von Computerspielen auf Datenträgern oder als Download greift in den meisten Fällen wegen der Account-Bindung der technische Kopierschutz. Strukturell urheberrechtsverletzende Webseiten sind vor allem für Konsolen ein Piraterieproblem, weil dort auch Umgehungssoftware zum Download angeboten wird. Besonderes Augenmerk gilt hier den Seitensperrverfahren, die auch von Games-Unternehmen beantragt worden sind.<sup>25</sup> Weitere Herausforderungen gibt es bei Free-to-Play-Games und Abonnements mit illegalem Handel, Bots und Piratenservern. Für die meisten Ansätze ist mittlerweile das Zivilrecht das Mittel der Wahl. Das Strafrecht ist mit Blick auf Piraten-Server erfolgversprechend, verliert in der Tendenz für die Games-Branche allerdings zunehmend seine Bedeutung für die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen.

Die technischen Kopierschutzmaßnahmen schützen die Hersteller von Games inzwischen recht wirksam gegen unberechtigte Kopien ihrer Werke. Im Vergleich zu den ersten Schutzprogrammen sind die heutigen Verschlüsselungstechnologien inzwischen so ausgeklügelt, dass die Entschlüsselung – das „Cracken“ – nur noch von Profis vorgenommen werden kann und daher die Kompromittierung eines Spiels immer länger dauert,

wodurch zumindest die für die Refinanzierung so wichtige erste Auswertungsphase abgedeckt wird. Hinzu kommen Anwendungsschutzmethoden wie Passwortabfragen, Seriennummern, Dongles und hardwarebasierte Lizenzen und Regionalcodes sowohl für Datenträger als auch durch Aktivierungscodes für Downloads. Dies führt dazu, dass die illegale Nutzung von Computerspielen erheblich zurückgegangen ist. Dazu tragen auch die nutzerfreundlichen Angebote in geschlossenen Systemen – sei es Konsole oder Smartphone – bei. Legal erworbene Inhalte sind mittlerweile auf allen Geräten nutzbar und einfach zu administrieren, während gecrackte Spiele mit einem gewissen IT-Sachverstand erst mühsam erstellt oder illegal erworben werden müssen und viele Einschränkungen das Spielerlebnis schmälern. Insofern ist der technische Urheberrechtsschutz immer erfolgversprechender und noch dazu weltweit einsetzbar. Hier hat sich also der Schwerpunkt von der strafrechtlichen Rechtsverfolgung gegen Brenner- und Cracker-Kollektive<sup>26</sup> verschoben hin zu einem offensiven Kopierschutz und nutzerfreundlichen Angeboten.

Mit der schwindenden Bedeutung der Rechtsdurchsetzung gegenüber „Raubkopien“ fokussiert sich die Rechtsdurchsetzung aber auf ein anderes Thema: toxisches Spielverhalten (Toxicity). Hierzu gehören zB die sog. Bots, mit denen sich Spieler Vorteile in Multiplayer-Spielen verschaffen können, zB durch einen Aim Bot, mit dem in einem Shooter immer getroffen wird. Dies sorgt für Verzerrungen im Wettbewerb und damit zu Frusterlebnissen bei anderen Spielern. Sofern dies gehäuft auftritt und sich herumspricht, kann eine solche Toxizität zu einem Massen-Exodus an Spielern führen, die letztendlich nicht nur die Refinanzierung dieses konkreten Spiels gefährdet, sondern auch eine Marke dauerhaft beschädigt. Deswegen gibt es in den letzten Jahren vermehrt Klagen gegen die Anbieter solcher Bots und anderer Betrugssoftware (Cheats). Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>27</sup> gibt es über das Vertragsrecht, das Urheberrecht, das Markenrecht und das UWG zahlreiche Möglichkeiten, zivilrechtlich gegen unerlaubte Bots und auch den Vertrieb solcher Bots vorzugehen.<sup>28</sup> Streitig ist derzeit, ob eine Software, die bereits bestehende Features in einem Spiel freischaltet (einen Turbo in einem Rennspiel) eine Umarbeitung nach § 69c Nr. 2 UrhG und damit eine Urheberrechtsverletzung darstellt. Der BGH hat diese Frage am 23.2.2023 dem EuGH vorgelegt.<sup>29</sup> Diese Vorlagefrage zum IT-Urheberrecht hat auch Relevanz für Geschäftsmodelle in anderen Branchen, wie den Ad-Blockern bei Presseerzeugnissen oder bei bereits verbauten Sitzheizungen in Automobilen, die mittels Software freigeschaltet werden können. In allen Fällen geht es nicht darum, die Nutzer zu verklagen, sondern die Anbieter an der Verbreitung solcher Cheat-Software zu hindern.

## VI. Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass das Urheberrecht auf Games uneingeschränkt so wie auf alle anderen Kreativbran-

<sup>22</sup> Also nur Lizenzen und Gestattungen, nicht bei Duldungen. Duldungen werden oft genutzt, wenn insb. bei Franchise nicht gesichert ist, dass der Publisher die Rechte einräumen kann.

<sup>23</sup> Ausf. hierzu Hentsch MMR 2023, 28–32.

<sup>24</sup> Einen Überblick über Herausforderungen und neue Wege der Rechtsdurchsetzungen für Games gibt Hentsch MMR-Beil. 8/2019, 3–7.

<sup>25</sup> Der Branchenverband game ist Gründungsmitglied der Clearingstelle CUII zur Sperrung strukturell urheberrechtsverletzender Seiten; vgl. dazu Nordmann/Steinbrecher MMR 2021, 189 f. und Müller/Nordemann ZUM 2021, 507–518.

<sup>26</sup> Im September 2020 wurden die zwei Anführer einer der größten Videospiele-Piratengruppen der Welt, Team Xecuter, in den USA verhaftet, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/opa/pr/two-members-notorious-videogame-piracy-group-team-xecuter-custody>.

<sup>27</sup> BGH MMR 2017, 171 mAnm Biehler/Apel – World of Warcraft I.

<sup>28</sup> Ausf. zu Cheatbots in Computerspielen Rauda MMR Beil. 8/2019, 20–23.

<sup>29</sup> EuGH MMR 2023, 355 – Action Replay.

chen Anwendung findet. Als hybrides Werk an der Schnittstelle zum Software-Urheberrecht ist es jedoch das komplexeste Werk, das nahezu jedes „Gewerk“ im Urheberrecht umfasst und bei dem eben auch immer die Besonderheiten der §§ 69a ff. UrhG mitzudenken sind. Das Urhebervertragsrecht gilt wegen der Territorialität und insbesondere wegen § 32b UrhG zwingend, passt aber wegen der Internationalität der Produktion und der Auswertung sowie den meist langjährigen und überwiegend gutbezahlten Festanstellungen nur bedingt, weswegen hier meist andere Lösungen verfolgt werden. Das UrhDaG geht an den Geschäftsmodellen der Games-Branche wegen der schon vorher gelebten Praxis der weitreichenden Erlaubnisse weitgehend vorbei. Ein Kollateralschaden der Urheberrechtsreform ist jedoch der Einstieg der Games-Branche in das System der Kollektiven Rechtewahrnehmung. Bei der Rechtsdurchsetzung gibt es ein besonderes Interesse der Publisher an einem nichttoxischen Spielerlebnis ohne Cheating, weswegen die Zielrichtung von Anti-Piracy-Maßnahmen häufig eine etwas anders gelagerte ist, die Herausforderungen jedoch die gleichen wie bei anderen Content-Industrien sind. Dies macht einmal mehr deutlich, dass Games im Urheberrecht ein Spezialbereich sind und es deswegen auch spezialisierte Games-Juristen braucht.

## Schnell gelesen ...

- Games sind als hybrides Werk mit Software das komplexeste urheberrechtlich geschützte Werk, das nahezu alle Gewerke des Urheberrechts beinhaltet.
- Urheber sind im Games-Bereich überwiegend festangestellt, vorbestehende Werke werden – insbesondere im Bereich Musik – möglichst nicht genutzt.
- Eine kollektive Rechtelizenzierung findet bei Games nicht statt, allerdings sollen – auch auf Grund der DSM-RL – demnächst gesetzliche Vergütungsansprüche geltend gemacht werden.
- Auf Grund innovativer Geschäftsmodelle und einem umfassenden technischen Kopierschutz ist Piraterie ein vergleichsweise kleines Problem, stattdessen wird vor allem gegen die Anbieter von Cheat-Software vorgegangen.



Professor Dr. Christian-Henner Hentsch, M.A., LL.M., ist Rechtsanwalt, Leiter Recht und Regulierung beim game – Verband der Deutschen Games-Branche e.V., Geschäftsführer der VHG – Verwertungsgesellschaft für die Hersteller von Games mbH sowie Professor für Urheber- und Medienrecht an der TH Köln und Mitherausgeber der MMR.

CHRISTIAN RAUDA

# Spin-Offs, Remakes, Prequels und Sequels in Computerspielen

Neue rechtliche Bewertung vor dem Hintergrund von § 51a UrhG

Schrankenregelung

Computerspiele nehmen einen immer größeren gesellschaftlichen Raum ein. Gleichzeitig stellt die Übernahme von Werkteilen aus fremden Spielen für eigene Spiele eine weit verbreitete Übung dar. Zur Übernahme fremder Inhalte, zB der „Fabel“ eines Spiels, kommt es auch bei Spin-Offs, Remakes, Prequels oder Sequels. Hierbei wird der Abstand nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG zum Ursprungswerk oft nicht eingehalten. Dies hat zur Folge, dass die am 7.6.2021 in Kraft getretene Schrankenregelung des § 51a UrhG (Parodie, Karikatur, Pastiche) relevant wird. Insbe-

sondere der Begriff des „Pastiche“ ist ein Mysterium, er hat aber eine erhebliche praktische Bedeutung. Denn letztlich wird jeder, dessen fremde Inhalte übernehmendes Werk keine humoristische oder verspottende Komponente enthält, sich darauf berufen, dass es sich um eine „Hommage“ handele, die als Pastiche erlaubt sei. Jedoch kann bei Prequels, Sequels, Remakes und Spin-Offs idR von einem Pastiche nicht die Rede sein, weil die Interessenabwägung typischerweise zu Gunsten des Rechteinhabers des Ursprungswerks ausgeht. **Lesedauer: 20 Minuten**

## I. Einleitung

Die Entwicklung von Computerspielen ist ein kreativer Prozess, in dem mehrere Werkarten verbunden werden, am prominentesten etwa Werke der bildenden Kunst (Grafiken), Schriftwerke (Texte, Dialoge) und Musikwerke (untermalende Musik). Als Kulturgüter nehmen Computerspiele oft Strömungen auf und referenzieren direkt oder indirekt auf ältere Werke.

In einigen Spielen kann man sogar andere, ältere Spiele spielen. Ein Beispiel hierfür ist das Adventure „Caren and the Tangled Tentacle“<sup>1</sup>, in dem die Spielfigur Caren mitten im Wohnzimmer eine Atari VCS Spielkonsole stehen hat, auf der das klassische Spiel „Pong“<sup>2</sup> läuft.<sup>3</sup> Es gibt einige weitere Spiele, die Spiele enthalten, die Rechte für beide Spiele liegen dabei allerdings in der gleichen Hand: In dem Adventure „Day of the Tentacle“<sup>4</sup> existiert ein Computer, auf dem man den Vorgänger des Spiels, nämlich „Maniac Mansion“<sup>5</sup>, in einer Vollversion und Full-Screen spielen kann. In dem Spiel „Legend of the Mystical Ninja“<sup>6</sup> kann man den ebenfalls von Konami vertriebenen Shooter „Gradius“<sup>7</sup> spielen.

## II. Spin-Offs, Remakes, Prequels und Sequels

Zu Übernahmen älterer Inhalte kommt es auch bei Spin-Offs, Remakes, Prequels oder Sequels eines Spiels. Bei einem Spin-Off handelt es sich um ein neues Werk mit neuer Handlung, in deren Rahmen eine Nebenfigur des Ursprungswerks zur Hauptfigur

<sup>1</sup> Entwickler: Prior Art, 2015.

<sup>2</sup> Entwickler: Atari, 1972.

<sup>3</sup> Ausführlicher hierzu Höltgen, Computerspiele (Computer(Spiele)) – Referenzen, Zitate und Rekursionen des Computers als Spiel, 2017, abrufbar unter: <https://www.paidia.de/computerspiele-computerspiele-referenzen-zitate-und-rekursionen-des-computers-als-spiel/>.

<sup>4</sup> Entwickler: Lucasfilm Games, 1993.

<sup>5</sup> Entwickler: Lucasfilm Games, 1987.

<sup>6</sup> Entwickler: Konami, 1991.

<sup>7</sup> Entwickler: Konami, 1985.

wird.<sup>8</sup> Ein Beispiel für ein Spin-Off aus einem Computerspiel ist „Chicago Syndicate“<sup>9</sup>, dessen Hauptfigur Larcen Tyler aus dem Spiel „Eternal Champions“<sup>10</sup> stammt. Ein Remake enthält im Großen und Ganzen den gleichen Inhalt wie das Ursprungswerk, aber (idR) mit zeitgemäßer Ästhetik, also etwa mit verbesserter Grafik und besserem Sound. Beispiele für Remakes sind AGD Interactives Neufassungen von Sierras „King’s Quest“-Reihe (etwa „King’s Quest I: Quest for the Crown“<sup>11</sup>, „King’s Quest II: Romancing the Stones“<sup>12</sup>) sowie Grezzos Neufassung des Klassikers „The Legend of Zelda: Link’s Awakening“<sup>13</sup>. Unter einem Sequel versteht man die Fortsetzung eines vorbestehenden Werks unter Übernahme von Figuren, Stilelementen und Inhalten. Ein Prequel ist die dem Werk vorangehende Geschichte.<sup>14</sup>

Unproblematisch ist die Lage, wenn der Rechteinhaber des Ursprungsspiels auch der Rechtegeber für die Neuentwicklung ist. Urheberrechtlich spannender ist es, wenn sich Spieleentwickler an Werken bedienen, an denen sie keine Rechte haben. Der BGH hat (unter dem alten Urheberrecht) die Verfilmung eines Spin-Offs des Filmklassikers „Dr. Schivago“ unter dem Titel „Laras Tochter“ untersagt.<sup>15</sup>

IRv Computerspielen sind es oft Fanprojekte, die auf Basis bekannter Titel neue Entwicklungen veröffentlichen:

■ Das Gameboy-Spiel „Metroid II: Return of Samus“<sup>16</sup> wurde durch ein Entwicklerteam um Milton Guasti als PC-Spiel mit dem Namen „AM2R (Another Meteroid 2 Remake)“<sup>17</sup> neu aufgelegt. In diesem Rahmen wurde das Spiel coloriert und für den größeren Bildschirm eines PCs im Verhältnis zum Gameboy angepasst. Nintendo ging rechtlich gegen „AM2R“ vor.<sup>18</sup>

■ Das Spiel „Mushroom Kingdom Fusion“ ist ein Spiel, in dem diverse Figuren aus ganz unterschiedlichen Spielen auftreten, jede in einem eigenen Level, darunter Mario, Sonic, Mega Man, Wario, Simon Belmont und Arthur.<sup>19</sup>

■ „DoomRL (Doom, the RogueLike)“<sup>20</sup> basiert auf dem Shooter-Klassiker „Doom“<sup>21</sup>. Nachdem Zenimax eine Kennzeichenrechtsverletzung geltend gemacht hat, wurde das Spiel in DRL umbenannt.<sup>22</sup>

■ „Duke Nukem 3D: Reloaded“ wurde von Fans des Klassikers „Duke Nukem 3D“<sup>23</sup> entwickelt.

■ Fans der Adventure-Serie „King’s Quest“ entwickelten eine weitere Folge unter dem Titel „King’s Quest IX: The Silver Lining“<sup>24</sup>. Die Geschichte der „King’s Quest“-Serie wird weitergesponnen, es treten Figuren aus vorhergehenden Folgen auf.<sup>25</sup> Im Rahmen eines Vergleichs wurde wohl vereinbart, dass das Spiel ohne „King’s Quest“ im Titel vertrieben werden darf.<sup>26</sup>

■ Das Spiel „Chrono Trigger: Resurrection“ ist ein Fanprojekt, das eine Weiterentwicklung des Spiels „Chrono Trigger“<sup>27</sup> darstellt. Das Spiel wurde nie vertrieben, da Square Enix 2004 als Rechteinhaber an der Property „Chrono Trigger“ Unterlassungsansprüche geltend gemacht hatte, die dem Vernehmen nach auf Verletzung von Urheberrecht und Markenrecht gestützt worden waren.<sup>28</sup>

■ Angeregt durch Capcoms Jump’n’Run-Spiel „Mega Man“<sup>29</sup> entwickelte ein Fan das Fanspiel „Mega Man 2.5D“. Capcom duldet das Spiel und verwies sogar auf seiner Internetseite darauf.<sup>30</sup>

### III. Rechtliche Einordnung

Während vor der Urheberrechtsreform eine Differenzierung zwischen unfreier Bearbeitung (§ 23 UrhG aF) und freier Benutzung erfolgte (§ 24 UrhG aF) und eine Verletzung nur bei ausreichendem äußeren oder inneren Abstand zum vorbestehenden Werk ausgeschlossen war, muss nun zwischen Bearbeitung und Umgestaltung (§ 23 UrhG) und Parodie, Karikatur, Pastiche (§ 51a UrhG) unterschieden werden. Es bleibt beim Grundsatz, dass Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen eines Werks nur mit Zustimmung des Urhebers veröffentlicht oder verwertet

werden dürfen (§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG), es sei denn, das neu geschaffene Werk wahrt einen hinreichenden Abstand zum benutzten Werk (§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG).<sup>31</sup> Ein hinreichender Abstand ist gegeben, wenn die Veränderung der benutzten Vorlage so weitreichend ist, „dass die Nachbildung über eine eigene schöpferische Ausdruckskraft verfügt und die entlehnten eigenpersönlichen Züge des Originals angesichts der Eigenart der Nachbildung verblassen“<sup>32</sup>. Dann liegt nämlich „keine Bearbeitung oder andere Umgestaltung iSd § 23 S. 1 UrhG aF/§ 23 Abs. 1 S. 1 UrhG nF und erst recht keine Vervielfältigung iSd § 16 UrhG, sondern ein selbstständiges Werk vor, das in freier Benutzung des Werks eines anderen geschaffen worden ist und das nach § 24 Abs. 1 UrhG aF/§ 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nF ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werks veröffentlicht und verwertet werden darf“<sup>33</sup>. Der BGH wendet damit die „Verblässensformel“<sup>34</sup> auch nach dem neuen Urheberrecht an, jedenfalls in Form der „fehlenden Wiedererkennbarkeit“<sup>35</sup>. Erst wenn festgestellt wurde, dass eine Nutzung keinen hinreichenden Abstand aufweist, wird im nächsten Schritt geprüft, ob eine Privilegierung auf Grund der Schranke von § 51a UrhG (Parodie, Karikatur, Pastiche) in Betracht kommt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei Eingreifen von § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nF die Vorschrift des § 51a UrhG nicht mehr zu prüfen ist.<sup>36</sup> Bei der Prüfung des Abstands spielt der Grad der Individualität eine erhebliche Rolle.<sup>37</sup> Je höher dieser ausfällt, umso weiter muss sich das neue Werk vom alten entfernen, um ein Verblässen des älteren

**8** Becker/Schwarz, Der Options- und Verfilmungsvertrag/Schwarz, 1999, S. 201, 204, 208.

**9** Entwickler: Sega, 1995.

**10** Entwickler: Sega Interactive Development Division, 1983.

**11** Entwickler: AGD Interactive, 2001/2009.

**12** Entwickler: AGD Interactive, 2002.

**13** Entwickler: Nintendo 1993. Entwickler Remake: Grezzo, 2019.

**14** ZB der Film „Starwars – Episode I“ aus dem Jahr 1999, der die Vorgeschichte der „Starwars“-Filme (produziert 1977-1983) erzählt. Ein Beispiel aus der Welt der Computerspiele ist „Resident Evil Zero“ (Entwickler: Capcom 2022), ein Prequel zu „Resident Evil“ (Entwickler: Capcom 1996).

**15** BGH Ur. v. 29.4.1999 – I ZR 65/96 = MMR 1999, 624 (Ls.) – Laras Tochter.

**16** Entwickler: Nintendo, 1991.

**17** Entwickler: Milton Guasti, 2016.

**18** Patrick, 10 Mind-Blowing Fan Video Games You Should Play, 2020, abrufbar unter: <https://gameranx.com/features/id/162351/article/10-mind-blowing-fan-video-games-you-should-play/>.

**19** Entwickler: Diverse, u.a. JudgeSpear, 2008, Spielbeschreibung unter <https://fus.ion-fangaming.it.ch.io/mushroom-kingdom-fusion>.

**20** Entwickler: ChaosForge, 2002.

**21** Entwickler: id Software, 1993.

**22** Abrufbar unter: [https://en.wikipedia.org/wiki/DRL\\_\(video\\_game\)](https://en.wikipedia.org/wiki/DRL_(video_game)).

**23** Entwickler: 3D Realms, 1996.

**24** Entwickler: Phoenix Online Studios, 2010.

**25** King Graham kämpft gegen einen bösen Fluch, der seinen Kindern Alexander und Rosella auferlegt wurde. Die letzte offizielle Folge der „King’s Quest“-Serie wurde von Sierra Studios 1998 produziert unter dem Titel „King’s Quest VIII: The Mask of Eternity“.

**26** Abrufbar unter: <https://web.archive.org/web/20051212060506/http://pc.ign.com/articles/674/674825p1.html>

**27** Entwickler: Square, 1995.

**28** Abrufbar unter: <http://www.chillingeffects.org/derivative/notice.cgi?NoticeID=1416>.

**29** Entwickler: Peter Sjostrand, 1987.

**30** Abrufbar unter: [http://www.capcom-unity.com/s-kill/blog/2009/03/19/fan\\_sends\\_mega\\_man\\_into\\_the\\_25th\\_dimension](http://www.capcom-unity.com/s-kill/blog/2009/03/19/fan_sends_mega_man_into_the_25th_dimension); [http://www.capcom-unity.com/snow\\_infernus/blog/2009/05/29/fan\\_made\\_mega\\_man\\_25d\\_gets\\_cooler](http://www.capcom-unity.com/snow_infernus/blog/2009/05/29/fan_made_mega_man_25d_gets_cooler).

**31** Zu den Kriterien der Abgrenzung zwischen § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG und § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG s. Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 23 Rn. 34 ff.

**32** BGH Ur. v. 7.4.2022 – I ZR 222/20 Rn. 56 – Porsche 911.

**33** BGH Ur. v. 7.4.2022 – I ZR 222/20 Rn. 56 – Porsche 911 mit Hinweis auf BGH Ur. v. 16.5.2013 – I ZR 28/12 Rn. 36 f. – Beuys-Aktion.

**34** S. dazu Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, Einl. Rn. 16.

**35** BGH Ur. v. 7.4.2022 – I ZR 222/20 Rn. 47 – Porsche 911.

**36** Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 23 Rn. 42 schreibt, dass die Prüfung des hinreichenden Abstands der Frage nach dem Eingreifen von § 51a vorgelagert ist. Haberstumpf ZUM 2022, 795 (806) meint dagegen, § 51a gehe als speziellere Norm vor.

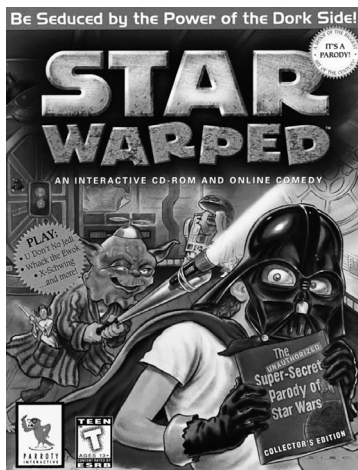
**37** Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 23 Rn. 39.

Werks zu bejahen.<sup>38</sup> Viele Übernahmen urheberrechtlich geschützter Teile vorbestehender Werke halten den Abstand nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht ein, sodass § 51a UrhG relevant wird. Dies liegt daran, dass bei Remakes häufig die urheberrechtlich geschützte, sog. „Fabel“, also die Handlung in Zusammenhang mit den Figuren, übernommen wird. Schließlich wird das gleiche Spiel, nur eben mit anderer Ästhetik produziert. Ein Fabelschutz liegt umso näher, je narrativer das Spiel ausgestaltet ist. Auch Spin-Offs, Prequels und Sequels bergen die Gefahr der Verletzung der Fabel, denn es werden ja Handlungselemente aus dem Ursprungswerk „ausgekoppelt“, um eine Basis für ein neues Werk zu schaffen.<sup>39</sup> Auch die Übernahme von Grafiken kommt vor, etwa bei der Nutzung des Aussehens von Computerspielcharakteren wie Mario, Sonic oder Mega Man.<sup>40</sup> Hier kann von einem Verblässen keine Rede sein. Derzeit sind Verfahren anhängig, in denen eine Rechtsverletzung durch Übernahme von Elementen aus dem Shooter „Valorant“<sup>41</sup> geltend gemacht wird.<sup>42</sup> In deren Rahmen wird geklärt, ob der erforderliche Abstand nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG eingehalten wurde.

### III. Karikatur, Parodie, Pastiche

#### 1. Karikatur

Eine Karikatur ist eine meist bildliche Darstellung, die durch satirische Hervorhebungen und überzeichnete Darstellung charakteristischer Züge eine Person, eine Sache oder ein Geschehen der Lächerlichkeit preisgibt.<sup>43</sup> Die Karikatur wird in der Literatur als Unterfall der Parodie eingeordnet.<sup>44</sup> Die Karikatur ist im Bereich der Computerspiele selten, es ist eher wahrscheinlich, dass ein Computerspiel in einer zeichnerischen Karikatur lächerlich gemacht wird. Ein Beispiel ist das Cover des Spiels „Star Warped“<sup>45</sup>, eine Parodie auf die „Star Wars“-Welt:



<sup>38</sup> Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 23 Rn. 39.

<sup>39</sup> Der BGH hat folglich die Verfilmung einer Fortsetzung des Filmklassikers „Dr. Schiwago“ unter dem Titel „Laras Tochter“ untersagt, BGH Urt. v. 29.4.1999 – I ZR 65/96 = MMR 1999, 624 (Ls.) – Laras Tochter.

<sup>40</sup> Wie im Spiel „Mushroom Kingdom Fusion“.

<sup>41</sup> Entwickler: Riot Games, 2020.

<sup>42</sup> Abrufbar unter: <https://www.eurogamer.de/hyper-front-ist-eine-valorant-kopie-behauptet-riot-games-und-verklagt-netease>; <https://de.scribd.com/document/613199268/Riot-Games-vs-NetEase>.

<sup>43</sup> Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 51a Rn. 10.

<sup>44</sup> Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 51a Rn. 10.

<sup>45</sup> Entwickler: Parrotty Interactive, 1997.

<sup>46</sup> Abrufbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=YDcS6kYAcI0>.

<sup>47</sup> BT-Drs. 19/27426, 90.

<sup>48</sup> BT-Drs. 19/27426, 90.

<sup>49</sup> Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 51a Rn. 11; EuGH Urt. v. 3.9.2014 – C-201/13 – Deckmyn.

<sup>50</sup> BGH Urt. v. 28.7.2016 – I ZR 9/15 Rn. 25 = MMR 2017, 138 (Ls.) – auf fett getrimmt.

<sup>51</sup> Ausführlicher dazu Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 51a Rn. 13; BGH Urt. v. 28.7.2016 – I ZR 9/15 Rn. 39 f. = MMR 2017, 138 (Ls.) – auf fett getrimmt.

Das von CD Projekt RED im Jahr 2020 veröffentlichte Spiel „Cyberpunk 2077“ enthielt zahlreiche Programmierfehler (Bugs) und wurde sogar zwischenzeitlich aus dem PlayStation Store entfernt. Dies zog entsprechende Häme der Öffentlichkeit nach sich, etwa in dem die Werbegrafik des Spiels karikaturistisch modifiziert wurde und der Protagonist eine Banane statt einer Waffe in die Höhe hält.

Original:



Karikatur<sup>46</sup>:



#### 2. Parodie

Nach der Gesetzesbegründung ist charakteristisch für die Parodie, dass sie von Humor oder Verspottung getragen ist.<sup>47</sup> Die humoristische oder verspottende Auseinandersetzung muss sich jedoch nicht auf das ursprüngliche Werk selbst beziehen, sondern kann zB auch einer dritten Person, einem anderen Werk oder einem gesellschaftlichen Sachverhalt gelten.<sup>48</sup> Die Parodie ist ein eigenständiger Begriff des Unionsrechts,<sup>49</sup> einer antithematischen Befassung mit dem vorbestehenden Werk bedarf es nicht (mehr).<sup>50</sup> Um nicht jedem „Trittbrettfahrer“ die Verteidigung zu eröffnen, er nutze ein vorbestehendes Werk, um eine Parodie zu schaffen, steht die Rechtmäßigkeit des Handels unter dem Vorbehalt, dass eine Interessenabwägung zu Gunsten des Parodisten ausgeht.<sup>51</sup>

#### 3. Pastiche

##### a) Begriffsbestimmung

Der Begriff des „Pastiche“, der nun im deutschen Urheberrecht als Schranke in § 51a UrhG auftaucht, ist ein Mysterium. Die deutschen Gerichte und Rechtsanwälte werden aber in Beratungen und Entscheidungen damit arbeiten müssen.

Im europäischen Recht findet sich der Pastiche in der RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft („InfoSoc-RL“) und in der RL 2019/790/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der RL 96/9/EG und RL 2001/29/EG („DSM-Richtlinie“). Art. 17 Abs. 7 S. 2 DSM-Richtlinie normiert, dass die Mit-

gliedstaaten sicherstellen sollen, „dass sich alle Nutzer, die nutzergenerierte Inhalte auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten hochladen oder auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten zugänglich machen, in jedem Mitgliedstaat auf jede der folgenden Ausnahmen oder Beschränkungen stützen können:

- a) ...
- b) Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches.“

Auf der Suche nach dem Ursprung der Ausnahmeregelung im Zusammenhang mit dem Urheberrecht stößt man auf dessen Präsenz im französischsprachigen Rechtskreis. Allerdings bestehen auch dort erhebliche Unsicherheiten in der Frage der Konturen des Begriffs. Das luxemburgische Urheberrechtsgesetz bestimmt etwa in Art. 10.6, dass der Urheber keine Karikaturen, Parodien oder Pastiche verbieten kann, die darauf abzielen, das parodierte Werk zu verspotten, sofern sie den guten Gepflogenheiten in diesem Bereich entsprechen und insbesondere nur die für die Karikatur unbedingt notwendigen Elemente entlehnen und das Werk nicht verunglimpfen.<sup>52</sup> Das Ziel der Verspottung („a pour but de railler“) ist ein Element aller drei Begriffe Parodie, Karikatur und Pastiche. Die Begründung des Regierungsentwurfs zum deutschen Urheberrechtsgesetz steht dem allerdings diametral entgegen:

„Der Pastiche muss eine Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk oder einem sonstigen Bezugsgegenstand erkennen lassen. Anders als bei Parodie und Karikatur, die eine humoristische oder verspottende Komponente erfordern, kann diese beim Pastiche auch einen Ausdruck der Wertschätzung oder Ehrerbietung für das Original enthalten, etwa als Hommage.“<sup>53</sup>

Der Begriff des Pastiche geht auf das italienische „pasticcio“ zurück, das ein Kunstwerk beschreibt, das nach dem Stil eines anderen Künstlers gemalt wurde. Das deutsche Urheberrecht schützt nur konkrete Werke, nicht aber künstlerische Stile. Wenn man etwa eine Software zur Generation von Bildern mit Hilfe von „Künstlicher Intelligenz“ (etwa DALL-E2) dazu auffordert, ein Gemälde eines Fuchses vor einem Hochhaus im Stil von René Magritte anzufertigen, erhält man (idealerweise) ein Bild, das auch von Magritte hätte stammen können, weil es seinen Stil täuschend echt nachahmt. Würde ein Mensch ein solches Werk schaffen, das eben nur den Stil nachahmt, aber kein konkretes vorbestehendes Werk, können sich die Erben von René Magritte dagegen nicht wehren.

Dass aus diesem Grund der Pastiche noch einen anderen Inhalt haben muss, um überhaupt die Funktion einer Schranke zu erfüllen, konzediert auch die Begründung zum Regierungsentwurf zu § 51a UrhG.

Letztlich wird der EuGH den Pastiche-Begriff definieren müssen. Wie das geschieht, ist derzeit noch „völlig offen“<sup>54</sup>. Der Begriff wird „multidisziplinär verwendet und sehr unterschiedlich verstanden“<sup>55</sup>, „die Kommentierungen auf europäischer Ebene zeugen eher von Ratlosigkeit“<sup>56</sup>.

Der Pastiche hat eine erhebliche praktische Bedeutung,<sup>57</sup> weil sich letztlich jeder, der fremde Werke oder Werkteile in einer Weise übernimmt, die nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG keinen ausreichenden Abstand einhalten und die keine humoristische oder verspottende Komponente enthalten, darauf berufen wird, dass es sich um eine „Hommage“ handele, die als Pastiche erlaubt sei. Der Pastiche wird damit zur „Allzweckwaffe“<sup>58</sup>. Lauber-Rönsberg betont zu Recht, dass es „äußerst unglücklich“ ist, „dass der Regelungsrahmen für transformative Nutzungen damit zu großen Teilen von dem rechtlich bislang nicht geklärten Begriff des Pastiches abhängig ist“<sup>59</sup>. Als sog. transformative Nutzung<sup>60</sup> soll der Pastiche „kreatives Schaffen auf Grundlage des Vorbestehenden als Ausfluss der Meinungsfreiheit und der Kunstfreiheit“<sup>61</sup> ermöglichen.

Die Rechtsfigur des Pastiche ist indes kein „Freibrief“ für jegliche Übernahmen. Jedenfalls liegt kein Pastiche vor, wenn sich das jüngere Werk so nah an das ältere anlehnt, dass beide miteinander verwechselt werden können.<sup>62</sup> Kreuzer hebt das Merkmal der Eigenständigkeit hervor, wonach der Pastiche „auf die Betrachter anders wirken“ müsse „als die entlehnten Werke“<sup>63</sup> und ansonsten eben kein Pastiche vorläge. Ein „Verblassen“ des Originalwerks ist dagegen (anders als bei § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG) nicht erforderlich, wie die Gesetzesbegründung zu § 51a UrhG ausdrücklich hervorhebt.<sup>64</sup>

## b) Drei-Stufen-Test

Eine Interessenabwägung und die Anwendung des Drei-Stufen-Tests sollen die Rechteinhaber davor schützen, dass die wirtschaftliche Beeinträchtigung durch Anwendung der Schranke des § 51a UrhG zu stark wird. Diese Prüfung obliegt den nationalen Gerichten.<sup>65</sup> Ihnen kommt „eine zentrale Rolle bei der Konturierung der Pastiche-Schranke“<sup>66</sup> zu. Es besteht die Gefahr, dass gerade wegen der schwierigen Konturierung des Pastiche-Begriffs die Schranke des § 51a UrhG zu großzügig zu Gunsten derjenigen ausgelegt werden wird, die fremde Werkteile übernehmen.<sup>67</sup> Es wird sogar der Satz „im Zweifel für den Angeklagten“<sup>68</sup> in diesem Zusammenhang verwendet. Es ist vor diesem Hintergrund bedauerlich, dass § 51a UrhG keine weiteren einschränkenden Tatbestandsmerkmale enthält, etwa, dass die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt sein muss.<sup>69</sup> Durch Hinzufügung von Tatbestandsmerkmalen, die in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL nicht erwähnt sind, hätte man sich natürlich dem Vorwurf ausgesetzt, dass man die Richtlinie nicht rechtmäßig umsetzt.<sup>70</sup>

<sup>52</sup> Im Original: „la caricature, la parodie ou le pastiche qui a pour but de railler l'œuvre parodiée, à la condition qu'ils répondent aux bons usages en la matière et notamment qu'ils n'empruntent que les éléments strictement nécessaires à la caricature et ne dénigrent pas l'œuvre.“

<sup>53</sup> BT-Drs. 19/27426, 91.

<sup>54</sup> Haberstumpf ZUM 2022, 795 (799); Kreuzer MMR 2022, 847; Kreuzer, Der Pastiche im Urheberrecht, 2022, S. 13, abrufbar unter: [https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten\\_Kreuzer\\_Pastiche.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten_Kreuzer_Pastiche.pdf).

<sup>55</sup> Kreuzer MMR 2022, 847; Kreuzer, Der Pastiche im Urheberrecht, 2022, S. 9, abrufbar unter: [https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten\\_Kreuzer\\_Pastiche.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten_Kreuzer_Pastiche.pdf).

<sup>56</sup> Conrad/Nolte ZUM 2021, 111 (115) mwN.

<sup>57</sup> Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 51a Rn. 14; Lauber-Rönsberg ZUM 2020, 733 (738).

<sup>58</sup> Peters GRUR 2022, 1482 (1483).

<sup>59</sup> BeckOK UrhR/Lauber-Rönsberg, 36. Ed. 15.10.2022, UrhG § 51a Rn. 17.

<sup>60</sup> BT-Drs. 19/27426, 89; gemeinsam mit Karikatur und Parodie.

<sup>61</sup> BeckOK UrhR/Lauber-Rönsberg, 36. Ed. 15.10.2022, UrhG § 51a Rn. 17.

<sup>62</sup> Stieper GRUR 2020, 699 (703).

<sup>63</sup> Kreuzer MMR 2022, 847; Kreuzer, Der Pastiche im Urheberrecht, 2022, S. 4, abrufbar unter: [https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten\\_Kreuzer\\_Pastiche.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten_Kreuzer_Pastiche.pdf).

<sup>64</sup> BT-Drs. 19/27426, 90.

<sup>65</sup> So zur Parodie EuGH Urt. v. 3.9.2014 – C-201/13 – Deckmyn.

<sup>66</sup> BeckOK UrhR/Lauber-Rönsberg, 36. Ed. 15.10.2022, UrhG § 51a Rn. 17.

<sup>67</sup> Lauber-Rönsberg teilt diese Befürchtung nicht, sondern prognostiziert, dass die Ergebnisse in weiten Teilen der bisherigen Rspr. zu § 24 UrhG aF entsprechen werden (BeckOK UrhR/Lauber-Rönsberg, 36. Ed. 15.10.2022, UrhG § 51a Rn. 21). Die von ihr gewählte sehr vorsichtige Formulierung, dass „der bloße Abdruck eines Kunstwerkes auf einer Tasse ohne weitere künstlerische Eigenleistung wohl nicht mit der Begründung, dass dem Werk Ehrerbietung gezollt wird, als zulässiger Pastiche durchgehen“ „dürfte“, nährt jedoch Zweifel. In einer solchen Konstellation bleibt für ein Pastiche überhaupt kein Raum; so auch Peters GRUR 2022, 1482 (1489): „Bloße 1:1 Kopien ohne nennenswerten eigenen Aufwand des Werknutzers bleiben unzulässig.“

<sup>68</sup> Peters GRUR 2022, 1482.

<sup>69</sup> Der Regierungsentwurf enthielt diese Tatbestandsvoraussetzung, sie wurde aber später auf Empfehlung des Rechtsausschusses wieder gestrichen.

<sup>70</sup> Lauber-Rönsberg gibt zu bedenken, dass angesichts der insoweit klaren Rspr. des EuGH zu Parodien eine Abweichung vom Wortlaut der InfoSoc-RL vertretbar und anwenderfreundlicher gewesen wäre (BeckOK UrhR/Lauber-Rönsberg, 36. Ed. 15.10.2022, UrhG § 51a Rn. 20).

Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL enthält die Regel, dass sämtliche in Art. 5 Abs. 1–4 InfoSoc-RL genannten Ausnahmen und Beschränkungen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden dürfen, in denen die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird und die die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzen. Die Prüfung dieser drei Voraussetzungen ist bekanntlich der „Drei-Stufen-Test“, dessen drei Stufen allerdings nicht „trennscharf“ und „klar konturiert“ sind.<sup>71</sup> Jemand, der sich auf die Pastiche-Schranke in § 51a UrhG beruft, muss sich also fragen lassen, ob seine Art der Verwertung ein „bestimmter Sonderfall“ ist (1. Stufe), die „normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt“ wird (2. Stufe) und keine ungebührliche Verletzung der berechtigten Interessen des Rechteinhabers darstellt (3. Stufe). Was ein vom Regelfall abweichender Sonderfall ist, lässt sich schon schwer sagen. Zurecht weist Haberstumpf darauf hin, dass gerade wenn man den Pastichebegriff weit auslegt, die unter ihn fallenden Einzelfälle zur Regel werden.<sup>72</sup> Eine nennenswerte Einschränkung der Pastiche-Schranke auf der ersten Stufe findet daher typischerweise nicht statt.<sup>73</sup> Auf der zweiten Stufe wird man dann schon eher diskutieren können, ob eine Privilegierung durch § 51a UrhG entfallen muss. Die normale Verwertung des Werks wird nach Wandtke/Bullinger beeinträchtigt, wenn die Handlung eine Verringerung der rechtmäßigen Transaktionen zur Folge hat.<sup>74</sup> Der EuGH spricht aber ausdrücklich von Handlungen, die „zwangsläufig den Umfang an Verkäufen oder anderen rechtmäßigen Transaktionen im Zusammenhang mit geschützten Werken verringern“<sup>75</sup>. Es geht also nicht nur um den Vertrieb des Originalwerks, sondern auch um Transaktionen „im Zusammenhang“ mit dem Originalwerk. Kreuzer leitet daraus ab, dass eine Nutzung nur dann nicht erlaubt ist, wenn sie „in Wettbewerb mit dem Quellmaterial tritt“ und dass dies idR nur bei vollständiger Übernahme des Werks denkbar sei.<sup>76</sup> Dies überzeugt nicht, denn etwa im Bereich der Computerspiele sind Auswertungen im Bereich der Nebenrechte häufig. Dazu gehören Merchandisingprodukte oder auch Bücher zum Spiel. Solche Verwertungen sind wirtschaftlich hoch relevant, ohne dass sie eine vollständige Übernahme des Werks erfordern. Merchandising tritt auch nicht in Konkurrenz mit dem Quellmaterial. Der Pastiche darf nur Nutzungen privilegieren, die zu keinen nen-

nenswerten Einbußen bei den Rechteinhabern führen. Dies ist bei den in der Gesetzesbegründung genannten Nutzungen von Memes, Mash-ups, Fanart etc gegeben. Wenn aber Produkte in Konkurrenz zu offiziellen Merchandising-Artikeln des Spieleherstellers treten und die dadurch entstehenden wirtschaftlichen Einbußen nicht völlig insignifikant sind, scheitert eine Rechtfertigung nach § 51a UrhG auf der zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests.

Die dritte Stufe des Drei-Stufen-Tests adressiert neben den materiellen Interessen des Rechteinhabers auch ideelle Interessen sowie den Entstellungsschutz des Urhebers. Es erfolgt eine Abwägung der Interessen des Rechteinhabers und des Nutzers. Bei dieser Abwägung spielt auch die Gestaltungshöhe des Zweitwerks eine Rolle.<sup>77</sup> Der bloße Umstand, dass der Nutzer mit seiner Karikatur, Parodie, oder seinem Pastiche kommerzielle Zwecke verfolgt, macht die Nutzung jedoch nicht rechtswidrig.<sup>78</sup> Bei der Abwägung muss aber auch beachtet werden, dass das europäische Urheberrecht keine allgemeine Schranke der freien Benutzung kennt.<sup>79</sup> Die Pastiche-Schranke darf nicht dazu gemacht werden. Conrad und Nolte schreiben daher zutreffend, dass nicht „jegliche Form der Zusammenstellung von schöpferischen Inhalten, sei es als Remix, Sampling oder Mash-up, als Appropriation Art, Zusammenschnitt von Filmsequenzen, Collagen oder in anderer Form zulässig“<sup>80</sup> ist. Da durch den Pastiche nicht nur User Generated Content gerechtfertigt werden kann, sondern auch Werke „normaler“ Marktteilnehmer dürfen die Gerichte nicht zu großzügig mit § 51a UrhG umgehen.

#### d) Gerichtsentscheidungen

Wer die unterschiedlichen Schwerpunkte kennenlernen möchte, die die Gerichte bei der Prüfung der Pastiche-Schranke setzen, mag nur die folgenden vier Gerichtsentscheidungen aus München, Hamburg und Berlin lesen. Das LG München I verneinte zu Recht die Voraussetzungen für ein Pastiche in einem Fall, in dem das Lichtbild des Klägers in der Verwendung der Beklagten nahezu identisch übernommen worden wurde und nur die Überschrift „Ein Bild sagt mehr als tausend Worte!“ hinzugefügt wurde. Das Mindestmaß an Kreativität für ein Pastiche sei durch das Hinzufügen der Überschrift nicht erreicht.<sup>81</sup> Das OLG Hamburg hielt die Vervielfältigung der inzwischen berühmten Sequenz aus „Metall auf Metall“ und ihre Überführung in ein eigenständiges neues Werk im Wege des Samplings für ein Pastiche.<sup>82</sup> Es stehe ein geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile einer erheblichen Beeinträchtigung der künstlerischen Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit gegenüber.<sup>83</sup> Das LG Berlin entschied über eine Übernahme eines Bildes als Hintergrund für ein anderes Bild und rechtfertigte die Nutzung nach § 51a UrhG.<sup>84</sup> Das Zweitwerk habe das Erstwerk stilistisch nachgeahmt. Dass dabei das Erstwerk nicht als einfacher Bildhintergrund kopiert wurde, sondern in einen neuen inhaltlichen Zusammenhang gestellt wurde, gab den Ausschlag für das Vorliegen des Pastiche. Das LG Hamburg lehnte hingegen ein Pastiche bei der Nutzung von Tagesschau-Ausschnitten, die schlaglichtartig Missstände benennen sollen, ab.<sup>85</sup> Denn es fehle an einer Auseinandersetzung mit dem Erstwerk. Zum einen werde die Kenntnis der dahinterstehenden politischen Fragestellungen bereits vorausgesetzt. Zum anderen werden die Ausschnitte lediglich dazu benutzt, um eine werbliche Aussage am Videoende platzieren zu können.

#### e) Anwendung der Maßstäbe auf Prequels, Sequels, Remakes und Spin-Offs

Auf Grund des Umstands, dass Computerspiele einen immer größeren gesellschaftlichen Raum einnehmen, ist die Übernahme von Teilen aus Spielen für Dritte sehr attraktiv. Solange die wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber nicht über Ge-

**71** Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 7. Aufl. 2022, vor §§ 44a ff. Rn. 21; Kreuzer MMR 2022, 847; Kreuzer, Der Pastiche im Urheberrecht, 2022, S. 27, abrufbar unter: [https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten\\_Kreuzer\\_Pastiche.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten_Kreuzer_Pastiche.pdf).

**72** Haberstumpf ZUM 2022, 795 (801).

**73** Kreuzer MMR 2022, 847; Kreuzer, Der Pastiche im Urheberrecht, 2022, S. 28, abrufbar unter: [https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten\\_Kreuzer\\_Pastiche.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten_Kreuzer_Pastiche.pdf) meint sogar, dass sich die erste Stufe sogar als „Gestaltungsanweisung“ ausschließlich an den Gesetzgeber richte.

**74** Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 163 mit Hinweis auf EuGH MMR 2017, 460 Rn. 70 mAnm Stender-Vorwachs/Steenge – Stichtung Brein I.

**75** EuGH MMR 2014, 679 Rn. 39 – ACI Adam/Thuiskopie.

**76** Kreuzer MMR 2022, 847; Kreuzer, Der Pastiche im Urheberrecht, 2022, S. 28, abrufbar unter: [https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten\\_Kreuzer\\_Pastiche.pdf](https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Demokratie/Urheberrecht/Gutachten_Kreuzer_Pastiche.pdf).

**77** BT-Drs. 19/27426, 90; OLG Hamburg Ur. v. 28.4.2022 – 5 U 48/05 Rn. 83 = MMR 2022, 702 (Ls.) – Metall auf Metall; Stütze/Bischoff ZUM 2022, 683 (693); zur Parodie EuGH Ur. v. 3.9.2014 – C-201/13 – Deckmyn; BGH MMR 2011, 182 Rn. 45 mAnm Rössel – Perlentaucher.

**78** Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht/Raue/Stang, 3. Aufl. 2023, § 3 Rn. 114.

**79** Conrad/Nolte ZUM 2021, 111 (114) mwN.

**80** Conrad/Nolte ZUM 2021, 111 (114) mwN.

**81** LG München I MMR 2022, 907 Rn. 39.

**82** OLG Hamburg Ur. v. 28.4.2022 – 5 U 48/05 Rn. 67 = MMR 2022, 702 (Ls.) – Metall auf Metall.

**83** OLG Hamburg Ur. v. 28.4.2022 – 5 U 48/05 Rn. 67, 79 = MMR 2022, 702 (Ls.) – Metall auf Metall.

**84** LG Berlin Ur. v. 2.11.2021 – 15 O 551/19 Rn. 31.

**85** LG Hamburg Ur. v. 30.12.2021 – 310 O 321/21 Rn. 59.

büher beeinträchtigt werden (etwa im Bereich von Fan-Art), fördert die Pastiche-Schranke zurecht Kommunikation und Auseinandersetzung. Sie sollte aber von den Gerichten mit Augenmaß angewandt werden. Bei Prequels, Sequels, Remakes und Spin-Offs kann idR von einem Pastiche nicht die Rede sein, weil die Interessenabwägung typischerweise zu Gunsten des Rechteinhabers des Ursprungswerks ausgeht. Solche Bearbeitungen sind typisch für die Computerspiele-Industrie und würden dem Rechteinhaber erhebliche Erlösquellen abschneiden. Etwas anderes gilt, wenn die Spiele eine Parodie darstellen, sich also etwa über das Ursprungswerk lustig machen. Solche Verwertungen muss der Entwickler des Ursprungswerks dulden.



**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.

## Schnell gelesen ...

- Viele Spin-Offs, Remakes, Prequels und Sequels von Computerspielen halten den Abstand nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG nicht ein, sodass § 51a UrhG relevant wird.
- Der Pastiche hat eine erhebliche praktische Bedeutung, weil sich letztlich jeder, dessen Werk keine humoristische oder verspottende Komponente enthält, darauf berufen wird, dass es sich um eine „Hommage“ handle, die als Pastiche erlaubt sei.
- Solange die wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber nicht über Gebühr beeinträchtigt werden (etwa im Bereich von Fan-Art), fördert die Pastiche-Schranke zurecht Kommunikation und Auseinandersetzung.
- Bei Prequels, Sequels, Remakes und Spin-Offs kann idR von einem Pastiche nicht die Rede sein, weil die Interessenabwägung typischerweise zu Gunsten des Rechteinhabers des Ursprungswerks ausgeht.

KAI BODENSIEK

# Digitales Kulturerbe und Computerspiele

Vergriffen ist besser als verwaist

Verwaiste Werke

Die Neuregelung der verwaisten und nicht mehr verfügbaren Werke im Verwertungsgesellschaftsrecht und im Urheberrecht spielten bei den zT sehr heftigen Diskussionen um die Umsetzung der DSM-RL nur eine untergeordnete Rolle. Die Erweiterung der Vorschriften über nicht mehr verfügbare Werke auf alle Werkkategorien, u.a. auch Software, eröffnet vollkommen neue Perspektiven für den dauerhaften Erhalt von digitalen Werken und somit auch Computerspielen. Kaum eine andere Kulturbranche hat sich so rasant entwickelt und die An-

fänge dieser Branche können heute mangels passender Hard- und Software schon oft nicht mehr ohne Weiteres genutzt werden. Bis heute finden sich im Register über vergriffene Werke „European Union Intellectual Property Office“ (EUIPO) keine Einträge über vergriffene Computerspiele. Was in diesem Bereich iRd neuen Vorschriften möglich ist und was nicht sollte daher nun nach der erfolgten Umsetzung im deutschen Recht beleuchtet werden.

Lesedauer: 15 Minuten

Auch die Games-Branche muss sich mit der Frage des Umgangs mit verwaisten oder vergriffenen Games befassen. Nicht nur gibt es Games in der heutigen Form nun auch bereits 50 Jahre, sondern Games haben anders als Filme oder Bücher einen deutlich kürzeren Auswertungszyklus, der sich schon allein durch den technischen Fortschritt bedingt. Im Folgenden soll daher beleuchtet werden, welche Möglichkeiten für eine Bewahrung dieses jüngsten Teils des Kulturerbes bestehen.

## I. Historie

Mit der Umsetzung der RL 2012/28/EU (Verwaiste Werke Richtlinie)<sup>1</sup> im Jahr 2013 wurden die Vorschriften über verwaiste Werke in §§ 61 ff. UrhG umgesetzt. Diese Regelungen dürfen heute wohl getrost als gescheitert bezeichnet werden. Seit 2019 sind fast keine nennenswerten neuen Einträge im Register des EUIPO über verwaiste Werke hinzugekommen.<sup>2</sup> Der nach § 61a UrhG notwendige Rechercheaufwand hat sich als zu abschreckend erwiesen, als dass die Regelungen praktisch nutzbar wären. Insofern darf die Neuregelung der „vergriffenen Werke“ (jetzt: „nicht mehr verfügbare Werke“) in der DSM-RL auch in Folge der „Soulie“-Entscheidung des EuGH<sup>3</sup> durchaus als erneuter

Versuch gewertet werden das Thema Kulturerbe, insbesondere dessen digitale Form, neu zu ordnen. Im Vorfeld der Umsetzung kam es in einer Vielzahl von Beiträgen zur Diskussion um die konkrete Umsetzung<sup>4</sup>, danach wurde es jedoch weitestgehend still in der juristischen Diskussion um das Thema der nicht verfügbaren Werke. Zuletzt befasste sich der GRUR-Fachausschuss Urheber- und Verlagsrecht mit dem Referentenentwurf zur Verordnung über ergänzende Bestimmungen zur Nutzung nicht verfügbarer Werke nach dem UrhG und dem Verwertungsgesellschaftengesetz (NvWW) nach § 52d VGG und § 61e UrhG.<sup>5</sup> Inzwischen ist auch die NvWW in Kraft getreten.

<sup>1</sup> RL 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, ABl. L 299 v. 27.10.2012, S. 5–12.

<sup>2</sup> Am 2.6.2023 enthielt das Register 6.069 Hauptwerke und im August 2019 waren es 5.923 Werke; so auch Talhoff ZUM 2020, 223 (225).

<sup>3</sup> EuGH MMR 2017, 524.

<sup>4</sup> U.a. Henke ZUM 2019, 400; Wandtke NJW 2019, 1841; Talhoff ZUM 2019, 223; De la Durantaye/Kuschel ZUM 2019, 717; De la Durantaye GRUR 2020, 7; Spindler WRP 2019, 811; Dreier GRUR 219, 771; Staats ZUM 2019, 703.

<sup>5</sup> Freischem/Würtenberger GRUR 2022, 1572.

## II. Bedeutung für Games

Games sind eine besonders junge Kulturform. Die ersten kommerziellen Computerspiele kamen in den 1970er Jahren auf und wurden erst ab den 1980er Jahren zu einem Massenphänomen.<sup>6</sup>

Es ist daher – betrachtet man andere Medienbranchen – fast erstaunlich, dass man bereits heute über verwaiste oder vergriffene Werke sprechen muss. Zumindest vergriffene Werke sind aber ein durchaus relevantes Thema für Games, da die enorme technische Entwicklung der letzten 40 Jahre auch erhebliche Auswirkungen auf den Games-Markt hatte. Der Fortschritt bei Grafikprozessoren führte so häufig dazu, dass Spielgrafiken nach wenigen Jahren schon als veraltet und nicht mehr marktgerecht galten oder dass Spiele schlicht auf aktuellen Betriebssystemen oder auf aktueller Hardware nach einigen Jahren gar nicht mehr lauffähig waren. Dies lässt sich teilweise durch sog. Emulatoren lösen, die alte Hardware oder ein altes Betriebssystem simulieren, wobei auch hier häufig die urheberrechtliche Zulässigkeit des Emulators ein Thema werden dürfte. Die Nutzung von Emulatoren setzt allerdings auch immer den Besitz des Spiels selbst voraus, was bei vergriffenen Werken entsprechend schwierig sein kann. Es hat sich hieraus ein eigener Industriezweig entwickelt, der sich auf die Lizenzierung auf Aufarbeitung zuvor vergriffener Titel spezialisiert hat, so zB das Portal [www.gog.com](http://www.gog.com) („Good Old Games“). Zumindest für die Games, denen ein solches kommerzielles „zweites Leben“ nicht beschert ist, kommt eine Nutzung durch Einrichtungen des Kulturerbes sehr wohl in Frage. Speziell für Games hat die Internationale Computerspielesammlung (ICS)<sup>7</sup> es sich zum Ziel gesetzt diesen Teil des Kulturerbes dauerhaft zu erhalten.

## III. Verwaiste Werke

Wie bereits ausgeführt, haben die §§ 61 ff. UrhG für die verwaisten Werke kaum praktische Relevanz, insbesondere nicht für den Games-Bereich. Dies beruht nicht nur darauf, dass es auf Grund des Alters der Werke bisher wohl nur selten überhaupt zu einer Verwaisung gekommen ist, sondern vielmehr auch darauf, dass § 61 Abs. 2 UrhG den Anwendungsbereich ausdrücklich auf die dort benannten Werkkategorien beschränkt<sup>8</sup> und Computerprogramme nicht darunterfallen. Spätestens seit der Entscheidung des EuGH in „Nintendo/PCbox“<sup>9</sup> sind Games als hybride Werke zu betrachten. Diese Werkkombination setzt sich u.a. aus dem Softwareteil in Form eines Computerprogramms und einem am Bildschirm wahrnehmbaren filmähnlichen Werkteil zusammen.<sup>10</sup> Da eine Nutzung des möglicherweise als Filmwerk unter die Regelung der §§ 61 ff. UrhG fallenden Games aber ohne eine Nutzungshandlung an dem Softwareteil praktisch kaum vorstellbar ist, dürften Games bereits deshalb weitestgehend aus dem Anwendungsbereich der Regelungen über verwaiste Werke herausfallen.

## IV. Nicht mehr verfügbare Werke

Die Regelungen zu nicht mehr verfügbaren Werken ist zweigeteilt. Die grundlegende Regelung findet sich im Verwertungsge-

sellschaftsgesetz (VGG) in Form der Vergabe von Rechten durch Verwertungsgesellschaften und nur dann, wenn es keine entsprechenden Verwertungsgesellschaften gibt, kommen die Regelungen im UrhG zum Zug.

### 1. Kollektive Lizenzen (mit erweiterter Wirkung)

In § 52 VGG ist die Erteilung von Lizenzen an vergriffenen Werken durch Verwertungsgesellschaften und zwar auch für Werke, die nicht zu ihrem Repertoire gehören, geregelt. Selbstverständlich können Verwertungsgesellschaften, denen die Wahrnehmung von Rechten an vergriffenen Werken iRd Wahrnehmungsvertrags übertragen wurden, hieran Rechte vergeben. Die Ausdehnung dieser Lizenzierungsbefugnisse auf Werke Außenstehender iSd § 7 VGG für den Fall der Rechtevergabe an eine Kulturerbeeinrichtung nach § 52a VGG bzw. an sonstige Nutzer nach § 51 VGG zusammen mit der Anwendbarkeit auf alle Werkkategorien, ist eine erhebliche Neuerung.

Speziell für den Bereich der Games dürfte diese Regelung jedoch weiterhin ins Leere führen, wie bereits in der Vergangenheit festgestellt wurde,<sup>11</sup> da es keine beim Deutschen Patent- und Markenamt zugelassene Verwertungsgesellschaft für Software oder Games gibt. Ob sich dies zeitnah ändert, ist noch unklar. Zumindest wurde am 31.5.2023 die Gründung einer Verwertungsgesellschaft für die Hersteller von Games (VHG) durch den Branchenverband game – Verband der deutschen Games-Branche e.V. bekannt gegeben, auch wenn diese zunächst keine Lizenzierungen vornehmen wird.<sup>12</sup> Ob neben der VHG zukünftig eine weitere Verwertungsgesellschaft Lizenzierungen nach §§ 51 ff. VGG vornehmen kann, darf allerdings vor dem Hintergrund dieses Schritts angezweifelt werden, da sich die Branche offenbar entschieden hat, sich in der VGH zu organisieren.

Eine Repräsentativität nach § 51b VGG dürfte dann selbst, wenn nur eine andere Verwertungsgesellschaft diese Rechte in den Wahrnehmungsvertrag aufnimmt, an der Widerleglichkeit der Vermutung der Repräsentativität nach § 51b Abs. 2 VGG scheitern.

### 2. Besondere gesetzlich erlaubte Nutzungen nach UrhG

Als Auffangtatbestand für den Fall, dass es für ein Werk keine repräsentative oder sonst berechnigte Verwertungsgesellschaft gibt, wurden die §§ 61d ff. UrhG iRd Umsetzung der DSM-RL geschaffen. Danach ist eine Nutzung eines vergriffenen Werks iSd § 52b VGG durch eine Kulturerbeeinrichtung gem. § 60d UrhG zur Nutzung, Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung berechnigt soweit die Nutzung mit einer Frist von 6 Monaten im Register für vergriffene Werke des EUIPO angekündigt wurde und dieser durch den Rechteinhaber nicht widersprochen wurde (§ 61d Abs. 3 UrhG). Voraussetzung ist allerdings, dass ein Exemplar des nicht mehr verfügbaren Werks sich im Bestand der Einrichtung befinden muss, womit zB auch ein Austausch der digitalisierten Werke zwischen solchen Einrichtungen nicht ermöglicht wird, soweit keine Bestandsexemplare existieren.<sup>13</sup>

Damit dürfte bereits jetzt ein nicht unerheblicher Anteil der heutigen Games aus diesen Regelungen herausfallen und zwar wohl das gesamte Genre der Online-Games. Online-Games benötigen nämlich in aller Regel nicht nur die an den Endkunden vertrieben Software (die sog. Client-Software), sondern auch eine Software für den Betrieb der Server, der die vielen Spieler miteinander verbindet und für eine einheitliche Spielwelt sorgt.

Dieser Teil der Games wird aber niemals veröffentlicht und stellt ein wichtiges Betriebsgeheimnis für die Rechteinhaber dar, da der Zugang zur Server-Software es Dritten ermöglichen würde, selbst das Game anzubieten oder die Spiele zu manipulieren.

<sup>6</sup> Institut für Ludologie, abrufbar unter: <https://www.ludologie.de/spiele/computer-spiele/von-den-anfaengen-der-videospiele-zu-den-ersten-computerspielen/>.

<sup>7</sup> Abrufbar unter: <https://www.internationale-computerspielesammlung.de/de/>.

<sup>8</sup> BeckOK UrhR/Engels/Hagemeyer, UrhG § 61 Rn. 11.

<sup>9</sup> EuGH MMR 2014, 401 Rn. 23 mAnm Oehler.

<sup>10</sup> Hentsch MMR 2023, 615 – in diesem Heft; Nordemann/Waiblinger GRUR-RR 2023, 189 (190); Wandtke/Bullinger, UrhR/Bullinger, 6. Aufl. 2022, UrhG § 2 Rn. 129, 130.

<sup>11</sup> De la Durantaye/Kuschel ZUM 2019, 717 (718).

<sup>12</sup> Mit weiteren Informationen zur Verwertungsgesellschaft für die Hersteller von Games, abrufbar unter: <https://v-hg.org/>.

<sup>13</sup> Talhoff ZUM 2020, 223 (224).

Dass eine Kulturerbeeinrichtung ein Exemplar der Client-Software im Bestand hält, ist durchaus möglich, für die Server-Software dürfte dies aber praktisch ausgeschlossen sein.

Da jedoch beides erforderlich ist, um ein Online-Game zu betreiben, dürfte dieses Genre derzeit nicht von den Regelungen nach §§ 52 ff. VGG, §§ 61d ff. UrhG erfasst sein.

#### a) Nicht verfügbare Werke

Das UrhG verweist hier auf die Definition in § 52b VGG. Nach der Legaldefinition ist ein Werk dann „nicht verfügbar“, wenn das Werk der Allgemeinheit auf keinem üblichen Vertriebsweg in einer vollständigen Fassung angeboten wird. Dabei geht der Begriff „nicht verfügbare Werke“ bewusst über den Begriff „vergriffene Werke“ aus der DSM-RL hinaus, da er auch solche Werke umfassen soll, die zB nie veröffentlicht wurden.<sup>14</sup>

Während es bei anderen Werkkategorien durchaus sehr wahrscheinlich ist, dass unveröffentlichte Werke in den Bestand einer Kulturerbeeinrichtung gelangen, zB private Briefe oder Fotos, dürfte dies bei Games fast ausgeschlossen sein. Games-Produktionen sind komplexe Entwicklungsprozesse mit erheblichen Kosten und selbst wenn Projekte eingestellt werden, werden die Arbeitsergebnisse üblicherweise trotzdem nicht Dritten zugänglich gemacht. Es ist kaum vorstellbar, wie ein nicht veröffentlichtes Computerspiel seinen Weg in eine solche Einrichtung finden sollte.

Nach § 52b Abs. 2 VGG genügt es zur Feststellung, dass ein Werk nicht verfügbar ist, soweit die Einrichtung erfolglos mit vertretbarem Aufwand versucht, das vollständige Werk auf den üblichen Vertriebswegen zu beziehen. Es ist lediglich eine einmalige Recherche erforderlich, die auch später nicht erneut durchgeführt werden muss und die sich idR auch auf den Mitgliedstaat beschränken darf, in dem die Einrichtung ihren Sitz hat.<sup>15</sup> Die Verfügbarkeit in Antiquariaten oder als Second-Hand-Ware ist für die Feststellung nicht relevant.<sup>16</sup> Was genau ein vertretbarer Aufwand ist, geht weder aus dem Gesetz noch aus der NwVV hervor, die dies nach § 52d Nr. 6 VGG hätte adressieren können.

Klar ist aber aus den Formulierungen des Gesetzgebers heraus, dass die Anforderungen nicht zu hoch angesetzt werden sollten, insbesondere da Art. 8 Abs. 5 UAbs. 1 DSM-RL lediglich „Treu und Glauben“ als Maßstab vorsieht und Erwägungsgrund 38 S. 2 DSM-RL auf „leicht zugängliche“ Nachweise abstellt.<sup>17</sup> Dies ist auch vor dem Hintergrund, dass die strengen Recherchepflichten für die verwaisten Werke dazu geführt haben, dass diese Regelungen quasi nutzlos blieben, durchaus nachvollziehbar.

Im Hinblick auf Games, aber wohl auch für Software allgemein, dürfte es die Besonderheit geben, dass Games ständig weiterentwickelt und verändert werden, zB durch Updates, Download Content (DLC) oder Add-ons. Für das besonders beliebte Spiel „Fortnite“ veröffentlichen die Entwickler seit 2017 wöchentlich Updates, die Fehler korrigieren, aber auch neue Inhalte bereitstellen, und zum Spielen ist immer die aktuellste Version erforderlich, damit es nicht zu Problemen im Zusammenspiel von verschiedenen Versionen kommt. Fraglich ist daher, ob ein Game als nicht verfügbar gelten kann, wenn lediglich eine spezielle Version eines Games aktuell nicht mehr verfügbar ist, eine aktuelle Version aber sehr wohl.

Hierzu finden sich in Erwägungsgrund 37 DSM-RL zumindest Anhaltspunkte, als es dort heißt, dass ein Werk dann nicht als vergriffen gilt, wenn von dem Werk verschiedene Fassungen existieren, wie zB verschiedene Schnittfassungen eines Films oder Folgeausgaben von literarischen Werken. Gleichzeitig wird

aber auch klargestellt, dass unterschiedliche Sprachfassungen eines Werks oder Adaptionen in einer anderen Werkart, die am Markt verfügbar sind, der Annahme eines vergriffenen Werks nicht entgegenstehen.

Bezogen auf Games wird man daher davon ausgehen dürfen, dass Updates, die den Charakter des Games nicht erheblich verändern, auf keinen Fall wie ein gesondertes Werk zu behandeln sind. Eine Kulturerbeeinrichtung wird zB nicht eine ältere Version des Spiels „StarCraft 2“, das seit 2010 erfolgreich auch als eSport gespielt wird, anbieten können, soweit eine aktuelle Version noch erhältlich ist.

Ob dies auch dann gilt, wenn durch ein Update oder einen DLC der Charakter des Games erheblich verändert wird, zB durch erhebliche neue Inhalte, dürfte zumindest fraglich sein. Diese Frage wurde auch bereits für Folgeauflagen aufgeworfen, soweit sich der Inhalt später erheblich von der Ursprungsausgabe unterscheidet, zB weil diese veraltet ist.<sup>18</sup> Der Hinweis in der Richtlinie auf verschiedene Schnittfassungen eines Films, die auch neue Szenen und Handlungen enthalten können, deutet aber darauf hin, dass auch dann ein Werk nicht als „nicht verfügbar“ gelten dürfte, wenn zumindest eine aktuelle Version verfügbar ist und im Vergleich zur älteren Version nicht nur unerhebliche, inhaltliche Unterschiede bestehen.

#### b) Kulturerbeeinrichtung

Der Begriff der Kulturerbeeinrichtung ist in § 60d Abs. 3 Nr. 1 UrhG legaldefiniert und umfasst Museen, Bibliotheken, Archive und Einrichtungen des Film- oder Tonerbes, wobei dazu auch Rundfunkanstalten gehören sollen.<sup>19</sup> Im Bereich der Games dürfte wohl die ICS als eine solche Kulturerbeeinrichtung anzusehen sein. Daneben hat auch das Deutsche Literaturarchiv Marbach mit dem Aufbau einer Computerspielesammlung begonnen.<sup>20</sup>

#### c) Registerinformation

Soweit eine Kulturerbeeinrichtung mit angemessenem Aufwand vergeblich versucht hat, ein Werk über die üblichen Vertriebswege zu beziehen, wird nach § 52b Abs. 2 VGG unwiderprüflich vermutet, dass ein Werk nicht verfügbar ist. Ein solcher Aufwand sollte allerdings auch dokumentiert werden.

Im Anschluss an die Feststellung, dass ein Werk nicht verfügbar ist, und während der gesamten Dauer der Nutzung, hat die Einrichtung gem. § 61d Abs. 3 UrhG im Register über vergriffene Werke beim EUIPO über die Nutzung des Werks zu informieren. In § 1 Abs. 1 NwVV wird konkretisiert, dass dabei die Werkart, der Werktitel (so bekannt), die (Mit-)Urheber, sonstige Rechteinhaber und bei veröffentlichten Werken das Jahr und ggf. ein Ort der Veröffentlichung anzugeben ist.

Im Fall eines Games dürfte die Angabe der Urheber wohl jede Kulturerbeeinrichtung vor eine fast unüberbrückbare Herausforderung stellen, da die Frage der Urheberschaft am Gesamtwerk bei zT mehreren Hundert Mitarbeitern, kaum beantwortet werden kann. Wie im Bereich der Filmurheberschaft kommt es dabei darauf an, wer das Gesamtwerk entscheidend geprägt

<sup>14</sup> BeckOK UrhR/Freudenberg, VGG § 52b Rn. 3.

<sup>15</sup> Erwägungsgrund 38 S. 3, 5 DSM-RL; BeckOK UrhR/Freudenberg, VGG § 52b Rn. 9, 10.

<sup>16</sup> Wandtke/Bullinger, UrhR/Staats, 6. Aufl. 2022, VGG § 52b Rn. 10; De la Durantaye/Kuschel ZUM 2019, 694 (696).

<sup>17</sup> Wandtke/Bullinger, UrhR/Staats, 6. Aufl. 2022, VGG § 52b Rn. 13; Dreier/Schulze, UrhR/Raue, 7. Aufl. 2022, VGG § 52b Rn. 4.

<sup>18</sup> Dreier/Schulze, UrhR/Raue, 7. Aufl. 2022, VGG § 52b Rn. 3.

<sup>19</sup> Wandtke/Bullinger, UrhR/Bullinger, 6. Aufl., UrhG § 60d Rn. 20; Dreier/Schulze, UrhR/Dreier, 7. Aufl. 2022, UrhG § 60d Rn. 6.

<sup>20</sup> Abrufbar unter: <https://www.dla-marbach.de/bibliothek/computerspiele/>.

hat<sup>21</sup>, was meist nur mit erheblichem Insiderwissen über die konkrete Produktion ermittelt werden kann.

Da eine solche Angabe ggf. auch bei unveröffentlichten Werken zu erheblichen Problemen führen kann und die Angabe auch im Gesetz nicht vorgesehen ist, darf man daher wohl davon ausgehen, dass die Angabe der (Mit-)Urheber auch unterbleiben kann, soweit diese nicht bekannt sind. Dem trägt auch die Formulierung „soweit möglich“ in der NvWV-Rechnung.

Zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses befand sich noch kein einzelnes Game und keine Software im Register des EUIPO.

#### d) Erlaubte Nutzungshandlungen

Nach § 61d Abs. 1 UrhG ist den Kulturerbeeinrichtungen die Vervielfältigung (auch durch Dritte) und die öffentliche Zugänglichmachung erlaubt. Dies erklärt sich durch die Intention des Gesetzgebers den Aufbau von digitalen Kulturerbearchiven zu ermöglichen, die über das Internet für die Öffentlichkeit abrufbar sind. Dabei gilt die Einschränkung, dass der Zugang nicht über „kommerzielle Internetseiten“ erfolgen darf. Als „kommerziell“ gilt eine Webseite laut amtlicher Begründung auch dann, wenn das Angebot kostenlos ist, aber über Werbung eine Gewinnerzielungsabsicht besteht.<sup>22</sup>

Da die öffentliche Zugänglichmachung von Software und insbesondere auch Games häufig nicht ohne Weiteres möglich ist, wurden darüber hinaus auch die Vorschriften über Computerprogramme in § 69d Abs. 7 UrhG ergänzt. Danach sind neben der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung auch die Nutzungen nach § 69c Nr. 2 UrhG, also die Übersetzung, die Bearbeitung, das Arrangement und andere Umarbeitungen sowie die Vervielfältigung der erzielten Ergebnisse zulässig. Diese sehr weitgehenden Bearbeitungsrechte für Software tragen der o.g. rasanten Entwicklung im Bereich Software und Games Rechnung.

Ausweislich der amtlichen Begründung hatte der Gesetzgeber dabei sogar konkret Games im Blick, so zB die Umarbeitung eines Games, damit dieses von einem Computerspielmuseum über einen Browser verbreitet werden kann.<sup>23</sup> So wird es den Kulturerbeeinrichtungen ermöglicht auch solche Spiele auf modernen Browsern oder über Streaming-Technologie zugänglich zu machen, die technisch bisher darauf nicht ausgelegt waren oder sogar auf heutigen Systemen gar nicht lauffähig wären.

Liegt ein Quellcode – wie wohl üblicherweise anzunehmen – nicht vor, so ist gem. § 69e Abs. 1 UrhG sogar eine Dekompilierung durch die Kulturerbeeinrichtung oder einen von ihr beauftragten Dritten zulässig.

#### e) Widerspruchsrecht

Die Urheber und die Inhaber exklusiver Nutzungsrechte<sup>24</sup> können jederzeit einer Nutzung gegenüber dem EUIPO nach § 61d Abs. 2 UrhG widersprechen. Ein solcher Widerspruch entfaltet lediglich Ex-nunc-Wirkung und führt auch nicht entgegen den

ursprünglichen Gesetzentwürfen für vergangene Nutzung zu einer Vergütungspflicht.<sup>25</sup> Bereits erstellte Vervielfältigungen bleiben daher rechtmäßig, allerdings darf eine öffentliche Zugänglichmachung danach nicht mehr erfolgen.

### 3. Alternative Lösungen

Neben der Nutzung der gesetzlichen Erlaubnis ist es Kulturerbeeinrichtungen auch möglich auf freiwilliger Basis Vereinbarungen mit Rechteinhabern über die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung ihrer Werke zu schließen. Da diese in den meisten Fällen auch über einen Zugang zu den Quellcodes und technischen Schnittstellen der Games verfügen, könnte dies die Arbeit von Kulturerbeeinrichtungen erheblich vereinfachen. Die ICS hat in einer ersten Phase bereits mit Unterstützung des game – Verband der deutschen Games-Branche e.V. begonnen, für den Aufbau einer Datenbank entsprechende Vereinbarungen mit Rechteinhabern hinsichtlich einzelner Werkbestandteile wie zB Cover, Screenshots oder Trailern abzuschließen. Solche kooperativen Modelle sind grundsätzlich der Anwendung der gesetzlichen Ausnahmen vorzuziehen, da sie den Aufwand auch auf Seiten der Kulturerbeeinrichtungen erheblich reduzieren können. Außerdem entsprechen solche vertraglichen Vereinbarungen am ehesten dem Leitbild des Urheberrechts.

### V. Fazit

Die Neuregelungen für nicht mehr verfügbare Werke dürften auf mittlere Sicht ein wirksames Alternativinstrumentarium zur individuellen Lizenzierung darstellen. Ob sich die neue VHG zukünftig auch die Rechte zur Lizenzierung vergriffener Werke zur Wahrnehmung einräumen lassen wird, ist heute nicht abschätzbar. Kulturerbeeinrichtungen wie die ICS dürften allerdings nunmehr die Chance haben unter Nutzung der neuen Regelungen künftig eine technische und organisatorische Struktur aufzubauen, um Games auch dann noch zugänglich zu machen, wenn die kommerzielle Auswertung eingestellt wurde, wie es der Sinn und Zweck einer Kulturerbeeinrichtung ist.

#### Schnell gelesen ...

- Mangels einer Verwertungsgesellschaft, die die Rechte an vergriffenen Werken wahrnimmt, werden Kulturerbeeinrichtungen mittelfristig auf die gesetzlich erlaubten Nutzungen im Urhebergesetz zurückgreifen müssen.
- Eine Auswertung von vergriffenen Spielen gegen den Willen von exklusiven Rechteinhabern ist auf Grund des jederzeitigen Widerspruchsrechts nicht möglich.
- Durch die Sonderregelungen für Computerprogramme ist auch eine Anpassung alter Games an aktuelle Hard- und Software durch Kulturerbeeinrichtungen möglich.
- Ein Game ist idR nicht vergriffen, wenn zwar alte Versionen nicht mehr verfügbar sind, eine aktuelle Version jedoch erhältlich ist.
- Die Regelungen zu verwaisten Werken dürften auf Grund des Rechercheaufwands auch wegen deutlich geringerer Anforderungen an die Nutzung von nicht verfügbaren Werken keine Rolle mehr spielen.



Kai Bodensiek

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

<sup>21</sup> Löwenheim, HdB des Urheberrechts/Schwarz/Reber, 3. Aufl. 2021, § 12 Rn. 19 ff.; Brauner/Brauneck, Angemessene Vergütung von Urhebern und Künstlern/Oehler, 2022, Kapitel 6 Rn. 60 ff.

<sup>22</sup> Amtl. Begr. BT-Drs. 19/27426, 101.

<sup>23</sup> Amtl. Begr. BT-Drs. 19/27426, 107.

<sup>24</sup> Wandtke/Bullinger, UrhR/Staats, 6. Aufl., UrhG § 61d Rn. 23; Freischem/Würtenberger GRUR 2022, 1572.

<sup>25</sup> Wandtke/Bullinger, UrhR/Staats, 6. Aufl., UrhG § 61d Rn. 24; Dreier/Schulze, UrhR/Raue, 7. Aufl. 2022, UrhG § 61d Rn. 10.

# Games im „Age of UrhDaG“

Wie das UrhDaG die Durchsetzung von Rechten an Games verändern wird

Urheberrechtliche Verantwortlichkeit

Das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) regelt die urheberrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Content-Sharing-Plattformen neu. Das betrifft auch die Inhaber urheberrechtlicher Verwertungsrechte an Games. Im Regelfall sind das die Publisher. Gerade in der Games-Branche hat sich in den letzten Jahren aber ein kreativer, eigener Umgang mit den Schutzgegenständen etabliert. Die Duldung von Let's Plays und

anderen Nutzerinhalten greift zB nicht auf klassische Kategorien des Urhebervertragsrechts zurück. Der Beitrag untersucht, inwieweit das branchenübliche Rechtemanagement von Rechten an Games durch das UrhDaG unterstützt werden kann und inwiefern sich die Durchsetzung der Ausschließlichkeitsrechte durch das UrhDaG verändert. **Lesedauer: 21 Minuten**

## I. Einleitung

Das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG)<sup>1</sup> ist nun zwei Jahre alt. Viel Staub hat sich gelegt, es geht nun darum, die praktischen Auswirkungen der deutschen Umsetzung von Art. 17 DSM-RL zu evaluieren. Neben vielen anderen Zweigen der Kreativwirtschaft betrifft das auch die Games-Branche. Hier halten im Regelfall Games-Publisher die ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte zur Verwertung der Videospiele. Ihre Rechte versuchen sie zum einen vor allem gegen illegale Sharehoster durchzusetzen, auf denen Raubkopien der Videospiele öffentlich angeboten werden.

Zum anderen spielt aber auch der Umgang mit Let's Plays und Walkthroughs eine große Rolle. Hierbei handelt es sich um nutzergenerierte Videoreproduktionen von Games, im Rahmen derer sich Nutzer beim Spielen des Videospieles selbst filmen, also die Interaktion mit dem Spiel aufzeichnen und dies gleichzeitig kommentieren.<sup>2</sup> Die Inhalte sind typischerweise so aufbereitet, dass man sowohl den Spielinhalt (Bildschirmaufzeichnung) als auch den Spielenden sehen kann (Facecam-Aufzeichnung).<sup>3</sup> Sie können außerdem nicht-kommerzieller Natur sein, werden uU aber auch von kommerziell tätigen Games-Influencern produziert. Nach bisheriger Rechtspraxis erteilen Publisher für die öffentliche Wiedergabe von Let's Plays ganz überwiegend keine dinglichen Nutzungsrechte.<sup>4</sup> Da Publisher aber dennoch ein Interesse daran haben, dass ihre Games in qualitativ hochwertigen Let's Plays gezeigt und damit letztendlich auch auf dem Markt bekannt gemacht werden, sind dennoch Duldungserklärungen oder ähnliche Formen der Gestattung branchenüblich.<sup>5</sup> Mit ihnen erlauben die Publisher die öffentliche Wiedergabe von Let's Plays, insofern festgelegte Rahmenbedingungen eingehalten werden. Hierzu gehört häufig die „angemessene Verwendung“ des Spielmaterials. Die Duldung entfaltet aus urheberrechtlicher Perspektive keine echte Erlaubniswirkung. Publisher behalten sich vielmehr vor, jederzeit im Einzelfall gegen unangemessene Nutzungen ihrer Games in Let's Play-Videos vorzugehen und die Duldung zu widerrufen.<sup>6</sup>

Der Beitrag untersucht, inwieweit das illegale Sharehosting von Games und der Umgang mit nutzergenerierten Games-Inhalten vom Inkrafttreten des UrhDaG betroffen sind. Insbesondere im Hinblick auf den Umgang mit Let's Plays und anderen Nutzerinhalten stellt sich die Frage, ob die branchenübliche Praxis durch die neuen Durchsetzungsmechanismen des UrhDaG abgesichert werden kann. Der Blick soll aber auch auf alternative Konzepte im Umgang mit urheberrechtsbeeinträchtigenden Nutzerinhalten geworfen werden, die durch das UrhDaG ermöglicht werden. Hat das UrhDaG die Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten an Games verändert?

## II. Überblick über die Regelungen des UrhDaG

Um die aufgeworfenen Fragen beantworten zu können, sollen die wesentlichen Regelungen des UrhDaG noch einmal kurz in Erinnerung gerufen werden. Das UrhDaG – das eigenständige „Stammgesetz“ zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL (RL 2019/790/EU) – konstituiert eine eigene öffentliche Wiedergabehandlung ausgewählter Plattformbetreiber. Gem. § 1 Abs. 1 UrhDaG nehmen sie eine eigenständige urheberrechtliche Nutzungshandlung vor, sie werden damit im Umkehrschluss auch zum Täter einer möglichen Urheberrechtsverletzung. Zweck dieser Regelung ist, den Value Gap, also die Auswertungslücke zwischen Plattformbetreiber und Rechteinhabern zu schließen, die entsteht, weil Plattformbetreiber mitunter wirtschaftlich erheblich von der öffentlichen Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte auf ihrer Plattform profitierten, während Rechteinhaber an diesem Erfolg kaum partizipieren konnten.<sup>7</sup>

Diensteanbieter, also Plattformbetreiber, die in den Anwendungsbereich des UrhDaG fallen (§ 2 UrhDaG), können allerdings auch eine Haftungsexkulpation erreichen. Notwendig hierfür ist gem. § 1 Abs. 2 UrhDaG, dass sie nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards ihre Pflichten aus § 4 und §§ 7 bis 11 UrhDaG erfüllen.

Zu diesen Pflichten gehört u.a. eine Lizenzierungsobliegenheit, die in § 4 UrhDaG verankert ist.<sup>8</sup> Danach sind Diensteanbieter verpflichtet, „bestmögliche Anstrengungen“ zu unternehmen, um die erforderlichen Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe zu erwerben. Kommt es zum Lizenzabschluss, wirkt diese Lizenz auch zu Gunsten solcher Plattformnutzer, die mit dem Upload urheberrechtlich geschützter Inhalte keine er-

<sup>1</sup> Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz v. 31.5.2021, BGBl. I 1204, 1215.

<sup>2</sup> Hentsch/Falk, HdB Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 5; vgl. auch Rauda MMR 2023, 619 ff. – in diesem Heft.

<sup>3</sup> Hentsch/Falk, HdB Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 5.

<sup>4</sup> Hentsch/Falk, HdB Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 34; zur Lizenzverzeichnis für Let's Plays des game-Verbands s. unter: <https://www.game.de/themen/lizenzverzeichnis-fuer-lets-plays>.

<sup>5</sup> Hentsch/Falk, HdB Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 35 ff.

<sup>6</sup> Hentsch/Falk, HdB Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 37.

<sup>7</sup> BT-Drs. 19/27426, 62; vgl. Erwägungsgrund 61 DSM-RL; BeckOK Urheberrecht/Oster, 37. Ed. 1.2.2023, UrhDaG § 1 Rn. 5; zum Begriff und im Weiteren kritisch außerdem Wimmers/Barudi GRUR 2017, 327 (328).

<sup>8</sup> BeckOK Urheberrecht/Oster, 37. Ed. 1.2.2023, UrhDaG § 4 Rn. 18; Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz/Raue, 7. Aufl. 2022, UrhDaG § 4 Rn. 1; Klass ZRP 2021, 74 (75); Metzger/Pravemann ZUM 2021, 288 (291); Spindler CR 2017, 277 Rn. 51; Wandtke/Hauck ZUM 2020, 671 (675); Kaesling/Kapp MMR 2021, 11 (12); BT-Drs. 19/27426, 134; krit. aber Hofmann ZUM 2020, 665 (667); Hofmann NJW 2021, 1905 Rn. 9; aA außerdem Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar Urheberrecht/Rauer, 6. Aufl. 2022, UrhDaG § 4 Rn. 9.

heblichen Einnahmen erzielen (§ 6 Abs. 1 UrhDaG). Diese Inhalte müssen infolgedessen auch nicht mehr vom Diensteanbieter blockiert werden.

Für alle anderen Inhalte – oder wenn keine Nutzungsrechte erworben werden – gilt, dass Diensteanbieter insbesondere eine qualifizierte Blockierungspflicht (§ 7 UrhDaG) erfüllen müssen. Sie wirkt vor allem generell-präventiv und kann faktisch nur durch automatisierte Upload-Filter realisiert werden.<sup>9</sup> Damit Diensteanbieter den Upload von Schutzgegenständen blockieren müssen, sind von den Schutzrechtsinhabern zunächst die hierfür notwendigen Informationen zu übermitteln.<sup>10</sup> Eine vollständig proaktive Blockierungspflicht gibt es nicht.

Für urheberrechtsverletzende Inhalte, die trotz der Filtermaßnahmen nicht blockiert werden konnten, oder wenn keine qualifizierte Blockierung des Werks beantragt ist, können Rechteinhaber in jedem Einzelfall schließlich auch eine einfache Blockierung des konkreten rechtsverletzenden Inhalts verlangen (§ 8 UrhDaG). Mit ihrer Hilfe wird also eine konkrete Rechtsverletzung beendet.

Das UrhDaG sieht aber auch verschiedene Instrumente zum Schutz der Nutzergrundrechte vor. Hierzu gehört vor allem, dass beim Einsatz automatisierter, qualifizierter Filtertechnologien sog. mutmaßlich erlaubte Nutzungen nicht blockiert, sondern zunächst öffentlich wiedergegeben werden müssen (§ 7 Abs. 2 S. 2, §§ 9 bis 11 UrhDaG). Diensteanbieter können diese Wiedergabe beenden, wenn sie ein Beschwerdeverfahren gem. § 14 UrhDaG einleiten und dabei die Urheberrechtswidrigkeit des Inhalts festgestellt wird.

Das UrhDaG findet schließlich nicht nur auf originäre Urheberrechte, sondern auch auf verwandte Schutzrechte Anwendung (§ 21 UrhDaG), wie zB die Leistungsschutzrechte der Film- und Tonträgerhersteller (§§ 85, 94 UrhG). Auch die Inhaber dieser Rechte können also insbesondere die qualifizierte Blockierung ihrer Inhalte gem. § 7 UrhDaG verlangen.

### III. Durchsetzung von Games-Rechten und das UrhDaG

Wie nachfolgend aufgezeigt, bringen die Regelungen des UrhDaG verschiedene Veränderungen bei der Durchsetzung von urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten an Games mit sich.

#### 1. Vorgehen gegen illegale Sharehoster

Zu den wohl größten Herausforderungen für Rechteinhaber der Games-Branche zählen illegale Sharehoster, die häufig Kopien ganzer Bibliotheken von Videospielen illegal zum Download anbieten. Das geltende Urheberrecht macht es den Rechteinhabern dabei schwer, gegen die Uploader der rechtsverletzenden Kopie vorzugehen. Grund hierfür ist zB der Auskunftsanspruch gegen die Intermediäre aus § 101 UrhG, der weder die E-Mail noch die IP-Adresse oder Telefonnummer der Nutzer des Hosting-Dienstes (hier: des Sharehosters) umfasst.<sup>11</sup> Häufig werden

auch aufwändige Verschleierungstechniken angewandt. Ziel der Games-Publisher ist es deswegen oft, gegen die Sharehoster selbst vorzugehen, um den urheberrechtswidrigen Nutzer-Upload zu beenden und Sharehoster insbesondere auch zu verpflichten, proaktive Sicherungsmechanismen gegen Rechtsverletzungen auf ihren Plattformen vorzusehen. Die Inanspruchnahme der Sharehoster gestaltete sich aber bereits im Grundsatz schwierig, da sie als intermediäre Marktakteure nur bei Erfüllung erhöhter Voraussetzungen für urheberrechtsverletzende Nutzer-Uploads von Games-Inhalten in Anspruch genommen werden können.<sup>12</sup>

Das Vorgehen gegen illegale Sharehoster wird im Grundsatz auch nicht durch das UrhDaG vereinfacht. Zwar sieht der im UrhDaG vorgesehene Regelungsmechanismus verschärfte Pflichten vor, die zur Erreichung der urheberrechtlichen Haftungsexkulpation erfüllt werden müssen. Diensteanbieter sind insbesondere gem. § 1 Abs. 2, § 7 UrhDaG verpflichtet, qualifizierte Blockierungsmaßnahmen zu ergreifen, mit denen insbesondere die öffentliche Wiedergabe rechtsverletzender Inhalte wie Raubkopien von Games von vornherein, also ex ante, unterbunden werden sollen. Im Rahmen dieser qualifizierten Blockierungspflicht müssten Sharehoster demnach dafür Sorge tragen, dass Raubkopien von Games bereits nicht über ihre Plattform der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden.

Damit insbesondere Publisher, aber auch alle anderen Rechteinhaber an Games-Rechten von den besonderen Durchsetzungsmechanismen des UrhDaG gegen illegales Filesharing von Raubkopien profitieren können, müssen die betreffenden Sharehoster aber in den Anwendungsbereich der Regelung fallen. Dieser ist in § 2 UrhDaG definiert und umfasst Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, deren Hauptzweck es ausschließlich oder zumindest auch ist, eine große Menge an von Dritten hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Inhalten zu speichern und öffentlich zugänglich zu machen. Damit sich Sharehoster als Diensteanbieter iSd UrhDaG qualifizieren, müssen sie die hochgeladenen Nutzerinhalte auch organisieren und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewerben. Schließlich ist auch ein Konkurrenzverhältnis zu anderen Online-Inhaltediensten um dieselbe Zielgruppe notwendig.

Sharehoster, die allein zum Teilen von Raubkopien von Games genutzt werden, verfolgen nunmehr zwar den Hauptzweck, zumindest auch urheberrechtlich geschütztes, von Nutzern hochgeladenes Material in großem Umfang zu speichern und öffentlich zugänglich zu machen. Typischerweise findet aber keine Organisation und Bewerbung der Inhalte statt. Klassische Sharehoster sind also keine Diensteanbieter iSv § 2 UrhDaG.<sup>13</sup> Deswegen fallen die Sharehoster, auf denen illegalen Games-Raubkopien angeboten werden, nicht in den Anwendungsbereich des UrhDaG.

Hieraus folgt, dass die Publisher bei der Durchsetzung ihrer urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte an Games gegen Sharehoster nicht auf die Rechtsinstrumente des UrhDaG zurückgreifen können. Von den mit dem UrhDaG einhergehenden verbesserten Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten können die Rechteinhaber an Games daher in diesem Fall nicht profitieren.

Dies gilt auch dann, wenn es Hauptzweck der Sharehoster ist, Urheberrechtsverletzungen der Nutzer zu ermöglichen oder zu erleichtern. Zwar sieht § 1 Abs. 4 UrhDaG für solche Diensteanbieter Haftungsverschärfungen vor. Diensteanbieter, die unter diese Regelung fallen, können sich zB nicht durch die Implementierung von Blockierungsmaßnahmen von ihrer urheberrecht-

<sup>9</sup> EuGH MMR 2022, 544 Rn. 54 – Upload-Filter; für die Lit. zB Dreier GRUR 2019, 771 (776); Hofmann GRUR 2019, 1219 (1220); Pravemann GRUR 2019, 783 (784); Senftleben ZUM 2019, 369 (371); Spindler CR 2019, 285 Rn. 53; Volkman CR 2019, 376 Rn. 2.

<sup>10</sup> Zur Frage, welche Informationen hierfür im konkreten Fall zu übermitteln sind, s. Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 13. Aufl., UrhDaG § 7 – im Erscheinen.

<sup>11</sup> EuGH MMR 2020, 676 mAnm Neubauer – YouTube-Drittauskunft.

<sup>12</sup> Vgl. zu diesen Voraussetzungen, die auch nach den verschiedenen Arten von intermediären Marktteilnehmern differenzieren Hentsch/Falk, HdB Games und Recht/Waiblinger/Pukas, 2022, § 20 Rn. 63 ff.; außerdem Fromm/Nordemann, Urheberrecht/J. B. Nordemann, 12. Aufl. 2018, UrhG § 97 Rn. 148a ff., 154 ff.

<sup>13</sup> Wie hier auch Dreier/Schulze, Urheberrecht/Raue, 7. Aufl. 2022, UrhDaG § 2 Rn. 16.

lichen Verantwortlichkeit freistellen. Die Regelung gilt allerdings nur für Diensteanbieter, sodass sie auf klassische Sharehoster, die bereits nicht in den Anwendungsbereich des UrhDaG fallen, keine Anwendung finden kann.

Unabhängig von den Rechtsentwicklungen im Bereich des UrhDaG sind beim Vorgehen gegen illegale Sharehoster aber die neuen Rechtsentwicklungen im urheberrechtlichen Haftungsregime für sonstige Host-Provider im Auge zu behalten.<sup>14</sup> Denn auch sonstige Host-Provider – dh Host-Provider, die nicht in den Anwendungsbereich des UrhDaG fallen – müssen geeignete technische Maßnahmen ergreifen, wenn sie wissen, dass ihre Plattform durch Nutzer im Allgemeinen für Urheberrechtsverletzungen genutzt wird.<sup>15</sup> Bei Plattformen, die Nutzer-Uploads in großem Umfang bereitstellen, spricht die Lebenserfahrung außerdem dafür, dass im Allgemeinen auch Urheberrechtsverletzungen begangen werden. Dies führt für große Sharehosting-Anbieter zu einer Vermutung für die haftungsbegründende notwendige Kenntnis.<sup>16</sup> Von ihnen werden demzufolge auch ohne Anwendung des UrhDaG geeignete technische Maßnahmen zum Schutz vor Urheberrechtsverletzungen verlangt werden können. Diese Maßnahmen müssen auch präventiv sein.<sup>17</sup> Auch wenn sich die Rechtsprechung hier noch nicht weiter konkretisiert hat, kann man wohl davon ausgehen, dass für solche Sharehoster die Implementierung von mit dem qualifizierten Blockierungsmechanismus vergleichbaren Maßnahmen notwendig sein wird. Auch für nicht unter das UrhDaG fallende Sharehoster hat damit eine Verschärfung der urheberrechtlichen Haftung stattgefunden. Hiervon profitieren im Grundsatz auch Publisher von Games.

## 2. „Qualifizierte Blockierung“ von Games-Inhalten

Auch wenn das UrhDaG Rechteinhaber nicht beim Vorgehen gegen Sharehoster unterstützen kann, über die illegale Kopien von Games verbreitet werden, könnten sich auf sekundärer Ebene dennoch Auswirkungen beim Umgang mit Let's Plays und ähnlichen Inhalten ergeben.

Da Let's Plays im Regelfall auf Plattformen wie Twitch, YouTube oder Vimeo, also Online-Plattformen für das Teilen von urheberrechtlich geschützten Inhalten durch Nutzer-Uploads zugänglich gemacht werden, ist das UrhDaG im Kontext der Rechtsdurchsetzung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte in diesen Fällen anwendbar. Denn Plattformen wie YouTube oder Vimeo sind typische Anwendungsfälle von Diensteanbietern iSd UrhDaG.

Herzstück des UrhDaG bildet die qualifizierte Blockierungspflicht der Diensteanbieter (§ 7 UrhDaG). Der Regelung liegt ein genereller Gedanke zu Grunde: Wollen Publisher die urheberrechtsverletzende öffentliche Wiedergabe von Inhalten aus ihren Videospielen verhindern, können sie beim Diensteanbieter ein qualifiziertes Blockierungsverlangen stellen. Nach Übermittlung der hinreichenden Informationen ist er verpflichtet, urheberrechtsverletzende Nutzer-Uploads zu beenden und zu verhindern, dass es künftig zu urheberrechtsverletzenden Uploads der geschützten Videospiel-Inhalte durch Nutzer kommt. Die qualifizierte Blockierungspflicht normiert damit ein – aus regulatorischer Perspektive – wirksames Instrument, um gegen eine Vielzahl von rechtsverletzenden Nutzer-Uploads vorzugehen.

Allerdings kann iRd qualifizierte Blockierungspflicht nicht zwischen gewünschten und „unangemessenen“ Verwendungen, zB der Erläuterung von Hacks und Cheats, differenziert werden. Das Gesetz kennt lediglich eine Unterscheidung zwischen urheberrechtswidrigen und urheberrechtskonformen Nutzer-Uploads, wobei letztere nicht blockiert werden dürfen (vgl. § 7 Abs. 2 UrhDaG). Wollen Publisher beim Umgang mit Let's Plays

hiervon abweichende Kriterien aufstellen – marktüblich ist zB, Let's Plays auf nicht-kommerzielle Zwecke zu beschränken, die Verlinkung des Publishers vorauszusetzen oder Let's Plays nur unter der Prämisse zu erlauben, dass keine Cheats gezeigt werden,<sup>18</sup> können diese Kriterien nicht durch die qualifizierte Blockierungspflicht des UrhDaG abgebildet werden. Entweder stellen Publisher damit ein qualifiziertes Blockierungsverlangen, in dessen Folge urheberrechtsverletzende Let's Plays blockiert werden, oder sie verzichten hierauf, wodurch sie allerdings nicht von der generell-präventiven Wirkung des qualifizierten Blockierungsmechanismen profitieren können. Hieraus folgt daher, dass die qualifizierte Blockierungspflicht aus § 7 UrhDaG nicht geeignet ist, jedenfalls die marktübliche Strategie beim Umgang mit Let's Plays abzubilden.

Anderes könnte lediglich für das Flagging potenziell rechtmäßiger Inhalte durch die Plattformnutzer, also durch die Uploader von Let's Plays, gelten. Laden Nutzer auf Online-Plattform insbesondere Videos hoch, die ein Werk maximal zur Hälfte enthalten und es mit anderen Inhalten kombinieren, können sie ihren Upload gem. § 11 UrhDaG als gesetzlich erlaubt kennzeichnen (vgl. § 9 UrhDaG). Voraussetzung dafür ist aber, dass die Nutzer nach Analyse ihres eigenen Inhalts davon ausgehen, dass es sich um eine urheberrechtskonforme Nutzung handelt, weil eine urheberrechtliche Schrankenbestimmung (§§ 44a ff. UrhG) Anwendung finden kann. Folge der Kennzeichnung einer Nutzung als erlaubt ist, dass widerleglich vermutet wird, dass der Nutzer-Upload gesetzlich erlaubt ist (§ 9 Abs. 2 UrhDaG). Damit dürfen Diensteanbieter die Inhalte zunächst nicht blockieren. Sie sind vielmehr öffentlich wiederzugeben, bis ein vom Rechtsinhaber eingeleitetes Beschwerdeverfahren die Vermutungsregel widerlegen konnte (§ 9 Abs. 1 UrhDaG). Die gesetzliche Privilegierung zu Gunsten mutmaßlich erlaubter Nutzungen, deren Unionsrechtskonformität im Übrigen zweifelhaft, jedenfalls hinsichtlich der §§ 9 bis 11 UrhDaG aber zu bejahen ist,<sup>19</sup> führt also zu einer Umkehr der Aktionslast, die in Folge nunmehr wieder den Rechteinhabern obliegt.

Flaggen Plattformnutzer ihre öffentlich verfügbar gemachten Let's Plays als gesetzlich erlaubt (§ 11 UrhDaG), werden die Inhalte demzufolge trotz eines qualifizierten Blockierungsverlangens zunächst öffentlich wiedergegeben. Dies gilt auch, wenn die Nutzung tatsächlich rechtswidrig ist, zB, weil die Voraussetzungen einer urheberrechtlichen Schranke nicht gegeben sind. In einem zweiten Schritt obliegt es nun den Publishern, gegen einen Nutzer-Upload im Einzelfall Beschwerde einzuleiten (§ 14 UrhDaG), oder nicht. Die Entscheidung hierüber steht allein im Ermessen des Rechtsinhabers, das UrhDaG macht hierzu keinerlei Vorgaben. Sie könnte daher davon abhängig gemacht werden, ob die von Nutzern produzierten Inhalte „angemessen“ iSd nach bisheriger Rechtspraxis erklärten Duldungserklärungen sind und daher ein hinzunehmender Urheberrechtsverstoß vorliegt, oder nicht.

Wird dennoch eine qualifizierte Blockierung urheberrechtsverletzender Let's Plays, Walkthroughs und anderer Nutzerinhalte

<sup>14</sup> Die Rspr. EuGH MMR 2021, 705 – YouTube und Cyando sowie die Folgeentscheidungen BGH MMR 2022, 870 – YouTube II; BGH MMR 2022, 879 – uploaded II; BGH MMR 2022, 881 – uploaded III; dazu insgesamt s. Nordemann ZUM 2022, 806 ff.

<sup>15</sup> EuGH MMR 2021, 705 Rn. 102 – YouTube und Cyando.

<sup>16</sup> Nordemann ZUM 2022, 806 (811).

<sup>17</sup> BGH MMR 2021, 870 Rn. 88 – YouTube II; BGH MMR 879 Rn. 33 – uploaded II; im Weiteren vgl. Nordemann ZUM 2022, 806 (811).

<sup>18</sup> Vgl. dazu beispielhaft Hentsch/Falk, HdB Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 44 ff.

<sup>19</sup> Dazu s. insgesamt Dreier/Schulze, Urheberrecht/Specht-Riemenschneider, 7. Aufl. 2022, UrhDaG § 9 Rn. 3 mwN; außerdem Hofmann GRUR 2021, 895 (903); Metzger/Pravemann ZUM 2021, 288 (294); Conrad/Nolte ZUM 2021, 111 (120 f.).

angestrebt, muss schließlich auch die begrenzte technische Wirksamkeit der Blockierungsmechanismen im Bereich audiovisueller Inhalte berücksichtigt werden. Denn die Videoinhalte werden üblicherweise auf Basis durchschnittlicher Helligkeitswerte miteinander verglichen und ab einem vordefinierten Ähnlichkeitswert zum Originalinhalt blockiert.<sup>20</sup> Gerade wenn Games verschiedene Blickperspektiven ermöglichen, insbesondere wenn es sich um Open-World-Titel handelt, sind die möglichen audiovisuellen Aufnahmen so vielfältig, dass Übereinstimmungen zwischen einer Referenzdatei und dem Nutzerinhalt auf Basis durchschnittlicher Helligkeitswerte nur schwerlich festzustellen sein dürften. Die Blockierung von Standbildern aus Videos ist nach aktuellem Stand der Technik zudem nicht verlässlich möglich.<sup>21</sup> Publisher müssen demzufolge derzeit wohl noch davon ausgehen, dass das Gros der Nutzervideos nicht von den Filtermechanismen erfasst werden kann.<sup>22</sup>

### 3. Notice-and-Take-down rechtswidriger Inhalte nach Inkrafttreten des UrhDaG

Das UrhDaG sieht neben dem qualifizierten Blockierungsmechanismus auch eine sog. „einfache“ Blockierung rechtmäßiger Inhalte vor. Sie findet in § 8 UrhDaG ihre Grundlage. Die Regelung enthält ein Notice-and-Take-down-Verfahren,<sup>23</sup> welches gegen konkrete urheberrechtsverletzende Nutzer-Uploads eingeleitet werden kann. Dieses Rechtsinstrument ist – ähnlich wie der klassische urheberrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch – speziell-repressiver Natur.

Damit Publisher die einfache Blockierung urheberrechtsverletzender Nutzer-Uploads auf Online-Plattformen der Diensteanbieter, zB urheberrechtsverletzende und nicht geduldete Let's Plays, erreichen können, müssen sie beim Diensteanbieter einen hinreichend begründeten Hinweis auf die Urheberrechtsverletzung abgeben und die Blockierung des konkreten Nutzer-Uploads verlangen (§ 8 Abs. 1 UrhDaG). Maßstab der Begründung ist, dass der Diensteanbieter den Urheberrechtsverstoß schnell und ohne weitere rechtliche Recherche erkennen kann. Beschränkt auf offensichtliche Rechtsverletzungen ist die einfache Blockierungspflicht hingegen nicht.<sup>24</sup> Ist ein geeignetes Blockierungsverlangen durch die Publisher gestellt worden, müssen die Diensteanbieter das Blockierungsverlangen unverzüglich, im Regelfall also binnen weniger Tage bis zu einer Woche, umsetzen.<sup>25</sup> Diensteanbieter müssen allerdings immer Gewähr dafür leisten, dass keine rechtmäßigen Nutzerinhalte gesperrt werden (§ 8 Abs. 2 UrhDaG). Nach wie vor ist deswegen die Anwendbarkeit urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen von großer Bedeutung. Insbesondere der neuen Schrankenbestimmung für Pastiche (§ 51a UrhG) könnte hier eine wichtige Rolle zukommen. Ein Eingreifen anderer Schranken bei Let's Plays und ähnliche Nutzerinhalte erscheint eher unwahrscheinlich.

Um gegen konkret rechtsverletzende Nutzer-Uploads auf Online-Plattformen wie YouTube, Vimeo oder Instagram vorzuge-

hen, müssen Publisher im Anwendungsbereich des UrhDaG nunmehr also auf die einfache Blockierung gem. § 8 UrhDaG zurückgreifen. Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass Diensteanbieter auch vor Inkrafttreten des UrhDaG als Host-Provider jedenfalls als Störer auf Beseitigung einer konkreten Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden konnten. Die Voraussetzungen waren dabei mit denen des § 8 UrhDaG vergleichbar.<sup>26</sup> Für Games-Publisher hat hier demzufolge keine substantielle Änderung der Durchsetzungsmöglichkeiten ihrer Ausschließlichkeitsrechte stattgefunden.

### 4. Lizenzierungspflicht der Diensteanbieter

Nicht nur durch die Einführung neuer Blockierungspflichten könnte das UrhDaG allerdings die praktische Durchsetzung urheberrechtlicher Verwertungsrechte an Games verändern. Auch die in § 4 UrhDaG geregelte Lizenzierungsobliegenheit könnte Einfluss auf die Durchsetzungsstrategie der Games-Publisher haben. Grund hierfür ist, dass Diensteanbieter von den Publishern bei Vorliegen der Voraussetzung des § 4 UrhDaG Nutzungsrechte an den Spieleinhalten erwerben müssen, um die haftungsfreistellende Wirkung des § 1 Abs. 2 UrhDaG zu erlangen. Erwerben Diensteanbieter solche urheberrechtlichen Nutzungsrechte, zB für die öffentliche Wiedergabe von audiovisuellen Spielsequenzen in Let's Plays von Plattformnutzern, wirkt diese Nutzungserlaubnis gem. § 6 Abs. 1 UrhDaG jedenfalls auch für all diejenigen Plattformnutzer, die mit dem Hochladen ihrer Inhalte keine erheblichen Einnahmen erzielen. Da die Wiedergabe der vom Lizenzvertrag umfassten Inhalte in diesen Fällen aus Nutzerperspektive nicht (mehr) rechtswidrig ist, darf auch keine Blockierung der Inhalte mehr stattfinden (§§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 UrhDaG). Besonders populäre Let's Player, die mit ihren Videos erhebliche Einnahmen erzielen, wären von solchen Vereinbarungen allerdings nicht umfasst.

Die marktübliche Flexibilität beim Umgang mit Let's Plays und Walkthroughs<sup>27</sup> könnte iRd Nutzungsrechtseinräumung an Diensteanbieter aber nur aufrechterhalten werden, insofern es möglich ist, die dingliche Einräumung der urheberrechtlichen Nutzungsrechte auf „angemessene“ Nutzungen, also zB solche Nutzungen, in denen keine Cheats vorgeführt werden, zu beschränken. Folge einer solchen Ausgestaltung der Nutzungsrechtseinräumung wäre, dass Publisher gegen „unangemessene“ Nutzungen sodann jedenfalls über die einfache Blockierungspflicht aus § 8 UrhDaG vorgehen könnten.

Fraglich ist aber, ob eine Beschränkung der Nutzungsrechtseinräumung auf „angemessene“ Nutzungen möglich ist. Hierfür spricht zunächst, dass das UrhDaG keine Regelungen dafür vorsieht, auf welche öffentlichen Wiedergaben die Nutzungsrechtseinräumung beschränkt werden kann. Allerdings handelt es sich bei der Einräumung von Nutzungsrechten um einen dinglichen Rechtsakt, der für die Gewährleistung von Rechtssicherheit gewissen Klarheitsanforderungen genügen muss. Daraus folgt, dass eine dingliche, inhaltliche Beschränkung der Rechtseinräumung nur möglich ist, insofern die verbleibende Nutzungsart nach der Verkehrsanschauung selbstständig und klar abgrenzbar ist.<sup>28</sup> Eine Begrenzung der Rechtseinräumung auf „angemessene“ Nutzungen ist jedoch sehr unbestimmt. Sie genügt dem Klarheitsanforderung der dinglichen Rechtseinräumung deswegen nicht. Die Angemessenheit der Nutzung bildet demzufolge kein Kriterium, welches als Abgrenzungskriterium einer dinglichen Nutzungsrechtseinräumung herangezogen werden kann. Die Lizenzierung iRd § 4 UrhDaG auf angemessene Nutzungen der Games zu begrenzen, ist demzufolge nicht möglich. Demzufolge bleibt es dabei, dass die marktübliche, flexible Duldungspraxis für Let's Plays und andere Nutzerinhalte nicht durch Lizenzabschlüsse iRd Lizenzierungsobliegenheit aus § 4 UrhDaG abgebildet werden kann.

<sup>20</sup> Raue/Steinebach ZUM 2020, 355 (360 f.).

<sup>21</sup> Raue/Steinebach ZUM 2020, 355 (361).

<sup>22</sup> In diesem Sinne auch Hentsch MMR 2019, 351 (354).

<sup>23</sup> BT-Drs. 19/27426, 138.

<sup>24</sup> Vgl. dazu wie hier wohl auch Lennartz/Möllers GRUR 2021, 1109 (1112 f.); aA Dreier/Schulze, Urheberrecht/Raue, 7. Aufl. 2022, § 8 Rn. 6; Schlussanträge des GA Saugmandsgaard Øe v. 15.7.2021 – C-401/19 Rn. 170, 198, 205; COM (2021) 288 final S. 24 f.; ähnl. Jäger ZUM 2021, 903 (907).

<sup>25</sup> Die Unverzüglichkeit ergibt sich aus richtlinienkonformer Auslegung, s. Art. 17 Abs. 4 lit. c DSM-RL.

<sup>26</sup> Vgl. zur Störerhaftung von Host-Providern nach alter Rechtslage Fromm/Nordemann, Urheberrecht/J. B. Nordemann, 12. Aufl. 2018, UrhG § 97 Rn. 162 mwN.

<sup>27</sup> Dazu s. unter II.2. mit einigen Beispielen.

<sup>28</sup> BGH MMR 2017, 171 Rn. 46 mAnm Biehler/Apel – World of Warcraft I; HdB Urheberrecht/Loewenheim/J. B. Nordemann/Ohly, 3. Aufl. 2021, § 27 Rn. 2 mwN insb. auch aus der Rspr.

Allerdings bleibt anzumerken, dass die Lizenzierungsobliegenheit aus § 4 UrhDaG auch neue Verwertungsmöglichkeiten für Games-Publisher eröffnen könnte. Denn der Lizenzabschluss ist mit der Zahlung einer angemessenen Vergütung an die Publisher verbunden (vgl. § 32 UrhG). Während die öffentliche Wiedergabe von Let's Plays auf Online-Plattformen bisher durch rechtlich im Regelfall unverbindliche Duldungserklärungen zwar flexibel ausgestaltet werden konnte, den Publishern aber typischerweise keine Vergütung zusicherte, besteht durch die Lizenzierungsobliegenheit aus § 4 UrhDaG nunmehr die Möglichkeit, auch für die Wiedergabe von Schutzgegenständen in Let's Plays und anderen Nutzerinhalten eine Vergütung gegenüber den Diensteanbietern zu veranschlagen. Hierfür müsste allerdings in Kauf genommen werden, dass eine umfassendere Einräumung dinglicher Nutzungsrechte für Publisher mit einem Flexibilitätsverlust einhergeht.

Damit die Lizenzierungsobliegenheit der Diensteanbieter gem. § 4 UrhDaG ausgelöst wird, müssen die Lizenzangebote aber zunächst qualifizierte Anforderungen erfüllen. Diese betreffen den Ursprung (§ 4 Abs. 1 UrhDaG) sowie den Umfang (§ 4 Abs. 2 UrhDaG) der Nutzungsrechte. Für Games-Publisher wichtig ist insbesondere, dass ein Lizenzangebot nicht zwingend von einer Verwertungsgesellschaft abgegeben werden muss. Eine Abwicklung über eine Verwertungsgesellschaft wäre perspektivisch aber mitunter aus Effizienzgesichtspunkten vorteilhaft. Des Weiteren müssen die Lizenzangebote aber auch für Inhalte gelten, die der Diensteanbieter ihrer Art nach offensichtlich in mehr als geringfügigen Mengen öffentlich wiedergibt. Zu beachten ist hierbei, dass Diensteanbieter durch ihre Nutzungsbedingungen beeinflussen können, welche Arten von Inhalten sie offensichtlich in mehr als geringfügigen Mengen wiedergeben.<sup>29</sup> Dieses Kriterium ist demzufolge normativ zu verstehen. Gerade große Diensteanbieter, die eine Vielzahl verschiedener Nutzerinhalte und damit auch Nutzerinhalte aus dem Games-Bereich wie Let's Plays bestimmungsgemäß wiedergeben, werden das Offensichtlichkeitskriterium für Let's Plays, Walkthroughs oder andere Sekundärinhalte aber regelmäßig erfüllen.

## IV. Neues Monetarisierungsmodell für Games-Rechte?

Aus dem UrhDaG könnten sich für Publisher schließlich auch neue Möglichkeiten zur Amortisation ihrer Investitionsleistung in der Spieleentwicklung ergeben.

Genannt werden kann hier einmal die Möglichkeit, (bei Vorliegen der Voraussetzungen aus § 4 UrhDaG) Lizenzverträge mit Diensteanbietern abzuschließen (dazu bereits s. unter III.4.), die den Publishern Lizenzentnahmen sichern. Doch auch wenn keine Lizenzverträge mit Diensteanbietern abgeschlossen werden, sieht das UrhDaG aber neue Vergütungsansprüche für Rechteinhaber vor. Hervorzuheben ist hier der gesetzliche Vergütungsanspruch für mutmaßlich erlaubte Nutzungen in § 12 Abs. 1 UrhDaG. Er greift insbesondere dann ein, wenn Nutzer ihre Inhalte als gesetzlich erlaubt kennzeichnen. Gehen Nutzer also davon aus, dass von ihnen veröffentlichte Let's Plays oder Walkthroughs von einer urheberrechtlichen Schrankenbestimmung gedeckt sind, und kennzeichnen sie ihren Upload deswegen als gesetzlich erlaubt (§ 11 UrhDaG), löst dies den gesetzlichen Vergütungsanspruch aus § 12 Abs. 1 UrhDaG aus. Dieser gilt *expressis verbis* zwar nur zu Gunsten der Urheber. Da das UrhDaG gem. § 21 UrhDaG aber auch auf verwandte Schutzrechte Anwendung findet und hierunter auch das Filmherstellerrecht (§ 94 UrhG) fällt, wird der gesetzliche Vergütungsanspruch aus § 12 Abs. 1 UrhDaG auch für die Inhaber dieses Leistungsschutzrechts fällig.<sup>30</sup> Das Filmherstellerrecht

entsteht auch bei der Entwicklung von Games.<sup>31</sup> Berechtigter sind zunächst Games-Developer, das Filmherstellerrecht ist aber auch auf die Publisher übertragbar.<sup>32</sup> Entwicklern oder Publishern steht damit eine Vergütung für die öffentliche Wiedergabe der Nutzer-Uploads zu, während sie gleichzeitig darüber entscheiden können, ob sie im Einzelfall gem. § 14 UrhDaG Beschwerde gegen den Nutzerinhalt einlegen, wenn sie ihn für urheberrechtsverletzend und nicht tolerierbar halten, zB weil er unangemessene Inhalte zeigt.

Der Vergütungsanspruch für als erlaubt gekennzeichnete Inhalte kann allerdings nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (§ 12 Abs. 1 S. 2 UrhDaG iVm § 5 Abs. 2 S. 3 UrhDaG). Es bleibt in diesem Zusammenhang abzuwarten, wie sich die Arbeit der neu gegründeten Verwertungsgesellschaft für die Hersteller von Games (VHG) entwickeln wird. Gegebenenfalls bestehen hier Potenziale, im Moment ist eine Geltendmachung des gesetzlichen Vergütungsanspruchs allerdings nicht angedacht.

## V. Fazit

Das Vorgehen gegen illegale Sharehoster bewegt sich alles in allem außerhalb des Anwendungsbereichs des neuen UrhDaG, womit hier auf die bewährten Rechtsgrundlagen zurückgegriffen werden muss. Wichtig hierfür ist aber die verschärfte urheberrechtliche Haftung für Host-Provider außerhalb des Anwendungsbereiches des UrhDaG, die der EuGH mit seiner Entscheidung „YouTube/Cyando“<sup>33</sup> etabliert hat.

Der Umgang mit Let's Plays, Walkthroughs und anderen Nutzerinhalten kann vom UrhDaG kaum profitieren. Denn die branchenübliche Praxis der Duldung angemessener Nutzerinhalte kann durch die qualifizierte Blockierungspflicht sowie die Lizenzierungsobliegenheit des UrhDaG nicht abgebildet werden. Sollen die bewährten Leitlinien im Umgang mit diesen Nutzerinhalten beibehalten werden, bleibt nur die Möglichkeit, im Einzelfall ein einfaches Blockierungsverlangen gem. § 8 UrhDaG zu stellen. Auch wenn im Detail Unterschiede bestehen, sind die Rechtsfolgen, die mit der einfachen Blockierung erreicht werden können, hinsichtlich Beseitigung und Unterlassung im Grundsatz mit denen der Störerhaftung des Host-Providers vor Inkrafttreten des UrhDaG vergleichbar. Wird dennoch eine qualifizierte Blockierung der Videoinhalte angestrebt, sind an die Genauigkeit der Blockierung keine übermäßigen Erwartungen zu stellen. Dies hängt mit den technischen Grenzen der marktüblichen Blockierungsmechanismen zusammen.

Das UrhDaG bietet schlussendlich aber dennoch Möglichkeiten, neue Monetarisierungsmodelle beim Umgang mit Let's Plays und anderen Nutzerinhalten zu entwickeln. Basis hierfür ist einmal die Lizenzierungsobliegenheit der Diensteanbieter aus § 4 UrhDaG. Zu beachten ist außerdem der gesetzliche Vergütungsanspruch für als erlaubt gekennzeichnete Nutzungen. Er ist in § 12 Abs. 1 UrhDaG verankert. Der Anspruch steht Games-Developern oder Publishern zu, da beide originäre Inhaber des Filmherstellerrechts sein können. Alles in allem gilt aber dennoch: In der Games-Branche dürfte sich durch das UrhDaG nicht allzu viel geändert haben.

<sup>29</sup> BT-Drs. 19/27426, 133.

<sup>30</sup> So auch Dreier/Schulze, Urheberrecht/Specht-Riemenschneider, 7. Aufl. 2022, UrhDaG § 12 Rn. 10.

<sup>31</sup> Münchener Anwaltshdb. GewRS/Nordemann/Czychowski, 6. Aufl. 2022, § 40 Rn. 439 mwN.

<sup>32</sup> Vgl. Hentsch/Falk, HdB Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 23.

<sup>33</sup> EuGH MMR 2021, 705 – YouTube und Cyando.

## Schnell gelesen ...

- Das UrhDaG führt nicht zu Verbesserungen der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten gegen illegale Sharehoster. Hier sind aber die neue EuGH-Entscheidung „YouTube/Cyando“ sowie die folgenden BGH-Entscheidungen zu berücksichtigen. Sie begründen verschärfte Pflichten für Host-Provider außerhalb des Anwendungsbereichs des UrhDaG.
- Der flexible Umgang mit Let's Plays und anderen Nutzerhalten kann weder durch die qualifizierte Blockierungspflicht aus § 7 UrhDaG noch iRd Lizenzierungsbemühungen der Diensteanbieter abgebildet werden. Für Rechteinhaber an Games entfalten sie daher nur eingeschränkte Relevanz.
- Nichtsdestotrotz können neue Monetarisierungsmodelle auf das UrhDaG gestützt werden.



**Jonathan Pukas**

ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei NORDEMANN in Berlin und zugleich Doktorand im Urheberrecht zu Themen rund um Künstliche Intelligenz.



**Julian Waiblinger**

ist Partner bei NORDEMANN in Berlin, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht sowie Lehrbeauftragter an der Universität Potsdam.

CORDULA ZIMMER / MARTIN SOPPE

# Urhebervertragsrecht im Games-Bereich

Spezifische urhebervertragsrechtliche Analyse bei einer Vielfalt von Beteiligten, Beiträgen und Nutzungen

Leistungsschutzrechte

Durch die in den Art. 18–22 DSM-RL enthaltene EU-weite Kodifizierung bestimmter urhebervertragsrechtlicher Aspekte ist das Urhebervertragsrecht insgesamt verstärkt in den Fokus gerückt. Auch wenn die durch die DSM-RL bewirkten Rechtsänderungen in Deutschland insgesamt überschaubar sein mögen, weil die Richtlinie sich insoweit vielfach am bereits zuvor bestehenden nationalen deutschen Recht orientiert, hat die unionsweite Novellierung dazu geführt, dass sich auch Branchen verstärkt mit diesem Bereich befassen, bei denen dies zuvor oftmals nicht der Fall war. Hierzu zählt auch die noch recht junge Games-Industrie, die im Hinblick auf kreativen Output, Beschäftigtenzahlen und

generelle wirtschaftliche Bedeutung einige der klassischen urheberrechtlich geprägten Medienbereiche mittlerweile längst überflügelt hat. Zwar ist für das Urhebervertragsrecht Rechtsprechung aus dem Games-Bereich bislang kaum ersichtlich. Dennoch sind die §§ 31 ff. UrhG, in denen das deutsche Urhebervertragsrecht kodifiziert ist, auf die urheberrechtlich relevanten Aspekte von Herstellung und Vertrieb von Games im Grundsatz uneingeschränkt anwendbar. Der vorliegende Beitrag erläutert vor diesem Hintergrund die wesentlichen Regelungen des Urhebervertragsrechts und ihre Bedeutung und Besonderheiten im Games-Bereich.

Lesedauer: 19 Minuten

## I. Zweck, Anwendungsbereich und Gegenstand des Urhebervertragsrechts

Mit seiner RL (EU) 2019/790 (DSM-RL)<sup>1</sup>, die von den Mitgliedstaaten bis zum 7.6.2021 in nationales Recht umzusetzen war, hat der europäische Gesetzgeber einige Bereiche des nach wie vor stark national geprägten Urheberrechts unionsweit angeglichen. Dies betrifft insbesondere das in den Art. 18 ff. DSM-RL enthaltene Urhebervertragsrecht, das die Rechtsbeziehungen der Urheber und Leistungsschutzberechtigten mit den Verwertern ihrer Werke bzw. Darbietungen regelt, denen sie vertraglich

Nutzungsrechte daran eingeräumt haben.<sup>2</sup> Da das vorbestehende deutsche Recht in den §§ 31 ff. UrhG die Blaupause für die Unionsregelungen darstellte, sind die von der DSM-RL veranlassten Änderungen im deutschen Urhebervertragsrecht zwar überschaubar.<sup>3</sup>

Dennoch ist das Urhebervertragsrecht vor dem Hintergrund der EU-weiten Regelungen und der in diesem Zusammenhang geführten rechtspolitischen Diskussionen auch in Deutschland in das Bewusstsein einer breiteren (Fach-)Öffentlichkeit gerückt, die über die traditionellen Medienbereiche inzwischen weit hinausgeht.<sup>4</sup>

Ausweislich Erwägungsgrund 72 DSM-RL sieht der Gesetzgeber Urheber und ausübende Künstler<sup>5</sup> bei der Vergabe von Lizenzen bzw. der Einräumung von Rechten über eine entgeltliche Verwertung regelmäßig in einer schwächeren Verhandlungsposition,<sup>6</sup> sodass es nötig sei, ihnen besonderen Schutz zukommen zu lassen.

Dieser Schutz besteht in einer Reihe von Ansprüchen, die den Urhebern und Leistungsschutzberechtigten gegenüber ihren Vertragspartnern als den Verwertern ihrer Werke bzw. Darbietungen gewährt werden. Zu nennen sind hier insbesondere<sup>7</sup>

- der Anspruch auf angemessene Vergütung, Art. 18 DSM-RL bzw. § 32 UrhG;

<sup>1</sup> RL (EU) 2019/790 v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der RL 96/9/EG und RL 2001/29/EG (Digital Single Market RL – DSM-RL).

<sup>2</sup> Zum Regelungsgegenstand des Urhebervertragsrechts generell s. etwa BeckOK UrhR/Soppe, 38. Ed. 1.2.2023, UrhG § 31 Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BT-Drs. 19/27426, 50.

<sup>4</sup> Wie die höchstrichterliche Rspr. zeigt, spielt das Urhebervertragsrecht für die Buch- und Presseverlage, vgl. etwa BGH NJW 2010, 771 – Talking to Addison bzw. BGH GRUR 2012, 1031 – Honorarbedingungen Freie Journalisten, sowie im Bereich von Film und Fernsehen, s. etwa BGH GRUR 2012, 1248 – Fluch der Karibik bzw. BGH GRUR 2012, 496 – Das Boot, bereits seit langem eine Rolle.

<sup>5</sup> ISd Inhaber sonstiger Leistungsschutzrechte gem. §§ 70 ff. UrhG.

<sup>6</sup> Kritisch zu dieser – soweit ersichtlich empirisch nicht gestützten – Prämisse etwa Soppe NJW 2018, 729 (730).

<sup>7</sup> Daneben enthalten etwa die §§ 31a, 32c UrhG seit 2008 noch besondere Regelungen für die Einräumung von bislang unbekanntenen Nutzungsrechten.

- der Anspruch auf angemessene weitere Beteiligung, Art. 20 DSM-RL bzw. § 32a UrhG;
- Hilfsrechte des Urhebers, vor allem eine Pflicht des Verwerfers zur Auskunft über mit der Verwertung des Werks erzielte Erlöse, Art. 19 DSM-RL bzw. § 32d UrhG.

Diese Ansprüche sind vertraglich nicht abdingbar (Art. 23 Abs. 1 DSM-RL bzw. der jeweilige Absatz 3 S. 1 der §§ 32, 32a und 32d UrhG). Sie gelten allerdings nicht für die Urheber von Computerprogrammen (Art. 23 Abs. 2 DSM-RL bzw. § 69a Abs. 5 UrhG).

Gemeinsam ist den Ansprüchen, dass sie einen Urheber<sup>8</sup> voraussetzen, der ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk<sup>9</sup> geschaffen hat, um dessen Verwertung es später geht, entweder durch den Vertragspartner des Urhebers oder durch einen in der Lizenzkette nachgelagerten Dritten.<sup>10</sup> Eine analoge Anwendung auf Gegenstände, die urheberrechtlich nicht schutzfähig sind, zB mangels Individualität oder Gestaltungshöhe,<sup>11</sup> ist ausgeschlossen.<sup>12</sup>

Sind hingegen mehrere Urheber an der Schaffung eines Werks oder verbundener Werke beteiligt, so richtet sich ihr Verhältnis zueinander nach § 8 UrhG bzw. § 9 UrhG. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen liegt regelmäßig beim Urheber, wobei § 10 UrhG freilich eine Vermutungsregel enthält. Im Hinblick auf die anspruchsunabhängige Auskunftspflicht nach § 32d UrhG müssen die Verwerter hingegen selbst ermitteln, ob und ggf. gegenüber wem und in welchem Umfang sie zur Erteilung einer Auskunft verpflichtet sind.<sup>13</sup>

## II. Urhebervertragliche Besonderheiten in der Games-Branche

Vor diesem regulatorischen Hintergrund ist die Games-Branche von einer Reihe von Besonderheiten geprägt, die eine schlichte Übertragung urhebervertragsrechtlicher Erkenntnisse aus anderen Branchen nicht zulassen. Diese Besonderheiten betreffen sowohl den Begriff des Urhebers (s. dazu II.3.) als auch den Bereich des urheberrechtlichen Werks (s. dazu II.2.) sowie die Auswertung von Games und ihrer einzelnen Elemente (s. dazu II.1.).

### 1. Auswertung von Games und ihrer Elemente

Unmittelbar auf der Hand liegender Unterschied in der Auswertung von Spielen gegenüber klassischen Medien ist die Tatsache, dass ein Buch gelesen, ein Film angeschaut, ein Spiel hingegen gespielt wird. Bei einem Spiel erfolgt die Nutzung stets interaktiv, die Nutzer interagieren jedenfalls mit dem Game, je nach Gattung auch mit anderen Nutzern, während die Nutzung sonstiger Medien regelmäßig eine reine Rezeption darstellt. Bereits diese Einbeziehung der Spieler in die Nutzung des Werks führt dazu, dass sich Games von den allein zu rezipierenden klassischen Medien unterscheiden.

Vor allem jedoch gilt Folgendes: Während ein Buch ungeachtet seiner Aufmachung stets als ein einzelnes, einem Autor zugeschriebenes Werk verwertet wird<sup>14</sup> und ein Film ungeachtet seiner Vertriebswege<sup>15</sup> als ein einzelnes in sich abgeschlossenes Werk genutzt wird, lässt sich im Bereich der Games eine derart allgemeine Auswertungsform nicht festmachen.

Das liegt in erster Linie daran, dass die Breite des Gattungsbegriffs „Games“ wesentlich weiter sein dürfte als für jedes andere Medium: „Games“ umfassen viele unterschiedliche Gattungen an digitalen Spielen und Erlebnissen, zB Konsolenspiele, Computer-/PC-Spiele, Online-Spiele, Mobile Games, Social Games, VR/AR-Games, Multi-Player-Spiele, virtuelle Welten. Die Breite des „Spiel“-Erlebnisses reicht von im Spielablauf wenig komplexen Single-Player-Games, die wie eine digitale Version klassischer nicht-digitaler Spiele funktionieren (zB wie Wort-

und Zahlenrätsel) über Single- oder Multi-Player-Abenteuerspielen auf Konsolen zu hochkomplexen virtuellen Umgebungen, in denen Spielende miteinander kommunizieren, gemeinsam spielen und das Game gar mit (weiter)entwickeln.

Damit geht einher, dass Games heute nur noch selten als in sich abgeschlossenes Werk auf einem Trägermedium vertrieben werden,<sup>16</sup> und auch der von einem Trägermedium unabhängige Download eines „fertigen“ Spiels ist heute keineswegs die Regel. Vielmehr hat der Anspruch von Entwicklerstudios, Spielern über einen langen Zeitraum abwechslungsreiche Spielerlebnisse bieten zu können, dazu geführt, dass viele Games nicht in einer linearen Abfolge geplant, entwickelt, veröffentlicht und dann in der ursprünglich veröffentlichten Form ausgewertet werden. Viele Spiele werden heute als Angebote verstanden, die fortlaufend weiterentwickelt, mit neuen Elementen angereichert und um weitere Facetten ergänzt werden (Games as a Service).<sup>17</sup> So entstehen nach und nach ganze Unterhaltungsplattformen mit vielen Zusatzangeboten und individuellen Spielerfahrungen. Der Betrieb eines Spiels als dauerhafter und stetig fortentwickelter Service findet insbesondere bei Games statt, die Nutzende grundsätzlich kostenfrei spielen können. Aber auch bei Games, bei denen Spielende initial für die Nutzung zahlen, werden über die Laufzeit des Angebots hinweg immer wieder Updates angeboten, die auch Weiterentwicklungen umfassen können. Hierzu stehen bei den Entwicklerstudios sog. Live Operations Teams bereit, die sich auf die Weiterentwicklung eines Live-Spiels und die Einbindung neuer abwechslungsreicher Features konzentrieren.<sup>18</sup> Bei manchen Spielen entwickeln aber auch die Spieler im Rahmen ihrer Interaktion mit dem Spiel bzw. ihren Mitspielern neue Elemente, zB neue Charaktere, Ausstattungen und Spielwelten, oftmals mit der Folge, dass es zu keinem Zeitpunkt eine „finale“ Fassung des Spiels gibt, sondern stets nur sich ändernde Momentaufnahmen. Allen komplexeren Games ist ohnehin gemein, dass es bei ihnen keine vom Entwickler oder Publisher festgelegte Zahl von Spielkonstellationen gibt, sondern dass sich die Spieloberflächen und damit auch der konkret genutzte und erlebte Inhalt nahezu unendlich unterscheiden können. Vor allem in Spielen mit Multi-Player-Komponenten erschaffen die Nutzenden erst das individuelle und vom Anbieter so konkret nicht vorgegebene Spielerlebnis, etwa in den Positionen der Spieler, der Spielgegenstände und etwaiger Gegner zueinander.<sup>19</sup> Dies führt dazu, dass manche Spiele über Jahre hinweg gespielt werden.<sup>20</sup>

<sup>8</sup> Bzw. einen Leistungsschutzrechtsinhaber; im Folgenden wird aus Vereinfachungsgründen nur noch von Urhebern gesprochen, soweit nicht anders angegeben.

<sup>9</sup> Bzw. eine leistungsschutzrechtsfähige Darbietung; im Folgenden ebenfalls vereinfachend vom Begriff des Werks umfasst.

<sup>10</sup> S. dazu § 32a Abs. 2 UrhG.

<sup>11</sup> Zu diesen Voraussetzungen eines „Werks“ s. etwa Bullinger in Wandtke/Bullinger, UrhR, 6. Aufl. 2022, § 2 Rn. 21 ff.

<sup>12</sup> BeckOK UrhR/Soppe, 38. Ed. 1.2.2023, UrhG § 32 Rn. 16.

<sup>13</sup> Bei dieser Ermittlung kann das unter <https://urheberauskunftinbox.osbornedrake.com/> kostenlos verfügbare Tool unterstützen.

<sup>14</sup> Und zwar sowohl in den verschiedenen physischen Vertriebsformen Hardcover, Taschenbuch, Buchclubausgabe usw als auch in seiner digitalen Form als E-Book.

<sup>15</sup> ZB im Kino, im linearen Fernsehen, auf audiovisuellen Bild-/Tonträgern (Videokassetten, DVD etc) oder als digitales Streaming-Angebot (video-on-demand).

<sup>16</sup> Dies ist praktisch nur noch bei DVD-Games ohne jegliche Online-Komponenten der Fall.

<sup>17</sup> So zumindest bei Online-Spielen und Apps, im Gegensatz zB zu Konsolenspielen.

<sup>18</sup> Soweit jede dieser Weiterentwicklungen irgendwann finalisiert ist, könnte sie für sich genommen ein „Werk“ sein, s. unter II.2.

<sup>19</sup> Besonders deutlich wird dies bei VR/AR-Games, in denen sich „die Spielenden“ selbstständig durch die vollständig oder teilweise virtuelle, sich ständig verändernde Spielwelt bewegen. Demgegenüber bleibt das audiovisuelle Erlebnis bei einem Film stets unverändert, unabhängig von den Zuschauenden.

<sup>20</sup> ZB „World of Warcraft“ ist seit 2004 live, seitdem wurden einige Erweiterungen der ursprünglichen Version veröffentlicht. Auch Mobile Games wie „Candy Crush“ (veröffentlicht 2012) oder „Clash of Clans“ (veröffentlicht 2012) können über lange Zeiträume erfolgreich ausgewertet werden.

Für die kommerzielle Auswertung von Games sind exemplarisch zwei Besonderheiten zu berücksichtigen:

■ Zum einen erfolgt die Auswertung eines Spiels oft international, dh über Landes-, Sprach- und Kulturgrenzen hinaus. Übersetzungen international gängiger Spiele in die jeweilige Landessprache sind selbst für große Sprachräume keineswegs die Regel, anders als etwa die aufwändig erstellten Synchronisationen im Filmbereich.<sup>21</sup> Im urhebervertragsrechtlichen Kontext kann das zu der Frage führen, welches Recht auf die Auswertungen in verschiedenen Ländern anwendbar ist.<sup>22</sup>

■ Zum anderen haben sich in der Branche, abhängig von Vertriebsweg und Auswertung, unterschiedliche Monetarisierungsmodelle etabliert.<sup>23</sup> So gibt es Games, die gegen einmalige Bezahlung angeboten werden, bei denen der Spieler also initial einmalig zahlt und dafür Zugriff auf das Spiel erhält, zB mittels Datenträger, Download oder dauerhafter Freischaltung eines Online-Zugriffs.

Ein anderes Modell sind Abonnements, bei denen Spieler in regelmäßigen Abständen, zumeist monatlich, einen festen Betrag zahlen, um Zugriff auf das Spiel oder besondere Inhalte zu haben. Weiter gibt es Spiele, die über Mikrotransaktionen monetarisieren: Diese Spiele stehen grundsätzlich kostenfrei zur Verfügung, doch können Spieler Geld für Zusatzinhalte ausgeben oder den Spielablauf beschleunigen. Schließlich gibt es Spiele, die für Spieler stets kostenlos sind, in denen aber Werbung für Angebote Dritter angezeigt wird, die Monetarisierung also werbebasiert erfolgt.

Die Unterschiede bei der Monetarisierung können zu der Frage führen, welche „Einnahmen aus der Verwertung der Werke oder Darbietungen“ „einschlägig“ iSd Art. 20 Abs. 1 DSM-RL sind: Gehören hierzu neben den Verkaufserlösen für das Spiel etwa auch die fortlaufenden Abonnementzahlungen oder gar die – vom eigentlichen Spiel unabhängigen – Werbeerböse?<sup>24</sup> Für einen Urheber, der nur an der Schaffung der Grundversion beteiligt war: Gehören auch erst Jahre später nach ggf. komplexen Spielergänzungen und -erweiterungen generierte Erlöse noch zu den Einnahmen, die für die Betrachtung seiner Vergütung relevant sind? Können Einnahmen Werken überhaupt zu-

geordnet werden, wenn sich das Spiel und seine kreativen Elemente im Laufe seiner Auswertung so sehr verändern?

## 2. Das Spiel – ein Werk?

Mit diesen differenzierten und von klassischen Medien zu unterscheidenden Auswertungsformen korrespondiert die Produktion eines Games: Diese ist oftmals hochkomplex, finanziell extrem aufwändig<sup>25</sup> und auch in der urheberrechtlichen Betrachtung anders als bei anderen Mediengattungen. Denn Games werden iterativ und unter Beteiligung der verschiedenen beteiligten Werke und Gewerke interaktiv geschaffen.

Dabei dürfte zum einen die Verzahnung der einzelnen Gewerke in Abstimmungsprozessen und Entscheidungen über wichtige Fragen wesentlich enger sein als in anderen Multi-Urheberwerken (zB Filmen). So arbeiten bereits in der Konzeptphase für ein Spiel oder ein einzelnes neues Feature, die Monate dauern kann, insbesondere Game-Designer<sup>26</sup> und -Produktmanager eng mit Autoren und Grafikern zusammen, um die grundlegende Spielmechanik und Spielerführung eines für Spieler interessanten Spiels oder Features zu entwickeln und in vielen Abstimmungen immer wieder anzupassen und zu verbessern.

Später kommen dann viele weitere Beteiligte hinzu, die in unterschiedlichen Rollen Beiträge zur Spielgestaltung leisten. Dabei ist hervorzuheben, dass viele Spiele von sehr international zusammengesetzten Teams geschaffen werden, deren Mitglieder über die ganze Welt verstreut arbeiten.<sup>27</sup> Allerdings wirken die an der Game-Entwicklung Beteiligten dabei idR nicht gemeinsam schöpferisch an dem Game als Gesamtwerk, sondern sie arbeiten regelmäßig jeweils nur an bestimmten, ihnen zugewiesenen Komponenten. Unabhängig von deren urheberrechtlicher Schutzfähigkeit als Einzelwerk<sup>28</sup> entsteht dann erst aus der Zusammensetzung dieser Komponenten das Game als Gesamtwerk.

Zum anderen wird ein Spiel regelmäßig nicht linear dergestalt entwickelt, dass es zunächst ein Grobkonzept (Treatment), dann ein Detailkonzept (Drehbuch) und dann eine Umsetzung dieser bestehenden Konzepte gibt. Sondern oftmals wird zunächst ein einfacher Prototyp zum Testen eines ersten Konzepts entwickelt, die Testergebnisse beeinflussen dann die weitere Konzeptionierung. In der Umsetzungsphase, der Produktion, wird das Spiel oder Feature unter Beteiligung aller Gewerke erstellt. Dies erfolgt iterativ in ständig wiederholenden Zyklen, sodass das Spiel oder Feature schrittweise entsteht, um die kreative und technologische Qualität zu optimieren. Selbst nach Fertigstellung und vor Veröffentlichung wird das Spiel getestet und erforderlichenfalls wiederum iterativ geändert und verbessert.

Selbst in Spielen, die schon jahrelang auf dem Markt sind, werden neue Features vor Veröffentlichung ausführlich getestet, auch indem sie zu Testzwecken zunächst für bestimmte Spielergruppen veröffentlicht oder durch noch kleinere Testgruppen nicht-öffentlich getestet werden. Die daraus gewonnenen Ergebnisse werden analysiert und haben wiederum Auswirkung auf weitere Anpassungen in Konzept und Umsetzung im Hinblick auf die Software, aber auch das Game Design, künstlerische und narrative Elemente des Spiels usw.

Diese Besonderheiten in der Produktion, die dazu führen, dass sich die einzelnen Schaffenden nicht unter eine gemeinsame Gesamtidee unterordnen, führen dazu, dass die Schaffenden nicht zu Miturhebern (§ 8 UrhG) an dem Spiel als Gesamtwerk werden.<sup>29</sup> Vielmehr sind Games komplexe Gesamtwerke, die aus einer Vielzahl urheberrechtlich geschützter Werke und urheberrechtlich nicht schutzfähigen Elementen bestehen, die je-

**21** Vgl. dazu die Entscheidungen zu „Fluch der Karibik“ über Ansprüche des deutschen Synchronsprechers des männlichen Hauptdarstellers, etwa BGH GRUR 2012, 1248 – Fluch der Karibik.

**22** S. aber § 32b UrhG; zur Rechtswahl im Hinblick auf das deutsche Urhebervertragsrecht s.a. Hoeren/Sieber/Holznapel, HdB Multimediarecht/Hentsch, 58. EL März 2022, Teil 22 Rn. 12.

**23** Diese Modelle werden gelegentlich auch miteinander kombiniert.

**24** Zu der parallelen Frage idR § 32a UrhG s. etwa BeckOK UrhR/Soppe, 38. Ed. 1.2.2023, UrhG § 32a Rn. 18.1.

**25** Laut <https://www.pcwelt.de/article/1663806/500-millionen-us-dollar-die-zeh-n-teuersten-videospiele-aller-zeiten.html> betragen die Produktionskosten von Red Dead Redemption 2 über 500 Mio. USD.

**26** Zu den einzelnen Rollen der an der Konzeption und Produktion eines Games Beteiligten s. unter II.3.

**27** ZB wird die Idee und Konzeption eines Spiels in einem Entwicklerstudio in Deutschland entwickelt. Die Story des Spiels schafft ein Autor in Frankreich, die Editoren befinden sich in den USA. Ein in Kanada ansässiges Team erstellt die künstlerische Konzeption der Spielwelt, Charaktere und anderer visueller Elemente. Die 3D-Modellierung bestimmter visueller Elemente führt ein Team in Indien aus. Die Umsetzung all dieser Komponenten in ausführbare Software entwickeln Programmierer in der Ukraine.

**28** So können etwa grafische Elemente als Werke der bildenden Künste nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG, Dialoge als Sprachwerke nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, Sounds und Musik als Werke der Musik gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG und audiovisuelle Sequenzen als Filmwerke iSd § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG geschützt sein, vgl. allgemein Brauner/Brauneck, Angemessene Vergütung von Urhebern und Künstlern/Oehler, 2022, § 6 Rn. 24 ff.; ebenso in Berger/Wündisch, UrhVR/Oehler/Wündisch, 3. Aufl. 2022, § 34 Rn. 9 ff.

**29** BGH MMR 2005, 845 – Fash 2000 (für ein komplexes Computerprogramm); Hoeren/Sieber/Holznapel, HdB Multimediarecht/Hentsch, 58. EL März 2022, Teil 22 Rn. 13; Brauner/Brauneck, Angemessene Vergütung von Urhebern und Künstlern/Oehler, 2022, § 6 Rn. 63 ff.

weils unterschiedliche Bedeutung für das Gesamtwerk haben und zusammenwirken.<sup>30</sup> Da dieses Zusammenwirken regelmäßig nicht darauf zurückgeht, dass die einzelnen Urheber ihre Werke zur gemeinsamen Verwertung miteinander verbunden haben, liegt auch kein Fall des § 9 UrhG vor.<sup>31</sup>

Soweit Beteiligte urheberrechtlich schutzfähige Werke schaffen, genießen sie deshalb zwar urheberrechtlichen Schutz, aber dieser Schutz beschränkt sich auf das jeweilige Werk.<sup>32</sup>

### 3. Die an der Schaffung eines Games Beteiligten – Schaffende, aber auch Urheber?

Zu den an der Schaffung eines Games Beteiligten gehören je nach Genre, geplantem Vertriebsweg und Monetarisierung des Spiels sowie Größe der Produktion vor allem die nachfolgend genannten Rollen. Betrachtet man auch den Vertrieb und den Betrieb eines Games kommen noch viele weitere Mitwirkende hinzu, etwa in den Bereichen Marketing, Analytics, Customer Care, Community Relations usw., die allerdings regelmäßig keine urheberrechtlich relevanten Beiträge erbringen und deshalb im vorliegenden Rahmen außer Betracht bleiben sollen.

■ **Game Designer** sind für die Konzeption der Spielidee und der Mechanik des Spiels bzw. einzelner Features verantwortlich. Sie entwickeln Game Loops und die Game Mechanics, dh das grundlegende Konzept und den vorgesehenen Ablauf des Games (Gameplay).<sup>33</sup> Je nach Komplexität weisen Games einen übergreifenden Core Loop und darin eingebettet weitere untergeordnete (Feature) Loops auf.<sup>34</sup> Überaus wichtig ist neben der Konzeption der Spielmechanik das Zusammenspiel und die konkrete Gewichtung aller Elemente des Spiels und der Spielmechanik, das Balancing.<sup>35</sup>

Feature-Designer als eine Untergruppe der Game-Designer konzipieren einzelne Game-Elemente und deren Loops. Eine weitere Untergruppe ist mit der Konzeption von Leveln für eine bestehende Spielmechanik oder der Anpassung von Schwierigkeits-Leveln befasst. Je nachdem wie ein Game kommerziell ausgewertet wird, können auch Economy-Designer an der Spielentwicklung beteiligt sein. Dabei ist die Tätigkeit von Game-Designern als kreativ einzuordnen. Ob die Spielmechanik als individuelle Schöpfung urheberrechtlich schutzfähig ist, muss aber jeweils im Einzelfall entschieden werden.<sup>36</sup>

■ **Produktmanager** oder **Product Owner** verantworten den (kommerziellen) Erfolg des Spiels bzw. einer Komponente des Spiels, zB eines bestimmten Features. Sie kennen die Zielgruppe und den Markt für das Spiel bzw. dessen Komponente und entwickeln darauf basierend den Vermarktungsansatz. Auch sind sie im Hinblick auf die Berücksichtigung der Zielgruppe und der geschäftlichen Ziele in die Entwicklung des Produkts eingebunden. Sie erbringen dabei jedoch regelmäßig keine urheberrechtlich relevanten Leistungen.

■ **Projektmanager** bzw. **Producer** sind für die Produktionsplanung und -koordination verantwortlich und bilden die Schnittstelle zwischen allen an der Entwicklung direkt beteiligten Gewerken/Crafts und Stakeholdern außerhalb der Produktion. Größere Produktionen haben mehrere Producer, die dann die Entwicklung jeweils unterschiedlicher Features oder sonstiger Komponenten des Spiels koordinieren. Producer entwickeln aus den Produktmerkmalen und -anforderungen einen Projekt- und Zeitplan mit den bis zur Fertigstellung erforderlichen Schritten und Ressourcen (zB Personal, Budget, Tools)<sup>37</sup>.

In der Entwicklungsphase überwachen sie die Einhaltung dieser Schritte im vorgegebenen Zeitrahmen und alle cross-funktionalen Abstimmungsprozesse innerhalb und außerhalb der unmittelbaren Produktion.<sup>38</sup> Auch sie erbringen idR aber keine urheberrechtlich relevanten Leistungen.

■ **Artists** (Grafiker) kreieren alle visuellen Elemente eines Games. Angefangen von der Konzeptionierung des Stils des Spiels

über die Entwicklung der Concept Art für die Orte, Charaktere, Gegenstände, Tiere, Pflanzen, Fantasiegestalten, Karten, Landschaften usw hin zum User Interface, also den Elementen der Benutzeroberfläche und Kontrollzentrum für die Spielenden und vielen weiteren Elementen prägen ihre Leistungen ein Game und die Spielerfahrung so wesentlich wie wenige andere Crafts in der Produktion. Je nach Zuständigkeit gibt es viele unterschiedliche Rollen in der Gruppe der Artists, die sich auch überschneiden können.<sup>39</sup> Soweit es sich bei ihren Werken um persönliche geistige Schöpfungen handelt, genießen diese Urheberrechtsschutz.

■ **Autoren** (auch Writer- oder Narrative-Designer) entwerfen und beschreiben die Spielwelt, Spielgeschichte, Geografien, Charaktere, Hintergrundgeschichten, Handlungsplots, Dialoge sowie oftmals auch deren jeweiliges Zusammenspiel mit den von den Spielenden zu absolvierenden Aktionen. Soweit dies zu persönlichen geistigen Schöpfungen führt, sind diese urheberrechtlich schutzfähig. Weitere Mitwirkende mit Fokus auf Text- und Sprachelemente sind Editoren, Übersetzer und Sprecher, für deren Tätigkeit ebenfalls Urheberrechts- bzw. Leistungsschutz in Betracht kommt.

■ **Sound-Designer** und **Komponisten** kreieren die hörbaren Elemente in einem Game. Kaum ein Computerspiel kommt ohne eine Vielzahl von Sounds aus, um das Spielerleben immersiver zu gestalten und den Spielenden eine hörbare Rückmeldung zu ihrer letzten Spielaktion zu geben. Sounds können etwa kurze Geräusche (zB ein Tick für die Platzierung eines Dekorationsgegenstands) bis hin zu komplexen Soundeffekten sein, die die Ausführung einer bestimmten Handlung oder ausgelöste Reaktion (zB der Zusammensturz eines Gebäudes) im Spiel begleiten. Sounddesigner konzipieren und entwickeln diese Audioelemente. In vielen Spielen wird der Spielablauf durch Musik untermalt, manche Spiele haben gar einen Soundtrack. Diesen liegt das Schaffen von Komponisten zu Grunde, die die für das Thema und Setting des Spiels sowie Spielsequenzen individuelle Musik komponieren.

Da Musik iSd § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG Töne jeglicher Art sein können,<sup>40</sup> können sowohl die Leistungen der Sound-Designer als auch die der Komponisten urheberrechtlich schutzfähig sein.

<sup>30</sup> Vgl. Brauner/Brauneck, Angemessene Vergütung von Urhebern und Künstlern/Oehler, 2022, § 6 Rn. 62.

<sup>31</sup> Oehler, in Brauner/Brauneck, Angemessene Vergütung von Urhebern und Künstlern, 2022, § 6 Rn. 69; für den Filmbereich s. etwa OLG München MMR 2007, 254 (255) – Ansprüche der GEMA.

<sup>32</sup> Vgl. Brauner/Brauneck, Angemessene Vergütung von Urhebern und Künstlern/Oehler, 2022, § 6 Rn. 70.

<sup>33</sup> Beispiel eines einfachen und klassischen Puzzle Game Loop ist „Tetris“: Blöcke unterschiedlicher Formen bewegen sich vom oberen Rand des Bildschirms zum unteren. Spielende sollen versuchen, die Blöcke durch Drehen und Verschieben unten so zu platzieren, dass geschlossene horizontale Reihen von Blöcken entstehen. Ist eine horizontale Reihe vollständig gefüllt, verschwindet sie, der Spielende erhält Punkte und Platz für weitere Reihen. Unvollständige Reihen bleiben stehen, bis sie den oberen Bildschirmrand erreichen, wodurch der Spielende verloren hat.

<sup>34</sup> Am Beispiel von „Clash of Clans“ erklärt unter <https://blog.theknightsofunity.com/core-loop-in-game-development/>.

<sup>35</sup> ZB sind in Adventure-Rollenspielen Game Loop und alle Komponenten des Spiels wie Spielwelt und -geschichte, Dialoge, grafische Elemente, Musik und Soundeffekte, Erfüllung von Missionen, Kampfhandlungen, Interaktionen mit anderen Spielern usw so in Beziehung zu setzen und zu gewichten, dass es für den Spieler eine möglichst gute Erfahrung ergibt.

<sup>36</sup> Schrickler/Loewenheim, UrhR/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 217.

<sup>37</sup> Diese Planungsphase wird auch Pre-Production genannt.

<sup>38</sup> Beispiele für die Abstimmung mit Funktionen außerhalb der Produktion: Marketing zur Koordinierung der für den Release geplanten Marketingaktivitäten, Einbeziehung des Datenschutzbeauftragten zur Abstimmung mit Programmierern über Datenflüsse, Berichte an die Finanzabteilung über Budget-Updates, Berichte an das Management über Risiken der Produktion.

<sup>39</sup> Beispiele sind Artists für Concept, Characters, Environment, UI, 2D, 3D Artists, Animation oder Visual Effects.

<sup>40</sup> Schrickler/Loewenheim, UrhR/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl., § 2 Rn. 144 mwN.

Spielen diese Werke auch selbst ein, können ihnen an diesen Einspielungen zudem noch Leistungsschutzrechte zustehen.

■ **Quality-Assurance-Tester** überprüfen Games und Features vor deren Release darauf, dass sie einwandfrei und wie erwartet funktionieren. Dies umfasst Funktions- und Usability Tests zur Bestätigung, dass die Steuerung des Spiels intuitiv ist, Tests zur Prüfung der Kompatibilität auf unterschiedlichen Plattformen, Konsolen und Devices, Fehler- und Bug-Tests zur Ermittlung von Fehlfunktionen und Programmabstürzen, Spieltests zur Feststellung, ob etwa die Story und Dialoge logisch und Tutorials verständlich sind.

Der Prozess der Quality Assurance wird mit steigender Komplexität des Spiels oder Features aufwändiger, stellt aber idR keine urheberrechtlich schutzfähige Leistung dar.

■ **Programmierer** sind unerlässlich für die Computerspielentwicklung. Sie entwickeln und implementieren den Code, der die Ausführung des Spiels erst ermöglicht. Software bringt die Spielmechanik und alle Komponenten des Spiels zum Laufen. Oft sind Programmierer spezialisiert auf bestimmte Komponenten,<sup>41</sup> nur bei kleinen Produktionen ist ihr jeweiliger Aufgabenbereich breiter gefasst. Da die urhebervertragsrechtlichen Regelungen auf Programmierer nicht anwendbar sind,<sup>42</sup> sollen sie hier außer Betracht bleiben.

■ Viele Spiele werden heute mit Unterstützung von sog. Game Engines entwickelt, dh mit Hilfe von Softwareplattformen, die mit einer Vielzahl von Ressourcen und Funktionen eine Grundlage für die Programmierung von Spielen bilden und diese beschleunigen.<sup>43</sup> Ihre Programmierer (**Game-Engine-Entwickler**) sind spezialisiert auf die Entwicklung einer Game Engine und ihrer Komponenten, auch für sie gelten allerdings die urhebervertragsrechtlichen Regelungen nicht.<sup>44</sup>

### III. Ergebnis: Wer ist Urheber wovon?

Aus der vorstehenden Betrachtung der einzelnen an der Produktion eines Games Beteiligten und ihres Schaffens folgt, dass die urhebervertragsrechtliche Situation in dieser Branche alles andere als übersichtlich ist. Zwar ist zunächst die Prämisse eindeutig, dass auch in der Games-Branche den Urhebern für die Verwertung ihrer Werke urhebervertragsrechtliche Ansprüche zu-

stehen. Aber wer von den vielen Beteiligten tatsächlich Urheber eines Werks gem. § 2 UrhG ist und worin dieses Werk genau besteht, bedarf schon einer detaillierteren Analyse.<sup>45</sup>

Des Weiteren ist zu prüfen, welche Personen als weitere Urheber an der Schöpfung des jeweils in Rede stehenden Werks beteiligt waren, denn den vom Urheberrecht phänotypisch vorausgesetzten Einzelurheber gibt es in der Games-Produktion praktisch nicht.<sup>46</sup> Umgekehrt wird es im Hinblick auf das Gesamtwerk Game mangels gemeinsamer Gesamtidee oftmals an einer Miturheberschaft nach § 8 UrhG fehlen.<sup>47</sup> Und schließlich wird auch bei der Betrachtung der relevanten Verwertungshandlungen genau hinzuschauen sein. Denn die urhebervertragsrechtlichen Ansprüche<sup>48</sup> knüpfen allesamt an der „Nutzung des Werks“ an, sodass jeweils zu prüfen ist, inwieweit das in Rede stehende Werk tatsächlich als solches genutzt worden ist und diese Nutzung zu Erträgen<sup>49</sup> geführt hat, wie sie von §§ 32 ff. UrhG vorausgesetzt werden.

Die für das allgemeine Urheberrecht im Games-Bereich treffend formulierte Frage Oehlers: „Wer ist Urheber wovon?“<sup>50</sup> müsste aus urhebervertragsrechtlicher Perspektive deshalb vollständig lauten: „Wer ist zusammen mit wem Urheber wovon, wie wird das genutzt und zu welchen Erträgen hat dies geführt?“

#### Schnell gelesen ...

■ Auf den Games-Bereich sind die Regeln des zuletzt auf Grund der DSM-RL novellierten Urhebervertragsrechts anwendbar. Daraus resultieren u.a. Ansprüche auf angemessene Vergütung und weitere angemessene Beteiligung.

■ Die Produktion von Games ist gegenüber anderen Medien von einigen Besonderheiten geprägt, zB im Hinblick auf die Anzahl und den Sitz der Beteiligten, die Eigenschaften ihrer jeweiligen Beiträge, die Komplexität ihres Zusammenwirkens usw, welche Auswirkungen auf die Qualifikationen als Urheber bzw. urheberrechtlich geschütztes Werk haben.

■ Entsprechendes gilt für die Auswertung von Games, bei denen der Spieler stets, wenn auch in unterschiedlichem Maße, interaktiv beteiligt ist. Zudem gibt es eine Vielzahl von Monetarisierungsmodellen mit Fokus auf Vertriebs- und/oder Vermarktungserlösen im In- und Ausland. Alles dies kann Auswirkungen darauf haben, wie die Werke genutzt werden und welche Erträge daraus resultieren.

■ Diese branchenspezifischen Besonderheiten führen dazu, dass für die Zuerkennung urhebervertragsrechtlicher Ansprüche jeweils eine spezifische Analyse des von dem in Frage kommenden Anspruch betroffenen Beteiligten, seines Beitrags und dessen Nutzung erforderlich ist.

**41** Schon bei mittelgroßen Produktionen sind zB Folgende zu nennen: Programmierer, die sich auf den Game Client (die Softwareanwendung auf dem Gerät der Nutzer) fokussieren, entwickeln und implementieren die Software zur Ausführung der nutzerseitigen Komponenten und Abläufe, insb. Spielablauf und Bedienung durch die Nutzer. Grafikprogrammierer sind zuständig für die Entwicklung von Grafik- und Visualisierungssoftware und setzen die visuellen Komponenten des Spiels um. Audioprogrammierer entwickeln und gestalten Software für Audioelemente. Backendprogrammierer konzentrieren sich auf die Programmierung und Implementierung der Serverseite, des Backends und der Netzwerkfunktionen, insb. in Multiplayer-Spielen; wichtige Aspekte ihrer Arbeit sind die Netzwerkarchitektur und Serverprogrammierung sowie die effiziente Kommunikation zwischen Server und Game Client. Data Engineers entwickeln und verwalten die Dateninfrastruktur und -integration, oftmals in enger Abstimmung mit Analysten und Data Scientists.

**42** S. Art. 23 Abs. 2 DSM-RL bzw. § 69a Abs. 5 UrhG sowie bereits unter I.

**43** Beispiele sind Unity von Unity Technologies, Unreal Engine von Epic Games, GameMaker von YoYo Games.

**44** S. Art. 23 Abs. 2 DSM-RL bzw. § 69a Abs. 5 UrhG sowie bereits unter I.

**45** S. unter II.3.

**46** Zu den verschiedenen Rollen s. unter II.3.

**47** S. unter II.2.

**48** Sowie die Pflicht des § 32d Abs. 1 UrhG.

**49** Auch: wann und in welcher Höhe?

**50** Brauner/Brauneck, Angemessene Vergütung von Urhebern und Künstlern/Oehler, 2022, § 6 Rn. 60.



**Cordula Zimmer**

ist Leiterin der Rechtsabteilung bei der Wooga GmbH in Berlin.



**Dr. Martin Soppe**

ist Rechtsanwalt und Partner bei Osborne Clarke in Hamburg.

# Richtlinien und Guidelines für Let's Plays, Urheberrecht und UrhDaG

Eine urheber- und zivilrechtliche Einordnung

Gaming-Video-Content

Sog. „Let's Plays“ – Videoformate, bei denen eine oder mehrere Personen sich beim Spielen eines Computerspiels selbst filmen und kommentieren – sind in der Games-Branche weit verbreitet und verfügen zT über Millionen von Followern. Zugleich besteht eine teilweise seit Jahren etablierte Praxis der

Rechtsinhaber, diese Nutzung in bestimmtem Umfang zu erlauben und eigene Regelungen dazu aufzustellen. Der Beitrag unternimmt eine urheber- und zivilrechtliche Einordnung dieser Vorgänge und beleuchtet einige sich nach Inkrafttreten des UrhDaG stellende Fragen. **Lesedauer: 20 Minuten**

## I. Let's Plays – Bedeutung und Begriffserklärung

### 1. Von der Nische zum Mainstream

Let's Plays haben sich von einem Nischenphänomen mittlerweile zu einem eigenständigen Medienformat mit hunderten von Millionen Views entwickelt. Die aktuellen Zahlen sprechen für sich: So betreibt der Influencer PewDiePie einen YouTube-Channel mit aktuell 111 Mio. Abonnenten<sup>1</sup>. Eine Reihe von Influencern haben hohe zweistellige Millionen Abonnenten- bzw. Followerzahlen<sup>2</sup>; der Let's-Player Ninja auf Twitch liegt bei 18,5 Mio. Abonnenten<sup>3</sup> und – vor allem im deutschsprachigen Raum bekannte – Let's-Player wie Gronkh oder Paluten können fast 5 Mio. Abonnenten aufweisen<sup>4</sup>.

Vor diesem Hintergrund liegt die wirtschaftliche Bedeutung von Let's Plays auf der Hand. Dabei bedienen die Let's Plays verschiedene Interessen (s. auch unter IV.): Dem Let's-Player liegt es an der Vergrößerung von Reichweite und ggf. auch Monetarisierung, den Studios und Publisher daran, einerseits die Integrität und exklusive Auswertung ihrer Spiele zu bewahren, andererseits ihre Games zu bewerben und bei den Usern bekannter zu machen. User können durch Let's Plays u.a. neue Spielinhalte entdecken und die Plattformen mit ihrer steigenden Popularität relevanten Traffic erzeugen.

### 2. Begriff

Let's Plays sind Videoformate, bei denen eine oder mehrere Personen sich beim Spielen eines Computerspiels selbst filmen, also die eigene Interaktion mit dem Spiel und Spielgeschehen aufzeichnen und dabei kommentieren. Diese Videos werden live gesendet (Livestream) und/oder aufgezeichnet, um sie anschließend zum Abruf auf den hierfür gängigen Plattformen für Gaming-Video-Content wie YouTube, Twitch oder Facebook bereitzustellen.<sup>5</sup> Üblicherweise werden Let's Plays als Kombination aus dem Spielinhalt als Bildschirmaufzeichnung mit einer gleichzeitigen Einblendung des Players über Facecam dargestellt.

In Abgrenzung zu reinen Tutorials oder Walkthroughs, deren Zweck vor allem darin liegt, dem User die Spielregeln zu erklären und die Spielfähigkeiten zu verbessern, ist dabei ausschlaggebend, dass der Let's-Player seine individuelle Spielerfahrung darstellt und die Darbietung des Spielgeschehens von Kommentaren begleitet wird.<sup>6</sup>

### 3. Typische Bestandteile von Let's-Play-Guidelines

Ein umfassendes Verzeichnis aktueller Lizenzen für Let's Plays findet sich auf der Webseite des game – Verband der deutschen Games-Branche<sup>7</sup>. Das Verzeichnis erhebt selber keinen An-

spruch auf Vollständigkeit, bietet aber einen guten Ausgangspunkt.

Insgesamt variieren Zuschnitt, Inhalt und Umfang der Guidelines stark. Schon vom Titel her sind diese teilweise als Guidelines, teilweise als Richtlinien oder auch Policies bezeichnet<sup>8</sup>, teilweise finden sich lediglich kurze Hinweise in den FAQ<sup>9</sup>, teilweise auch bloße Einträge in Blogs<sup>10</sup>, denkbar ist auch, die Guidelines in die EULA (Endnutzerlizenzbedingungen) mit einzubinden. Insgesamt lassen sich dennoch typische Bestandteile ausmachen:

■ Gestattung, Lizenzierung oder andere Formen der Erlaubnis, die Game-Inhalte in (On-demand-)Videos oder bei Livestreams zu zeigen: Hier sind unterschiedliche Formulierungen gewählt, oft umgangssprachlich („dürft ihr“)<sup>11</sup>, teilweise iSe expliziten Lizenz<sup>12</sup> oder Gestattung/Erlaubnis<sup>13</sup>, oder einer Duldung, die wohl am häufigsten vorkommen dürfte<sup>14</sup>;

<sup>1</sup> Abrufbar unter: <https://www.youtube.com/user/pewdiepie>. Auf die Kontroversen um einige seiner Aussagen sei hier nur hingewiesen.

<sup>2</sup> Abrufbar unter: <https://ninjapromo.io/top-10-gaming-influencers>.

<sup>3</sup> Abrufbar unter: [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_most-followed\\_Twitch\\_channels#:~:text=As%20of%20April%202023%2C%20the,Ninja's%20follower%20at%209.3%20million](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_most-followed_Twitch_channels#:~:text=As%20of%20April%202023%2C%20the,Ninja's%20follower%20at%209.3%20million).

<sup>4</sup> Die Zahlen sind abrufbar unter den entsprechenden Kanälen, s.a. <https://blogde.influence4you.com/die-top-20-gaming-youtuber-2022/>.

<sup>5</sup> Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 5.

<sup>6</sup> Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 6.

<sup>7</sup> Abrufbar unter: <https://www.game.de/themen/lizenzverzeichnis-fuer-lets-plays/>

<sup>8</sup> Der Einfachheit halber wird im vorliegenden Beitrag durchgehend der Begriff „Guidelines“ verwendet.

<sup>9</sup> S. etwa Daedalic unter: <https://www.daedalic.com/en/faq.html?open=collapse20-4>.

<sup>10</sup> S. etwa Taleworlds unter: <https://forums.taleworlds.com/index.php?threads/monetizing-youtube-videos.226904/>.

<sup>11</sup> So die Guidelines von Astragon: „...dürft ihr gerne von euch erstellte Inhalte wie Videos und Livestreams auf YouTube, Twitch oder anderen Plattformen teilen“, abrufbar unter: <https://www.astragon.de/presse/content-creator-guidelines>.

<sup>12</sup> So bei Microsoft: „Sofern die nachfolgenden Regeln („Regeln“) eingehalten werden, gewährt Microsoft eine persönliche, nicht exklusive, nicht an Dritte lizenzierbare, nicht übertragbare, widerrufliche eingeschränkte Lizenz...“, abrufbar unter: <https://www.xbox.com/de-de/developers/rules>.

<sup>13</sup> So bei Bethesda: „Wenn ihr diese Inhalte auf Videodiensten wie YouTube oder eurer eigenen Webseite oder eurem Blog veröffentlichen wollt, habt ihr unsere explizite Erlaubnis dazu“, abrufbar unter: <https://bethesda.net/de/article/3XrnHrBoiAesac8844yeuo/bethesda-videorichtlinien>; s.a. Blizzard: „...darf man...“, abrufbar unter: <https://www.blizzard.com/de-de/legal/2068564f-f427-4c1c-8664-c107c90b34d5/blizzard-videorichtlinien>.

<sup>14</sup> S. etwa die „Duldungserklärung“ von EA: „...keine Einwände...“, abrufbar unter: <https://www.ea.com/de-de/service/youtube-duldungserklaerung>; ebenso Rockstar, abrufbar unter: <https://support.rockstargames.com/de/articles/200153756/Richtlinien-fuer-das-Veroeffentlichen-von-urheberrechtlich-geschuetztem-Material-von-Rockstar-Games>; Mojang: „...diesbezüglich ist fast alles möglich...“, abrufbar unter: [https://www.minecraft.net/de-de/terms#terms-brand\\_guidelines](https://www.minecraft.net/de-de/terms#terms-brand_guidelines); Nintendo: „erheben wir keinen Einspruch“, abrufbar unter: [https://www.nintendo.co.jp/networkservice\\_guideline/de/index.html](https://www.nintendo.co.jp/networkservice_guideline/de/index.html).

- Inhalts- und Verhaltensregelungen, wie etwa ein Verbot von Rassismus, Sexismus, Beleidigungen und der Verletzung von Rechten Dritter<sup>15</sup>;
- Aussagen zu kommerziellen Zwecken und zur Monetarisierung: IdR wird eine kommerzielle Nutzung iSv Verkäufen und vor allem Zugangsschranken durch Paywalls uÄ untersagt, zugleich wird eine Monetarisierung etwa über das YouTube-Partnerprogramm oder ähnliche Programme regelmäßig erlaubt<sup>16</sup>;
- Hinweise auf Musik<sup>17</sup>, wie das Erfordernis, die Rechte für vom Let's-Player verwendete (Hintergrund-) Musik separat zu klären;
- Ein Verbot, den Eindruck von Sponsoring oder einer ähnlich kommerziellen Verbindung mit dem Rechtsinhaber/Developer/Publisher zu erzeugen;
- Regelung zu Quellen; Verbot der Verwendung von Inhalten vor offiziellem Release des Spiels; Integrität des Spiels und ein Verbot des separaten Verkaufs von Spiel-Assets;<sup>18</sup>
- Widerruflichkeit, Anpassungen: Die Regelungen sind üblicherweise ausdrücklich widerruflich und mit einem Änderungs-vorbehalt versehen.<sup>19</sup> Auf diese Weise behalten sich die Rechteinhaber vor, ihre entsprechende Praxis flexibel anzupassen.<sup>20</sup>

## II. Urheberrechtliche Ausgangslage

Bei der Herstellung und Wiedergabe von Let's Plays sind in verschiedener Hinsicht Urheberrechte betroffen.

### 1. Geschützte Bestandteile

Als mittlerweile geklärt kann gelten, dass Videospiele in vielfältiger Weise urheberrechtlichen Schutz genießen.<sup>21</sup> Dabei kann differenziert werden zwischen dem Schutz des Spiels als Ganzes und zwischen den einzelnen Bestandteilen. Das Computerspiel insgesamt ist mit der wohl hA insgesamt als filmähnliches Werk iSd § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG einzuordnen.<sup>22</sup>

Schutz genießen daneben die Software, die Charaktere und virtuellen Figuren, Musik und Sound, Grafiken und Fotografien, Sprachaufnahmen, Texte, Motion Capture, eingearbeitete Film-

sequenzen und Laufbilder, ggf. im Spiel verwendete reale oder virtuelle Gegenstände, soweit diese ihrerseits Schutz genießen. In Betracht kommt vor allem Schutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG (Sprachwerke), Nr. 2 (Musikwerke), Nr. 4 (Werke der bildenden Kunst), Nr. 5 (Lichtbildwerke), Nr. 6 UrhG (Filmwerke, zudem § 94 UrhG), § 72 UrhG (Lichtbilder), § 95 UrhG (einfache Laufbilder), § 4 UrhG (Datenbankwerke) und §§ 87a ff. UrhG (einfache Datenbanken).<sup>23</sup>

### 2. Urheberrechtliche Nutzungen

Je nach der konkreten Ausgestaltung des Let's Plays werden urheberrechtlich relevante Verwertungen und Nutzungen vorgenommen, wobei zwischen der Herstellung des Let's Play und der anschließenden öffentlichen Wiedergabe bzw. öffentlichen Zugänglichmachung unterschieden werden kann.

#### a) Vervielfältigung und Bearbeitung

Bei der Herstellung des Let's Play kommt es stets zu einer Vervielfältigung durch das Aufzeichnen des Spielinhalts. Dabei ist unschädlich, dass der Spielablauf im Vorneherein nicht feststeht, denn Schutz genießt nicht nur das Spiel als Ganzes, sondern auch dessen Bestandteile, wie insbesondere etwaige Filmsequenzen oder Laufbilder, Charaktere, verwendete schutzfähige Objekte und Assets.<sup>24</sup> Auch wenn das Spielgeschehen durch den Spieler beeinflusst wird, ändert es nichts daran, dass urheberrechtlich geschützte Teile aufgezeichnet werden.

Das Vervielfältigungsrecht ist dem Rechteinhaber als ausschließliches Verwertungsrecht (§ 16 UrhG) zugewiesen. Dabei kann die Privatkopierschranke des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG zur Anwendung kommen, die aber voraussetzt, dass nur einzelne Vervielfältigungen durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch vorgenommen werden, die weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen dürfen.<sup>25</sup> Jedenfalls bei professionellen Games-Influencern oder Let's-Playern kann diese Grenze überschritten sein.<sup>26</sup>

Ob auch eine Bearbeitung eines Spiels oder seiner Bestandteile erfolgt, hängt vom Einzelfall ab. Bei einer bloßen Kommentierung dürfte dies regelmäßig nicht der Fall sein, soweit das Spiel iÜ unverändert aufgezeichnet wird. Wird dagegen etwa intensiv mit Schnitten gearbeitet etc, mag auch eine relevante Bearbeitung iSd § 23 UrhG in Betracht kommen, da eine Bearbeitung nicht nur bei einer Veränderung des Originals, sondern auch im Falle eines anderen Gesamteindrucks vorliegen kann<sup>27</sup>. Eine „freie Benutzung“, die früher in § 24 UrhG geregelt war, und eine Rechtsverletzung ausschließen würde, dürfte im Regelfall nicht vorliegen. Diese setzt nach der jüngeren BGH-Rechtsprechung ein „Verblässen“, und insbesondere eine fehlende Wiedererkennbarkeit der schutzbegründeten eigenschöpferischen Elemente voraus.<sup>28</sup>

IRe Let's Plays würde es allerdings wenig Sinn ergeben, das Spiel so stark zu verfremden, dass es nicht mehr erkennbar wird; dem Let's-Player ist gerade daran gelegen, die Zuschauer am Spielerlebnis teilhaben zu lassen.

#### b) Öffentliche Wiedergabe

Bei der öffentlichen Wiedergabe des Let's Plays sind zwei Varianten einschlägig. Bei Livestreams, also der gleichzeitigen öffentlichen Wiedergabe iSe Webcast an eine unbestimmte Zahl von Zuschauern<sup>29</sup>, ist das Senderecht nach § 20 UrhG einschlägig. Wird das Let's Play dagegen, wie häufig, auf YouTube, Twitch oder den sonstigen gängigen Plattformen zum Abruf bereitgehalten, kommt das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG zum Zug.<sup>30</sup>

Bei einer Live-Vorführung, etwa auf der Gamescom, ist zudem auch an das Vorführungsrecht nach § 19 Abs. 4 UrhG zu den-

<sup>15</sup> S. etwa CD Projekt Red, abrufbar unter: <https://www.cdprojektred.com/de/fan-content> (verlinkt in <https://www.cdprojektred.com/en/video-policy>) aber auch praktisch alle anderen Guidelines enthalten entsprechende Regelungen.

<sup>16</sup> So die zitierten Guidelines von Astragon, Nintendo, CD Projekt Red, zudem Square Enix, abrufbar unter: [https://www.square-enix-games.com/de\\_DE/documents/materialusagepolicy](https://www.square-enix-games.com/de_DE/documents/materialusagepolicy), oder Valve, abrufbar unter: [https://store.steampowered.com/video\\_policy](https://store.steampowered.com/video_policy).

<sup>17</sup> S. die meisten der vorstehend zitierten Guidelines, zudem etwa <https://www.thqnordic.com/company/video-policy>.

<sup>18</sup> S. etwa bei Astragon, Bethesda, Nintendo, Valve unter den vorstehend zitierten Links.

<sup>19</sup> S. etwa bei Astragon, CD Projekt Red, Rockstar unter den vorstehend zitierten Links.

<sup>20</sup> Allerdings ist insgesamt zu bemerken, dass die Guidelines häufig schon älteren Datums sind, was auf eine eher konstante Praxis der Rechtsinhaber hinweist.

<sup>21</sup> EuGH MMR 2014, 401 Rn. 21 ff. mAnm Oehler – Nintendo/PC Box; BGH MMR 2017, 171 Rn. 34 mAnm Biehler/Apel – World of Warcraft I; s.a. den Überblick bei Hentsch/Falk, Games und Recht/Schmid, 2022, § 9 Rn. 5 ff. mwN.

<sup>22</sup> Hentsch/Falk, Games und Recht/Schmid, 2022, § 9 Rn. 12.

<sup>23</sup> Hentsch/Falk, Games und Recht/Schmid, 2022, § 9 Rn. 5 ff.; Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 13 ff.

<sup>24</sup> Hentsch/Falk, Games und Recht/Schmid, 2022, § 9 Rn. 5 ff., 29.

<sup>25</sup> Hentsch MMR 2019, 351 (353) weist zurecht auf die Privatkopievergütung in diesem Zusammenhang hin, diese kann künftig von der neu gegründeten Verwertungsgesellschaft für die Hersteller von Games (VHG) gelten gemacht werden, s. unter II. 2. d).

<sup>26</sup> Etwas großzügiger wohl Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 29.

<sup>27</sup> Dreier/Schulze, UrhG/Schulze, 17. Aufl. 2022, § 23 Rn. 19 ff.

<sup>28</sup> BGH Urt. v. 7.4.2022 – I ZR 222/20 Rn. 47 ff. – Porsche 911; Datta ZUM 2022, 558 (559 ff.) (563 f.); Schmid/Düwel ZUM 2022, 561 (562 ff.); Hentsch/Falk, Games und Recht/Schmid, 2022, § 9 Rn. 39.

<sup>29</sup> ZB Rocket Beans TV, aber auch Livestreams auf YouTube oder Twitch fallen darunter.

<sup>30</sup> Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 30.

ken.<sup>31</sup> Für die zugleich wiedergegebenen oder zur Herstellung des Livestreams verwandten vorbestehenden Werke, die nicht als solches Teil des Videospieles sind, kommt entweder § 19 Abs. 4 UrhG oder § 21 UrhG bzw. § 22 UrhG in Betracht.<sup>32</sup>

### c) Einschlägige Schranken?

Für die Frage der Behandlung der beschriebenen urheberrechtlichen Nutzungen stellt sich die Frage, ob sich die Let's-Player auf urheberrechtliche Schrankenbestimmungen berufen können. Dabei muss für jeden Herstellungs- bzw. Verwertungsvorgang differenziert werden.

Für die Schranke der Privatkopie nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG wurde bereits ausgeführt, dass diese schon deshalb oft nicht einschlägig sein wird, da sie nur bei rein privaten Vervielfältigungen eingreift, die keinen Erwerbszwecken dienen. Das Zitatrecht nach § 51 UrhG würde zwar grundsätzlich die hier einschlägige Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe umfassen, jedoch erfordert die Zitatschranke immer das Vorliegen eines Zitatzwecks, also insbesondere das Ziel, mit dem Zitat andere Inhalte zu erläutern oder eine eigene Aussage zu belegen.<sup>33</sup>

Allgemeine Aussagen sind dazu kaum möglich, festzuhalten bleibt aber, dass die Zitativoraussetzungen für jede entsprechende Nutzung gegeben sein müssen – was bei Let's Plays zwar denkbar ist, aber praktisch selten der Fall sein wird.

Ähnlich verhält es sich mit der Schranke nach § 51a UrhG für Karikatur, Parodie und Pastiche<sup>34</sup>. Auch diese erlaubt die Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe, wobei dies zum Zwecke der Karikatur, Parodie und Pastiche erfolgen muss. Veränderungen in diesem Zusammenhang sind nach § 62 Abs. 4a UrhG erlaubt. Auch wenn die Schranke potenziell weitgehende Nutzungen erlaubt und die deutsche Gesetzesbegründung als Beispiele zitierende, imitierende und anlehrende Kulturtechniken wie „Remix, Meme, GIF, Mashup, Fanfiction etc.“ nennt,<sup>35</sup> die auch iRV Let's Plays zumindest denkbar sind, gilt auch hier das zu Zitaten Gesagte.

### d) Kollektive Rechtswahrnehmung nur in begrenztem Umfang

Eine kollektive Rechtswahrnehmung fand im Bereich der Games-Branche bis vor kurzem nicht statt. Seit Mai 2023 existiert eine neue Verwertungsgesellschaft für Games, mit der zukünftig Games-Unternehmen die Privatkopievergütung nach den §§ 54 ff. UrhG geltend machen können.<sup>36</sup>

Weitergehende Rechte, wie auch die hier einschlägigen Rechte, können über diese Verwertungsgesellschaft nicht erworben werden.

## III. Insbesondere: Einordnung der erteilten Erlaubnisse

Wie bereits dargestellt, finden die Richtlinien bzw. Guidelines in unterschiedlicher Form Anwendung. Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung und „Lizenzierungswirkung“ kann zwischen folgenden Varianten differenziert werden:

### 1. Lizenzierung

Manche Guidelines sprechen von einer echten „Lizenz“. Eine Lizenz im urheberrechtlichen Sinne ist die „stärkste“ Form der Rechteinräumung und führt (jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis) zu einer Rechteinräumung mit dinglicher Wirkung.<sup>37</sup> Allerdings bestehen Zweifel, ob es mit dem Let's-Player – auch bei Bezeichnung als Lizenz – tatsächlich zu einem Vertragsabschluss kommt und eine entsprechende Wirkung gewollt ist.

Zwar scheint es zumindest vertretbar, in der tatsächlichen Ausführung der Let's Plays durch den Let's-Player in Kenntnis der

Guidelines einen Vertragsschluss durch schlüssiges Handeln zu sehen.<sup>38</sup> Allerdings ist die bloße Nutzung einer Webseite durch einen User nicht ohne Weiteres als ausreichend für einen Vertragsschluss anzusehen. Auch bestehen Zweifel am Rechtsbindungswillen der beteiligten Parteien<sup>39</sup>. Oft wird es daher an der für eine Lizenzierung erforderlichen Einigung fehlen. Etwas anderes gilt dann, wenn die Guidelines in die EULA oder sonstigen AGB eingebunden sind, denen der Let's-Player zuvor zugestimmt hat.<sup>40</sup>

## 2. Gestattung

Denkbar ist weiter eine Gestattung. Eine Gestattung kommt vor allem in Betracht, wenn die Nutzung iRV Let's Plays lediglich „gestattet“ oder „erlaubt“ wird. Die Gestattung wirkt nach der hA nur schuldrechtlich, ohne Dritten gegenüber Wirkungen aufzuweisen, dh der Empfänger wird zur Vornahme der erlaubten Handlung berechtigt, es werden ihm aber keine urheberrechtlichen Nutzungsrechte eingeräumt.<sup>41</sup> Auch eine schuldrechtliche Gestattung erfordert aber im „klassischen“ vertragsrechtlichen Sinne eine Einigung, dh übereinstimmende Willenserklärungen und einen entsprechenden Rechtsbindungswillen der beteiligten Parteien.<sup>42</sup>

Entsprechend zur Lizenz (s. unter III. 1.) ist das zwar denkbar, oft wird es aber auch in diesen Fällen bei bloßer Nutzung an einem Rechtsbindungswillen fehlen.

## 3. Duldung als schlichte Einwilligung

Denkbar ist schließlich auch eine bloße „Duldung“ der Handlungen des Let's-Players, ohne dass sich der Rechtsinhaber darüber hinaus an eine Lizenzierung oder Gestattung binden will. Eine Duldung liegt vor allem nahe, wenn der Rechtsinhaber in den Guidelines lediglich erklärt, dass gegen die Let's Plays „keine Einwände“ oder „kein Einspruch“ erhoben werden,<sup>43</sup> dass er sich über Fan-Inhalte „freut“,<sup>44</sup> oder sich der Rechtsinhaber vorbehält, der Nutzung zu widersprechen.<sup>45</sup>

Sie kann dann anzunehmen sein, wenn dem Rechtsinhaber keine Gegenleistung versprochen wird und der Let's-Player seinerseits keine Verpflichtungen übernimmt,<sup>46</sup> oder wenn der Rechtsinhaber/Publisher/Developer nicht zweifelsfrei über alle Rechte verfügt, um aktiv zu gestatten.<sup>47</sup> Diese Gestaltung kann mit der BGH-Rechtsprechung als sog. „schlichte Einwilligung“ eingeordnet werden. Die schlichte Einwilligung führt als Erlaubnis zur Rechtmäßigkeit des Handelns, bei ihr erwirbt der Emp-

31 S. Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 17. Aufl. 2022, § 19 Rn. 16.

32 Dreier/Schulze, UrhG/Dreier, 17. Aufl. 2022, § 19 Rn. 16.

33 Hierzu Hentsch/Falk, Games und Recht/Schmid, 2022, § 9 Rn. 42; Schmid/Düwel MMR 2020, 155 (158).

34 Hierzu Rauda MMR 2023, 619 – in diesem Heft; zu Pastiche allg. auch Kreuzer MMR 2022, 847.

35 BT-Drs. 19/27426, 91.

36 VHVG Verwertungsgesellschaft für die Hersteller von Games, s. die PM v. 31.5. 2023, abrufbar unter: <https://www.game.de/game-verband-gruendet-verwertungsgesellschaft/>.

37 Vgl. Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 20, 23, 26.

38 Eine konkludente Rechteinräumung ist angesprochen, aber im Ergebnis abgelehnt, von BGH MMR 2010, 475 Rn. 29 ff. mAnm Rössel – Vorschaubilder.

39 S.a. Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 34

40 Die o.g. Guidelines von Mojang etwa sind Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

41 Diskutiert, aber im Ergebnis ebenfalls abgelehnt, in BGH MMR 2010, 475 Rn. 32 mAnm Rössel – Vorschaubilder; s.a. Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 23, 27 f.

42 BGH MMR 2010, 475 Rn. 32 mAnm Rössel – Vorschaubilder; Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 23, 27 f.

43 So bei EA oder Nintendo unter den o.g. Links.

44 CD Project Red unter den o.g. Links.

45 Square Enix unter den o.g. Links.

46 Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 29.

47 Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 34.

fänger aber kein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht oder ein sonstiges durchsetzbares Recht. Sie wird als einseitiges Rechtsgeschäft angesehen, erfordert daher keine sich deckenden Willenserklärungen der Parteien.<sup>48</sup>

Teilweise wird auch die Einordnung als rechtsgeschäftsähnliche Erklärung vertreten.<sup>49</sup> Die schlichte Einwilligung ist zudem frei widerruflich.<sup>50</sup> Auch eine konkludente Einwilligung ist denkbar.<sup>51</sup> Aus Sicht des Rechtsinhabers erlaubt die schlichte Einwilligung die größtmögliche Flexibilität, verschafft dem Empfänger allerdings keine verlässliche Rechtsposition.

Ob auch ein bloßes Nichtstun bzw. Schweigen des Rechtsinhabers eine solche Einwilligung darstellt, ist fraglich.<sup>52</sup> Zwar ist entsprechend dem Vorstehenden auch eine konkludente Einwilligung denkbar, dem bloßen Schweigen kommt im Regelfall aber keine Erklärungswirkung zu.<sup>53</sup>

Will man dagegen die Rechtsfigur der schlichten Einwilligung nicht anerkennen, könnten die entsprechenden Erklärungen in den Guidelines jedenfalls so verstanden werden, dass es dem Rechtsinhaber nach Treu und Glauben versagt ist, gegen regelkonforme Let's Plays vorzugehen.<sup>54</sup>

#### 4. Auslegung

Welche der vorgestellten Varianten vorliegt, ist letztlich anhand des konkreten Einzelfalls im Wege der Auslegung zu ermitteln.<sup>55</sup> Dabei kommt es nicht entscheidend auf den Wortlaut an, der Bezeichnung kommt aber eine Indizwirkung zu.<sup>56</sup>

In vielen Fällen dürfte die schlichte Einwilligung den Interessen der Parteien gut gerecht werden.<sup>57</sup> Der Rechtsinhaber kann einerseits die positive (Werbe-)Wirkung der Let's Plays nutzen, andererseits die Voraussetzungen regeln und durch Anpassung auf geänderte Umstände reagieren. Auch der Let's-Player übernimmt keine eigenen Verpflichtungen und ist seinerseits nicht an ein Lizenzverhältnis gebunden (er muss sich freilich an die Guidelines halten, wenn er die Vorteile der Erlaubnis nutzen will).

Die schlichte Einwilligung könnte zudem auch in den Konstellationen fruchtbar gemacht werden, in denen der Wortlaut zwar grundsätzlich für eine Lizenz oder Gestattung spricht, es aber am rechtsgeschäftlichen Bindungswillen, oder an sich deckenden Willenserklärungen fehlt. Hier kann die schlichte Einwilligung jedenfalls als Auffangtatbestand dienen.

#### 5. Anwendbares Recht

Schließlich stellt sich die Frage, welches Recht in grenzüberschreitenden Sachverhalten auf Let's Plays und deren urheberrechtliche Behandlung Anwendung findet. Die Let's-Play-Guidelines enthalten dazu soweit ersichtlich keine Aussagen – was gerade bei den nicht als vertragliche Regelung ausgestalteten Guidelines nicht überrascht.

Es kommen im Grundsatz zwei Anknüpfungen in Betracht. Zum einen gelten für vertragsrechtliche Fragen die Regelungen der Art. 3 ff. Rom-I-VO.<sup>58</sup> Das gilt im Grundsatz auch für Let's Play-Lizenzverträge, soweit es sich um „echte“ Lizenzverträge handelt, wie auch für vertragliche (schuldrechtliche) Gestattungen. Guidelines, die nicht als (Lizenz-)Verträge, sondern als „schlichte Einwilligungen“ anzusehen sind, haben ieS keinen vertraglichen Charakter. Da sie – wie vorstehend ausgeführt – als einseitiges Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliche Handlungen anzusehen sind, können die vertragsrechtlichen Regelungen zumindest analog angewendet werden.<sup>59</sup> Folgt man dem nicht, wäre in diesen Fällen stattdessen an die internationalprivatrechtlichen Regelungen für Urheberrechtsverletzungen und damit an Art. 8 Abs. 1 Rom-II-VO und das Recht des Schutzlands anzuknüpfen.<sup>60</sup>

#### IV. Let's Plays und UrhDaG

Die Plattformen, auf denen Let's Plays überwiegend stattfinden, wie YouTube, Twitch oder auch Facebook, sind für den hier interessierenden Zusammenhang regelmäßig als „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ iSv § 2 UrhDaG anzusehen und fallen demnach unter die Regelungen der §§ 1 ff. UrhDaG.<sup>61</sup> Für diese „Online-Content-Sharing-Service-Provider“ (OCSSP's) bewirkt § 1 UrhDaG in Umsetzung von Art. 17 DSM-RL (RL (EU) 2019/790 v. 17.4.2019), dass der OCSSP eine eigene Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornimmt, wenn er nutzergenerierte Inhalte (UGC) auf seiner Plattform zugänglich macht, die von Nutzern des Dienstes hochgeladen worden sind.<sup>62</sup>

Hieraus ergibt sich eine Reihe von Pflichten und sonstigen Rechtsfolgen. So ist der Diensteanbieter verpflichtet, bestmögliche Anstrengungen zur Lizenzierung zu unternehmen (§ 4 UrhDaG). Unabhängig von der vertraglichen Rechteinräumung sind gem. § 5 Abs. 1 UrhDaG einige Nutzungen gesetzlich erlaubt. Die von Absatz 1 erfassten Fälle sind Zitate nach § 51 UrhG, Karikatur, Parodie und Pastiche nach § 51a UrhG und die sonstigen durch Schranken nach den §§ 44a ff. UrhG erlaubten Nutzungen. Diese haben aber, wie vorstehend gezeigt, für Let's Plays nur untergeordnete Bedeutung.

Das Gesetz regelt weiter die Pflicht, auf Verlangen eine qualifizierte Blockierung nach § 7 UrhDaG bzw. eine einfache Blockierung iSd § 8 UrhDaG vorzunehmen. In Bezug auf Guidelines für Let's Plays, mit denen die Rechteinhaber unter den von ihnen festgelegten Bedingungen die Nutzung „freigeben“ (s. vorstehend unter III.), können sich dabei Friktionen ergeben. Insbesondere kann die qualifizierte Blockierung nicht die differenzierten Guidelines der Rechteinhaber abbilden.<sup>63</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem, ob und in welchen Konstellationen die sog. Erstreckung nach § 6 UrhDaG im Zusammenhang mit Let's Plays zu Anwendung gelangen kann.

#### 1. § 6 Abs. 1 UrhDaG

§ 6 UrhDaG regelt die Erstreckung von Erlaubnissen. Dabei setzt § 6 Abs. 1 UrhDaG Art. 17 Abs. 2 DSM-RL um und sieht vor, dass dann, wenn dem Diensteanbieter die öffentliche Wiedergabe des Werks erlaubt ist, diese Erlaubnis auch zu Gunsten des Nutzers wirkt, sofern dieser nicht kommerziell handelt oder keine erheb-

<sup>48</sup> Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 29; BGH MMR 2010, 475 mAnm Rössel – Vorschaubilder.

<sup>49</sup> Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 30.

<sup>50</sup> Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 29 f.; BGH MMR 2010, 475 mAnm Rössel – Vorschaubilder.

<sup>51</sup> Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 31: „Allerdings muss das betreffende Verhalten vom objektiven Empfängerhorizont Erklärungswert aufweisen, also zum Ausdruck bringen, dass der Rechtsinhaber mit der betreffenden Handlung einverstanden ist.“; wohl auch BGH MMR 2010, 475 Rn. 33 mAnm Rössel – Vorschaubilder.

<sup>52</sup> „Passive“ bzw. „stille Duldung“, s. dazu auch Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 39.

<sup>53</sup> Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 31.

<sup>54</sup> Einrede des Verbots des widersprüchlichen Verhaltens, § 242 BGB, s. dazu Grüneberg, BGB/Grüneberg, 82. Aufl. 2023, BGB § 242 Rn. 55 ff.

<sup>55</sup> Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 24.

<sup>56</sup> Grüneberg, BGB/Grüneberg, 82. Aufl. 2023, BGB § 133 Rn. 14.

<sup>57</sup> So im Ergebnis wohl auch Hentsch/Falk, Games und Recht/Furch, 2022, § 30 Rn. 36 ff.

<sup>58</sup> Hentsch/Falk, Games und Recht/Schmid, 2022, § 9 Rn. 59 ff.

<sup>59</sup> S. Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 30; BeckOK/Paulus, 1.3.2023, Rom-I-VO Art. 1 Rn. 32.

<sup>60</sup> Hentsch/Falk, Games und Recht/Schmid, 2022, § 9 Rn. 58 mwN.

<sup>61</sup> BeckOK UrhR/Oster, 38. Ed. 1.5.2023, UrhDaG § 2 Rn. 19.

<sup>62</sup> BT-Drs. 19/27426, 44; Hentsch MMR 2019, 351 (353 ff.).

<sup>63</sup> Dazu Pukas/Waiblinger MMR 2023, 628 (631) – in diesem Heft.

lichen Einnahmen erzielt. Die vom Diensteanbieter eingeholte Erlaubnis wirkt also zu Gunsten des Nutzers: Die vom Diensteanbieter erworbene Lizenz für die öffentliche Wiedergabe eines Werks erfasst zugleich die hiermit verbundenen Handlungen der öffentlichen Wiedergabe des Nutzers, der den Inhalt hochlädt.

Diese Erstreckung der vertraglichen Erlaubnis gilt indes nur, sofern der Nutzer nicht kommerziell handelt oder mit seiner kommerziellen Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielt.

Bei Guidelines für Let's Plays dürfte die Konstellation des § 6 Abs. 1 UrhDaG jedoch idR nicht zur Anwendung gelangen: Denn die Guidelines sind so ausgestaltet, dass die Erlaubnis direkt dem Let's-Player erteilt wird bzw. zu dessen Gunsten wirkt. Damit ist der umgekehrte Fall des § 6 Abs. 2 UrhDaG angesprochen (s. unter IV.2.).

Eigenständige Bedeutung kann die Regelung allerdings erlangen, wenn man der Ansicht folgt, dass die Erstreckung nach § 6 Abs. 2 UrhDaG nicht die schlichte Einwilligung bzw. bloße Duldung des Let's-Plays erfasst.

## 2. § 6 Abs. 2 UrhDaG

Den umgekehrten Fall regelt § 6 Abs. 2 UrhDaG. Dieser sieht vor, dass dann, wenn der Nutzer über eine Erlaubnis verfügt, ein Werk über einen Diensteanbieter öffentlich wiederzugeben, diese Erlaubnis auch zu Gunsten des Diensteanbieters wirkt. Diese Regelung ist nicht in Art. 17 DSM-RL zu finden, setzt vielmehr bei Erwägungsgrund 69 S. 2 DSM-RL an, dem der deutsche Gesetzgeber als nur klarstellende Regelung ansieht.<sup>64</sup> Dabei sind etwaige Beschränkungen der dem Nutzer erteilten Erlaubnis zu beachten.<sup>65</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die „Erlaubnis“ jede Form von Let's-Plays-Erlaubnissen umfasst. Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass echte urheberrechtliche Lizenzen darunter fallen<sup>66</sup>. Auch sonstige Formen rechtsgeschäftlicher Erlaubnisse wie die schuldrechtliche Gestattung, kann man als erfasst ansehen. Weniger eindeutig stellt sich die Rechtslage bei einer schlichten Einwilligung oder bloßen Duldung dar.<sup>67</sup>

Der Wortlaut der Regelung („Erlaubnisse“) scheint eher dafür zu sprechen, dass nur rechtsgeschäftliche Erlaubnisse ieS erfasst sind.<sup>68</sup> Allerdings wird die schlichte Einwilligung als einseitiges Rechtsgeschäft bzw. als zumindest rechtsgeschäftsähnliches Handeln angesehen.<sup>69</sup> Es erscheint daher durchaus vertretbar, dass § 6 Abs. 2 UrhDaG zumindest analog auch für diese Fälle gilt.

Eine solche Auslegung stünde auch mit dem Sinn und Zweck der Regelung in Einklang, dass die privatautonome vom Rechtsinhaber erlaubten Handlungen auch zu Gunsten des Diensteanbieters wirken. Dem Rechtsinhaber wird dabei die Entscheidung nicht aus der Hand genommen; ihm bleibt es weiterhin unbenommen, seine Guidelines und die dadurch eintretende Erlaubniswirkung selber auszugestalten. Wie sich Praxis und Rechtsprechung hier entwickeln, bleibt allerdings abzuwarten.

Gegenwärtig bleibt diese Fallgestaltung jedenfalls mit Rechtsunsicherheit behaftet. Die neue gesetzliche Regelung wirft an dieser Stelle daher neue Fragen auf, wo es bereits ein funktionierendes System gab.<sup>70</sup>

Umstritten ist weiter die Frage, ob die Erstreckung nach § 6 Abs. 2 UrhDaG auch bei „lediglich“ gesetzlichen Erlaubnissen,

dh im Falle von Schranken, einschlägig ist. Auch wenn die Gesetzesbegründung hier an einer Stelle von einem Fortbestand der Lizenzierungspflicht nach § 4 Abs. 1 UrhDaG ausgeht,<sup>71</sup> sprechen doch die besseren Gründe dafür, dass § 6 Abs. 2 UrhDaG auch in diesen Fällen eingreift.<sup>72</sup>

## V. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das privatautonome und „selbstregulatorisch“ mittels Guidelines entwickelte System der Lizenzierung, Gestattung oder Duldung von Let's Plays funktioniert und sich in die Kategorien des deutschen Rechts einordnen lässt. Zugleich werden die Interessen der Let's-Player, der Rechtsinhaber/Publisher/Developer wie auch der Plattformen gewahrt.

Entsprechend dürfte aktuell nur wenig Interesse bestehen, das etablierte System substantiell zu ändern, vielmehr wird es im Interesse der Akteure liegen, die gegenwärtige Praxis auch unter der Geltung des UrhDaG beizubehalten.

### Schnell gelesen ...

- Let's Plays haben in der Community der Games-Branche erhebliche praktische und auch wirtschaftliche Bedeutung erlangt.
- Die Let's-Play-Guidelines verfügen über typische Bestandteile wie Erlaubnis, Verbot kommerzieller Nutzungen und Paywalls bei gleichzeitiger Gestattung von Monetarisierung über die typischen Plattformen, inhaltliche Regeln und Verhaltensregeln, und den Vorbehalt von Widerruf oder Änderungen.
- Zivilrechtlich können die Guidelines als Lizenzen, Gestattungen, oft auch als bloß schlichte Einwilligungen ausgelegt werden.
- Mit dem UrhDaG und der DSM-RL ergeben sich einige Friktionen, die aber über Auslegung und/oder analoge Anwendung lösbar erscheinen.
- Ein substantielles Bedürfnis der Akteure, das bislang funktionierende System und die bislang bestehende Praxis zu ändern, ist aktuell nicht zu beobachten.



Dr. Gregor Schmid, LL.M. (Cambridge),  
ist Rechtsanwalt und Partner bei Taylor Wessing in Berlin.

<sup>64</sup> BT-Drs. 19/27426, 137; ebenso Dreier/Schulze/Raue, UrhG, 17. Aufl. 2022, UrhDaG § 6 Rn. 10.

<sup>65</sup> BT-Drs. 19/27426, 137.

<sup>66</sup> Vgl. Erwägungsgrund 69 DSM-RL.

<sup>67</sup> Hentsch MMR 2019, 351 (354); Hentsch/Falk, Games und Recht/Waiblinger, 2022, § 30 Rn. 43.

<sup>68</sup> Wandtke/Bullinger, Urheberrecht/Rauer, 6. Aufl. 2022, UrhDaG § 6 Rn. 17.

<sup>69</sup> S. unter III. 3. und Schrickler/Loewenheim, UrhG/Ohly, 6. Aufl. 2020, § 29 Rn. 30.

<sup>70</sup> Darauf weist zu Recht hin Hentsch MMR 2019, 351 (354).

<sup>71</sup> BT-Drs. 19/27426, 132.

<sup>72</sup> BT-Drs. 19/27426, 45, 136, wohl auch S. 132; Barudi, Das neue Urheberrecht, 2021, S. 56 f.; Wandtke/Bullinger, Urheberrecht/Rauer, 6. Aufl. 2022, UrhDaG § 6 Rn. 17.

# MMR MultiMedia und Recht

Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung

ISSN 2698-7988

**Redaktion:** Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin (V.i.S.d.P); Ruth Schrödl, Redakteurin; Christine Völker-Albert, Redakteurin; Eva Wanderer, Redaktionsassistentin; Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: 089/381 89-427, Telefax: 089/38189-625, E-Mail: [mmr@beck.de](mailto:mmr@beck.de).

[twitter.com/MMRZeitschrift](https://twitter.com/MMRZeitschrift)

[de.linkedin.com/showcase/zeitschriftmmr](https://de.linkedin.com/showcase/zeitschriftmmr)

## Manuskripte und andere Einsendungen:

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

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

## Redaktionsrichtlinie C.H.BECK:

Redaktionsrichtlinien und Werkabkürzungen sind im Zitierportal des Verlags C.H.BECK abrufbar: [www.zitierportal.de](http://www.zitierportal.de)

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

## Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK,

Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München.

Media-Beratung: Telefon (0 89) 3 81 89-687, Telefax (0 89) 3 81 89-589.

Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (089) 381 89-609, Telefax (089) 38189-589, E-Mail: [anzeigen@beck.de](mailto:anzeigen@beck.de)

Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Mehling.

**Verlag:** Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (089) 38189-398, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX. Amtsgericht München, HRA 48 045. Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h. c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

**Erscheinungsweise:** Monatlich.

**Bezugspreise 2023:** Jahresabo €495,- (inkl. MwSt.). Vorzugspreis für Mitglieder der davit und Kooperationspartner jährlich €389,- (inkl. MwSt.). Einzelheft €51,- (inkl. MwSt.). Versandkosten jeweils zuzüglich. Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden. Jahrestitelei und -register sind nur mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

## KundenServiceCenter:

Telefon: (0 89) 3 81 89-750,

Telefax: (0 89) 3 81 89-358.

E-Mail: [kundenservice@beck.de](mailto:kundenservice@beck.de)

## Abbestellung:

Abbestellfristen finden Sie unter: [www.beck-shop.de/mmr-zeitschrift-it-recht-digitalisierung/product/1584](http://www.beck-shop.de/mmr-zeitschrift-it-recht-digitalisierung/product/1584)

**Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DS-GVO:** Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

**Satz:** FotoSatz Pfeifer GmbH, 82152 Krailling.

**Druck:** Druckerei C.H.BECK, Bergerstraße 3-5, 86720 Nördlingen.





