

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

12
K&R

- Editorial: Die unendliche Geschichte der E-Privacy-VO
Jan Spittka
- 781 Die Veräußerung von Produktschlüsseln (Product Keys) für Computerspiele – immer ein Problem des Urheberrechts?
Prof. Dr. Volker Michael Jänich
- 788 Geistiges Eigentum, Leistungsschutzrechte und Geheimnisschutz beim Building Information Modeling (BIM)
Fabian Reinholz und Dr. Martin Kraushaar
- 801 Rechtsgeschäfte unter Beteiligung automatisierter und autonomer Systeme · *Dr. Lea Katharina Kumkar*
- 807 Anwendbarkeit des kaufrechtlichen Sachmangelgewährleistungsrechts auf künstliche Intelligenz · *Alexander Bleckat*
- 813 Löschung von Informationen aus dem Datenbestand von Auskunftfeien · *Mario Gutowski*
- 816 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 819 EuGH: Widerrufsrecht bei Warenbestellung mit Kundenspezifikation
- 822 BGH: GEMA-Schadensersatzanspruch bei Rundfunkübertragung in Ferienwohnungen
- 830 BGH: Unterlassungsanspruch gegen Bildberichterstattung
- 834 BGH: Vollstreckung gegen soziales Netzwerk wegen Zugang zum Konto verstorbener Teilnehmerin
- 853 BVerwG: Zulassung für bundesweites Fernsehprogramm durch andere Landesmedienanstalt mit Kommentar von *Prof. Roland Bornemann*
- 859 VerfGH Sachsen: Keine Verletzung des Willkürverbots durch Entscheidung zu Domainpfändung

23. Jahrgang

Dezember 2020

Seiten 781 – 860



Prof. Dr. iur. Volker Michael Jänich, Jena*

Die Veräußerung von Produktschlüsseln (Product Keys) für Computerspiele – immer ein Problem des Urheberrechts?

Der klassische Vertrieb von Computerspielen durch den Verkauf von Datenträgern ist Geschichte. Die Spieler erwerben heute im stationären und im Online-Handel Produktschlüssel („Product Keys“), die sie auf den gängigen Spieleplattformen im Internet einlösen, um anschließend spielen zu können. Der Handel mit Product Keys ist gelegentlich streitbefangen, wohl auch aufgrund des Auftretens einiger besonders preisaktiver Anbieter. Der Beitrag erörtert den urheberrechtlichen und vertragsrechtlichen Rahmen des Handels mit Product Keys.

I. Problemfeld

Produktschlüssel (Product Keys) ermöglichen es, Software und Computerspiele bei Softwareanbietern oder auf Spieleplattformen für den Gebrauch freizuschalten und – sofern für die Nutzung erforderlich – auf den eigenen Rechner herunterzuladen. Handelsplattformen und eine Reihe von Internethändlern haben sich auf den Handel mit Produktschlüsseln spezialisiert. Bekannte Beispiele sind Mmoga, G2A und Kinguin. Darüber hinaus werden sie im stationären Handel (gelegentlich sogar an Supermarktkassen) angeboten.

Die Veräußerung und Nutzung von Product Keys ist streitbefangen, wenn die Product Keys nicht direkt vom Rechteinhaber (Softwarehersteller oder Publisher) oder von ausdrücklich „autorisierten“ Händlern erworben werden. Plattformen und Händlern wird gelegentlich vorgeworfen, gegen geltendes Recht zu verstoßen.¹ Es komme vor, dass Product Keys mit entwendeten Kreditkarteninformationen bezahlt worden seien und dann weiterveräußert würden.² Auch wird mitunter – recht diffus – der Vorwand erhoben, die Produktschlüssel stammten aus dem „Ausland“ oder seien „für den ausländischen Markt“ bestimmt. Zudem wird die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit Produktschlüsseln regelmäßig angezweifelt. Die Entscheidungen „UsedSoft“ und „Tom Kabinet“³ zur Erschöpfung (§ 17 Abs. 2 UrhG) bei der Weiterveräußerung digitaler Güter (Software, E-Books) scheinen Beachtung finden zu müssen. Allerdings greift eine vorschnelle Einordnung des Handels mit Product Keys in die durch die „UsedSoft“-Rechtsprechung tangierten Problemfelder zu kurz. Geprüft werden muss, ob überhaupt ein Handel mit „gebrauchten“ digitalen Gütern erfolgt. Wird ein Product Key veräußert, bevor ein urheberrechtlicher Nutzungsvertrag erstmals zustande gekommen ist, scheint jedenfalls prima facie das Problemfeld der Weiterveräußerung eines „gebrauchten“ digitalen Gutes überhaupt nicht adressiert zu sein.

Im Folgenden soll die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit Product Keys untersucht werden (unter II.). Auch die vertragsrechtliche Seite wird betrachtet werden (unter III.). Zudem werden prozessrechtliche Probleme erörtert, die im Zusammenhang mit der Veräußerung von Product Keys entstehen können (IV.).

II. Handel mit Product Keys im Urheberrecht

1. Tatsächlicher Hintergrund, Definitionen, Abgrenzung

Ein Product Key ist ein Code (Zahlen und/oder Buchstaben), der den Zugang zu einem Computerspiel oder einer Software sowie die Nutzung des Spiels bzw. des Computerprogramms zulässt. Ebenso wird ein gegebenenfalls erforderlicher Download durch den Key ermöglicht. Product Keys gestatten es, Computerspiele auf gängigen Spieleplattformen wie Steam, Uplay oder Epic freizuschalten, herunterzuladen und zu spielen.

Computerspiele werden üblicherweise durch spezialisierte Verlage vertrieben, für die sich der Begriff „Publisher“ etabliert hat. Ähnlich wie Tonträgerhersteller diversifizieren die Publisher ihr Angebot durch die Verwendung verschiedener Label. Während auf dem Spielmarkt zunächst physische Datenträger dominierten, kommt heute bei PC-Spielen elektronischen Distributionsformen größte Bedeutung zu. Die Vertriebswege sind ausgesprochen vielfältig. Teilweise betreiben die Publisher eigene Online-Stores, in denen die Spiele erworben werden können.⁴ Die Spiele werden dort per Download bezogen. Daneben hat sich ein Erwerbsweg unter Verwendung von Product Keys etabliert. Die Publisher stellen Händlern Product Keys zur Verfügung, die diese an ihre Kunden (physisch in Boxen oder elektronisch per E-Mail) veräußern. Mit dem Product Key kann der Kunde dann das Spiel freischalten, entweder auf einer Herstellerseite oder über die gängigen Spieleplattformen wie Steam oder Uplay. Der Onlinehändler

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 8. 11. 2020. Die Untersuchung wurde durch eine Anfrage aus der Praxis angeregt.

1 Beispiele bei *Hentsch*, MMR Beilage zu Heft 8/2019, 3, 4.

2 Ein Beispiel für solche Vorwürfe ist der Bericht unter <https://www.derstandard.de/story/2000063302642/eine-bitte-kaufen-sie-keine-games-beim-key-reseller>.

3 EuGH, 3. 7. 2012 – C-128/11, K&R 2012, 493 – UsedSoft; EuGH, 19. 12. 2019 – C-263/18, K&R 2020, 128, Rn. 53 – 59 – NUV u. a./Tom Kabinet; Überblick über den Meinungsstand bei v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2020, 113, 118 (in Fn. 87).

4 Bsp.: store.ubi.com.

amazon beispielsweise ordnet jedem Kundenkonto eine „Games- und Software-Bibliothek“ zu. Erworbene Spiele können von dort heruntergeladen werden. Product Keys, die erforderlich sind, werden dort hinterlegt.

Produktschlüssel werden auf verschiedenen Wegen vertrieben. Ausgangspunkt der Veräußerungskette ist immer der Publisher, der als Inhaber der erforderlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte die Product Keys (natürlich rechtmäßig) generiert und in den Verkehr bringt. Gefälschte und kopierte Product Keys dürften heute keine nennenswerte Bedeutung haben, da ein Publisher jederzeit die Möglichkeit hat, Product Keys zu sperren.⁵

Abzugrenzen sind Product Keys von Seriennummern oder Lizenznummern. Aktivierte Software verfügt häufig über solche Unterscheidungszeichen, die die Lizenz individualisieren. Der Erwerb eines Product Keys ist dieser „aktivierten Phase“ im Regelfall vorgelagert: Der Produktschlüssel ermöglicht erst den Erwerb des Lizenzrechts.

Weiter muss zwischen „neuen“ und „gebrauchten“ Product Keys unterschieden werden. Typischerweise werden die Produktschlüssel unmittelbar nach der Generierung durch den Publisher oder eine andere befugte Person an den Nutzer (Gamer) veräußert. Die Keys sind noch nicht zur Aktivierung des Spiels oder der Software, also zum Abschluss eines Lizenzvertrages, eingelöst worden. Eine urheberrechtliche Nutzungsbefugnis wurde mit ihnen noch nicht begründet. Diese Product Keys können als „neu“ bezeichnet werden.

Hiervon zu unterscheiden ist ein theoretisch denkbarer Handel mit „gebrauchten“ Product Keys. Ein Softwarelizenzvertrag zwischen Rechteinhaber und Nutzer ist in dieser Situation bereits zustande gekommen. Der Nutzer gibt sodann die Nutzung des Spiels (oder der Software) auf und veräußert den Product Key weiter. Ein Handel mit „gebrauchten“ Keys, der den Sachverhalten, die der „UsedSoft-Rechtsprechung zugrunde lagen, zumindest ähnelt, kommt kaum noch vor. Der Grund ist recht einfach: Product Keys können heute nur einmal verwendet werden und sind dann – anders als eine Lizenznummer, Seriennummer o. ä. – verbraucht. Ein anderer Nutzer kann das Spiel mit dem Key nicht freischalten. Der Veräußerer kann das Spiel nicht von seinem Account bei einer der gängigen Spieleplattformen trennen. Daher ist es ihm verwehrt, das Spiel durch Übertragung des Product Keys weiterzugeben. Ein Erwerb eines „gebrauchten“ Produktschlüssels ist daher ohne jeden Nutzen für den Erwerber.

2. Urheberrechtliche Fragen des Handels mit Product Keys

a) Vorüberlegungen

Soll die rechtliche Zulässigkeit des Handels mit Product Keys erörtert werden, drängt sich anscheinend beinahe automatisch die „UsedSoft“-Rechtsprechung von EuGH und BGH in das Blickfeld.⁶ Die Rechtsprechung zum Handel mit „gebrauchten“ digitalen Gütern hat mit der Entscheidung „Tom Kabinet“ weitere Konturen gewonnen.⁷ Allerdings werden – wie eben dargelegt – allenfalls selten „gebrauchte“ Product Keys gehandelt. Daher muss kritisch untersucht werden, ob der Handel mit Produktschlüsseln überhaupt schon das (subjektive und objektive) Urheberrecht betrifft, oder ob es sich nicht nur um die Übertragung von Berechtigungen im „Vorfeld des Urheberrechts“ handelt, die die bloße Befugnis eröffnen, ein urheberrechtliches Nutzungsrecht zu begründen.

b) Urheberrechtsschutz für Computerspiele

Computerspiele genießen Schutz nach dem UrhG. Unklar ist allein die exakte Einordnung in den Werkkatalog des § 2 UrhG. In Betracht kommt ein „Computerprogramm“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder eine andere Werkart. Der BGH hat entschieden, ein Computerspiel genieße urheberrechtlichen Schutz „jedenfalls als Werk, das ähnlich wie ein Filmwerk geschaffen worden ist“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG).⁸ In der Literatur wird gelegentlich eine neue Werkart angenommen, die dem (begrifflich heute wohl überholten) „Multimediawerk“ ähnelt.⁹

Die Frage ist kein dogmatisches Glasperlenspiel. Sie gewinnt Bedeutung bei der richtlinienkonformen Auslegung. Wenn Computerspiele (allein) Software sind, müssen die speziellen Vorgaben der RL 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen¹⁰ beachtet werden. Handelt es sich um ein sonstiges urheberrechtlich geschütztes Werk i. S. d. § 2 UrhG, sind die Richtlinien der EU zum Urheberrecht und damit insbesondere die sog. InfoSoc-RL 2001/29/EG,¹¹ die vom EuGH als robustes Harmonisierungsinstrument eingesetzt wird, zu beachten. In der Rechtssache „Nintendo“ hat der EuGH entschieden, Videospiele seien „komplexe Gegenstände“, die nicht nur Computerprogramme, sondern auch grafische und klangliche Bestandteile umfassten.¹² Da der schöpferische Wert über die Kodierung hinaus gehe, genossen Videospiele als „Gesamtwerk“ den urheberrechtlichen Schutz nach Maßgabe der RL 2001/29/EG.¹³

c) Ablauf des Rechtserwerbs durch den Nutzer

Bestimmt werden muss, welche urheberrechtlichen Befugnisse durch den Computerspieler für die Nutzung des Spiels erworben werden müssen. Als Ausgangspunkt ist in Erinnerung zu rufen, dass nicht jede Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes eine Lizenz erfordert. Das klassische Beispiel ist das Lesen eines Buches. Der Leser benötigt – natürlich – keine Lizenz.

Computerspiele wurden früher auf Datenträgern (Disketten, CDs, DVDs) vertrieben. Die Programme wurden vom gelieferten Datenträger auf den Rechner des Spielers kopiert. Dieser benötigte also ein Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG). Ein Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Lizenzvertrages wurde dem Spieler typischerweise bei der Installation unterbreitet. Nahm der Spieler die Bedingungen des Lizenzvertrages (EULA, End User License Agree-

5 Gelegentlich unterbleiben die möglichen Sperren, wohl oft aus Marketinggründen (Kulanz; potentielle zukünftige Kunden sollen nicht verärgert werden).

6 Vorlagebeschluss BGH, 3. 2. 2011 – I ZR 129/08, K&R 2011, 252 – UsedSoft; EuGH, 3. 7. 2012 – C-128/11, K&R 2012, 493 – UsedSoft; nachfolgend BGH, 17. 7. 2013 – I ZR 129/08, K&R 2014, 189 – UsedSoft II, BGH, 11. 12. 2014 – I ZR 8/13, K&R 2015, 490 – UsedSoft III; daran anknüpfend für den Weiterveräußerung von Produktschlüsseln BGH, 19. 3. 2015 – I ZR 4/14, K&R 2015, 727 – Green-IT.

7 EuGH, 19. 12. 2019 – C-263/18, K&R 2020, 128, Rn. 53–59 – NUV u. a./Tom Kabinet; zu dieser Entscheidung *Bullinger/von Rauch*, NJW 2020, 816 ff.; *Kaiser*, GRUR Int. 2020, 489 ff.

8 BGH, 12. 7. 2012 – I ZR 18/11, K&R 2012, 253, Rn. 14 – Alone in the Dark; ebenso *Loewenheim/Leistner*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 97.

9 In diese Richtung immer noch tendierend *Ahlberg/Götting*, in: BeckOK Urheberrecht, 27. Edition 2018, § 2 Rn. 45, 48; zu älteren Auffassungen *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 129.

10 ABl. Nr. L 111, S. 16.

11 ABl. Nr. L 167, S. 10.

12 EuGH, 23. 1. 2014 – C-355/12, K&R 2014, 180, Rn. 23 – Nintendo/PC Box.

13 EuGH, 23. 1. 2014 – C-355/12, K&R 2014, 180, Rn. 23 – Nintendo/PC Box.

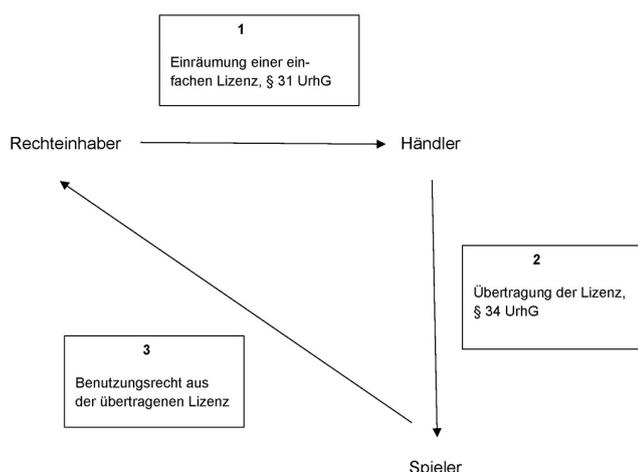
ment) nicht an, war eine Installation des Spiels nicht möglich. An die physische Verbreitung via Datenträger knüpften Folgeerwägungen wie die Einordnung von Software als Sache i. S. d. § 90 BGB und die Erschöpfung des Verbreitungsrechts durch Weitergabe des Datenträgers an.¹⁴

Unter Einbeziehung der heute gängigen Spieleplattformen wie Steam und Uplay stellt sich der Erwerbvorgang nunmehr gänzlich anders dar. Mit der Registrierung bei einer der Plattformen schließt der Spieler eine Rahmenvereinbarung, die generelle Rechte und Pflichten (keine Verwendung von Cheats etc.) begründet. Bei Pflichtverletzungen kommt eine Sperrung des Zugangs zur Plattform in Betracht.¹⁵

Die Lizenzvereinbarung für ein konkretes Spiel wird abgeschlossen, *nachdem* der Spieler den für die Freischaltung des Spiels erforderlichen Product Key auf der Plattform eingegeben hat. Nach der Eingabe eines gültigen Product Keys wird das Spiel zunächst dem Benutzerkonto des Spielers (der sog. „Bibliothek“ oder „Spielesammlung“) hinzugefügt. Product Key und Spielerkonto sind ab diesem Moment untrennbar miteinander verbunden. Wenn der Spieler das Spiel erstmals spielen (und/oder downloaden und installieren) möchte, wird ihm das Angebot auf Abschluss des Lizenzvertrages (EULA) elektronisch unterbreitet. Akzeptiert er dieses, entsteht (erstmalig) das urheberrechtliche Nutzungsrecht.

d) Systematik der Rechtseinräumung

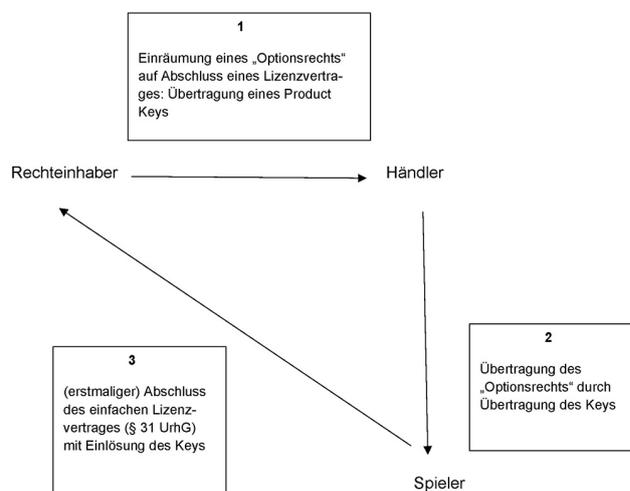
Geklärt werden muss der Ablauf des Lizenzierungsprozesses beim Einlösen von Produktschlüsseln. Denkbar erscheinen hier im Grundsatz zwei verschiedene Lizenzierungswege. Zum einen besteht die Möglichkeit, dass der Rechteinhaber (typischerweise der Publisher) dem ersten Erwerber in der Erwerbskette, dem Händler oder Keyseller, eine urheberrechtliche Nutzungsbefugnis in Form eines einfachen Nutzungsrechts (§ 31 Abs. 1 UrhG) einräumt und dieser dann das so entstandene Nutzungsrecht nach § 34 Abs. 1 UrhG an seinen Erwerber (Gamer) weiter überträgt. Grafisch lässt sich dies wie folgt darstellen:



Dieses Modell kann als „Lizenzübertragungsmodell“ bezeichnet werden.

Alternativ ist eine Konstruktion der Rechtseinräumung möglich, die hier als „Optionsmodell“ bezeichnet werden soll. In diesem Fall räumt der Rechteinhaber mit der Zurverfügungstellung des Product Keys dem Händler eine (noch näher zu bestimmende) rechtliche Position ein, die optionsrechtsähnlich (nur) einen Anspruch auf (zukünfti-

gen) Abschluss eines Lizenzvertrages gibt. Diese Rechtsposition wird dann an den Spieler veräußert. Erst mit Einlösung des Product Keys durch den Spieler entsteht (erstmalig) unmittelbar zwischen dem Rechteinhaber und dem Spieler der Lizenzvertrag nach § 31 Abs. 1 UrhG.



Im Regelfall ist davon auszugehen, dass alle Vertragsparteien ein Vorgehen nach dem „Optionsmodell“ präferieren. Der Rechteinhaber möchte unmittelbar mit dem Spieler einen Lizenzvertrag schließen. Diesen sollen unmittelbar die Pflichten aus dem Lizenzvertrag treffen. Ähnlich wie bei der Veräußerung physischer Datenträger strebt der Rechteinhaber an, den Nutzer direkt vertraglich zu verpflichten. Der Zwischenhändler, der in den Distributionsvorgang einbezogen worden ist (Bsp.: amazon), möchte keinesfalls einen Lizenzvertrag mit dem Rechteinhaber abschließen. Zum einen hat er hieran kein Interesse, da er das Spiel nicht nutzen will. Zum anderen würde eine solche Konstruktion erhebliche vertragsrechtliche Schwierigkeiten auslösen. Der Händler würde bei diesem Vorgehen dem Gamer einen „gebrauchten“ Product Key bzw. ein „gebrauchtes“ Spiel übertragen, was im Anschluss an die UsedSoft-Entscheidung des EuGH¹⁶ mit großen Unsicherheiten behaftet ist. Der Händler liefe Gefahr, mangelhaft zu leisten.

Festgehalten werden kann daher, dass die Lizenzvereinbarung über die Nutzung des Spiels (oder der Software) nach § 31 UrhG grundsätzlich erst und erstmals beim Einlösen des Product Keys auf der Spieleplattform (oder beim Rechteinhaber) geschlossen wird. Erst dann kommt ein Lizenzvertrag über die Nutzung des Spiels oder der Software zustande.

Beispiel: G erwirbt bei Internethändler X gegen Zahlung von 20 EUR einen Product Key für das Spiel „Formel X 2030“. X hat bei Rechteinhaber R den Product Key erworben. Beim Kauf wird G von X darüber informiert, dass der Code auf der Plattform Z eingelöst werden kann. G ist bei Z bereits registriert. Sodann loggt G sich bei Z ein und wählt die Funktion „Spiel hinzufügen“. Er kann dann den Product Key, den ihm X mitgeteilt hat, eingeben. Ist der Code gültig, erscheint das Spiel in der Spielebibliothek des G (bei Z). Erst wenn G das Spiel erstmalig spielen (bzw. installieren) will, muss er die Lizenzbedingungen des

¹⁴ Vgl. hierzu den Überblick bei *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 8), § 69 c UrhG Rn. 32 ff.

¹⁵ Beispiel: <https://www.derstandard.de/story/2000063302642/eine-bitte-kaufen-sie-keine-games-beim-key-reseller>

¹⁶ EuGH, 3. 7. 2012 – C-128/11, K&R 2012, 493 – UsedSoft.

Rechteinhabers für das Spiel „Formel X 2030“ akzeptieren.¹⁷ In diesem Moment kommt der Lizenzvertrag zustande. War der Code ungültig, gefälscht o. ä., wird er unmittelbar nach der Eingabe zurückgewiesen. Das Spiel wird nicht der Spielebibliothek hinzugefügt und kann in diesem Fall von G nicht gespielt werden. Es kommt auch nicht zum Abschluss einer Lizenzvereinbarung.

Eine Veräußerung „gebrauchter“ Product Keys ist bei den heute gängigen Spieleplattformen – wie bereits dargestellt¹⁸ – im Übrigen praktisch unmöglich: Der Product Key wird mit der erstmaligen Einlösung ungültig. Das Spiel wird untrennbar mit dem Benutzerkonto (user account) des Einlösenden verbunden. Der Benutzer kann das Spiel nicht weiterübertragen. Der Product Key gleicht im Ergebnis einem Code, der an der Supermarktkasse zum Aufladen eines Prepaid-Telefons erworben werden kann: Nach der Verwendung sind die Codes wertlos. Zudem wird in den AGB der Plattformbetreiber typischerweise sogar die Weiterübertragung des Benutzerkontos untersagt.¹⁹ Daher gibt es einen Handel mit „gebrauchten“ Product Keys heute nicht mehr. Nahezu alle aktuellen Computerspiele sind an die großen Plattformen Steam, Uplay, Epic etc. angebunden. Eingesetzt werden können dort nur „neue“, also noch nicht eingelöste Product Keys. Nach der Einlösung ist der nunmehr „gebrauchte“ Key unbrauchbar. Bei einem Weiterverkauf eines bereits eingelösten Keys wird der Erwerber (in eventuell strafrechtlich relevanter Weise) getäuscht, da ihm gerade keine Nutzungsmöglichkeit verschafft wird. Durch die Verknüpfung des Product Keys mit dem Kundenkonto des Einlösenden ist ein überaus effizienter Weiterveräußerungs- und Kopierschutz geschaffen worden. Die früher erörterten Konstellationen, bei denen vom Ersterwerber nach einiger Zeit der Nutzung das Computerspiel durch Verkauf einer Seriennummer (Product Code o. ä.) weitergegeben wurde, sind in tatsächlicher Hinsicht überholt.

Festgehalten werden kann, dass bei neuen, noch nicht eingelösten Product Keys die erstmalige Rechteinräumung typischerweise im Rechtsverhältnis Rechteinhaber-Spieler erfolgt. Dieser erwirbt „neue“ Software. Die Kriterien der UsedSoft-Rechtsprechung kommen nicht zur Anwendung, weil es keinen anderen Ersterwerber gibt, dem bereits ein Nutzungsrecht eingeräumt worden war. In den Fokus rückt stattdessen die Frage, ob der Erwerber des Product Keys einen Anspruch auf (erstmaligen) Abschluss eines Lizenzvertrages gegen den Rechteinhaber hat. Diese Frage beantwortet das Vertragsrecht des BGB.

e) *Verletzung urheberrechtlicher Befugnisse durch die Weiterveräußerung von Product Keys*

aa) Verbreitungsrecht, § 17 UrhG

Ungewiss ist bereits, ob die Veräußerung eines Produktschlüssels für ein Computerspiel überhaupt das Verbreitungsrecht berührt. Nach § 17 Abs. 1 UrhG steht dem Rechteinhaber die ausschließliche Befugnis zu, „das Original oder Vervielfältigungsstücke der Öffentlichkeit anzubieten oder in den Verkehr zu bringen“.

Der Product Key eines Computerspiels ist – natürlich – nicht das Original eines urheberrechtlich geschützten Werkes. Vervielfältigungsstücke i. S. d. § 17 UrhG sollen nur körperliche Werkexemplare sein.²⁰ Ein Product Key ist kein solches körperliches Vervielfältigungsstück.

Unter Verweis auf die „UsedSoft“-Entscheidung des EuGH könnte argumentiert werden, für den Anwendungs-

bereich der RL 2009/24 seien „körperliche und nichtkörperliche Programmkopien“ gleichzustellen. Ein Product Key ist allerdings auch keine „nichtkörperliche Programmkopie“: Der Produktschlüssel bei Computerspielen ermöglicht es nur bei Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen, eine Programmkopie erstmals zu erwerben. Grund dafür ist eine Besonderheit des Spielmarktes: Spieleplattformen wie Steam kämpfen mit vielfältigsten Missbräuchen (Betrug, Einsatz von Cheats („Mogelwerkzeugen“), pp.). Missbrauch kann zu einer Sperre des Kontos des Spielers (Kündigung/Löschung) führen. Daher findet bei Einlösung des Produktschlüssels ein Überprüfungsprozess statt: Nur wenn der Account des Spielers nicht gesperrt ist und der Product Key „neu“, also noch nicht zuvor eingelöst wurde, wird das Spiel der Spielebibliothek hinzugefügt. Wenn anschließend beim erstmaligen Spielen bzw. Installieren der Lizenzvertrag (EULA) akzeptiert wird, bekommt der Inhaber des Keys für dessen Einlösung eine Programmkopie. Der Product Key selbst ist also keine Programmkopie (oder Vervielfältigungsstück), sondern allenfalls ein *kleines Inhaberpapier* (§ 807 BGB) oder ein bloßer *Gutschein*,²¹ dessen Einlösung an weitere Bedingungen geknüpft ist. Er wirkt im „Vorfeld des Urheberrechtserwerbs“.

bb) Vervielfältigungsrecht, §§ 16, 69 c UrhG

Bei Herunterladen des Spiels von der Spieleplattform auf den häuslichen Rechner des Spielers sind bei einem Computerspiel sowohl das Vervielfältigungsrecht aus § 16 UrhG als auch das aus § 69 c Nr. 1 UrhG betroffen, da es sich um einen „komplexen Gegenstand“ (in der Terminologie des EuGH) handelt.²² Die Rechtsprechung zu gebrauchter Software will bei weiteren Vervielfältigungen eine rechtmäßige Nutzung annehmen, wenn das Recht zur Verbreitung der Programmkopie erschöpft ist.²³ In § 69 d UrhG kann diese Annahme normativ verankert werden.

Deutlich einfacher stellt sich die Situation bei der Einlösung eines neuen Product Keys dar. Beim Download nach Einlösung des Keys wird das *erste* Vervielfältigungsstück generiert. Das Recht für diese Vervielfältigung wird dem Spieler, der den Produktschlüssel einlöst, unmittelbar vor dem Download durch den Lizenzvertrag vom Rechteinhaber ausdrücklich eingeräumt.²⁴ Die Vervielfältigung wird nicht durch den Verkäufer des Product Keys, sondern durch den Rechteinhaber ermöglicht.

cc) Recht der öffentlichen Wiedergabe

Die rechtliche Beurteilung der Weiterveräußerung digitaler Güter wurde mit der „Tom Kabinet“-Entscheidung des EuGH²⁵ weiter präzisiert. Der EuGH musste auf Vorlage der Rechtbank Den Haag über die urheberrechtliche Zulässigkeit einer Online-Leseclubs entscheiden, der seinen Mitgliedern „gebrauchte“ E-Books verkaufte.

17 Vgl. als Beispiel die Anleitung zur Aktivierung auf der Spieleplattform „Steam“ https://support.steampowered.com/kb_article.php?ref=7480-WUSF-3601.

18 Vgl. oben II. 1. a. E.

19 Bsp.: Steam-Nutzungsvertrag, C.; abrufbar unter https://store.steampowered.com/subscriber_agreement/german/.

20 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 8), § 17 Rn. 6.

21 Zur schuldrechtlichen Qualifizierung sogleich unter III.

22 EuGH, 23. 1. 2014 – C-355/12, K&R 2014, 180, Rn. 23 – Nintendo/PC Box; LG Berlin, 11. 3. 2014 – 16 O 73/13 bezeichnet Computerspiele als „hybrides Produkt“.

23 Vgl. BGH, 19. 3. 2015 – I ZR 4/14, K&R 2015, 727, Rn. 46 – Green-IT.

24 Bsp.: https://store.steampowered.com/eula/eula_57900?eulaLang=german.

25 EuGH, 19. 12. 2019 – C-263/18, K&R 2020, 128, Rn. 53-59 – NUV u. a./Tom Kabinet.

Der Gerichtshof verwies auf seine fein ausdifferenzierte Rechtsprechung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe (Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29/EU)²⁶ und entschied, dass die Überlassung eines Buchs auf einem materiellen Träger und die Überlassung eines E-Books nicht vergleichbar seien.²⁷ Insoweit sei die Rechtslage anders als bei Computerprogrammen.²⁸ An dieser Beurteilung ändere sich auch nichts, wenn E-Books wie Computerspiele als „komplexer Gegenstand“ zu betrachten seien.²⁹ Im Ergebnis nahm der EuGH an, die Eröffnung der Downloadmöglichkeit für die Mitglieder des Leseclubs zur dauerhaften Nutzung sei eine „öffentliche Wiedergabe“ und falle unter den Begriff der „öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind (Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29/EU).³⁰

Die Entscheidung „Tom Kabinet“ wird weitreichende Folgen für den Handel mit gebrauchten digitalen Gütern haben. Sie erteilt der Idee einer allgemeinen digitalen Erschöpfung eine Absage.³¹ Für die Veräußerung neuer Produktschlüssel spielt sie indes keine Rolle. Der Product Key gibt keine urheberrechtlichen Befugnisse und eröffnet auch nicht unmittelbar den Zugang zu einem urheberrechtlich geschützten digitalen Werk oder den Besitz daran. Erst nach der Einlösung des Product Keys wird ein Lizenzvertrag abgeschlossen. Die Möglichkeit zum Download wird durch den Rechteinhaber selbst auf seiner eigenen Plattform oder auf offenen Plattformen eröffnet. Der Handel mit neuen Product Keys für Computerspiele hat bei genauer Betrachtung – vielleicht recht überraschend – keinerlei Schnittflächen mit der „Tom-Kabinet“-Entscheidung.

III. Das Vertragsrecht des Handels mit Product Keys

1. Vorüberlegungen

Die urheberrechtliche Betrachtung hat gezeigt, dass zwischen „neuen“ und „gebrauchten“ Product Keys zu unterscheiden ist. Aufgrund der überragenden praktischen Bedeutung konzentrieren sich die Ausführungen auf Produktschlüssel, die noch nicht zur Aktivierung benutzt worden sind. Untersucht werden soll, wie sich die vertraglichen Beziehungen im Dreiecksverhältnis Rechteinhaber, Softwarehändler und Nutzer darstellen. Die Abklärung schafft Rechtssicherheit für die urheberrechtliche Beurteilung. Zudem gilt auch im Urheberrecht das Trennungsprinzip.³² Eine isolierte Betrachtung des Urheberrechts ist bei lizenzrechtlichen Problemstellungen regelmäßig nicht zielführend. Sie muss vielmehr korrespondieren mit Erwägungen zum Vertragsrecht, wenn sich die urheberrechtliche Beurteilung nicht dem Vorwurf aussetzen will, die schuldrechtlichen Vereinbarungen der Parteien unzutreffend abzubilden. Umgekehrt strahlt das Urheberrecht auch auf das Vertragsrecht aus. Mit dem Schuldverhältnis werden von den Parteien Ziele und Zwecke verfolgt, die durch das Urheberrecht geprägt werden. Auf Product Keys für Computerspiele übertragen bedeutet dies insbesondere, dass der Spieler eine Lizenz am Spiel erwerben muss, die ihm die für das Spielen erforderlichen Verwertungshandlungen (insbesondere Vervielfältigung, § 16 UrhG) erlaubt.

Die beschriebenen Wechselwirkungen zwischen Urheberrecht und Vertragsrecht sind vom BGH in der Entscheidung „ASP-Vertrag“ herausgearbeitet worden. Das urheberrechtlich geschützte Werk spiele für die Rechtsnatur eines Softwareüberlassungsvertrages keine Rolle.³³ Der

Softwareüberlassungsvertrag bezwecke die Nutzung des Programms, unabhängig davon, ob dieses urheberrechtlich geschützt sei.³⁴ Allerdings erfordere die Nutzung häufig die Einräumung urheberrechtlicher Befugnisse.³⁵

2. Erwerb digitaler Güter – Eckpunkte

Bis heute markiert die BGH-Entscheidung vom 4. 11. 1987 zur kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung für fehlerhafte Standardsoftware einen wichtigen Eckpunkt des Rechts der Softwareüberlassung.³⁶ Der BGH entschied, dass bei dauernder Überlassung vorgefertigter Software, die mit dem „Verkauf des Datenträgers“ einhergehe, im Gewährleistungsfall die Sachmängelgewährleistung nach den §§ 459 ff. BGB a. F. jedenfalls entsprechend zur Anwendung komme.³⁷

Wird Standardsoftware zur dauerhaften Nutzung per Download zur Verfügung gestellt, liegt nach neuem Schuldrecht ein Kauf „sonstiger Gegenstände“ gem. § 453 BGB vor.³⁸ Werden die digitalen Inhalte nicht heruntergeladen, sondern auf dem Server des Anbieters genutzt, soll ein Mietvertrag (§ 535 BGB) in Erwägung zu ziehen sein.³⁹ Der Erwerb eines dauernden Nutzungsrechtes für ein Computerspiel ist somit der Kauf eines „sonstigen Gegenstandes“ gemäß § 453 BGB. Auf diesen kommen die Vorschriften über den Kauf von Sachen zur Anwendung. Diese vertragsrechtliche Einordnung des Handels mit digitalen Gütern wird nach der Umsetzung der RL 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen⁴⁰ neu zu betrachten sein.⁴¹

3. Erwerb digitaler Güter in Dreiecksverhältnissen

In den Erwerb von Product Keys sind typischerweise mindestens drei Personen involviert: Rechteinhaber, Softwarehändler und Nutzer. Die Relativität des Schuldverhältnisses gerät in diesen Fällen an ihre Grenzen. Multipolare Rechtsbeziehungen werden erwogen.⁴²

Erstaunlicherweise werden solche Mehrpersonenbeziehungen in der RL (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen nicht abgebildet. Die schon heute bestehenden rechtlichen Konstruktionsmöglichkeiten sind

- 26 EuGH, 4. 10. 2011 – C-403/08 und C-429/08, K&R 2011, 713, Rn. 183 ff. – Football Association Premier League-Ltd/QC Leisure u. a.; EuGH, 7. 3. 2013 – C-607/11, K&R 2013, 245, Rn. 21, 31 – ITV Broadcasting Ltd u. a./TVCatchup Ltd; EuGH, 13. 2. 2014 – C-466/12, K&R 2014, 256, Rn. 16 ff. – Nils Svensson u. a./Retriever Sverige Svensson.
- 27 EuGH, 19. 12. 2019 – C-263/18, K&R 2020, 128, Rn. 58 – NUV u. a./Tom Kabinet.
- 28 EuGH, 19. 12. 2019 – C-263/18, K&R 2020, 128, Rn. 58 – NUV u. a./Tom Kabinet.
- 29 EuGH, 19. 12. 2019 – C-263/18, K&R 2020, 128, Rn. 59 – NUV u. a./Tom Kabinet.
- 30 EuGH, 19. 12. 2019 – C-263/18, K&R 2020, 128, Rn. 72 – NUV u. a./Tom Kabinet.
- 31 Überblick über den Meinungsstand bei *Ohly*, GRUR 2020, 184, 185.
- 32 *Ohly*, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 8), vor §§ 31 ff. Rn. 24; *Jänich*, Geistiges Eigentum – Eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum? 2002, S. 264 ff.
- 33 BGH, 15. 11. 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17.
- 34 BGH, 15. 11. 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17.
- 35 BGH, 15. 11. 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17.
- 36 BGH, 4. 11. 1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135 ff., zu dieser Entscheidung *Redeker*, IT-Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 546 ff.
- 37 BGH, 4. 11. 1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135 (juris Rn. 20).
- 38 *Wilhelmi*, in: BeckOGK, BGB, Stand: 1. 7. 2020, § 453 Rn. 147.
- 39 *Wilhelmi*, in: BeckOGK BGB (Fn. 38), § 453 Rn. 147 unter Bezugnahme auf BGH, 15. 11. 2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394.
- 40 ABl. Nr. L136 vom 22. 5. 2019, S. 1.
- 41 Dazu *Mischau*, ZEuP 2020, 335, 362 ff.
- 42 Dazu ausführlich *Grünberger*, AcP 218, 213, 280 ff.

ausgesprochen vielfältig.⁴³ Bei der Einordnung muss immer die dynamische Weiterentwicklung der technischen Möglichkeiten bedacht werden. Beim Handel mit Produktschlüsseln ist ein unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen Spieler und Rechteinhaber problemlos darstellbar, da die erforderlichen Willenserklärungen bei der Freischaltung des Spiels (Einlösung des Product Keys) abgegeben werden. Daher kann im Grundsatz ein Kaufvertrag über einen sonstigen Gegenstand (§ 453 BGB) im Rechtsverhältnis Softwarehändler – Gamer festgestellt werden. Zudem besteht – wie bereits erörtert – ein urheberrechtlicher Lizenzvertrag zwischen dem Rechteinhaber und dem Spieler.

Damit ist allerdings noch nicht geklärt, wie das Rechtsverhältnis zwischen Rechteinhaber und Softwarehändler ausgestaltet ist. Zudem stellt sich die Frage, mit welcher causa die Lizenz im Verhältnis Rechteinhaber – Gamer unterliegt ist. Diese Fragen lenken die Aufmerksamkeit auf ein bisher verborgenes Problem: Die Rechtsnatur des Product Keys.

Naheliegender erscheint es, eine Lösung im Wertpapierrecht des BGB zu suchen. Hierbei gerät das kleine Inhaberpapier gemäß § 807 BGB in den Blick. Ein kleines Inhaberpapier nach § 807 BGB liegt vor, wenn der Aussteller mit befreiender Wirkung an den Inhaber des Papiers leisten kann, dieser die versprochene Leistung fordern darf und schließlich der Besitz der Urkunde erforderlich ist, um das Recht oder die Forderung geltend zu machen.⁴⁴ Typische Beispiele sind Eintrittskarten oder nicht personengebundene Fahrkarten. Das Vorliegen der für § 807 BGB erforderlichen Urkunde kann jedenfalls dann bejaht werden, wenn der Rechteinhaber dem Softwarehändler einen ausgedruckten Product Key zur Verfügung stellt und dieser dann dem Nutzer zugeleitet wird.

Drückt der Spieler den Product Key selbst aus, kann in Erwägung gezogen werden, dass durch das Ausdrucken der Spieler selbst ein Inhaberpapier nach § 807 BGB generiert. Scherer hat (für Coupons) jüngst zutreffend darauf hingewiesen, dass im elektronischen Zurverfügungstellen und Ausdrucken der Begebungsvertrag liegen kann.⁴⁵ Bei der üblichen elektronischen Distribution von Produktschlüsseln trifft eine Einordnung als kleines Inhaberpapier dennoch auf Zweifel: Entscheidend für die Inanspruchnahme der Leistung ist nicht die Innehabung der Urkunde, sondern die Innehabung des richtigen Product Keys. Für die Einlösung ist eine Vorlage nicht erforderlich. Dies spricht dafür, bei der elektronischen Distribution von Produktschlüsseln das Vorliegen eines kleinen Inhaberpapiers gem. § 807 BGB abzulehnen.⁴⁶

Allerdings weist das Wertpapierrecht in die richtige Richtung. Im Wertpapier ist eine Forderung oder ein Recht verbrieft, beispielsweise eine Forderung aus einem gemischten Vertrag, der zum Besuch eines Fußballspiels berechtigt. Beim Produktschlüssel für ein Computerspiel generiert der Rechteinhaber (!) mit der Erstellung des Product Keys und der Einigung über die Übertragung auf den ersten Erwerber (Softwarehändler) eine schuldrechtliche Forderung auf erstmalige Begründung eines urheberrechtlichen einfachen Nutzungsrechtes an dem Spiel. Kaufgegenstand (§ 453 BGB) des Vertrages zwischen Rechteinhaber und Händler ist also eine Forderung. Diese Forderung wird sodann vom Softwarehändler an den Nutzer verkauft (§ 453 BGB) und zur Erfüllung der Verpflichtung aus dem Kaufvertrag an diesen nach § 398 BGB abgetreten.

Der Gamer kann nun den Product Key selbst einlösen oder weiter übertragen, indem er beispielsweise den Produktschlüssel an einen Dritten verschenkt (§ 516 BGB) und die Forderung abtritt. Ausgeübt wird das Forderungsrecht

durch Einlösung des Product Keys. Mit der Freischaltung wird der Lizenzvertrag begründet und der Anspruch gegen den Rechteinhaber erlischt durch Erfüllung, § 362 BGB. Nur wenn nach der erstmaligen Aktivierung das Spiel weiterveräußert werden soll, stellt sich die „UsedSoft-Problematik“.

IV. Prozessrechtliche Problemlagen

1. Darlegungs- und Beweislast

Im Rahmen der „UsedSoft“-Rechtsprechung wurden strenge Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des potenziellen Verletzers etabliert.⁴⁷ Wer sich auf Erschöpfung beruft, trägt die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 UrhG.⁴⁸ Hiervon ausgehend muss derjenige, der sich auf den rechtmäßigen Erwerb einer „erschöpften“ Kopie eines Computerprogramms beruft, beweisen, dass dem Rechteinhaber ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht eingeräumt wurde und der Ersterwerber seine Kopie vor dem Weiterverkauf unbrauchbar gemacht hat.⁴⁹ Unmittelbar kommt diese Rechtsprechung auf die vorliegende Problematik aber nur dann zur Anwendung, wenn ein Programm oder Spiel nebst bereits aktiviertem Product Key weiterveräußert wird. Dies kommt aber heute praktisch kaum noch vor (vgl. oben II. 1., II. 2. d.)

Für die Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des Handels mit Product Keys ist die Systematik der Rechteinräumung von entscheidender Bedeutung. Kommt es zum Streit zwischen einem Rechteinhaber und einem Händler von Product Keys, wird der Händler typischerweise vortragen, es handle sich um einen „neuen“ Product Key. Er erspart sich dann (losgelöst von den materiellen Rechtsproblemen) jedenfalls Sachvortrag zu den Voraussetzungen der Erschöpfung. Dem wird der Rechteinhaber oft entgegentreten: Er habe bereits unter Mitteilung des Product Keys ein Nutzungsrecht an dem Computerspiel eingeräumt. Dieses sei dann unter Weitergabe des Keys weiterveräußert worden. Die Weiterveräußerung des Product Keys sei daher die Veräußerung eines gebrauchten Spiels (bzw. gebrauchter Software).

Da eine Rechtsverletzung durch den Handel mit Keys im Grundsatz nur in Betracht kommt, wenn es sich um gebrauchte Software handelt, kann mit guten Gründen vortreten werden, es obliege nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen dem Rechteinhaber, zur Eigenschaft „gebraucht“ vorzutragen. Will man demgegenüber die Beweislast für die „Neuheit“ dem Veräußerer der Product Keys auferlegen, ist eine sekundäre Darlegungslast des Rechteinhabers in Betracht zu ziehen.⁵⁰ Der Veräußerer eines Produktschlüssels kann – insbesondere bei Veräußerungsketten – oft selbst nicht sicher erkennen, ob er einen

43 Überblick bei *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 2009, Rn. 982 ff.

44 BGH, 11. 10. 2005 – XI ZR 395/04, NJW 2006, 54, Rn. 19; *Habersack*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 807 Rn. 6.

45 *Scherer*, WRP 2020, 682, 683 f.; zur Ausgestaltung der Vertragsbeziehung bei Gutscheinen *Zwickel*, NJW 2011, 2753 ff.

46 Wird das Vorliegen eines kleinen Inhaberpapiers angenommen, erfolgt die Übertragung des Rechts auf jeden Fall nach den §§ 929 ff. BGB (vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. v. § 793 Rn. 3, § 794 Rn. 9. „Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier.“). Weiter kann eine Übertragung auch nach den §§ 398 ff. BGB in Erwägung gezogen werden, vgl. BGH, 14. 5. 2013 – XI ZR 160/12, NZG 2013, 905, Rn. 16 für die Übertragung eines in einer Inhaberschuldverschreibung verbrieften Rechts.

47 Überblick bei *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 9), § 69 c UrhG Rn. 43 f.

48 BGH, 3. 3. 2005 – I ZR 133/02, WRP 2005, 622, 623 – *Atlanta*.

49 BGH, 17. 7. 2013 – I ZR 129/08, K&R 2014, 189, Rn. 61 ff. – *UsedSoft II*.

50 Umfassenden Überblick über den aktuellen Meinungsstand bei *Greger*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 33. Aufl. 2020, vor § 284 Rn. 34 ff.

neuen, noch nicht verwendeten Produktschlüssel veräußert. Demgegenüber hat der Rechteinhaber den Product Key generiert (oder generieren lassen) und kann daher zumindest den ersten Erwerber benennen. Zudem weiß er aufgrund des Abschlusses der EULA (oder kann es zumindest in Erfahrung bringen), ob der Product Key schon eingelöst worden ist.

Diese erheblichen Informationsdefizite des Veräußerers des Product Keys sind unter Berücksichtigung des grundrechtsgleichen Rechts der prozessualen Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG,⁵¹ Art. 47 Abs. 2 GRCh⁵² und Art 6 Abs. 1 EMRK⁵³ zu würdigen. Der Begriff der „Waffengleichheit“ erfordert, dass jede Partei eine vernünftige Möglichkeit haben muss, ihren Fall vor Gericht unter Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantiellen Nachteil im Verhältnis zu ihrem Prozessgegner mit sich bringen.⁵⁴

Für das Zivilprozessrecht trägt der BGH diesem Grundsatz durch das Institut der sekundären Darlegungslast Rechnung. Hat die primär darlegungsbelastete Partei keine näheren tatsächlichen Kenntnisse und hat sie auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung, trifft den Prozessgegner einer sekundäre Darlegungslast, wenn er alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, weitere Angaben zu machen.⁵⁵ Der Prozessgegner ist dabei auch verpflichtet, zumutbare Nachforschungen zu unternehmen.⁵⁶

Ausgehend von den vorbezeichneten Grundrechtsgewährleistungen und dem Institut der sekundären Darlegungslast ist der Beweisnot des Keysellers bei der Bestimmung der Anforderungen an ein substantiiertes Bestreiten durch den Rechteinhaber Rechnung zu tragen: Trägt der Händler vor, einen neuen, noch nicht verwendeten Product Key veräußert zu haben, ist der Rechteinhaber verpflichtet, substantiiert darzulegen, dass der Produktschlüssel schon verwendet worden ist. Gegebenenfalls muss er zumutbare Erkundigungen, beispielsweise bei Spieleplattformen, einholen.⁵⁷ Ihm ist entsprechender Sachvortrag problemlos möglich. Ließe man demgegenüber einfaches Bestreiten genügen, stünde der Keyseller vor faktisch unüberwindlichen Beweisschwierigkeiten, da er dann die „Neuheit“ des Keys beweisen müsste. Er wäre in seinem Verfahrensgrundrecht auf prozessuale Waffengleichheit betroffen.

2. Weitere Problemfelder

Bei Rechtsstreitigkeiten um Product Keys ist im Einzelfall zu prüfen, ob dem Rechteinhaber ein Rechtsschutzbedürfnis zusteht. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Kläger kein schutzwürdiges Interesse an dem angestrebten Urteil haben kann.⁵⁸ Möglich erscheint dies, wenn der Rechteinhaber streitige Product Keys problemlos selbst sperren kann. Beispielsweise hat der Publisher (Rechteinhaber) nach den Steam-AGB die Möglichkeit, einen Product Key zu „widerrufen“.⁵⁹ Geschieht dies, kann nicht mehr gespielt werden. Der Rechteinhaber kann also ohne gerichtliche Hilfe die Verwendung von – u. a. durch Kreditkartenbetrug – erschlichenen Product Keys unterbinden.

Aufmerksam sollte zukünftig beobachtet werden, ob das Vorgehen eines Rechteinhabers im Einzelfall gegen Missbrauchstatbestände des Lauterkeitsrechts oder des Kartellrechts verstößt (§ 4 Nr. 4 UWG, § 19 GWB).

V. Ergebnisse

1. Es ist zwischen dem Handel mit neuen und dem mit gebrauchten Product Keys zu differenzieren. Bei neuen

Product Keys wird nach der Einlösung des Schlüssels erstmals ein Lizenzvertrag über die Nutzung des Spiels (oder der Software) geschlossen. Bei gebrauchten Produktschlüsseln hat bereits ein Nutzer einen Lizenzvertrag abgeschlossen und möchte anschließend die Nutzung des erworbenen digitalen Guts aufgeben und dieses weiterveräußern.

2. Computerspiele genießen urheberrechtlichen Schutz als „komplexer Gegenstand“ nach Maßgabe der Richtlinien der EU zum Urheberrechtsschutz. Die Bestimmungen für Software der RL 2009/29/EG können demgegenüber keine beschränkende Wirkung entfalten.

3. In die Lizenzierung von Computerspielen werden heute typischerweise Online-Plattformen einbezogen. Der Spieler erwirbt dort Spiele oder fügt sie seinem Account durch Freischaltung unter Zuhilfenahme eines Product Keys zu. Er benötigt hierfür einen neuen Product Key. Gebrauchte Keys sind wertlos und verbraucht, da Product Keys nur einmal eingelöst werden können.

4. Für die Rechtseinräumung bei der Verwendung von Produktschlüsseln sind zwei verschiedene Modelle denkbar. Zum einen ist es möglich, dass eine einfache Lizenz in der Vertriebskette weiterübertragen wird („Lizenzübertragungsmodell“). Zum anderen ist es denkbar, dass zunächst nur eine Rechtsposition auf Einräumung eines Lizenzrechts übertragen wird („Optionsmodell“).

5. Im Regelfall werden alle Parteien das „Optionsmodell“ bevorzugen. Ein Lizenzvertrag wird erstmals nach Einlösung des Product Keys vom Rechteinhaber mit dem Käufer/Nutzer geschlossen.

6. Für die übliche Übertragung von neuen Product Keys kommt den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen und Grenzen der Weiterveräußerung gebrauchter digitaler Güter keine Bedeutung zu.

7. Bei der Veräußerung eines neuen Product Keys ist das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG) nicht betroffen. Es wird kein von § 17 Abs. 1 UrhG erfasstes Vervielfältigungsstück eines Werkes übertragen.

8. Das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) wird dem Inhaber des Product Key erst nach Einlösung des Keys unmittelbar vom Rechteinhaber eingeräumt.

9. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe wird durch die Verwendung von Product Keys nicht berührt. Der Rechteinhaber selbst macht das Spiel zugänglich.

10. Das grundrechtsgleiche Recht der prozessualen Waffengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 47 Abs. 2 GRCh und Art 6 Abs. 1 EMRK gebietet es, im Prozess dem Rechteinhaber die sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen, eine ihm bestrittene Neuheit eines Product Keys zu widerlegen und zur Herkunft und Verwendung des Product Keys vorzutragen.

51 Zu dieser Grundrechtsgewährleistung BVerfG, 17. 6. 2020 – 1 BvR 1380/20; BVerfG, 30. 9. 2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 23 f.

52 Jarass, in: Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 47 Rn. 37.

53 EGMR, 27. 10. 1993 – 37/1992/382/460, NJW 1995, 1413 f.

54 BVerfG, 30. 9. 2018 – 1 BvR 2421/17, NJW 2018, 3634, Rn. 29.

55 BGH, 3. 3. 2015 – VI ZR 490/13, NJW-RR 2015, 1279, Rn. 11; BGH, 18. 1. 2018 – I ZR 150/15, NJW 2018, 2412, Rn. 30; BGH, 25. 5. 2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, Rn. 37 ff.; BGH, 30. 7. 2020 – VI ZR 367/19, NJW 2020, 2804, Rn. 23.

56 BGH, 25. 5. 2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, Rn. 37; BGH, 30. 7. 2020 – VI ZR 367/19, NJW 2020, 2804, Rn. 23.

57 Zur Nachforschungspflicht als Element der sekundären Darlegungslast BGH, 25. 5. 2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, Rn. 37; BGH, 30. 7. 2020 – VI ZR 367/19, NJW 2020, 2804, Rn. 23.

58 Greger, in: Zöller (Fn. 50), vor § 253 Rn. 18.

59 https://support.steampowered.com/kb_article.php?ref=2697-RADF-7188.