Kapitel 3: Recht zur Beendigung des Supports

In der Einleitung sowie in Kapitel 1 dieser Arbeit konnte ermittelt werden, dass der Support der Online-Komponenten digitaler Spiele nicht zeitlich unbegrenzt erfolgt. Nach einer gewissen Zeit wird der Support in aller Regel beendet. Es wurde dabei auch festgestellt, dass die Dauer des Supports bei jedem Spiel sehr unterschiedlich ausfällt. Während die Online-Komponenten bei einigen Spielen zum Teil 10 Jahre und länger genutzt werden können, wird der Support bei anderen Spielen schon nach zwei Jahren, manchmal sogar nach nur wenigen Monaten wieder beendet.

In der Regel informieren weder Publisher noch Händler die Erwerber darüber, wie lange der Support für die Online-Komponenten eines konkreten Spiels erbracht werden wird.

Zwar gibt es für die Beendigung des Supports verschiedene tatsächliche Gründe[599], auf die sich die für den Support zuständige Person im Einzelfall berufen kann, jedoch ist zweifelhaft, ob das Vorliegen solcher Gründe diese Person auch rechtlich dazu befugt, sich jederzeit von ihrer Supportpflicht zu lösen.

Untersuchungsgegenstand dieses Kapitels ist daher die Frage, ob eine Mindestdauer für den Support der Online-Komponenten besteht, in der ein zum Support Verpflichteter die Client-Server-Kommunikation etablieren und aufrechterhalten muss und außerdem eine Beendigung des Supports unzulässig ist.

Der Gang der Untersuchung gliedert sich in die folgenden zwei Schritte:

Zunächst wird geprüft, ob das Recht des Support-Verpflichteten zur Beendigung des Supports für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist (dazu A.). Daran schließt sich die Vorstellung und Bewertung von Kriterien und Konzepten an, die zur Konkretisierung des Zeitraums dienen können, währenddessen die Beendigung des Supports der Online-Komponenten unzulässig ist (dazu B.).

A. Das Kündigungsrecht des Supportverpflichteten und sein Ausschluss

In diesem Unterabschnitt wird zunächst geprüft, ob der zum Support der Online-Komponenten Verpflichtete grundsätzlich ein Recht zur einseitigen Loslösung von

[599] Siehe dazu die Einleitung.

© Der/die Autor(en) 2020
M. Vonthien, *Online-Komponenten digitaler Spiele*, Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht,
https://doi.org/10.1007/978-3-658-29993-4_4

dieser Pflicht hat (dazu I.). Sodann wird untersucht, ob die Anwendung bzw. Ausübung dieses Loslösungsrecht für Inklusiv- sowie für Free-to-Play- und Abospiele für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist (dazu II.).

I. Recht zur Kündigung des Supports

Sofern bei der jeweiligen Art des digitalen Spiels eine Supportpflicht zu bejahen ist, handelt es sich hierbei – wie in Kapitel 2 festgestellt – um eine dienstvertragliche Pflicht gemäß § 611 Abs. 1 BGB.

Für freie Dienstverträge sieht das BGB eine Reihe von Kündigungsrechten vor, wozu unter anderem das außerordentliche Kündigungsrecht gemäß § 626 Abs. 1 BGB sowie das Recht zur ordentlichen Kündigung unbefristeter Dienstverhältnisse nach § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 BGB gehören. Daneben kommen auch vertraglich vereinbarte Kündigungsrechte in Betracht.

1. Die außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann

„[d]as Dienstverhältnis […] von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.“

Die Untersuchung, ob ein Recht zur außerordentlichen Kündigung gegeben ist, erfolgt in einem zweistufigen Verfahren. Als Erstes ist zu prüfen, ob ein Umstand vorliegt, welcher eine sofortige Beendigung des Vertrages rechtfertigt, bevor auf der zweiten Stufe eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles durchzuführen ist.[600]

Ob ein Umstand grundsätzlich geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund darzustellen, hängt unter anderem davon ab, in welcher Risikosphäre der Umstand liegt.[601] Grundsätzlich können solche Umstände keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, auf die der Kündigungsgegner keinen Einfluss hat bzw. welche der Interessensphäre der kündigenden Partei entstammen.[602]

In diesem Zusammenhang ist noch einmal auf die bereits in der Einleitung angeführten Gründe einzugehen, die den Publisher nach eigenen Angaben dazu bewegen, den Support zu beenden.

---

[600] MüKo BGB/*Henssler*, § 626 BGB, Rn. 75; Hk-BGB/*Schreiber*, § 626 BGB, Rn. 5; Jauernig/*Mansel*, § 626 BGB, Rn. 6.

[601] *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, Kap. 7, Rn. 115; *Oechsler*, Schuldverhältnisse, Rn. 1037.

[602] BGH, NJW-RR 2011, 916, 916; vgl. NJW 2010, 1874, 1875; *Oetker/Maultzsch*, Schuldverhältnisse, Kap. 7, Rn. 115; *Oechsler*, Schuldverhältnisse, Rn. 1037.

Sehr häufig wird der Support der Online-Komponenten digitaler Spiele aufgrund geringer Nutzerzahlen beendet. Dadurch können betriebsinterne Personalkapazitäten des Publishers für neuere und eventuell populärere Spieletitel freigesetzt werden.

Es wurde außerdem gesehen, dass der Support in der Vergangenheit auch aufgrund eigenwilliger Entscheidungen von Sub-Unternehmen beendet wurde, die für die Aufrechterhaltung der Client-Server-Kommunikation zuständig waren (so der *GameSpy*-Fall[603]).

Als mögliche weitere Gründe kommen die Insolvenz des Publishers bzw. Entwicklers sowie technologische Gründe in Betracht, wie z. B. die Veraltung des jeweiligen digitalen Spiels.

All diesen Gründen ist gemein, dass sie ausschließlich in der Einfluss- bzw. Risikosphäre des Erbringers des Supports wurzeln. Somit kommen die angeführten Gründe nicht als Umstände in Betracht, die als solche eine sofortige Beendigung des Vertrages und damit des Supports der Online-Komponenten rechtfertigen können.

Das bedeutet allerdings nicht, dass für den Publisher überhaupt keine Möglichkeit besteht, den Dienstvertrag außerordentlich zu kündigen. In Betracht kommt diese Kündigung bei einem Fehlverhalten des Spielers, z. B. bei einem Verstoß gegen das Urheberrecht des Publishers.[604]

2. Das Recht zur ordentlichen Kündigung gemäß § 620 Abs. 2 i. V. m. 621 Nr. 5 BGB

Neben dem Recht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB kommt eine ordentliche Kündigung des Supports der Online-Komponenten gemäß § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 Nr. 5 BGB in Betracht.

§ 620 Abs. 2 BGB bestimmt, dass in Fällen, in denen

„[…] die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen [ist], […] jeder Teil das Dienstverhältnis nach Maßgabe der §§ 621 bis 623 kündigen [kann].“

Gemäß § 621 Nr. 5 BGB kann das Dienstverhältnis dann jederzeit gekündigt werden, wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist.

a) Inklusivspiele

Der Support der Online-Komponenten der Inklusivspiele ist in der Regel Teil eines unbefristeten Dienstverhältnisses. Das Ende des Supports ist nämlich üblicherweise weder im Überlassungsvertrag noch in den begleitenden Vereinbarungen bestimmt und wird – wenn überhaupt – erst kurzfristig auf den Webseiten der Publisher bekannt gegeben[605]. Darüber hinaus ist die Vergütung des Supportverpflichteten nicht nach

---

603 Siehe dazu die Einleitung.

604 So in Bezug auf das außerordentliche Kündigungsrecht des Softwarepflegers *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581, 588.

605 Siehe dazu die Einleitung.

Zeitabschnitten bemessen. Der Erwerber des Inklusivspiels entrichtet das Entgelt für den Support in vollem Umfang bereits im Zeitpunkt des Erwerbs des Spielclients.[606]

Aus diesem Grund kann das Dienstverhältnis gemäß § 620 Abs. 2 i. V. m. § 621 Nr. 5 BGB grundsätzlich jederzeit vom Supportverpflichteten gekündigt werden.

b) Free-to-Play- und Abospiele

Wie in Kapitel 2 dargestellt, entsteht bei Free-to-Play-Spielen für den Publisher eine Pflicht zum Support der Online-Komponenten nur dann, wenn die Nutzungsmöglichkeit eines ohne zeitliche Begrenzung und gegen ein einmaliges Entgelt erworbenen virtuellen Gegenstands vom Support der Online-Komponenten abhängt.[607] Den Dienstvertrag haben die Parteien dabei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. In diesem Fall steht dem Publisher grundsätzlich ebenfalls das Recht zur jederzeitigen ordentlichen Kündigung gemäß § 620 Abs. 2 i.V.m. § 621 Nr. 5 BGB zu.

Das Recht zur jederzeitigen ordentlichen Kündigung besteht für den Publisher grundsätzlich auch mit Blick auf die Supportverpflichtung für Abospiele, welche ebenfalls den dienstvertraglichen Regelungen unterfällt.[608] Das Recht zur jederzeitigen ordentlichen Kündigung findet jedoch keine Anwendung auf zeitlich begrenzte Dienstverträge.[609] Entsprechend ist § 620 Abs. 2 i.V.m. 621 Nr. 5 BGB nicht anwendbar, wenn der Abonnementvertrag – z.B. bei Zeitspielen – nur für einen bestimmten Zeitraum mit oder ohne automatische Verlängerung zum Vertragsende[610] abgeschlossen wurde.

Sofern die Vertragsparteien das Mietverhältnis bei einem Zeitspiel für unbestimmte Zeit eingegangen sind[611], findet das ordentliche Kündigungsrecht gemäß § 580a Abs. 3 BGB auf den Überlassungsvertrag Anwendung. Sowohl der Mieter als auch der Vermieter einer beweglichen Sache können nach dieser Vorschrift das Mietverhältnis mit einer Frist von 24 Stunden bzw. 2 Tagen kündigen.[612] In der Kündigung des Mietverhältnisses durch den Publisher dürfte dabei zugleich eine ordentliche Kündigung des Supports nach § 620 Abs. 2 i.V.m. § 621 Nr. 5 BGB zu erblicken sein.

---

606 Siehe dazu oben, S. 52.

607 Siehe dazu oben, S. 90 ff.

608 Siehe dazu oben, S. 100 f.

609 BeckOK BGB/*Fuchs/Baumgärtner*, § 620 BGB, Rn. 62; MüKo BGB/*Hesse*, § 620 BGB, Rn. 11.

610 So kann das *PlayStation Plus*-Abonnement beispielsweise für einen Zeitraum von 3 Monaten abgeschlossen werden, wobei sich der Vertrag nach Ablauf dieses Zeitraums vorbehaltlich einer Kündigung automatisch verlängert, siehe dazu https://store.playstation.com/de-de/product/IP9102-NPIA90006_01-PSPLUSSUBS90DAYS?smcid=pdc%3Ade-de%3Apdc-explore-playstation-plus%3Aproductgrid-werde-ps-plus-mitglied%3A3-monate%3A.

611 Das Kündigungsrecht findet nur auf Mietverhältnisse Anwendung, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurden, vgl. Palandt/*Weidenkaff*, § 580a BGB, Rn. 2.

612 Ebd., Rn. 17.

3. Vertraglich vereinbartes Kündigungsrecht

Neben dem gesetzlich geregelten ordentlichen Kündigungsrecht kommt freilich auch ein vertraglich vereinbartes, ordentliche Kündigungsrecht des Publishers in Betracht.

Dementsprechend lassen sich auch in den Regelwerken von Publishern, denen der Erwerber zum Zwecke des Erwerbs des digitalen Spiels zustimmen muss, ordentliche Kündigungsrechte zugunsten der Publisher finden. In seiner *Nutzervereinbarung* beispielsweise behält sich der Publisher *EA* das Recht vor,

„einen EA-Service jederzeit mit einer Mitteilungsfrist von dreißig Tagen nach entsprechender Mitteilung an den Nutzer [zu] beenden. […] Weitere Informationen finden Sie auf https://www.ea.com/de-de/service-updates.“[613]

Der Begriff „EA-Service“ umfasst dabei auch den Support der Online-Komponenten von *EA*-Spielen, was aus der im zitierten Absatz verlinkten Webseite ersichtlich wird, auf welcher der Publisher über das in Kürze anstehende Ende des Supports der Online-Komponenten der jeweiligen digitalen Spiele informiert.

II. Ausschluss des Kündigungsrechts

Im Folgenden wird mit Blick auf die unterschiedlichen Arten digitaler Spiele untersucht, ob die Anwendung bzw. Ausübung der soeben dargestellten gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsrechte des Publishers für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen sind.

1. Inklusivspiele

a) Ausschluss der Anwendung des ordentlichen Kündigungsrechts

In Kapitel 2 ist festgestellt worden, dass der Überlassungsvertrag beim Direktvertrieb des Inklusivspiels als gemischter Vertrag einzuordnen ist.[614] Dieser setzt sich aus der Pflicht zur Überlassung des Spielclients und der Supportpflicht zusammen. Beide Leistungen werden unterschiedlich typologisiert. Während die Pflicht zur Überlassung des Spielclients eine kaufvertragliche Leistungspflicht darstellt, handelt es sich bei der Supportpflicht um eine dienstvertragliche Obligation gemäß § 611 Abs. 1 BGB. Doch nur weil der Support als dienstvertragliche Pflicht typologisiert werden kann, bedeutet das nicht, dass die Regelungen des Dienstvertragsrechts ohne Weiteres auch auf den gemischten Inklusivspiel-Überlassungsvertrag Anwendung finden.

Allgemein stellt sich bei gemischten Verträgen mit unterschiedlich zu typologisierenden Leistungspflichten nämlich die Frage, ob die Regelungen aller betroffenen Vertragstypen nebeneinander zur Anwendung gelangen oder ob vielmehr auf den ganzen Vertrag die Vorschriften nur einer Vertragsart anzuwenden sind.

---

613 Ziff. 8, abrufbar unter https://tos.ea.com/legalapp/WEBTERMS/US/de/PC/ (Stand 11. Januar 2019).

614 Siehe oben, S. 83.

Für die letzte Alternative streitet die sog. Absorptionstheorie. Hiernach ist eine Leistung als die den gemischten Vertrag dominierende Leistung anzusehen mit der Folge, dass das hierauf anzuwendende Vertragsrecht auch auf den gesamten gemischten Vertrag Anwendung findet.[615] Die sog. Kombinationstheorie will dagegen die einzelnen Teile des gemischten Vertrages getrennt den Normen der jeweils für sie geltenden Vertragstypen unterwerfen.[616]

In der Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass keine der beiden Theorien in jedem Fall für sich allein Geltung beanspruchen kann.[617] So dürfte längst nicht immer eine dominante Leistung feststellbar sein und umgekehrt ist auch eine isolierte Betrachtung der einzelnen Vertragsbestandteile selten zielführend.[618] Aus diesen Gründen kommt es für die Bestimmung der anwendbaren Vorschriften grundsätzlich auf die Umstände des Einzelfalles an, unter Berücksichtigung der Interessenlage der Parteien sowie des Sinns und Zwecks des Vertrages.[619]

Nichtsdestotrotz kann – zumindest im Ausgangspunkt – die Kombinationstheorie auf gemischte Verträge angewendet werden. Mit einiger Wahrscheinlichkeit wird nämlich bereits dieser Ansatz den Interessen der Parteien gerecht.[620] Im Einzelfall kann jedoch eine Abweichung von der Kombinations- zugunsten der Absorptionstheorie angezeigt sein mit der Folge, dass nur die Normen eines Vertragstypus Anwendung finden oder dass zumindest die Anwendung bestimmter Normen einer Vertragsart ausgeschlossen ist.[621]

Der gemischte Inklusivspiel-Überlassungsvertrag ist – wie bereits dargestellt – als sog. Typenkombinationsvertrag einzuordnen. Bei Typenkombinationsverträgen sind die verschiedenen von einer Partei zu erbringenden Leistungen mehreren Vertragstypen zuzuordnen und grundsätzlich als gleichwertig anzusehen.[622] So sind auch die beiden vom Publisher zu erbringenden Leistungen – die Überlassung der Spielkopie und der Support der Online-Komponenten – grundsätzlich zwei gleichberechtigt nebeneinanderstehende Bestandteile des Überlassungsvertrages.

Problematisch ist jedoch, dass es einen engen Zusammenhang zwischen dem Spielclient und den Online-Komponenten gibt. Es liegt zwar in der Natur des gemischten Vertrages, dass die Leistungen, welche in einer einzigen Vereinbarung zusammengeführt werden, eine gewisse Verbundenheit aufweisen.[623] In bestimmten Fällen kann

---

615 Palandt/*Grüneberg*, Überbl v § 311, Rn. 24; *Martinek*, Vertragstypen I, S. 22 f.

616 Palandt/*Grüneberg*, Überbl v § 311, Rn. 24; *Martinek*, Vertragstypen I, S. 23 f.

617 Vgl. statt vieler nur Staudinger/*Löwisch/Feldmann*, § 311 BGB, Rn. 37 f.

618 Ebd.

619 Vgl. ebd., Rn. 39; vgl. MüKo BGB/*Emmerich*, § 311 BGB, Rn. 28; Hk-BGB/*Schulze*, Vorbemerkungen zu §§ 311-319, Rn. 23.

620 *Canaris*, LBS Band 2, Schr BT 2, S. 44.

621 Ebd., S. 48 ff.

622 BeckOK/*Gehrlein*, § 311 BGB, Rn. 22.

623 Vgl. Erman/*Kindl*, vor. § 311 BGB, Rn. 16.

diese Verbindung jedoch so eng werden, dass ein an und für sich – zumindest auf einen Vertragsteil – anwendbares Kündigungsrecht ausgeschlossen sein kann.

In diesem Sinne hatte der BGH im Jahre 1985 entschieden, in welchem eine Partei sich durch Kündigung lediglich von einem Teil eines Bauträgervertrages loslösen wollte.[624]

Beim Bauträgervertrag – nunmehr geregelt in § 650u BGB – handelt es sich um einen gemischten Vertrag, der den Bauträger dazu verpflichtet, auf einem ihm gehörenden oder noch zu erwerbenden Grundstück ein Bauwerk zu errichten, wofür der Erwerber im Gegenzug das vereinbarte Entgelt in Raten zu entrichten hat.[625]

Dieser Vertrag setzt sich hinsichtlich der Überlassung des Grundstücks aus einem kaufvertraglichen und mit Blick auf den Hausbau aus einem werkvertraglichen Element zusammen.[626] In dem vom BGH behandelten Fall wollten die Kläger den Hausbau-Teil des Bauträgervertrages kündigen, da der Bauträger ihrer Ansicht nach das Haus weder fristgemäß noch frei von Mängeln fertiggestellt habe.[627] Der BGH hatte entschieden, dass der werkvertragliche Teil des Bauträgervertrages nicht auf Grundlage des Kündigungsrechts des Bestellers gemäß § 649 BGB a.F.[628] isoliert gekündigt werden könne, mit der Folge, dass der Bauträger nur noch zur Überlassung des Grundstücks verpflichtet wäre.[629] Das Gericht begründete den Ausschluss der Anwendung des Kündigungsrechts damit, dass dieses dem wirtschaftlichen Ziel des gesamten Bauträgervertrages zuwiderliefe, welches gerade in der Verbindung des Angebots von Bauland und der Errichtung eines Bauwerks hierauf liegt.[630] Der Bauträger kalkuliere damit, dass er den Vertrag einheitlich abwickeln kann, was auch der Vertragspartner des Bauträgers wisse und womit er sich einverstanden erklärt habe.[631]

Aus dem Urteil wird somit deutlich, dass die Anwendung des Rechts zur Kündigung nur eines Teils des gemischten Vertrages ausgeschlossen sein kann, wenn es einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem zu kündigenden Element und einem anderen Teil des gemischten Vertrages gibt. Diese gerichtliche Wertung hat der Gesetzgeber mit der aktuellen Reform des Bauvertragsrechts ausdrücklich in § 650u Abs. 2 BGB übernommen, welcher die Anwendung des § 648 BGB auf den Bauträgervertrag ausschließt.[632]

---

624 BGH, NJW 1986, 925, 925.

625 Vgl. MüKo BGB/*Busche*, § 650u BGB, Rn. 2 f.; MüKo BGB/*ders.* (6. Aufl. 2012), § 631 BGB, Rn. 226; BGH, NJW 1986, 925, 925 f.

626 Vgl. MüKo BGB/*Busche*, § 650u BGB, Rn. 2.

627 BGH, NJW 1986, 925, 926.

628 Nunmehr § 648 BGB.

629 BGH, NJW 1986, 925, 926; dem sich anschließend *Koeble*, in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, Teil 11, Rn. 156; BeckOK VOB/B/*Kleineke*, VOB/B § 8 Abs. 1, Rn. 16; *Pflügl*, in Drasdo, Praxis des Wohnungseigentums, 1. Teil, § 4, Rn. 29; *Canaris*, LBS Band 2, Schr BT 2, S. 50.

630 BGH, NJW 1986, 925, 926 f.

631 Ebd.

632 MüKo BGB/*Busche*, § 650u BGB, Rn. 22; BGBl. I, S. 969.

Eine enge wirtschaftliche Verbundenheit existiert prinzipiell auch zwischen dem Überlassungs- und dem Supportteil des Inklusivspiel-Überlassungsvertrages. Ohne die Online-Komponenten ist die Spielkopie wirtschaftlich wertlos oder zumindest in ihrem Wert gemindert. Dies liegt an dem engen funktionellen Zusammenhang zwischen dem Spielclient und seinen Online-Komponenten: Das Spiel kann ganz oder teilweise nicht mehr genutzt werden, wenn die Online-Komponenten keinen Support mehr erhalten.

Es ginge aber zu weit, aus dieser wirtschaftlichen Verbundenheit einen Ausschluss der Anwendung des ordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten herzuleiten. Dieser würde für unbegrenzte Zeit zum Support verpflichtet sein und hätte – mit Ausnahme einer außerordentlichen Kündigung – keine Möglichkeit mehr, sich vom Vertrag zu lösen. Erschwerend kommt dabei hinzu, dass der Support – wie bereits dargestellt – mit nicht unerheblichen Kosten für den Supportverpflichteten verbunden ist.[633] Darüber hinaus würde der Supportverpflichtete beim Direktvertrieb schlechter gestellt als in Fällen des Händlervertriebs. In letzterem Fall liegt kein gemischter Vertrag vor, sodass auch die oben erläuterte Dogmatik bzgl. der Anwendung von Rechtsvorschriften auf gemischte Verträge keine Anwendung findet mit der Folge, dass die Anwendung des ordentlichen Kündigungsrechts allenfalls beim Direktvertrieb des Inklusivspiels, nicht aber beim Händlervertrieb desselben ausgeschlossen werden könnte.

b) Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts

Fraglich ist aber, ob zwar nicht die Anwendung, jedoch die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist.

aa) Ausschluss wegen mangelndem schutzwürdigen Interesses

Dies ist der Fall, wenn die Ausübung des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstößt. Ein solcher Verstoß kann z. B. angenommen werden, wenn der Rechtsausübung im Einzelfall ein Interesse zugrunde liegt, das nicht schützenswert erscheint.[634] Die mangelnde Schutzwürdigkeit des Interesses kann sich dabei beispielsweise aus dem zu missbilligenden Zweck ergeben, den die Person mit der Rechtsausübung verfolgt.[635]

Spezifisch zu Softwarepflegeverträgen[636] wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass die ordentliche Kündigung dieses Vertrages ausgeschlossen sein kann, wenn sie zu dem Zweck erfolgt, eine dem Kündigenden nicht zustehende Vergütung vom Softwareanwender zu erzwingen. Einem Urteil des OLG Koblenz aus dem Jahre 1993 lag ein Fall zugrunde, in dem die Klägerin von der Beklagten gegen einmalige Zahlung eines Entgelts zeitlich unbefristet ein Datenverarbei-

---

633 Siehe dazu die Einleitung.

634 MüKo BGB/*Schubert*, § 242 BGB, Rn. 492; BeckOK BGB/*Sutschet*, § 242 BGB, Rn. 82.

635 MüKo BGB/*Schubert*, § 242 BGB, Rn. 499, mit Verweis auf BGH, NJW 1987, 1946, 1947.

636 Zum Begriff des Softwarepflegevertrages siehe oben, unter S. 47 ff.

tungsprogramm erwarb und zusätzlich mit der Beklagten einen Pflegevertrag für dieses Programm abschloss.[637] Als die Klägerin das Datenverarbeitungsprogramm auf einem neuen Rechner installieren wollte, verlangte die Beklagte hierfür die Zahlung einer sog. „Upgradegebühr", was die Klägerin jedoch ablehnte. Daraufhin kündigte die Beklagte den Softwarepflegevertrag mit der Klägerin.

Das OLG Koblenz hielt die Kündigung für unwirksam. Zur Begründung führte es unter anderem aus, dass die Kündigung der Beklagten gegen Treu und Glauben verstoße, da ihr die Upgradegebühr nicht zustand und die Kündigung der Erzwingung der Zahlung dieser Upgradegebühr diente.[638] Auch die Literatur vertritt die Ansicht, dass die ordentliche Kündigung des Softwarepflegevertrages dann ausgeschlossen sein kann, wenn sie aus rechtsmissbräuchlichen Gründen ausgeübt wird.[639] Entsprechend kommt ein Ausschluss der Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung in Betracht, wenn der Verpflichtete die Kündigung als Druckmittel zur Erzwingung einer ihm nicht zustehenden Zusatzvergütung einsetzt. Die Rechtsmissbräuchlichkeit kann darüber hinaus auch dann anzunehmen sein, wenn die Kündigung zu dem Zweck erfolgt, den gekündigten Softwareanwender zum Kauf eines neuen Spiels zu bewegen.

Wird die Kündigung jedoch allein deshalb vom Supportverpflichteten ausgesprochen, weil die Spielerzahlen abnehmen und der Support für ihn damit immer unwirtschaftlicher wird, ist die Ausübung grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich. Der Kündigung liegt hier kein zu missbilligender Zweck, sondern vielmehr eine vernünftige ökonomische Erwägung zugrunde, die Ausfluss der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Kündigenden ist. Der Zweck, den die Kündigung in diesen Fällen verfolgt, liegt nämlich in einer wirtschaftlich sinnvollen Unternehmensführung sowie in der Freisetzung von Ressourcen für die Entwicklung und den Betrieb neuer digitaler Spiele.

bb) Ausschluss wegen überwiegender Interessen einer Partei

Die Ausübung eines Rechts kann ferner ausgeschlossen sein, wenn wegen besonderer Umstände die Interessen einer Partei diejenigen der anderen überwiegen.[640] Aufgrund dieser besonderen Umstände muss die Rechtsausübung zu einer grob unbilligen und ungerechtfertigten Benachteiligung der anderen Partei führen.[641]

---

637 OLG Koblenz, NJW 1993, 3144, 3144.

638 Vgl. ebd., 3145; *Kaufmann*, CR 2005, 841, 842.

639 *Marly*, Softwarerecht, Rn. 1085; *Welker/Schmidt*, CR 2002, 873, 874; *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581, 589; *Jaeger*, CR 1999, 209, 212; *Bartsch*, CR 1998, 193, 195 f.

640 Hk-BGB/*Schulze*, § 242 BGB, Rn. 22; MüKo BGB/*Schubert*, § 242 BGB, Rn. 510.

641 Jauernig/*Mansel*, § 242 BGB, Rn. 41.

(1) Kündigung des Softwarepflegers

In diesem Sinne diskutieren Rechtsprechung und Literatur die Frage, ob die Ausübung des Rechts des Softwarepflegers zur ordentlichen Kündigung zumindest für einen bestimmten Zeitraum auszuschließen ist, weil andernfalls der Softwareanwender durch eine zu frühe Kündigung unangemessen benachteiligt werden würde.

Vereinzelte Stimmen in Rechtsprechung[642] und Literatur[643] argumentieren für einen zeitlich begrenzten Ausschluss der Ausübung des Rechts des Softwarepflegers zur ordentlichen Kündigung.

Hierzu gehört das OLG Koblenz, welches in dem oben beschriebenen Urteil die Unzulässigkeit der Kündigung nicht nur mit dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs begründete, sondern auch damit, dass die Klägerin auf die Pflege der Software für eine Zeit lang angewiesen war, da anderenfalls eine Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten möglich gewesen wäre.[644] Daraus folgerte das Gericht, dass das Kündigungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung für den Zeitraum ausgeschlossen werden müsse, in dem die Beklagte das Programm auf dem Markt mit der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung anbietet.[645]

In dem – bereits oben dargestellten[646] – Urteil des LG Köln aus dem Jahre 1997, in welchem das Gericht eine leistungsbezogene Nebenpflicht zur Softwarepflege im Software-Überlassungsvertrag erblickte, schloss dieses das ordentliche Kündigungsrecht des Softwarepflegers für die Dauer des „Lebenszyklus“ des überlassenen Programms zuzüglich fünf Jahre aus und folgte damit im Kern der Entscheidung des OLG Koblenz aus 1993.[647] Das Landgericht begründete sein Urteil mit dem Äquivalenzinteresse des Softwareerwerbers. Das vom Erwerber bezahlte – und im Fall nicht unerhebliche – Entgelt sei von der Beklagten nach der voraussichtlichen Nutzungsdauer des Programms berechnet worden, sodass diese auch verpflichtet sei, für diese Dauer die Pflege zu erbringen.[648] Diese Programmnutzungsdauer setzte sich nach Ansicht des LG Kölns aus dem Lebenszyklus des Programms zuzüglich weiterer fünf Jahre zusammen.[649] Schlösse man die Ausübung des Kündigungsrechts des Softwarepflegers für diesen Zeitraum nicht aus, hätte der Softwareerwerber seine volle Gegenleistung erbracht, ohne dass er die Software für den bezahlten Zeitraum würde nutzen können.[650]

Den Entscheidungen des OLG Koblenz bzw. des LG Kölns folgten vereinzelt gebliebene Literaturstimmen. Diese Stimmen begründen den Ausschluss der Kündigung

---

642 LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1286; OLG Koblenz, NJW 1993, 3144, 3144 f.

643 *Zahrnt*, CR 2000, 205, 207; *ders.*, CR 2004, 408, 411; *ders.*, Computervertragsrecht, 14.2.3.(1); *Jaeger*, CR 1999, 209, 210 f.

644 OLG Koblenz, NJW 1993, 3144, 3145.

645 Ebd., 3144.

646 Siehe oben, S. 47.

647 LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1286.

648 Ebd.

649 Ebd.

650 Ebd.

mit dem Interesse des Softwareanwenders an der Amortisation der in den Erwerb der Software geflossenen Kosten.[651] Außerdem sei der Nutzer auf die fortdauernde Pflege angewiesen, da die Nutzungsmöglichkeit der Software „alsbald" nach Kündigung der Pflege nicht mehr gewährleistet sei und der Nutzer die Pflege in der Regel auch nicht selbst durchführen könne.[652]

Die herrschende Literaturmeinung spricht sich gegen einen zeitlich beschränkten Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts des Softwarepflegers aus. Die Vertragsparteien hätten es selbst in der Hand, einen solchen Ausschluss zu vereinbaren, wenn hierfür Bedarf besteht.[653] Ohne eine derartige individuelle Vereinbarung gebe es daher keinen Anlass dafür, einen Ausschluss der Ausübung des Kündigungsrechts aus Treu und Glauben herzuleiten.[654] Dies gelte umso mehr, wenn die Parteien im Vertrag ausdrücklich – so wie auch im Fall des LG Köln – ein ordentliches Kündigungsrecht vorgesehen haben.[655] Es mangele dann bereits an einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke.[656] Darüber hinaus sei es unrealistisch und dem Softwarepfleger nicht zuzumuten, die Softwarepflege über einen längeren Zeitraum ohne Kündigungsmöglichkeit zu erbringen.[657] Es würden nämlich wertvolle Ressourcen des Softwarepflegers gebunden, die weitaus sinnvoller für die Entwicklung neuer Produkte eingesetzt werden könnten.[658] Die Entscheidungen des LG Kölns und des OLG Koblenz könnten mit Blick auf den Ausschluss des Kündigungsrechts keinesfalls verallgemeinert werden.[659]

Der herrschenden Meinung ist zuzustimmen, da Unternehmer es regelmäßig selbst in der Hand haben, eine individualvertragliche Vereinbarung betreffend den Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts des Softwarepflegers zu treffen. Dem Softwareanwender ist es zuzumuten, selbst abzuschätzen, über welchen Zeitraum die Funktionalität der Software gewährleistet werden muss, damit er die investierten Kosten amortisieren kann.

---

651 *Zahrnt*, CR 2000, 205, 207; *ders.*, CR 2004, 408, 411.

652 *Jaeger*, CR 1999, 209, 210.

653 So nunmehr OLG Koblenz, MMR 2005, 472, 473; *Hoeren*, in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 190; *ders.*, IT-Vertragsrecht, S. 273; *Junker*, jurisPR-ITR 10/2015, Anm. 5; *Servais*, Softwarepflegevertrag, S. 202; *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 547; *ders.*, IT-Projektrecht, Rn. 272.

654 OLG Koblenz, MMR 2005, 472, 473; *Hoeren*, in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 190; im Ergebnis so auch *Volle*, NJW-CoR 1999, 242, 244.

655 *Junker*, NJW 2000, 1304, 1309; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530; NK-BGB/*Schmidl*, Anh. IV zu §§ 535-580a, Software-Vertragsrecht, Rn. 140; *Servais*, Softwarepflegevertrag, S. 202.

656 *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581, 588 f.; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530; *Servais*, Softwarepflegevertrag, S. 202.

657 *Schneider*, EDV-Recht, Teil M, Rn. 757 ff.

658 *Kaufmann*, CR 2005, 841, 841.

659 *Moritz*, CR 1999, 541, 544.

Insofern besteht für den Softwareanwender ein geringeres Bedürfnis nach einem Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts des Softwarepflegers. Der Privatautonomie der Vertragsparteien kommt daher hier ein höheres Gewicht zu als dem Schutz des Softwareanwenders vor einer unzeitigen Kündigung.

(2) Kündigung des Supportverpflichteten

Dieses Ergebnis kann jedoch nicht auf den Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels übertragen werden. Ein Vergleich zwischen dem Softwarepflegevertrag einerseits und der Supportvereinbarung andererseits zeigt nämlich, dass zwischen beiden Vereinbarungen bedeutende Unterschiede bestehen. Die Bewertung dieser Unterschiede führt aus den folgenden Gründen dazu, dass die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung für einen bestimmten Zeitraum auszuschließen ist.

Der erste bedeutende Unterschied im Vergleich zum Softwarepflegevertrag liegt beim Support der Online-Komponenten für Inklusivspiele darin, dass die Vereinbarung über den Support der Online-Komponenten nicht zwischen zwei Unternehmern, sondern sehr oft zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zustande kommt. Der Verbraucher muss dabei in aller Regel den vom Unternehmer gestellten AGB zustimmen und kann faktisch keine weiteren Nebenabreden mit ihm treffen. Dementsprechend ist er in tatsächlicher Hinsicht auch nicht in der Lage, einen Ausschluss der Ausübung des Kündigungsrechts mit dem Supportverpflichteten zu vereinbaren, um sicherzustellen, dass er das Spiel auch wirklich für einige Zeit nutzen kann. Zwar kommt es auch in Betracht, dass digitale Spiele von Gedächtnisinstitutionen oder Forschern erworben werden, bei denen die Verbrauchereigenschaft in der Regel zu verneinen ist. Doch auch diese Erwerber sind in der Regel faktisch nicht in der Lage, einen Ausschluss des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten zu vereinbaren.

Erschwerend kommt hinzu, dass ein weitaus engerer funktioneller Zusammenhang zwischen dem Spielclient und seinen Online-Komponenten besteht als zwischen der Anwendersoftware und der Softwarepflege für ebendiese. Der Spielclient kann ohne den Support der Online-Komponenten gar nicht oder nur zum Teil genutzt werden. Andererseits sind auch die Online-Komponenten als solche ohne den Spielclient nutzlos. Nur durch die Erbringung und den Fortbestand beider Leistungen ist die vollständige Nutzungsmöglichkeit des Inklusivspiels gesichert.

Die Softwarepflege hingegen ist hauptsächlich darauf gerichtet, Fehler zu beseitigen, Aktualisierungen und Weiterentwicklungen des Programms durchzuführen und damit die Funktionsfähigkeit der Software im Großen und Ganzen auch für die Zukunft zu erhalten. Damit ist die Softwarepflege zwar von einiger Bedeutung für die Nutzungsmöglichkeit der Software. Allerdings sind die Auswirkungen, welche das Ende der Pflege einerseits und die Beendigung des Supports andererseits haben, unterschiedlich. Infolge der Kündigung des Softwarepflegevertrages kann die Nutzungsmöglichkeit der Standardsoftware lediglich „alsbald“ nicht mehr gewährleistet[660] werden und fällt damit nur „schleichend“ weg. Nach Wegfall der Softwarepflege ist dem

[660] So *Jaeger*, CR 1999, 209, 210.

Anwender die ungehinderte Nutzung der Software grundsätzlich noch möglich.[661] Die Beendigung des Supports der Online-Komponenten führt dagegen dazu, dass die Nutzungsmöglichkeit des gesamten Inklusivspiels oder seiner Teile *abrupt* wegfällt. Die Auswirkungen der Beendigung des Supports der Online-Komponenten sind infolge des engen funktionellen Zusammenhangs damit weitaus gravierender als die Einstellung der Softwarepflege.

Der Käufer geht außerdem davon aus, dass er das Inklusivspiel für einen unbegrenzten Zeitraum nutzen kann.[662] Zwar wird sich das Inklusivspiel nicht tatsächlich „für immer" spielen lassen können, da der technologische Fortschritt irgendwann einmal zwangsläufig dazu führen wird, dass die für das Spiel erforderliche Soft- und Hardwareumgebung nicht mehr verfügbar ist.[663] Doch kann die Erwartung des Käufers rechtlich insofern gestützt werden, als es gerade der Zweck des Kaufvertrages ist, dass die Kaufsache – wenn schon nicht für immer – so doch in der Regel über einen *längeren Zeitraum* benutzt werden und funktionsfähig bleiben soll.[664]

Es ist bereits erläutert worden, dass sich die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung bei der Veräußerung langlebiger Industrieanlagen für eine – ggf. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung herzuleitende – Pflicht des Herstellers bzw. Verkäufers ausspricht, den Käufer mit Ersatzteilen zu versorgen.[665] Literatur und Rechtsprechung sind darüber hinaus der Auffassung, dass sich diese Pflicht über einen längeren Zeitraum erstrecken muss.[666] Diese Auffassung wird mit dem oben genannten Zweck des Kaufvertrages, dem Käufer die Nutzung der Kaufsache auch für eine längere Zeitdauer zu ermöglichen, begründet.[667] Der Verkäufer wisse, dass der Käufer von einer längerfristigen Ersatzteilversorgung abhängig ist.[668] Dass die Ersatzteile über einen längeren Zeitraum produziert und bereitgehalten werden müssen, liegt auf der Hand, da der Käufer in der Regel nicht sofort mit Abschluss des Kaufvertrages die Ersatzteile benötigt, sondern erst nach dem Einsetzen des Verschleißes einzelner Teile der erworbenen Kaufsache.

Diese Grundsätze können auf Inklusivspiele sowohl im Direkt- als auch im Händlervertrieb und auf den Support ihrer Online-Komponenten übertragen werden mit der Folge, dass die Ausübung der Kündigung des Supportverpflichteten für einen noch näher zu bestimmenden Zeitraum ausgeschlossen ist.

---

661 LG Bonn, CR 2004, 414, 416.

662 Siehe dazu die Einleitung.

663 Vgl. für Software im Allgemeinen *Geiger*, Umarbeitungsrecht, S. 105.

664 Vgl. *Ramm*, Fortwirkung, S. 67 f.; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1528; *Rodig*, BB 1971, 854, 854; LG Leipzig, NJW 1999, 2975, 2976; *Geiger*, Umarbeitungsrecht, S. 105; *Welters*, Obsoleszenz, S. 21.

665 Siehe dazu oben, S. 50 f.

666 Vgl. *Ramm*, Fortwirkung, S. 67 f.; *Welters*, Obsoleszenz, S. 21; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1528; *Rodig*, BB 1971, 854, 855; *Finger*, NJW 1970, 2049, 2050; Staudinger/*Beckmann*, § 433 BGB, Rn. 165; AG München, NJW 1970, 1852, 1852.

667 *Ramm*, Fortwirkung, S. 67 f.; *Welters*, Obsoleszenz, S. 21; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1528.

668 *Welters*, Obsoleszenz, S. 21.

(3) Die Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte

Es ist bereits in Kapitel 2 dargelegt worden, dass der Support der Online-Komponenten als Bereitstellung digitaler Inhalte im Sinne der DI-RL eingeordnet werden kann.[669] Art. 4 bestimmt dabei, dass die Mitgliedsstaaten keine von den Bestimmungen der Richtlinie abweichenden Regelungen „aufrechterhalten oder einführen" dürfen. Damit sieht die Richtlinie eine Vollharmonisierung innerhalb seines Anwendungsbereichs vor.[670]

Allerdings enthält die DI-RL nicht für jeden Aspekt der Bereitstellung digitaler Inhalte eine Regelung.[671] So ist unter anderem die Beendigung des Vertrages über die Bereitstellung digitaler Inhalte bzw. Dienste nur punktuell geregelt. Insbesondere die hier behandelten Fragen des temporären Ausschlusses des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten und der Bemessung des Ausschlusszeitraums haben keine Regelung in der Richtlinie gefunden. Die Richtlinie enthält insofern ausschließlich Regelungen zur Vertragsbeendigung *durch den Verbraucher*, z. B. im Falle von nicht oder nicht vertragsgemäß bereitgestellten digitalen Inhalten bzw. Dienstleistungen[672]. Regelungen zur Vertragsbeendigung *durch den Unternehmer* fehlen jedoch.[673]

Zugleich enthält die DI-RL aber auch keine Regelung, welche es den Mitgliedsstaaten verbieten würde, die Zulässigkeit der Vertragsbeendigung durch den Anbieter digitaler Inhalte im nationalen Recht zu regeln. Vielmehr stellt die Richtlinie in Art. 3 Abs. 10 klar, dass Mitgliedsstaaten Regelungen über „Aspekte[] des allgemeinen Vertragsrechts" treffen können, soweit die Richtlinie hierüber keine Vorschriften enthält. Solche Regelungen stehen auch nicht dem Prinzip der Vollharmonisierung einer EU-Richtlinie entgegen. Denn Sachverhalte, für welche eine Richtlinie keinerlei Rechtsfolgenanordnungen enthält, fallen aus ihrem Anwendungsbereich heraus.[674]

Aus diesen Gründen steht es den Mitgliedsstaaten frei, die in diesem Kapitel erörterten Fragen auch nach dem Inkrafttreten der Richtlinie nach nationalem Recht zu behandeln und entsprechend einen zeitlich begrenzten Ausschluss des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten vorzusehen.

cc) Unwirksamkeit von AGB

Sofern ein Recht des Supportverpflichteten zur jederzeitigen Kündigung ausdrücklich in AGB vereinbart wird, ist eine solche Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

Nach dieser Vorschrift ist die Unwirksamkeit von AGB zu bejahen, wenn durch sie wesentliche Rechte oder Pflichten aus dem Vertrag so eingeschränkt werden, dass die

---

669 Siehe dazu oben, S. 38 ff.

670 *Metzger*, JZ 2019, 577, 577.

671 *Metzger*, JZ 2019, 577, 584; so auch noch zum Richtlinienentwurf *Gsell*, ZUM 2018, 75, 79.

672 Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 6.

673 *Metzger*, JZ 2019, 577, 584.

674 *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1038; *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 23.

Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Wie bereits dargestellt, besteht ein wesentlicher Zweck des Kaufvertrages darin, dem Käufer die Nutzung der Kaufsache für einen längeren Zeitraum zu ermöglichen. Aufgrund des engen, funktionellen Zusammenhangs zwischen dem Inklusivspielclient und dem Support der Online-Komponenten strahlt dieser kaufvertragliche Zweck zwangsläufig auch auf den Supportvertrag aus. Denn könnte sich der Supportverpflichtete jederzeit von seiner Pflicht lösen, wäre der Zweck des Kaufvertrages – die Ermöglichung einer längerfristigen Nutzung der Kaufsache durch den Käufer – gefährdet. So wie es also Zweck des Kaufvertrages ist, dem Käufer die Nutzung des Inklusivspiels für einen längeren Zeitraum zu ermöglichen, ist es auch Zweck des Supportvertrages, dass der Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels für einen längeren Zeitraum erbracht wird. Aus diesem Grunde benachteiligt ein ausdrücklich in den AGB des Supportvertrages vereinbartes jederzeitiges ordentliches Kündigungsrecht den Käufer des Inklusivspiels unangemessen und ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

c) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat ergeben, dass die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung des Supports der Online-Komponenten des Inklusivspiels für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist.

Dies ist das Ergebnis einer Abwägung des Interesses des Käufers an einer möglichst langfristigen Nutzung des Inklusivspiels und des Interesses des Supportverpflichteten an einer jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit des Supports der Online-Komponenten. Dieses Abwägungsergebnis wird durch die folgenden drei Argumente gestützt:

1. Der Käufer des Inklusivspiels ist in der Regel faktisch nicht in der Lage, mit dem Supportverpflichteten einen Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts zu vereinbaren. Daraus ergibt sich eine besondere Schutzbedürftigkeit des Käufers, die einen temporären Ausschluss der Ausübung des Kündigungsrechts des Support-Verpflichteten erfordert.
2. Es gibt einen sehr engen, funktionellen Zusammenhang zwischen dem Spielclient und dem Support der Online-Komponenten des Inklusivspiels. Keine der beiden Komponenten funktioniert (in Gänze) ohne die jeweils andere. Mit der Beendigung des Supports der Online-Komponenten endet die Client-Server-Kommunikation abrupt, sodass der Spieler keine Möglichkeit mehr hat, das Spiel in vollem Umfang zu nutzen.
3. Der Erwerber hat das Inklusivspiel ohne zeitliche Begrenzung erworben. Er kann daher berechtigterweise davon ausgehen, das Spiel für einen längeren Zeitraum zu nutzen. Diese Erwartung erstreckt sich – bedingt durch den engen funktionellen Zusammenhang – nicht nur auf den Spielclient, sondern auch auf den Support der Online-Komponenten des Spiels, sodass der Erwerber berechtigterweise davon ausgehen kann, dass auch der Support der Online-Komponenten für einen längeren Zeitraum erbracht wird.

2. Free-to-Play- und Abospiele

Die bisher bei Inklusivspielen zur Begründung des temporären Ausschlusses der Ausübung des jederzeitigen ordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten vorgebrachten Argumente können auf Free-to-Play- und Abospiele übertragen werden.

Für Free-to-Play-Spiele gilt dies jedoch nur in den Fällen, in denen die Nutzungsmöglichkeit dauerhaft erworbener virtueller Gegenstände vom Support der Online-Komponenten des Free-to-Play-Spiels abhängig ist. In anderen Fällen besteht schon keine Pflicht zum Support der Online-Komponenten des Free-to-Play-Spiels.[675]

Bei Konsolenspielen entsteht die Pflicht zum Support des Online-Mehrspielermodus zwar erst aufgrund eines gesonderten, entgeltpflichtigen Abonnementvertrages.[676] Dies ändert allerdings nichts daran, dass auch der Support dieser Online-Komponente funktionell eng mit dem Spielclient verbunden ist. Käme es außerdem für den Ausschluss der ordentlichen Kündigung des Supportverpflichteten darauf an, ob die Pflicht zum Support der Online-Komponenten Teil einer zeitlich nachgelagerten, separaten Vereinbarung ist, wäre es ein Leichtes für den Supportverpflichteten, den Ausschluss der Ausübung seines Kündigungsrechts durch entsprechende Vertragsgestaltung zu umgehen. Darüber hinaus würde in einem solchen Fall der Supportverpflichtete von Inklusivspielen, der kein gesondertes Entgelt für seine Support-Leistungen verlangt, schlechter gestellt werden als derjenige, der für den Support der Online-Komponenten von Konsolenspielen verpflichtet ist. Während dann nämlich die Kündigung des Supportverpflichteten für die Online-Komponenten von Inklusivspielen für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen wäre, könnte der Supporverpflichtete den Support für die Online-Komponenten der Konsolenspiele jederzeit kündigen.

Der temporäre Ausschluss des Kündigungsrechts gilt dabei auch in den Fällen, in welchen der Abonnementvertrag nur für eine bestimmte Dauer abgeschlossen wurde und sich zum Ende der Vertragszeit automatisch verlängert. Sofern der Supportverpflichtete hier zum Ende der Vertragslaufzeit kündigt, sich diese Vertragslaufzeit jedoch als unangemessen kurz erweist, ist die Ausübung des Kündigungsrechts aus den gleichen Gründen wie sie oben im Rahmen der Inklusivspiele vorgebracht wurden, unzulässig.[677] Für die Frage, ob das Kündigungsrecht des Supportverpflichteten für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen ist, kann es nicht darauf ankommen, ob ein befristeter oder unbefristeter Dienstvertrag abgeschlossen wurde. Anderenfalls könnte der Supportverpflichtete auch insofern durch entsprechende Vertragsgestaltung die berechtigten Interessen des Erwerbers an einer längerfristigen Nutzung des digitalen Spiels übergehen.

---

675 Siehe dazu oben, S. 89 ff.

676 Siehe dazu oben, S. 93 f.

677 Vgl. dazu in Bezug auf Softwarepflegeverträge das Urteil des LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1285. Dem Urteil lag ein Fall zugrunde, in welchem der Softwarepflegevertrag auf ein Jahr geschlossen wurde und sich nach Ablauf dieses Zeitraums stets automatisch wieder um ein Jahr verlängerte.

Mit Blick auf mietweise überlassene MMOG und Zeitspiele ist das Recht des Supportverpflichteten zur odentlichen Kündigung für die Dauer des Mietverhältnisses ausgeschlossen. Dies lässt sich nunmehr auch Art. 8 Abs. 4 der DI-RL entnehmen, welcher vorschreibt, dass digitale Inhalte, die über einen bestimmten Zeitraum bereitzustellen sind, innerhalb des gesamten Zeitraums vertragsgemäß sein müssen.[678] Ein darüber hinausgehender Ausschluss der Ausübung des Kündigungsrechts des Supportverpflichteten ist jedoch nicht gerechtfertigt, da der Erwerber des Zeitspiels bzw. des mietweise überlassenen MMOG damit rechnen muss, dass ihm die Berechtigung zur Nutzung des Spiels durch Kündigung wieder entzogen werden kann. Aufgrund des engen funktionellen Zusammenhangs kann der Erwerber des Zeitspiels bzw. des mietweise überlassenen MMOG aber auch erwarten, dass der Support zumindest für die Dauer des Mietverhältnisses erbracht wird und nicht schon vor dessen Ende beendet wird. Umgekehrt darf der Supportverpflichtete den Support der Online-Komponenten jedoch kündigen, sobald der Mietvertrag, welcher der Überlassung des Spielclients zugrundeliegt, gekündigt wird.[679]

III. Ergebnisse für Unterabschnitt A.

Die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung des Supports ist bei Inklusivspielen, Konsolenspielen, Zeitspielen, bei mietweise überlassenen MMOG sowie bei Free-to-Play-Spielen, innerhalb derer der Erwerber virtuelle Güter gekauft hat, zumindest für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen. Dieser Ausschluss erstreckt sich dabei sowohl auf Online-Komponenten, welche bereits unmittelbar nach Erwerb des Spielclients Support erhalten, als auch auf solche, die erst nach Abschluss eines Abonnementvertrages Support bekommen.

Das Interesse des Spielers an einem (temporären) Ausschluss des Kündigungsrechts überwiegt nämlich das Interesse des Supportverpflichteten an einer jederzeitigen Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung. Dies ergibt sich aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des Erwerbers, dem engen funktionellen Zusammenhang zwischen der Spielkopie und dem Support ihrer Online-Komponenten sowie der berechtigten Erwartung des Nutzers, das Spiel samt allen Spielmodi für eine längere Zeit nutzen zu können.

Zur Klarstellung ist jedoch an dieser Stelle anzumerken, dass dem Supportverpflichteten das Recht zur außerordentlichen Kündigung ohne Weiteres zur Verfügung steht. Allerdings kann die außerordentliche Kündigung keine Supportbeendigung rechtfertigen, die aus rein wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wird – etwa wegen abnehmender Spielerzahlen.

Der Ausschluss der Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts bedeutet außerdem nicht, dass der Supportverpflichtete für immer daran gehindert ist, die Kündigung auszusprechen. Der Ausschluss ist vielmehr zeitlich begrenzt. Bei Zeitspielen und bei mietweise überlassenen MMOG ist die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts für die Dauer des Mietverhältnisses ausgeschlossen.

---

678 Vgl. auch Erwägungsgrund 51 der DI-RL.

679 Vgl. dazu oben, S. 98.

Inklusiv-, Konsolen- sowie Free-to-Play-Spiele, in denen der Spieler virtuelle Gegenstände gekauft hat, werden demgenüber nicht mietweise überlassen. Der Erwerber erhält die genannten Spiele bzw. virtuellen Gegenstände vielmehr für eine unbegrenzte Zeit mit der Folge, dass er auch davon ausgehen darf, dass der Support für einen bestimmten Zeitraum erbracht werden wird. Dieser Zeitraum wird im Folgenden „Ausschlusszeitraum" genannt.

Sowohl der Erwerber des digitalen Spiels als auch derjenige, welcher zum Support der Online-Komponenten verpflichtet ist, haben ein Interesse daran, zu wissen, wie lange konkret die Ausübung der ordentlichen Kündigung des Supportverpflichteten ausgeschlossen ist. Der folgende Abschnitt B. widmet sich der Beantwortung dieser Frage.

B. Die Bemessung des Ausschlusszeitraums

Die Untersuchung hat bisher gezeigt, dass der Supportverpflichtete das Recht zur jederzeitigen ordentlichen Kündigung für die Dauer des Ausschlusszeitraums nicht ausüben darf. Für die Bemessung des Ausschlusszeitraums kommen verschiedene Konzepte und Kriterien in Betracht, die im Folgenden dargestellt und bewertet werden sollen (dazu I.). Im Anschluss an diese Darstellung soll geprüft werden, welche Ansätze und Kriterien sich für die Bemessung des Ausschlusszeitraums für welche Art digitaler Spiele eignen (dazu II.).

I. Konzepte und Kriterien

Die neue DI-RL enthält keine Bestimmungen zur Frage, wie lange digitale Inhalte mindestens bereitzustellen sind. Lediglich Art. 8 Abs. 4 schreibt vor, dass digitale Inhalte, welche für einen bestimmten Zeitraum bereitgestellt werden, auch während dieses Zeitraums vertragsgemäß sein müssen.[680] Bei Inklusiv-, Konsolen- sowie Free-to-Play-Spielen, in denen der Spieler virtuelle Gegenstände gekauft hat, wird jedoch weder der Zeitraum der Bereitstellung des Spiels selbst noch der des Supports der Online-Komponenten von vornherein festgelegt.

Der Richtlinie können jedoch Anhaltspunkte zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums entnommen werden.

So stellt Art. 8 Abs. 2 die Pflicht des Unternehmers auf, dem Verbraucher, welcher digitale Inhalte vom Unternehmer erworben hat, Aktualisierungen bereitzustellen.[681] Die Bereitstellung dieser Aktualisierungen hat dabei – wenn eine bestimmte Vertragslaufzeit nicht von vornherein bestimmt ist (Art. 8 Abs. 2 lit. a) DI-RL) – für einen Zeitraum zu erfolgen, in dem der Verbraucher die Aktualisierungen „aufgrund der Art

680 Siehe dazu oben, S. 119.

681 *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 683.

und des Zwecks der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen und unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags vernünftigerweise erwarten kann".[682]

Maßstab für die Bestimmung des Aktualisierungszeitraums ist mithin die vernünftige Verbrauchererwartung, die durch Art. 8 Abs. 2 und Erwägungsgrund 47 grob mithilfe von Kriterien, wie Art und Zweck des digitalen Inhalts näher bestimmt wird.[683]

Die vernünftige Verbrauchererwartung kann dabei auch zum Ausgangspunkt für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums genommen werden. Zur näheren Konkretisierung der Verbrauchererwartung kommen hier dabei der „Lebenszyklus" digitaler Spiele (1.), die Nutzungsdauer digitaler Spiele (2.), die durchschnittliche Supportdauer der Online-Komponenten digitaler Spiele (3.), die Dauer von Konsolengenerationen (4.) sowie gesetzlich geregelte Verjährungsfristen (5.) in Betracht.

1. Der „Lebenszyklus" von digitalen Spielen

Im Folgenden soll untersucht werden, was unter dem Begriff des Lebenszyklus von Software sowohl in der Rechtswissenschaft (dazu a)) als auch in den Fachgebieten des Software Engineering und der Betriebswirtschaftslehre (dazu b)) verstanden wird.

Daraufhin soll die Leistungsfähigkeit des Lebenszyklus-Konzeptes mit Blick auf die Bestimmung der Mindestpflege- bzw. -supportdauer bei Software allgemein und bei digitalen Spielen im Besonderen untersucht werden (dazu c)).

a) Juristisches Begriffsverständnis

In Rechtsprechung und Literatur wird diskutiert, ob der Lebenszyklus von Software zur Bestimmung der Mindestpflegedauer[684] herangezogen werden kann.

Sowohl das OLG Koblenz als auch das LG Köln hatten in ihren bereits oben dargestellten Entscheidungen[685] den sog. Lebenszyklus von Software zur Bestimmung der Mindestpflegedauer herangezogen.

Dem Urteil des OLG Koblenz vom 27.05.1993 zufolge beschreibe der Lebenszyklus einer Software den Zeitraum, in dem

„[…] die Bekl. das Programm […] allgemein auf dem Markt mit der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung anbietet (Lebenszyklus der Software)".[686]

Die Beklagte war im Fall die Verkäuferin der Software, welche zugleich in einem separaten Vertrag die Pflege der verkauften Software übernahm.[687]

---

682 Art. 8 Abs. 2 lit. b), dazu auch *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 683.

683 *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 683.

684 Siehe zum Begriff der Softwarepflege oben, S. 47 ff.

685 Siehe zur Entscheidung des OLG Koblenz vom 27.05.1993 oben, S. 112 f. sowie zum Urteil des LG Köln vom 16.10.1997 oben, S. 47.

686 OLG Koblenz, NJW 1993, 3144, 3144.

687 Ebd.

Ausgangspunkt für das Begriffsverständnis des OLG war § 21 der *Besonderen Vertragsbedingungen für die Überlassung von DV-Programmen* (BVB-Überlassung)[688], welchen die Parteien in ihren Software-Überlassungsvertrag aufgenommen hatten. Die Bedingungen der BVB-Überlassung sind Teil eines Mustervertrages der öffentlichen Hand für die Beschaffung von IT-Leistungen, welcher mittlerweile zum Teil durch die sog. *Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik* (EVB-IT) abgelöst wurde.[689] § 21 Satz 1 BVB-Überlassung begründete einen Anspruch des Softwareerwerbers gegen den Veräußerer auf Pflege des überlassenen Programms, sobald die Gewährleistung abgelaufen war. § 21 Satz 2 BVB-Überlassung beschränkte diesen Anspruch dabei auf solche Programme, die vom Veräußerer noch „allgemein auf dem Markt mit der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung angeboten werden".

In seinem Urteil vom 16.10.1997 schloss sich das LG Köln der Auffassung des OLG Koblenz hinsichtlich der Bestimmung des Softwarelebenszyklus zwar grundsätzlich an, sah diese Periode aber nur als den „Mindestzeitraum für die Wartungspflicht" des Softwarepflegers an. Auch derjenige, welcher die Software erst am Ende ihres Lebenszyklus erwerbe, müsse nämlich noch für eine „gewisse Zeit" in den Genuss der Softwarepflege kommen.[690] Über diesen Lebenszyklus hinaus solle die Softwarepflege daher noch für weitere fünf Jahre erbracht werden.[691] Die „Installation der wesentlichen Teile der vom letzten Kunden erworbenen Software" stelle dabei sowohl das Ende des Lebenszyklus als auch den Beginn dieses zusätzlichen 5-Jahres-Zeitraums dar.[692]

Von der Definition des Softwarelebenszyklus in der Rechtsprechung weicht das Begriffsverständnis in der Literatur etwas ab. Die Literatur stellt zur Bestimmung des Softwarelebenszyklus nämlich nicht auf einen konkreten Anbieter bzw. Verkäufer ab, sondern fragt danach, wie lange die Software *allgemein* am Markt angeboten wird bzw. verfügbar ist.[693] Diese nur scheinbar unerhebliche Abweichung kann zu bedeutenden Unterschieden in der Dauer des Lebenszyklus führen. Während es nicht unwahrscheinlich ist, dass ein einzelner Verkäufer vom Markt schnell wieder verschwindet oder den Vertrieb eines konkreten Produktes frühzeitig einstellt, dürfte die *allgemeine* Verfügbarkeit eines Produktes am Markt regelmäßig sehr lang dauern. In der Regel werden nämlich Verbrauchsgüter – so auch Software und digitale Spiele – nicht ausschließlich vom Hersteller vertrieben, sondern von einer Vielzahl von Händlern.

---

688 Die BVB sind abrufbar unter http://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/IT-Beschaffung/BVB/BVB_Ueberlassung_TypI/bvb_ueberlassung_typ_I_pdf_download.pdf?__blob=publicationFile.

689 Siehe dazu die Informationsseite des Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik, abrufbar unter http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/evb-it_bvb_node.html.

690 LG Köln, NJW-RR 1999, 1285, 1286.

691 Ebd.

692 Ebd.

693 *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 285; *Kaufmann*, CR 2005, 841, 843; *Heymann/Lensdorf*, in Redeker, Handbuch der IT-Verträge, Teil 1.12, Rn. 183.

Es ist daher möglich, dass die Software auch noch Jahre, nachdem der Hersteller Produktion und Vertrieb derselben eingestellt hat, am Markt erhältlich ist.

b) Begriff im Software Engineering und in der Betriebswirtschaftslehre

Im Fachgebiet des Software Engineering[694] beschreibt der Begriff des Softwarelebenszyklus ein Vorgehensmodell[695], anhand dessen Softwarehersteller ihre internen Entwicklungsabläufe ausrichten können, um auf effektive Art und Weise Software zu produzieren. Aus diesem Grunde umfasst der Softwarelebenszyklus in diesem Sinne nicht nur die Phase des Verkaufs bzw. des Betriebs der Software, sondern auch die vorgelagerten Stufen ihres Entwurfs und ihrer Entwicklung.[696]

In der Betriebswirtschaftslehre beschreibt der Begriff des Produktlebenszyklus die Entwicklung eines Produktes am Markt[697], wobei der Zyklus sich über den Zeitraum von der Markteinführung bis hin zu dem Zeitpunkt erstreckt, in welchem das Produkt schließlich vom Markt genommen wird[698]. Der Produktlebenszyklus wird der Reihenfolge nach untergliedert in die Einführung, das Wachstum, die Reifephase, die Sättigung und den Verfall des Produkts.[699] Mithilfe der Feststellung, in welcher dieser Phasen sich das jeweilige Produkt gerade befindet, ist es einem Unternehmen grundsätzlich möglich, die weitere Entwicklung des Produktes am Markt abzuschätzen[700] und gegebenenfalls bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, wie etwa Preissenkungen in der Sättigungsphase[701].

Ein Vergleich des Begriffsverständnisses im Software Engineering und in der Betriebswirtschaftslehre mit der Definition des (Software-)Lebenszyklus in der Rechtswissenschaft offenbart, dass alle Begriffe den Zeitraum des Verkaufs der Software umfassen. Lediglich der Lebenszyklusbegriff im Software Engineering geht über diesen Zeitraum noch hinaus und umfasst auch die Phasen des Entwurfs und der Entwicklung der Software.

Darüber hinaus dient das Konzept des Softwarelebenszyklus im Software Engineering rein instruktiven Zwecken. Demgegenüber sind die betriebswirtschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Begriffe deskriptiv. Sie sind dazu bestimmt, die konkrete „Lebensphase“ eines Softwareproduktes zu bestimmen, aus der Handlungsoptionen bzw. Rechtspflichten abgeleitet werden können.

---

694 Das Fachgebiet des Software Engineering befasst sich mit der „Entwicklung und Bereitstellung von Methoden, Techniken und Werkzeugen zur wirtschaftlichen Herstellung“ von Software, so *Heinrich*, Informatik-Projekte, S. 46; vgl. ferner *Ludewig/Lichter*, Software Engineering, S. 46 f.

695 Vgl. *Ludewig/Lichter*, Software Engineering, S. 155 f.

696 Vgl. *Kuhrmann/Diernhofer*, Software Life Cycle, S. 12.

697 *Daum/Petzold/Pletke*, BWL, S. 94; *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre, S. 82 f.

698 *Rennhak/Opresnik*, Marketing, S. 149; *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre, S. 83.

699 *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre, S. 83 f.

700 Vgl. *Weber/Kabst/Baum*, Betriebswirtschaftslehre, S. 258 f.

701 *Sigloch/Egner/Wildner*, Betriebswirtschaftslehre, S. 84.

Da es Zweck dieses Abschnitts ist, Ansätze und Kriterien darzustellen, mithilfe derer der Ausschlusszeitraum des ordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten bestimmt werden kann, soll im Folgenden nur noch auf den Lebenszyklus in dem Sinne eingegangen werden, wie er in der Rechtswissenschaft und in der Betriebswirtschaftslehre verstanden wird. Da der Softwarelebenszyklus im Sinne des Software Engineerings vornehmlich eine Anleitung zur effektiven Softwareentwicklung bietet, wird dieser Begriff im Folgenden nicht weiter behandelt.[702]

c) Leistungsfähigkeit des Softwarelebenszyklus-Konzepts

Im Folgenden soll der soeben beschriebene Softwarelebenzsklus auf seine Leistungsfähigkeit hin mit Blick auf die Konkretisierung des Ausschlusszeitraums untersucht werden.

Mehrere Stimmen in der Literatur lehnen eine Bestimmung der Mindestpflegedauer mithilfe des Lebenszyklus der zu pflegenden Software ab.[703] Begründet wird dies zum einen damit, dass eine einheitliche Bestimmung des Lebenszyklus von Software angesichts der Unterschiedlichkeit von Computerprogrammen kaum möglich sei.[704] Zum anderen sei der letzte Käufer der Software am Ende ihres Lebenszyklus „der Dumme", weil er nicht mehr in den Genuss der Pflege für die gesamte Dauer des Lebenszyklus komme.[705]

Das LG Köln hatte in seiner Entscheidung dieses Problem erkannt und zu dessen Lösung vorgeschlagen, dass sich die Mindestpflegedauer ab Ende des eigentlichen Lebenszyklus der Software noch einmal um fünf Jahre – gerechnet ab Installation aller wesentlichen Softwarebestandteile beim Letztkäufer – verlängert.[706] Diese Lösung überzeugt jedoch nicht, da einerseits die Länge des hinzuaddierten Zeitraums völlig beliebig ist und der Anbieter der Software kaum den Zeitpunkt mit Sicherheit feststellen können wird, in dem die Software „im Wesentlichen" beim Letztkäufer installiert worden ist. Auch die Identifizierung des Letztkäufers dürfte nicht immer ohne Weiteres gelingen. Sie mag vom Softwarehersteller leicht durchzuführen sein in Fällen, in denen die Software nur direkt vertrieben wird. Schwieriger dürfte die Feststellung jedoch dann sein, wenn die Software durch Händler vertrieben wird.

Es fragt sich schließlich, worin überhaupt der Sinn in der Heranziehung des Lebenszyklus liegt, wenn man schließlich doch noch fünf Jahre hinzuaddieren muss, um allen Käufern der Software gerecht werden zu können.[707]

---

[702] Kritisch zu diesem Begriff auch *Koch*, Computer-Vertragsrecht, S. 548; *ders.*, IT-Projektrecht, Rn. 244; *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530.

[703] *Schneider*, EDV-Recht, Teil M, Rn. 757; *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 285; *Kaufmann*, CR 2005, 841, 843; wohl auch *Bartsch*, NJW 2002, 1526, 1530.

[704] Vgl. *Kaufmann*, CR 2005, 841, 843.

[705] *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 285.

[706] Siehe dazu oben, S. 47.

[707] Aus diesem Grund zweifeln an der Tauglichkeit des Lebenszyklus zur Bestimmung der Mindestpflegedauer *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 285.

Andererseits darf das Problem der Benachteiligung des Letzterwerbers auch nicht überbewertet werden. Der Käufer von Software wird nicht erwarten, dass diese auf unbegrenzte Zeit funktionieren wird. Je länger eine bestimmte Software am Markt erhältlich ist, desto mehr wird sich der Erwerber darauf einstellen, dass sie zeitnah durch ein neues Produkt ersetzt und möglicherweise Funktionen verlieren wird. Würde man versuchen, auch dem Letztkäufer einer Software bzw. eines digitalen Spiels die gleiche Pflege- bzw. Supportdauer zukommen zu lassen, würde sich die entsprechende Pflicht zur Pflege bzw. zum Support der Online-Komponenten auf einen unüberschaubaren Zeitraum erstrecken – und das insbesondere dann, wenn man das Lebenszykluskonzept der Literatur zugrunde legt, nach dem der Lebenszyklus erst endet, wenn die Software *allgemein* nicht mehr auf dem Markt erhältlich ist.

Sowohl der Erwerber der Software als auch der Supportverpflichtete haben ein Bedürfnis danach, möglichst genau zu wissen, wie lange der Support für das jeweilige Programm bzw. digitale Spiel erbracht werden muss. Nur wenn über diesen Punkt Klarheit herrscht, ist der Spieler bereit, das Spiel zu erwerben, und der Supportverpflichtete in der Lage, seine Unternehmensabläufe und Planungen darauf auszurichten. Und nur in einem solchen Fall kann der Erwerber des Spiels auch feststellen, ob der Ausschlusszeitraum, während dessen die Kündigung dem Supportverpflichteten versagt ist, bereits abgelaufen ist oder noch andauert.

Die Literaturstimmen, die sich für eine Heranziehung des Lebenszyklus zur Herleitung der Mindestpflegedauer aussprechen, führen in diesem Zusammenhang zum Teil durchschnittliche Lebenszykluslaufzeiten an. So belaufe sich der Lebenszyklus von allgemeiner Anwendersoftware in der Regel auf fünf bis sieben Jahre.[708] Konkret für die „Vorhaltung" der Online-Komponente eines digitalen Spiels vertreten darüber hinaus *Oehler/von Ribbeck*, dass auch diese sich – bei fehlender Vereinbarung hierüber – nach dem Lebenszyklus des Spiels richten könne, welcher sich auf einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren, maximal aber fünf Jahren belaufe.[709]

Es ist allerdings unklar, ob es sich bei diesen Zahlen lediglich um Schätzungen oder um belegte durchschnittliche Lebenszykluslaufzeiten von Software handelt. Insgesamt ist kein belastbares Zahlenmaterial ersichtlich, anhand dessen ein Mittelwert für den Lebenszyklus von digitalen Spielen im Allgemeinen ermittelt werden kann. Es lassen sich nur allgemeine Aussagen zur Zykluszeitspanne finden, nach denen man bei digitalen Spielen grundsätzlich von einem „kurze[n] Produktlebenszyklus"[710] ausgehen müsse.

Die Bestimmung der Dauer des Softwarelebenszyklus stellt damit ein erhebliches Problem dar. Während der Beginn des Lebenszyklus mit der Markteinführung der Software zwar noch relativ einfach zu bestimmen sein mag, ist die Feststellung des Endes desselben mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Wenn man die Ansicht

---

[708] Bis zu sieben Jahre: *Jaeger*, CR 1999, 209, 211; fünf Jahre: *Schug/Rockstroh*, in Weise/Krauß, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Teil 9.1.4, Software-Pflegevertrag, Rn. 15; weniger als fünf Jahre: *Merveldt*, CR 2006, 721, 726.

[709] *Oehler/von Ribbeck*, in Duisberg/Picot, Recht der Computer- und Videospiele, Kap. 6, Rn. 8.

[710] *Wirtz*, Internetmanagement, S. 722; vgl. *Tschang*, Organization Science 2007, 989, 990; vgl. auch allgemein mit Bezug auf „Consumer Electronics" *Rennhak/Opresnik*, Marketing, S. 72.

der Rechtsprechung zugrunde legt, nach welcher der Softwarelebenszyklus bereits endet, wenn der konkrete Verkäufer oder Anbieter die Software nicht mehr am Markt anbietet, stellt sich die Frage, wer genau dieser „Verkäufer" oder „Anbieter" der Software ist. Wird die Software dementsprechend nicht mehr „am Markt angeboten", wenn bspw. nur ein bestimmtes Geschäft einer Ladenkette, in dem die Software gekauft wurde, das Produkt nicht mehr verkauft, oder ist es vielmehr erforderlich, dass die gesamte Ladenkette das Angebot eingestellt hat? Noch schwieriger wird es, wenn man das Begriffsverständnis der Literatur zugrunde legt, nach dem der Softwarelebenszyklus erst endet, wenn die Software *allgemein* nicht mehr am Markt erhältlich ist. Es dürfte illusorisch sein, anzunehmen, dies in der Mehrzahl der Fälle mit Sicherheit feststellen, geschweige denn ein konkretes Datum benennen zu können, an dem dieser Fall für eine bestimmte Software eingetreten ist.

Hinzu kommt, dass die ex ante-Bestimmung der Lebensdauer einer konkreten Software äußerst schwierig zu beurteilen sein wird, da ihr Zyklusverlauf kaum sicher vorhergesagt werden kann. So wird in der Betriebswirtschaftslehre mit Blick auf den Produktlebenszyklus – wie bereits oben erläutert – die Ansicht vertreten, dass der Lebenszyklus eines Produktes von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren beeinflusst wird.

Einerseits bestimmt der Hersteller des Produktes seinen Lebenszyklus maßgeblich mit, da er in jeder Zyklusphase Einfluss auf die weitere Produktentwicklung am Markt nehmen kann.[711] Entsprechend ist es möglich, dass ein Softwarehersteller das Produkt – gerade wenn es nicht den gewünschten Erfolg hat – vorzeitig vom Markt nimmt und den Verkauf damit vergleichsweise früh beendet. Darüber hinaus unterliegt der Produktlebenszyklus auch unterschiedlichen Einflüssen von außen wie der allgemeinen Konjunktur oder den Maßnahmen von Wettbewerbern.[712] Die Zyklusdauer von Produkten ist damit „sehr heterogen", sodass es einerseits Produkte mit sehr langen, andererseits aber auch mit äußerst kurzen Lebenszyklen geben kann.[713]

Da die Zeitspanne des Lebenszyklus einer konkreten Software kaum sicher vorhergesagt werden kann, wäre mit der Zugrundelegung des Lebenszyklus zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums nichts gewonnen. Denn der Erwerber der Software müsste trotz des an sich für die Dauer des Lebenszyklus ausgeschlossenen Kündigungsrechts dennoch jederzeit mit dem Ende des Produktvertriebs – und damit mit dem Pflege- bzw. Supportende – rechnen. Er hat weder die Möglichkeit, in die Marktentwicklung des Computerprogramms Einsicht zu nehmen noch sie in irgendeiner Weise zu beeinflussen. Und selbst der Hersteller der Software kann nur in begrenztem Maße die Marktentwicklung seine Produktes kontrollieren.

Die Untersuchung der Leistungsfähigkeit des Lebenszykluskonzeptes ergibt somit, dass sich die Heranziehung des Softwarelebenszyklus für die Bestimmung ihrer Mindestpflegedauer bzw. des Ausschlusszeitraums grundsätzlich nicht eignet. Der Lebenszyklus ist im Voraus nur sehr schwer vorhersagbar, weil er von einer Vielzahl unternehmensinterner und externer Faktoren abhängt. Darüber hinaus gibt es – soweit

---

711 Siehe dazu oben, S. 125.

712 *Rennhak/Opresnik*, Marketing, S. 72.

713 Ebd.

ersichtlich – kein belastbares Zahlenmaterial, das statistische Aussagen über die Dauern von Lebenszyklen enthält.

Hinzu kommt, dass das Ende des Lebenszyklus nur sehr schwer zu bestimmen sein dürfte. Sowohl die Ansicht der Rechtsprechung als auch die der Literatur führen dabei nicht weiter.

Insgesamt ist damit das Lebenszykluskonzept für die Bestimmung sowohl der Mindestpflegedauer als auch des Ausschlusszeitraums nicht leistungsfähig.

2. Die Nutzungsdauer digitaler Spiele

Als ein weiterer Ansatz für die Festlegung des Ausschlusszeitraums kommt die Nutzungsdauer digitaler Spiele in Betracht. Im Allgemeinen gibt die Nutzungsdauer an, wie lange ein Gegenstand durch seinen Anwender genutzt wird.[714] Die Nutzungsdauer unterscheidet sich also vom soeben beschriebenen Lebenszyklus-Konzept dadurch, dass sie nicht auf die Vertriebsdauer, sondern auf den Zeitraum, während dessen ein Verwender einen Gegenstand nutzt, abstellt.

Die Nutzungsdauer von Gegenständen ist für verschiedene zivilrechtliche Fragen von Relevanz. Im Folgenden soll näher untersucht werden, wie in den einzelnen Bereichen des Zivilrechts die Nutzungsdauer von Gegenständen ermittelt wird.

a) Die lineare Teilwertabschreibung

Die Nutzungsdauer von Gegenständen spielt zunächst bei der Berechnung des Wertersatzes von Nutzungen eine Rolle, die gem. § 346 Abs. 1 BGB a. E. herauszugeben sind.

Nach der Legaldefinition des § 100 BGB gehören zu den Nutzungen „die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt“. Bei den Gebrauchsvorteilen handelt es sich um nichtgegenständliche Nutzungen mit der Folge, dass anstelle der Herausgabe nur ihr Wertersatz möglich ist.[715]

Die h. M. berechnet den Wertersatz für die gezogenen Gebrauchsvorteile beweglicher Sachen im Wege der sogenannten linearen Teilwertabschreibung.[716] Hierbei wird

---

[714] *Prakash/Dehoust/Gsell/Schleicher/Stamminger*, Einfluss der Nutzungsdauer von Produkten auf ihre Umwelteinwirkung: Schaffung einer Informationsgrundlage und Entwicklung von Strategien gegen „Obsoleszenz“-Studie im Auftrag des Bundesumweltamtes (2016), S. 65, abrufbar unter https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/texte_11_2016_einfluss_der_nutzungsdauer_von_produkten_obsoleszenz.pdf; so auch *Kaufmann*, CR 2005, 841, 844.

[715] Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 251 mwN.

[716] BGH, NJW-RR 1995, 364, 365; NJW 1996, 250, 252; OLG Düsseldorf, NJW 2002, 614, 615; Palandt/*Grüneberg*, § 346 BGB, Rn. 10; Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 259; Soergel/*Lobinger*, § 346 BGB, Rn. 52; BeckOK BGB/*Schmidt*, § 346 BGB, Rn. 47; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, Rn. 247; *Thunhart*, Nutzungsvergütung, S. 35 ff.; *Reinking/Eggert*, Autokauf, Rn. 1162; *Eckert/Maifeld/Matthiesen*, Kaufrecht, Rn. 741.

der Kaufpreis der Kaufsache durch die voraussichtliche Gesamtnutzungsdauer dividiert und mit der tatsächlichen Nutzungsdauer beim Rückgewährschuldner multipliziert. Während der Kaufpreis sowie die tatsächliche Nutzungsdauer des Rückgewährschuldners grundsätzlich ohne Weiteres klar sind, ermittelt die Rechtsprechung die Gesamtnutzungsdauer der Kaufgegenstände durch Schätzung.

Die Gesamtnutzungsdauer ist dabei von Produkt zu Produkt unterschiedlich. So wurde beispielsweise für EDV-Anlagen eine Gesamtnutzungsdauer von 5 Jahren angenommen[717], für Laptops 6 Jahre[718] und für einen HGB-Kommentar 15 Jahre[719]. Die Schätzung der Gesamtnutzungsdauer ein- und derselben Produktkategorie kann dabei zwischen verschiedenen Gerichten abweichen, was am Beispiel von Einbauküchen deutlich wird.[720] So geht das OLG Koblenz bei dieser Produktkategorie von einer Gesamtnutzungsdauer von nur 14 Jahren aus[721], während das OLG Braunschweig diesen Zeitraum auf 20 Jahre schätzt[722].

Auffällig ist dabei, dass die Gerichte nur selten die Grundlage ihrer Schätzung offenlegen, sodass fast immer unklar bleibt, warum dieser oder jener konkrete Zeitraum als Gesamtnutzungsdauer eines Kaufgegenstandes angenommen wurde. Nur ausnahmsweise erfolgen nähere Ausführungen hierzu oder es wird ausdrücklich auf ein Sachverständigengutachten verwiesen. Das AG Hildesheim hat beispielsweise zur Berechnung der Gesamtnutzungsdauer eines Laptops argumentiert, dass sich seine Gesamtnutzungsdauer auf 6 Jahre beläuft und damit der Zeit entspricht, in welcher das Laptop ohne erhebliche Reparaturen seinem Zweck entsprechend eingesetzt werden kann.[723] Zwar würden Computer im Allgemeinen wesentlich länger verwendet, jedoch seien Laptops transportabel und infolgedessen höheren Beanspruchungen ausgesetzt als Desktop-Rechner.[724]

Auch in der Literatur lassen sich nur wenige Anhaltspunkte zur Berechnung der Gesamtnutzungsdauer finden. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Gesamtnutzungsdauer nicht immer mit der Lebensdauer des Produktes gleichzusetzen sei.[725] Bestimmte Produkte wie z. B. Textilien werden nämlich üblicherweise nicht bis zu ihrer völligen Abnutzung gebraucht, sondern schon viel früher gegen neuere Artikel eingetauscht.[726] Deren übliche Gesamtnutzungsdauer kann somit weitaus kürzer ausfallen

---

717 OLG Koblenz, NJW-RR 1992, 688, 690; OLG München, CR 1989, 288, 289.

718 AG Hildesheim, BeckRS 2008, 12083.

719 AG Köln, NJW 2004, 3342, 3344.

720 Dazu Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 259.

721 OLG Koblenz, NJW-RR 1992, 760, 761.

722 OLG Braunschweig, Urt. v. 03.05.1996, Az. 5 U 2/96 – zit. nach juris, Rn. 14.

723 AG Hildesheim, BeckRS 2008, 12083.

724 Ebd.

725 juris PK/*Faust*, § 346 BGB, Rn. 110; Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 259; Soergel/*Lobinger*, § 346 BGB, Rn. 54.

726 Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 259.

als ihre tatsächliche Lebensdauer. Weitere Kriterien zur Bestimmung der Gesamtnutzungsdauer sind nicht ersichtlich.

Insgesamt bleibt damit unklar, wie die Gesamtnutzungsdauer des Gegenstandes, für dessen Nutzung Wertersatz zu leisten ist, konkret zu bestimmen ist. Die Beispiele aus der Rechtsprechung und der Literatur haben darüber hinaus gezeigt, dass sich die Länge der Gesamtnutzungsdauer kaum – noch nicht einmal für ein- und dieselbe Produktkategorie – verallgemeinern lässt, sondern in hohem Maße vom Einzelfall abhängt.

b) Die Pflicht zur Lieferung von Ersatzteilen

Die Mehrzahl der Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, welche sich für eine nachvertragliche Pflicht des Herstellers bzw. Verkäufers langlebiger Kaufsachen zur Ersatzteillieferung ausspricht[727], zieht zur zeitlichen Begrenzung dieser Pflicht die gewöhnliche Nutzungsdauer von Kaufsachen heran[728].

Zur zeitlichen Konkretisierung der gewöhnlichen Nutzungsdauer stellen einzelne Vertreter dieser Ansicht auf die sog. „Absetzung für Abnutzung"-Tabellen („AfA-Tabellen") des Bundesfinanzministeriums ab.[729] Die AfA-Tabellen stellen ein Hilfsmittel dar, welches die Schätzung der Nutzungsdauer betrieblicher Wirtschaftsgüter ermöglicht, um ihre steuerliche Abschreibungsdauer gemäß § 7 Abs. 1 EStG ermitteln zu können.[730] Die AfA-Tabellen sind jedoch nicht rechtsverbindlich.[731] Nach den AfA-Tabellen ergibt sich z. B. für betrieblich genutzte Personalcomputer und Notebooks eine Nutzungsdauer von drei Jahren.[732]

Zum Teil wird jedoch die Heranziehung der AfA-Tabellen zur Bestimmung der gewöhnlichen Nutzungsdauer abgelehnt.[733] Begründet wird dies damit, dass die in den AfA-Tabellen ausgewiesene Nutzungsdauer nicht mit der tatsächlichen Nutzungsdauer der erworbenen Güter übereinstimme. In der Regel sei diese nämlich länger als

---

727 Siehe dazu oben, S. 50.

728 AG München, NJW 1970, 1852, 1852; Palandt/*Grüneberg*, § 242 BGB, Rn. 29; Staudinger/*Beckmann*, § 433 BGB, Rn. 165; *Finger*, NJW 1970, 2049, 2050; *Rodig*, BB 1971, 854, 855; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1529; differenzierend *Ullrich/Ulbrich*, BB 1995, 371, 372; a. A. *Graue*, Mangelfreie Lieferung, S. 388.

729 So *Rodig*, BB 1971, 854, 855; zurückhaltend *Ramm*, Fortwirkung, S. 72.

730 Die AfA-Tabellen sind online abrufbar unter *Bundesministerium der Finanzen*, AfA-Tabellen (2017), abrufbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/afa-tabellen.html.

731 Lippross/Seibel/*Grote*, § 7 EStG, Rn. 212.

732 *Bundesministerium der Finanzen*, AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter (AfA-Tabelle „AV") (2000), Ziff. 6.14.3.2, abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Weitere_Steuerthemen/Betriebspruefung/AfA-Tabellen/Ergaenzende-AfA-Tabellen/AfA-Tabelle_AV.html.

733 *Kühne*, BB 1986, 1527, 1529; *Finger*, NJW 1970, 2049, 2050.

die in den Tabellen angegebene Nutzungsdauer.[734] Außerdem sei aufgrund der Vielfalt der Produkte auch keine Angabe einer generellen, fest umrissenen Zeitspanne für die Bevorratung von Ersatzteilen möglich.[735]

Ein Vorteil der AfA-Tabellen liegt allerdings darin, dass sie für eine Vielzahl unterschiedlicher Güter eine konkrete Nutzungsdauer festlegen, an der sich sowohl Hersteller als auch Erwerber solcher Güter orientieren können. Damit bieten die AfA-Tabellen etwas, was ansonsten bei der Festlegung der Nutzungsdauer einzelner Güter fehlt: allgemeingültige und eindeutige Zeitangaben.

Freilich können derart konkrete und starre Nutzungsdauern wie in den AfA-Tabellen nicht jedem Einzelfall gerecht werden.[736] So kann sich aus vertraglichen Vereinbarungen ein bestimmter Verwendungszweck einer Sache ergeben, der wiederum Einfluss auf ihre Gesamtnutzungsdauer haben kann.[737] Darüber hinaus decken selbst die recht ausführlichen AfA-Tabellen nicht alle Güter ab. So findet sich beispielsweise keine Nutzungsdauer für Software[738] und damit erst recht keine für digitale Spiele. Letzteres ist auch nicht weiter verwunderlich, da die AfA-Tabellen Nutzungsdauern nur für *betriebliche* Wirtschaftsgüter auflisten und nicht für Güter, die zu privaten Zwecken genutzt werden sollen.[739]

Über die AfA-Tabellen hinaus bleiben sowohl Literatur als auch Rechtsprechung alternative Kriterien schuldig, mithilfe derer die Nutzungsdauer bestimmt werden könnte. Es wird entweder nur allgemein auf den Begriff der gewöhnlichen Nutzungsdauer ohne weitere Erläuterung abgestellt[740] oder pauschal von einer regelmäßigen Nutzungsdauer von über 5 Jahren ausgegangen[741].

Insgesamt wird damit ersichtlich, dass der Begriff der Nutzungsdauer innerhalb des Konzepts der nachvertraglichen Ersatzteillieferungspflicht weitgehend vage bleibt. Versuche, die übliche Nutzungsdauer mithilfe der AfA-Tabellen zu bestimmen, schlagen fehl, da Nutzungsdauern für diese Produkte in den AfA-Tabellen nicht enthalten sind. Ein Vergleich mit anderen in den AfA-Tabellen aufgelisteten Produkten ist nicht sinnvoll, da die AfA-Tabellen nur *betriebliche* Nutzungsdauern verschiedener Güter enthalten.

---

734 *Kühne*, BB 1986, 1527, 1529.

735 *Ullrich/Ulbrich*, BB 1995, 371, 372; *Kühne*, BB 1986, 1527, 1529.

736 *Ullrich/Ulbrich*, BB 1995, 371, 372.

737 Staudinger/*Kaiser*, § 346 BGB, Rn. 260; *Tillkorn*, Nutzungsersatz, S. 46.

738 *Gennen*, in von Westphalen, Der Leasingvertrag, P. IT-Leasing, Rn. 67; *Schneider*, EDV-Recht, Teil F, Rn. 34, dort Fn. 2.

739 So knüpft auch § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG an die Nutzung der Wirtschaftsgüter zum Zwecke der Erzielung von Einkünften an, vgl. Blümich/*Brandis*, § 7 EStG, Rn. 100.

740 AG München, NJW 1970, 1852, 1853; *Finger*, NJW 1970, 2049, 2050.

741 *Kühne*, BB 1986, 1527, 1529.

c) Softwarepflege und virtuelle Gegenstände

In der Literatur wird die Nutzungsdauer schließlich als Maßstab für die Mindestdauer der Softwarepflege bzw. der Dauer der Aufrechterhaltung der Nutzungsmöglichkeit von virtuellen Gegenständen herangezogen.

Mit Blick auf die Softwarepflege meint ein Teil der Literatur, dass die Nutzungsdauer der Software als Maßstab zur Bestimmung der Pflegedauer dem Lebenszyklus der Software vorzuziehen sei.[742] Dadurch könne den Erwartungen des Nutzers der Software besser Rechnung getragen werden.[743] Zugleich wird aber eingeräumt, dass die Nutzungsdauer nicht allgemein bestimmt werden könne und je nach Art der Software[744], aber auch nach der Art und Weise, wie der Anwender die Software nutzen möchte[745], abweichen kann.

Kannowski/Till sprechen sich des Weiteren dafür aus, die Nutzungsdauer virtueller Gegenstände als Maßstab für die Dauer der Gewährung ihrer Nutzungsmöglichkeit heranzuziehen.[746] Abzustellen sei dabei auf die durchschnittliche Person aus dem Verkehrskreis der Nutzer solch virtueller Gegenstände.[747]

d) Leistungsfähigkeit des Konzepts der Nutzungsdauer

Ein Vorteil der Nutzungsdauer von Produkten ist, dass sie zumindest in der Theorie eine weitgehend individualisierte Bestimmung des Ausschlusszeitraums ermöglichen kann. Sie stellt schließlich nicht wie der Softwarelebenszyklus vom Einzelfall losgelöst auf einen weitgehend vom Softwarehersteller zu bestimmenden Zeitraum ab. Die Nutzungsdauer hat vielmehr eine spezifische Software und einen konkreten oder zumindest durchschnittlichen Anwender dieser Software im Blick.

Wenngleich der Fokus der Nutzungsdauer von Software im Vergleich zum Softwarelebenszyklus ein anderer ist, so ist doch genauso wie beim Softwarelebenszyklus die Bestimmung der Dauer der Zeitspanne mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Es mangelt zum einen an klaren Kriterien, die zur Berechnung der Nutzungsdauer herangezogen werden können. Wie bereits festgestellt, eignen sich die AfA-Tabellen nicht zur Festlegung der Nutzungsdauer digitaler Spiele.

Darüber hinaus gibt es – soweit ersichtlich – keine Statistiken oder Daten, die untersuchen, wie lange Software oder digitale Spiele genutzt werden. Damit mangelt es auch an Zahlenmaterial, welches man der Bestimmung der Nutzungsdauer digitaler Spiele zugrunde legen könnte. Zwar gibt es Angaben über die Nutzung digitaler Spiele

---

742 *Kaufmann*, CR 2005, 841, 844; *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 286; vgl. *Bartsch*, CR 1998, 193, 193.

743 *Kaufmann*, CR 2005, 841, 844.

744 *Schuster/Hunzinger*, CR 2015, 277, 286.

745 Vgl. *Kaufmann*, CR 2005, 841, 844; *Spindler*, NJW 1999, 3737, 3739.

746 *Kannowski/Till*, NJOZ 2017, 522, 525.

747 Ebd.

innerhalb eines festgelegten Zeitraums durch konkrete Personengruppen wie z. B. Kindern.[748] Jedoch sind diese Untersuchungen eben nur personen-, aber nicht produktbezogen. Den verfügbaren Statistiken und Daten kann also keine Antwort auf die Frage entnommen werden, wie lange letztlich ein konkretes Produkt genutzt wird.

Die schwere Berechenbarkeit der Nutzungsdauer führt in der Konsequenz zu Einbußen bei der Rechtssicherheit. Wenn die Nutzungsdauer nur schwer bestimmt und vorhergesagt werden kann, haben sowohl der Anwender des digitalen Spiels als auch der Supportverpflichtete kaum Anhaltspunkte, an denen sie sich zur Feststellung der Dauer des Ausschlusszeitraums orientieren können.

Hinzu kommt, dass die Berechnung des Ausschlusszeitraums mithilfe der Nutzungsdauer zu einer nahezu unbeschränkten Perpetuierung der Pflichten des Supporterbringers führen würde. Schließlich würde die Nutzungsdauer mit jedem Neukauf des Spiels von Neuem zu laufen beginnen, selbst dann, wenn der Publisher des Spiels den Vertrieb desselben längst eingestellt hat, das Spiel aber noch im Handel erworben werden kann.

Damit ist das Konzept der Nutzungsdauer nur in sehr eingeschränktem Maße für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums leistungsfähig.

3. Durchschnittliche Supportdauer

Als ein weiteres Kriterium zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums kommt die durchschnittliche Dauer des Supports der Online-Komponenten in Betracht. Zur Ermittlung dieses Durchschnittswerts bietet es sich an, den Zeitraum zwischen der Erstveröffentlichung von digitalen Spielen und dem Datum der Beendigung des Supports ihrer Online-Komponenten heranzuziehen.

Im Rahmen einer Gegenüberstellung von Veröffentlichungs- und Supportbeendigungsdaten von etwa 563 Spieletiteln, deren Online-Komponenten ab dem Jahre 2014 keinen Support mehr erhielten, wurde festgestellt, dass die durchschnittliche Supportdauer dieser Spiele 5,5 Jahre betrug. Zu den betrachteten 563 Spieletiteln gehörten digitale Spiele ganz verschiedener Art, wie z. B. Inklusivspiele, Konsolenspiele, aber auch Free-to-Play-Spiele. Abgesehen von den im ersten Kapitel bereits dargestellten Extremfällen, bei denen die Supportdauer entweder sehr lang oder sehr kurz ausfiel[749], erhielten Spiele, die auf dem PC bzw. Mac gespielt werden konnten, im Durchschnitt eine Supportdauer von 7,5 Jahren.

Im Unterschied dazu wurde für die Online-Komponenten von Spielen, die auf mobilen Endgeräten mit den Betriebssystemen Android bzw. iOS nutzbar waren, durchschnittlich 2,6 Jahre Support erbracht.

---

[748] Siehe dafür z. B. *game – Verband der deutschen Games-Branche*, Nutzer digitaler Spiele in Deutschland 2015 und 2016 (2017), abrufbar unter https://www.game.de/marktdaten/nutzer-digitaler-spiele-in-deutschland-2015-und-2016/; *Lorber*, JIM Studie: Digitale Spiele wichtiger Teil im Medienmix Jugendlicher (2015), abrufbar unter https://spielkultur.ea.de/themen/forschung-und-wissenschaft/jim-studie-digitale-spiele-wichtiger-teil-im-medienmix-jugendlicher/.

[749] Siehe dazu insgesamt die Einleitung.

Digitale Spiele, die auf Konsolen gespielt werden konnten, erhielten einen Online-Support für die Dauer von 5,5 Jahren und lagen damit etwa im Gesamtdurchschnitt.[750]

Anhand dieser Zahlen wird ersichtlich, dass es bei der Supportdauer plattformabhängige Unterschiede gibt. Während PC-Spiele, zu denen insbesondere Inklusivspiele gehören dürften, tendenziell einen längeren Support erhalten, endet dieser für die Online-Komponenten von Smartphone-Spielen, zu denen vor allem auch Free-to-Play-Spiele zu zählen sind, relativ zeitig.

Es fällt auf, dass die durchschnittliche Supportdauer nicht auf das konkrete Schuldverhältnis zwischen dem Erwerber der Software und dem Supportverpflichteten abstellt. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum Kriterium der durchschnittlichen Nutzungsdauer. Damit weist die durchschnittliche Supportdauer Ähnlichkeiten mit dem Softwarelebenszyklus auf. Bei näherer Betrachtung der durchschnittlichen Supportdauer werden jedoch gewichtige Unterschiede im Vergleich zum Softwarelebenszyklus ersichtlich.

So liegt ein Vorteil der durchschnittlichen Supportdauer darin, dass sie im Gegensatz zum Lebenszyklus oder zur Nutzungsdauer nicht auf das digitale Spiel als Ganzes, sondern allein auf die Online-Komponenten abstellt. Damit stellt dieses Kriterium eine zeitliche Bezugsgröße unmittelbar für den Support der Online-Komponenten zur Verfügung und muss eine solche nicht erst von einem anderen Sachverhalt – wie dem Lebenszyklus oder der Nutzungsdauer digitaler Spiele – ableiten.

Hinzu kommt, dass die durchschnittliche Supportdauer die Marktgegebenheiten widerspiegelt und flexibel zwischen verschiedenen Arten digitaler Spiele und ihren Plattformen unterscheiden kann.

Im Gegensatz zum Softwarelebenszyklus und zur Nutzungsdauer kann die durchschnittliche Supportdauer außerdem vergleichsweise einfach ermittelt werden. Notwendig hierfür ist allein die Kenntnis von den Erstveröffentlichungs- und den Supportbeendigungsdaten der Spiele. Dadurch stellt es an und für sich auch kein Problem dar, dass es auch zur durchschnittlichen Supportdauer – soweit ersichtlich – keine statistischen Erhebungen gibt, an denen man sich orientieren kann. Zu beachten ist allerdings, dass es über die Beendigung des Supports für spezifische virtuelle Gegenstände in der Regel keine Informationen seitens des Supportverpflichteten gibt.

Schließlich ist dieses Kriterium entwicklungsoffen. Das bedeutet, dass der aus einem Vergleich zwischen Veröffentlichungs- und Supportbeendigungsdaten ermittelte Durchschnittswert nicht unabänderlich ist, sondern sich entsprechend der Marktentwicklung auch verändert.

Anhand dieser Veränderlichkeit wird allerdings auch ein Nachteil der durchschnittlichen Supportdauer deutlich. Auch wenn sie für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums herangezogen wird, ist es letztlich allein der Supportverpflichtete, der auf die eigentliche Länge der Supportdauer Einfluss hat. Aufgrund der Vielzahl von Publishern werden jedoch einzelne Ausreißer nach oben (lange Supportdauer) oder nach unten (kurze Supportdauer) keinen größeren Einfluss auf den Durchschnitt der Supportdauer haben.

---

[750] Diese Tatsache dürfte darauf zurückzuführen sein, dass ein Großteil der Spieletitel, die im Jahr 2014 den Support für ihre Online-Komponenten verloren hatten, auf Konsolen gespielt werden konnten.

Zwar besteht eine nicht völlig von der Hand zu weisende Gefahr eines „race to the bottom“ zwischen den verschiedenen Publishern. Allerdings ist dabei zu beachten, dass Nutzer digitaler Spiele äußerst kritische Verbraucher darstellen und ihren Unmut über ihrer Ansicht nach zu kurze Supportdauern im Internet, bspw. in Foren, kundtun. Dadurch kann das Ansehen des Publishers innerhalb der Spielergemeinschaft sinken, was wiederum zu negativen Verkaufszahlen führen kann. Um dem vorzubeugen, werden Publisher eher danach streben, den Support für längere Zeiträume zu erbringen, als sich gegenseitig mit immer kürzeren Supportzeiträumen zu unterbieten.

Insgesamt zeigt sich, dass dieses Kriterium durchaus leistungsfähig ist, um als Maßstab für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums zu dienen. Für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums mit Blick auf den Support der für die Nutzungsmöglichkeit virtueller Gegenstände erforderlichen Online-Komponenten ist dieses Kriterium allerdings weniger geeignet, da es hierüber – soweit ersichtlich – kein belastbares Datenmaterial gibt.

4. Die Dauer von Konsolengenerationen

Ein weiteres Kriterium zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums könnte das Konzept der Konsolengeneration darstellen. Zum Zwecke der historisch-technologischen Einordnung von Spielekonsolen wird in der Fachliteratur und -presse sehr oft der Begriff der „Konsolengeneration“ verwendet.

Es besteht zunächst Einigkeit darüber, dass es bis zum Jahr 2017 (mindestens) 8 Konsolengenerationen gegeben hat[751], gerechnet ab Beginn der 1970er-Jahre, als mit der *Odyssey* die erste Spielekonsole für den Heimgebrauch auf den Markt kam[752]. Äußerst unklar und umstritten ist jedoch, wodurch genau sich eine Konsolengeneration auszeichnet und von anderen Konsolengenerationen unterscheidet.

Es wird zum Teil vertreten, dass sich die Konsolen einer Generation durch ihren technologischen Fortschritt gegenüber ihren Vorgängern abheben.[753] Beispielhaft kann hierfür die fünfte Konsolengeneration angeführt werden, die es Spielern erstmals ermöglichte, Spiele mit komplexerer 3D-Grafik zu spielen.[754] Darüber hinaus werden

---

751 *Wirtz*, Internetmanagement, S. 730; *Pelka*, Geschichte der Computerspiele (2014), abrufbar unter http://wiki.computerspielschule.net/index.php/Geschichte_der_Computerspiele#F.C3.BCnfte_Konsolengeneration; *Parijat*, Why The PS4 and Xbox One Console Generation Has Brought Nothing New To Game Design (2016), abrufbar unter http://gamingbolt.com/why-the-ps4-and-xbox-one-console-generation-has-brought-nothing-new-to-game-design; Panello, Albert, zitiert in *Kamen*, Console generations could soon be a thing of the past, says Xbox's hardware chief (2017), abrufbar unter http://www.wired.co.uk/article/albert-penello-xbox-one-x-interview-microsoft-e3-2017.

752 Vgl. *Cassidy/McEniry*, Library Hi Tech News 2014, 17, 17.

753 Vgl. *Wirtz*, Internetmanagement, S. 662; krit. zu diesem Punkt *Prinke*, How are video game console generations defined? Who defines them? (2017), abrufbar unter https://www.quora.com/How-are-video-game-console-generations-defined-Who-defines-them.

754 *Pelka*, Geschichte der Computerspiele (2014), abrufbar unter http://wiki.computerspielschule.net/index.php/Geschichte_der_Computerspiele#F.C3.BCnfte_Konsolengeneration.

vor allem die frühen Konsolengenerationen durch die Menge der pro Takt durch ihre Prozessoren zu verarbeitenden Bits unterschieden (z. B. „8-Bit-Konsolen“ oder „128-Bit-Konsolen“).[755]

Im Unterschied dazu wird auch vertreten, dass der Beginn einer neuen Konsolengeneration immer dann gegeben sei, wenn der Marktführer eine neue Konsole auf den Markt bringt.[756]

Ein Mitarbeiter von *Microsoft* wird außerdem mit der Aussage zitiert, dass verschiedene Konsolengenerationen mithilfe der Feststellung voneinander abgegrenzt werden können, ob ältere Konsolenspiele auch auf neueren Spielekonsolen ablaufen können.[757] Wenn also ältere Spiele nicht mehr auf neuen Konsolen funktionieren, stellen die neuen Konsolen in der Regel auch Vertreter einer neuen Konsolengeneration dar.

Bisher hatten Konsolengenerationen zwar eine relativ lange Dauer, wobei dabei von Zeiträumen von 5 bis 10 Jahren ausgegangen werden konnte.[758] Doch die als gesichert geltende Annahme von lang andauernden Konsolengenerationen ist in jüngerer Zeit ins Wanken geraten. Die drei großen Konsolenhersteller – *Sony*, *Microsoft* und *Nintendo* – hatten bereits in den Jahren 2016 und 2017 neue Spielekonsolen auf den Markt gebracht, wobei die 8. Konsolengeneration, deren Beginn in den Jahren 2012/2013 verortet wird[759], zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der neuen Konsolen kaum fünf Jahre alt gewesen ist. Diese Entwicklungen veranlassten auch mehrere Autoren zu der Vermutung, dass der bisherige in Generationen ablaufende Entwicklungsprozess von Konsolen ein Ende gefunden habe und zukünftig in weitaus kürzeren Abständen neue Konsolen veröffentlicht werden würden.[760]

Insgesamt wird damit ersichtlich, dass sich das Konzept der Konsolengeneration für eine nähere Bestimmung des Ausschlusszeitraums nicht eignet. So ist bereits unklar,

---

755 *Prinke*, How are video game console generations defined? Who defines them? (2017), abrufbar unter https://www.quora.com/How-are-video-game-console-generations-defined-Who-defines-them.

756 Ebd.

757 *Ybarra*, zitiert in *Thang*, The Traditional Console Life Cycle is Dying (2016), abrufbar unter https://www.gamespot.com/articles/the-traditional-console-life-cycle-is-dying/1100-6442192/.

758 Vgl. *Wirtz*, Internetmanagement, S. 662; *Thang*, The Traditional Console Life Cycle is Dying (2016), abrufbar unter https://www.gamespot.com/articles/the-traditional-console-life-cycle-is-dying/1100-6442192/; *Conditt*, Welcome to the final console generation as we know it (2016), abrufbar unter https://www.engadget.com/2016/09/08/console-generations-ps4-pro-xbox-scorpio/; bis zu 10 Jahre: *Gilbert*, The death of game consoles is upon us (2016), abrufbar unter http://www.businessinsider.com/video-game-console-makers-moving-away-from-the-console-release-cycle-2016-6?IR=T.

759 *Wirtz*, Internetmanagement, S. 730.

760 Vgl. *Sarkar*, Xbox Scorpio could eliminate console generations – and that's a good thing (2017), abrufbar unter https://www.polygon.com/2017/4/15/15272458/xbox-scorpio-pc-backward-compatibility-microsoft; *Thang*, The Traditional Console Life Cycle is Dying (2016), abrufbar unter https://www.gamespot.com/articles/the-traditional-console-life-cycle-is-dying/1100-6442192/; *Brustein*, New PlayStation Models Change the Lifecycle of Gaming Consoles (2016), abrufbar unter https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-07/new-playstation-models-change-the-lifecycle-of-gaming-consoles.

wie einzelne Konsolengenerationen voneinander abgegrenzt und unterschieden werden können.

Und selbst wenn es in der Vergangenheit so etwas wie Konsolengenerationen gegeben hat, legen neuere Entwicklungen in der Industrie den Schluss nahe, dass in Zukunft neue Konsolen in immer kürzeren Zeitabschnitten veröffentlicht werden. Diese beiden Aspekte erschweren eine genaue Feststellung der Dauer einer Konsolengeneration, weshalb dieses Konzept für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums nicht leistungsfähig ist.

5. Orientierung an Verjährungsfristen

Als ein weiteres Kriterium für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums kommen die gesetzlich geregelten Verjährungsfristen in Betracht.

Solmecke und *Vondrlik* diskutieren mit Blick auf käuflich zu erwerbende Produkte mit serverbasierten Zusatzdiensten die Möglichkeit, gesetzlich geregelte Verjährungsfristen zur Bemessung der Dauer des Serverbetriebs heranzuziehen.[761]

Hinsichtlich dieser serverbasierten Zusatzdienste sprechen sie sich für einen Kündigungsverzicht des „Verkäufers" während einer „angemessene[n] Dauer" aus.[762] Zur Bestimmung dieses angemessenen Zeitraums könne man sich dabei an der zweijährigen kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB orientieren.[763] Der Gesetzgeber scheine nämlich anzunehmen, dass der Käufer einer Sache in der Regel daran interessiert sei, die Kaufsache für mindestens zwei Jahre zu benutzen, weshalb auch der Serverbetrieb nicht vor Ablauf dieses Zeitraums beendet werden dürfe.[764]

Von dieser Prämisse scheint nunmehr auch die DI-RL auszugehen, welche in Erwägungsgrund 47 zur Bestimmung des Zeitraums, während dessen der Unternehmer Aktualisierungen des digitalen Inhalts bereitzustellen hat, den „Gewährleistungszeitraum für Vertragswidrigkeit" als Maßstab zur Bestimmung der Zeitdauer vorschlägt.

Dabei ist klarzustellen, dass dieses Kriterium nicht zur Bestimmung der Verjährung kaufrechtlicher oder dienstvertraglicher Ansprüche des Erwerbers des Spielclients herangezogen wird. Mithilfe der gesetzlich geregelten Verjährungsfristen soll vielmehr der Ausschlusszeitraum und damit die Mindestdauer des Supportvertrages bzw. der Supportpflicht ermittelt werden.

Für die Heranziehung von gesetzlich geregelten Verjährungsfristen zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums spricht, dass es sich bei ihnen um grundsätzlich leicht bestimmbare Zeiträume handelt. Sowohl die Länge der Verjährungsfristen als auch der Beginn ihres Laufs[765] können dem Gesetz entnommen werden. Aus diesem Grund schafft die Heranziehung gesetzlich geregelter Verjährungsfristen zur Bestimmung

---

761 *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755.

762 Ebd., 757.

763 Ebd.

764 Ebd.

765 Siehe z. B: § 199 BGB für die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 BGB oder § 438 Abs. 2 GB für die Verjährung kaufrechtlicher Mängelansprüche.

des Ausschlusszeitraums weitaus mehr Rechtssicherheit als alle bisher dargestellten Ansätze.

Hinzu kommt, dass die Verjährungsfristen auch von entscheidender Bedeutung für die Bestimmung der Gleichwertigkeit (Äquivalenz) von Leistung und Gegenleistung bei einem gegenseitigen Vertrag sind.[766] Dies hat in Rechtsprechung und Literatur bisher in besonderem Maße bei Gutscheinen und Telefonkarten eine Rolle gespielt, deren Gültigkeitsdauer oftmals durch ihre Aussteller in AGB begrenzt wird. Wenngleich die Aussteller solcher Gutscheine und Telefonkarten ein berechtigtes Interesse daran haben, die versprochenen Leistungen nicht ohne zeitliche Begrenzung erbringen zu müssen[767], hat die Rechtsprechung wiederholt zu kurze Gültigkeitsbefristungen für unwirksam erachtet.[768] So verstießen beispielsweise Verjährungsfristen, die nur für 12 oder 15 Monate liefen, gegen das gesetzliche Leitbild des § 195 BGB.[769] Die Werthaltigkeit der Leistung des Gutscheinerwerbers werde durch eine zu kurze zeitliche Begrenzung der Verjährungsfrist zu stark beeinträchtigt mit der Folge, dass das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung erheblich gestört sei.[770]

Damit streitet für die Heranziehung gesetzlich geregelter Verjährungsfristen auch die Vermutung, dass der durch sie festgelegte Verjährungszeitraum eine Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung herstellt.

Da es hier außerdem um die Konkretisierung des Ausschlusszeitraums mit Blick auf den Support von Inklusiv-, Konsolen- und Free-to-Play-Spielen geht, in denen virtuelle Gegenstände gekauft wurden, bietet sich – wie von *Solmecke/Vondrlik* für Produkte mit serverbasierten Zusatzdiensten vorgeschlagen – die Heranziehung der zweijährigen Gewährleistungsfrist für die kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsansprüche an, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Diese Frist ist einerseits ohnehin bereits auf kaufrechtliche Sachverhalte ausgelegt. Darüber hinaus lässt sich die Ablieferung der Sache gemäß § 438 Abs. 2 BGB und damit der Beginn dieser Verjährungsfrist verhältnismäßig einfach feststellen. Bei virtuellen Gegenständen tritt dabei an die Stelle der Ablieferung die äquivalente Verschaffung dieser Gegenstände, beispielsweise im Wege des Downloads.

6. Weitere Kriterien

Als weitere Kriterien zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums kommen der Kaufpreis des digitalen Spiels bzw. virtuellen Gegenstandes sowie die Funktionsfähigkeit des digitalen Spiels ohne seine Online-Komponenten in Betracht.[771]

---

766 Vgl. OLG München, NJW-RR 2008, 1233, 1234.

767 Vgl. *Knöfel*, AcP 2010, 654, 685.

768 Grundlegend dazu BGH, NJW 2001, 2635, 2637.

769 OLG München, NJW-RR 2008, 1233, 1234; LG Düsseldorf, CR 2007, 25, 26 f.; AG Wuppertal, NJOZ 2010, 502, 502 f.; siehe dazu auch *Knöfel*, WM 2017, 833, 838.

770 Vgl. statt vieler OLG München, NJW-RR 2008, 1233, 1234.

771 Vgl. zu diesen beiden Punkten *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 757.

Die Supportdauer muss äquivalent zum Preis sein.[772] Es erscheint daher gerechtfertigt, dass der Support der Online-Komponenten für höherpreisige Spiele bzw. virtuelle Gegenstände länger erbracht wird als für preisgünstigere Alternativen. Insofern kann eine Parallele zu Bierlieferungsverträgen gezogen werden, die zwischen Brauereien und Gastwirten abgeschlossen zu werden pflegen. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Bindung des Gastwirts umso länger dauern darf, je mehr Gegenleistungen dieser vom Brauereiunternehmen erhält.[773]

Der Erwerber eines teuren Spiels bzw. virtuellen Gegenstandes wird die Erwartung haben, dass er die Kaufsache samt ihren Online-Komponenten für einen angemessen langen Zeitraum nutzen kann. Nur aufgrund dieser Erwartung wird der Spieler bereit sein, den hohen Kaufpreis für das digitale Spiel bzw. den virtuellen Gegenstand zu zahlen. Entsprechend erscheint es umgekehrt gerechtfertigt, dass ein preisgünstiges Spiel bzw. ein entsprechend billiger virtueller Gegenstand nur eine kurze Supportdauer erfahren. Der Spieler wird hier in der Regel nicht davon ausgehen, dass kostengünstige digitale Spiele bzw. virtuelle Gegenstände auch einen längeren Support für ihre Online-Komponenten bekommen.

Von Relevanz für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums ist darüber hinaus die Frage, in welchem Umfang das digitale Spiel bzw. der virtuelle Gegenstand ohne den Support der Online-Komponenten genutzt werden kann. Online-Komponenten, welche auf die Nutzungsmöglichkeit des Spiels einen wesentlichen Einfluss haben, sollten länger Support erhalten als solche, nach deren Supportwegfall das Spiel immer noch zu einem nicht unerheblichen Teil genutzt werden kann.[774]

II. Auf einzelne Spielarten anwendbare Ansätze und Kriterien

Nachdem verschiedene mögliche Ansätze und Kriterien zur Bestimmung des Ausschlusszeitraums dargestellt und bewertet wurden, stellt sich nunmehr die Frage, wie der Ausschlusszeitraum bei den einzelnen Arten digitaler Spiele am besten bestimmt werden kann.

Es besteht eine große Anzahl an unterschiedlichen Arten digitaler Spiele. Ebenso unterschiedlich wie die Spiele selbst sind auch die Online-Komponenten, welche die Spiele bieten. Diese Tatsache sollte aber nicht dazu führen, dass der Ausschlusszeitraum in jedem Einzelfall für jedes digitale Spiel gesondert zu bestimmen ist. Ziel muss es nämlich sein, den Ausschlusszeitraum auf möglichst rechtssichere Art und Weise bestimmen zu können, damit alle Parteien wissen, wie lange sie zum Support der Online-Komponenten verpflichtet bzw. berechtigt sind.

Darüber hinaus würde eine Bestimmung des Ausschlusszeitraums allein unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles dazu führen, dass der Erwerber des digitalen Spiels stets darlegen und beweisen müsste, wie lange der Support für das kon-

---

772 Ebd.

773 Vgl. dazu BGH, NJW 1970, 2243, 2243; NJW 1974, 2089, 2089; NJW 1985, 2693, 2695; *von Westphalen*, in von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Bierlieferungsvertrag, Rn. 3; MüKo BGB/*Armbrüster*, § 138 BGB, Rn. 75.

774 Vgl. *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 757.

krete digitale Spiel zu erbringen ist und dass im konkreten Fall der Supportverpflichtete den Support zur Unzeit gekündigt hat. Denn grundsätzlich muss jede Partei im Prozess das Vorliegen der Voraussetzungen „der ihr günstigen Norm beweisen".[775] Dies hätte zur Folge, dass der Erwerber konkret darlegen müsste, wie lange beispielsweise der Lebenszyklus des Spiels oder seine durchschnittliche Supportdauer ist. Dadurch würde der Erwerber mit erheblichen Prozesskosten belastet.

Es sind vielmehr wie folgt feststehende Ausschlusszeiträume zugrundezulegen, die in begründeten Einzelfällen wegen besonderer Umstände verkürzt werden können, wofür jedoch der Supportverpflichtete die Beweislast trägt.

Konkret bedeutet dies, dass bei Inklusiv- und Konsolenspielen die durchschnittliche Supportdauer von 5,5 Jahren[776] zugrundezulegen ist. Damit muss der Support der Online-Komponenten dieser Spiele für 5,5 Jahre ab ihrem Erstveröffentlichungsdatum erbracht werden. Im Einzelfall kann der Supportverpflichtete jedoch darlegen, dass der Ausschlusszeitraum für bestimmte Online-Komponenten kürzer zu bemessen ist. Dies kommt für Online-Komponenten in Betracht, die wegen ihrer Art und ihres Umfangs für die Nutzungsmöglichkeit des gesamten Spiels nur von untergeordneter Bedeutung sind. In der Regel dürfte dies jedoch auf Online-DRM-Systeme und den Online-Mehrspielermodus nicht zutreffen. Beide Online-Komponenten sind regelmäßig von erheblicher Bedeutung für die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels, sodass eine Verkürzung des Ausschlusszeitraums für diese Online-Komponenten grundsätzlich zu verneinen ist.

Wie bereits dargestellt, ist eine durchschnittliche Supportdauer der Online-Komponenten virtueller Gegenstände in der Regel nicht feststellbar, da das Ende des Supports hierfür sehr oft nicht bekannt gegeben wird.[777] Aus diesem Grunde ist es auch nicht möglich, die durchschnittliche Supportdauer für virtuelle Gegenstände zu berechnen. Mangels Datenmaterials scheidet auch die Heranziehung von Kriterien wie Lebenszyklus oder Nutzungsdauer von virtuellen Gegenständen aus.

Anstelle dessen ist für die Bestimmung des Ausschlusszeitraums die zweijährige kaufrechtliche Mängelgewährleistungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB zugrunde zu legen. Der entsprechend lange Ausschlusszeitraum beginnt dabei mit dem Erhalt des virtuellen Gegenstandes durch den jeweiligen Erwerber zu laufen. Da virtuelle Gegenstände in der Regel nur innerhalb eines Free-to-Play-Spiels erworben werden können, ist eine Perpetuierung der Supportpflicht nicht zu befürchten, da der Supportverpflichtete es in der Regel selbst in der Hand haben dürfte, zu bestimmen, ob und wie lange virtuelle Gegenstände innerhalb des Spiels verkauft werden. Aufgrund der Umstände des Einzelfalles kann diese Frist kürzer ausfallen. Wenn es sich beispielsweise um einen virtuellen Gegenstand handelt, welcher für die Nutzungsmöglichkeit des Spiels nur von sehr untergeordneter Bedeutung ist und lediglich gegen einen geringen Kaufpreis erworben wird, kann die Frist kürzer als zwei Jahre ausfallen. Derlei Umstände müssen jedoch vom Supportverpflichteten dargelegt und bewiesen werden.

---

775 Saenger/*Saenger*, § 286 ZPO, Rn. 58.

776 Siehe dazu oben, S. 134 ff. sowie die Einleitung.

777 Siehe dazu oben, S. 134 ff.

C. Gesamtergebnis für Kapitel 3

Die Ausübung des Rechts des Supportverpflichteten zur ordentlichen Kündigung des Supports der Online-Komponenten von Inklusiv-, Konsolen- und Zeitspielen sowie von mietweise überlassenen MMOG und Free-to-Play-Spielen, sofern hier ein virtueller Gegenstand käuflich erworben wurde, ist temporär ausgeschlossen. Das Interesse des Spielers an einem temporären Ausschluss der Kündigung überwiegt das Interesse des Supportverpflichteten an der jederzeitigen Ausübung des Kündigungsrechts. Hierfür spricht zunächst die Schutzbedürftigkeit des Spielers, welcher faktisch nicht in der Lage ist, mit dem Supportverpflichteten einen Kündigungsausschluss zu vereinbaren, um die Nutzungsmöglichkeit des digitalen Spiels bzw. des virtuellen Gegenstands für einen bestimmten Zeitraum sicherzustellen. Für diese Interessenabwägung sprechen weiterhin der enge funktionelle Zusammenhang zwischen dem Spielclient und dem Support der Online-Komponenten sowie die berechtigte Erwartung des Spielers, das Spiel für eine längere Zeit nutzen zu dürfen.

Bei Zeitspielen und bei mietweise überlassenen MMOG ist die Ausübung des ordentlichen Kündigungsrechts für die Dauer des Mietverhältnisses ausgeschlossen, die – je nach Einzelfall – bereits von vornherein feststehen mag oder auch unbestimmt sein kann.

Bei käuflich erworbenen Inklusiv- und Konsolenspielen sowie bei Free-to-Play-Spielen, innerhalb derer virtuelle Gegenstände gekauft wurden, sind externe Kriterien heranzuziehen, um den Ausschlusszeitraum konkretisieren zu können. Die Untersuchung hat dabei ergeben, dass die durchschnittliche Supportdauer, die Orientierung an gesetzlich geregelten Verjährungsfristen sowie die Höhe des Kaufpreises und die Bedeutung des Supports der Online-Komponenten für die Nutzungsmöglichkeit des Spiels auf rechtssichere Weise den Ausschlusszeitraum bestimmen können.

Dementsprechend ist der Support für die Online-Komponenten der Inklusiv- und Konsolenspiele für einen Zeitraum von 5,5 Jahren zu erbringen. Der Supportverpflichtete hat im Einzelfall die Umstände darzulegen, welche zu einer Verkürzung des Ausschlusszeitraums führen.

Bei käuflich erworbenen virtuellen Gegenständen innerhalb von Free-to-Play-Spielen bietet es sich an, den Ausschlusszeitraum an der zweijährigen kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist zu orientieren, wobei bei der Ermittlung des Ausschlusszeitraums hier insbesondere auch Faktoren wie die Art und Bedeutung des virtuellen Gegenstands für die Nutzungsmöglichkeit des Free-to-Play-Spiels sowie der Kaufpreis für den Gegenstand heranzuziehen sind.

Abschließend ist klarzustellen, dass die genannten Ausführungen keinen Einfluss auf die Anwendung bzw. Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts des Supportverpflichteten haben. Die außerordentliche Kündigung kommt jedoch grundsätzlich nicht zum Zwecke von Vertragsbeendigungen in Betracht, die allein aus wirtschaftlichen Gründen vorgenommen werden, und welche der Interessensphäre des Supportverpflichteten zuzuordnen sind, wie z. B. im Fall von abnehmenden Spielerzahlen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.
Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.