

Niclas Füllkrug auch mit einer verbandsrechtlichen Strafe durch den DFB rechnen. So wurde der Spieler folgerichtig durch das DFB-Sportgericht mit einer Geldstrafe in Höhe von 25.000 Euro belegt.⁴⁰ Gemäß § 44 Nr. 1 der DFB-Satzung werden alle Formen unsportlichen und unethischen Verhaltens sowie Verstöße gegen Satzungen und Ordnungen des DFB verfolgt. Als Anklageorgan fungiert dabei der DFB-Kontrollausschuss, der gem. § 50 Nr. 1 DFB-Satzung dazu berufen ist, bei Verstößen nach einer Voruntersuchung Anklage zu erheben.⁴¹ Niclas Füllkrug wurde in diesem Zusammenhang zurecht ein unsportliches Verhalten vorgeworfen, denn durch das Hochhalten eines mitunter mehrere hunderte Grad Celsius heißen bengalischen Feuers in einer Menschenmenge gefährdet der Spieler sich und die um ihn befindlichen Fans. Für ein unsportliches Verhalten eines Spielers anlässlich von Bundesspielen sieht § 8 Nr. 1 lit. a) DFB-RuVO als Strafe eine bis zu sechsmonatige Sperre vor. Gem. § 8 Nr. 4 DFB-RuVO kann dabei jedoch anstatt

einer Sperre auch auf eine Geldstrafe erkannt werden. Dabei ließ es der Einzelrichter des DFB-Sportgerichts bei Niclas Füllkrug bewenden. Anders erging es hingegen im Jahr 2012 dem Spieler Andreas Lambertz von Fortuna Düsseldorf, der bei der Aufstiegsfeier auf dem Stadionrasen ebenfalls ein brennendes bengalisches Feuer in die Luft hielt. Er wurde damals für zwei Spiele gesperrt.⁴²

IV. Fazit

Im Ergebnis muss Niclas Füllkrug neben der verbandsrechtlichen Strafe durch den DFB daher einzig mit der Verhängung eines Bußgeldes wegen Verstößen gegen das Sprengstoffrecht rechnen. Die Verfolgung dieser Taten steht im Ermessen der Ordnungsbehörde. Straftatbestände hat der Spieler im konkreten Fall indes nicht verwirklicht. Dies wäre einzig dann anders zu beurteilen gewesen, wenn er im Umfeld befindliche Personen durch das Bengalo verbrannt oder zumindest in ihrer Gesundheit konkret gefährdet hätte.

40 <https://www.kicker.de/geldstrafe-nach-pyro-jubel-dfb-bitter-fuellkrug-zur-kasse-905654/artikel> (zuletzt abgerufen am 27. 6.2022).

41 Haslinger, *Zuschauerausschreitungen und Verbandssanktionen im Fußball*, S. 55.

42 <https://www.spiegel.de/sport/fussball/andreas-lambertz-akzeptiert-seine-zwei-spiele-sperre-a-836251.html> (zuletzt abgerufen am 28. 6.2022).

Die Macht des Publishers im E-Sport

Von Rechtsreferendar Dr. Valentin Horst, LL. M. (Glasgow), Darmstadt*

Dass der E-Sport sich um Videospiele kommerzieller Publisher formt, ist sein wichtigster Unterschied gegenüber dem traditionellen Sport. Dieser Beitrag zeigt die Probleme auf, die sich aus der Rolle des Publishers ergeben. Er erörtert, inwieweit geltendes Recht bereits eingreift, zeigt die Perspektive einer Selbstregulierung des E-Sports auf und stellt schließlich fest, dass es staatlicher Maßnahmen bedarf.

I. Einleitung

E-Sport – das wettkampfmäßige Spielen von Videospielen¹ – ist jung, modern und wirkt auf viele noch fremdartig. Tatsächlich ist er nur eine konsequente Fortsetzung des jahrtausendealten Phänomens friedlichen Leistungsvergleichs.² Kontrahenten, die in vorher festgelegten und detailliert reglementierten Disziplinen um den Sieg kämpfen, Fair Play, Fankultur, Sponsoring, Live-Übertragungen – all das und noch viel mehr³ findet man heute sowohl im allseits bekannten traditionellen Sport als auch im E-Sport. Gegenstand

dieses Beitrags ist jedoch das fundamentale Alleinstellungsmerkmal, das den E-Sport vor vollkommen neue Herausforderungen und Rechtsfragen stellt: Anders als klassische Sportarten stammen die für den E-Sport konstitutiven Videospiele aus den Händen privatwirtschaftlicher Publisher.⁴ Diese können sowohl softwaretechnisch als auch immaterialgüterrechtlich über ihren E-Sport-Titel verfügen. Für die Rolle des Publishers gibt es keinerlei Äquivalent im Gefüge des traditionellen Sports.⁵ Er verfolgt seine eigenen kommerziellen Ziele, die nicht selten mit den Bedürfnissen des E-Sports in seinem Selbstverständnis als sporttypische Wettkampfkultur kollidieren.

Dieser Beitrag widmet sich dieser Schlüsselposition des Publishers im E-Sport. Er erläutert, worin sich diese konkret manifestiert (II.), welche Probleme und Risiken sie birgt (III.), wo ihre Grenzen de lege lata liegen (IV.) und welche Bedeutung sowie Perspektive die vertragliche und verbandliche „Selbstverteidigung“ des E-Sports hat (V.). Am Ende steht der Befund: Um eine nachhaltige Entwicklung des E-Sports als Wettkampfkultur zu sichern, ist dieser auf staatliche Maßnahmen zur Begrenzung der Einflussmöglichkeiten des Publishers angewiesen (VI.).

* Verf. ist Rechtsreferendar am LG Darmstadt. Der Beitrag beruht auf den wesentlichsten Erkenntnissen aus seiner im Juli 2022 im Nomos Verlag erschienenen Dissertation mit dem Titel „Was schützt den E-Sport vor dem Publisher?“.

1 Vgl. etwa *Mehner/Skistims*, eSport und Gemeinnützigkeit, ZStV 2021, 37, 38; *Hartung*, The Issue of „Deep Control“ in Professional E-Sports, 2015, S. 1, abrufbar unter: <https://tspace.library.utoronto.ca/handle/1807/70431> (Abruf am 23. 6.2022); ähnlich *Thomas*, A question of (e) Sports: an answer from copyright, JIPLP 15 (2020), 960, 964; ausführlich zum E-Sport als Begriff *Horst*, Was schützt den E-Sport vor dem Publisher?, 2022, S. 75 ff.

2 Siehe zum ungewissen aber jedenfalls weit zurückreichenden Ursprung von Wettkämpfen z. B. *Behringer*, Kulturgeschichte des Sports, 2012, S. 16 f.

3 Vgl. etwa *Wendeborn/Schulke/Schneider*, eSport im Spiegel seiner historischen Entwicklung, in: *Everybody Tells A Story*, 2020, S. 223.

4 Vgl. auch *Scholz/Nothelfer*, Research for CULT Committee – Esports, 2022, S. 19; *Wendeborn/Schulke/Schneider* aaO. S. 223.

5 Vgl. *Arim*, Competing Competitions: Anticompetitive Conduct by Publisher-Controlled Esports Leagues, Minn. L. Rev. 104 (2020), 1585, 1596; *Miroff*, Tiebreaker: An Antitrust Analysis of Esports, Colum. J.L. & Soc. Probs. 52 (2018), 177, 179 f.; *Soll*, Die Strafbarkeit von Wettbewerbsmanipulationen im E-Sport, 2021, S. 116.

II. Konkrete Ausprägung der Machtposition des Publishers

Die Machtposition des Publishers fußt auf Einflussmöglichkeiten, die einerseits auf seinem physischen und andererseits auf seinem geistigen „Eigentum“ am Videospiel beruhen. Sie äußern sich in softwaretechnischen (1.) und rechtlichen (2.) Möglichkeiten des Publishers, auf den E-Sport Einfluss zu nehmen.

1. Softwaretechnische Einflussmöglichkeiten

Der Publisher eines E-Sport-Titels finanziert und vertreibt diesen.⁶ Üblicherweise ist er in den Entstehungsprozess involviert und kann damit noch vor dessen Veröffentlichung über die Inhalte des Videospieles bestimmen. Praktisch besonders bedeutsam ist der Umstand, dass der Publisher nach erstmaligem Erscheinen mittels Updates fortwährend inhaltliche Veränderungen vornehmen kann.⁷ E-Sport-Titel bestehen heute quasi ausschließlich aus Onlinespielen und funktionieren dabei üblicherweise mittels Client-Server-Architektur: Die Spieler greifen als Clients auf zentrale Serverressourcen des Publishers zu.⁸ Die Konsequenz ist, dass für die Teilnahme am Spielbetrieb stets die neueste Softwareversion erforderlich ist und sich Spieler den Updates somit nicht entziehen können. Dabei sind alle Spieler, Freizeitgamer ebenso wie Profi-E-Sportler, grundsätzlich gleichermaßen als „digitale Schicksalsgemeinschaft“ von Updates betroffen – so unterschiedlich ihre Vorstellungen von optimalen Spielbedingungen mitunter sein mögen. Die Bedingungen, die E-Sportler in Wettkämpfen vorfinden, befinden sich in ständigem Wandel:⁹ So können beispielsweise virtuelle Gegenstände, Spielfiguren oder Spielumgebungen in das Spiel neu eingefügt, verändert oder entfernt werden. Potenziell kann sich dies für den Einzelnen fatal auswirken. Verlässt sich etwa ein E-Sportler in seiner Spielstrategie auf einen bestimmten Gegenstand und wird dieser kurz vor einem Wettkampf entfernt oder verschlechtert, ist dies ein erheblicher Nachteil. Die E-Sportler müssen Veränderungen im Videospiel stets im Auge behalten und sich nötigenfalls blitzschnell mit neuen Bedingungen vertraut machen.¹⁰

Eine weitere Konsequenz der Client-Server-Architektur ist, dass der Publisher über den individuellen Serverzugang und damit die faktische Möglichkeit, das Spiel zu nutzen, entscheiden kann. Insbesondere um (vermeintliches) Fehlverhalten zu sanktionieren, greifen Publisher gerne auf diese Möglichkeit zurück und verwehren einzelnen Spielern temporär oder gar lebenslänglich den Zugang zu den Spielservern. Für einen E-Sportler bedeutet eine dauerhafte Sperre regelmäßig das Karriereende. Darüber hinaus wäre es ihm – anders als etwa bei einer bloßen Wettkampfsperre – auch nicht mehr möglich, in der Peripherie des E-

Sports, z. B. mit Streaming zu Unterhaltungszwecken, wirtschaftlich mit dem Videospiel aktiv zu werden.

2. Einflussmöglichkeiten aufgrund der Rechtsstellung

Die Rechtsstellung des Publishers ist vor allem von seinen immaterialgüterrechtlichen Befugnissen geprägt. Üblicherweise vereint der Publisher sämtliche das Spiel betreffende Schutzrechte.¹¹ An Videospielen und ihren Komponenten können unterschiedliche Schutzrechte (z. B. Designrechte, Patente, Markenrechte) bestehen.¹² Besonders relevant ist ihr urheberrechtlicher Schutz. Zentral ist hier der Schutz der audiovisuellen Darstellung. Dieser führt dazu, dass das Spielgeschehen von E-Sport-Wettkämpfen nur mit der Erlaubnis des Publishers öffentlich vorgeführt (§ 19 Abs. 4 UrhG), über das Internet zugänglich gemacht (§ 19 a UrhG), z. B. auf Videoplattformen hochgeladen, oder im Fernsehen übertragen (§ 20 UrhG) werden darf.¹³ Der Publisher kann damit grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob ein Dritter öffentliche E-Sport-Wettkämpfe veranstalten darf. Auch kann er die Bedingungen von Wettkämpfen über die Vertragsbeziehung zu den Drittveranstaltern steuern.¹⁴ Dabei befindet er sich in einer überlegenen Verhandlungsposition.

Entscheidet sich der Publisher dafür, selbst E-Sport-Wettkämpfe zu veranstalten, liegt es in seiner Hand, Teams oder Einzelspieler zu seinen Wettkämpfen zuzulassen, also zu entscheiden, mit wem er entsprechende Wettkampfteilnahmeverträge schließt. So wie auch Ausschlüsse vom Onlinespiel an sich, können temporäre oder dauerhafte Ausschlüsse von Wettkämpfen dem Publisher als Sanktionsmittel für unerwünschtes Verhalten dienen.

Anknüpfend an die softwaretechnische Möglichkeit, Spieler von der Servernutzung auszuschließen, steht dem Publisher das Recht zu, den zur Teilnahme berechtigenden Videospiegelvertrag zu kündigen (je nach vertragstypologischer Einordnung gem. §§ 620 Abs. 2, 621, 580 a Abs. 3 Nr. 2, 604 Abs. 3, 671 BGB). Auch ohne auf ein etwaiges außerordentliches Kündigungsrecht zurückgreifen zu müssen, ist dies meist kurzfristig möglich (vgl. etwa die Drei-Tages-Frist in § 580 a Abs. 3 Nr. 2 BGB). Seine Privatautonomie erlaubt ihm außerdem, grundsätzlich willkürlich den Abschluss von Videospiegelverträgen zu verweigern.

III. Risiken und Probleme der Macht des Publishers

Problematisch ist die unter B. dargestellte Situation, da der Publisher aufgrund seiner Einflussmöglichkeiten (willkürlich oder unwillkürlich) auf die Rahmenbedingungen des E-Sports einwirkt oder einwirken könnte. Bestimmte gesicherte Grundvoraussetzungen sind für den E-Sport, will er sich als Wettkampfkultur und Wirtschaftszweig nachhaltig entwickeln, tragend. Allgemein leidet der E-Sport unter dem Faktor der Fremdbestimmtheit und kann sich so von vornherein nicht vollständig autonom entwickeln.

6 Picot, in: *Recht der Computer- und Videospiele*, 2013, S. 23; Rauda, *Recht der Computerspiele*, 2013, S. 8; Lambrecht, *Der urheberrechtliche Schutz von Bildschirmspielen*, 2006, S. 59.

7 Horst S. 171 ff.; siehe auch Soll S. 118 f.

8 Siehe dazu auch Horst S. 172 f. m. w. N.

9 Vgl. Fischer/Menz, *Die Rolle des Ein-Platz-Prinzips in der Autonomie der Sportfachverbände*, in: *eSport-Recht*, 2020, S. 103.

10 Siehe etwa das umfangreiche Update in *League of Legends* 2016 nur eine Woche vor der Liga-Phase der nordamerikanischen „League of Legends Championship Series“, Mitchell, <https://esportsobserver.com/background-analysis-recent-dispute-riot-games-team-owners/> (Abruf am 23. 6.2022).

11 So bzgl. Urheberrecht Hentsch, *Die Urheberrechte der Publisher bei eSport*, MMR-Beilage 2018, 3, 5.

12 Siehe zur gesamten Bandbreite möglicher Rechte am Videospiel Rauda S. 12 ff.

13 Hentsch MMR-Beilage 2018, 3, 5.

14 Vgl. Jagnou/Baumann, *eSport aus verbandlicher Perspektive*, MMR-Beilage 2018, 12, 15; Mehner/Skistims ZStV 2021, 37.

Nicht zuletzt wegen der positiven Marketingeffekte¹⁵ des E-Sports hat der Publisher kein Interesse daran, diesem gezielt zu schaden. Priorität haben jedoch die Einkommensströme über den Vertrieb des Videospieles sowie In-Game-Käufe. Dies führt dazu, dass die Belange des E-Sports mitunter zurückstehen müssen. Abstrakt können drei Kategorien bezeichnet werden, in denen sich die Einflussnahme des Publishers schädlich niederschlagen kann:¹⁶ die Wettkampffintegrität (1.), die Beständigkeit der Bedingungen im Videospiele – „inhaltliche Kontinuität“ – (2.), und die Beständigkeit der organisatorischen Bedingungen, insbesondere der Partizipationsmöglichkeiten im und um den E-Sport herum, die „organisatorische Kontinuität“ (3.).

1. Wettkampffintegrität

E-Sport-Wettkämpfe sind integer, wenn die Teilnehmer mit gleichen Chancen in den Wettkampf treten und dessen Verlauf leistungsabhängig ist.¹⁷ Auf diesen einfachen Grundvoraussetzungen fußen der Reiz und der Charakter des E-Sports. Sie sind Fundament seines Selbstverständnisses als Wettkampfkultur, in der sporttypische Tugenden und Werte wie Leistungsbereitschaft, Fairness, Toleranz, Respekt, Teamgeist und Gleichheit gelebt werden.¹⁸ Das Bedürfnis an der Sicherstellung integrierter Wettkampfbedingungen steht insbesondere in Konflikt mit zwei typischen Elementen in modernen Videospiele: mit Zufallsfaktoren und dem Prinzip „pay-to-win“. Beide dienen kommerziellen Interessen des Publishers. So wird die Zufallsabhängigkeit des Spielverlaufs häufig gestärkt, um auch leistungsschwächeren Spielern Erfolgserlebnisse zu verschaffen und das Spiel massentauglich zu halten. Noch offensichtlicher wird der Konflikt bei „pay-to-win“. Gerade mit der Herstellung ungleicher Startbedingungen verdienen viele Publisher Geld. Dies führt im E-Sport zu einem Wettrüsten und erheblichen Wettbewerbsnachteilen finanzschwacher Spieler – vor allem die Fußballsimulation *FIFA* ist hiervon seit Einführung des „Ultimate-Team“-Modus geprägt. Sowohl Zufallsabhängigkeiten als auch die Verfügbarkeit kostenpflichtiger Zusatzinhalte werden nach erstmaligem Erscheinen des Videospieles mittels Updates gesteuert. Die fortwährende Veränderung der Videospiele birgt daher die Gefahr, dass der E-Sport etwas von seinem wettkampfspezifischen Reiz verliert. Da mit der Wettkampffintegrität auch die allgemein positiv gesehenen Eigenschaften und Möglichkeiten des E-Sports schwinden, ist dann auch sein Ansehen in der Gesellschaft und die Chancen auf politische Förderung bedroht.

2. Inhaltliche Kontinuität

Doch nicht nur Updates, die sich in der Wettkampffintegrität niederschlagen, sind problematisch. Allein der Umstand, dass stetig inhaltliche Veränderungen

am Videospiele stattfinden, beeinträchtigt die Interessen des E-Sports. So ist eine gewisse Beständigkeit der Rahmenbedingungen notwendig, um eine Vergleichbarkeit der Wettkampfleistungen und damit Anreize zur langfristigen Leistungssteigerung zu wahren.

Der Publisher befindet sich aus Sicht des E-Sports in der verantwortungsvollen Position eines Regelsetzers, wobei die Flexibilität und Reichweite der Veränderungen, die er vornehmen kann, jene von Sportverbänden weit übersteigen.¹⁹ Auch können hier kommerzielle Interessen des Publishers mit den Belangen des E-Sports kollidieren. So wird ein Publisher sich vor allem nach den Bedürfnissen durchschnittlicher Freizeitspieler richten, die mehr Wert auf Abwechslungsreichtum als auf authentischen Wettkampf legen. Aufgrund der durch die Client-Server-Architektur angelegten Verbindung aller Spieler zu einer „digitalen Schicksalsgemeinschaft“ sind E-Sportler von Updates, die auf die Interessen durchschnittlicher Spieler zugeschnitten sind, grundsätzlich mitbetroffen.

3. Organisatorische Kontinuität

Jenseits des eigentlichen Spielgeschehens besteht ein prinzipielles Bedürfnis an organisatorischer Kontinuität. Der traditionelle Wettkampfsport wird gewöhnlich in einer gleichmäßigen Abfolge komplementärer Ereignisse (etwa in jährliche Ligen, jährlichen Vereinspokalen, Welt- und Europameisterschaften bspw. im Vier-Jahres-Rhythmus etc.) ausgeübt. Auch die Möglichkeiten, an Wettbewerben teilzunehmen, bleiben grundsätzlich gleich. Dies ist wichtig für eine Wettkampfkultur, da der Anspruch an Leistungssteigerung auch insofern ein Vertrauen auf Beständigkeit voraussetzt. In diesem Vertrauen investieren z. B. große Fußballklubs Geld in Nachwuchsleistungszentren und Spieler Zeit und Energie in ihre individuelle Entwicklung. Sie gehen davon aus, dass auch in mehreren Jahren Wettkämpfe mit vergleichbaren Teilnahmemöglichkeiten existieren.

Da es beim E-Sport als Wettkampfkultur ebenfalls um Leistungssteigerung geht, gibt es ein vergleichbares Bedürfnis an organisatorischer Kontinuität. Diese steht jedoch in Abhängigkeit der Maßnahmen des Publishers. Empfindlich können sich Veränderungen bei der Lizenzvergabe auswirken. Hat der Publisher einem Drittveranstalter z. B. in der Vergangenheit die Ausrichtung einer Wettkampferie erlaubt und verweigert er nunmehr die Vergabe einer entsprechenden Lizenz, etwa weil er ein eigenes Wettkampfformat mit dem Videospiele plant, trifft dies nicht nur den Drittveranstalter selbst, sondern auch dessen bisherige Teilnehmer.

Veranstaltet der Publisher selbst Wettkämpfe, bedrohen seine Entscheidungen über den Zugang zu diesen die organisatorische Kontinuität. Das kann einerseits die Frage betreffen, wie viele und welche Teilnehmer der Publisher im Vergleich zu vorangegangenen Wettkämpfen zulässt. Andererseits birgt die Aussprache von Wettkampfsperren ein Risiko. Man befürchtet hier insbesondere, dass der Publisher mangels Kontrollinstanzen bzw. „Gewaltenteilung“ intransparent und unausgewogen handeln könnte.²⁰ Auch besteht die Gefahr, dass wirtschaftliche Motive des Publishers

15 Vgl. *Hentsch* MMR-Beilage 2018, 3; *Taylor*, Raising the Stakes, 2014, S. 164; *Comerford*, International Intellectual Property Rights and the Future of Global „E-Sports“, *Brook. J. I. L.* 37 (2012), 623, 629.

16 Ausführlich *Horst* S. 46 ff.

17 Zu den Voraussetzungen der idealtypischen Wettkampfsituation siehe etwa *Lenk*, Sportethik und Wirtschaftsethik: Konkurrenz und Fairness in Sport und Wirtschaft, in: *Bereichsethiken im interdisziplinären Dialog*, 2014, S. 303; *Grube/Mieth*, *Lexikon der Ethik im Sport*, 1998, Art. „Wettkampf“, S. 617; *Menze*, Die anthropologische Funktion des Wett-eifers, in: *Spiel und Wett-eifer*, S. 233.

18 Vgl. *Kubicel*, Integritätsrisiken im eSport und geltendes Strafrecht, in: *eSport-Recht*, 2020, S. 91 f.; *Soll* S. 73, 99; ausführlich *Horst* S. 41 ff.

19 Zum Publisher als Regelsetzer siehe *Horst* S. 159 ff.

20 Vgl. *Karhulahti*, Reconsidering Esport: Economics and Executive Ownership, *Phys. C. & S.* 74 (2017), 43, 48.

zu unsachlichen Entscheidungen führen.²¹ Gleichgelagert ist die Problematik, dass der Publisher die Kontrolle darüber hat, wer zur Nutzung seines Videospieles berechtigt ist, indem er Videospieleverträge verweigern bzw. beenden kann.

Maßnahmen des Publishers, die die organisatorische Kontinuität betreffen, können sich auch leicht auf die wirtschaftlichen Interessen zahlreicher Player in der Peripherie des Wettkampfesgeschehens auswirken. So haben etwa die Sponsoren von Teams oder Wettkampfformaten ein Interesse, dass ihre Kooperationspartner langfristig an Wettkämpfen teilnehmen bzw. Wettkämpfe veranstalten können.

IV. Grenzen der Macht des Publishers de lege lata

Den unter B. dargestellten Einflussmöglichkeiten des Publishers sind de lege lata Grenzen gesetzt, sodass der E-Sport schon im Hinblick auf die unter III. beschriebene Problematik Schutz erfährt. Einschränkungen können aus Kontrahierungszwängen erwachsen (1.), die Einflussnahme durch Updates wird einerseits durch vertragliche Verpflichtungen (2.) sowie delikt-rechtlich (3.) beschränkt. Im Ergebnis muss jedoch festgestellt werden, dass das geltende Recht die Problematik der Macht des Publishers nicht vollständig entschärft (4.).

1. Kontrahierungszwänge

Die rechtlichen Einflussmöglichkeiten des Publishers fußen im Wesentlichen auf seiner durch Art. 2 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG garantierten Vertragsabschlussfreiheit. Die grundsätzliche Freiheit, darüber zu entscheiden, ob und mit wem der Publisher kontrahiert, kann jedoch mitunter durch Kontrahierungszwänge beschränkt werden.²² Diese zwingen den Publisher dann nicht nur zum Abschluss bestimmter Verträge. Sie bewirken spiegelbildlich eine Beendigungssperre, wenn ein entsprechender Vertrag bereits geschlossen wurde.²³ Kontrahierungszwänge kommen grundsätzlich in Betracht bei Lizenzverträgen mit Drittveranstaltern, Videospieleverträgen (b)) und Wettkampfteilnahmeverträgen (c)).

a) Zwangslizenzen

Eine Zwangslizenz kann greifen, wenn ein Drittveranstalter vom Publisher die Einräumung von Nutzungsrechten am Videospiele für einen E-Sport-Wettkampf (§§ 19 Abs. 4, 19 a, 20 UrhG) begehrt. Grundlage könnte das kartellrechtliche Missbrauchsverbot aus § 19 GWB, insbesondere das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) sein. Im Ausgangspunkt erscheint dies naheliegend. So erreicht der Drittveranstalter durch die Lizenz Zu-

schauer, Wettkampfteilnehmer, Werbende etc.²⁴ Gerade für Konstellationen, in denen Inhaber von Immaterialgüterrechten per Lizenzvergabe über den Zugang zu nachgelagerten Märkten entscheiden, hat die deutsche und europäische Rechtsprechung anerkannt, dass (unter besonderen Voraussetzungen) ein Kontrahierungszwang gelten kann.²⁵

Jedoch kommen kartellrechtliche Einschränkungen nur zur Anwendung, wenn der Publisher marktbeherrschend gem. § 18 GWB oder gegenüber einem Drittveranstalter relativ marktmächtig gem. § 20 Abs. 1 S. 1 GWB ist. Dies ist derzeit unwahrscheinlich und Zwangslizenzen zugunsten von Drittveranstaltern daher allenfalls absoluten Ausnahmesituationen vorbehalten. Eine marktbeherrschende Stellung wird gem. § 18 Abs. 4 GWB bei einem Marktanteil von mindestens 40 % vermutet. Der relevante Markt besteht hier entsprechend dem Bedarfsmarktkonzept²⁶ aus den Videospiele, die für die Veranstaltung von E-Sport-Wettkämpfen in Frage kommen. Denkbar ist dabei eine vertikale Differenzierung nach Popularität, da unbekanntere Titel sich nicht ebenso für die Veranstaltung kommerzieller Wettkämpfe eignen wie die beliebtesten Titel. Es ist jedoch allgemein festzustellen, dass es aus der für die Marktabgrenzung entscheidenden Perspektive eines verständigen Drittveranstalters²⁷ nach aktueller Marktlage mehrere Titel verschiedener Publisher geben wird, die untereinander austauschbar sind. So ist es für einen wirtschaftlich orientierten Drittveranstalter grundsätzlich unerheblich, ob er einen Wettkampf mit „League of Legends“, „Counter Strike“ oder „Fortnite“ veranstaltet, solange er damit Zuschauer, Sponsoren und Werbende erreicht.

Vorstellbar ist zwar, dass Publisher gegenüber bestimmten Drittveranstaltern relativ marktmächtig sind. Da Drittveranstalter jedoch gewöhnlich Wettkämpfe mit unterschiedlichen Videospiele organisieren und ein Wechsel regelmäßig zumutbar sein wird, ist eine für eine relative Marktmacht notwendige Abhängigkeit ebenfalls praktisch nicht naheliegend.

Theoretisch kann es zu einer Zwangslizenz auch in Gestalt eines bürgerlich-rechtlichen Kontrahierungszwangs²⁸ kommen. Relevant könnte dies vor allem werden, wenn nicht-kommerzielle Drittveranstalter Lizenzen erwerben wollen, da diese regelmäßig nicht in den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff fallen und nicht vom Behinderungs- und Diskriminierungsverbot erfasst werden. Die hohen Anforderungen, die an eine solche bürgerlich-rechtliche Zwangslizenz zu stellen sind, werden jedoch auch hier allenfalls in seltenen Ausnahmefällen erfüllt sein.²⁹

Die unter III. 3. beschriebene Problematik, insbesondere die potenziell schwerwiegenden Folgen einer Lizenzverweigerung für Klubs und E-Sportler, fin-

21 Siehe dazu im Kontext der Sperre des *Hearthstone*-Spielers *Chung „Blitzchung“ Ng Wai* wegen chinakritischer Äußerungen *Arim Minn*. L. Rev. 104 (2020), 1585, 1628 f.; *Vecellio del Monego*, <https://www.computerbase.de/2019-10/blizzard-hongkong/> (Abruf am 23. 6.2022); *Koenigsdorff*, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Befreit-Hongkong-Blizzard-sperrt-Hearthstone-E-Sportler-fuer-Meinungsaussuerung-4549238.html> (Abruf am 23. 6.2022); siehe auch die Gegendarstellung von *Blizzard*, <https://news.blizzard.com/en-us/blizzard/23185888/regarding-last-weekend-s-hearthstone-grandmasters-tournament> (Abruf am 23. 6.2022).

22 Siehe allgemein *MüKoBGB/Busche* Bd. 1 9. Aufl. 2021 Vor. § 145 Rn. 12.

23 Vgl. BGH GRUR 1989, 774, 776; OLG Saarbrücken NJW-RR 2008, 1632 f.; Staudinger *BGB/Bork* Neub. 2020 Vorb. §§ 145 ff. Rn. 32; andeutungsweise bzgl. Videospieleverträge *Beurskens*, K&R-Beihefte 2/2008, 12.

24 Siehe auch *Hartung* S. 9, 29, 46.

25 Vgl. BGH NJW-RR 2005, 269 ff. („Standard-Spundfass“); EuGH NJW 2015, 2783 („Huawei“); EuG EuZW 2012, 673 ff. („Microsoft II“); EuG BeckRS 2007, 70806 („Microsoft I“); EuGH GRUR 2004, 524 ff. („IMS Health“); EuGH GRUR Int 1995, 490 ff. („Magill“); EuGH GRUR Int 1990, 141 f. („Volvo“).

26 Vgl. *Kühnen*, in: LMRKM, GWB § 18 Rn. 14 m. w. N.

27 Vgl. *MüKoWettbR/Wolf* GWB Bd. 2 3. Aufl. 2020 § 18 Rn. 6 („verständiger Abnehmer“).

28 Oft wird dieser auf § 826 BGB gestützt, siehe BGH ZIP 1994, 1274, 1276; BGH NJW 1999, 1326; BGH NJW 1985, 1216; BeckOK *BGB/Eckert* 61. Ed. § 145 Rn. 18.

29 Ausführlich *Horst* S. 323 ff.

det im geltenden Recht keine direkte Berücksichtigung.

b) Kontrahierungszwang bei Videospiegelverträgen
Der Publisher kann zum Abschluss von Videospiegelverträgen mit E-Sportlern gezwungen werden. Zwar ist eine marktbeherrschende Stellung hier ebenfalls unwahrscheinlich.³⁰ Jedoch greift im Profibereich regelmäßig das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aufgrund relativer Marktmacht des Publishers (§§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 GWB). Gerade Profi-E-Sportler können meist nur ein einziges Videospiel auf entsprechend hohem Niveau spielen. Wechsel einzelner E-Sportler von einem Videospiel zum anderen (innerhalb desselben Genres) kommen vor, sind aber mindestens mit Schwierigkeiten verbunden.³¹ Aus diesem Mangel an Ausweichmöglichkeiten folgt regelmäßig eine Abhängigkeitssituation, die eine relative Marktmacht des Publishers begründet. Die praktisch bedeutsamste Folge hiervon ist, dass der Publisher Videospiegelverträge mit abhängigen Profi-E-Sportlern nicht sachgrundlos beenden darf. Auch Kündigungen, die an tatsächliches Fehlverhalten eines E-Sportlers anknüpfen, sind auf ihre Verhältnismäßigkeit hin überprüfbar.

Da gewöhnlich nur Profi-E-Sportler als Unternehmen i. S. d. GWB zu qualifizieren sind, wird auch hier der bürgerlich-rechtliche Kontrahierungszwang im Amateurbereich relevant. Der Schutz fällt allerdings geringer aus. Der Publisher muss sozial mächtig sein und der betroffene E-Sportler muss ein erhebliches Interesse am Zugang zu diesem einen Videospiel geltend machen.³² Je nach Einbindung des Spielers in bestehende Organisationsstrukturen kann dabei eine höhere Flexibilität angenommen werden als im Profibereich, wo ein Wechsel zu einem anderen Spiel wirtschaftlich schwerwiegende Folgen haben kann.

c) Kontrahierungszwang bei Wettkampfteilnahmeverträgen

Veranstaltet ein Publisher selbst Wettkämpfe, kommt ein Kontrahierungszwang schließlich auch bei Wettkampfteilnahmeverträgen in Betracht. Je nach Gestaltung kann dies das Verhältnis des Publishers mit einem Klub und/oder einem einzelnen E-Sportler betreffen. Anders als auf dem Lizenzmarkt ist eine marktbeherrschende Stellung des Publishers hier wahrscheinlich.³³ Der Markt wird aus Sicht der Wettkampfteilnehmer durch das jeweilige Videospiel als Disziplin sowie die wirtschaftliche Attraktivität definiert. Damit vergleichbar ist die Abgrenzung des Marktes „der Durchführung von Weltmeisterschaften im Eisschnelllauf“ durch das OLG München im Fall *Pechstein*.³⁴ Ob es mit dem Wettkampf des Publishers konkurrierende Angebote gibt, hängt indes davon ab, ob dieser entsprechende Lizenzen an Drittveranstalter vergeben hat.

Damit greift das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB zugunsten (ggf. prospektiver) Wettkampfteilnehmer, sodass eine Zugangsverweigerung sowie ein nachträglicher Ausschluss von durch den Publisher organisierten Wett-

kämpfen immer anhand einer Interessenabwägung überprüfbar sind. Die schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen, die ein Ausschluss für Klubs bzw. E-Sportler im Einzelfall haben kann, werden hierbei unmittelbar berücksichtigt. Zugleich können insbesondere die Durchsetzung von Regularien, die im Interesse aller Beteiligten bestehen, sowie Kapazitätsgrenzen³⁵ einen Ausschluss rechtfertigen.

2. Einschränkung von Updates durch vertragliche Pflichten

Das Videospiel ist zentraler Gegenstand unterschiedlicher Verträge, die den Publisher verpflichten. Im E-Sport sind dies Videospiegelverträge zwischen dem Publisher und den einzelnen Spielern (auch E-Sportlern) sowie Lizenzverträge mit Drittveranstaltern und/oder Wettkampfteilnahmeverträge. Nimmt der Publisher ein Update vor, verändert er die Art und Weise, in der er seine Leistung im Rahmen dieser Vertragsbeziehungen erbringt. Dabei können Updates dazu dienen, dem vertraglichen Leistungshorizont gerecht zu werden, z. B., indem Bugs beseitigt werden. Häufiger dienen Updates, die in Videospielen vorgenommen werden, jedoch nicht der Fehlerbeseitigung, sondern der Veränderung und Ergänzung des Videospieles.³⁶ Diese sind dann grundsätzlich nicht vertraglich geschuldet.

Videospielverträge unterfallen den neuen Vorschriften über digitale Inhalte in §§ 327 ff. BGB. Dabei adressiert § 327 r BGB gerade Updates, „die über das zur Aufrechterhaltung der Vertragsmäßigkeit [...] erforderliche Maß hinausgehen“. Zulässig ist dies gem. § 327 r Abs. 1 BGB nur bei Vorliegen eines vertraglich vereinbarten „triftigen Grundes“, bei Kostenneutralität sowie einer klaren und verständlichen Information des Verbrauchers über das Update.³⁷ Für Profi-E-Sportler, die regelmäßig keine Verbraucher sind, gelten AGB-Recht (hinsichtlich des vertraglichen Vorbehalts) und § 315 BGB (hinsichtlich der Durchführung) mit vergleichbarer Schutzrichtung. Aufgrund der Verbindung aller Spieler als „digitale Schicksalsgemeinschaft“ (s. o.) profitieren jedoch auch Profi-E-Sportler von den strengeren Verbraucherschützenden Normen, ohne diese selbst durchsetzen zu können. Allerdings finden die spezifischen Belange des E-Sports (vgl. III.) bei der Bestimmung der Zulässigkeit von Updates keine selbständige Berücksichtigung, da maßgeblich für die Beurteilung die Interessen des „durchschnittlichen Videospielesnutzers“ sind.

Dies ist bei Lizenz- und Wettkampfteilnahmeverträgen anders. Hier finden E-Sport-spezifische Belange sowohl im Rahmen der Inhalts-³⁸ als auch der Ausübungskontrolle³⁹ Berücksichtigung. Allerdings ist mit Blick auf einen nachhaltigen Schutz der Bedürfnisse des E-Sports problematisch, dass diese Verträge regelmäßig auf bestimmte Veranstaltungen begrenzt sind. Damit beschränken die vertraglichen Pflichten den Publisher nicht in der langfristigen Umgestaltung

30 Horst S. 292 f.

31 Mit Beispielen *Miroff* Colum. J. L. & Soc. Probs. 52 (2018), 177, 201 f.

32 Zu den Voraussetzungen ausführlich Horst S. 300 ff.

33 Vgl. auch *Frey/Dresen*, in: Frey, eSport und Recht, 2020, § 8 Rn. 21.

34 OLG München NZKart 2015, 198, 199; insoweit bestätigend BGH NJW 2016, 2266, 2270.

35 Ähnlich im Kontext der Nominierung zu internationalen Sportwettbewerben *Beisenherz*, Die kartellrechtskonforme Normierung zu internationalen Sportwettbewerben, NJOZ 2020, 801, 804.

36 Vgl. die Untersuchung der Updatepraxis in *League of Legends* von *Kica u. a.*, Nerfs, Buffs and Bugs, in: 2016 International Conference on CTS, 2016, S. 131, 133.

37 Siehe zur Vorschrift ausführlich *Möllnitz*, Änderungsbefugnis des Unternehmers bei digitalen Produkten, MMR 2021, 116 ff.

38 Ausführlich Horst S. 223 ff., 231 ff.

39 Ausführlich Horst S. 243 ff., 255 f.

seines Videospieles. Gerade diese ist jedoch kritisch im Hinblick auf das Autonomiebedürfnis des E-Sports.

3. Sittenwidrigkeit als rote Linie bei Einflussnahme durch Updates

Das Deliktsrecht zieht der softwaretechnischen Einflussnahme des Publishers auf E-Sport-Wettkämpfe mit § 826 BGB eine rote Linie.⁴⁰ In Betracht kommt ein Eingreifen der Vorschrift, wenn ein Publisher vorsätzlich einen E-Sport-Wettkampf manipuliert und dadurch Beteiligten – insbesondere Klubs, E-Sportlern oder Drittveranstalter – ein Schaden entsteht. Vor allem das Merkmal der Sittenwidrigkeit wird insofern jedoch nur je nach Einzelfall erfüllt sein. Maßgebliche Faktoren sind hier die konkrete gesellschaftliche Bedeutung des betroffenen E-Sport-Wettkampfs, dessen Professionalisierungsgrad sowie die Verwerflichkeit der Motivation des Publishers.⁴¹ Es ist indes davon auszugehen, dass etwa Wettkämpfe in Shooter-Spielen derzeit gesellschaftlich noch derart kritisch gesehen werden, dass ihre Manipulation nicht sittenwidrig sein kann.⁴²

Wertungsmäßig ist diese prinzipielle Einordnung mit der zivilrechtlichen Beurteilung von Schiedsrichtermanipulation im Profi-Fußball vergleichbar – diese wird weithin als sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB erachtet.⁴³ Manipuliert ein Publisher Bedingungen in einem Videospiele, verändert er letztlich immanente selbstvollziehende Regeln des Videospieles und bricht damit die „Meta-Regeln“ des wettkampfspezifischen Gleichheits- und Leistungsprinzips.

4. Regelungsdefizite

Auch wenn das geltende staatliche Recht die „Publisher-Problematik“ im E-Sport also nicht unberührt lässt, lassen die obigen Ausführungen Regelungsdefizite erkennen:

- Der Publisher kann Lizenzen gegenüber Drittveranstaltern verweigern, insbesondere wenn er vergleichbare Lizenzen in der Vergangenheit vergeben hat. Die Belange des E-Sports, etwa die erheblichen Folgen der Einstellung eines Wettkampfformats, werden rechtlich nicht berücksichtigt.
- Nicht-kommerziell aktive E-Sportler, die von der Nutzung eines Videospieles ausgeschlossen werden, können sich nur unter hohen Voraussetzungen auf einen bürgerlich-rechtlichen Kontrahierungszwang berufen.
- Der Publisher kann weite Spielräume nutzen, um sein Videospiele langfristig durch Updates umzugestalten. Das Vertragsrecht schützt insoweit nur Belange durchschnittlicher Verbraucher, welche nicht mit den Interessen des E-Sports deckungsgleich sind, oder ist auf einzelne Veranstaltungen begrenzt.

40 Ausführlich Horst S. 257 ff.

41 Ausführlich Horst S. 272 ff.

42 Siehe dazu Horst S. 274 ff.

43 Siehe Fritzsche, in: Fritzsche/Pfister/Summerer, Praxishandbuch SportR, 2020, Kap. 4 Rn. 60; Orth, Die zivilrechtliche Haftung des Schiedsrichters, in: Integrität und Compliance im Sport, 2020, S. 164, 169; Dittrich, Verbandshaftung bei Spielmanipulation durch Fußball-Schiedsrichter, 2016, S. 198 f.; Heermann, Schiedsrichter – Schiebung – Schadensersatz?, CaS 2005, 4, 11; Schwab, Das zivilrechtliche Nachspiel im Fall Hoyzer, NJW 2005, 938, 940; Pfister, Die persönliche Verantwortlichkeit des Schiedsrichters in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht, in: Der Schiedsrichter und das Recht, 1988, S. 73.

V. Vertragliche und verbandliche Selbstverteidigung des E-Sports?

Die Nähe des E-Sports zum traditionellen Sport wirft die Frage auf, ob der E-Sport den Konflikt vertraglicher oder gar nach dem Vorbild klassischer sportrechtlicher Selbstregulierung⁴⁴ lösen kann. So wäre z. B. vorstellbar, dass Drittveranstalter in Verträgen mit Publishern vereinbaren, dass bestimmte Bedingungen im Videospiele unberührt bleiben müssen; dass in bestimmten Zeiträumen im Vorfeld von Wettkämpfen keine Updates durchgeführt werden dürfen oder ein Ausschluss einzelner E-Sportler von der Videospiele-nutzung der Zustimmung bedarf. Verbände könnten Regularien für die Lizenzvergabe an Drittveranstalter bestimmen.

All diesen Beispielen ist allerdings gemein, dass der jeweilige Publisher sich auf diese einlassen müsste – in Gestalt eines Vertragsschlusses, eines Verbandsbeitritts oder zumindest einer vertraglichen Unterwerfung unter Verbandsregeln.⁴⁵ Publisher befinden sich derzeit jedoch in einer denkbar komfortablen Verhandlungsposition, sodass ein solcher Schritt unwahrscheinlich ist.⁴⁶ Dass es der E-Sport schafft, gegenüber den Publishern in naher Zukunft Verhandlungsparität herzustellen, ist zweifelhaft, auch wenn dies generell möglich erscheint⁴⁷. Es muss dem E-Sport daher aktuell Unfähigkeit zur hinreichenden Selbstregulierung attestiert werden.

VI. Fazit und Ausblick

Dass im Hinblick auf die Position des Publishers ein Regelungsdefizit besteht und der E-Sport dieses nicht selbstständig überwinden kann, führt dazu, dass staatliche Eingriffe legitim sind. Das im Sportrecht geltende Dogma der „Selbstorganisationsfreiheit des Sports“⁴⁸ ist nicht auf den E-Sport übertragbar, soweit es um die Begrenzung der problematischen Einflussmöglichkeiten des Publishers geht. Eine Politik, die den E-Sport ganzheitlich fördern will, muss sich mit der Publisher-Problematik auseinandersetzen. Wie entsprechende Maßnahmen aussehen könnten, bedarf weiterer Untersuchungen. Insbesondere im ausländischen Schrifttum lassen sich bereits Ansätze finden.⁴⁹ Dabei erscheint vor allem der von Chao geäußerte Vorschlag der Einrichtung eines staatlich getragenen E-Sport-Verbands mit hoheitlichen Befugnissen überlegenswert.⁵⁰

44 Vgl. Rössner/Adolphsen, in: Adolphsen u. a., SportR in der Praxis, 2011, Rn. 4.

45 Siehe dazu und zur weiteren Option des Abschlusses normativer Kollektivverträge Horst S. 388 ff.

46 Ähnlich Fischer/Menz aaO. S. 135 ff.

47 Hier können insbesondere die Strategien der Korean eSports Association (KeSPA) als Vorbild dienen, vgl. insofern Taylor S. 168.

48 Siehe dazu etwa Burmeister, Aufopferungsrechtliche Entschädigungsansprüche staatlich geförderter Hochleistungssportler, NJW 1983, 2617, 2620.

49 Siehe insofern etwa zur Einrichtung eines Zwangslizenzsystems Arin Minn. L. Rev. 104 (2020), 1585, 1591, 1635 ff.; zur Anwendung der US-amerikanischen Fair-Use-Doktrin Hartung S. 40 f.; Rogers, Crafting an Industry: An Analysis of Korean Starcraft and Intellectual Properties Law, Harv. J.L. & Tech. 2012, II.; zu einer modifizierten Anwendung des urheberrechtlichen Schutzbereichs Thomas JIPLP 15 (2020), 960, 973.

50 Chao, „You Must Construct Additional Pylons“: Building a Better Framework for Esports Governance, Ford. L. Rev. 86 (2017), 738, 762 ff.