

11. Play hard, work hard – eSport als Fair Game?

Ein Überblick über die Vertragsgestaltung mit eSportlern als Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Jugendschutzes und Besonderheiten beim Sponsoring

Lina Marquard und Adrian Fischer

A. Einleitung

Die Popularität des eSports ist in den letzten Jahren stetig gestiegen und nimmt aktuell weiter zu. eSport-Events werden immer mehr an Sportveranstaltungen des klassischen Sports angepasst. So haben bereits traditionelle Fußballvereine, wie der FC Schalke 04 oder der 1. FC Köln separate eSport Teams. Die Popularität des eSports zeigt sich auch an den wachsenden Zuschauerzahlen: So haben im Jahr 2022 pro Monat 270,9 Millionen Menschen Gamern beim Spielen zugeschaut. Allein auf Twitch, der größten Livestreaming-Plattform für Games, schauten Fans im Jahr 2022 mehr als 20 Milliarden Stunden eSport.¹ Die große Beliebtheit führt zu dem, dass sich immer mehr Menschen dem eSport widmen und sich eine Tätigkeit als eSportler vorstellen können. Insbesondere Kinder und Jugendliche möchten den Traum vom professionellen eSportler leben und sich dahingehend spezialisieren. So machen allein in Deutschland die 6- bis 19-Jährigen insgesamt 23 % der Videospieler aus.² Zum anderen hat die wachsende Beliebtheit dazu geführt, dass große Unternehmen wie Mercedes Benz und ALDI bei eSport-Events als Sponsor auftreten.³ Das Sponsoring macht zudem den größten Teil des Umsatzes in der eSport-Branche

1 Iwd, E-Sport begeistert Millionen, abrufbar unter https://www.iwd.de/artikel/e-sport-begeistert-millions-556635/?gclid=EAIaIQobChMI5f6Esqbl_QIVFCwYCh3LbQDFEAAyAAAEgKccvD_BwE (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

2 Statista, Verteilung der Videogamer in Deutschland nach Alter im Jahr 2022, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/290890/umfrage/altersverteilung-von-computerspielern-in-deutschland> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

3 Horizont, Aldi entwickelt eigene Gaming-Marke, abrufbar unter <https://www.horizont.net/marketing/nachrichten/e-sports-aldi-entwickelt-eigene-gaming-marke-188883?cresch=1> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

aus.⁴ Diese Aspekte zeigen, dass der eSport mehr als ein Hobby ist und zum Beruf vieler Menschen werden kann. Sie können von Vereinen akquiriert werden und neben ihrem Gehalt von Preisgeldern und Sponsoring profitieren.⁵ Aus diesen Gründen folgt ein Überblick über die Vertragsgestaltung mit professionellen eSportlern. Es wird sich mit der Frage beschäftigt, ob eSport überhaupt Arbeit ist und welche Rechte und Pflichten daraus resultieren. Zudem werden die Besonderheiten bei Minderjährigen herausgearbeitet. Daneben wird ebenfalls das Sponsoring von den eSportlern behandelt. Im Vordergrund stehen dabei die Vertragsgestaltung und die rechtlichen Besonderheiten, die beim Sponsoring mit eSportlern beachtet werden müssen.

B. Vertragsgestaltung mit eSportlern als Arbeitnehmer

Für die Einordnung des eSportlers als Arbeitnehmer sind mehrere Aspekte zu berücksichtigen. Zum einen muss eSport überhaupt als Arbeit definiert werden können. Zum anderen muss die jeweilige Tätigkeit des eSportlers auch als Arbeitsverhältnis eingeordnet werden können, um den eSportler als Arbeitnehmer im rechtlichen Sinne qualifizieren zu können.

I. eSport als Arbeit

eSport (electronic sports) bezeichnet das sportwettkampfmäßige Spielen von Video- und Computerspielen nach festgelegten Regeln.⁶ eSport kann dadurch jedoch nicht automatisch auch als Sport qualifiziert werden. Dafür sind grundsätzlich drei Faktoren zu berücksichtigen: (1) Die motorische Leistung des Spielers muss am Eingabegerät (2) in Reaktion auf die Bildschirminhalte (3) bei gleichzeitiger, gedanklicher Beherrschung des

4 Saarbrücker Zeitung, Das Geschäft mit digitalem Sport wächst kräftig, abrufbar unter https://www.saarbruecker-zeitung.de/sz-spezial/internet/der-umsatz-im-e-sport-wachst-kraeftig-danke-sponsoring-medienrechten-und-ticketverkaeufen_aid-45188477 (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

5 So auch Hilgert/Eickhoff, Jugendschutz im eSport, MMR Beilage 2018, 16 (19).

6 Gem. § 2 Abs.1 Satz 2 der Satzung des eSport-Bund Deutschland e.V. v. 15.01.2018, abrufbar unter <https://esportbund.de/wp-content/uploads/2018/03/Satzung-ESBD-2018-01.pdf> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

Spielablaufs erfolgen.⁷ Sport dient damit vorrangig der Gesundheitsförderung.⁸ Der eSport ist jedoch vor allem durch gewerbliche Veranstalter und durch die Softwareindustrie geprägt und dient damit vor allem wirtschaftlichen und nicht notwendigerweise gesundheitlichen Gründen. Zudem sprechen die Spielelemente beim eSport gegen die Einordnung als Sport, wie beispielsweise die Tatsache, dass Computerspiele nicht zwingend einen kompetitiven Inhalt haben oder vereinzelt Glücksspielelemente beinhalten. Deshalb scheidet die Zuordnung als Sport mangels objektiv messbaren Wettbewerbes grundsätzlich aus.⁹ Auf die Qualifizierung des eSport als Sport soll jedoch nicht weitgehender eingegangen werden, da sie zumindest für die Einordnung des eSportlers als Arbeitnehmer nicht vorrangig von Bedeutung ist.

Für die Qualifizierung des eSportlers als Arbeitnehmer ist wichtig, ob eSport überhaupt Arbeit im rechtlichen Sinne sein kann. Unter Arbeit ist der planmäßige Einsatz der körperlichen und geistigen Kräfte zur Erreichung eines wirtschaftlich messbaren Zwecks zu verstehen.¹⁰ Die sportliche Betätigung ist dann als Arbeit zu qualifizieren, wenn der Sporttreibende unter Ausnutzung seiner sportlichen Fähigkeiten bei persönlicher Abhängigkeit zum einen ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt und zum anderen die wirtschaftlichen Interessen des Dienstberechtigten fördert.¹¹

II. Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs

Die Anforderungen an die Arbeitnehmereigenschaft sind im nationalen Recht in § 611a BGB geregelt. Nach § 611a BGB sind die Kriterien für die Einordnung als Arbeitnehmer die weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit gegenüber dem Arbeitgeber. Der Arbeitnehmerbegriff wird im nationalen Recht in drei Kategorien eingeteilt: (1) Arbeitnehmer, (2) arbeitnehmerähnliche Personen und (3) Selbständige. Damit ist er enger gefasst als der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff, der im Ergebnis einen dualistischen Arbeitnehmerbegriff (Arbeitnehmer und

7 Jagnow/Baumann, eSport aus verbandlicher Perspektive, MMR-Beil. 2018, 12 (13).

8 Fischer, JurisPR-SteuerR, 3. Auflage 2020, § 33c, Rn. 3.

9 Ennuschat in: GewO, § 33d, Rn. 17a f.; Nothelfer, Die Anwendbarkeit des technischen Arbeitsschutzrechts bei spielbezogenen eSport-Tätigkeiten, RdA 2020, 211, (212).

10 BAG, Urteil vom 12.12.1990 – 4 AZR 269/90, NZA 1991, 306.

11 Reinecke, Die Begriffe Arbeitnehmer und Beschäftigter, NJW 2018, 2081, (2083).

Selbstständige) formuliert.¹² Bei einem Vergleich der Anwendungsbereiche des Arbeitnehmerbegriffs im deutschen und dem EU-Recht ist allerdings zu beachten, dass nicht pauschal von einem Arbeitnehmerbegriff des EuGH gesprochen werden kann.¹³ Die Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs richtet sich nach der jeweiligen Gesetzesmaterie.¹⁴ Dennoch verwendet der EuGH mehrfach die folgende Definition des Arbeitsverhältnisses:¹⁵ „Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht aber darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“¹⁶ Jedoch fehlt der Definition des EuGH eine eindeutige Abgrenzung zwischen Selbstständigkeit und Arbeitnehmer.¹⁷ Der EuGH stellt diesbezüglich nur auf das Merkmal der Weisung ab.¹⁸ Das Merkmal der Weisung allein ermöglicht jedoch keine Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und selbstständigen Dienstnehmern.¹⁹ Im deutschen Recht wird zur Unterscheidung der Selbstständigkeit und des Arbeitsverhältnisses über das (Hilfs-)Kriterium der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers auf dessen Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers abgestellt.²⁰ Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der europäische Arbeitnehmerbegriff im Gegensatz zum nationalen Arbeitnehmerbegriff keine Eingrenzung mit Blick auf das Merkmal der Leistungserbringung vornimmt.²¹

12 Barrein, Das Recht auf Home-Office, Berlin 2022, S. 59 f.

13 Wank, Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff, EuZA 2023, 22 (32).

14 EuGH, Urteil vom 01.03.2012 – C-393/10 = NZA 2012, 313, Rn. 30.

15 Wank, Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff, EuZA 2023, 22 (32).

16 EuGH, Urteil vom 03.07.1986 -RS 66/55 = NVwZ 1987, 41.

17 Wank, Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff, EuZA 2023, 22 (34).

18 Wank, Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff, EuZA 2023, 22 (34).

19 Koops/Nothelfer, Der sozialversicherungsrechtliche Status von E-Sportlern, NZS 2021, 918 (919); Wank, EuZA 2023, 22 (34).

20 Spinner in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, München 2023, § 611a, Rn. 81.

21 Wank, Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff, EuZA 2023, 22 (35).

III. eSportler als Arbeitnehmer

Fraglich erscheint indes, ob eSportler als Arbeitnehmer qualifiziert werden können und unter welchen Voraussetzungen die Arbeitnehmereigenschaft angenommen werden kann. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem eSportler kann sich nach deutschem Recht auf Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit beziehen.²² § 611a BGB statuiert, dass der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit verpflichtet wird. Professionelle eSportler können inzwischen ausreichend verdienen, um ihren Lebensunterhalt ausschließlich mit eSport zu bestreiten. Außerdem nehmen sie ihre eSport-Tätigkeit unter Einsatz ihrer geistigen und sportlichen Fähigkeiten vor und fördern damit die eigenen wirtschaftlichen Interessen, sowie die wirtschaftlichen Zwecke des Arbeitgebers. Folglich stellt eSport die Leistung von Arbeit dar. Dabei kann die Tätigkeit eines eSportlers grundsätzlich in drei Kernelemente eingeteilt werden: Training, Wettbewerb und Werbetätigkeiten. Sogar Tätigkeiten, die nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der eigentlichen eSport-Tätigkeit stehen, können der beruflichen Betätigung zugerechnet werden. Ein Beispiel dafür ist das Streamen auf Plattformen wie Twitch, auf denen Personen den eSportlern oder auch Streamern live zuschauen können.²³ Dabei muss die Tätigkeit nicht unbedingt leistungsbezogen sein, ein Unterhaltungsbezug genügt. Da solche Veranstaltungen wiederum zur Popularität des eSportlers beitragen und damit auch die wirtschaftlichen Zwecke des Arbeitgebers fördern, können diese Tätigkeiten auch als Arbeit im Rechtssinne qualifiziert werden.²⁴ Weiterhin stellt sich die Frage nach der örtlichen Weisungsbindung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber beim Spielen von Computerspielen. Generell erstreckt sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers auch auf den Leistungs-ort.²⁵ Sowohl das Training, der Wettbewerb und die Werbetätigkeiten können jedoch auch online und damit ohne Bindung an einen konkreten Ort durchgeführt werden. Daher bedarf es grundsätzlich auch keiner Beschränkung auf ein Home-Office, da diese Tätigkeiten generell von überall aus getätigt werden können. Ob ein Fortfall der örtlichen Weisungsbindung

22 Francken/Nothelfer/Schlotthauer, Der Arbeitnehmer im professionellen eSport, NZA 2019, 865 (867).

23 Ennuschat in: GewO, § 33d, 9. Auflage, München 2020, Rn. 17a ff.

24 Francken/Nothelfer/Schlotthauer, Der Arbeitnehmer im professionellen eSport, NZA 2019, 865 (868).

25 Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, Homeoffice und Mobile Office in der Corona-Krise, NZA 2020, 473, (474).

beim eSport vorliegt, richtet sich daher nach dem Vertrag und bei keiner expliziten Regelung nach den Vertragsauslegungsgrundsätzen nach §§ 133, 157 BGB.²⁶ Zu berücksichtigen gilt jedoch, dass die Arbeitsmittel (Computer und Zubehör) dem neuesten Stand entsprechen müssen, um die höchstmögliche Arbeitsleistung abrufen zu können. Die statusrechtliche Einordnung des eSportlers wird daher im Regelfall aufgrund des typischen Tätigkeitsbildes eine solche als Arbeitnehmer- oder arbeitnehmerähnlich sein. Es kann daher regelmäßig dahinstehen, ob in dem Vertrag der eSportler ein Arbeitsverhältnis nicht vorliegen soll – insbesondere zum Zweck bestimmte Pflichten des Arbeitgebers zu unterlaufen – da die Rechtsprechung eine Gesamtabwägung bzgl. bestimmter typischer Arbeitnehmertätigkeiten vornimmt.²⁷

IV. Arbeitnehmerschutz

Wird die Tätigkeit eines eSportlers als Arbeit definiert und ist der eSportler als Arbeitnehmer zu qualifizieren, so sind in der Folge die arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften für Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

Für die Anwendung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften bei eSportlern muss der persönliche und sachliche Anwendungsbereich der jeweiligen arbeitsschutzrechtlichen Regelungen eröffnet sein. Bei den Tätigkeiten eines eSportlers sind sowohl physische als auch psychische Verletzungen in Betracht zu ziehen, weshalb neben § 618 BGB als zentrale Arbeitnehmerschutznorm (sog. bürgerlich-rechtliche Grundnorm²⁸) das ArbZG, das ArbSchG, sowie die ArbStättV in Betracht zu ziehen sind. Physische Verletzungen können ähnlich wie bei gewöhnlichen Bürotätigkeiten auftreten und aufgrund der schnellen Eingaben des eSportlers zum Beispiel Handverletzungen verursachen. Ferner ist auch die Bildschirmzeit zu berücksichtigen, die Auswirkungen auf die Sehqualität des eSportlers haben kann.²⁹ Als psychische Gefährdungen sind zum einen der hohe Leistungs-

26 Maties in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.) BeckOGK BGB (Hrsg.), Stand: 01.01.2023, § 611a, Rn. III ff.

27 ausführlich zur Abgrenzung selbstständige/unselbstständige Tätigkeit: Koops/Nothelfer, Der sozialversicherungsrechtliche Status von E-Sportlern, NZS 2021, 918 (919).

28 Jousen in: BeckOK Arbeitsrecht, § 618 BGB, Rn. 5; Oetker in: Staudinger, § 618 BGB, Rn. 21.

29 Kurt/Nothelfer, Die Anwendbarkeit des technischen Arbeitsschutzrechts bei spielbezogenen eSport-Tätigkeiten, RdA 2020, 211 (216).

druck zu nennen, da sowohl im Training als auch im Wettbewerb eine ständige Konkurrenzsituation besteht. Zum anderen ist die Arbeitsintensität zu nennen, die besteht, wenn sich der eSportler über einen Zeitraum von vielen Stunden konzentrieren muss, um die maximale Leistung abrufen zu können.³⁰

§ 618 BGB normiert im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB gewisse Fürsorgepflichten des Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstverpflichteten. Dabei ist der Arbeitgeber verpflichtet, dass die vom Arbeitnehmer zu nutzende Räume und Gerätschaften so bereitzustellen sind, dass daraus keine Gefahr für Leben und Gesundheit droht.³¹ Das bedeutet, dass aus den Örtlichkeiten, sowie aus der Benutzung der Hard- und Software keine Gefahren für den Dienstverpflichteten erwachsen. Da bei Tätigkeiten im eSport auch Fürsorgepflichten über mehrere Tage denkbar sind, kann sich die Fürsorgepflicht auch auf den Schlafraum, die Verpflegung, sowie die Arbeits- und Erholungszeit ausweiten. Eine Verletzung der Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB kann einen Erfüllung- oder Schadensersatzanspruch nach sich ziehen.³² Neben § 618 BGB existieren konkretere Arbeitsschutznormen, die beim eSport relevant werden können.

Das ArbZG hat beispielsweise gem. § 1 Nr. 1 ArbZG zum Ziel, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Das ArbZG ist die einfachgesetzliche Ausgestaltung des primärrechtlichen Grundrechts auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen nach Art. 31 Abs. 1 und Abs. 2 GrCH und dient für zivilrechtliche Arbeitsverhältnisse der Umsetzung der seit 2. August 2004 in Kraft getretenen Arbeitszeitrichtlinie (RL 2003/88/EG).³³ Mit Blick auf den eSport sind dabei vorwiegend auf Risiken bezüglich Ergonomie und der Arbeitsintensität hinzuweisen, da physische Risiken wie die Nutzung und Bedienung bestimmter Geräte, sowie das ständige Sitzen und Lichteinflüsse durch den Computer beim Spielen stark erhöht sind.³⁴

30 Kurt/Nothelfer, Die Anwendbarkeit des technischen Arbeitsschutzrechts bei spielbezogenen eSport-Tätigkeiten, RdA 2020, 211 (217); Oberwetter, Burn-out-Brauchen wir ein Anti-Stress-Gesetz?, ZRP 2015, 204 (205).

31 Kurt/Nothelfer, Die Anwendbarkeit des technischen Arbeitsschutzrechts bei spielbezogenen eSport-Tätigkeiten, RdA 2020, 211, (217).

32 Witschen in: Hau/Poseck (Hrsg.) BeckOK BGB, Stand:01.02.2023, § 618, Rn. 144.

33 Wissenschaftliche Dienste (WD) 6, 3000 – 011/18, S. 5, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/544868/149a6c3ee8429929e7ed862ba362bf9a/wd-6-011-18-pdf-data.pdf> (zuletzt eingesehen am 28.4.2023).

34 Kohle, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, 1417 (1419).

Überdies kann der Bildschirmarbeitsplatz des eSportlers als Arbeitsstätte i.S.d. § 2 Abs. 5 ArbStättV bzw. § 2 Abs. 7 ArbStättV (Telearbeitsplatz) eingeordnet werden. Der Unterschied zwischen Bildschirmarbeitsplatz und Telearbeitsplatz liegt darin, dass der Bildschirmarbeitsplatz ein sich in Arbeitsräumen befindender Arbeitsplatz ist und der Leistungsort damit beim Arbeitgeber liegt. Beim Telearbeitsplatz ist der Leistungsort im Privatbereich der Beschäftigten. Die Pflichten des Arbeitgebers richten sich vorwiegend nach § 3 ArbStättV, wonach der Arbeitgeber u.a. festzustellen hat, ob die Beschäftigten Gefährdungen beim Einrichten und beim Betreiben von Arbeitsstätten ausgesetzt sind oder ausgesetzt werden können.³⁵ Ist im Einzelfall nicht von einer Arbeitsstätte i.S.d. ArbStättV auszugehen, so sind dennoch die arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben des ArbSchG zu beachten. § 3 Abs. 1 ArbSchG enthält die Grundpflichten des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber ist danach verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen.

V. Beendigung der Verträge

Orientiert man sich bei eSport-Verträgen an Verträgen aus dem traditionellen Sport, ist auffällig, dass diese meist befristet sind. Hierbei kann die Vertragslaufzeit auch teilweise auf eine Saison beschränkt werden.³⁶ Gem. § 620 Abs. 3 BGB greift dann das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG). Eine Befristung muss stets nach § 14 TzBfG zulässig sein. Im Profisport wird hierbei auf die Eigenart der Arbeitsleistung abgestellt, die die Befristung rechtfertigt, § 14 Abs. 1 Nr. 4 TzBfG.³⁷ Begründet wird dies damit, dass sportliche Höchstleistungen erwartet werden.³⁸ Es stellt sich nun die Frage nach der Übertragbarkeit. Grundsätzlich muss beim eSport zwischen der Tätigkeit als Wettkämpfer und der Tätigkeit der (Selbst-)Vermarktung differenziert werden.³⁹ Innerhalb der Wettkampftätigkeit kann grundsätzlich von der Erzielung sportlicher Höchstleistungen ausgegangen

35 Wiebauer in: Landmann/Rohmer, ArbStättV, § 1, Rn. 2.

36 Krumrey, Befristung in Spielerverträgen im E-Sport in: Maties (Hrsg.), eSport-Recht, Baden-Baden 2020, S. 162 f.

37 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16, = NZA 2018, 703 (703).

38 BAG, Urt. v. 16.1.2018 – 7 AZR 312/16 = NZA 2018, 703 (704).

39 Ausführlich dazu Krumrey, Befristung in Spielerverträgen im E-Sport in: Maties (Hrsg.), eSport-Recht, Baden-Baden 2020, S. 167.

werden. Etwas anderes kann sich lediglich daraus ergeben, wenn sich die Weisungsbefugnis nicht auf die sportliche Höchstleistung bezieht, sondern die Vermarktung der Person als solche im Vordergrund steht. Allerdings hat selbst der BAG Verträge mit Künstlern als sachlich begründete Befristungen aufgezählt.⁴⁰ Daher ist davon auszugehen, dass die Befristung von Arbeitsverträgen im eSport zulässig ist. Dies führt dazu, dass eine ordentliche Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen ist, es sei denn, dass dies vorher vereinbart wurde, § 15 Abs. 3 TzBfG. Das bedeutet, dass der Vertrag entweder durch Zeitablauf nach § 620 Abs. 1 BGB oder durch die fristlose Kündigung gem. § 626 BGB endet. Hierfür muss ein wichtiger Grund herangezogen werden. Das Nichterbringen der sportlichen Höchstleistung ist nicht als wichtiger Grund anzusehen.⁴¹ Dafür spricht, dass gerade kein bestimmter Leistungserfolg gefordert wird.⁴² Sofern Rückschlüsse auf die Profisportlervverträge geschlossen werden, ist die Einnahme von leistungssteigernden Substanzen nicht gestattet und kann einen wichtigen Grund darstellen.⁴³ Die damit einhergehende Rufschädigung kann ebenfalls einen Kündigungsgrund darstellen.⁴⁴ Zudem ist in Bezug auf den eSport auch an Cheating als Kündigungsgrund zu denken.⁴⁵

VI. Zwischenergebnis

Der eSportler ist dann nach § 611a BGB als Arbeitnehmer zu qualifizieren, wenn dieser unter Anwendung seiner sportlichen Fähigkeiten in persönlicher Abhängigkeit in erster Linie seinen Lebensunterhalt verdient und dabei die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers fördert. Besonderheiten beim eSport sind mit Blick auf die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer festzustellen, da sich diese – formuliert in § 106 GewO – auf Inhalt, Ort, Zeit und Durchführung beziehen kann, der eSportler im Regelfall jedoch davon befreit wird, an einem vom Arbeitgeber

40 BAG, Beschluss vom 12.10.1960 – Gr. Senat 1/59 (3 AZR 65/56) = NJW 1961, 798 (799).

41 Baumann/Pasternak, Beendigung des Vertragsverhältnisses in: Frey (Hrsg.), eSport und Recht, Baden-Baden 2021, § 19, Rn. 24.

42 Dies.

43 Günther in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023, § 626, Rn. 478.

44 Ders.

45 Baumann/Pasternak, Beendigung des Vertragsverhältnisses in: Frey (Hrsg.), eSport und Recht, Baden-Baden 2021, § 19, Rn. 24.

fest vorgeschriebenen Ort die Spielleistung zu erbringen. Zwar wird der Arbeitnehmer hin und wieder Besprechungen, Spielübungen oder Taktiken am Ort des Arbeitgebers haben. Regelmäßig wird aber dem eSportler überlassen, wo er die Spiele spielt, solange der eSportler gewährleisten kann, die bestmögliche Leistung abrufen zu können, wie beispielsweise keinen Spielnachteil aufgrund von veralteter Hardware zu haben. Vielmehr sind beim eSport bereits bestehende arbeitsrechtliche Überlegungen auf die virtuelle Arbeit zu übertragen.

Mit Blick auf den Arbeitsschutz sind vor allem Regelungen aus dem § 618 BGB, dem ArbSchG, des ArbZG und der ArbStättV zu beachten. Die Arbeitsintensität, der ein eSportler sowohl auf physischer als auch auf psychischer Ebene ausgesetzt ist, muss insbesondere mit Blick auf das Alter der Spielenden beachtet werden. Die jeweilig zu berücksichtigen Schutzpflichten des Arbeitgebers können nicht pauschal formuliert werden, sondern hängen von dem konkreten Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ab. Schlussendlich steht ein interessengerechtes Ergebnis, gerade in Hinsicht auf die konkrete Schutzwürdigkeit des Spielers, im Vordergrund.

C. Besonderheiten bei Minderjährigen

Im Gegensatz zum traditionellen Sport befinden sich auf vielen eSport Titeln Altersfreigaben. Seit der Novellierung des Jugendschutzgesetzes im Jahr 2003 werden auch Computerspiele von der Altersfreigabe erfasst.⁴⁶ Das bedeutet, dass Computerspiele gem. § 12 Abs.1 JuSchG den Kindern und Jugendlichen nur zugänglich gemacht werden dürfen, wenn diese für ihre entsprechende Altersstufe gekennzeichnet sind. Als Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle fungiert hier die USK (freiwillige Selbstkontrolle Unterhaltungssoftware GmbH).⁴⁷ Eine Pflicht zur Kennzeichnung besteht nicht, jedoch dürfen nicht gekennzeichnete Spiele nur für Erwachsene zugänglich gemacht werden.⁴⁸ Beliebte eSport Titel in Deutschland sind

46 *Liesching* in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), *Strafrechtliche Nebengesetze Kommentar*, 244. EL, München 2023, § 12 JuSchG, Rn. I.

47 *Hentsch* in: Hoeren/Sieber/Holznapel (Hrsg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, 58. EL, München 2022, Teil 22 Games, Rn. 39 f.

48 *Ders.*

beispielsweise League of Legends, Counter-Strike: Global Offensive, DOTA 2, Fortnite, Hearthstone – Heroes of Warcraft und Overwatch.⁴⁹

Hearthstone hat eine USK-Freigabe von 0 Jahren⁵⁰ und zählt zu den Sammelkartenspielen. League of Legends hat eine Freigabe von 12 Jahren und zählt zu den Strategiespielen⁵¹ und selbst Counter-Strike: Global Offensive, das zu den Shooter-Spielen gehört, hat eine Altersfreigabe von 16 Jahren.⁵² Grundsätzlich sind die wenigsten Spiele erst ab 18 Jahren freigegeben.

Dieser Auszug von Beispielen verdeutlicht, dass die meisten beliebten eSport-Titel für Minderjährige freigegeben sind. Das kann dazu führen, dass Kinder und Jugendliche bereits in frühen Jahren mit dem eSport beginnen und sich schnell zu professionellen und gefragten Spielern entwickeln. Weltweit wurden bereits sechsjährige Spieler unter Vertrag genommen.⁵³ Auf nationaler Ebene war der jüngste Teilnehmer der Fortnite WM (freigegeben ab 12 Jahren⁵⁴) 13 Jahre alt und gewann 50.000 US-Dollar.⁵⁵

I. Abschluss der Spielerverträge

Die Beschäftigung von Minderjährigen weist rechtliche Besonderheiten auf. So müssen insbesondere die Vorschriften des BGB sowie das JugendschutzG und das JugendarbeitsschutzG berücksichtigt werden.

49 ESBD, Was ist eigentlich eSport?, abrufbar unter <https://esportbund.de/esport/> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

50 USK, Hearthstone – Heroes of Warcraft, abrufbar unter <https://usk.de/usktitle/35975/> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

51 USK, League of Legends, abrufbar unter <https://usk.de/usktitle/26380/> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

52 USK, Counter-Strike: Global Offensive, abrufbar unter <https://usk.de/usktitle/33661/> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

53 eSports.com, Die jüngsten Esport-Profis der Welt abrufbar unter <https://www.esports.com/de/die-juengsten-esport-profis-der-welt-186599> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

54 USK, Informationen der USK zu Fortnite, 2019 abrufbar unter <https://usk.de/informationen-der-usk-zu-fortnite/> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

55 ran, Deutschlands jüngster Teilnehmer der Fortnite WM, 2019 abrufbar unter <https://www.ran.de/esports/video/deutschlands-juengster-teilnehmer-der-fortnite-wm-clip> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

1. Vorschriften des BGB

Zunächst muss beachtet werden, dass Kinder unter sieben Jahren gem. § 104 BGB geschäftsunfähig sind, so dass der gesetzliche Vertreter das Kind stets vertreten muss. Kinder ab sieben Jahren und unter 18 Jahren sind beschränkt geschäftsfähig, § 106 BGB. Beschränkt Geschäftsfähige können lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte abschließen, andernfalls benötigen Sie die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, § 107 BGB. Zudem können Minderjährige ebenfalls Rechtsgeschäfte abschließen, wenn sie die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirken, die ihnen zu dem Zweck oder zur freien Verfügung gestellt wurden, § 110 BGB („Taschengeldparagraph“).

Bei Minderjährigen beginnt es üblicherweise nicht mit dem klassischen Arbeitsvertrag, sondern mit einer Mitgliedschaft in einem Verein. Ein Arbeitsvertrag stellt durch die oben genannten Verpflichtungen stets einen rechtlichen Nachteil dar. Sofern hier Mitgliedsbeiträge erhoben werden, handelt es sich ebenfalls um einen rechtlichen Nachteil. Dies gilt auch für die sog. Gratisverträge, bei denen ein Mitgliedsbeitrag erst mit Eintritt der Volljährigkeit fällig wird.⁵⁶ Bei bezahlbaren Mitgliedschaftsbeiträgen stellt sich die Frage, ob der Minderjährige diese selbst bewirken kann. Mitgliedsbeiträge können mehrmals im Jahr oder gar monatlich fällig werden. Grundsätzlich muss der Minderjährige die Leistung vollständig erbringen.⁵⁷ Teilleistungen werden nur wirksam, sofern es sich um ein teilbares Geschäft handelt.⁵⁸ Dies ist bei Mitgliedsbeiträgen der Fall. Für den bezahlten Zeitraum ist der Vertrag danach wirksam. Der Teil, der in der Zukunft liegt, bleibt schwebend unwirksam.⁵⁹ Allerdings ist zu beachten, dass eine Vereinsmitgliedschaft wie ein Arbeitsverhältnis weitere Pflichten begründen kann, wie beispielweise die Verpflichtung zu regelmäßigen Trainingszeiten. Ob als „Mittel“ auch die Arbeitskraft verstanden werden kann, ist fraglich. Eine direkte Anwendung ist mit dem Wortlaut nicht

56 *Lakies* in: Jugendarbeitsschutzgesetz Basiskommentar, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2022, Einl., Rn. 51; *Latzel/Zöllner*, Anfänglich kostenlose Verträge mit Minderjährigen, NJW 1031 (1035).

57 *Spickhoff* in: Sackner/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Auflage, München 2021, § 110, Rn. 12.

58 *Duden* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023, § 110, Rn. 42.

59 *Spickhoff* in: Sackner/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Auflage, München 2021, § 110, Rn. 16; *Duden* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023, § 110, Rn. 42.

vereinbar, denn die Arbeitskraft kann bereits nicht als Mittel überlassen werden.⁶⁰ Eine Analogie erscheint nicht notwendig, denn der Minderjährige ist ausreichend über die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses geschützt. Zudem fehlt es an der Vergleichbarkeit der „zur Verfügung gestellten Mittel“ mit den Mitteln i.S.e. Arbeitsleistung.⁶¹ Um unwirksame Verträge zu vermeiden, sollte die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegen. Jedoch statuiert § 113 BGB als sog. Arbeitsmündigkeit⁶² eine Ausnahme. Danach kann der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen ermächtigen, ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis einzugehen. Der Minderjährige ist dann für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die die Eingehung oder Aufhebung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses oder andere sich daraus ergebenden Verpflichtungen betreffen.⁶³ Zudem gilt diese Norm auch für Selbstständige oder arbeitnehmerähnliche Personen.⁶⁴ Das bedeutet, dass die Qualifikation als Arbeitnehmer nicht entscheidend ist.

2. Vorschriften des JArbSchG

Weiterhin können die Vorschriften des JArbSchG greifen. Maßstab hierfür ist nicht die Arbeitnehmereigenschaft, sondern ob ein Minderjähriger beschäftigt wird. Die Regelungen des Jugendarbeitsschutzgesetzes finden gem. § 1 Abs. 1 JArbSchG Anwendung, wenn Personen unter 18 Jahren als Arbeitnehmer oder mit sonstigen Dienstleistungen, die der Arbeitsleistung von Arbeitnehmern ähnlich sind, beschäftigt werden.

Grundsätzlich ist die Beschäftigung von Kindern unter 15 Jahren gem. §§ 5 Abs. 1, 2 Abs. 1 JArbSchG verboten. § 5 JArbSchG ist hierbei ein Ver-

60 *Mansel* in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 18. Auflage, München 2021, § 110 Rn. 4; Wendtland in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 65. Edition 2023, § 110, Rn. 11.

61 *Duden* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023, § 110, Rn. 24 f; (a.A. *Rodi*, Die Rechtsnatur des § 110 BGB, Tübingen 2021, S. 118 ff.).

62 *Preis* in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage, München 2023, § 113, Rn. 2; *Ahrens/Heicke* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB 2019, § 113, Rn. 2.

63 *Lakies* in: Jugendarbeitsschutzgesetz Basiskommentar, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2022, Einl., Rn. 100 f.

64 *Ders.*

botsgesetz i.S.d. § 134 BGB und führt zur Nichtigkeit des Vertrages.⁶⁵ Es gelten in der Folge die Grundsätze über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis.⁶⁶ Eine Ausnahme hiervon findet sich in § 5 Abs. 3 JArbSchG, wenn das Kind über 13 Jahre alt ist, die Einwilligung des Personenberechtigten vorliegt und die Beschäftigung leicht und für Kinder geeignet ist. Dies ist der Fall, wenn Sicherheit, Gesundheit, Schulbesuch und die Fähigkeit dem Unterricht zu folgen nicht nachteilig beeinflusst werden.⁶⁷ Ein Indiz hinsichtlich des eSports für negative Beeinflussung stellt hier das Spielen von eSport-Titeln mit nicht entsprechender Altersfreigabe dar.

Weiterhin muss genau untersucht werden, ab wann eine Beschäftigung vorliegt. Tätigkeiten im eigenen Interesse und für den eigenen Bedarf stellen keine Beschäftigung dar.⁶⁸ Dazu zählen auch Spiel, Sport und Hobbys.⁶⁹ Ferner gehören dazu auch Betätigungen innerhalb eines Vereins.⁷⁰ Problematisch wird es jedoch bei öffentlichen Veranstaltungen, wie beispielsweise Wettbewerben. Grundsätzlich sind öffentliche Veranstaltungen eines Vereins als Freizeitveranstaltungen anzusehen, auch wenn auf Seiten des Vereins ein wirtschaftliches Interesse besteht und die Einnahmen dem Verein zugutekommen.⁷¹ Jedoch kann nicht von einer Freizeitbetätigung ausgegangen werden, sofern die Mitwirkung des Minderjährigen vermarktet wird und eine Verpflichtung zur Ableistung der Tätigkeit besteht oder diese durch eine erhebliche zeitliche Beanspruchung und eine gewisse Regelmäßigkeit besteht.⁷² Dies ist insbesondere bei Sponsoring-Veranstaltungen der Fall.⁷³ Zudem ist gerade die Vermarktung ein großer Bestandteil der eSportler. Damit unterliegen die eSport-Veranstaltungen auch ohne arbeitsvertragliche Beziehungen den Bestimmungen des Jugendarbeitsschutzgesetzes.

65 Tilmanns in: Hennsler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 10. Auflage, Köln 2022, § 5 JArbSchG, Rn. 2; Lakies in: Jugendarbeitsschutzgesetz Basiskommentar, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2022, § 5, Rn. 1.

66 Dies.

67 Weyand in: Nomos-BR JArbSchG, 2.Online-Auflage 2016, § 5, Rn. 23.

68 Ders. § 5, Rn. 25.

69 Lakies in: Jugendarbeitsschutzgesetz Basiskommentar, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2022, § 1, Rn. 9.

70 Weyand in: Nomos-BR JArbSchG, 2.Online-Auflage 2016, § 1, Rn. 26.

71 Lakies in: Jugendarbeitsschutzgesetz Basiskommentar, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2022, § 1, Rn. 10; Weyand in: Nomos-BR JArbSchG, 2.Online-Auflage 2016, § 1, Rn. 28.

72 Weyand in: Nomos-BR JArbSchG, 2.Online-Auflage 2016, § 1, Rn. 30.

73 Lakies in: Jugendarbeitsschutzgesetz Basiskommentar, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2022, § 1, Rn. 10.

Die relevanten Besonderheiten für den eSport sind die Arbeits- und Ruhezeiten der Minderjährigen. Minderjährige dürfen nicht mehr als acht Stunden täglich und nicht mehr als 40 Stunden wöchentlich beschäftigt werden, vgl. § 8 Abs.1 JArbSchG. Zudem sind die Ruhepausen gem. § 11 JArbSchG einzuhalten und es müssen 12 Stunden Freizeit gem. § 13 JArbSchG zwischen den Arbeitszeiten liegen. Zu beachten ist ferner die geregelte Nachtruhe nach § 14 JArbSchG. Jugendliche dürfen danach nur von 6 bis 20 Uhr beschäftigt werden. Ebenfalls besteht grundsätzlich ein Verbot der Beschäftigung an Samstagen (§ 16 JArbSchG) und an Sonntagen (§ 17 JArbSchG). Sofern also von einer arbeitsvertraglichen Beziehung ausgegangen wird, indem Trainingszeiten oder ähnliches stattfinden, müssen diese Vorschriften eingehalten werden.

3. Beendigung der Verträge

Die Beendigung der Verträge weist zu den oben genannten Ausführungen kaum Besonderheiten auf. Sofern dem Minderjährigen die Arbeitsmündigkeit nach § 113 BGB erteilt wurde, kann er eigenständig das Verhältnis beenden und die Kündigung kann gegenüber ihm erklärt werden. Andernfalls ist diese gegenüber dem gesetzlichen Vertreter zu erklären, § 131 BGB.

II. Teilnahme an Events

Problematischer als das Abschließen der Spielerverträge könnte sich die Teilnahme an Events gestalten. Auf minderjährige Zuschauer innerhalb der Events wird nicht eingegangen.

1. Einschreibung zu den Events

Zunächst werden sich die eSportler zu den Events einschreiben müssen. Dies kann beispielsweise durch ein Anmeldeformular geschehen. Zu beachten ist jedoch, dass im Einzelfall die vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegen muss. Fraglich ist, ob die Teilnahme bei eSport-Events einen lediglich rechtlichen Vorteil darstellt. Dies ist von den Teilnahmebedingungen abhängig. Kein lediglich rechtlicher Vorteil liegt vor, wenn der Minderjährige zur Teilnahme verpflichtet oder eine

Anmeldegebühr erhoben wird.⁷⁴ Innerhalb des Events ist es möglich, dass personenbezogene Daten verarbeitet werden. Auch hier liegt ein rechtlicher Nachteil vor.⁷⁵ Die Einwilligung zur Datenverarbeitung kann gem. Art. 8 Abs.1 DS-GVO erst ab einem Alter von 16 Jahren selbst erteilt werden. Zudem kann auch die Höhe des Preisgeldes eine Rolle spielen. Übersteigt das Preisgeld einen gewissen Betrag und muss versteuert werden, liegt ebenfalls ein rechtlicher Nachteil vor.⁷⁶

2. Zugang zu Wettbewerben

Weiterhin ist fraglich, ob die Events für Minderjährige zugänglich sind. eSport-Events als solche sind nicht im JuSchG zu finden.⁷⁷ Jedoch verbietet § 6 Abs.1 JuSchG den Jugendlichen die Anwesenheit in öffentlichen Spielhallen oder ähnlich vorwiegend dem Spielbetrieb dienenden Räumen. Hierbei wird an den Begriff der Spielhallen und spielhallenähnliche Unternehmen i.S.d. § 33i GewO angeknüpft.⁷⁸ Das BVerwG hat 2005 ebenfalls ein Internet-Café als spielhallenähnliches Unternehmen qualifiziert. Dazu wurde ausgeführt, dass es der Spielhallenerlaubnis nach § 33i Abs.1 S.1 GewO bedürfe, sofern Gewerbetreibende in ihren Räumen Computer aufstellen, die sowohl zu Spielzwecken als auch zu anderen Zwecken genutzt werden können und der Schwerpunkt in der Nutzung der Computer zu Spielzwecken liege.⁷⁹ Sofern diese Rechtsprechung strikt auf sog. Gaming-Häuser übertragen werden würde, besteht ein Zutrittsverbot der Jugendlichen, § 6 Abs.1 JuSchG.

Teilweise wird vertreten, dass dieser Ansicht nicht mehr gefolgt werden könne.⁸⁰ Begründet wird dies dadurch, dass reine eSport-Events, in denen

74 Oppong, Rechtliche Aspekte des E-Sports – Teil 4: Preisgelder und Jugendschutz, LHR Magazin 2022, abrufbar unter <https://www.lhr-law.de/magazin/e-sportrecht/e-sport-preisgelder/> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

75 Duden in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023, § 107, Rn. 121 f.

76 Oppong, Rechtliche Aspekte des E-Sports – Teil 4: Preisgelder und Jugendschutz, LHR Magazin 2022, abrufbar unter <https://www.lhr-law.de/magazin/e-sportrecht/e-sport-preisgelder/> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

77 Hilgert/Eickhoff, Jugendschutz im eSport, MMR – Beilage 2018, 16 (18).

78 Liesching in: Jugendschutzrecht Kommentar, 6. Auflage, München 2022, § 6 JuSchG, Rn. 5.

79 BVerwG, Urteil vom 09.03. 2005 – 6 C 11/04 = NVwZ 2005, 961 (961).

80 So Scheyhing, Jugendliche bei eSport-LAN-Events – Jugendschutz im eSport, MMR-Aktuell 2016, 382190.

der Gewinn durch das Geschick der Spielenden erreicht wird, nicht unter Spielhallen zu subsumieren seien.⁸¹

Eine andere Auffassung vertritt, dass eSport als anderes Spiel i.S.d. § 33d GewO qualifiziert werden könne, sofern Preisgelder gewonnen werden können und die Veranstaltung ortsgebunden erfolge.⁸² Die Ansichten verfolgen damit beide den Ansatz, dass die Qualifikation der Spielhalle von einem Preisgeld abhängig ist bzw. von der Gewinnmöglichkeit. Allerdings ist zu beachten, dass der Schutzzweck des JuSchG sich auf die Entwicklung einer Spielleidenschaft bezieht,⁸³ wodurch die Gewinnmöglichkeit nicht das einzige Kriterium ist. Zwar wird das Vorliegen einer Spielhalle ebenfalls bei Hallen mit sportlicher Betätigung abgelehnt. Mangels Gleichstellung von Sport und eSport ist eine Übertragbarkeit zu verneinen. Aus diesen Gründen sollte eher davon ausgegangen werden, dass öffentliche LAN-Partys und Gaming-Häuser als Spielhallen erfasst werden können.⁸⁴ Auch in der Praxis wird der sichere Weg gewählt, indem eSport-Veranstalter den Zugang zu LAN-Bereichen erst ab 18 Jahren freigeben.⁸⁵

Schließlich muss gem. § 13 JuSchG darauf geachtet werden, dass die entsprechenden Altersfreigaben der Spiele eingehalten werden.

3. Zeiten der Wettbewerbe

Wie bereits ausgeführt, gibt es insbesondere zu den Zeiten der Beschäftigungen von Jugendlichen strenge Vorschriften. Üblicherweise finden eSport-Events, wie auch klassische Sportturniere an den Wochenenden statt und diese können bis in die Abendstunden reichen. Grundsätzlich gilt, dass Jugendliche nur von 6 bis 20 Uhr beschäftigt werden dürfen (§ 14 JArbSchG). Zudem sind die Wochenenden Ruhetage i.S.d. §§ 16 f. JArbSchG. Allerdings gibt es hierfür Ausnahmen.

So kann eine Mitwirkung bei Musikaufführungen, Theatervorstellungen und anderen Aufführungen, bei Aufnahmen im Rundfunk, auf Ton- und

81 *Scheyhing*, Jugendliche bei eSport-LAN-Events – Jugendschutz im eSport, MMR-Aktuell 2016, 382190.

82 *Reeckmann* in: Pielow (Hrsg.) BeckOK GewO, 58. Edition 2022, § 33i, Rn. 13a.

83 *Liesching* in: Jugendschutzrecht Kommentar, 6. Auflage, München 2022, § 6 JuSchG, Rn. 1.

84 *Hilgert/Eickhoff*, Jugendschutz im eSport, MMR – Beilage 2018, 16 (18); *Liesching* in: Jugendschutzrecht Kommentar, 6. Auflage, München 2022, § 6 JuSchG, Rn. 8.

85 Bspw. in der Dreamhack abrufbar unter <https://www.dreamhack-hannover.de/de/lan-byoc/> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

Bildträger sowie bei Film- und Fotoaufnahmen bis 23 Uhr erlaubt sein. Diese Ausnahmen gelten seit 2021 ebenfalls für Sportveranstaltungen.⁸⁶ Vor dieser Einführung wurde sich dafür ausgesprochen, dass die großen Sportveranstaltungen ebenfalls als Aufführung qualifiziert werden könnten und damit unter die Ausnahme fallen würden. Dies wurde allerdings mit der Begründung abgelehnt, dass an die Ausnahme des Sports innerhalb dieses Gesetzes bereits gedacht wurde.⁸⁷ Die Gesetzesänderung zeigt jedoch, dass die Ausnahme gerade nicht angedacht wurde. Vielmehr wurde in der Gesetzesbegründung angeführt, dass der Einsatz Minderjähriger Profisportler keine Seltenheit sei und Spiele üblicherweise nach 20 Uhr ausgetragen würden.⁸⁸ Eine Übertragbarkeit der Ausnahme für Sportveranstaltungen auf den eSport ist jedoch mangels Gleichstellung weiterhin abzulehnen. Da sich für den eSport noch keine Ausnahmen finden, könnte nochmals daran angeknüpft werden, die eSportler als Artisten einer Aufführung anzusehen. Dafür könnte auch der große Zuspruch von Let's Plays und Liveübertragungen der Events sprechen. Schließlich muss noch beachtet werden, dass die Ausnahmen gem. § 14 Abs. 7 S. 2 JArbSchG nicht greifen, sofern sie gegen Bestimmungen des JuSchG verstoßen. Das bedeutet, dass im Falle einer Spielhalle und dem daraus resultierenden Zutrittsverbot erst recht keine Ausnahme für die Nachtruhe gemacht werden darf.

Ein ähnliches Problem ergibt sich bei den Ruhetagen nach §§ 16, 17 JArbSchG, wobei wieder Ausnahmen für Aufführungen (Nr. 7) und Sport (Nr. 9) anwendbar sind. Die oben genannten Argumente können wieder angeführt werden.

III. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass Minderjährige eSportler in ihrer Ausübung sehr eingeschränkt sind und schlecht gefördert werden können. Insbesondere die Teilnahme an den Events kann beschränkt bzw. sogar verboten sein. Sinn und Zweck des Jugendarbeitsschutzgesetzes ist, Jugendliche vor einer möglichen Überlastung durch Arbeit zu schützen.⁸⁹ Innerhalb

86 Änderung § 14 JArbSchG vom 23.07.2021, abrufbar unter <https://www.buzer.de/gesetz/956/all150860-0.htm> (zuletzt eingesehen am 28.04.2023).

87 Hilgert/Eickhoff, Jugendschutz im eSport, MMR – Beilage 2018, 16 (19).

88 BT Drucks. 19/29893 S. 24

89 Weyand in: Nomos-BR JArbSchG, 2.Online-Auflage 2016, § 1, Rn. 1.

des traditionellen Sports im professionellen Bereich ist es gewöhnlich, dass Jugendliche an ihre körperlichen Grenzen stoßen. Im Hinblick auf Theater- und Liveaufführungen können die Jugendlichen auch nach der Aufführung Nachteilen ausgesetzt sein, wie beispielsweise beim Teilnehmen an einer Castingshow.⁹⁰ Es ist dementsprechend nicht ersichtlich, warum ausgerechnet der Schutz hinsichtlich des eSports weitreichender sein soll als bei den anderen Ausnahmen.⁹¹ Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Relevanz des eSports nicht bedacht wurde, wodurch dringender Handlungsbedarf des Gesetzgebers besteht. In der Übergangszeit ist es wünschenswert, dass wenigstens eine Analogie zu den Ausnahmen herangezogen werden kann, da die Regelungslücke planwidrig erscheint und die Interessenlage vergleichbar ist.

D. Vertragsgestaltung des Sponsorings

Die Vertragsabschlüsse im Sponsoring erscheinen insofern problematisch, als dass die finale Einordnung des Sponsoringvertrages nicht geklärt ist. Zudem ist zu fragen, ob es Besonderheiten in Bezug auf Minderjährige gibt und an welche Voraussetzungen sich der Sponsor halten muss.

I. Dogmatische Einordnung des Sponsoringvertrages

Das Rechtsverhältnis zwischen Sponsoren und Gesponserten wird entsprechend dem Vertragsgegenstand als Sponsoringvertrag bezeichnet.⁹² Vertragsgegenstand sind vertragliche Abreden, nach denen der Sponsor dem Gesponserten Unterstützung finanzieller und/oder materieller Art zu gewähren hat und der Gesponserte dem Sponsor als Gegenleistung Nutzungsrechte einräumt.⁹³ Ferner wird der Sponsor verpflichtet, den Ge-

90 Ähnlich *Schlicht*, Neu vs. Alt: eSport und Jugendarbeitsschutz – ein Appell an den Gesetzgeber, *SpoPrax* 2021, 200 (203).

91 Ähnlich *Baumann/Pasternak* in: eSport und Recht, § 16, Rn. 22; *Schlicht*, Neu vs. Alt: eSport und Jugendarbeitsschutz – ein Appell an den Gesetzgeber, *SpoPrax* 2021, 200 (203).

92 *Rudolph*, Sponsoring und Werbung in: Frey (Hrsg.) eSport und Recht, Baden-Baden 2020, § 25, Rn. 7.

93 *Voigt* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023, § 311 BGB, Rn. 1077.

sponserten in sportlicher, kultureller, sozialer und ökologischer Hinsicht finanziell zu unterstützen oder diesem Sachmittel oder Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen.⁹⁴ Der Gesponserte wird dazu verpflichtet, die kommunikativen Ziele des Sponsors zu unterstützen, insbesondere in Form von werbenden Tätigkeiten für den Sponsor.⁹⁵ Der Sponsoringvertrag wird im BGB nicht typisiert und ist daher gemäß § 311 BGB als Vertrag *sui generis* einzuordnen. Die konkret ausgestalteten Rechte und Pflichten zwischen Sponsor und Gesponserten können daher insbesondere Vertragselemente aus Tausch, Dienstvertrag, Werkvertrag und Lizenzen enthalten. Von der Rechtsprechung wird der Sponsoringvertrag dann als Werkvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter gemäß § 675 BGB i.V.m. § 631 Abs. 1 BGB qualifiziert, wenn bestimmte Werbemaßnahmen vertraglich im Vordergrund stehen. Dann ist der für den Werkvertrag erforderliche konkret geschuldete Erfolg des Unternehmers maßgebend für die rechtliche Einordnung des Vertrages.⁹⁶ Hingegen ist von einem Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichen Elementen nach § 675 Abs. 1 BGB i.V.m. § 611 BGB auszugehen, wenn vertraglich eine regelmäßige, werbemäßige Betreuung im Vordergrund steht, da im Umkehrschluss die geschuldeten Einzelmaßnahmen in ihrer rechtlichen Bedeutung zurücktreten.⁹⁷ Schlussendlich ist für die Beurteilung der Vertragstypisierung eine Einzelfallbetrachtung notwendig, es verbietet sich daher eine pauschale rechtliche Qualifizierung des Sponsoringvertrages. Mithin ist der im konkreten Vertrag zum Ausdruck kommende Parteiwillen zwischen Sponsor und Gesponserten maßgebend.⁹⁸

II. Sponsoring bei Minderjährigen

Bei Sponsoringverträgen zwischen Minderjährigen und Sponsoren kann ebenfalls die Arbeitsmündigkeit gem. § 113 BGB greifen, da der Schutz-

94 Voigt in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023 § 311 BGB, Rn. 1094.

95 OLG Dresden vom 02.03.2006 – 13 U 2242/05 = BeckRS 2011, 116564, Rn. 9.

96 BGH, Versäumnisurteil vom 17.05.2018 – VII ZR 70/17 = NJW-RR 2018, 1319 (1319).

97 Rudolph, Sponsoring und Werbung in: Frey (Hrsg.) eSport und Recht, Baden-Baden 2020, § 25, Rn. 9; BGH, Versäumnisurteil vom 17.05.2018 – VII ZR 70/17 = NJW-RR 2018, 1319, Rn. 12.

98 Voigt in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023, § 311, Rn. 1095.1.

zweck der Norm über den engeren Gegenstandsbereich von Dienstverträgen oder Arbeitsverträgen hinausgeht.⁹⁹ Hierbei ist die Reichweite der Ermächtigung im Einzelfall maßgeblich. Andernfalls greifen die Vorschriften über die beschränkte Geschäftsfähigkeit.

III. Vorgaben für den Sponsor

Schließlich muss der Sponsor bezüglich des Sponsorings auf Events und der damit einhergehenden Übertragung die Regeln des Medienstaatsvertrages (MStV) und des Jugendmedienstaatsvertrages (JMStV) beachten. Bei eSport-Übertragungen im Fernsehen liegt es nahe, dass Rundfunk vorliegt. Allerdings gilt dies auch für Livestreams auf Plattformen, wie beispielsweise Twitch.¹⁰⁰ Regelungen für das Sponsoring finden sich insbesondere in § 10 MStV. So muss beispielsweise eindeutig auf die Sponsoring-Vereinbarung hingewiesen werden und die Finanzierung durch den Sponsor muss deutlich werden. Weiterhin darf durch das Sponsoring die redaktionelle Verantwortung und die Unabhängigkeit des Rundfunkveranstalters nicht beeinträchtigt werden. Zudem gelten einige Werbegrundsätze und Kennzeichnungspflichten aus § 8 MStV entsprechend, vgl. § 10 Abs. 6 MStV. Für das Sponsoring hinsichtlich Minderjähriger ist insbesondere § 6 JMStV zu beachten.

IV. Beendigung der Verträge

Bei einem Sponsoring-Vertrag handelt es sich grundsätzlich um befristete Verträge, die als Dauerschuldverhältnisse zu qualifizieren sind.¹⁰¹ Sie können entweder aufgrund einer Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB oder mithilfe einer außerordentlichen Kündigung nach § 314

99 *Spickhoff* in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Auflage, München 2021, § 113, Rn. 6; *Ahrens/Heicke* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB 2019, § 113, Rn. 14.

100 So auch *Rudolph*, Sponsoring und Werbung in: Frey (Hrsg.) eSport und Recht, Baden-Baden 2020, § 25, Rn. 28.

101 *Voigt* in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), BeckOGK BGB, 2023, § 311, Rn. 1137. *Voigt* in: BeckOGK, § 311, Rn. 1137; *Rudolph*, Sponsoring und Werbung in: Frey (Hrsg.) eSport und Recht, Baden-Baden 2020, § 25, Rn. 56.

BGB beendet werden.¹⁰² Hierbei wird, wie auch bei der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ein wichtiger Grund gem. § 314 BGB benötigt. Dies ist der Fall, wenn die Fortführung des Vertrages für den Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen unzumutbar ist.¹⁰³ Es können auch ähnliche Gründe wie bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses herangezogen werden, wie beispielsweise Doping oder rufschädigendes Verhalten.¹⁰⁴

E. Fazit

Im Regelfall kann davon ausgegangen werden, dass ein eSportler arbeitnehmertypische Tätigkeiten ausübt, weshalb die neben den allgemeinen geltenden Schutzpflichten für Arbeitnehmer gem. § 618 BGB, die arbeitsrechtlichen Vorgaben nach dem ArbZG, der ArbStättV und des ArbSchG vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu beachten sind. Die jeweilig aus den verschiedenen Gesetzen normierten Schutzpflichten hängen von dem konkreten Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ab. Hierbei steht ein interessengerechtes Ergebnis, gerade mit Blick auf die Schutzwürdigkeit des eSportlers, im Vordergrund.

Daraus ist zu schlussfolgern, dass beim eSport bereits bestehende arbeitsrechtliche Regelungen auf die virtuelle Arbeit übertragbar sind und daher grundsätzlich kein Bedarf besteht, für eSport-Tätigkeiten neue Regelungen zu schaffen. Zu beachten ist jedoch, dass in der Praxis Verträge von eSportlern existieren, in denen arbeitstypische Merkmale (Weisung, Abhängigkeit des Dienstverpflichteten) intentional in den Hintergrund gedrängt werden, um arbeitsrechtliche Pflichten zu umgehen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Rechtsprechung in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit stets eine Gesamtabwägung vornimmt und weniger auf das Bestehen einzelner Merkmale schaut. Nur danach bemisst die Rechtsprechung, ob eine abhängige oder unabhängige Tätigkeit vorliegt.

102 Rudolph, Sponsoring und Werbung in: Frey (Hrsg.) eSport und Recht, Baden-Baden 2020, § 25, Rn. 56.

103 BGH, Urteil vom 07.03. 2013 – III ZR 231/12 = NJW 2013, 2021 (2022); BGH, Urteil vom 09.03. 2010 – VI ZR 52/09 = NJW 2010 1874 (1875).

104 Dazu ausführlich: Rudolph, Sponsoring und Werbung in: Frey (Hrsg.) eSport und Recht, Baden-Baden 2020, § 25, Rn. 55 ff.

Zusammenfassend ist in Bezug auf Minderjährige eSportler festzuhalten, dass einige Besonderheiten beachtet werden müssen. Hinsichtlich der Vertragsabschlüsse finden die Regelungen über beschränkt Geschäftsfähige Anwendung. Um den Minderjährigen nicht von einem gesetzlichen Vertreter abhängig zu machen, ist es ratsam eine Arbeitsmündigkeit i.S.d. § 113 BGB zu erteilen. Ansonsten gibt es zu den Vertragsabschlüssen keine eklatanten Probleme. Anders sieht dies in der Teilnahme an den Events aus. Die strengen Vorschriften und die nur eng definierten Ausnahmen lassen kaum die Möglichkeit zu, dass Minderjährige teilnehmen können. Sei es in Bezug auf die Zeiten oder in Bezug auf den Zugang. In diesen Konstellationen besteht dringender Handlungsbedarf der Legislative. Kinder und Jugendlichen sollen im eSport genauso gefördert werden können, wie auch beim Ausüben des Sports oder bei künstlerischen Betätigungen. Insbesondere weil eSport aus der heutigen Zeit nicht mehr wegzudenken ist und sich weiterhin durchsetzen wird.

Die Vertragsnatur des Sponsoringvertrages wird von der Literatur unterschiedlich eingeordnet. Der BGH sieht in dem Sponsoringvertrag grundsätzlich einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit entweder dienstvertraglichem oder werkvertraglichem Schwerpunkt, der jeweils im Einzelfall zu bestimmen ist. Vertragsgegenstand wird in der Praxis häufig die finanzielle Förderung des Gesponserten sein, während der Gesponserte dazu verpflichtet wird, die kommunikativen Ziele des Sponsors zu unterstützen, insbesondere in Form von werbenden Tätigkeiten für den Sponsor. Hinsichtlich des Sponsorings bei Minderjährigen bestehen kaum Besonderheiten. Vielmehr muss der Sponsor die Regelungen des MStV und des JMStV beachten.

