8. Cheating, Exploiting und Privatrecht – digitale Regeln und rechtliche Sanktionen?

Anton S. Zimmermann

Sicherzustellen, dass Regeln eingehalten werden, und Regelbrüche zu sanktionieren, gehört zu den zentralen Aufgaben des Rechts. Dabei geht es meist um Verstöße gegen Regeln, die das Recht selbst setzt. Mit dem Aufkommen von eSport[1] haben aber auch Verstöße gegen zunächst rein digitale Spielregeln an Bedeutung gewonnen.[2] Diese werden vor allem mit den Begriffen *Cheating* und *Exploiting* umschrieben. Beide wirken sich auf Turniere disruptiv aus und stellen eine Bedrohung für die Integrität des eSports dar.

Der Beitrag beleuchtet ihre privatrechtlichen Folgen und Möglichkeiten, ihnen kautelarjuristisch zu begegnen. Zunächst wird kurz erörtert, was *Cheating* und *Exploiting* für die Zwecke des Privatrechts bedeuten (A.). Beide werden bislang nicht einheitlich definiert. Anschließend werden die rechtlichen Folgen von *Cheating* und *Exploiting* im Verhältnis der Teilnehmer und Teams zum Turnierveranstalter[3] erörtert (B.). Dabei wird nach einer vertragsrechtlichen Einordnung der Teilnahmevereinbarung (I.) zunächst anhand der gesetzlichen Ausgangslage aufgezeigt, welche Rechtsbehelfe den Veranstaltern zur Verfügung stehen und inwieweit aus ihrer Sicht Gestaltungsbedarf besteht (II.). Im Anschluss werden rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten untersucht und ihre Grenzen, insbesondere im AGB-Recht, ermittelt (III.).

1 Zum Begriff *Maties*, Arbeitsrecht im eSport, in: Brose et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, München 2021, S. 851.

2 Zu technischen Lösungen *Saßenbach*, E-Sport Veranstaltungen – Scheitern technische Anti-Cheat-Lösungen an TTDSG und DSGVO?, SpoPrax 2022, 419 ff.

3 Zu arbeitsrechtlichen Fragen *Maties*, FS Preis, S. 851 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Begriffsbestimmungen: Cheating und Exploiting

Die Regeln im eSport haben zwei Ebenen: Zum einen gibt es Regeln im klassischen Sinne, wie sie auch bei anderen Sportwettkämpfen anzutreffen sind. Zum anderen gibt aber auch die verwendete Spielsoftware digitale Regeln vor. Sie übernimmt dabei gleich *zwei* Funktionen aus realweltlichen Sportwettkämpfen:[4] *Erstens* ersetzt die Software die Regeln, die andernfalls durch Naturgesetze und faktische Rahmenbedingungen vorgegeben wären. Man denke hier etwa an die Schwerkraft oder Grenzen menschlicher Fähigkeiten (Ausdauer, sichtbares Farbspektrum etc.). *Zweitens* wird durch die Spielsoftware festgelegt, unter welchen Bedingungen ein Spieler einen Wettkampf gewinnt.[5] Weil die Software damit Schiedsrichter und Austragungsumgebung des Wettkampfs ist, können sich eSportler durch Manipulationen der Software oder ein Ausnutzen von Softwarefehlern einen ungerechtfertigten erfolgsrelevanten Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten verschaffen – man spricht von *Cheating* und *Exploiting*.

I. Herrschaft der vertraglichen Vereinbarung

Sollen – wie hier – Vorgänge im Hinblick auf ihre vertragsrechtlichen Folgen untersucht werden, so ist deren Definition letztlich eine Frage der Vertragsauslegung. Dementsprechend liegt die Letztentscheidung über die Tatbestände von *Exploiting* und *Cheating* bei den jeweiligen vertraglichen[6] Vereinbarungen.[7] Zentral ist vor allem die Vereinbarung mit dem jeweiligen Turnierveranstalter, in die das Regelwerk als Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einbezogen wird.[8] Es gibt demnach nicht *den einen Cheating*- oder *Exploiting*-Tatbestand, beide sind vertragsrelativ.

Da sowohl *Cheating* als auch *Exploiting* bekannte Probleme sind, finden sich in vorhandenen Regelwerken meist zumindest rudimentäre Anord-

4 Ausf. *Maties/Püschel*, Cheating und Exploiting im eSport (Teil 1), SpoPrax 2022, 222, 223 f.

5 Freilich werden häufig zusätzlich menschliche Schiedsrichter eingesetzt, *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 224.

6 Zur Abgrenzung von §§ 657, 661 BGB *infra*, B., I.

7 Zum Vorrang des konkreten Regelwerks *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 224 f.

8 Dass es sich um AGB handelt, dürfte unstreitig sein, *Daum*, Eine Lizenzordnung im E-Sport, SpoPrax 2021, 378; *Maties/Püschel*, Cheating und Exploiting im eSport (Teil 2) SpoPrax 2022, 306, 307.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nungen zu ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Schon zur Vermeidung von Unklarheiten sind solche Regelungen ratsam.[9] Turnierregeln können den Tatbestand des *Cheating* und des *Exploiting* erweitern oder einschränken, sollten sich aber jedenfalls um eine möglichst klare Definition bemühen. Ein praktisch sinnvoller Ansatz besteht darin, neben der abstrakten Definition auch nicht abschließende Listen mit Spielfehlern auszugeben, deren Ausnutzung als unzulässig angesehen wird.[10]

II. Auslegung bei Fehlen vertraglicher Abreden

Die nachfolgend dargestellten Ansätze gelten, wenn Regelwerke *Cheating* und *Exploiting* untersagen, ohne sie näher zu definieren. Da es sich bei entsprechenden Verboten um AGB handeln wird, sind diese objektiv auszulegen.[11]

1. Exploiting

Bei *Exploiting* handelt es sich um die illegitime Ausnutzung der von der Software vorgegebenen Regeln zum Vorteil des Handelnden.[12] *Exploiting* ist kein Spezifikum des eSports; eine Ausnutzung von Regeln kommt auch in realweltlichen Sportwettkämpfen vor: Man denke hier etwa an zeitschindendes Verhalten der führenden Mannschaft kurz vor Ende der Spielzeit. Das Beispiel zeigt zugleich, wie fließend die Grenzen zwischen tolerierter strategischer Nutzung des Regelwerks und nicht toleriertem Verhalten sind. So wird etwa ein zeitverzögerndes Spiel in der Fußballpraxis recht weitgehend toleriert, während sich im Kampfsport (etwa Judo)[13] die Vergabe von Strafpunkten bis hin zur Disqualifikation für sog. *Stalling* etabliert hat. Das wesentliche Abgrenzungskriterium liegt darin, ob das jeweilige Verhalten im Hinblick auf den konkreten Sport als legitim oder als illegitim

9 So auch *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 308.
10 *Baumann*, in: Frey (Hrsg.), eSport und Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 2021, § 7 Rn. 26.
11 *Fornasier*, in: MüKoBGB, Bd. 2, 9. Aufl., München 2022, § 305c Rn. 34.
12 Ähnl. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 225.
13 S. etwa S. 137 der IJF Rules, abrufbar unter https://78884ca60822a34fb0e6-082b8fd5551e97bc65e327988b444396.ssl.cf3.rackcdn.com/up/2023/04/IJF_Sport_and_Organisation_Rul-1682351972.pdf, zuletzt abgerufen am 27.04.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu bewerten ist. Im eSport ist entscheidend, ob das Verhalten auf einem unbeabsichtigten Fehler der digitalen Spielregeln (sog. *bug*) basiert.[14]

Dabei kommt dem Willen des Spieleentwicklers, soweit er erkennbar ist, bei der Identifikation von Spielfehlern entscheidende Bedeutung zu.[15] Unbeabsichtigte Spielfehler sind oft einfach erkennbar.[16] Hier kommt eine Besonderheit zum Tragen, die zugleich dafür verantwortlich ist, dass *Exploiting* im eSport häufiger ein Problem darstellen kann als bei realweltlichen Sportwettkämpfen: Die Umgebungsbedingungen in Spielsoftware sind von Menschen erdacht und häufig darauf angelegt, mit den Regeln der realen Welt, etwa Naturgesetzen zu, brechen. Das kann zu Konsequenzfehlern führen, die das Gleichgewicht innerhalb des Spielgeschehens stören. Zudem müssen bei Software alle Regeln explizit formuliert werden, was ebenfalls leicht zu unbeabsichtigten Spielfehlern durch das Übersehen der Notwendigkeit einzelner Regeln führen kann.

2. Cheating

Während es sich im Fall des *Exploiting* um einen Vorgang handelt, der auch in realweltlichen Sportwettkämpfen vorkommen kann, ist *Cheating* teilweise an Besonderheiten des eSports gekoppelt. Es liegt jedenfalls dann vor, wenn entweder auf den Programmcode des Spiels verändernd eingewirkt oder ein Drittprogramm verwendet wird, um den Spielverlauf zu beeinflussen.[17] Beispiele hierfür sind etwa sog. *Aimbots*,[18] die das Zielen erleichtern, oder sog. *Wallhacks*, die einem Spieler die Sicht durch Wände eröffnen.[19] Verbreitet will man es bei diesem Begriff des Cheatings nicht belassen[20] und zusätzlich etwa die heimliche Beschaffung von Informationen durch Dritte,[21] unzulässige

14 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 224.
15 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 224 f. (Indizwirkung).
16 So auch *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 308.
17 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 224.
18 Zum Botbegriff im Zusammenhang mit Cheating s. etwa *Ruppert*, Die strafrechtliche Relevanz des Einsatzes von Cheatbots im eSport, CR 2019, 691, 693.
19 Zu diesen und weiteren Beispielen *Meisheit*, Cheating im e-Sport, SpuRt 2021, 272, 273 ff.
20 S. insb. *Nothelfer/Trunk*, Die Verletzung der Wettkampfintegrität im eSport durch Umgehen spielinterner Ranking-Systeme, SpoPrax 2022, 341 f.; *Meisheit*, SpuRt 2021, 272 f.
21 Sog. Ghosting, *Meisheit*, SpuRt 2021, 273.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hardware[22] oder Cyberangriffe auf den Spielserver[23] mit einbeziehen. Mit Recht: Soweit nämlich in einem Regelwerk nur „*Cheating*" behandelt wird, wird der Veranstalter erkennbar auch die übrigen genannten Verhaltensweisen untersagen wollen, weil anderenfalls evidente Schutzlücken entstünden. Die allgemeinen Auslegungsregeln sprechen demnach dafür, vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen den Cheating-Begriff eher weit zu verstehen.

3. Subjektiver Tatbestand?

Schließlich wird im Schrifttum diskutiert, ob *Cheating* und *Exploiting* einen subjektiven Tatbestand haben, also Vertretenmüssen oder gar Vorsatz erfordern.[24] Zumindest Vorsatz sollte man für die Zwecke der *privatrechtlichen* Bewertung nicht fordern: Die Privatrechtsordnung kennt die reine Vorsatzhaftung nur in seltenen Ausnahmefällen (etwa: § 826 BGB). In den allermeisten Fällen lässt sie leichte Fahrlässigkeit ausreichen (z.B. § 276 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 1 BGB) – selbst dann, wenn eine parallele[25] strafrechtliche Sanktionierung Vorsatz erfordert.[26] Mit diesem System sollte man auch in der Begriffsbildung für Zwecke des eSports nicht brechen.

Ob man zumindest *Vertretenmüssen* fordert, ist praktisch von eingeschränkter Bedeutung. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen es an einem Vertretenmüssen fehlt: In vielen Fällen, insbesondere von Cheating, wird dies offensichtlich sein.[27] Selbst wenn kein Eigenverschulden vorliegt, müssen sich Beteiligte über § 278 BGB ein etwaiges Verschulden von Erfüllungsgehilfen – die sich etwa um die technische Spielvorbereitung kümmern – zurechnen lassen, weil sie mit allen (relevanten) Beteiligten eine schuldrechtliche Sonderbeziehung verbindet.[28] Selbst bei *Exploiting* wird

22 *Nothelfer/Trunk*, SpoPrax 2022, 341 f.; *Kubiciel*, Entwicklung des eSports und Schutz seiner Integrität, ZRP 2019, 200, 202; aus praktischen Gründen ausgeklammert bei *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 224.

23 Näher zu Denial-of-Service (DoS)-Attacken *Meisheit*, SpuRt 2021, 272, 273.

24 So etwa *Nothelfer/Trunk*, SpoPrax 2022, 341 (Cheating nur bei Vorsatz); *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 226 (Vorsatz und in Einzelfällen Fahrlässigkeit).

25 So ist etwa eine Haftung wegen fahrlässiger Eigentumsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB möglich, obwohl die Sachbeschädigung im Strafrecht ein Vorsatzdelikt ist (§ 303 StGB).

26 S. etwa die Sammlung von Normen die Vorsatz erfordern und solcher, die Fahrlässigkeit ausreichen lassen bei *Schaub*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 12/2022, § 276 Rn. 42.

27 Zutr. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 226.

28 Zu diesem Erfordernis *Grundmann*, in: MüKoBGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 278 Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich meist mindestens ein Fahrlässigkeitsvorwurf erheben lassen: Bemerkt ein Spieler eine Eigenartigkeit in einem Spiel und beabsichtigt er, diese bei einem Turnier auszunutzen, ist es ihm zumutbar, das Regelwerk zu konsultieren und in Zweifelsfällen mit der Turnierleitung Rücksprache zu halten.[29]

Selbst wenn es höchst ausnahmsweise einmal an einem Vertretenmüssen in jeder Form fehlt, sollte man *Cheating* und *Exploiting* nicht von vornherein ausschließen. Das Schuldrecht hat eine differenzierende Haltung dazu, welche Folgen an Vertretenmüssen geknüpft sind: So genügt für die Vertragsbeendigung grundsätzlich der objektive Pflichtenverstoß (§§ 314, 323, 626 BGB), während Schadenersatz (vermutetes) Vertretenmüssen voraussetzt (§ 280 I 2 BGB). Diese Differenziertheit sollte man nicht dadurch einebnen, dass man die Begriffe *Cheating* und *Exploiting* für schuldhafte Pflichtenverstöße reserviert.[30]

B. Rechtsfolgen von Cheating und Exploiting

Cheating und *Exploiting* verletzen die Integrität des jeweiligen eSport-Turniers. Deren Sicherstellung ist zentrales Anliegen des Turnierveranstalters, dessen wirtschaftliches Fortkommen davon abhängt, dass er die Fairness seiner Turniere gewährleisten kann.

I. Vertragstyp

Welche Rechte der Turnierveranstalter bei *Cheating* und *Exploiting* geltend machen kann, hängt zunächst von der Einordnung des Schuldverhältnisses ab, das ihn mit den Teilnehmern verbindet. In den hier interessierenden Fällen dürfte es sich dabei um einen ein Teilnahme*vertrag* handeln.[31] Eine Ausgestaltung als einseitig-rechtsgeschäftliches[32] Preisausschreiben (§§ 657,

29 Ähnl. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 222, 226: Rechtsgedanke des § 17 StGB.

30 So i. Erg. auch *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 309, obwohl dieser Fall eigentlich aus dem von *dens.*, SpoPrax 2022, 222, 226 entwickelten Begriff herausfällt.

31 *van Baal*, in: Frey (Hrsg.), eSport und Recht, 1. Aufl., Baden-Baden 2021, § 22 Rn. 1; *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306.

32 *Ring*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2021, § 657 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

661 BGB) ist zwar möglich und generell bei Sportwettkämpfen üblich.[33] Diese Ausgestaltung ist aber nicht ausnahmslos anzunehmen.[34] Wegen seines einseitig-rechtsgeschäftlichen Charakters kann das Preisausschreiben keine (primären) Pflichten des Bewerbers erzeugen. Insbesondere hat der Ausschreibende keinen Anspruch darauf, dass der Bewerber überhaupt an dem Wettkampf teilnimmt.[35] Im professionellen eSport ist nicht davon auszugehen, dass sich ein Turnierveranstalter auf derartige Unwägbarkeiten einlassen möchte – man stelle sich nur den Fall vor, dass ein eSport-Event gegenüber potentiellen Zuschauern beworben wird und anschließend nicht stattfinden kann, weil ein eSportler oder ein ganzes Team die Teilnahme verweigert.[36] Deshalb ist bei eSport-Turnieren meist nicht von einem Preisausschreiben, sondern von einem Vertrag auszugehen.[37] Regelmäßig dürfte ein Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) vorliegen,[38] je nach konkretem Inhalt[39] kommt ein typengemischter Vertrag in Betracht.[40]

Aus teleologischen Gründen abzulehnen ist eine Qualifikation als Spielvertrag (§ 762 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB), die einer Klagbarkeit entstehender Forderungen entgegenstünde:[41] Die Vorschrift dient – je nach Lesart – der Abwehr von *„wirtschaftlichen und sittlichen Gefahren"*[42],[43] oder sie trägt dem Umstand Rechnung, dass Spielschulden *„dem Gebiete der Sitte, nicht dem des Rechtes angehör[en]"*[44]. Keine dieser Stoßrichtungen passt zu professionellem eSport: Die dortige Professionalisierung verträgt sich

33 *Bergmann*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 661 Rn. 9; *Ring*, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, § 661 Rn. 1 mit Fn. 1; *Schäfer*, in: MüKoBGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 661 Rn. 3.

34 Anders wohl *Ruppert*, SpuRt 2020, 106, 110, der wohl stets eine Auslobung annimmt.

35 *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 661 Rn. 47.

36 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306. Weniger überzeugend ist das *ebda.* vorgeschlagene Abgrenzungskriterium, ob Startgeld zu leisten ist, weil dies nach hM. einem Preisausschreiben nicht entgegensteht, *Schäfer*, in: MüKoBGB, § 661 Rn. 7.

37 So etwa auch *van Baal*, in: Frey (Hrsg.), eSport und Recht, § 22 Rn. 1.

38 S. etwa *Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl., München 2020, Kap. 4 Rn. 8.

39 Einzelfallorientiert auch *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306. Zu den unterschiedlichen Vertragsinhalten *van Baal*, in: Frey, eSport und Recht, § 22 Rn. 9 ff.

40 Zur Debatte um Typenmischung und krit. zur h.M. *Oechsler*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. 2020, M 20 ff.

41 Zutr. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306.

42 Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB, Bd. 2, 1899, 1007 f. (Prot.). zur Uneinigkeit in der Kommission.

43 So *Habersack*, in: MüKoBGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 762 Rn. 1.

44 Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB, Bd. 2, 1899, 1008.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht mit der Ansicht, Teilnahmeverträge begründeten bloß sittliche Verbindlichkeiten. Der alternativ als Telos vorgeschlagene *„rechtspolizeiliche Gedanke"*[45] geht an der Interessenlage der am eSport Beteiligten vorbei: Der Veranstalter professioneller Sportveranstaltungen versucht in der Regel gerade nicht, über das von den Teilnehmern mittels etwaiger Teilnahmebeiträge eingegangene Risiko Gewinn zu erzielen, sondern tut dies über die Vermarktung des Events an Dritte (Sponsoren, Zuschauer).[46]

Unschädlich für die Einordnung als Dienstvertrag ist schließlich, ob der Vertrag mit einzelnen Teilnehmern oder mit den Rechtsträgern der teilnehmenden Teams zustande kommt.[47] Wesentliche Besonderheit des letztgenannten Falls dürfte sein, dass – anders als die Zweifelsfallregel des § 613 S. 1 BGB dies als Regelfall vorsieht – keine höchstpersönliche Leistungserbringung geschuldet sein kann: Das Team kann an einem Wettbewerb nicht selbst, sondern nur durch seine Mitglieder teilnehmen.[48]

II. Gesetzliche Rechte des Veranstalters bei Cheating und Exploiting

Das Dienstvertragsrecht gewährt dem Veranstalter im Fall von *Cheating* und *Exploiting* verschiedene Rechtsbehelfe, die auf dispositivem Gesetzesrecht beruhen und deshalb auch Anwendung finden, wenn eine vertragliche Regelung fehlt oder nicht abschließend erfolgt ist, weil etwa nur eine primäre Unterlassungspflicht vorgesehen ist.[49] Konkret kommen vor allem Schadenersatzansprüche und Rechte auf Vertragsbeendigung in Betracht.

45 Mugdan, Die gesammten Materialien zum BGB, Bd. 2, 1899, 1008.

46 Zu diesem Abgrenzungskriterium s. *Habersack*, in: MüKoBGB, § 762 Rn. 8.

47 Zur Erfüllungsgehilfeneigenschaft in diesem Fall *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 308. Zur Erfüllungswirkung etwa *Dennhart*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed., Stand 02/2023, § 362 Rn. 12.

48 Treffend *Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 2022, § 613 Rn. 2: „Sie [= § 613 BGB; *Verf.*] berücksichtigt nicht die Besonderheit der arbeitsteiligen Organisation, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete ein Unternehmen ist."

49 Zu dieser Funktion s. bereits *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, 57 f. Aus dem jüngeren Schrifttum monographisch zur Funktion dispositiven Gesetzesrechts *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, Tübingen 2010.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Schadenersatz, § 280 Abs. 1 BGB

a) Pflichtverletzung

Die meisten Regelwerke enthalten ein Verbot von *Cheating* und *Exploiting*.[50] Eine Pflichtverletzung von *cheatenden* oder *exploitenden* eSportlern – respektive über § 278 BGB[51] des Rechtsträgers des Teams, soweit dieser Vertragspartner ist[52] – ergibt sich dann unmittelbar aus dem Verstoß gegen die vertragliche Vereinbarung. Es handelt sich bei dem Verbot um eine Ausprägung der Leistungstreuepflicht (§ 241 Abs. 1 BGB),[53] weil es die Art und Weise der Turnierteilnahme näher charakterisiert und die zweckgerechte Vertragsdurchführung absichert.[54] Entsprechend geht es in der Regel um Schadenersatz neben der Leistung, § 280 Abs. 1 BGB.[55]

Richtigerweise liegt in *Cheating* und *Exploiting* auch dann eine Pflichtverletzung, wenn sie nicht ausdrücklich verboten sind.[56] Teilweise wird sogar diskutiert, Sportlerverhalten einem ungeschriebenen allgemeinen Fairness-Gebot zu unterwerfen.[57] So weit muss man hier nicht gehen: Welches Verhalten eine Pflichtverletzung darstellt, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB). Diese erfordert eine Einbeziehung der Umstände sowie eine Berücksichtigung von Treu und Glauben. Das Verbot beider Handlungsformen ergibt sich nach diesen Maßstäben nötigenfalls als ungeschriebene Leistungstreuepflicht.[58] Beim *Cheating* ist der Fall be-

50 *Baumann*, in: Frey (Hrsg.), eSport und Recht, § 7 Rn. 25 f.

51 Zutr. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 308.

52 Zur Anwendung des § 278 BGB über den Wortlaut hinaus etwa *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed. 02/2023, § 278 Rn. 50; *Grundmann*, in: MüKoBGB, § 278 Rn. 50.

53 Demgegenüber wollen *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 307 f. von einer selbständigen Unterlassungspflicht (§ 241 Abs. 1 S. 2 BGB) ausgehen. Dagegen spricht m.E., dass die Pflicht keinen selbständigen Zweck hat.

54 Zu dieser Pflichtenkategorie *Bachmann,* in: MüKoBGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 111. Ausf. *Weller*, Die Vertragstreue, Tübingen 2008, S. 302 ff.

55 Geht man von einer selbständigen Unterlassens-Hauptpflicht aus, dürfte nichts anderes gelten: Nacherfüllung kommt bei einem Vorfall nicht in Betracht. Zur Abgrenzung zu dem – hier *prima facie* ebenfalls in Betracht kommenden – Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB s. etwa *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed., Stand: 02/2023, § 280 Rn. 25.

56 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 310.

57 *Pfister/Fritzweiler*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Hrsg.), Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl., München 2020, Einf. Rn. 36 halten ein solches „Sportgrundrecht" zumindest für „denkbar".

58 Zum Maßstab *Bachmann*, in: MüKoBGB, § 241 Rn. 111: „Die Verpflichtung der Parteien erschöpft sich nicht in der Befolgung dessen, was das Gesetz oder der Vertrag

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sonders klar: Wer vereinbart, eine bestimmte Spielsoftware zu verwenden, der vereinbart auch ohne ausdrücklichen Hinweis, dass diese nicht manipuliert werden darf. Auch *Exploiting* ist in Grenzen ohne ausdrückliches Verbot untersagt. Soweit eine *Exploiting*-Möglichkeit bei Anwendung der gebotenen Auslegungssorgfalt[59] als nicht intendiert erkennbar ist, ist auch insoweit von einer konkludenten Verbotsvereinbarung auszugehen.

b) Vertretenmüssen (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB)

Liegt eine Pflichtverletzung vor, wird das Vertretenmüssen selten Schwierigkeiten bereiten, zumal es vermutet wird (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB). Verschulden der Spieler wird dem Rechtsträger des Teams, sofern dieses Vertragspartner ist, gem. § 278 BGB zugerechnet.[60] *Keine* Zurechnung gem. § 278 BGB erfolgt demgegenüber unter den Spielern eines Teams, wenn sie selbst Vertragspartner sind: Soweit sie nur ihre eigene Mitwirkung schulden und sich nicht gegenseitig bei dieser Pflichterfüllung unterstützen, sind sie untereinander – wie auch sonst im Fall von Arbeitskollegen – keine Erfüllungsgehilfen.[61] Es genügt insbesondere nicht, dass sie sich im Rahmen des Spiels als Team wechselseitig auf dem Weg zum erhofften Sieg unterstützen, schon weil ein Erfolg im Spiel nicht geschuldet ist.

c) Schaden

Die wohl größten Probleme bestehen bei der Schadensermittlung. Zwar sind über §§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB primäre Vermögensschäden – anders

explizit gebieten. Vielmehr müssen die Parteien alles unterlassen, was den Eintritt des Leistungserfolgs und die Verwirklichung des Vertragszwecks gefährden oder vereiteln könnte (Verbot der Vertragszweckgefährdung). […] Manchmal wird es ausdrücklich vereinbart (zB in Konsortialverträgen), doch gilt es auch ungeschrieben." Ähnl. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 310, die methodisch einen anderen Weg gehen, weil sie die Einordnung als Leistungstreuepflicht nicht teilen.

59 Zum Maßstab *Busche*, in: MüKoBGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 133 Rn. 34. Aus der Rspr. BGH NJW 2006, 3777 f.

60 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 308.

61 Zur fehlenden Erfüllungsgehilfeneigenschaft von Nebenparteien etwa *Grundmann*, in: MüKoBGB, § 278 Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als unter § 823 Abs. 1 BGB – ohne weiteres ersatzfähig.[62] Jedoch werden sich die Schäden oft nur zum Teil beziffern lassen:

So lassen sich etwa die Kosten für eine notwendige Wiederholung des Turniers angeben.[63] Auch dürfte es sich bei einem ausgezahlten Preisgeld um einen ersatzfähigen Schaden handeln:[64] Zwar liegt es in der Natur des Turniers, dass der Veranstalter das Preisgeld am Ende nicht behält. Jedoch lässt sich ein kausaler Schaden des Veranstalters auf anderem Wege begründen: Der *cheatende oder exploitende* eSportler hat keinen Anspruch auf Auszahlung des Preisgeldes.[65] Allerdings steht dieser Anspruch einem anderen, redlichen Spieler zu,[66] sodass der Veranstalter das Preisgeld gegebenenfalls noch ein weiteres Mal auszahlen muss, weil die Leistung an den unredlichen Spieler gegenüber dem „wahren" Turniersieger keine Erfüllungswirkung hat (vgl. § 362 Abs. 2 BGB).

Probleme bereiten andere Schadensposten: Insbesondere kann es für den Veranstalter zu entgangenen Gewinnen (§ 252 BGB) kommen, weil der *Cheating*- oder *Exploiting*-Vorfall seine Seriosität und Umsicht in Zweifel zieht.[67] Das kann erhebliche Folgen haben, etwa in Gestalt des Abwanderns potentieller Zuschauer oder einem verminderten Interesse von Werbepartnern. Beide Phänomene werden sich aber nur selten nachweislich auf einen konkreten Vorfall zurückführen lassen.[68] Auch die Beweiserleichterung[69] des § 252 S. 2 BGB schafft nur bedingt Abhilfe, weil selbst eine wahrscheinlichkeitsbasierte Gewinnerwartung bei Großveranstaltungen oft schwer bezifferbar ist. Der Reputationsschaden als solcher ist schließlich als immaterieller Schaden gem. § 253 Abs. 1 BGB nicht ersatzfähig.[70]

62 Dazu *Wagner*, in: MüKoBGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 16.
63 Weitere Bsp. bei *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 310.
64 Offen gelassen bei *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 310,
65 Zutr. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 312.
66 Diskussionswürdig erscheint freilich, ob das Turnier wiederholt werden muss, weil das Spielergebnis verzerrt worden ist.
67 S. zu einem ähnlichen Fall *Oetker*, in: MüKoBGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 252 Rn. 26: „Ersatzfähig ist ferner ein Schaden, der darauf beruht, dass die Kundschaft der Leistungsfähigkeit des wiedergenesenen Geschädigten nicht traut und sich deshalb anderweitig orientiert." *Ebda.* wird sodann eine Heranziehung der Grundsätze über den merkantilen Minderwert befürwortet.
68 Dazu *Bach*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 10/2022, Art. 74 CISG Rn. 52.
69 Zur dogmatischen Einordnung *Oetker*, in: MüKoBGB, § 252 Rn. 31.
70 Unklar *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 310. Zur einschlägigen Diskussion unter Art. 74 CISG *Bach*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 10/2022, Art. 74 CISG Rn. 51. Wie hier etwa *Huber*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, Art. 74 CISG Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Vertragsbeendigung

Daneben wird der Turnierveranstalter an einer Beendigung des Teilnahmevertrags – funktional also der Disqualifikation des eSportlers – interessiert sein. Vertragsrechtlich handelt es sich um eine außerordentliche fristlose Kündigung, die sich bei Dienstverträgen nach § 626 BGB richtet.[71] Dass *Cheating* und *Exploiting* als flagrante Verstöße gegen die Turnierintegrität abstrakt wie im konkreten Einzelfall[72] einen Kündigungsgrund im Sinne dieser Vorschrift darstellen, erscheint nicht zweifelhaft. Ein Verschulden ist dafür ausweislich § 626 BGB nicht zwingend notwendig, kann jedoch in der erforderlichen Gesamtabwägung eine wichtige Rolle spielen.[73] Da in den hier diskutierten Fällen zum reinen Vertragsbeendigungsinteresse hinzukommt, dass der Turnierveranstalter ein erhebliches (Reputations-)Interesse daran hat, faire Turniere sicherzustellen, sollte man aber bei *Cheating* und *Exploiting* einen wichtigen Grund regelmäßig auch ohne Verschulden annehmen.[74] Meist ist eine vorherige Abmahnung entbehrlich, Ausnahmen sollten nur in Fällen schuldloser, im Einzelfall auch bei besonders leichter Fahrlässigkeit angenommen werden.[75]

a) Verdachtsdisqualifikation

Exploiting und *Cheating* werden sich oft nicht *ad hoc* beweisen lassen. So können für die Sachverhaltsaufklärung etwa Analysen des Spielverhaltens und die Mitwirkung des betroffenen Spielers nötig sein. Für den Veranstalter kann sich deshalb die Frage stellen, ob er einen Teilnahmevertrag bereits wegen eines Verdachts kündigen kann. Im Arbeitsrecht sind Verdachtskündigungen unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig anerkannt.[76]

71 Für Kündigung ebenfalls, wenngleich wegen abweichendem Vertragstyp auf Grundlage von § 314 BGB *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 311.
72 Zum zweistufigen Prüfungsaufbau etwa *Schreiber*, in: Schulze, BGB, 11. Auflage 2021, § 626 Rn. 5.
73 S. etwa zu § 626 BGB *Plum/Horcher*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed. 02/2023, § 626 Rn. 8.
74 Ähnl. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 309.
75 Tendenziell großzügiger bei Exploiting *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 311.
76 Dazu etwa *Niemann*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auf. 2023, § 626 Rn. 173.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei Sportwettkämpfen dürfte die Interessenlage eine Verdachtskündigung indes nicht hergeben: Der Verdachtskündigung korrespondiert im Arbeitsrecht unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf Wiedereinstellung, wenn sich der Verdächtige als unschuldig herausstellt.[77] Als Äquivalent dafür käme im eSport nur eine Turnierwiederholung in Frage, die den anderen Turnierteilnehmern aber nicht zumutbar ist. Hinzu kommt, dass sich die Interessen des Turnierveranstalters auch dadurch hinreichend wahren lassen, dass er – gegebenenfalls im Nachhinein – Untersuchungen anstellt. Soweit sich herausstellt, dass ein Teilnehmer *Cheating* oder *Exploiting* begangen hat, wird er ohnehin nicht am Turnierergebnis festhalten. Daran würde es nichts ändern, wenn er dem eSportler schon während des Turniers kündigt, weil der Wettkampf schon zu diesem Zeitpunkt kontaminiert ist.

b) Erstreckung der Kündigung auf weitere Teammitglieder

Für Veranstalter kann sich weiter die Frage stellen, ob sie auch einem gesamten Team kündigen können. Ist der Teilnahmevertrag mit dem Rechtsträger des gesamten Teams geschlossen, erscheint dies möglich: Der Pflichtenverstoß des einzelnen eSportlers wird zugerechnet (§ 278 BGB)[78], sodass der Rechtsträger des Teams wie ein *Cheatender* oder *Exploitender* zu behandeln ist. Freilich verwässert die Schwere der Pflichtverletzung im Gesamtgefüge des Vertrags, wenn dieser die Teilnahme einer Mehrheit von eSportlern regelt, was bei der gebotenen Einzelfallabwägung zu berücksichtigen ist.[79]

Schwieriger erscheint der Fall separater Individualdienstverträge mit den eSportlern. Auf den ersten Blick könnten man eine Übertragung der Rechtsprechung zu Gruppenarbeitsverhältnissen erwägen.[80] Danach kann ein Auftraggeber beispielsweise wegen der Fehlleistung eines Musikers der gesamten Kapelle kündigen.[81] Der wichtige Grund im Hinblick auf eine Person soll zu einem wichtigen Grund im Hinblick auf das Kollektiv füh-

77 BAG NZA 1997, 1340, 1343. Näher *Eylert*, Die Verdachtskündigung, NZA-RR 2014, 393, 407 f.
78 *Supra*, B., I., II., III.
79 Vgl. *Plum/Horcher*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed. 02/2023, § 626 Rn. 17.
80 Dazu etwa *Henssler*, in: MüKoBGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 626 Rn. 13.
81 BAG, Urteil vom 09.02.1960 – 2 AZR 585/57.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren.[82] Umgekehrt ist in diesen Fällen eine Kündigung gegenüber nur einem Teammitglied nicht möglich.[83] Dem liegt eine besondere Interessenlage zugrunde: Bei einer Musikkapelle *kann* die versprochene Leistung nur mit der vollen Besetzung erbracht werden. Es ist weder dem Auftraggeber zumutbar, nur einem Mitglied zu kündigen und eine minderwertige Gesamtleistung zu akzeptieren, noch ist es den Auftragnehmern möglich, in unvollständiger Besetzung eine vertragsgemäße Leistung zu erbringen.

Insofern unterscheidet sich der hier interessierende Fall entscheidend von der Konstellation des Gruppenarbeitsverhältnisses: In aller Regel wird das Team mit einem Spieler weniger noch eine Erfolgschance haben und deshalb daran interessiert sein, dass keine Gesamtkündigung erfolgt – ähnlich wie eine Fußballmannschaft nach einer roten Karte noch erfolgreich spielen kann. Zugleich dürfte es dem Turnierveranstalter zumutbar sein, die Kündigung auf den betreffenden eSportler zu beschränken. Soweit der Vertrag also mit den einzelnen Spielern geschlossen wurde, kann grundsätzlich nur der *cheatende* oder *exploitende* Spieler disqualifiziert werden.

c) Rückabwicklung

Folge der Kündigung ist die Beendigung des Teilnahmevertrags. Sie hat insbesondere zur Folge, dass für das Behaltendürfen der wechselseitigen Leistungen – insbesondere ein etwaiges Preisgeld – kein Rechtsgrund mehr besteht und eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung erfolgt.[84]

3. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht

Teilnahmeverträge im eSport haben oft Auslandsbezug, nicht zuletzt wegen der internationalen Herkunft der Teams und Teilnehmer. Damit stellt sich im Streitfall die Frage, welche Gerichte zuständig sind und nach welchem Privatrecht sie entscheiden.

82 *Henssler*, in: MüKoBGB, § 626 Rn. 13.
83 *Hergenröder*, in: MüKoBGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 1 KSchG Rn. 14.
84 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 312.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Internationale Zuständigkeit

Soweit der Beklagte seinen Wohnsitz in der EU hat, richtet sich die internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO, im Übrigen gelten in der Regel die Vorschriften der ZPO über die örtliche Zuständigkeit doppelfunktional.[85] Nach beiden Regelungskörpern kommen vor allem zwei Gerichtsstände in Betracht: Der Wohnort oder Sitz des Beklagten (*actor sequitur forum rei*, Art. 4, 63 EuGVVO; §§ 12, 13, 17 ZPO analog) und der Vertragsgerichtsstand (Art. 7 Nr. 1 lit. b EuGVVO; § 29 ZPO analog). Die Vertragsgerichtsstände unterscheiden sich im Detail, insbesondere kennt die EuGVVO für Dienstleistungsverträge einen Einheitserfüllungsort am Ort der Dienstleistung – hier in der Regel der Veranstaltungsort des Turniers –, während nach der ZPO für jede Verbindlichkeit eine gesonderte Bestimmung erforderlich ist.[86]

b) Anwendbares Recht

Vertieft wird die Zersplitterung der Rechtslage durch das Kollisionsrecht: Maßgebend ist die Rom I-VO, das dort geregelte Vertragsstatut umfasst auch Kündigungsrechte, die Rückabwicklung (auch nach Bereicherungsrecht) und den Schadenersatz bei Pflichtverletzungen (Art. 12 lit. c, e Rom I-VO).[87] Soweit keine Rechtswahl getroffen wird, ergibt sich das auf den Teilnahmevertrag anwendbare Recht gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO aus dem gewöhnlichen Aufenthalt des Dienstleisters, d.h. des eSportlers, oder dem Teamsitz (Art. 19 Rom I-VO). Daraus kann bei einem internationalen Turnier schnell eine Vielzahl von Vertragsstatuten resultieren, die zu Rechtsunsicherheit für den Veranstalter führt: Insbesondere müssten bei der Verwendung von AGB die Vorgaben zahlreicher verschiedener Rechtsordnungen eingehalten werden.

Es erschiene zwar denkbar, über die Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO doch einheitlich für alle Spieler an den Austragungsort des Turniers anzuknüpfen, weil dieser dem Dienstleistungsvertrag sein wesent-

85 BGH NJW-RR 2007, 1570, 1572; *Toussaint*, in: BeckOK-ZPO, 48. Ed., Stand: 03/2023, § 12 Rn. 25.
86 *Toussaint*, in: BeckOK-ZPO, § 29 Rn. 28 f.
87 *Spellenberg*, in: MüKoBGB, Bd. 13, 8. Aufl. 2021, Art. 12 Rom I-VO Rn. 88, 89 und 92.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liches Gepräge gibt und für alle Beteiligten gleich ist.[88] Jedoch ist dieses Ergebnis nicht eindeutig. Der Verordnungsgeber hat sich in Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO entschieden, nicht an den Ort der Diensterbringung anzuknüpfen, was man durch eine großzügige Anwendung der Ausnahmevorschrift des Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO unterlaufen würde.[89]

III. Vertragsgestaltung durch den Veranstalter

Die Auseinandersetzung mit den wesentlichen[90] dispositivgesetzlichen Rechtsbehelfen hat gezeigt, dass aus Veranstaltersicht Bedarf für Vertragsgestaltung besteht. Nachfolgend sollen mögliche vertragliche Regelungen und deren Grenzen aufgezeigt werden.

1. Kein verfassungsrechtliches Schuldprinzip

Teilweise will man vertragliche Sanktionen für *Cheating* und *Exploiting* am Schuldprinzip messen.[91] Schuld ist nach diesem Prinzip notwendige Voraussetzung echter Strafen (Art. 1 Abs. 1 GG).[92] Um solche geht es aber in den hier interessierenden Fällen nicht: *Cheating* und *Exploiting* sind für das Vertragsrecht Leistungsstörungen, die es privatrechtlich auszugleichen, zu sanktionieren oder zu beenden gilt.[93] Eine Strafe im Sinne des verfassungsrechtlich verbürgten Schuldprinzips liegt in keiner dieser Varianten. Das gilt auch für Schadenersatz und Vertragsstrafen: Die echte Strafe im Sinne des Schuld-

88 Zur Anwendung der Ausweichklausel hin zum „Zentrum des vertraglichen Leistungsaustausches" *Köhler*, BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 03/2023, Art. 4 Rom I-VO Rn. 174.

89 In diese Richtung etwa *Martiny*, in: MüKoBGB, Bd. 13, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom I-VO Rn. 298.

90 Zu weiteren gesetzlichen Rechten im Überblick *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 311 f.

91 So gds. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 309, die sodann aber eine sportbezogene Ausnahme von dem Prinzip annehmen wollen.

92 Etwa BVerfGE 9, 169: „Es ist im modernen Strafrecht selbstverständlich, daß eine Bestrafung Schuld voraussetzt."

93 Zum Unterschied zwischen strafrechtlichem Schuld- und zivilrechtlichem Verschuldensprinzip etwa *Adam/Schmidt/Schumacher*, Nulla poena sine culpa – was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?, NStZ 2017, 7, 11.

94 Anders mögen die Dinge in Rechtsordnungen liegen, die sog. *punitive damages* anerkennen (z.B. USA). Dazu *Codech*, Punitive Damages and Continental Law, ZEuP 2001, 604.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prinzips ist nach dem heutigen Rechtsverständnis in Deutschland[94] eine Domäne des öffentlichen Rechts, nicht (mehr) des Privatrechts.[95] Selbst Vertragsstrafen, die von den genannten Rechtsbehelfen noch am ehesten Sanktionscharakter aufweisen, unterliegen nicht dem Schuldprinzip.[96]

2. AGB-Klauseln: Gestaltungsoptionen und Grenzen

Die wesentliche Schranke für die Gestaltungsfreiheit von Veranstaltern stellen damit die §§ 305 ff. BGB dar. Wettkampfregeln sind im Rechtssinne AGB, weil sie naturgemäß gegenüber einer Vielzahl von Turnierteilnehmern vorformuliert gestellt werden.[97] Weiter ist zu beachten, dass Teilnehmer an professionellen eSport-Veranstaltungen meist Unternehmer sind (§ 14 BGB).[98] Gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB finden also ein Gutteil der Einbeziehungskontrolle (§ 305 Abs. 2 BGB) sowie die besonderen Klauselverbote (§§ 308, 309 BGB)[99] keine Anwendung.[100]

Von der Einbeziehungskontrolle bleibt im Wesentlichen das Überraschungsverbot des § 305c Abs. 1 BGB. Dieses dürfte in den hier diskutierten Fällen wenig Bedeutung haben: Dass *Cheating* und *Exploiting* verboten und mit (erheblichen) Sanktionen belegt werden, ist branchenüblich[101] und vorhersehbar. Wegen der Schwere der Verstöße gegen die Integrität des Turniers dürften Sanktionen auch selten so weitreichend sein, dass Beteiligte im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB „mit ihnen nicht zu rechnen brauch[en]". Entscheidendes Korrektiv für in AGB festgelegte Sanktionen ist damit § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, der die Grenze bei unangemessenen Benachteiligungen zieht.

---

95 Gdl. zur historischen Entwicklung *Jansen*, die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 389 ff.

96 H.M., s. etwa *Gottwald*, in: MüKoBGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 339 Rn. 36 m.w.N. *Kähler*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand 04/2023, § 307 Vertragsstrafe Rn. 112. A.A. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 309. Der dortige Verweis auf BVerfGE 20, 323, 332 ergibt nichts anderes. Dort heißt es: „Die Strafsanktion aus § 890 Abs. 1 ZPO [um die es in dem entschiedenen Fall ging; *Verf.*] kann nicht mit der sog. ‚Vertragsstrafe' in Beziehung gesetzt werden."

97 Näher zum Merkmal etwa *Stadler*, in: Jauernig, BGB, 18. Aufl. 2021, § 305 Rn. 3.

98 *van Baal*, in: Frey (Hrsg.), eSport und Recht, 1. Aufl., Baden-Baden 2021, § 22 Rn. 7.

99 § 308 Nr. 1a/b BGB, der nicht durch § 310 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen ist, dürfte hier keine Rolle spielen.

100 Zur Unanwendbarkeit der weiteren Kontrollbeschränkung durch § 310 Abs. 4 BGB s. zutr. *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 307.

101 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 307.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Verbot von Cheating und Exploiting

Unbedenklich ist jedenfalls ein Verbot von *Cheating* und *Exploiting*.[102] Dabei kann offenbleiben, ob darin wegen dessen Stellung als Leistungstreuepflichten gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eine kontrollfreie Leistungsbeschreibung[103] liegt[104] oder ob man sie schlicht als angemessen ansieht (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). In Zweifelsfällen sind *Cheating* und *Exploiting* zulasten des Turnierveranstalters als AGB-Verwender eher eng auszulegen, § 305c Abs. 2 BGB,[105] was eine Definition beider Begriffe in den AGB aus Veranstaltersicht als sinnvoll erscheinen lässt.

b) Schadenspauschalierungsklausel

Der Veranstalter hat auch ein Interesse daran, sich durch eine Schadenspauschalierung abzusichern. Dies ist grundsätzlich auch in AGB zulässig, wie im Wege des Erst-recht-Schlusses aus § 309 Nr. 5 BGB folgt.[106] Der Veranstalter kann sich so die Last abnehmen, seinen Schaden im Einzelfall zu beweisen oder auf eine gerichtliche Schätzung angewiesen zu sein und überdies sicherstellen, dass er nicht im Prozess Interna preisgeben muss (z.B. interne Kalkulationen).[107] Es ist zulässig, bei der Pauschalierung den erwarteten Gewinn anhand des Branchenüblichen zu schätzen,[108] wobei dem Verwender ein Beurteilungsspielraum zukommt, wenn die Höhe des

102 Im Erg. auch *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 308.

103 S., insb. zu den Schwierigkeiten der Grenzziehung *Schmidt*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed., Stand: 02/2023, § 307 Rn. 80 ff.

104 Nach dem Maßstab des BGH erscheint dies jedenfalls zweifelhaft, s. etwa (noch zum AGBG) BGH NJW 2001, 2635: „Damit bleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann."

105 auch *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 308.

106 Die Wertungen der unmittelbar für Verbraucherverträge geltenden Vorschrift macht der BGH bei der Auslegung von § 307 im unternehmerischen Rechtsverkehr fruchtbar, s. etwa BGH NJW 1991, 976, 978 (damals noch zu § 11 Nr. 5b AGB).

107 *Kähler*, BeckOGK-Zivilrecht, Stand 04/2023, § 307 Schadenspauschalierungsklausel Rn. 3 und 5.

108 BGH, NZBau 2021, 404, 408; *Kähler*, BeckOGK-Zivilrecht, § 307 Schadenspauschalierungsklausel Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu erwartenden Schadens ungewiss ist.[109] Dem Teilnehmer darf aber in der Klausel nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, einen niedrigeren Schaden nachzuweisen.[110]

Die Schadenspauschalierungsklausel setzt einen Schadenersatzanspruch voraus, begründet ihn aber für sich genommen nicht. Dafür wäre eine weitere Schadenersatzregelung in den AGB zu treffen. Doch erscheinen derartige schadenersatzspezifische Regelungen nicht ratsam: *Cheating* und *Exploiting* sollten generell – auch außerhalb des Schadenersatzes – als Pflichtverletzungen definiert werden. Das Vertretenmüssen wird schon nach der gesetzlichen Ausgangslage vermutet (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) und es genügt bereits leichte Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB). Einen Mehrwert würde nur eine Haftungserweiterung hin zu einem verschuldensunabhängigen Schadenersatz schaffen, die aber AGB-rechtlich wohl unzulässig ist.[111] Zwar ist das grundgesetzliche Schuldprinzip nicht anwendbar,[112] doch auch das einfache Recht in seiner Leitbildfunktion sieht Schadenersatzansprüche in Vertragsbeziehungen grundsätzlich nur bei Vertretenmüssen vor (§§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB). Nach der Rechtsprechung stellt deshalb zumindest die vollständige Ausschaltung von Vertretenmüssenserfordernissen für Schadenersatzansprüche eine unangemessene Benachteiligung des anderen Teils dar (§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB).[113]

Auch die reine Schadenspauschalierung stellt Turnierveranstalter vor kautelarjuristische Probleme: Bei einem breiten Spektrum möglicher Schadenshöhen müssen Schadenspauschalierungsklauseln nach der Rechtsprechung entweder ausreichend differenzierte Pauschalbeträge vorsehen oder die Einheitspauschale am niedrigsten erwartbaren Schaden ausrichten.[114] Da insbesondere der entgangene Gewinn von Veranstaltern von kaum spürbar bis zur Existenzbedrohung reichen kann, wäre eine starke Differenzierung nötig, die letztlich einen Gutteil des Prüfungs- und gegebenenfalls

109 BGH, NZBau 2021, 404, 409; *Kähler*, BeckOGK-Zivilrecht, § 307 Schadenspauschalierungsklausel Rn. 74.

110 BGH, NZBau 2021, 404, 408.

111 Zu AGB-rechtlichen Grenzen mit Beispielen auch *Schmidt*, in: BeckOK-BGB, § 307 Rn. 62.

112 *Supra*, B., III., 1.

113 Siehe insb. BGH, BeckRS 2020, 31777 Rn. 39: „Es gehört zu den wesentlichen Grundlagen des dispositiven Rechts, dass Schadensersatz auf vertraglicher Grundlage nur verlangt werden kann, wenn der Schuldner eine zu vertretende Pflichtverletzung begangen hat (§ 280 Abs. 1 BGB)." Ebenso BGH NJW 2018, 291, 293.

114 BGH NJW-RR 1990, 1076, 1077.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nachweisaufwands hervorrufen würden, den man mit der Schadenspauschalierung vermeiden möchte.[115] Hinzu tritt, dass die Schadenspauschalierung sich auf einen ersatzfähigen Schaden beziehen muss, sodass ein immaterieller Reputationsschaden nicht durch eine Pauschalierungsklausel, sondern nur über eine Vertragsstrafe berücksichtigungsfähig ist.[116]

Insgesamt sind Schadenspauschalierungsklauseln demnach kaum hilfreich. Da § 252 S. 2 BGB im Hinblick auf entgehende Gewinne bereits eine Beweiserleichterung mit sich bringt, schaffen Schadenspauschalierungen in den Grenzen des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nur einen begrenzten Mehrwert. Werden entsprechende Klauseln dennoch aufgenommen, ist insbesondere auf die Bildung von Fallgruppen mit verschieden hohen Pauschalen zu achten.

c) Vertragsstrafeklausel

Für Veranstalter interessanter dürften Vertragsstrafeklauseln sein (§ 339 ff. BGB), die in AGB vereinbart werden können.[117] Das teilweise Verbot des § 309 Nr. 6 BGB ist nicht auf den unternehmerischen Verkehr übertragbar.[118] Auch ohne besonderen Hinweis dürfte eine entsprechende Klausel nicht im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB überraschend sein, weil die Einhaltung von *Cheating*- und *Exploiting*-Verboten für den Veranstalter erkennbar von gesteigertem Interesse ist.[119] Auch inhaltlich bieten Vertragsstrafen einige Flexibilität: Ausweislich § 342 BGB kann eine Strafe auch auf andere Sanktionen als die Verhängung einer Geldstrafe gerichtet sein. Zu denken ist hier etwa an Rügen, Sperren oder die Vergabe von Strafpunkten und anderen turnierbezogenen Nachteilen.[120]

115 Zu diesem Problem *Kähler*, in: BeckOGK-Zivilrecht, § 307 Schadenspauschalierungsklausel Rn. 90.

116 In diese Richtung BeckOGK/*Kähler*, Stand 04/2023, § 307 Vertragsstrafeklausel Rn. 81, der Rn. 82 darauf hinweist, dass anderenfalls eine gesonderte – und auch gesondert auf ihre Wirksamkeit zu prüfende – Ersatzfähigkeitsvereinbarung nötig wäre.

117 BGH, NJW 1983, 385; *Kähler*, in: BeckOGK-Zivilrecht, § 307 Vertragsstrafeklausel Rn. 2; *Becker*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed., Stand: 11/2022, § 309 Nr. 6 Rn. 2.

118 BGH NJW 2003, 2158, 2161.

119 Vgl. *Kähler*, in: BeckOGK-Zivilrecht, § 307 Vertragsstrafeklausel Rn. 3.

120 Vgl. *Ulrici*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 09/2021, § 342 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wichtig ist, dass sich der Veranstalter im Vorfeld Gedanken darüber macht, ob er sich das zusätzliche Geltendmachen von Schadenersatz vorbehalten will. Das Gesetz sieht das grundsätzlich[121] nicht vor (§ 342 S. 2 BGB), ist insoweit aber nach h.M. dispositiv.[122] In AGB sind dann Vorkehrungen zu treffen, um eine unzulässige Doppelbelastung des anderen Teils zu verhindern.[123] Wie beim Schadenersatz darf zudem auch bei der Vertragsstrafe das Verschuldenserfordernis des § 339 BGB nicht ausgeschlossen werden.[124] Zwar hat die Rechtsprechung hiervon Ausnahmen zugelassen, wenn dafür ein besonders schwerwiegendes Interesse des Verwenders sprach.[125] Ein solches wird sich hier indes wohl nicht annehmen lassen: Die bislang entschiedenen Fälle waren von anderem Gewicht, es ging etwa um die Gesundheit von Menschen[126] oder um Fälle, in denen es für den anderen Teil leicht gewesen wäre, die Schuld auf Dritte abzuwälzen[127].[128] Dem kommt das Interesse an Turnierintegrität im eSport nicht gleich.[129] Hinzu tritt, dass bei *Cheating* und *Exploiting* ein Abwälzen der Schuld auf Dritte in der Regel aussichtslos ist. Schließlich ist schon im Ansatz fraglich, in welchem Ausmaß der von einer Vertragsstrafe ausgehende Druck im Interesse des Turnierveranstalters durch die Verschuldensunabhängigkeit überhaupt erhöht wird: Durch den Verzicht auf Verschulden werden nur Fälle einbezogen, in denen der eSportler den Zwischenfall auch bei gehöriger Sorgfalt nicht verhindern konnte.

Schließlich darf die Vertragsstrafe nicht unverhältnismäßig hoch sein.[130] Bei der Beurteilung ist aber auch das Interesse des Verwenders daran, auf den anderen Teil Druck auszuüben, zu berücksichtigen.[131] Schließlich kann

121 In Betracht käme hier freilich der Ausnahmefall fehlender Interessenidentität, dessen Grenzen aber unscharf sind. Dazu *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 342 Rn. 13.

122 *Ulrici*, in: BeckOGK-Zivilrecht, § 342 Rn. 7; *Rieble*, in: Staudinger, § 342 Rn. 15.

123 Zu denken ist etwa an eine Anrechnungsklausel, BGH NJW 1975, 163, 164 oder eine Gestaltung, bei der die Vertragsstrafe sich im verfolgten Interesse nicht mit dem Schadenersatz überschneidet.

124 *Voigt*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 02/2023, § 311 Rn. 1134; *Ulrici*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed., Stand 09/2021, § 339 Rn. 171.

125 S. etwa BGH NJW 1999, 2662, 2663 f.

126 OLG Celle, BeckRS 2013, 17053.

127 BGH NJW 1979, 105, 107, hinzu kamen seefrachtrechtliche Besonderheiten.

128 Weitere Bsp. bei *Becker*, in: BeckOK-BGB, 65. Ed., Stand 11/2022 § 309 Nr. 6 Rn. 18 f.

129 Möglicherweise anders *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 309.

130 Andernfalls ist sie unwirksam, eine Herabsetzung nach § 343 BGB kommt nicht in Betracht, *Becker*, in: BeckOK-BGB, § 309 Nr. 6 Rn. 23.

131 BGH NJW 1983, 385, 387.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich der Veranstalter vorbehalten, aus mehreren Sanktionen auszuwählen: Die von der Rechtsprechung akzeptierten Klauseln nach dem sog. „*neuen Hamburger Brauch*" erlauben es einer Seite, den Umfang der Vertragsstrafe nach Maßgabe des § 315 BGB (d.h. billigem Ermessen) einseitig festzulegen.[132] Damit lässt sich zugleich dem Erfordernis Rechnung tragen, dass bei einer Vertragsstrafe zumindest grob nach der Schwere des Verstoßes zu differenzieren ist.[133]

d) Kündigungsklausel

Der Turnierveranstalter kann schließlich ein Interesse daran haben, sein Kündigungsrecht in AGB aufzunehmen. Die Klausel dürfte in den meisten Fällen nur deklaratorisch ausfallen: Wegen ihres einschneidenden Charakters hat der Gesetzgeber die außerordentliche fristlose Kündigung, an der dem Veranstalter gelegen sein wird, nur aus wichtigem Grund zugelassen. Die darin liegende Interessenbalance steht nicht zur Disposition der Parteien: So kann die Kündigung aus wichtigem Grund einerseits vertraglich nicht ausgeschlossen werden, andererseits sind umgekehrt Erweiterungen des außerordentlichen fristlosen Kündigungsrechts in AGB grundsätzlich unzulässig.[134] Eine entsprechende Klausel müsste demnach sicherstellen, dass in jedem ihrer Anwendungsfälle (ohnehin) ein wichtiger Grund vorliegt,[135] was die Daseinsberechtigung der Klausel in Zweifel zieht.

e) Offene Sanktionsrahmen: Transparenz (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)

Teilweise findet sich in Regelwerken für *Cheating* und *Exploiting* keine eindeutige Sanktion, sondern lediglich ein Sanktionsrahmen.[136] So kann etwa ein Spektrum von Strafpunkten bis zur Disqualifikation angegeben werden.

132 Dazu etwa BGH GRUR 2014, 595; *Kähler*, in: BeckOGK-Zivilrecht, § 307 Vertragsstrafeklausel Rn. 55.

133 *Becker*, in: BeckOK-BGB § 309 Nr. 6 Rn. 24; s. auch BGH GRUR 2014, 595, 597, wo der Hamburger Brauch offenbar ebenfalls als mildere Variante angesehen wird.

134 *Zschieschack*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 12/2022, § 307 Kündigungsklausel Rn. 31; BGH NJW 2001, 3480, 3482 (Miete); NJW 1991, 102, 104 (Leasing).

135 *Zschieschack*, in: BeckOGK-Zivilrecht, § 307 Kündigungsklausel Rn. 48.

136 Zum Wahlrecht des Veranstalters dem in seiner Ausübung ggf. liegenden Verzicht auf andere Sanktionen *Maties*/*Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 309 f.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Derartige Klauseln sind in Anbetracht des aufgezeigten Differenzierungsgebots inhaltlich nicht nur zulässig, sondern notwendig.[137] Zu achten ist auf eine ausreichend transparente Darstellung (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB).[138] Man sollte die Voraussetzungen aber nicht allzu hoch ansetzen: Bei der Vertragsstrafe ist eine Formulierung nach neuem Hamburger Brauch sogar ohne Angabe einer Obergrenze zulässig, solange nicht der Eindruck entsteht, der andere Teil sei der freien Willkür des Verwenders ausgesetzt.[139] Dann muss es unschädlich sein, wenn ein Veranstalter mehrere für sich genommen zulässige Sanktionen sogar benennt und sich die Auswahl vorbehält, solange nur der eSportler weiß, was auf ihn zukommen könnte. Das gilt auch für die Disqualifikation durch Kündigung, bei der es sich um ein Gestaltungsrecht handelt, dessen Ausübung oder Nichtausübung ohnehin im Belieben des Berechtigten liegt.

f) Gerichtsstands- und Rechtswahlklausel

Die Unsicherheiten im Hinblick auf den Auslandsbezug sollten für Turnierveranstalter Anlass sein, sowohl die internationale Zuständigkeit als auch das anwendbare Recht festzulegen. Beides ist ausweislich Art. 25 EuGVVO respektive Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO zulässig, auch in AGB, wobei eine Klauselkontrolle wegen der unionsrechtlichen Entscheidung für die Zulässigkeit entsprechender Vereinbarungen jedenfalls nur sehr eingeschränkt erfolgt.[140] Alternativ zu staatlichen Gerichten können Veranstalter auch Schiedsgerichtsklauseln erwägen.[141]

C. Schluss

Der Beitrag sollte zeigen, dass die zivilrechtliche Perspektive auf *Cheating* und *Exploiting* durch die vertragliche Vereinbarung und ihre Auslegung

137 *Supra*, III., 3., b), aa) und bb).
138 *Maties/Püschel*, SpoPrax 2022, 306, 309 f.
139 *Kähler*, in: BeckOGK-Zivilrecht, § 307 Vertragsstrafeklausel Rn. 104 f.
140 Zur Rechtswahl näher *Fehrenbach*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 03/2023, § 307 Rechtswahlklausel Rn. 73 ff. Zur Gerichtsstandsvereinbarung *Fehrenbach*, in: BeckOGK-Zivilrecht, Stand: 11/2022, § 307 Gerichtsstandsklausel Rn. 36 ff.
141 Näher zum Court of Arbitration for Sport (CAS) in Lausanne *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer (Hrsg.), Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl., München 2020, Kap. 7 Rn. 259 ff. Zu Anforderungen an die Schiedsklausel näher a.a.O., Rn. 241 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beherrscht wird. Entscheidend sind rechtliche, nicht digitale Regeln. Umso wichtiger ist deshalb, dass Turnierveranstalter bei der Formulierung ihrer AGB die gebotene Sorgfalt walten lassen. Vorsicht ist dabei angezeigt, wenn verschuldensunabhängige Sanktionen angeordnet werden sollen – zumal sich das Ziel, die eSportler zur gebotenen Sorgfalt anzuhalten, auch schon durch eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens erreichen lässt. Schließlich sollten Turnierveranstalter in ihren AGB das anwendbare Recht und die zuständigen Gerichte festlegen, denn davon hängt letztlich ab, vor welcher Rechtsordnung ihr Klauselwerk im Streitfall bestehen muss.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-167 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY