

(Referendar-)Examensklausur: Kein Fifa für Spencer?

Von Wiss. Mitarbeiter **David Preßlein**, München*

Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig die Prüfung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie „Klassiker“ des Europarechts (wie die Rs. Bosman) in ein neues Gewand verpackt. Maßgeblich sind demnach die Kenntnis der vom EuGH aufgestellten Leitlinien und Argumentationsgeschick hinsichtlich der Frage, ob diese auch auf den eSport übertragen werden können.

Sachverhalt

Im Januar 2021 beschließt die Bundesregierung, sich aufgrund der massiv ansteigenden Popularität von eSports mit dem Thema näher zu befassen. Dabei handelt es sich um das Spielen von Videospiele auf verschiedenen Konsolen oder auf dem PC im Stile eines sportlichen Wettbewerbs.

Die Spiele decken dabei thematisch eine große Bandbreite an Inhalten, insbesondere auch Sport-Simulationen, ab. Gerade der Bereich „digitalen Fußballs“ findet besonderen Anklang und so haben bereits einige Vereine der deutschen Bundesliga eine eigene eSports-Abteilung eingerichtet. Ähnlich den Fußballern „auf dem Platz“ werden mit den Spielern Verträge geschlossen, welche über mehrere Jahre laufen können und die Teilnahme der Spieler an organisierten Konsolenwettkämpfen für den Verein gegen eine monatliche Gehaltszahlung beinhalten. Die jeweiligen Spiele und Turniere werden dabei zentral in Anwesenheit der beiden Teams ausgetragen. Auch werden den Spielern in eigenen Einrichtungen der Vereine vor Ort Konsolen und weitere Ausrüstung zur Verfügung gestellt. Schließlich finden mehrmals die Woche Trainingseinheiten auf dem Gelände der Vereine statt. Die näheren Details werden durch die Teamleitung und den Verein für den Einzelfall bestimmt.

Aufgrund der Popularität von eSports und den bisher fehlenden übergreifenden Regeln einigt man sich darauf, einen Gesetzesentwurf zur Regulierung des Spielbetriebs einzubringen, der bisher weitgehend von Privaten organisiert worden war. Ziel ist die Schaffung eines staatlich lizenzierten und kontrollierten Spielbetriebs. Der Gesetzesentwurf (eSportsG), der unter anderem die Einrichtung einer staatlich betriebenen „Deutschen eBundesliga“ vorsieht, enthält Einzelheiten zur Anmeldung von Mannschaften, zu den zu verwendenden technischen Einrichtungen (Videospieletitel, Konsolen, Controller, Headsets etc.) sowie zum generellen Spielbetrieb. Für Streitigkeiten werden die Verwaltungsgerichte für zuständig erklärt. Der Entwurf wird vom Bundestag ordnungsgemäß verabschiedet und tritt in Kraft. Er wurde aber im Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß um die folgende Vorschrift zur Auswahl der Spieler für die Vereine ergänzt:

Auszug aus dem eSportsG

§ 47 Teilnahme ausländischer Spieler

Die Vereine, die für offizielle Wettkämpfe auf nationaler Ebene und mit professionellem Charakter gemeldet sind, können

maximal bis zu zwei ausländische Spieler zum Spielbetrieb anmelden.

Spencer (S) ist irischer „YouTuber“ und selbst ein sehr versierter e-Fußballer. Er möchte deshalb sein Hobby zum Beruf machen. Er hat von der neuen eBundesliga gehört, und da ihn Deutschland schon immer gereizt hat, zieht er nach Gelsenkirchen und schließt einen Vertrag mit Schalke 04 ab, in der Hoffnung, eine langfristige Karriere aufzubauen.

Jedoch hat sich Schalke 04 auch bereits anderweitig auf dem internationalen Markt umgeschaut und bereits zwei weitere Spieler aus Dänemark und Frankreich angeworben. Deshalb wird S die Teilnahme an den professionellen Ligaspielen mit der Begründung versagt, dass wegen § 47 eSportsG nur die beiden anderen eine Zulassung bekommen könnten. S wendet sich an die für den Spielbetrieb zuständige Behörde, erhält aber einen Ablehnungsbescheid, in dem noch einmal auf die eindeutige Gesetzeslage hingewiesen wird.

Das will sich S jedoch nicht gefallen lassen. Er erhebt ordnungsgemäß Klage zum zuständigen Verwaltungsgericht. Dort trägt er vor, dass diese Diskriminierung von Ausländern ja nicht mit dem EU-Vertrag vereinbar sein könne. Er würde so seiner Möglichkeit beraubt, bei Schalke 04 angestellt zu werden, und sein Umzug, der wegen der Trainings und der Spieltermine vor Ort notwendig gewesen war, sei nun völlig umsonst. Die Regelung zeige nur wieder, dass Ausländerfeindlichkeit im Sport immer noch weit verbreitet sei. Er habe einmal gehört, dass solche Regelungen im Fußball unwirksam seien, da könne es beim eSport doch nicht anders sein.

Die Behörde weist dies scharf zurück: Zunächst einmal könne von Sport bei Videospiele schon gar keine Rede sein. Auch handele es sich nicht um eine Diskriminierung. S dürfe ja angestellt werden, aber eben nicht an den Spielen teilnehmen. Weiter diene die Differenzierung dazu, die Identifizierung der Fans mit den Mannschaften zu ermöglichen. Nicht nur bei Nationalmannschaften sei es wichtig, dass eine enge Verbundenheit zwischen Fans und Mannschaft bestehe, die bei ausländischen Spielern so nicht möglich sei. Zudem wolle man verhindern, dass sich die reicheren Vereine, wie im professionellen Fußball geschehen, durch den Einkauf der besten internationalen Spieler in unfairer Weise absetzen können. So diene die Ausschlussklausel letztlich einem ausgewogenen Wettbewerb und dem Sportsgeist.

Das zuständige Gericht hat jedoch entgegen der vorgetragenen Begründung der Behörden erhebliche Bedenken an der Vereinbarkeit des Gesetzes mit Unionsrecht. Es legt daher in ordnungsgemäßer Form und mit ausführlicher Begründung dem EuGH vor.

Bearbeitungsvermerk

Erstellen Sie ein Gutachten über die Erfolgsaussichten der Vorlage zum EuGH.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München.

Hinweis: Die tatsächlichen Ausführungen sind als wahr zu unterstellen. Glücksspielrechtliche Gesichtspunkte sind außer Betracht zu lassen. Von der Rechtmäßigkeit der sonstigen Normen des Gesetzes ist auszugehen. Auf die Norm des Art. 165 AEUV wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

Die Vorlage im Vorabentscheidungsverfahren hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des EuGH

Der EuGH müsste zuständig sein.

Gem. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 EUV sichert der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH, EuG und die Fachgerichte) die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Er entscheidet auch über Vorlagen nach Art. 267 Abs. 1, 2 AEUV. Da eine nach Art. 256 Abs. 3 AEUV grundsätzlich mögliche Zuständigkeitsübertragung an das EuG bislang nicht stattgefunden hat, vgl. Art. 23, 51, 54 der Satzung des Gerichtshofs (EuGHS), ist der EuGH damit für Vorabentscheidungen allein zuständig.

II. Vorlageberechtigung

Das deutsche Gericht müsste vorlageberechtigt sein.

Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV sind Gerichte der Mitgliedstaaten vorlageberechtigt. Dies wird anhand eines autonom unionsrechtlichen Gerichtsbegriffs bestimmt, für dessen Kennzeichnung der EuGH Kriterien entwickelt hat. Danach muss das Gericht auf gesetzlicher Grundlage eingerichtet sein, seine Gerichtsbarkeit einen ständigen und obligatorischen Charakter haben und einen Rechtsstreit auf der Grundlage eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens in richterlicher Unabhängigkeit potentiell rechtskräftig entscheiden.¹

Diese Voraussetzungen sind im deutschen Gericht erfüllt, es ist vorlageberechtigt.

III. Taugliche Vorlagefrage

Von der zulässigen Formulierung der Vorlagefrage ist mangels entgegenstehender Hinweise im Sachverhalt auszugehen.²

¹ EuGH, Urt. v. 12.12.1996 – C-74/95, C-129/95 (Procura della Repubblica/X) = Slg. 1996, I-6609, Rn. 19; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 267 Rn. 19.

² Die Formulierung der Vorlagefrage bereitet teilweise Probleme. Hintergrund ist Art. 267 Abs. 1 AEUV, der bestimmt, dass dem Gerichtshof Fragen zur Auslegung der Verträge (also des Primärrechts) sowie nach der Auslegung und Gültigkeit der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union (also des Sekundär- und Tertiärrechts) vorgelegt werden können; dazu *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 682. Die Auslegungsbefugnis des EuGH erstreckt sich dabei auf alle Rechtsquellen des Unionsrechts. Nicht zulässig sind Fragen nach der Auslegung des nationa-

IV. Vorlagegrund: Entscheidungserheblichkeit

Es müsste weiter ein hinreichender Vorlagegrund in Form der Entscheidungserheblichkeit vorliegen.

Diese liegt vor, wenn der Tenor der Gerichtsentscheidung im nationalen Verfahren von der Beantwortung der Vorlagefrage abhängt. Diese Einschätzung ist zuvorderst Aufgabe des nationalen Gerichts. Der EuGH überprüft lediglich, ob die Frage rein hypothetisch oder konstruiert ist, oder ob zwischen der erbetenen Auslegung des Unionsrechts und dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens offensichtlich kein Zusammenhang besteht.³

Hier würde die Entscheidung des Ausgangsverfahrens vor dem deutschen Gericht davon abhängen, ob die Regelung in § 47 eSportsG mit Unionsrecht vereinbar ist. Sollte dies nicht der Fall sein und insoweit eine Unanwendbarkeit der Anmeldebefristung folgen, wäre die ursprünglich erhobene Klage des S begründet. Wäre die Regelung in § 47 eSportsG dagegen mit Unionsrecht vereinbar, so dürfte und müsste sie weiterhin angewendet werden, die Klage wäre unbegründet. Da sich somit die Beantwortung der Vorlagefrage auf den Urteilstenor im nationalen Verfahren auswirkt, ist sie entscheidungserheblich.

V. Form

Laut Sachverhalt wurden die Formvorschriften vom deutschen Gericht eingehalten, Art. 23 Abs. 1 EuGHS i.V.m. Art. 94 ff. VerfO-EuGH.⁴

VI. Zwischenergebnis

Somit ist die Vorlage des deutschen Gerichts zulässig.

B. Beantwortung der Vorlagefrage

Fraglich ist nun, wie die zulässige Vorlagefrage durch den EuGH zu beantworten ist. Dafür ist bedeutsam, wie genau das entsprechende Unionsrecht auszulegen ist bzw. ob § 47 eSportsG gegen Unionsrecht verstößt. In Betracht kommt

len Rechts oder der Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Unionsrecht. Korrekt muss die Fragestellung also lauten: „Ist Art. XY dahingehend auszulegen, dass er einer Vorschrift des nationalen Rechts entgegensteht, die [Beschreibung der nationalen Rechtsnorm]“. Im Falle einer fehlerhaft gestellten Vorlagefrage ist die Vorlage nach Art. 267 AEUV mitnichten unzulässig. Vielmehr legt der EuGH die Frage aus und formuliert sie ggf. so um, dass sie zulässig gestellt ist („Das Gericht möchte im Wesentlichen wissen, ob...“), vgl. *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 71. Lfg., Stand: August 2020, AEUV Art. 267 Rn. 33.

³ Dazu EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold/Helm) = Slg. 2005, I-9981, Rn. 32 ff.

⁴ Die Vorlage ist mit einer ausführlichen Begründung zu versehen, die den rechtlichen und tatsächlichen Verfahrenshintergrund und die Gründe umfasst, aus denen das Gericht die Vorlage für erforderlich hält. Die Verfahrensakte ist vollständig beizufügen, *Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 856.

hier ein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV. Dies ist unabhängig vom konkreten Fall des S zu beurteilen, er kann aber als Beispiel herangezogen werden.

I. Tatbestand

Zunächst müsste der Tatbestand des Art. 45 AEUV erfüllt sein.

1. Keine *Lex specialis* im Unionsrecht

Unions-Sekundärrecht ist außer Betracht zu lassen.

2. Arbeitnehmer

Bei Gamern wie S müsste es sich um einen Arbeitnehmer i.S.d. Art. 45 AEUV handeln.

Der Arbeitnehmerbegriff ist unionsrechtlich autonom zu bestimmen.⁵ Zentral für die Einordnung als Arbeitnehmer in diesem Sinne sind insbesondere die Verrichtung einer Tätigkeit mit wirtschaftlichem Wert gegen Entgelt und die Weisungsabhängigkeit der betreffenden Person. Zudem darf die Tätigkeit nicht schlechthin verboten oder sozialschädlich sein.⁶

Problematisch könnte hier sein, ob Gamer wie S eine wirtschaftliche Leistung erbringen und ob sie unselbständig tätig werden. Unabhängig davon, ob man eSports als Sportart qualifizieren möchte, ist die Situation zwischen in Mannschaften organisierten Gamern wie hier und Sportlern bzgl. des Tätigkeitsverhältnisses vergleichbar. Für professionelle Sportler hat der EuGH vielfach betont, dass diese unter den Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV fallen.⁷ Bei ihnen sind schließlich die genannten Voraussetzungen erfüllt: Sie verrichten eine Tätigkeit nach Anweisung des Trainers/Teamleiters sowie des arbeitgebenden Clubs und erhalten eine Vergütung. Zudem ist die sportliche Betätigung auch nicht verboten oder sozialschädlich. Eine Bereichsausnahme für den Sport gibt es im Unionsrecht somit nicht, soweit es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Etwas anderes lässt sich auch der Sportklausel des Art. 165 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV nicht entnehmen. Gerade bei fortschreitender Kommerzialisierung des Sports ist die Behandlung von Sportlern als Arbeitnehmer sinnvoll. Dann muss aber auch der Vergleich zu professionellen

eSports gezogen werden, die zunehmend medienwirksamer und kommerzieller ausgestaltet und damit sportlichen Ereignissen zumindest angenähert werden. Auch hier finden sich

schließlich Anstellungsverhältnisse und ein strukturierter Spielbetrieb samt Coaching und Trainingseinheiten.⁸

Das Gleiche muss somit für die angestrebte Profession des S gelten, da sich dann Gamer wie er in ein Anstellungsverhältnis begeben und gegen ein Entgelt tätig werden. Dies wird geregelt durch den Vertrag, den die Spieler mit dem Verein schließen, der gerade die Teilnahme an bestimmten Spiel- und Trainingsterminen gegen Entgelt vorsieht. Das „Wann“ und „Wo“ des Einsatzes bestimmt dabei u.a. die Teamleitung. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es sich bei Spielern wie S um Arbeitnehmer handelt.

3. Zwischenstaatlicher Sachverhalt

Wie der Fall des S zeigt, können durchaus zwei Mitgliedstaaten der EU (dort Deutschland und Irland) betroffen sein. Es kann also ein notwendiger zwischenstaatlicher Sachverhalt vorliegen.

4. Keine Bereichsausnahme, Art. 45 Abs. 4 AEUV

Da die Tätigkeit als professioneller Spieler auch nicht dem Bereich der öffentlichen Verwaltung zuzuordnen ist, liegt keine Bereichsausnahme vor.⁹

5. Zwischenergebnis

Der Tatbestand des Art. 45 AEUV ist erfüllt.

II. Eingriff

Weiter müsste § 47 eSportsG einen Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit des S darstellen.

1. Maßnahme eines Verpflichtungsadressaten

Dazu müsste es sich bei der Regelung um eine Maßnahme eines Verpflichtungsadressaten der Grundfreiheiten handeln. § 47 eSportsG ist Teil eines formellen Gesetzes, also einer Maßnahme der durch die Verträge unmittelbar verpflichteten Bundesrepublik Deutschland.¹⁰

2. Beschränkung

Weiter müsste auch eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegen.

a) Ausgangspunkt: „Dassonville“-Vergleich

Ursprünglich waren die Grundfreiheiten bei ihrer Schaffung durch die Römischen Verträge 1957 als bloße Diskriminierungsverbote konzipiert, was gerade in der Formulierung des Art. 45 Abs. 2 AEUV anklingt.¹¹ Jedoch hat der EuGH im Laufe der Zeit kontinuierlich einen Wandel der Grundfreiheitsdogmatik herbeigeführt und aus diesen schrittweise auch

⁵ St. Rspr. des EuGH, siehe z.B. EuGH, Urt. v. 3.7.1986 – C-66/85 (Lawrie Blum) = Slg. 1986, 2121, Rn. 17; EuGH, Urt. v. 21.6.1988 – C-197/86 (Brown) = Slg. 1988, 3205, Rn. 21 oder EuGH, Urt. v. 10.9.2014 – C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185 (Haralambidis), Rn. 28 f.

⁶ Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 2), AEUV Art. 45 Rn. 95.

⁷ St. Rspr., siehe nur EuGH, Urt. v. 12.12.1974 – C-36/74, (Walrave) = Slg. 1974, 1405, Rn. 4; EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman) = Slg. 1995, I-4921, Rn. 73; EuGH, Urt. v. 16.3.2010 – C-325/08 (Olympique Lyonnais) = Slg. 2010, I-0000, Rn. 27, 28.

⁸ Vgl. Falk, MMR 2018, 493 (493).

⁹ Siehe zu Art. 45 Abs. 4 AEUV die st. Rspr. des EuGH, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 26.4.2007 – C-392/05 (Alevizos/Ypourgos Oikonomikon) = Slg. 2007, I-3505, Rn. 69 m.w.N.

¹⁰ Forsthoff (Fn. 6), AEUV Art. 45 Rn. 129.

¹¹ Vgl. z.B. Forsthoff (Fn. 6), AEUV Art. 45 Rn. 127.

Beschränkungsverbote entwickelt.¹² Speziell für die Arbeitnehmerfreizügigkeit stellte er fest, dass „Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, [...] Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar[stellen], auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden [...]“¹³.

In Anlehnung an die zur Warenverkehrsfreiheit aufgestellte „Dassonville-Formel“ kann mithin eine Beschränkung definiert werden als jede nationale Maßnahme, die die Arbeitnehmerfreizügigkeit tatsächlich, potentiell, mittelbar oder unmittelbar beeinträchtigt.¹⁴

Vorliegend grenzt § 47 eSportsG die Anzahl ausländischer Spieler ein, die zum eSports-Spielbetrieb zugelassen werden können. Wenn aber deren Einsatzchancen hierdurch eingeschränkt werden, kann das dazu führen, dass diese Spieler nicht nach Deutschland ziehen, um dort Arbeit zu suchen. Wegen der Trainings- und Spieltermine sowie der Infrastruktur durch den Verein vor Ort wäre dies aber zwingend notwendig, eine rein digitale Lösung (wie etwa ein „Home Office“) scheidet aus. Mit dem Umzug in ein anderes Land ist gleichwohl einiges an Aufwand verbunden, der sinnvollerweise nur auf sich genommen wird, wenn dann auch tatsächlich die Möglichkeit besteht, für den Verein tätig zu werden. Wenn dies aber erschwert oder gar unmöglich gemacht wird, wird kaum ein Spieler das Risiko eines Umzugs eingehen. Vielmehr bestünde dann ein Anreiz, doch eher im Heimatstaat zu bleiben. Die Regelung schafft insoweit ein nicht unerhebliches Hemmnis und ist als eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu sehen.¹⁵

b) TB-Einschränkung: Keck/Drei-Stufen-Test

Fraglich ist jedoch nun, ob es nicht einer Tatbestandseinschränkung bedarf.

Da die tatbestandliche Ausweitung der Grundfreiheiten, allen voran der Warenverkehrsfreiheit, dazu führte, dass letztlich fast jede Maßnahme unter die Definition der Beschränkung fiel, sah sich der EuGH gezwungen, eine Einschränkung der zu weit geratenen Formel vorzunehmen. Dies wurde zum einen dadurch bedingt, dass ansonsten jede nationale Maßnahme grundsätzlich einer Rechtfertigung bedürft hätte, und zum anderen dadurch, dass sich der EuGH sonst einer nicht zu bewältigenden Zahl von Verfahren ausgesetzt gesehen hätte.¹⁶ So entwickelte er für die Warenverkehrsfreiheit in der Rs. Keck und Mithouard sowie der Rs. Krad-

anhänger zwei unterschiedliche Modelle für eine tatbestandliche Einschränkung. Es ist allerdings bereits fraglich, ob sich diese Maßstäbe auf die anderen Grundfreiheiten, namentlich die hier einschlägige Arbeitnehmerfreizügigkeit, erstrecken lassen. Im Ergebnis kann dies jedoch dahinstehen: § 47 eSportsG knüpft an die Herkunft und Staatsangehörigkeit an und verbietet bereits die Zulassung zum jeweiligen Spielbetrieb. Es handelt sich somit um eine offene Diskriminierung nach Art. 45 Abs. 2 AEUV, die in jedem Fall nicht die Voraussetzungen einer Ausnahme erfüllen würde.

Es greift keine Tatbestandsbeschränkung ein.

Exkurs: Die Lösungsskizze hält sich hier bewusst kurz. Es ist aber auch sehr gut vertretbar, kurz auf die beiden Ausnahmen des EuGH von der Warenverkehrsfreiheit einzugehen und dann deren Übertragbarkeit zu thematisieren. Dies erfolgt regelmäßig der Vollständigkeit halber und soll auch hier kurz angesprochen werden:

- Nach der sog. Keck-Formel sollten bestimmte Verkaufsmodalitäten im Unterschied zu Produktmodalitäten wieder aus dem Anwendungsbereich ausgenommen sein, wenn sie unterschiedslos wirken.¹⁷
- Wegen einiger Probleme hinsichtlich der klaren Abgrenzung dieser Begrifflichkeiten und damit verbundener Rechtsunsicherheit schuf der Gerichtshof in der Rs. Krad-Anhänger den sogenannten „Drei-Stufen-Test“ [zum Teil auch ANETT-Formel genannt]. Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn 1) keine offene oder versteckte Diskriminierung vorliegt, 2) die Maßnahme keine dual burden, also ein Aufzwingen eigener Produktstandards auch für ausländische Produkte, darstellt und 3) kein sonstiges relevantes Marktzutritts Hindernis besteht.¹⁸

Es ist allerdings bereits fraglich, ob diese Ausnahmen auf die anderen Grundfreiheiten Anwendung finden. Dagegen spräche, dass sich Begriffe wie „Produktmodalität“ nur schwerlich auf andere Grundfreiheiten übertragen lassen, sowie, dass jede Grundfreiheit eigene Besonderheiten aufweist, die es nicht zu verwischen gilt.¹⁹ Dafür würden jedoch eine generelle Konvergenz der Grundfreiheiten sowie eine Vergleichbarkeit der dogmatischen Entwicklungen sprechen. Denn bei beiden Grundfreiheiten besteht aufgrund des erweiterten Tatbestands die Notwendigkeit einer Eingrenzung. Zudem bestünden begriffliche Schwierigkeiten bei der Übertragung des „Drei-Stufen-

¹² Dazu Dietz/Strein, EuR 2015, 50 ff.

¹³ EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman) = Slg. 1995, I-4921, Rn. 96.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 11.7.1974 – C-8/74 (Dassonville) = Slg. 1974, 837, Rn. 5; ferner EuGH, Urt. v. 12.3.1987 – C-178/84 (Kommission/Deutschland [„Reinheitsgebot für Bier“]) = Slg. 1987, 1227, Rn. 27.

¹⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman) = Slg. 1995, I-4921, Rn. 120.

¹⁶ Vgl. Streinz (Fn. 2), Rn. 863 ff.

¹⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.1993 – C-267/91, C-268/91 (Keck und Mithouard) = Slg. 1993, I-6097, Rn. 16.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 10.2.2009 – C-110/05 (Kommission/Italien) = Slg. 2009, I-568, Rn. 33 ff. Siehe auch EuGH, Urt. v. 2.12.2010 – C-108/09 (Ker Optika) = Slg. 2010, I-12239, Rn. 48.

¹⁹ So etwa Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 56 Rn. 88 m.w.N.

Tests“ nur in geringem Maße.²⁰ Im Ergebnis kann aber mit Blick auf die hier vorliegende offene Diskriminierung der Streit offengelassen werden.

c) Zwischenergebnis

Somit liegt eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Form einer offenen Diskriminierung vor.

3. Zwischenergebnis

§ 47 eSportsG stellt einen Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit des S dar.

III. Rechtfertigung

Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein.

1. Schranken

Dazu müsste sich die Regelung auf einen Rechtfertigungsgrund („Schranke“) stützen können. Man unterscheidet hierbei zwischen geschriebenen Rechtfertigungsgründen des Art. 45 Abs. 3 AEUV und sog. ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen.

a) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Es könnte zunächst ein geschriebener Rechtfertigungsgrund des Art. 45 Abs. 3 AEUV einschlägig sein. Dieser nennt (abschließend) die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Jedoch lässt sich die Regelung des § 47 eSportsG auf keinen dieser Gründe stützen.

b) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

In Betracht kommen jedoch auch sog. ungeschriebene Rechtfertigungsgründe.

Als weiteres Korrektiv zu dem oben im Rahmen des Beschränkungsbegriffes angesprochenem Problem hat der EuGH in der Rs. Cassis de Dijon besondere „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt. Auf diese Weise sollen in den Verträgen nicht erwähnte Belange wie z.B. der Verbraucherschutz berücksichtigt werden können.²¹ Insoweit ist anerkannt, dass eine Übertragung der Rechtfertigungsmaßstäbe auf die anderen Grundfreiheiten möglich ist.²²

aa) Anwendbarkeit auf offene Diskriminierungen?

Jedoch ist fraglich, ob diese ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe hier überhaupt in Stellung gebracht werden können, handelt es sich doch um eine offene Diskriminierung von Ausländern, die dem Geist der Verträge im Grundsatz diametral widerspricht:

²⁰ EuGH (Generalanwalt), Schlussanträge v. 30.3.2006 – C-158/04, C-159/04, Rn. 33, 50; vgl. auch EuGH (Generalanwalt), Schlussanträge v. 5.10.2006 – C-110/05, Rn. 132.

²¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78 (Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [„Cassis de Dijon“]) = Slg. 1979, 120, Rn. 8.

²² Forsthoff (Fn. 6), AEUV Art. 45 Rn. 324, 327 f.

Der EuGH verneint dies generell und wendet die „zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses“ nur auf Beschränkungen oder mittelbare Diskriminierungen an. Hintergrund ist insbesondere die Überlegung, dass eine offene Diskriminierung eine besondere Schwere aufweist und gerade auch dem zentralen Anliegen der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote offen zuwiderläuft.²³

Eine andere Ansicht will hingegen auch bei offenen Diskriminierungen eine Rechtfertigung durch ungeschriebene Gründe zulassen.²⁴ Dafür spricht, dass es willkürlich erscheint, Belange wie z.B. den Umwelt- oder den Verbraucherschutz außen vor zu lassen, nur weil sie in einer seit 1957 unverändert übernommenen Formulierung nicht vorkommen. Vielmehr müsse mit der Zeit gegangen und auf veränderte Rahmenbedingungen reagiert werden. Gestützt wird dies auch dadurch, dass der EuGH von seiner Linie teilweise abweicht und durch die Anerkennung sektorspezifischer „Besonderheiten“ eben doch zu einer weiteren Prüfung gelangt (vgl. z.B. die „Besonderheiten des Stromnetzwerks“ in der Rs. Preussen Elektra oder die „Besonderheiten der Abfallwirtschaft“ in der Rs. Kommission/Belgien).²⁵

Im Ergebnis kann der Streit hier jedoch dahinstehen, da keine sonstigen zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses ersichtlich sind. Insbesondere typische Argumentationstopoi wie der Verbraucherschutz oder der Umweltschutz verfangen hier nicht.²⁶ Somit greift kein herkömmlicher Rechtfertigungsgrund für die Differenzierung in § 47 eSportsG ein.

bb) „Besondere Erfordernisse des Sports“ i.S.d. Art. 165 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV

Jedoch könnte vorliegend eine weitere Kategorie von Rechtfertigungsgründen eingreifen. Diese könnte sich daraus ergeben, dass die Europäische Union den Sport in Europa fördert und dabei seine besonderen Merkmale berücksichtigt, Art. 165 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV.

Der EuGH hat für verschiedene Sektoren jeweilige Besonderheiten anerkannt, die im Einzelfall Eingriffe in die Grundfreiheiten rechtfertigen können.²⁷ Bei sportlichen Aktivitäten hat er dem Förderungsgebot aus Art. 165 Abs. 1

²³ Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 14.9.2006 – C-158/04, C-159/04 (Alfa Vita Vassilopoulos AE u.a./Elliniko Dimosio u.a.) = Slg. 2006, I-8135, Rn. 20; ferner EuGH, Urt. v. 10.1.1985 – C-229/83 (Leclerc/Au blé vert) = Slg. 1985, 1, Rn. 29. Dazu Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, 2004, S. 359 f.

²⁴ Siehe dazu Streinz (Fn. 2), Rn. 920. In diesem Sinne auch Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 36 Rn. 44.

²⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.3.2001 – C-379/98 (PreussenElektra AG/Schleswig AG) = Slg. 2001, I-2009, Rn. 72 ff. sowie EuGH, Urt. v. 9.7.1992 – C-2/90 (Kommission/Belgien) = Slg. 1992, I-4431.

²⁶ Siehe dazu die Zusammenstellung bei Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1), AEUV Art. 34–36 Rn. 80.

²⁷ EuGH, Urt. v. 11.4.2000 – C-51/96, C-191/97 (Deliège) = Slg. 2000, I-2549; EuGH, Urt. v. 16.3.2010 – C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143 (Olympique Lyonnais), Rn. 38.

UAbs. 2 AEUV eine weitere Dimension dahingehend entnommen, dass „besondere Erfordernisse des Sports“ als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen können. Diese sind danach auch im Fall offener Diskriminierungen anwendbar.²⁸

Somit ist zu fragen, ob es sich bei dem von S betriebenen Aktivitäten um Sport in diesem Sinne handelt. Das bloße Spielen von Videospiele an sich kann hierfür nicht ausreichen.²⁹ Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass S hier kompetitiv und professionell im Rahmen der eBundesliga tätig werden will. Es stellt sich mithin die Frage, ob eSports als „Sport“ i.S.d. Art. 165 AEUV gesehen werden können.

Dagegen spräche vor allem der Umstand, dass sich rein virtuelle Aktivitäten nur schwerlich mit den althergebrachten Sportarten vergleichen lassen. So wird teilweise Sport mit körperlicher Anstrengung verbunden, was insbesondere der Vergleich virtuelles Fußball – „reelles“ Fußball zeigt. So ist denn auch eSports bisher in der Bundesrepublik Deutschland nicht als Sport i.S.d. DOSB anerkannt.³⁰ Zu ähnlich sind die Grenzen zum „bloßen“ Spielen im Sinne eines Zeitvertreibs für zwischendurch. Weiter ist fraglich, ob bestimmte Spiele überhaupt als „Sport“ gelten können: So lässt sich doch bezweifeln, dass z.B. die Kategorisierung gewaltverherrlichender Spiele als Sport gesellschaftlich auf Zustimmung stoßen würde, ginge damit doch eine gewisse „Akzeptanz“ virtuellen Tötens einher.³¹

Dafür spricht jedoch, dass alle Kriterien, die gerade professionellen Sport von virtuellen Aktivitäten abgrenzen sollen, selbst Widersprüche hervorrufen. So müsste denn z.B. Fußball auch nicht als Sport gelten, zu groß wären die Abgrenzungsfragen vom bloßen „Kicken“ im Park oder in Freizeitanlagen, bei denen aber dennoch landläufig allgemein von „Sport“ gesprochen wird. Auch das Kriterium des Einsatzes von körperlicher Anstrengung scheidet bei anerkannten Sportarten wie z.B. Schach aus.³² Hier ist vor allem geistige Anstrengung erforderlich, während auch bei anderen Sportarten wie Darts oder Snooker zumindest ein Schwerpunkt auf Präzision und Technik liegt. Dagegen fordern manche Sportarten deutlich mehr Kraft, eine generelle Aussage dahin lässt sich aber gerade nicht treffen. Bei eSports sind demgegenüber ein hohes Maß an Fingerfertigkeit, Augen-Hand-Koordination sowie Geschicklichkeit gefragt, was überdies auch

eine nicht zu unterschätzende körperliche Belastung darstellen kann.³³

Zudem ist der Begriff des Sports gerade auch im unionsrechtlichen Kontext autonom zu bestimmen.³⁴ Dabei ist auch der internationale und inner-unionale Vergleich ein zu berücksichtigender Umstand. Beispielsweise ist eSports bereits in Ländern wie Schweden, China oder Korea als Sport anerkannt.³⁵ Eine Grenze ließe sich für bestimmte Inhalte und/oder Spiele ziehen, indem man nur Sportsimulationen, aber keine gewaltverherrlichenden Spiele unter die Definition fallen lässt. Dies würde hier auch dazu führen, dass das betroffene Spiel darunterfiele, denn eine Sportsimulation ist nicht gewaltverherrlichend. Schließlich trägt eine Kategorisierung von eSports als Sport zumindest auf professioneller Ebene auch dem Umstand Rechnung, dass sich bereits vielerorts Vereinsstrukturen gebildet haben und damit eine Vergleichbarkeit zum herkömmlichen „reellen Fußball“ nicht von der Hand zu weisen ist.³⁶

Auch angesichts einer gebotenen effektiven Auslegung und Anwendung des Unionsrechts und seiner Begrifflichkeiten im Sinne des *effet utile* erscheint daher eine Gleichstellung zumindest dann angezeigt, wenn, was hier gegeben ist, ein professioneller, organisierter Spielbetrieb eingerichtet und ausgeführt wird.

Hinweis: An dieser Stelle sind natürlich alle Auffassungen sehr gut vertretbar, insbesondere, weil es hierzu noch keine Entscheidung des EuGH oder anderer höherer Gerichte gibt.

cc) Zwischenergebnis

Mithin kommen hier „zwingende Erfordernisse des Sports“ als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in Betracht. Diese wären insbesondere die vorgetragenen Gründe der Vermeidung der Wettbewerbsverzerrung oder der Förderung von Wettbewerb, Sportsgeist und Identifikation mit den Vereinen,

²⁸ EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman) = Slg. 1995, I-4921, Rn. 127; kritisch dazu etwa Kornbeck, EuZW 2020, 603 ff.

²⁹ Vgl. *Bagger v. Grafenstein*, MMR Beil. 08/2018, 20 ff.

³⁰ Vgl. dazu *Reuter*, in: FAZ v. 30.7.2015, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/sport/mehr-sport/der-esport-ist-fuer-den-dosb-kein-richtiger-sport-13720467.html> (4.4.2021).

³¹ Kritisch insb. ebd.

³² Wobei Schach an sich als reines Denkspiel nur aufgrund einer Ausnahme unter den Sportbegriff z.B. des § 3 AufnahmeO des DOSB fällt, vgl. *Bagger v. Grafenstein*, MMR Beil. 08/2018, 20 f.

³³ *Holzhäuser/Bagger/Schenk*, SpuRt 2016, 94 (96 f.); *Lambertz*, Causa Sport 2017, 119 (121); *Frey*, SpuRt 2018, 2 (4); *Bagger v. Grafenstein*, MMR Beil. 08/2018, 20 f.

³⁴ Vgl. generell zur Methodik der unionsautonomen Auslegung *Wegener* (Fn. 1), EUV Art. 19 Rn. 13 sowie EuGH, Urt. v. 26.5.1982 – C-149/79 (Kommission/Belgien) = Slg. 1980, 3881, Rn. 19. Siehe hierzu auch ausführlich *Grundmann*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997, S. 208 ff. m. w. N. zur Rspr.

³⁵ Vgl. *Mazari*, in: The European v. 31.7.2012, abrufbar unter <https://www.theeuropean.de/ibrahim-mazari/4542-warum-e-sport-olympisch-werden-sollte> (4.4.2021); Report BIU Fokus: eSports, 2017, S. 29, abrufbar unter https://www.game.de/wp-content/uploads/2017/08/game_Fokus_eSports_2017.pdf (4.4.2021), wonach bereits 2017 weltweit 29 Länder eSport als Sport anerkannt hatten.

³⁶ *Falk*, MMR 2018, 493 (493).

die als solche ihre Berechtigung auch im Rahmen der Grundfreiheiten haben.³⁷

c) Zwischenergebnis

Damit kommen hier per se Rechtfertigungsgründe für die offene Diskriminierung durch die Regelung in § 47 eSportsG in Betracht.

2. Schranken-Schranken

Die Diskriminierung müsste aber wiederum den Schranken-Schranken standhalten.

Die Gründe für die Unterscheidung müssten also hinreichendes Gewicht haben, um die Einschnitte in die Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtfertigen zu können. Das setzt voraus, dass die Maßnahme zur Erreichung des Zieles geeignet und erforderlich ist.³⁸

Im vorliegenden Fall ist allerdings schon die Geeignetheit der Maßnahme fraglich. Dazu dürfte sie nicht völlig ungeeignet sein, das gewünschte Ziel zu erreichen, müsste es also zumindest fördern.³⁹

Als Ziel wird hier angegeben, eine stärkere Rückbindung der Vereine an das jeweilige „Mutterland“ sowie die örtliche (Fan-)Gemeinde zu schaffen. Dies soll dadurch erfolgen, dass nur einheimische Spieler „auflaufen“ sollen, mit denen sich die Zuschauer besser identifizieren könnten. Dies begegnet aber gerade bei eSports als international angelegtem Wettbewerb tiefgreifenden Bedenken: Aufgrund der relativ neuen Art des Wettkampfes wird man kaum von einer hinreichenden auch traditionellen Verbundenheit sprechen können, wie sie einigen Fußballvereinen und ihren Anhängern attestiert wird. Auch die Bindung an einen heimischen Verein ist fraglich, wird das Phänomen doch weitgehend online und „mit Distanz“ verfolgt.

Diese Besonderheiten des eSports können aber sogar unbeachtet bleiben, als die vorgetragenen Argumente auch bei „herkömmlichem Sport“ nicht verfangen. Eine größere Verbundenheit mit dem Heimatverein besteht in der Regel schon nicht einmal bei Spielern der gleichen Nationalität, sondern nur bei Spielern und Anhängern der gleichen Stadt oder sogar nur des gleichen Ortsteiles (vgl. die Rivalitäten zwischen Schalke 04 und Borussia Dortmund, dem FC Bayern München und dem TSV 1860 München oder zwischen Arsenal London, Chelsea London, den Tottenham Hotspurs etc.).⁴⁰ Eine hinreichende Bindung lässt sich so wohl nicht herstellen.

Denkbar wäre dagegen auch, die Maßnahme auf ökonomische Aspekte zu stützen. So könnte erwogen werden, dass die Regel verhindern soll, dass besonders reiche Vereine die

besten Spieler auf dem Markt erwerben und sich somit Wettbewerbsvorteile verschaffen.⁴¹ Gemessen daran ist die Maßnahme aber ebenso ungeeignet: Denn sie verhindert ja gerade nicht, dass die Vereine die dann national besten Spieler verpflichten und somit den finanziellen Verdrängungswettbewerb in „kleinerem Kreise“ fortsetzen.⁴²

Im Ergebnis kann damit weder festgestellt werden, dass die Maßnahme eine größere Verbundenheit der Anhänger zu den Spielern und dem Verein fördert, noch, dass damit die Chancengleichheit innerhalb des jeweiligen Wettbewerbs vorangetrieben wird. In jedem Fall aber ist die Regelung des § 47 eSportsG zur Erreichung der genannten Ziele nicht erforderlich. Vielmehr erscheint die Maßnahme als willkürliche Diskriminierung.

3. Zwischenergebnis

Somit scheidet hier eine Rechtfertigung der Diskriminierung aus.

IV. Zwischenergebnis

Die Ausschlussklausel des § 47 eSportsG stellt somit einen Verstoß gegen Art. 45 AEUV und damit gegen Unionsrecht dar. Sie ist also mit europäischem Unionsrecht unvereinbar.

C. Ergebnis

Der EuGH wird die zulässige Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV so beantworten, dass Art. 45 AEUV dahingehend auszulegen ist, dass er einer Norm entgegensteht, die wie § 47 eSportsG eine Beschränkung der Anmeldeöglichkeiten für ausländische Spieler zu offiziellen eSports-Wettkämpfen vorsieht.

³⁷ EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman) = Slg. 1995, I-4921, Rn. 127; EuGH, Urt. v. 14.7.1976 – C-13/76, ECLI:EU:C:1976:115 (Donà), Rn. 14 f.

³⁸ Siehe dazu ausführlich *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 1), AEUV Art. 36 Rn. 87 ff.

³⁹ EuGH, Urt. v. 10.7.1980 – C-152/78 (Kommission/Frankreich) = Slg. 1980, 2299, Rn. 15 ff.

⁴⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman) = Slg. 1995, I-4921, Rn. 131 ff.

⁴¹ Siehe das Parteivorbringen in EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman) = Slg. 1995, I-4921, Rn. 123 ff.

⁴² Vgl. EuGH, Urt. v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman) = Slg. 1995, I-4921, Rn. 107 ff.