

Das deutsche eSport-Visum (Teil I)

Eine kritische Analyse des § 22 Nr. 5 BeschV

Nepomuk Nothelfer | Wissenschaftlicher Mitarbeiter | Juristische Fakultät Augsburg

23. Oktober 2020

LR 2020, Seiten 266 bis 276 (insgesamt 10 Seiten)

Der vorliegende zweiteilige Aufsatz beschäftigt sich mit der ersten Norm im deutschen Rechtssystem, die „eSport“ als Tatbestandsmerkmal normiert: § 22 Nr. 5 BeschV. Diese betrifft die Visa-Vergabe an Nicht-EU-Ausländer, die in Deutschland „eSport in Form eines Wettkampfes zwischen Personen berufsmäßig ausüben“ möchten. In seinem ersten Teil geht der Aufsatz in gebotener Kürze auf die hierfür relevanten Besonderheiten der eSport-Branche sowie ihre Regulierung *de lege lata* ein. Im Anschluss wird der Gesetzgebungsprozess des § 22 Nr. 5 BeschV dargestellt und dessen *Telos* herausgearbeitet. Im Hauptteil folgt eine kritische Untersuchung des Regelungskomplexes um das eSport-Visum, die schließlich im zweiten Teil der Publikation fortgesetzt wird. Die Untersuchung erschöpft sich indes nicht nur in Kritik, sondern bietet gezielt Verbesserungsvorschläge an.

I. Einleitung

Der als „eSport“¹ bekannte digitale Wettkampf gewinnt immer mehr an gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Bedeutung. Etwa zwei Milliarden Menschen wissen von dessen Existenz, circa 500 Millionen zählen sich als Fans.²

1

Um den einstigen privaten Zeitvertreib entsteht seit Jahren ein stetig wachsender Wirtschaftszweig. Der Umsatz der Gaming-Branche beläuft sich im Jahr 2020 auf circa 160 Milliarden US-Dollar und ist damit größer als die gemeinsamen Umsätze der

¹ Der Begriff steht für „elektronischen Sport“ (im Original „esports“ für „electronic sports“). Die Schreibweise ist umstritten. Ursprünglich am weitesten verbreitet war die Schreibweise „eSport(s)“. Im US-amerikanischen Sprachgebrauch wird inzwischen „esport(s)“ bevorzugt. Der Duden empfiehlt für den deutschen Sprachgebrauch (unverbindlich) „E-Sport(s)“, vgl. https://www.duden.de/rechtschreibung/E_Sport (zuletzt besucht am 21.10.2020). Während der Koalitionsvertrag zur 19. Legislaturperiode von „E-Sport“ spricht, wählte der Gesetzgeber für die Beschäftigungsverordnung die Schreibweise „eSport“. Dies geht vermutlich auf die Schreibweise des eSport-Bund Deutschland (ESBD) und eines Großteils seiner Mitglieder zurück.

² Newzoo Global Esports Market Report 2020, Light Version, abrufbar unter <https://newzoo.com/insights/trend-reports/newzoo-global-esports-market-report-2020-light-version/> (zuletzt besucht am 21.10.2020).

Musik- (circa 46 Milliarden US-Dollar) und Filmbranche (circa 41,4 Milliarden US-Dollar).³ eSport macht zwar mit etwa einer Milliarde US-Dollar nur einen kleinen Teil der Gaming-Branche aus, zum einen beschreibt die Zahl aber nur den professionellen eSport mit Fokus auf den Event-Markt⁴, zum anderen liegt das jährliche Wachstum der Branche derzeit bei ungefähr 27 %. Zum Vergleich: Die Musikbranche wächst um circa 0,7 % und die Filmbranche um circa 7,1 %.

Obgleich es sich beim eSport – entgegen weitläufiger Ansicht – nicht um ein neues Phänomen handelt, befindet sich der professionelle eSport in seiner heutigen Form erst am Anfang seiner Entwicklung⁵. Dies zeigt auch die aktuelle Pandemie, in der immer mehr Stakeholder traditioneller Branchen ihren Weg in den eSport finden. Dies liegt zum einen daran, dass hier weiterhin Wettbewerbe stattfinden konnten, und zum anderen an der engen Verbindung zur modernen Entertainment-Kultur, wie sie beispielsweise auf Streaming-Plattformen wie Twitch⁶ oder YouTube⁷ (Gaming) ermöglicht wird. Nicht erst seit Beginn der Pandemie bewegen sich einige der bekanntesten Marken der Welt⁸ aus dem linearen Rundfunk auf solche digitalen Plattformen, um die sogenannten „Unreachables“ der Generation Z doch noch zu erreichen.

Erreicht hat der eSport inzwischen auch den Gesetzgeber. Fand sich im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005 auf Seite 123 noch die wenig bedeutungsvolle Absicht, „Killerspiele“ zu verbieten, spricht der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12. März 2018 in Rn. 2167 bereits eine andere Sprache: „Wir erkennen die wachsende Bedeutung der E-Sport-Landschaft in Deutschland an. Da E-Sport wichtige Fähigkeiten schult, die nicht nur in der digitalen Welt von Bedeutung sind, Training und Sportstrukturen erfordert, werden wir E-Sport künftig vollständig als eigene Sportart mit Vereins- und Verbandsrecht anerkennen und bei der Schaffung einer olympischen Perspektive unterstützen.“ Obgleich diesen Worten bisher nur spärlich Taten folgten, kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass der eSport in der Mitte der Gesellschaft angekommen ist; sei es in manchen Fällen auch die Mitte des gesellschaftlichen Disputs.

³ Vgl. zu diesen Zahlen u.a. Newzoo Global Esports Market Report 2020, PWC Global Media Outlook 2016-2020, McKinsey & Company Global Industry Overview Esports.

⁴ Vgl. zur Diskussion *Ahn/Collis/Jenny*, The one billion dollar myth: Methods for sizing the massively undervalued esports revenue landscape, in: The International Journal of Esports, abrufbar unter <https://www.ijesports.org/article/15/html> (zuletzt besucht am 21.10.2020), obgleich das Ergebnis der Autoren unter wissenschaftlichen Gesichtspunkten zumindest fragwürdig ist und vom Verfasser der vorliegenden Publikation nicht geteilt wird.

⁵ Vgl. zu diesbezüglichen Herausforderungen im Vergleich zur traditionellen Sportart Golf *Nothelfer/Scholz*, The parallels of golf and esports: History repeated, abrufbar unter <https://esportsresearch.net/2020/09/08/the-parallels-of-golf-and-esports-history-repeated/> (zuletzt besucht am 21.10.2020).

⁶ Seit 2014 einer Tochtergesellschaft von Amazon.

⁷ Seit 2006 eine Tochtergesellschaft von Google.

⁸ Aus Deutschland seien exemplarisch BMW, Telekom, SAP oder Adidas genannt.

In ihrem ersten Teil geht der Aufsatz in gebotener Kürze auf die hierfür relevanten Besonderheiten der eSport-Branche sowie ihre Regulierung *de lege lata* ein. Im Anschluss wird der Gesetzgebungsprozess des § 22 Nr. 5 BeschV dargestellt und dessen *Telos* herausgearbeitet. Im Hauptteil folgt eine kritische Untersuchung des Regelungskomplexes um das eSport-Visum, die schließlich im zweiten Teil der Publikation fortgesetzt wird. Die Untersuchung erschöpft sich indes nicht nur in Kritik, sondern bietet gezielt Verbesserungsvorschläge an.

II. Besonderheiten der eSport-Branche

Aufgrund der strukturellen Besonderheiten der Branche stellen sich in juristischer Hinsicht zahlreiche neue Fragen, aber auch viele bereits bekannte Probleme müssen einer angepassten Lösung zugeführt werden. Dies betrifft sowohl die klassischen Rechtsbeziehungen von Vertragspartnern als auch die rechtliche Beurteilung neuartiger digitaler Spezifika. Die Besonderheiten sind vielfältig und können sich in gewissem Maße von eSport-Titel zu eSport-Titel unterscheiden. Exemplarisch für die Besonderheiten der Branche werden im Folgenden (1) der heterogene, digitale und internationale Charakter des eSports, (2) die Dichotomie der Arbeitsverpflichtung professioneller eSportler, (3) die Stellung des Publishers und dessen jeweiliges Wettbewerbsmodell sowie (4) die Rolle der Verbände im eSport in Kürze dargestellt. Jede dieser Besonderheiten wird im Rahmen der Untersuchung des § 22 Nr. 5 BeschV berücksichtigt.

4

1. Heterogener, digitaler sowie internationaler Charakter des eSports

Im Vergleich zum traditionellen Sport ist das digitale Element im eSport zwingend und kann verschiedenste Formen annehmen.⁹ So kann es einen großen Unterschied machen, an welcher verbauten Hardware (PC, Konsole oder Handheld Device) oder mit welcher Peripherie der Wettkampf ausgeübt wird. Dies wird beispielsweise deutlich, wenn man den eSport im Hinblick auf die verschiedenen Arbeitsschutzrisiken klassifiziert. In Betracht kommen hier vier Kategorien¹⁰: (a) Der eSportler bedient sitzend oder stehend ein statisches Eingabegerät, (b) der eSportler bedient sitzend oder stehend ein nicht-statisches Eingabegerät, (c) der eSportler hat eine gewisse Bewegungsfreiheit am Eingabegerät, ist aber örtlich gebunden oder (d) der eSportler genießt eine vollständige Bewegungsfreiheit und ist örtlich nicht gebunden (sofern eine entsprechende Internetverbindung gewährleistet ist). In der ersten Kategorie liegt der Risikofokus meist auf einer gesunden Sitz- oder Standhaltung während des Spielens, in den letzten beiden können durch die Nutzung von Virtual-Reality-Brillen oder ähnlichen

5

⁹ So bereits *Nothelfer/Scholz*, Vom „Killerspiel“ zum Sport?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) – Einspruch; Link: <https://www.faz.net/einspruch/e-sport-vom-killerspiel-zum-sport-16982356.html> (zuletzt besucht am 21.10.2020).

¹⁰ Einteilung begründet in *Kurt/Nothelfer*, Die Anwendbarkeit des technischen Arbeitsschutzrechts bei spielbezogenen eSport-Tätigkeiten, RdA 2020, 211, 215.

Vorrichtungen vergleichbare Risiken zu traditionellen, bewegungsreichen Sportarten auftreten.

Auch inhaltlich besteht eine größere Diversität als im traditionellen Sport.¹¹ Zum einen kann jede traditionelle Sportart zu einem eSport-Titel geformt werden, zum anderen sind die dargestellten Inhalte nicht an die physikalischen Gesetze der analogen Welt gebunden. Von Sportsimulationen (mit oder ohne tatsächliche Durchführung der Referenzbewegung eines potenziellen Originals) über Strategie-Titel bis hin zu „Shootern“ kann mit großem oder geringem Realismus theoretisch jedes Setting als Grundlage eines eSport-Titels dienen. Das Dargestellte wie auch die dessen Art und Wirkung haben wiederum großen Einfluss auf die Einstufung durch die Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle (USK) bzw. auf die Frage, ob sich der eSport-Titel im Rahmen des § 131 Abs. 1 S. 1 StGB und des § 4 Abs. 1 S. 1 JMStV bewegt.

6

Eine weitere Komplexitätsstufe wird im eSport dadurch erreicht, dass er von einer außergewöhnlichen Internationalität geprägt ist. Aufgrund des digitalen Charakters war schon früh ein von sämtlichen nationalen Grenzen losgelöstes Kräfteressen möglich. Nicht selten stellen sich im eSport daher Fragen des internationalen Privatrechts, wenn beispielsweise ein Wettbewerb eines deutschen Veranstalters in einem eSport-Titel eines US-amerikanischen Publishers auf chinesischem Boden mit Klubs (im eSport häufig „Clans“ genannt) und Spielern aus unterschiedlichsten Ländern abgehalten wird. Aus diesem Grund spielt häufig gerade die Visa-Vergabe – nicht nur für die eSportler, sondern für Vertreter aller Stakeholder der Branche – eine große Rolle.

7

2. Dichotomie der Arbeitsverpflichtung professioneller eSportler

Bei professionellen eSportlern, die für eine Organisation aktiv sind, handelt es sich regelmäßig um Arbeitnehmer.¹² Häufiger als in anderen Branchen besteht in deren Arbeitsverträgen eine Zweigleisigkeit bezüglich der geschuldeten Hauptleistungspflichten.¹³ In diesen Fällen schuldet der eSportler neben dem Training für den und dem Antreten im Wettbewerb auch das Erstellen von anderen Unterhaltungs-Inhalten („Content Creation“), vor allem, aber nicht ausschließlich, in Form des Live-Streamings. Hierbei liegt der Fokus weniger auf spielerischem Erfolg und mehr auf der Vermarktung der Persönlichkeit zum Vorteil des Arbeitgebers. Dies hat unter anderem Einfluss auf die Vertragsgestaltung, bei welcher die Tätigkeiten gedanklich voneinander zu trennen sind.¹⁴ Der eSportler ist Athlet, der Content Creator eher Künstler. In den Arbeitsverträgen von Künstlern sind im Gegensatz zu den Arbeitsverträgen von Athleten beispielsweise Regelungen dazu, wem das Ergebnis an

8

¹¹ So bereits *Nothelfer/Wörner*, Grenzen der Vertragsgestaltung im eSport am Beispiel Tfue vs. FaZe Clan, in: *eSport-Recht – Politik, Praxis und Wissenschaft im Dialog*, 209, 210 ff.

¹² Vgl. dazu *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, Der Arbeitnehmer im professionellen eSport, NZA 2019, 865 ff.

¹³ Vgl. hierzu *Nothelfer/Wörner*, Grenzen der Vertragsgestaltung im eSport am Beispiel Tfue vs. FaZe Clan, in: *eSport-Recht – Politik, Praxis und Wissenschaft im Dialog*, 209, 213 ff.

¹⁴ Vgl. hierzu im Detail *Nothelfer/Wörner*, Grenzen der Vertragsgestaltung im eSport am Beispiel Tfue vs. FaZe Clan, in: *eSport-Recht – Politik, Praxis und Wissenschaft im Dialog*, 209 ff.

der Arbeitsleistung zusteht, elementar. Relevanz weisen hier ferner die noch geltenden Regeln des Rundfunkstaatsvertrags auf, der voraussichtlich gegen Ende des Jahres 2020 durch den (Jugend-)Medienstaatsvertrag abgelöst wird.

Eine solche Anstellung kann ferner auch zu einer hohen Arbeitsbelastung führen. In der Regel verpflichten sich die Arbeitnehmer sowohl dazu, bei den verschiedenen Produktionen der Organisation mitzuwirken, als auch zu einem (teils erheblichen) wöchentlichen Mindeststundenkontingent an Streaming-Tätigkeit. Geht man davon aus, dass professionelle eSportler unabhängig davon bereits über acht Stunden täglich trainieren¹⁵, können sich Diskrepanzen zur in § 3 ArbZG geregelten Höchstarbeitszeit ergeben.¹⁶ Erschwerend kommt hinzu, dass das deutsche Arbeitszeitgesetz aus dem Jahr 1994 nur in gewissem Maße für eine globalisierte Arbeitswelt – geschweige denn für die Besonderheiten der eSport-Branche – geeignet ist.

9

3. Stellung des Publishers und jeweiliges Wettbewerbsmodell

Im eSport ist der Publisher, der nicht notwendigerweise auch der Entwickler des Spiels sein muss, die treibende Kraft. Ihm stehen die ausschließlichen Verwertungsrechte am eSport-Titel zu.¹⁷ Ohne vertragliche Vereinbarung mit diesem oder Duldung durch diesen ist kein Wettbewerb in seinem eSport-Titel denkbar.¹⁸ Grob können hierbei zwei Modelle unterschieden werden: Entweder richtet der Publisher selbst den Wettbewerb aus („Publishermodell“¹⁹) oder erlaubt es einem Dritten („Drittanbietermodell“²⁰). Die Übergänge zwischen diesen Modellen können jedoch fließend sein. Die Wahl des Wettkampfmodells und die Regelungen im Einzelfall haben großen Einfluss auf die Rechtsbeziehungen aller Beteiligten und deren jeweilige Vertragsgestaltung.²¹ Je mehr der Publisher involviert ist, desto eher ist mit strengen Vorgaben seinerseits zu rechnen. Dies hat auch Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis zwischen dem eSportler und der Organisation, für die er spielt. Aufgrund dieses teils starken Einflusses ist theoretisch sogar denkbar, dass den Publisher im Einzelfall bestimmte Arbeitsgeberpflichten treffen könnten. Welche Vorgaben der Publisher im Detail macht, ist von eSport-Titel zu eSport-Titel unterschiedlich. Bisher hat sich diesbezüglich noch keine Best Practice herauskristallisiert.

10

¹⁵ Vgl. die Aussage von Jay „Sinatra“ Won, Spieler bei San Francisco Shock und Sieger der Overwatch League, in „The Tonight Show Starring Jimmy Fallon“ vom 08.10.2019 bei 2:15 min, <https://www.youtube.com/watch?v=xWeHGrVdfrs> (zuletzt abgerufen am 21.10.2020).

¹⁶ *Nothelfer/Wörner*, Grenzen der Vertragsgestaltung im eSport am Beispiel Tfue vs. FaZe Clan, in: *eSport-Recht – Politik, Praxis und Wissenschaft im Dialog*, 209, 212.

¹⁷ Vgl. hierzu im Detail *Hentsch*, MMR-Beilage 2018, 3.

¹⁸ *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, Der Arbeitnehmer im professionellen eSport, NZA, 865, 866.

¹⁹ Terminologie erstmals geprägt von *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, Der Arbeitnehmer im professionellen eSport, NZA, 865, 866.

²⁰ Terminologie erstmals geprägt von *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, Der Arbeitnehmer im professionellen eSport, NZA, 865, 866.

²¹ *Nothelfer/Wörner*, Grenzen der Vertragsgestaltung im eSport am Beispiel Tfue vs. FaZe Clan, in: *eSport-Recht – Politik, Praxis und Wissenschaft im Dialog*, 209 ff.

4. Rolle der Verbände im eSport

Wie bereits dargestellt ist im eSport am ehesten der Publisher als Pendant zum traditionellen Sportverband zu bezeichnen. Die internationalen wie auch nationalen Verbände im eSport nehmen daher primär die Rolle von Lobby-Verbänden ein, die die Interessen ihrer jeweiligen Mitglieder – und damit auch in gewissem Maße der Branche – vertreten. Von einer regulatorischen Hoheit über den eSport-Titel kann dabei nicht gesprochen werden. Auch hinsichtlich der Verbände im eSport trifft man je nach Art und Anzahl der Mitglieder auf ein diverses und heterogenes Bild. Manche vertreten als Branchenverband eine Art von Stakeholdern, die meisten bilden jedoch einen Zusammenschluss aus verschiedenen Stakeholdern der Branche, ohne diesbezüglich eine vergleichbare prozentuale Abdeckung wie beispielsweise der Deutsche Olympische Sportbund (DOSB) zu erlangen. Unter den Verbänden im eSport hat nur die Global Esports Federation (GEF) mit Tencent Gaming einen bedeutenden internationalen Publisher als Mitglied.

11

Juristische Fragen stellen sich vor allem bezüglich Verbandsprivilegierungen aus dem traditionellen Sport, die unbesehen für den eSport übernommen werden oder gelten sollen.

III. Situation des Gesetzgebers

Eine Großzahl der juristischen Fragen wurde bisher weder von der juristischen Literatur²² noch von der Rechtsprechung geklärt. Fragen stellen sich in quasi jedem Rechtsgebiet, da das eSport-Recht als Querschnittsmaterie zu qualifizieren ist. *Kubiciel* führt treffend an, die Spannbreite der Problemstellungen reiche buchstäblich „von A (Arbeitsrecht) über J (Jugendschutz) bis Z (Zivilvertragsrecht)“²³. Offen sind dabei auch Fragen des Wirtschaftsrechts, insbesondere im Bereich Compliance. Exemplarisch seien aufgeführt: Die Anwendbarkeit des geplanten Verbandssanktionengesetzes, der Arbeitsschutz bei hochkompetitiver digitaler Arbeit²⁴, die durchsetzbare Prävention und Bekämpfung von Geldwäsche oder die Erstellung tauglicher Compliance-Richtlinien oder Ethikkodizes der verschiedenen Stakeholder.

12

Dennoch ist der Gesetzgeber (des Bundes und der Länder) bisher nur wenig tätig geworden. Dies liegt vor allem daran, dass er sich gedanklich noch immer primär mit

13

²² Obgleich seit 2019 eine steigende Aktivität vor allem in der juristischen Literatur festzustellen ist. Im Januar 2019 wurde an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg die „Forschungsstelle für eSport-Recht“ gegründet. Zu deren Aktivitäten vgl. *Nothelfer*, Ein Jahr in neuen Gefilden – Jahresbericht 2019 der Forschungsstelle für eSport-Recht, in: eSport-Recht – Politik, Praxis und Wissenschaft im Dialog, 7 ff. Bezüglich der im eSport-Recht aktiven Juristen vgl. ferner deren Liste assoziierter Forscher unter <https://www.esport-recht.de/%C3%BCber#UnsereAssoziierten> (zuletzt besucht am 21.10.2020).

²³ *Kubiciel*, Entwicklung des eSports und Schutz seiner Integrität, ZRP 2019, 200.

²⁴ Vgl. hierzu *Kurt/Nothelfer*, RdA 2020, 211.

der Frage, ob eSport denn nun Sport sei²⁵, oder mit Scheindebatten um die Gewaltdarstellung in Computerspielen²⁶ beschäftigt. Selbst bei aktuellen Projekten wie dem Glücksspielstaatsvertrag 2021 weigert er sich beharrlich, sich mit den Besonderheiten des eSports auseinanderzusetzen.²⁷ Die Änderung der Abgabenordnung oder zumindest des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung hinsichtlich der Frage der Gemeinnützigkeit des eSports ist ebenfalls seit über einem Jahr angekündigt und befindet sich dennoch noch im Entwurfsstadium im Bundesministerium für Finanzen (BMF).²⁸ Neben der Arbeit im verwandten Bereich des (Jugend-)Medienstaatsvertrags – u.a. zum Thema Rundfunklizenz für Streamer –, ist der bisher größte legislatorische Schritt die Änderung der Beschäftigungsverordnung zur Regelung der Visa-Vergabe.

Zweifelsohne hat die Frage der Visa-Vergabe für Drittstaatenangehörige eine gewichtige Bedeutung für die deutsche eSport-Wirtschaft, die künftig noch größer werden wird. In Deutschland sind mit der ESL der größte Turnier- und Ligaveranstalter und mit der League of Legends European Championship (LEC)²⁹ eine der größten Ligen der Welt beheimatet, weshalb einige der bekanntesten eSport-Clans Europas mindestens ein Team mit entsprechendem Mitarbeiterstab in Deutschland stationiert haben. Falsch ist übrigens die Annahme, dass Turniere im eSport nur online und ohne Präsenz ausgespielt werden und es daher nur in seltensten Fällen eines Visums bedarf. Die eSport-Ökosysteme der wirtschaftlich größten Titel werden grundsätzlich in Präsenz (LAN) ausgetragen. So füllt das Turnier „ESL One Cologne“³⁰ beispielsweise jedes Jahr die Lanxess Arena in Köln.

14

²⁵ Vgl. zur Diskussion *Nothelfer/Scholz*, Vom „Killerspiel“ zum Sport?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) – Einspruch; Link: <https://www.faz.net/einspruch/e-sport-vom-killerspiel-zum-sport-16982356.html> (zuletzt besucht am 21.10.2020) und zur juristischen Frage *Nothelfer/Schlotthauer*, (e)Sport im rechtlichen Sinne und privatrechtliche Beziehung zwischen Clan und eSportler, in: eSport – Status quo und Entwicklungspotenziale, 49 ff.

²⁶ Hierbei ignorieren verschiedene Stimmen aus der Politik immer wieder die Existenz der USK. Diese agiert auf gesetzlicher Grundlage und vereint die nötige Expertise bei sich, um diesbezügliche Fragen angemessen beantworten zu können. Bezüglich des Unterschieds von Gewaltdarstellung und Gewaltverherrlichung oder - verharmlosung lohnt ein Blick in § 131 Abs. 1 S. 1 StGB und § 4 Abs. 1 S. 1 JMStV. Das Argument, der eSport entspräche in seiner Gänze nicht dem Wertekostüm des traditionellen Sports, läuft im Blick auf die sogar ausgeübte Gewalt in manchen Sportarten und die inhaltliche Diversität des eSports leer. Vgl. zur Gewaltthematik *Nothelfer/Schlotthauer*, (e)Sport im rechtlichen Sinne und privatrechtliche Beziehung zwischen Clan und eSportler, in: eSport – Status quo und Entwicklungspotenziale, 49, 57.

²⁷ Vgl. hierzu *Brüggemann*, ZfWG 2020, 204 ff., *Diener*, CausaSport 2020, 285, 290 f. oder Jakob, Special Report: Regulation of Betting on Esports Events in Germany, abrufbar unter https://gamblingcompliance.com/premium-content/research_report/special-report-regulation-betting-esports-events-germany (zuletzt besucht am 21.10.2020).

²⁸ Zu den aktuellen Entwicklungen vgl. *Nothelfer*, Germany: Political Initiative Regarding the Non-Profit Status of Esports Clubs - Good news or bad news?, abrufbar unter <https://www.connectontech.com/2020/07/14/germany-political-initiative-regarding-the-non-profit-status-of-esports-clubs-good-news-or-bad-news/> (zuletzt besucht am 21.10.2020).

²⁹ Gespielt wird hier „League of Legends“, der erfolgreichste eSport-Titel der Welt von Publisher Riot Games.

³⁰ Gespielt wird hier „Counter-Strike: Global Offensive“, einer der erfolgreichsten eSport-Titel der Welt von Publisher „Valve Corporation“.

IV. Normhistorie

Der Gesetzgebungsprozess begann am 2. Oktober 2018 mit dem Beschluss der Eckpunkte zur Fachkräfteeinwanderung aus Drittstaaten.³¹ Teil dessen war auch der Auftrag, die Regelungen zur Erwerbsmigration zu vereinfachen. Am 20. September 2019 legten das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) einen diesbezüglichen Referentenentwurf für eine Verordnung zur Änderung der Beschäftigungsverordnung und der Aufenthaltsverordnung vor. Dieser wurde ohne inhaltliche Änderungen am 6. November 2019 von der Bundesregierung beschlossen. Die Zustimmung des Bundesrats erfolgte am 20. Dezember 2019.³² Aufgrund eines Formfehlers³³ bedurfte es eines erneuten – aber inhaltsgleichen – Beschlusses des Bundeskabinetts am 4. März 2020 und einer erneuten – aber ebenfalls inhaltsgleichen – Zustimmung des Bundesrats am 5. März 2020³⁴. Am 31. März 2020 wurde die Verordnung schließlich im Bundesgesetzblatt verkündet³⁵; der eSport-relevante Teil – also § 22 Nr. 5 BeschV – trat daraufhin am 1. April 2020 in Kraft.

15

Ferner wurden bereits im Juni 2019 „eSport-Veranstaltungen“ als „Darbietungen sportlichen Charakters“ in das Visahandbuch des Auswärtigen Amts zur Auslegung des § 21 Nr. 1 BeschV eingefügt.³⁶ Zum Vergleich: Der United States Citizenship and Immigration Services (USCIS) hatte sein erstes Sportler-Visum für einen eSportler bereits im Jahr 2013 ausgestellt.³⁷

16

V. § 22 Nr. 5 BeschV

Die Regelung des eSport-Visums findet sich in der neuen Nummer 5 des § 22 BeschV und betrifft „Personen, die eSport in Form eines Wettkampfes zwischen Personen berufsmäßig ausüben“. Sie wurde hinter die Nummer 4 für „Berufssportlerinnen und Berufssportler oder Berufstrainerinnen und Berufstrainer“ eingefügt. Im Detail lautet der Normtext:

17

³¹ Vgl. dazu den Online-Auftritt des BMAS <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze/mantelvo-zur-aenderung-der-beschv-und-der-aufenthv.html> (zuletzt besucht am 21.10.2020). Dort stehen auch sämtliche Unterlagen zum Download bereit.

³² Vgl. BR-Drs. 572/19 und das Plenarprotokoll 984 des Bundesrates, 665.

³³ Im diesbezüglichen Regierungsentwurf vom 4. März 2020 heißt es hierzu: Die Verordnung „kann jedoch nicht ausgefertigt und verkündet werden, da sich erst nach der Zustimmung des Bundesrates herausgestellt hat, dass das verfassungsrechtliche Zitiergebot (Artikel 80 Absatz 1 Satz 3 des Grundgesetzes) wegen zwischenzeitlich erfolgter redaktioneller Anpassungen der Ermächtigungsgrundlagen sowie wegen Zitatfehlern nicht in vollem Umfang beachtet wurde. Diese und rein rechtsförmliche Fehler behebt der vorliegende, inhaltlich identische Entwurf der Verordnung“.

³⁴ Vgl. BR-Drs. 110/20.

³⁵ BGBl. 2020 I Nr. 15, ausgegeben zu Bonn am 31. März 2020, 655 ff.

³⁶ Auswärtiges Amt, Visumhandbuch, 69. Ergänzungslieferung vom Juni 2019, 462.

³⁷ Vgl. hierzu einen Beitrag der National Law Review, abrufbar unter <https://www.natlawreview.com/article/visas-esports-gamers-rise> (zuletzt besucht am 21.10.2020).

„Keiner Zustimmung bedarf die Erteilung eines Aufenthaltstitels an [...] Personen, die eSport in Form eines Wettkampfes zwischen Personen berufsmäßig ausüben und deren Einsatz in deutschen Vereinen oder vergleichbaren an Wettkämpfen teilnehmenden Einrichtungen des eSports vorgesehen ist, wenn sie

- a) das 16. Lebensjahr vollendet haben,
- b) der Verein oder die Einrichtung ein Bruttogehalt zahlt, das mindestens 50 Prozent der Beitragsbemessungsgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung beträgt, und
- c) der für den eSport zuständige deutsche Spitzenverband die berufsmäßige Ausübung von eSport bestätigt und die ausgeübte Form des eSports von erheblicher nationaler oder internationaler Bedeutung ist“.

Die Notwendigkeit für diese Norm sieht der Gesetzgeber im „Bedeutungszuwachs, den der eSport in den letzten Jahren international und national erfahren hat, sowie [in der] starke[n] internationale[n] Ausrichtung im Bereich des professionell betriebenen eSports“³⁸.

Bis auf zwei Abweichungen handelt es sich bei der neuen Nummer 5 um eine Kopie der Nummer 4. Mit Einführung der neuen Nummer ist e contrario davon auszugehen, dass sich die Nummer 4 nun ausschließlich auf Akteure des traditionellen Sports beziehen soll. Zumindest für die Beschäftigungsverordnung scheint damit die Frage, ob eSport Sport ist, auf den ersten Blick obsolet. Im Detail gibt es jedoch gleich mehrere Punkte, welche – obgleich die Norm einen großen Fortschritt politischer Natur zum vorherigen Status Quo der Rechtsunsicherheit darstellt – Anlass zur Kritik geben. Sowohl Sport als auch eSport stellen zwar Dimensionen menschlichen Wettkampfs dar und haben daher Gemeinsamkeiten, wie bereits dargestellt bestehen aber in gleichem Maße auch Unterschiede. Der Vorteil paralleler Regelungen zwischen Sport und eSport besteht gerade darin, diesen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Wie im Folgenden dargestellt wird, wurde dies im vorliegenden Fall jedoch mehrfach verpasst.

18

VI. Kritische Untersuchung des § 22 Nr. 5 BeschV

Im ersten Teil der vorliegenden Publikation wird der persönliche Anwendungsbereich des § 22 Nr. 5 BeschV untersucht. Der zweite Teil wird daran anknüpfen und mit dem gewählten eSport-Begriff auf den sachlichen Anwendungsbereich eingehen. Ferner bezieht sich die Untersuchung auf die Tatbestandsvoraussetzungen des notwendigen Mindestbruttogehalts, die Bestätigung durch den zuständigen Spitzenverband und die erhebliche nationale oder internationale Bedeutung des eSports.

19

1. Tatbestandssubjekt (persönlicher Anwendungsbereich)

³⁸ BR-Drs. 110/20, 17. Auf S. 27 wird auf die Selbstbefassung SB 19(5)74 des Sportausschusses des Deutschen Bundestages verwiesen.

Die Vorbild-Norm der Nummer 4 nennt „Berufssportlerinnen und Berufssportler oder Berufstrainerinnen und Berufstrainer“ als Tatbestandssubjekte. Anstelle einer zu erwartenden parallelen Regelung für „Berufs-eSportlerinnen und Berufs-eSportler oder Berufs-eSport-Trainerinnen und Berufs-eSport-Trainer“ spricht der Tatbestand der Nummer 5 von „Personen, die eSport in Form eines Wettkampfes zwischen Personen berufsmäßig ausüben“. Fraglich ist, weshalb sich eSport-Trainer nicht im Wortlaut der Norm niederschlagen. Sowohl der Normtext als auch die Gesetzesbegründung schweigen hierzu.

20

Um den Inhalt der kryptischen Formulierung zu entschlüsseln, bedarf es deren Auslegung. Im Hinblick auf den Gesetzgebungsprozess ist kein historisches Argument hierfür auffindbar. Selbiges gilt für den Sinn und Zweck der Regelung. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Trainer vom Anwendungsbereich der Norm exkludiert werden sollten. Denkbar ist, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass es im eSport keine Berufs-Trainer gibt. Dem ist jedoch selbstverständlich nicht so.³⁹ Der Wortlaut der Norm bietet indes ebenfalls kein eindeutiges Ergebnis. Aus etymologischer Sicht wäre die Subsumtion der Trainertätigkeit unter die Formulierung „eSport ausüben“ zwar grundsätzlich denkbar, aber sicherlich nicht zwingend.⁴⁰ Gegen dieses Auslegungsergebnis spricht vor allem die systematische Auslegung im Vergleich zum Vorbild der Nummer 4 des § 22 BeschV. Wird der Wortlaut einer Norm (hier der Nummer 4) für den Wortlaut einer anderen Norm (hier die Nummer 5) bis auf zwei Stellen gänzlich übernommen, so muss es für die Abweichung eine inhaltliche Begründung geben. So ist dies beispielsweise auch bei der zweiten – im Vergleich zum Wortlaut der Nummer 4 – geänderten Stelle. Dort nennt die Variante des traditionellen Sports den „für die Sportart zuständige[n] deutsche[n] Spitzenverband“ und den „Deutschen Olympischen Sportbund“. Die Variante des eSports nennt den „für den eSport zuständige[n] deutsche[n] Spitzenverband“. Grund für die Abweichung ist selbstverständlich die fehlende benötigte Expertise des jeweils anderen Verbands bezüglich der vom Gesetzgeber übertragenen Aufgabe. Der einzig vorstellbare Grund, die Formulierung in Bezug auf die Trainer im Vergleich zu Vorbild-Norm auf diese Weise abzuändern, ist also das Herausnehmen dieser Personengruppe aus dem Anwendungsbereich der Norm. Mithin erfasst die § 22 Nr. 5 BeschV Berufs-Trainer im eSport nicht.

21

Die Überlegung, dass eSport-Trainer unter den Begriff „Berufstrainerinnen und Berufstrainer“ des § 22 Nr. 4 BeschV fallen könnten – da hier nicht ausdrücklich von „Sporttrainerinnen und Sporttrainern“ gesprochen wird – kann trotz der semantischen Genauigkeit weder systematisch noch teleologisch überzeugen.

An dieser Stelle ist anzumerken, dass bereits aus diesem Grund die Verfassungsmäßigkeit der Nummer 5 im Vergleich zu Ihrer Vorbild-Norm in Nummer 4

22

³⁹ Exemplarisch ist Fabian „GrabbZ“ Lohmann, der Trainer des League of Legend-Teams von G2 Esports, zu nennen.

⁴⁰ Für die Ausführungen von Duden-Online zum Verb „ausüben“ vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/ausueben> (zuletzt besucht am 21.10.2020).

in Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG, fraglich ist, denn eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung ist nicht ersichtlich.

Anmerkung der Redaktion: Der Beitrag wird in LR, S. 277 fortgesetzt.