

eine Vielzahl von Folgefragen aufwerfen. Nur beispielhaft seien hier genannt die Fragen der Vergütungspflicht auf Ebene des Clubs während einer Abstellung zur Nationalmannschaft, der Umgang mit Urlaub auf Clubebene, der während eines Nationalmannschaftsturniers nicht gewährt werden kann, der Eintritt der „richtigen“ Versicherung im Falle von Verletzung

oder Krankheit, die Vergütung nicht (mehr) nominierter Nationalspielerinnen und Nationalspielern, der Umgang mit der Tatsache, dass keine wirksame Befristung des Arbeitsverhältnisses vorliegt, und der Anspruch auf Beschäftigung von Nationalspielerinnen und Nationalspielern. Eine Bewertung dieser Fragen ist jedoch nicht Gegenstand dieses Aufsatzes.

Sportfans als Jäger und Sammler: (NFT-)Sportsammelkarten im Spannungsfeld von Persönlichkeitsrechten und Glücksspielrecht

Von Rechtsanwältin Dr. Thomas Körber und Dr. David Stadtfeld, Frankfurt*

Der nachfolgende Beitrag beleuchtet typische Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem explodierenden Markt für Sportsammelkarten stellen. Der Beitrag zeigt die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf, die sich seit den 1960er Jahren immer wieder mit Sportsammelkarten befasst hat. Es wird insbesondere darauf eingegangen, welche rechtlichen Besonderheiten sich aus der Verwendung von Blockchain-Technologie für moderne NFT-Sammelkarten ergeben. Einen weiteren Schwerpunkt bildet die Fragestellung, ob sich die aus dem Gaming bekannte Diskussion um die Qualifikation von „loot boxes“ als Glücksspiel auch auf den Vertrieb von Sportsammelkarten übertragen lässt.

I. Einführung

Im Jahr 1961 brachte Panini S. p.A (Italien) die erste Stickerkollektion mit Aufklebebildern italienischer Fußballmannschaften heraus.¹ Seitdem hat sich der Markt für Sportsammelkarten enorm entwickelt. Sportsammelkarten sind für viele Menschen inzwischen offensichtlich zu einer Vermögensanlage geworden. Bei Versteigerungen werden regelmäßig Rekordgewinne erzielt, wie das Beispiel einer US-Baseballkarte zeigt, die kürzlich für 12,6 Mio. USD versteigert wurde.² Diese Entwicklungen fallen zusammen mit der digitalen Transformation der klassischen Sammelkarten, die inzwischen vielfach als Non-Fungible Token (NFT) angeboten werden³, und insbesondere auch in dieser Form für Rekordumsätze sorgen, auch wenn der Markt hier zuletzt im Zuge des sogenannten „Krypto-Winters“ eine Konsolidierung erfahren hat.⁴

Mit Sportsammelkarten sind eine Reihe von interessanten Rechtsfragen verbunden. So wurde in der bisherigen Rechtsprechung etwa bereits die Frage aufgeworfen, ob Sportsammelkarten auch „Bildnisse der

Zeitgeschichte“ sein können. Außerdem erscheint fraglich, unter welchen Voraussetzungen Ligen, Verbände und Vereine die Persönlichkeitsrechte der abgebildeten Sportler für derartige Produkte verwenden können. Gerade die neuartige Erscheinungsform der NFT-Sammelkarten könnte dabei besondere Anforderungen an die Einwilligungserklärung der Sportler stellen. Schließlich wirft der typische Vertriebsweg von Sammelkarten in sogenannten „blind packs“, d.h. in (physischen oder digitalen) Sammeltütchen, sodass die Erwerber bei Kauf den Inhalt der Verpackungen nicht kennen, die Frage auf, ob es sich dabei um eine Form von Glücksspiel handeln könnte.

II. Sportsammelkarten: Lizenzprodukte oder Bildnisse der Zeitgeschichte?

Sportsammelkarten berühren die Rechte am eigenen Bild der abgebildeten Sportler. Bildnisse dürfen grundsätzlich nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden (§ 22 KUG). Gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG dürfen Bildnisse allerdings dann ohne Einwilligung verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden, wenn es sich um „Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte“ handelt. Der Begriff der Zeitgeschichte ist weit zu verstehen und umfasst „alle Fragen von allgemeinem gesellschaftlichen Interesse.“⁵ Für professionelle Fußballspieler hat der BGH schon früh entschieden, dass sie aufgrund des hohen öffentlichen Interesses an dem Fußballsport und an ihrer Person zu Personen der Zeitgeschichte zählen.⁶ Diese Rechtsprechung dürfte sich auf Spitzensportler aus anderen populären Sportarten übertragen lassen.

Eine Ausnahme nach § 23 KUG kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn eine im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung ergibt, dass auch bei der konkret fraglichen Art der Verwertung eines Bildnisses das Informationsinteresse der Öffentlichkeit das Interesse des Abgebildeten am Schutz seiner Persönlichkeitsrechte überwiegt. Von maßgebender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob das fragliche Produkt im konkreten Fall „eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ernsthaft und sachbezogen erörtert und damit den Informationsbedarf des Publikums erfüllt und zur Bildung der öffentlichen Meinung bei-

* Verf. sind auf das Sportrecht spezialisierte Rechtsanwältin der Kanzlei Arnecke Sibeth Dabelstein (ASD).

1 <https://panininewsroom.de/meilensteine-von-panini/>, zuletzt abgerufen am 6. 3.2023.

2 <https://www.wsj.com/articles/baseball-trading-cards-sports-memorabilia-record-prices-investment-mickey-mantle-11661981345>, zuletzt abgerufen am 6. 3.2023.

3 Siehe ausführlich zu rechtlichen Herausforderungen bei der Vermarktung von NFT-Lizenzprodukten Stadtfeld/Hahn, SpuRt 2022, 146 ff.

4 Einen guten Überblick dazu gibt der Artikel „Can the pioneer of blockchain gaming survive the crypto winter?“, Financial Times vom 5. Februar 2023, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/676222fc-af67-4047-ba78-2f304ae32553>, zuletzt abgerufen am 6. 3.2023.

5 BGH GRUR 2008, 1020, Rn. 13 – *Urlaubsfoto von Caroline*.

6 BGH GRUR 1968, 652 – *Ligaspieler*.

trägt.“⁷ Allein eine Absicht zur kommerziellen Verwendung schließt dabei eine Veröffentlichung zur Information der Allgemeinheit nicht aus.⁸ Aus diesem Grund ist es grundsätzlich auch nicht schädlich, wenn ein Produkt mit relevantem Informationsgehalt als „Sammlerstück“ erscheint, d. h. etwa in nur stark limitierter Auflage und mit dem Ziel, im Laufe der Zeit eine Wertsteigerung zu erzielen. Das Sammel- / Anlageinteresse und das Informationsinteresse schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern können nebeneinander bestehen.⁹

Entlang dieser Grundsätze könnten unter besonderen Voraussetzungen auch Abbildungen von Sportlern, die sich zum Sammeln eignen, Bildnisse der Zeitgeschichte sein. Dies setzt jedoch voraus, dass das konkrete Produkt über die Abbildung des Sportlers hinaus mit „ausreichenden textlichen Informationen“ versehen ist, um sich zur Teilnahme am öffentlichen Kommunikationsprozess zu eignen, und insgesamt einen „hohen sachlichen Informationsgehalt“ aufweist.¹⁰ Ein hoher Informationsgehalt kann sich dabei insbesondere auch aus der Gesamtbetrachtung einer Sammelkollektion ergeben, etwa wenn diese als „Nachschlagewerk“ fungiert, und „umfassende Informationen über eine Vielzahl von anderen Fußballspielern liefert“.¹¹ Ist das Sammelprodukt hingegen so ausgestaltet, dass nicht die Informationsvermittlung im Vordergrund steht, sondern in erster Linie die „Sammel- und Tauschleidenschaft“ der Verbraucher angesprochen wird und es vor allem darum geht, „Bildnisse der beliebten Sportler im eigenen Besitz zu haben“, dürfte der Schutz der Persönlichkeitsrechte überwiegen.¹² Daraus lässt sich ableiten, dass klassische Sportsammelkarten, die lediglich eine Abbildung des Sportlers und allenfalls ein paar wenige Basisinformationen wie beispielsweise Name, Vereinszugehörigkeit und Saison enthalten, lizenzpflichtig sind.¹³

Maßgebliches Gewicht kommt bei der Abgrenzung insbesondere auch der Art des Vertriebswegs zu. Werden Sammelkarten etwa in „blind packs“, d. h. beispielsweise in Form der klassischen Stickerpackungen, angeboten, ist dies ein starkes Indiz dafür, dass es dem Anbieter in erster Linie darum geht, die Sammel- und Tauschleidenschaft seiner Kunden kommerziell zu verwerten, denn durch diese Art des Vertriebssystems werden die Kunden vor allem zu weiteren Käufen angereizt. Ist hingegen der gezielte Direkterwerb bestimmter Sammelprodukte möglich, die vor allem und in erster Linie einen informativischen Mehrwert bieten, kommt ein Überwiegen des öffentlichen Informationsinteresses schon eher in Betracht.¹⁴ Besondere Beachtung sollte in diesem Zusammenhang aber auch die werbliche Kommunikation des Anbieters finden. Gerade NFT-Produkte werden häufig mit plakativen Slogans beworben, die „digitales Eigentum“ als wesentliche Besonderheit der NFT-Produkte herausstellen, wobei insbesondere an den Slogan „Own your Game“ des Anbieters Dapper

Labs (NBA Top Shot¹⁵) zu denken ist. In derartigen Fällen, in denen Eigentum (oder Besitz¹⁶) an den Produkten eine zentrale Rolle in der werblichen Kommunikation einnimmt, wird wohl die Verwertung der Sammel- und Tauschleidenschaft im Vordergrund stehen.

Folglich ist stets das jeweilige Sammelprodukt im konkreten Einzelfall zu betrachten und im Wege einer Gesamtschau zu bewerten, ob das Produkt in erster Linie der Informationsvermittlung dient, oder ob es sich vorwiegend um ein kommerzielles Sammel- und Tauschprodukt handelt. Fehlt es dem Produkt an dem erforderlichen „hohen sachlichen Informationsgehalt“, ist die Abbildung des Sportlers nur mit dessen Einwilligung zulässig (§ 22 KUG).¹⁷

III. Verwertung von Sportlerpersönlichkeitsrechten durch Ligen, Verbände und Vereine

Die vorstehenden Schlussfolgerungen werfen die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen Ligen, Verbände und Vereine Lizenzvereinbarungen mit Sammelkartenherstellern über die Abbildungen der Sportler schließen können, denn im Ausgangspunkt ist nach § 22 KUG eine Einwilligung der Sportler selbst notwendig.

1. Auslegung von Einwilligungserklärungen

Im Profi-Sport ist es üblich, dass Sportler etwa in Arbeitsverträgen mit ihren Clubs umfangreich in die kommerzielle Verwertung ihrer Persönlichkeitsrechte als Sportler einwilligen. Die Reichweite der in dem Arbeitsvertrag erteilten Einwilligung ist sodann jedoch für jeden Einzelfall genau zu prüfen.¹⁸ Besonders problematisch können Fälle sein, in denen der Vertragsschluss Jahrzehnte zurückliegt und nunmehr eine Verwertung von Fotoaufnahmen des Sportlers aus seiner aktiven Zeit als moderne digitale NFT-Sammelkarte erfolgen soll. In der Regel wird es an einer expliziten vertraglichen Vereinbarung über diese konkrete Form der Verwertung fehlen.

In Ermangelung einer eindeutigen Regelung ist die Reichweite der erteilten Einwilligung durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln.¹⁹ Bei einer im Rahmen eines Vertrags erteilten Einwilligung kommt es im Rahmen dieser Auslegung entscheidend auf den Vertragszweck an. Die in § 31 Abs. 5 UrhG angelegte Zweckübertragungslehre ist auch bei der Prüfung der Reichweite einer erteilten Einwilligung nach § 22 KUG entsprechend anwendbar.²⁰ Die Einwilligung wird danach im

7 BGH NJW 2009, 3032, 3033, Rn. 20 – *Wer wird Millionär?*.

8 BGH VersR 1996, 204 – *Abschiedsmedaille*.

9 BGH VersR 1996, 204 – *Abschiedsmedaille*.

10 OLG Frankfurt MMR 2019, 323, 324 f. – *Fußballtorwart*.

11 OLG Frankfurt MMR 2019, 323, 324 f. – *Fußballtorwart*.

12 BGH GRUR 1968, 652, 653 – *Ligaspieler*.

13 Davon ging zuletzt auch das OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. 11.2022 – 16 W 52/22 = GRUR-RS 2022, 35477 aus.

14 Vgl. BGH GRUR 1968, 652, 653 – *Ligaspieler*; OLG Frankfurt MMR 2019, 323, 325 – *Fußballtorwart*, Rn. 25.

15 <https://nbatopshot.com/>.

16 In Bezug auf NFTs ist umstritten, ob die Eigentumsvorschriften der §§ 929 ff. BGB analoge Anwendung finden können. Aufgrund der technologischen Besonderheiten erscheint dies konsequent, jedenfalls wenn der NFT auf einer dezentralen Blockchain gespeichert ist und mit einem „Hash“ mit dem lizenzpflichtigen Content verknüpft wird, der ebenfalls dezentral im „IPFS“ gespeichert ist. Letztlich steht zu erwarten, dass der Gesetzgeber eine explizite Regelung treffen wird, die NFTs mit „Sachen“ iSd § 90 BGB gleichsetzt, wie beispielsweise in § 2 Abs. 3 eWpG bereits geschehen (vgl. Leitfaden des Branchenverbands Bitkom e. V. (2022): „Wegweiser in das Metaverse“, S. 50 ff.; *Stadtfeld/Hahn*, SpuRt 2022, 146, 147 f.).

17 Vgl. zuletzt OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. 11.2022 – 16 W 52/22 = GRUR-RS 2022, 35477.

18 Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. 11.2022 – 16 W 52/22 = GRUR-RS 2022, 35477.

19 BGH NJW 2005, 56, 57 – *Charlotte Casiraghi II*.

20 OLG Köln ZUM 2014, 416, 418; KG Berlin ZUM-RD 1998, 554; *Specht-Riemenschneider*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 22 KUG, Rn. 21.

Zweifel inhaltlich beschränkt auf die Arten und Formen der Verwertung erteilt, die für den Einwilligungsempfänger zur Erfüllung des Vertragszwecks notwendig sind.²¹ Maßgeblich ist, ob der Einwilligende bei Erteilung der Einwilligung die fragliche Art der Verwertung nach Zweck, Art und Umfang erkennen konnte.²² Die fragliche Verwertung darf nicht in einem Missverhältnis zu der Bedeutung stehen, die der Betroffene der Verwertung seiner Persönlichkeitsrechte bei Erteilung der Einwilligung beimisst.²³ Anhand dieser Leitlinien ist sodann die jeweilige Regelung zur Verwertung von Persönlichkeitsrechten im Einzelfall zu prüfen.

2. Spezialfall: Verwertung von historischem Bildmaterial für moderne NFT-Sammelkarten

Fraglich erscheint, ob auch historische Aufnahmen aus der aktiven Zeit von Sportlern nach deren Karriere noch als neu aufgelegte Sammelkarten verwendet werden können, und insbesondere, ob dies auch in Form der heutzutage besonders gefragten NFT-Sammelkarten möglich ist.

Für eine derartige Verwertung sind zunächst vor dem Hintergrund der restriktiven „Zweckübertragungslehre“ bestimmte Anforderungen an die zugrundeliegende Einwilligungserklärung zu stellen. Diese sollte zunächst in zeitlicher Hinsicht eine Nachverwertung, d. h. eine Verwertung der Persönlichkeitsrechte auch nach Beendigung des Vertrags, zulassen. Ohne eine solche Regelung zur Nachverwertung ließe sich mit guten Argumenten vertreten, dass der Sportler bei Erteilung der Einwilligung davon ausgehen durfte, die Einwilligung sei auf die Laufzeit des Vertrags begrenzt.²⁴ Außerdem dürfte eine möglichst detaillierte Regelung erforderlich sein, welche Form der Verwertung zu welchem Zweck geplant ist. Für digitale NFT-Sammelkarten sollte wenigstens auch eine Verwertung in Online-Medien gestattet sein. In Online-Medien werden Inhalte – im Vergleich zu Zeitschriften oder zum linearen TV – einer „anderen Öffentlichkeit“ preisgegeben.²⁵ Zunächst ist die potentielle Reichweite größer, da ein weltweites Publikum erreicht werden kann. Außerdem sind Online-Inhalte häufig zeitlich unbegrenzt „on-demand“ abrufbar und können von jedem Internetnutzer leicht kopiert und weiterverbreitet werden. Diese Argumente sprechen dafür, dass eine Online-Verwertung von anderem Gewicht ist als eine Verwertung in Offline-Medien. Folglich scheint erforderlich, dass der abgebildete Sportler bei Abgabe seiner Einwilligungserklärung auch in eine Verwertung des fraglichen Bildnisses in Online-Medien eingewilligt hat, damit das fragliche Bildnis für moderne digitale Sammelkarten verwendet werden kann.

Auf eine explizite Erwähnung der NFT-Technologie kann in der Einwilligungserklärung aber wohl verzichtet werden. Die Verwendung der NFT-Technologie dient bei Sammelkarten lediglich der eindeutigen Identifizierbarkeit einer bestimmten Datei, um diese als einzigartig zu markieren und so einen Sammlerwert zu

kreieren. Sofern also für den abgebildeten Sportler bei Erteilung der Einwilligung erkennbar war, dass eine kommerzielle Verwertung der Aufnahme in Form eines Sammelprodukts erfolgen kann, ist die Verwertung zu diesem Zweck auch bei Verwendung der NFT-Technologie von der Einwilligungserklärung umfasst. Auch die bei NFT-Produkten in der Regel erfolgende dezentrale Speicherung des mit dem NFT verknüpften Bildmaterials im sogenannten Interplanetary Filing System (IPFS) erfordert wohl keine abweichende Beurteilung.²⁶ Die dezentrale Speicherung führt dazu, dass das Material nicht mehr entfernt werden kann, sobald es einmal ins IPFS hochgeladen wurde. Allein aufgrund dieser Art der Speicherung erfährt das Material jedoch keinen höheren Verbreitungsgrad. Die im IPFS gespeicherte Datei wird gerade nicht vervielfältigt, sondern kann lediglich aus der einmaligen dezentralen Speicherung abgerufen werden. Auch die auf zentralen Servern gespeicherten Online-Materialien werden häufig geteilt und unkontrolliert verbreitet, sodass auch ohne Speicherung im IPFS ein endgültiges Entfernen einer Datei aus dem Internet schwer möglich ist, denn „das Internet vergisst nicht“.²⁷ Die Persönlichkeitsrechte werden also bei der dezentralen Speicherung des Bildmaterials nicht intensiver berührt als bei klassischen Online-Medien und einer Speicherung auf zentralen Servern.

IV. Sportsammelkarten und Glücksspielrecht

Eine ganz andere Fragestellung wirft der typische Vertriebsweg von Sammelkarten auf, der häufig in Form sogenannter „blind packs“ erfolgt. Bei dieser Art des Vertriebs könnte es sich um „Glücksspiel“ handeln.

1. Glücksspieldefinition

Glücksspiel ist in § 3 Abs. 1 Glücksspielstaatsvertrag legal definiert und liegt vor, „wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt.“ Dies deckt sich im Wesentlichen mit der strafrechtlichen Definition zu § 284 StGB, der die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels unter Strafe stellt. Ergänzend verlangt die Rechtsprechung zu § 284 StGB noch, dass ein „glücksspielrechtlicher Einsatz“ vorliegen muss.²⁸

2. „Loot boxes“ und Glücksspielrecht

Die rechtliche Diskussion hat sich in diesem Zusammenhang zuletzt insbesondere an sogenannten „loot boxes“ im Gaming-Bereich entzündet. „Loot boxes“ enthalten digitale Items, die Spieler in der Welt eines Videospieles verwenden können. Dies können beispielsweise Accessoires zur Verschönerung des eigenen Avatars sein, oder bestimmte Gegenstände, mit denen ein Spielfortschritt erzielt werden kann. Wie bei klassischen Sticker-Sammeltütchen wissen Spieler bei dem Kauf von „loot boxes“ nicht, welchen Inhalt die jeweilige Box hat. In der Regel sind nur mit einer geringen

21 Specht-Riemenschneider, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, § 22 KUG, Rn. 21.

22 OLG Hamburg NJW-RR 2005, 479, 480; Sprau, in: Grüneberg BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 BGB, Rn. 124.

23 OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 1198, 1199.

24 Vgl. Bagger von Grafenstein/Bischoff, IPRB 2022, 145, 148.

25 Siehe zu diesem Argument bereits BGH NJW 1985, 1617, 1619.

26 Siehe eingehend zu diesen technischen Grundlagen der NFT-Technologie Stadtfeld/Hahn, SpuRt 2022, 146, 147.

27 Vgl. Alexander, ZUM 2011, 382.

28 BGH NJW 1987, 851, 852; BGH NStZ 2003, 372, 373; Hohmann/Schreiner, in: MüKo StGB, § 284 StGB, Rn. 6 ff.

Wahrscheinlichkeit für den Spieler wertvolle, seltene Items enthalten. „Loot boxes“ sind für die Spieleindustrie zu einem besonders lukrativen Geschäftsmodell geworden, was der geschätzte Umsatz von 15 Mrd. USD allein aus „loot box“-Verkäufen im Jahre 2020 eindrucksvoll zeigt.²⁹ Die Glücksspielaufsichtsbehörden einiger EU-Staaten, insbesondere aus Belgien und den Niederlanden, sind dem zuletzt in aufsehenerregenden Verfahren entgegengetreten, haben „loot boxes“ als Glücksspiel qualifiziert und zum Teil hohe Bußgelder gegen Spieleanbieter verhängt.³⁰ Vielfach wird auch in der deutschen Rechtslehre vertreten, dass „loot boxes“ dem Glücksspielbegriff unterfallen können.³¹ Zum Teil wird dies auch bereits für klassische Sammelkarten angenommen, die in „blind packs“ vertrieben werden.³²

3. Rechtliche Prüfung des Glücksspielatbestands

Vor diesem Hintergrund gilt es zu untersuchen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen von Glücksspiel bei dem Verkauf von Sportsammelkarten vorliegen können.

a) Zufall

Unproblematisch erscheint zunächst das erforderliche Zufallselement. Sammler haben keinen Einfluss auf den Inhalt der Verpackungen. Das Ergebnis ist allein vom Zufall abhängig, sodass diese Tatbestandsvoraussetzung erfüllt sein dürfte.³³

b) Gewinnchance

Eine Gewinnchance besteht, wenn die Teilnehmer die Aussicht auf einen positiven Vermögenssaldo nach Beendigung des Spiels erhalten.³⁴ Dies setzt bei dem hier fraglichen käuflichen Erwerb von Sammelkarten einen objektiven Vermögenswert der Karten voraus, der monetarisiert werden kann.³⁵ Bei klassischen Sportsammelkarten handelt es sich in der Regel um sogenannte „Trading Cards“. Diesem Begriff ist bereits immanent, dass die Karten zum Sammeln und Tauschen gedacht sind. Die Weiterveräußerungsmöglichkeit auf Zweitmärkten ist Sportsammelkarten folglich wesensimmanent. Wie eingangs beschrieben, werden bei solchen Zweitmarktverkäufen zum Teil Preise wie bei Versteigerungen von Kunstwerken erzielt. Die Aussicht auf Monetarisierung und ein positives Vermögenssaldo lässt sich also kaum bestreiten, sodass auch eine „Gewinnchance“ vorliegen dürfte.³⁶

c) Einsatz

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH und des BVerwG setzt ein glücksspielrechtlicher

Einsatz eine Leistung voraus, „die erbracht wird in der Hoffnung, im Falle des „Gewinnes“ eine gleiche oder höherwertige Leistung zu erhalten, und in der Befürchtung, dass sie im Falle des „Verlierens“ dem Gegenspieler oder dem Veranstalter anheimfällt.“³⁷ Daraus wird vielfach abgeleitet, ein glücksspielrechtlicher Einsatz könne nur vorliegen, wenn ein „Totalverlustrisiko“ drohe.³⁸ Erwerber von „loot boxes“ oder Sammelkarten erhielten aber gerade in jedem Fall bestimmte Items, denen auch wenigstens ein geringfügiger Wert zukomme. In solchen Fällen drohe mithin kein „Totalverlust“, sodass auch kein „Einsatz“ vorliegen könne.³⁹

Auf dieser Überlegung aufbauend, sollten auch die augenfälligen Unterschiede im Spielprinzip und der Motivation der Teilnehmer von „klassischem Glücksspiel“ und der Erwerber von Sammelkarten beleuchtet werden. Wesentliches Kernargument von Vertretern der Ansicht, ein Vertrieb von Sammelkarten in „blind packs“ könne Glücksspiel sein, ist die Behauptung, dass Sammelkarten allein mit der Motivation gekauft würden, die Aussicht auf eine monetär höherwertige Leistung zu erhalten. Dabei wird jedoch außer Acht gelassen, dass Sammelkarten gerade auch ein Liebhaber- bzw. Affektionsinteresse der Käufer ansprechen. Während eine bestimmte Sammelkarte für den einen Spieler wertlos sein mag, kann dieselbe Sammelkarte für einen anderen Spieler gerade von hohem (ideellen) Wert sein, zum Beispiel, weil dieser Spieler Fan der jeweiligen Mannschaft oder des abgebildeten Sportlers ist. Auch wenn die wirtschaftliche Monetarisierungsmöglichkeit geringfügig und zu vernachlässigen sein mag, so kann im Einzelfall die Motivation des Spielers zur Teilnahme an dem Glücksspiel doch gerade erfüllt worden sein. Dies ist ein fundamentaler Unterschied zu „Einsätzen“ bei klassischem Glücksspiel. An Gewinnlosen besteht kein Affektionsinteresse. Außerdem sind zahlreiche Sammelkarten mit einem Spielprinzip verknüpft, das über das bloße Sammeln hinausgeht. Den Karten werden dann typischerweise bestimmte Werte zugeordnet, wie beispielsweise die Angriffsstärke des abgebildeten Spielers. Somit werden den Sammelkarten Funktionalitäten innerhalb eines Spielprinzips zuteil. Insbesondere wenn ein solches Spielprinzip vorhanden ist, begegnet es vor dem Hintergrund des strafrechtlichen Analogieverbots gem. Art. 103 Abs. 2 GG⁴⁰ doch ernsthaften Bedenken, den strafrechtlichen Glücksspielatbestand auf den Vertrieb von Sammelkarten auszuweiten.

d) Übertragbarkeit der Argumentation auf „loot boxes“ im Gaming

In Bezug auf „loot boxes“ springt die Parallelität der Angebote zunächst tatsächlich ins Auge. Bei der Frage, ob vorstehende Überlegungen eins zu eins auf die Problematik um „loot boxes“ übertragen werden können, ist jedoch Vorsicht geboten. Die Ausgestaltungsmöglichkeiten sind derart vielfältig, dass sich eine generali-

29 <https://www.forbes.com/sites/dereksaul/2022/06/02/exploits-kids-for-profit-multibillion-dollar-loot-box-industry-under-fire-as-campaigners-urge-regulators-to-investigate-fifa-video-game-maker/?sh=39a221f4671b>, zuletzt abgerufen am 6. 3.2023.

30 <https://www.forbes.com/sites/dereksaul/2022/06/02/exploits-kids-for-profit-multibillion-dollar-loot-box-industry-under-fire-as-campaigners-urge-regulators-to-investigate-fifa-video-game-maker/?sh=39a221f4671b>, zuletzt abgerufen am 6. 3.2023.

31 Hollering, in: BeckOK StGB, Stand 1. 8.2022, § 264 StGB, Rn. 10 mwN; Maties NJW 2020, 3685, 3689; a. A. Nickell/Feuerhake/Schelinski, Lootboxen in Computerspielen, MMR 2018, 586, ff.; Schippel WRP 2018, 409, 410.

32 Rehder ZfWG 2021, 358, 363.

33 Nickell/Feuerhake/Schelinski, MMR 2018, 586, 588; Rehder ZfWG 2021, 358, 360, jeweils mwN; a. A. soweit ersichtlich nur Schippel WRP 2018, 409.

34 Maties NJW 2020, 3685, 3689.

35 Vgl. Maties NJW 2020, 3685, 3689.

36 Rehder ZfWG 2021, 358, 360 f.

37 BGH NJW 1987, 851, 852; BVerwG GewA 2014, 121, 122.

38 Steckelmann/Speyer/Woerlein, Gotta Catch 'Em All“ – Pokémon-Booster auf YouTube und Twitch als illegales Glücksspiel?, ZfWG 2021 339, 341 f.; Nickell/Feuerhake/Schelinski, MMR 2018, 586, 588; Schippel WRP 2018, 409, 410.

39 Steckelmann/Speyer/Woerlein, ZfWG 2021 339, 341 f.; Nickell/Feuerhake/Schelinski, MMR 2018, 586, 588; Schippel WRP 2018, 409, 410.

40 Vgl. insofern nur BVerfG NVwZ 2019, 1509, Rn. 9 ff.

sierende Betrachtung verbietet. So erscheint bei „loot boxes“ in Videospiele eher vorstellbar, dass Items enthalten sind, bei denen selbst ein noch so geringes Affektionsinteresse offensichtlich fernliegt. In solchen Fällen, in denen die in „loot boxes“ angebotenen digitalen Items für alle Spieler offensichtlich „wertloser Ramsch“ sind, diese aber nach demselben Mechanismus angeboten werden, der zu immer weiteren Käufen anreizt, kommt ein Vorliegen von Glücksspiel deutlich eher in Betracht als bei Sammelkarten. Dass allerdings der Glücksspieltatbestand auch nicht unesehen auf „loot boxes“ erstreckt werden kann, zeigt die Entscheidung des höchsten niederländischen Verwaltungsgerichts in dem Verfahren, dass Electronic Arts Inc. gegen das von der niederländischen Glücksspielaufsichtsbehörde (KSA) verhängte Bußgeld letztlich erfolgreich angestrengt hat.⁴¹ Sofern das Angebot von „loot boxes“ generell reguliert werden sollte, erscheint also der Gesetzgeber gefragt. Entsprechende Initiativen gibt es bereits in Spanien⁴² und nun auch in den Niederlanden⁴³, die als Vorbild für weitere EU-Staaten dienen könnten.

41 Siehe Uitspraak 202005769/1/A3 vom 9. März 2022, abrufbar unter <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@130150/202005769-1-a/3/>, zuletzt abgerufen am 6. 3.2023.

V. Fazit

Sportsammelkarten werfen eine Reihe spannender rechtlicher Fragestellungen auf. Dies gilt in besonderem Maße für moderne digitale Karten auf NFT-Basis. Nach hier vertretener Auffassung wird in aller Regel eine Einwilligung der abgebildeten Personen notwendig sein, um Sportsammelkarten vermarkten zu können. Dies gilt insbesondere, wenn die Produkte in der für Sammelkarten typischen Vertriebsform (sog. „blind packs“) angeboten werden. Bei dieser Vertriebsform handelt es sich nicht um Glücksspiel. Erwerb von Sportsammelkarten droht kein Totalverlustrisiko, und es wird in der Regel ein Affektionsinteresse der Erwerber, sowie eine Funktionalität der Produkte innerhalb eines Spielprinzips zu berücksichtigen sein. Inwiefern sich diese Argumentation auf „loot boxes“ im Gaming übertragen lässt, ist im Einzelfall zu prüfen. Aufgrund der weiterhin unklaren Rechtslage, erscheint hier vor allem der Gesetzgeber gefragt.

42 In Spanien existiert bereits ein „Proposal“, das aktuell den Gesetzgebungsprozess in Spanien durchläuft und unter folgendem Link abrufbar ist: <https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/BORRADOR%20APL%20Y%20MAIN%20MECANISMOS%20ALEATORIOS%20RECOMPENSA%2010722.pdf>, zuletzt abgerufen am 6. 3.2023.

43 <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/moties/detail?id=2022Z13703&did=2022D28235>, zuletzt abgerufen am 6. 3.2023.

Pflicht zur Arbeitszeitdokumentation im (Profi-)Sport

Von Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, LL. M. (Harvard), Mannheim*

Das im Volksmund flugs „Stechuhrurteil“ getaufte Judikat des EuGH in Sachen „CCOO“ hat ebenso wie der dieses Judikat ins deutsche Recht „umsetzende“ Beschluss des BAG vom 13. 9.2022 ein erhebliches Echo in der (Fach-)Öffentlichkeit ausgelöst. Auf eine Formel gebracht müssen Arbeitgeber künftig grundsätzlich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer erfassen. Der folgende Beitrag untersucht, welche Konsequenzen diese Entscheidungen für den Sport haben.

I. Einleitung

1. Die Urteile von EuGH und BAG

Mit Urteil vom 14. 5.2019 erklärte der EuGH nationale Rechtsregelungen, welche nicht jeden Arbeitgeber dazu verpflichten, ein System zur objektiven und verlässlichen Aufzeichnung der täglich von seinen Arbeitnehmern¹ geleisteten Arbeitszeit einzurichten, für mit Art. 3, 5 und 6 der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG unvereinbar.² Obwohl das deutsche Gesetzesrecht scheinbar (!) – dazu sogleich – eine entsprechende Verpflichtung nicht generell, sondern nur für eng umgrenzte Spezial-

fälle vorsieht, konnte sich der Gesetzgeber bislang nicht dazu „aufraffen“, den Vorgaben aus Luxemburg durch eine Änderung des ArbZG gerecht zu werden.³

Eingebettet in eine hier insoweit nicht näher interessierende kollektivarbeitsrechtliche Streitigkeit hat das BAG nun aber mit Urteil vom 13. 9.2022 die Gelegenheit zu einem Paukenschlag am Schopfe gepackt. Zur völligen Verblüffung der arbeitsrechtlichen Fachwelt besteht nach Auffassung des Gerichts bereits de lege lata (grundsätzlich)⁴ die vom EuGH geforderte allgemeine Arbeitszeitdokumentationspflicht. Eine solche ergebe sich zwar nicht (unmittelbar oder analog) aus dem ArbZG, sie folge jedoch aus § 3 II Nr. 1 ArbSchG. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber „unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten“ zur Planung und Durchführung der erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes „für eine geeignete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen“. Das umfasst in der Lesart des BAG auch die Pflicht von Arbeitgebern, ein System einzuführen, mit dem sämtliche Arbeitszeiten erfasst werden.⁵ Dabei genüge es nicht, wenn dieses System den Arbeitnehmern nur zur

* Verf. ist Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Sportrecht sowie Handelsrecht an der Universität Mannheim und kooperiert u.a. auf dem Gebiet des Sportarbeitsrechts mit der Kanzlei Mainwerk.

1 Im Folgenden wird aus sprachlichen Gründen allein die männliche Form verwendet, erfasst sind aber natürlich alle Geschlechter.

2 EuGH 14. 5.2019 – C-55/18, NJW 2019, 1861.

3 Vgl. zu den bislang nicht umgesetzten politischen Absichtserklärungen und Koalitionsvereinbarungen BeckOK-ArbR/Kock, § 16 ArbZG, Rn. 16 f. m. w. N. – Zum (noch inoffiziellen) Entwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 27. 3.2023 vgl. VI.

4 Eine Ausnahme gelte nur für solche Arbeitnehmer, für die der Gesetzgeber auf der Grundlage von Art. 17 I RL 2003/88/EG eine abweichende Regelung getroffen habe (s. dazu auch unten IV. 1.).

5 BAG 13. 9.2022 – 1 ABR 22/21, NJW 2023, 383 (Rn. 42).