4. Lootboxen – virtuelles Warenautomatenspiel oder Sofortauslosung im Internet?

Zur Zulässigkeit nach dem GlüStV 2021

Carl Cevin-Key Coste

Immer mehr Spielepublisher nutzen sog. Lootboxen[1] als Einnahmequelle. Seit Jahren ist die Frage, ob es sich bei dieser zufallsabhängigen Spielmechanik um Glücksspiel handelt, Gegenstand einer intensiven Debatte. Jüngst wurde diese Diskussion erneut durch das Bezirksgericht Hermagor entfacht.[2] In seiner Entscheidung vom 26.02.2023 ordnete das österreichische Gericht Lootboxen als Glücksspiel ein.[3] Bereits seit mehreren Jahren werden Lootboxen bspw. in Belgien als Glücksspiel eingestuft.[4] Eine einheitliche Linie zur Beurteilung von Lootboxen hat sich im internationalen Vergleich aber bisher noch nicht herausgebildet.[5]

Auch in Deutschland ist diese Frage noch nicht abschließend geklärt. Im Rahmen der Änderung des JuSchG 2021 führte der Gesetzgeber in der Begründung zur Einfügung von § 10b JuSchG Lootboxen als Beispiel für glücksspielähnliche oder glücksspielsimulierende Mechanismen an.[6] Aus

1 Zum Begriff der Lootbox sogleich unter A.

2 *Woerlein,* MMR-Aktuell 2023, 456999.

3 Vgl. becklink, 2026334 – beck-online. Das Urteil ist zum Zeitpunkt der Verfassung noch nicht im Volltext veröffentlicht.

4 Vgl. *Wittig*, MMR 2023, 180 (183).

5 Übersicht über die Einordnung und Behandlung von Lootboxen im internationalen Vergleich: *Wittig*, MMR 2023, 180 (182–185).

6 Im Regierungsentwurf werden Lootboxen als Beispiel für glücksspielähnliche Elemente angeführt, BT-Dr. 19/24909, S. 44; Teilweise wird dies als Argument angeführt, warum Lootboxen nicht erfasst sein sollten. (so. *Liesching* in: Erbs/Kohlhaas, JuSchG, 244. EL Dezember 2022, § 10b Rn. 12.) Die unterschiedliche Terminologie hängt mit der erst späteren Einfügung von § 10 Abs. 3 S. 2 JuSchG durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zusammen. (BT-Drs. 19/27289) In seiner Beschlussempfehlung führt der Ausschuss hierzu aus: „*Ausdrücklich benannt werden entsprechend der Begründung des Regierungsentwurfs […] glücksspielähnliche oder glücksspielsimulierende Mechanismen wie zum Beispiel Lootboxen […]. Absatz 3 bringt damit die klare Erwartungshaltung des Gesetzgebers zum Ausdruck, welche Interaktionsrisiken in der Praxis der freiwilligen Selbstkontrollen bei der Alterseinstufung zu berücksichtigen sind.*", BT-Drs. 19/27289, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Formulierung glücksspielähnlich oder -simulierend kann jedoch nicht geschlossen werden, dass es sich nicht um Glücksspiel handelt. Mangels Zuständigkeit könnte der Bundesgesetzgeber dies auch nicht für die Länder festlegen.[7]

Die Länder haben mit dem GlüStV 2021 die Chance verpasst, diese Frage explizit zu klären. Die Begründung zu § 3 GlüStV erweckt zunächst den Eindruck, dass Lootboxen nicht erfasst sein sollen, indem *simuliertes* Glücksspiel in Computer- und Videospielen von *echtem* Glücksspiel abgegrenzt wird.[8] Zwei Sätze später wird diese Klarheit allerdings direkt relativiert:

Soweit allerdings Elemente in Computer- und Videospielen angeboten werden, welche die Definition des Glücksspiels nach § 3 Absatz 1 erfüllen, findet dieser Staatsvertrag einschließlich des Erlaubnisvorbehalts nach § 4 Absatz 1 Satz 1 Anwendung. Ob das Glücksspielelement in dem Computer- oder Videospiele nach diesem Staatsvertrag erlaubnisfähig ist, ist sodann im Einzelfall zu prüfen.[9]

Demnach beschränkt sich der Gehalt des Begriffs *simuliertes Glücksspiel* auf die triviale Aussage, dass es kein Glücksspiel ist, wenn es kein Glücksspiel ist.[10]

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Meinungen in der Literatur zur Einordnung von Lootboxen gespalten sind. Zahlreiche Stimmen sprechen sich – mit unterschiedlichen Anforderungen – für eine

7 Auf die fehlende Zuständigkeit verweist die Bundesregierung in einer schriftliche kleine Anfrage, BT-Drs. 20/4533, S. 19. Auch die parlamentarischen Anfragen auf Landesebene führten jedoch nicht zu einem starken Erkenntnisgewinn. Mit Nachweisen zu den parlamentarischen Anfragen: *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (453); *Wittig*, MMR 2023, 180 (181); Die brandenburgischer Landesregierung verwies jedoch auf ein Länderumlaufverfahren, welches 2017 ohne Nähere Begründung die Einordnung als Glücksspiel ablehnte, LT-BRA-Drs. 6/8234, S. 6.

8 Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder (GGL), Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag 2021, S. 32.

9 AaO.

10 Zur Kritik an dem Begriff: *Liesching*, ZfWG 2020, 313 (315); *Busch*, Rechtliche Beurteilung von Mikrotransaktionen und Lootboxen (2022), S. 178.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einordnung als Glücksspiel aus,[11] während andere dies entschieden ablehnen.[12]

Die bisherige Lootbox-Debatte konzentriert sich bisher stark auf die Möglichkeit der Umwandlung in Geld und streift die Einordnung als Warenspiel allenfalls am Rande. Zudem wird im bisherigen Diskurs die Einordnung als Sofortauslosung nicht in Betracht gezogen.

Dieser Beitrag hat daher zum Ziel, nach einer kurzen Begriffsdefinition (A.), zu untersuchen, ob Lootboxen als virtuelles Warenautomatenspiel oder Sofortauslosung im Internet einzuordnen (B.) und nach dem GlüStV zulässig sind. (C.)

A. Begriff der Lootbox

Lootboxen orientieren sich an dem Konzept von Spielwarenautomaten.[13] Zur Visualisierung werden in Computerspielen häufig Kisten dargestellt.[14] Diese Kisten enthalten einen oder mehrere zufällige virtuelle Spielgegenstände, die der Spieler erst nach dem Öffnen erfährt.[15] Lootboxen können in unterschiedliche Kategorien unterteilt werden, die sich an zwei Eigenschaften orientieren:[16]

Erstens: Wie erwirbt der Spieler die Lootbox?

Zu unterscheiden ist zunächst, ob der Spieler die Lootbox entweder unentgeltlich (z.B. als Belohnung für Errungenschaften im Spiel oder gegen

11 Im Ergebnis für eine Einordnung als Glücksspiel: *Busch*, Rechtliche Beurteilung von Mikrotransaktionen und Lootboxen (2022), S. 174 ff., *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140, *Fischer*, CR 2014, 587, *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235; *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114; *Schwiddessen*, CR 2018, 444; *Schwiddessen*, CR 2018, 512; *Zimmermann/Franzmeier*, ZfWG 2018, 528; *Klenk*, GewArch 2019, 222; *Maties*, NJW 2020, 3685.

12 Im Ergebnis gegen die Einordnung als Glücksspiel: *Woerlein*, Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette (2022), S. 64 ff.; *Schippel*, ZfWG 2017, 481; *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586; *Schippel*, WRP 2018, 409; *Woerlein,* MMR-Aktuell 2023, 456999.

13 *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (445).

14 Andere Darstellungen, wie z.B. die Packs in FIFA, sind aber auch üblich. Da das Konzept unabhängig von der Visualisierung identisch ist, wird einheitlich der Begriff Lootbox verwendet.

15 *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (587); *Schippel*, WRP 2018, 409 (410).

16 Kategorien modifizeirt nach *Zimmermann/Franzmeier*, ZfWG 2018, 528 (529).

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Spiel verdiente Ingame-Währung erhält)[17] oder (mittelbar)[18] gegen Echtgeld. Der (mittelbare) Erwerb gegen Echtgeld stellt somit einen Sonderfall von Mikrotransaktionen dar. Auch eine Kombination der verschiedenen Arten nebeneinander wird vielfach angeboten.

Zweitens: Kann der Spieler den Gegenstand übertragen?[19]

Weiter können Lootboxen danach differenziert werden, ob die Spielgegenstände einzeln über einen internen oder externen Marktplatz übertragbar sind, ob dies nur durch Übertragung des gesamten Accounts möglich ist oder gänzlich ausgeschlossen ist. Anders als beim Erwerb der Lootboxen steht die Übertragung in einem Stufenverhältnis zueinander, an deren oberster Stelle der interne Handel von Einzelgegenständen steht.

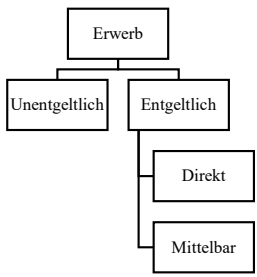

Abbildung 1: Erwerb von Lootboxen

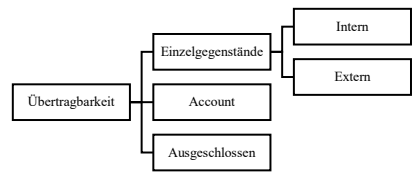

Abbildung 2: Übertragbarkeit von Spielgegenständen

17 Im Spiel verdiente Ingame-Währung stellt insoweit kein Entgelt, sondern eine Spielmechanik dar.

18 Bspw. über den vorherigen Tausch von Echtgeld in eine Ingame-Währung.

19 In der Diskussion zu Lootboxen wird ganz überwiegend der Begriff der Übertragbarkeit gewählt. Dies ist insoweit unpräzise, da es sich bei den Spielgegenständen um Immaterialgüter handelt. Korrekterweise müsste daher davon gesprochen werden, dass ein Unterlizenz eingeräumt wird, die die eigene Nutzung in Zukunft ausschließt. Im Sinne der Verständlichkeit, wird aber nachfolgend der Begriff der Übertragung gewählt, sofern nicht konkret auf die Probleme, die sich hieraus ergeben, eingegangen wird.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Einordnung als virtuelles Warenautomatenspiel oder Sofortauslosung im Internet

Ein Internet-Glücksspiel muss ein zufallsabhängiges (I.) Spiel im Internet (II.) sein, bei dem der Spieler gegen Entgelt (III.) eine Gewinnchance (IV.) erwirbt. Der nachfolgenden Untersuchung liegt der homogene Glücksspielbegriff zugrunde,[20] um aufzuzeigen, dass selbst unter diesen strengeren Voraussetzungen Lootboxen erfasst sind. So muss demnach das Entgelt erheblich sein und zwischen Einsatz und Gewinn ein Unmittelbarkeitszusammenhang bestehen.[21] Die Erheblichkeit des Entgeltes wird nicht von allen gefordert.[22] Das BVerwG betont jedoch, dass es eines Gleichlaufs zwischen strafrechtlichem und der glücksspielrechtlichem Glücksspielbegriffs bedarf.[23]

I. Zufallsabhängiges Spiel

Bei Lootboxen handelt es sich um zufallsabhängige Spiele. Der Gewinn wird nicht durch Strategie oder Geschicklichkeit beeinflusst. Die Endsituation, sprich der Inhalt der Lootbox, ist einzig und allein von der Wahrscheinlichkeitsverteilung der zugehörigen Zufallsprozesse abhängig. Die einzige Handlung, die ein Spieler im Spielverlauf unternimmt, ist die Leistung des Einsatzes.[24] Lootboxen werden i.d.R. nach einem variablen Quotenplan ausgespielt, nachdem bestimmte Gegenstände seltener gezogen werden als andere.[25]

20 Zur Diskussion zwischen homogenen und heterogenen Glücksspielbegriff: *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (237); *Busch*, (Fn.11), S. 177 m.w.N.
21 *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (140).
22 So setzt *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (237) dieses Merkmal nicht voraus.
23 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 C 21.12, Rn. 22 ff. – juris = BVerwGE 148, 146.
24 Zur Einteilung von zufallsabhängigen Spielen mit Gewinnmöglichkeit: *Bronder*, ZfWG 2018, 219 (222).
25 *Klenk*, GewArch 2019, 222 (223).

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Spiel im Internet

Bei Lootboxen handelt es sich um ein Spiel im Internet.[26] Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zu terrestrischen Angeboten und Rundfunkangeboten.

III. Einsatz

Lootboxen, die nur durch Leistungen im Spiel erworben werden können, werden nicht gegen Entgelt erworben und fallen somit nicht in den Anwendungsbereich des GlüStV.[27] Sobald Lootboxen gegen Echtgeld erworben werden, handelt es sich um ein entgeltliches Angebot. Dies gilt auch bei einem mittelbarem Echtgelderwerb. (1.) Weiter muss das Entgelt erheblich sein. (2.) Zudem stellt sich die Frage, ob entgeltliche und unentgeltliche Angebote nebeneinander bestehen können. (3.) Schließlich fordern einige Stimmen, dass es das Risiko des Totalverlustes des Einsatzes bedarf, welches nach der hier vertretenen Ansicht Deckungsgleich mit dem Merkmal des Unmittelbarkeitszusammenhangs ist (4.).

1. Mittelbarer Echtgelderwerb

Problematisiert wird in der Literatur der mittelbare Echtgelderwerb von Lootboxen. Wenn ein Spieler zunächst eine Spielwährung kauft und diese anschließend für den Erwerb der Lootbox nutzt, kann diese Spielwährung i.d.R. nicht gegen Echtgeld zurückgetauscht oder gehandelt werden. Nach einer Ansicht hat diese Spielwährung kein tatsächlicher wirtschaftlicher Wert.[28] In diesem Fall ist der Gegenwert der Lootbox immer gleich oder höher und es liegt keine Gewinnchance, sondern immer ein Gewinn und somit kein Glücksspiel vor.[29]

Dem wird entgegengehalten, dass die Zwischenschaltung einer Spielwährung keinen Unterschied für die glücksspielrechtliche Bewertung haben

26 Gleich ob es sich um ein virtuelles Automatenspiel oder um eine Sofortausspielung im Internet handelt. Zur Unterscheidung sogleich unter B. IV. 2.
27 So auch *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (455).
28 *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (237).
29 AaO.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darf.[30] Die Spielwährung habe einen tatsächlichen wirtschaftlicher Wert.[31] Ansonsten ließen sich die glücksspielrechtlichen Vorschriften einfach umgehen.[32] Überzeugender ist es daher an den vorgeschalteten Erwerb anzuknüpfen.[33] Zudem führt das Umrechnungssysteme zu einer erhöhten Unübersichtlichkeit, welche sich nicht zulasten des Spielers auswirken dürfe.[34]

Mit dem GlüStV 2021 ist dieses Problem allerdings überholt. Sofern Lootboxen im Übrigen die Merkmale eines Glücksspiels erfüllen, dürfte der mittelbare Echtgelderwerb kein Ausschlusskriterium sein. Gem. § 22a Abs. 5 S. 2 GlüStV ist eine Umrechnung in andere Währungen, Punkte oder sonstigen Einheiten unzulässig.[35] Der Verstoß gegen die Angabe in Euro und Cent stellt gem. § 28a Abs. 1 Nr. 48 GlüStV eine Ordnungswidrigkeit dar. Es wäre folglich widersprüchlich aus dem Verstoß abzuleiten, dass der Anwendungsbereich des Glücksspielrechts nicht eröffnet sei. Vielmehr folgt hieraus die Pflicht – sofern die sonstigen glücksspielrechtlichen Merkmale erfüllt sind – die Preise in Euro anzugeben.

2. Erhebliches Entgelt

Wann ein Entgelt erheblich ist, wird unterschiedlich beurteilt. Zunächst stellt sich die Frage, an welchem Entgelt die Erheblichkeit bestimmt werden soll.

a) Entgelt pro Spielvorgang

Als regulierungsnächster Ansatzpunkt könnte auf das geleistete Entgelt pro Spielvorgang abgestellt werden. Die Erheblichkeitsschwellen, die hierfür diskutiert werden, weisen mit Beträgen i.H.v. 50 Cent bis hin zu über 50 Euro eine nicht unerhebliche Bandbreite auf.[36]

30 *Busch*, (Fn.11), S. 182.
31 *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (237).
32 *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (143).
33 *Schippel*, WRP 2018, 409 (410).
34 *Busch*, (Fn.11), S. 188. m.w.N.
35 Für Sofortausspielungen im Internet gilt dies nicht. Anbieter von Lootboxen werden allerdings i.d.R. nicht die Anforderungen erfüllen, um eine Sofortausspielung zu veranstalten. Mehr unter B. IV. 2.
36 m.w.N. zu den Erheblichkeitsschwellen: *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (238); *Rehder*, ZfWG 2021, 358 (362).

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der BGH hielt jedenfalls einen Entgelt i.H.v. 50 Cent noch für unerheblich.[37] Diese Schwelle stützte der BGH auf die Höchstgrenze von Entgelten im Rahmen von Gewinnspielen nach § 8a Abs. 1 S. 6 RStV,[38] die seit 2020 nunmehr in § 11 Abs. 1 S. 6 MStV geregelt ist. Als weiteres Argument führt der BGH an, dass dieser Beitrag auch den *üblichen Portokosten* entspreche.[39]

Für Lootboxen erscheint es jedoch sachnäher, statt der rundfunkrechtlichen Regelung zunächst die Regelung des GlüStV für virtuelle Automatenspiele anzuwenden und darüber hinaus die Regulierung terrestrischer Angebote zu übertragen. Systematisch lässt sich dies auf § 3 Abs. 1a S. 1 GlüStV stützten, nach dem virtuelle Automatenspiele eine Nachbildung terrestrischer Automatenspiele sind.

§ 22a Abs. 7 S. 1 GlüStV sieht eine Höchstgrenze von einem Euro pro Spiel vor.[40] Die Erheblichkeitsschwelle muss somit zwingend unter einem Euro liegen, da ansonsten diese Norm leerlaufen würde.

Im Vergleich zur Ausgangshöchstgrenze[41] von 20 Cent für terrestrischen Angeboten nach § 13 Nr. 2 SpielV[42] ist diese Höchstgrenze deutlich höher. Die höhere Entgeltgrenze begründen die Länder mit den für Internetangebote vorgesehenen zusätzlichen Spielerschutzmaßnahmen.[43] Unerhebliche virtuelle Automatenspiele würden aber gerade nicht diesen zusätzlichen Spielerschutz sicherstellen, da sie nicht in den Anwendungsbereich des GlüStV fallen würden.

Die Gesetzesbegründung weist auf die Studien hin, die das erhöhte Gefährdungspotential und die besondere Suchtgefahr von Online-Glücksspie-

37 BGH, Urteil v. 28.9.2011 – I ZR 92/09, Rn. 68 f. – juris.

38 *Maties*, NJW 2020, 3685 (3688); BGH, Urteil v. 28.9.2011 – I ZR 92/09, Rn. 68 – juris.

39 *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (238); BGH, Urteil v. 28.9.2011 – I ZR 92/09, Rn. 69 – juris. Sofern man die Portokosten als Vergleichsgröße heranzieht, ist zu berücksichtigen, dass seit dem Urteil das Porto für einen Standartbrief von 0,55 Euro auf 0,85 Euro erhöht wurde.

40 *Woerlein*, (Fn.12), S. 65 hält hingegen einen Einsatz von einem Euro noch für unerheblich und stellt auf den kumulativen Einsatz ab.

41 Gem. § 13 Nr. 3 SpielV kann die Höchstgrenze durch Verlängerung der Abstände zwischen zwei Spielvorgängen bis auf 2,30 Euro ansteigen.

42 Die SpielV gilt gem. Art. 125a Abs. 1 GG als Bundesrecht fort. Von einer abweichenden Regelung haben die Länder bisher kein Gebrauch gemacht, sondern allenfalls (bspw. in § 14 Abs. 2 Nr. 3 SpielhG HE, § 21 Abs. 2 AG GlüStV NRW) ausdrücklich festgelegt, dass die SpielV weiterhin Anwendung findet, vgl. *Heide* in: HK-GlücksspielR, 1. Aufl. 2022, SpielV § 1, Rn. 4.

43 GGL, (Fn. 8), S. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

len belegen.[44] Ohne einen entsprechend stärkeren Spielerschutz fehlt somit die Begründung für den höheren Wert, so dass die Erheblichkeitsschwelle für terrestrische Angebote greifen muss. Wie hoch hier noch der Abschlag sein muss, damit es sich um ein unerhebliches Angebot handelt, kann für Lootboxen derzeit in aller Regel dahinstehen, da der Kaufpreis auch für eine einzelne Lootbox 20 Cent deutlich überschreitet.

b) Kumulativer erhebliches Entgelt / Spielfrequenz

Die isolierte Betrachtung der einzelnen Spiele wird zurecht dafür kritisiert, dass durch wiederholte Spielvorgänge sehr leicht die glücksspielrechtlichen Vorschriften umgangen werden können. Zudem wird auf die Gefahr hingewiesen, dass kleine Einsätze eine Spielsucht zusätzlich befeueren.[45] Die geringen Beiträge sorgen zusätzlich dafür, dass Spieler getrieben durch ihre Verlustaversion weitere Spielvorgänge durchführen.[46] Die einzelne Transaktion wirkt für den Spieler aufgrund der geringen Höhe häufig bedeutungslos und erst nach einiger Zeit wird bemerkt, wie viel Geld insgesamt ausgegeben wurde. Der kumulierte Beitrag übersteigt dabei bei vielen Spielern den Betrag, welchen sie maximal bereit gewesen wären, für eine einzelne Lootbox auszugeben.

Viele sehen daher ab einer bestimmten Summe von isoliert unerheblichen Einsätzen innerhalb eines gewissen Zeitfensters einen kumulierten erheblichen Einsatz.[47] Durch die Berücksichtigung der zeitlichen Komponente werden hohe Ereignisfrequenzen erschwert.[48]

Die Rechtsprechung nimmt daher ab einem Entgelt von insgesamt 10 Euro pro Stunde unabhängig von den einzelnen Einsätzen eine Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle an.[49] Der BGH begründet dies damit, dass auch bei *anderweitig unterhaltenden Veranstaltungen* ein Verlust von 10 Eu-

44 AaO., S. 3 m.w.N.
45 *Busch*, (Fn.11), S. 186; *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (238).
46 *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (238).
47 m.w.N. *Rehder*, ZfWG 2021, 358 (362).
48 *Schippel*, ZfWG 2016, 423 (424); *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (238).
49 BGH, Urteil v. 08.08.2017, 1 StR 519/16, Rn. 13 – juris.; So auch *Klenk*, GewArch 2019, 222 (225) *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (238) *Busch*, (Fn.11), S. 184.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ro pro Stunde möglich wäre.[50] Nach einer anderen Ansicht ist der Einsatz auf 10 Euro pro Tag zu begrenzen.[51]

Eine Unbedenklichkeitsschwelle mit ähnlicher Begründung findet sich in Nr. 2 Anlage zu § 5a SpielV. Preisspiele dürfen nur in Umgebungen durchgeführt werden, die der Vorstellung der unterhaltenden Veranstaltung des BGH sehr nahekommt. Für Preisspiele darf das Entgelt höchstens 15 Euro betragen und die Spieldauer beträgt mindestens einigen Stunden bis zu höchstens zwei Tage.[52] So wie bei den Lootboxen erhalten die Spieler auch hier einen Warengewinn.[53] Für die Übertragbarkeit auf Lootboxen ist jedoch restriktiv zu berücksichtigen, dass es sich bei den Preisspielen um Geschicklichkeitsspiele und gerade nicht um – strenger regulierte – Glücksspiele handelt.

Sofern man aber den Betrag nicht reduziert überträgt, sondern auch für Lootboxen eine Unbedenklichkeit bei Einsätzen bis zu einer Höhe von 15 Euro pro Tag annimmt, bietet es sich an, die Stundenbetrachtung des BGH zusätzlich zu übertragen. Wenn die Vergleichsgröße ein mindestens einige Stunden andauerndes Spiel ist, darf der Tagesbetrag von Lootboxen nicht innerhalb weniger Sekunden verspielt werden können. In der Annahme, dass ein Preisspiel in einer Schankwirtschaft ca. 3 Stunden dauert, würde dies ein Limit von 5 Euro pro Stunde entsprechen.[54]

c) Differenzierung nach Spieltyp

Aufgrund des unterschiedlichen Unterhaltungsfaktors von Glücksspielen, wird teilweise gefordert, dass dies im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung berücksichtigt werden müsse.[55] Bei Lootboxen geht es den Spielern in aller Regel nicht um den Unterhaltungsfaktor. Sie sind gerade nicht mit Poker vergleichbar. Den Spielern geht es darum, seltene Gegenstände zu er-

50 BGH, Urteil v. 08.08.2017, 1 StR 519/16, Rn. 13 – juris.
51 *Klenk*, GewArch 2019, 222 (226).
52 Vgl. Begründung zur Änderungsverordnung vom 24.8.1984, BR-Drs. 97/84, 12; *Helmes/Rohde* in: HK-GlücksspielR, 1. Aufl. 2022, SpielV § 5a, Rn. 14.
53 Zum Warengewinn der Lootbox sogleich unter B. IV. 1.
54 Aufgrund der kurzen möglichen Spieldauer nach § 22a Abs. 6 GlüStV könnte es sich auch anbieten kürzere Zeitintervalle festzulegen. Bei einem Einsatz von 0,20 Euro pro Spiel wäre bei dauerhaftem Spiel das Stundenlimit bereits nach etwas mehr als zwei Minuten erreicht.
55 *Busch*, (Fn.11), S. 185.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

halten.[56] Folglich führt die Berücksichtigung des Spieltyps von Lootboxen nicht zu einer Veränderung der Erheblichkeitsschwelle.

d) Verhältnis zum Kaufpreis des Hauptspiels

Die Grenze aus Nr. 2 Anlage zu § 5a SpielV liegt der Gedanke zugrunde, dass es sich hierbei um Ausnahmeabende handelt. Dieser Ausnahmecharakter ist auch für Lootboxen entsprechend zu berücksichtigen. Es wäre widersprüchlich, wenn das absolute Einzahlungslimit für reguliertes Glücksspiel nach § 6c Abs. 1 S. 2 GlüStV bei 1.000 Euro pro Monat liegt, aber bei Einsätzen von bis zu 465 Euro pro Monat[57] von einem unerheblichen Glücksspiel gesprochen wird.

Um in die Privilegierung der Unbedenklichkeit aufgrund unerheblicher Einsätze zu gelangen, muss das Hauptspiel das überwiegende Element sein. Nach der hier vertretenen Auffassung darf dafür der Gesamtkaufpreis der erworbenen Lootboxen den Kaufpreis des Hauptspiels nicht überschreiten. Lootboxen können allerdings gerade für Free-to-play-Titel eine wesentliche Finanzierungsquelle sein. Um auch weiterhin Spiele in diesem Segment zu ermöglichen, würde nach der hier vertretenen Ansicht für diese Spiele das Tageslimit von 15 Euro als Gesamtlimit gelten.

e) Kriterien für die Unerheblichkeit

Einzel-, Stunden-, Tages- und Gesamteinsatz stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Jedes Kriterium für sich kann zu einer Erheblichkeit führen. Nur wenn keine Erheblichkeit auf allen Stufen gegeben ist, kann von einem unerheblichen Entgelt gesprochen werden.

56 *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114 (115).
57 15 Euro multipliziert mit max. 31 Tage.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

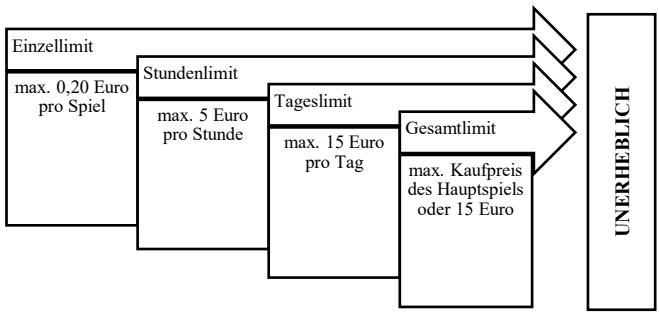

Abbildung 3: Schematische Darstellung der Erheblichkeitsschwellen

3. Unentgeltliche Angebote

Vor dem GlüStV 2021 wurde von Teilen der Rechtsprechung und der Literatur die Ansicht vertreten, dass bei einer gleichwertigen unentgeltlichen Alternative kein entgeltliches Spiel vorlege.[58] Dieser Ansatz wurde allerdings von anderen Stimmen dafür kritisiert, dass durch Gratis-Lootboxen die Spieler erst zum weiteren entgeltlichen Spielen verleitet werden.[59]

Den Umgang mit unentgeltlichen Spielen im Internet hat der Gesetzgeber nunmehr in § 6j GlüStV geregelt.[60] Die Regelung ist noch restriktiver gefasst als § 6a SpielV, die Anfang des Jahrtausends als Reaktion auf sog. Fun-Games in Spielehallen eingefügt wurde.[61]

Nach dieser Vorschrift dürfen unentgeltliche Angebote nur entgeltliche Angebote nachbilden, um den Spielern eine Demonstration des entgeltlichen Spiels aufzuzeigen.[62] Der Gesetzgeber hat sich somit entschieden, dass anders als in § 6a SpielV, ein Nebeneinander beider Angebote im Internet grundsätzlich mit Ausnahme von Demospielen nicht möglich ist. Anbieter

58 VGH Bayern, Urteil v. 25.08.2011 – 10 BV 10.1176, Rn. 22, 32; *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (458 f.); *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (142).

59 *Maties*, NJW 2020, 3685 (3686); ebenfalls ablehnend *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588).

60 *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (145) streifen diese Thematik am Rande.

61 Zur Diskussion zu Fun-Games und § 6a SpielV: *Marcks* in: Landmann/Rohmer GewO, 88. EL März 2022, § 6a SpielV Rn. 1 ff.; BVerwG, NVwZ 2006, 600.

62 GGL, (Fn. 8), S. 76f.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

müssen sich folglich entscheiden, ob sie glücksspielrechtlich nicht erfasste unentgeltliche Spiele,[63] oder ob sie entgeltliche Spiele anbieten wollen.

4. Totalverlustrisiko bzw. Unmittelbarkeitszusammenhang

Zahlreiche Stimmen verlangen zusätzlich ein Totalverlustrisiko.[64] Das Totalverlustrisiko setzt sich aus zwei Elementen zusammen:

Kann der gesamte Einsatz verloren werden? Und ist der Einsatz das Opfer für die Gewinnchance?[65] Der erste Punkt ist jedoch nach der hier vertretenen Auffassung nicht eine Frage des Einsatzes, sondern der Gewinnchance.[66] Der im Rahmen des Einsatzes zu prüfende zweite Punkt verlangt einen Konnex zwischen Einsatz und Gewinnchance.[67] Er ist daher treffender als Unmittelbarkeitszusammenhang zu bezeichnen.

An der Unmittelbarkeit kann es fehlen, wenn die Zahlung nicht für die Gewinnchance, sondern als Teilnahmebeitrag, der unabhängig von der Gewinnchance entrichtet wird, geleistet wird.[68] Der Kaufpreis des Hauptspiels wäre demnach nicht unmittelbar für die Gewinnchance aufgeopfert worden und stellt somit keinen Einsatz dar. Es liegt weiter kein Unmittelbarkeitszusammenhang vor, wenn die Person, an die geleistet wurde, nicht identisch ist mit der Person, von der der Spieler den Gewinn erhält.[69] Beides ist bei Lootboxen nicht der Fall.[70]

IV. Gewinnchance

Schließlich muss das Entgelt für den Erwerb einer Gewinnchance verlangt werden. Bei Lootboxen handelt es sich um einen virtuellen Warengewinn.

63 AaO., S. 77.
64 *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588 f.); *Schippel*, ZfWG 2017, 481 (485); *Schippel*, WRP 2018, 409 (410); *Seckelmann/Woerlein*, ZfWG 2021, 339 (341 f.); *Woerlein*, (Fn.12), S. 66.
65 *Schippel*, ZfWG 2017, 481 (485).
66 Zur Gewinnchance sogleich unter B. IV. 2.
67 *Klenk*, GewArch 2019, 222 (225); *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (237); *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (456).
68 BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 C 21.12, Rn. 25 – juris = BVerwGE 148, 146.
69 BGH, Urt. vom 29.9.1986 – 4 StR 148/86, Rn. 16 – juris = BGHSt 34, 171 (177).
70 Die Unmittelbarkeit scheitert auch nicht daran, dass der Spieler ggf. den Gegenstand an einen Dritten veräußert, denn der Gewinn ist der Spielgegenstand. Zur Notwendigkeit der Verkehrsfähigkeit von Lootboxen sogleich unter B. IV. 1. d).

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1.) Für Spiele, bei denen alle Teilnehmer etwas erhalten, stellt sich die Frage, ob es sich noch um eine Chance handelt. (2.) Anschließend stellt sich die Frage, nach welchem Modus der Gewinn ermittelt wird. (3.)

1. Lootboxen als virtueller Warengewinn

Einige Stimmen schließen Lootboxen mit dem Verweis auf den fehlenden Geldgewinn aus dem Anwendungsbereich des GlüStV aus.[71] Nachfolgend wird zunächst dargestellt, dass Waren Gewinn i.S.d. GlüStV (a.) und virtuelle Spielgegenstände unter den glücksspielrechtlichen Warenbegriff fallen (b.). Nachfolgend wird untersucht, ob sie verkehrsfähig sind (c.) und ab wann sie einen nicht unerheblichen Vermögenswert (d.) darstellen.

a) Waren als Gewinn

Es handelt sich auch um ein Glücksspiel, wenn nicht um Geld, sondern um Ware gespielt wird.[72] In § 2 Abs. 3, 4 GlüStV wird auch explizit zwischen Geld- und Warenspielgeräten unterschieden und beide in den Anwendungsbereich des GlüStV eingeschlossen. Angesichts der Regelungsziele in § 1 GlüStV erschließt sich auch nicht, warum Waren nicht umfasst sein sollten. Es ist spieltheoretisch unbedeutsam, ob ein Gewinn in Geld oder Ware ausgeschüttet wird.[73] Sämtliche Gefährdungen, die in der Norm adressiert werden, treffen (in anderer Ausprägung) auch auf Warenspiele zu. Der glücksspielrechtliche Warenbegriff ist weiter als der Begriff der Sache nach § 90 BGB. So fallen unter die Ausspielung gem. § 3 Abs. 3 S. 2 GlüStV Sachen oder andere geldwerte Vorteile und gem. Nr. 2.1.2.2. SpielVwV werden auch Dienstleistungen erfasst.

71 So etwa *Schippel*, ZfWG 2017, 481 (489); *ders.*, WRP 2018, 409 (409 f.).
72 Grundsätzlich ist dies auch anerkannt, m.w.N. *Klenk*, GewArch 2019, 222 (225).
73 *Bronder*, ZfWG 2018, 219 (220).

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Virtuelle Spielgegenstände als Warengewinn

Bei virtuelle Spielgegenstände handelt es sich nicht um Sachen i.S.d. § 90 BGB,[74] sondern um Immaterialgüter.[75] Dem Spieler wird dabei ein Nutzungsrecht an einem filmähnlichen Werk nach §§ 31 i.V.m. 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG eingeräumt.[76] Die Einräumung von Nutzungsrechten nach dem UrhG hat dingliche Wirkung.[77] Da dem GlüStV ein weiter Warenbegriff zugrunde liegt, sind daher auch virtuelle Spielgegenstände erfasst.[78]

c) Verkehrsfähigkeit als Voraussetzung des Warengewinns?

In der Debatte um Lootboxen geht die wohl herrschende Literaturmeinung davon aus, dass der Inhalt der Lootbox verkehrsfähig und monetarisierbar sein muss, um die Voraussetzung des Gewinns zu erfüllen.[79] Die Stimmen unterscheiden danach, ob der Spielgegenstand im Spiel[80] oder über einen Sekundärmarkt[81] verkauft werden kann. Hinsichtlich des Verkaufs auf Drittplattformen wird danach differenziert, ob der Verkauf autorisiert ist.[82] Sofern die Spielgegenstände nicht verkehrsfähig sind, wird ihnen von einigen Stimmen – mangels der Möglichkeit diese in echtes Geld zu tauschen – kein Wert beigemessen, sodass der Einsatz immer verloren wäre.[83]

74 *Schippel*, ZfWG 2017, 481 (482) problematisiert die fehlende Sacheigenschaft.
75 AaO.
76 *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (458).
77 Hierbei handelt es sich um eine konstitutive und nicht um eine translative Wirkung.
78 a.A. *Woerlein*, (Fn.12), S. 66.
79 *Woerlein*, (Fn.12), S. 66; *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (143); *Klenk*, GewArch 2019, 222 (224); *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (239); *Maties*, NJW 2020, 3685 (3689); *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (589); *Schwiddessen*, CR 2018, 512 (513); *Zimmermann/Franzmeier*, ZfWG 2018, 528 (530).
80 *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (143).
81 *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (144); *Klenk*, GewArch 2019, 222 (224); *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (239); *Schwiddessen*, CR 2018, 512 (513); *Busch*, (Fn.11), S. 196.
82 *Zimmermann/Franzmeier*, ZfWG 2018, 528 (530).
83 *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (241); *Maties*, NJW 2020, 3685 (3689); *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (589).

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auf die Verkehrsfähigkeit kann es jedoch nicht ankommen.[84] Geldwert bedeutet nicht, dass der Vorteil sich monetarisieren lassen muss, sondern dass der Vorteil einen nicht ganz unbedeutenden Vermögenswert hat.[85]

Wenn sich der Vermögenswert nicht in Geld realisieren lässt, verliert er nicht seinen Wert. Der glücksspielrechtliche Warenbegriff möchte auch diese Werte einschließen. Angesichts der Regelungsziele nach § 1 GlüStV ist dies auch sinnvoll. Die Gefährdungslage ist für die Spieler durch die fehlende Verkehrsfähigkeit nicht geringer. Die empirische Forschung zu Lootboxen zeigt, dass die Verkehrsfähigkeit der virtuellen Spielgegenstände sich nicht auf den Umsatz auswirkt.[86]

Es ist nicht ersichtlich, warum nichtverkehrsfähige Ware nicht erfasst sein soll. Teilnehmer an Warenspielen wollen überwiegend die Ware gewinnen und diese selbst nutzen. Für sie kommt es gar nicht auf die Verkehrsfähigkeit an. Bei einem Spielangebot, welches als Warengewinn bspw. eine Urlaubsreise, einen Restaurantbesuch oder Karten für ein Konzert auslobt, nehmen die meisten Spieler teil, weil sie genau diese Preise gewinnen wollen. Sie würden ebenfalls teilnehmen, wenn all diese Gewinne nicht übertragbar sind. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob der Anbieter die Verkehrsfähigkeit vertraglich ausgeschlossen hat oder ob diese gesetzlich ausgeschlossen ist, was bspw. der Fall wäre, wenn der Hauptpreis ein lebenslanges Wohnrecht in der Gestalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wäre. Dass es Personen gibt, die aufgrund der fehlenden Verkehrsfähigkeit, an diesen Spielangebot nicht teilnehmen, weil es ihnen um die Monetarisierung der Preise geht, ändert nichts an dem Gefährdungspotential dieses Spielangebots für die teilnehmenden Spieler.

Folglich sind nichtverkehrsfähige Waren vom glücksspielrechtlichen Warenbegriff erfasst. Somit sind virtuelle Gegenstände aus Lootboxen für die lediglich ein Nutzungsrecht eingeräumt wird, die aber nicht übertragbar[87] sind, Waren i.S.d. GlüStV.

84 Ebenfalls Vorbehalte gegen die Notwendigkeit eines Verkehrswertes: *Rehder*, ZfWG 2021, 358 (363).

85 *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114 (115).

86 m.w.N. *Busch*, (Fn.11), S. 198 f.

87 Genauer: Für die nach der Übertragungszwecktheorie nach § 31 Abs. 5 UrhG nicht Unterlizenzen vergeben werden können.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

d) Nicht unbedeutender Vermögenswert

Der Gewinn muss einen nicht unbedeutenden Vermögenswert haben.[88] Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zu Unterhaltungsspielen. Die Rechtsprechung legt an dieses Kriterium sehr strenge Anforderungen an.[89] Demnach sind auch sog. Fun-Games, bei denen lediglich der Einsatz oder ein Bruchteil des Einsatzes zurückgewonnen werden kann, Glücksspiel.[90] Das BVerwG setzt für einen Gewinn damit gerade keine (Netto-)vermögensmehrung voraus, sondern knüpft an dem Spielanreiz, die vor Verlust nicht zurückschreckende Spielleidenschaft und die Chance etwas zu gewinnen an.[91] Es genügt somit, dass der Gewinn überhaupt einen Vermögenswert hat. Dies ist bei virtuellen Spielgegenständen der Fall.[92]

2. Chance

Um eine Chance handelt es sich nur, wenn es sich um eine wahrscheinlichkeitsabhängige Gewinn- oder Verlustmöglichkeit handelt. Dieses Kriterium unterscheidet sich somit von der Zufallsabhängigkeit, indem es auf den Wert abstellt. Demnach handelt es sich um keine Gewinnchance, wenn der Spieler stets einen gleichwertigen Gegenstand erhält.[93] Merchandise-Boxen und Wundertüten erfüllen bspw. deswegen dieses Kriterium nicht. Obwohl es sich um zufallsabhängige Zusammenstellung handelt, stellen sie kein Glücksspiel dar, da der Wert der Ware dem Einsatz entspricht.[94] Solange also ein Spielwarenautomat zufallsbasiert Waren ausgibt, die dem Entgelt entsprechen, handelt es sich nicht um ein Warenspiel.

Nicht notwendig ist ein Totalverlustrisiko.[95] (a.) Ausreichend ist bei virtuellen Spielgegenständen bereits die reine Gewinnmöglichkeit. (b.) Sofern

88 *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114 (115).
89 BVerwG, Urteil v. 23.11.2005 – 6 C 8/05 – juris.
90 AaO, Rn. 38 – juris.
91 AaO.
92 *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (458).
93 *Busch*, (Fn.11), S. 191f; *Klenk*, GewArch 2019, 222 (224); weitergehender *Woerlein*, (Fn.12), S. 66.
94 *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114 (118).
95 *Busch*, (Fn.11), S. 192; *Klenk*, GewArch 2019, 222 (224); *Rehder*, ZfWG 2021, 358 (363); *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (461); *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114 (115); *Zimmermann/Franzmeier*, ZfWG 2018, 528 (531); **a.A.:** *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588 f.); *Schippel*, ZfWG 2017, 481 (485); *Schippel*, WRP 2018, 409 (410); *Seckelmann/Woerlein*, ZfWG 2021, 339 (341 f.); *Woerlein*, (Fn.12), S. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lootboxen hingegen stets gleichwertig sind, handelt es sich nicht um eine Gewinnchance. (c.)

a) Totalverlust ist keine Voraussetzung

Das Kriterium des Totalverlustes ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 GlüStV. Sofern darauf abgestellt wird, dass jeder Gewinnchance ein Totalverlustrisiko gegenüberstehen muss, überzeugt dies nicht. Auch das Argument, dass der Spieler immer etwas erhalte, ändert hieran nichts. Der Spieler verliert trotzdem, wenn er einen Gegenstand erhält, der weniger wert ist als sein Einsatz.[96] Andernfalls könnten sich Anbieter der Regulierung durch den GlüStV entziehen, indem sie jeweils einen Bruchteil zurückerstatten.[97] Ein Spiel ohne Nieten schließt den Verlust daher nicht aus.[98]

Nach dem Gewinnplan 03 von Sachsenlotto[99] hat diese Rubbellosserie eine Gewinnwahrscheinlichkeit von 100 %. Für ein Los für 10 Euro erhält der Spieler mindestens 2,50 Euro ausgeschüttet. Wenn man einen Totalverlust verlangt, handelt es sich bei diesem Gewinnplan nicht um Glücksspiel. Es ist offensichtlich, dass Anbieter dies ausnutzen würden, um sich der Regulierung zu entziehen.

Aus Spielersicht stellt diese sogar eine gefährlichere Spielform dar. Durch den garantierten Mindestgewinn fällt der Ärger über ein Los, mit dem der Spieler Verlust macht, geringer aus, was den Spieltrieb zusätzlich befeuern kann.

Die Gegenansicht stellt daher teilweise auf den statistische Erwartungswert der Lootbox ab.[100] Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch der statistische Erwartungswert nicht immer geeignet ist. Sofern bspw. es sehr wenige sehr hohe Gewinne und ansonsten nur sehr niedrige Gewinne gibt, kann der Erwartungswert sogar positiv oder neutral sein. Für den Spieler realisiert sich jedoch trotzdem das Verlustrisiko. Es ist daher darauf abzustellen, ob die Möglichkeit eines Verlustes besteht.

96 *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114 (115).
97 *Busch*, (Fn.11), S. 192; *Klenk*, GewArch 2019, 222 (224); *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (461).
98 *Busch*, (Fn.11), S. 191.
99 https://www.sachsenlotto.de/portal/service/annahmestellen/lose/lose_gewinnplaene.jsp, zuletzt abgerufen am: 07.05.2023.
100 *Zimmermann/Franzmeier*, ZfWG 2018, 528 (531).

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Voraussetzung des Totalverlustes wird auch mit dem Verweis auf die Vergleichbarkeit zu Sammelkarten und -stickern begründet.[101] Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Glücksspieleigenschaft auch hier diskutiert wird.[102] Zudem könnte dieses Argument genauso als Argument verwendet werden, warum Sammelkarten Glücksspiel darstellen.[103] Zudem unterscheidet sich zumindest bei Panini-Stickern auch der Spielmodus. Während Lootboxen die virtuellen Spielgegenstände nach einem variablen Quotenplan verteilen, sind (angeblich) alle Sticker gleich oft gedruckt.[104] Weiter besteht bei Panini-Aufklebern die Möglichkeit jeden Sticker zum gleichen Preis über den Hersteller direkt zu erwerben. Auch dies ist bei Lootboxen nicht der Fall.

b) Reine Gewinnmöglichkeit ist kein Ausschluss

Sofern der Spieler immer mindestens seinen Einsatz als Gegenwert erhält, nehmen einige Stimmen an, dass dies ein Glücksspiel ausschließe, da es sich nicht mehr um einen Einsatz handle.[105] Dies erscheint auf den ersten Blick einleuchtend. Dieser Ausschluss greift im Ergebnis aber jedenfalls nicht für Lootboxen angesichts der Ziele von § 1 GlüStV.

Zunächst stellt die Norm lediglich auf die Gewinnchance ab und erfordert nicht explizit ein Verlustrisiko. Doch auch, wenn man über den Einsatzbegriff ein ein Verlustrisiko ableitet, kann das Fehlen nicht dazu führen, dass es sich um kein Glücksspiel handelt, wenn sich die glücksspieltypischen Gefahren wahrscheinlich realisieren. Dies ist bei Lootboxen der Fall. Zum einen besteht das Verlustrisiko in diesem Falle nicht etwa in einer wertmäßigen Betrachtung, sondern darin nicht den gewünschten Spielgegenstand zu erhalten, der den Spieler antreibt erneut teilzunehmen. Zum anderen trägt der Anbieter im Falle des Gewinns kein direktes wirtschaftliches Verlustrisiko, sondern muss nur eine weitere Unterlizenz einräumen.[106]

---

101 *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588 f.); m.w.N. *Klenk*, GewArch 2019, 222 (224).
102 m.w.N. *Rehder*, ZfWG 2021, 358
103 *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (142).
104 *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (240).
105 *Busch*, (Fn. 11), S. 192; *Klenk*, GewArch 2019, 222 (224).
106 *Klenk*, GewArch 2019, 222 (224).

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Bereich der Immaterialgüter besteht daher ein enormes Missbrauchspotential, wenn der Anbieter sowohl den Preis der Lootbox als auch den Preis des virtuellen Spielgegenstandes eigenständig festlegen kann. Sofern es ausreichend wäre, dass die Summe der Einzelgegenstände, die ein Spieler aus einer Lootbox erhält, mehr wert sein müssen, als die Lootbox, um einer glücksspielrechtlichen Regulierung zu umgehen, hätten Spieleanbieter den Anreiz die Preise der Einzelgegenstände auf dem Papier zu erhöhen. Die Kontrollüberlegung muss daher für Immaterialgüterwarenspiele lauten: Würde ein Anbieter das Spiel ebenfalls anbieten, wenn die Spieler das Recht hätten die Gewinne gegen Echtgeld zurückzutauschen? Ein Wirtschaftsunternehmen würde dies nicht tun. Folglich handelt es sich bei einer solchen Ausgestaltung um eine Umgehung.

Wenn einem Spieler suggeriert wird, er könne immer nur gewinnen, fördert dies zudem den Spielanreiz und die Spielleidenschaft.[107] Gerade auch im Hinblick auf junge Spieler manifestiert sich so ein verklärtes Bild des Glücksspiels, in dem es angeblich keine Risiken gebe.

c) Gleichwertigkeit der Lootbox

Der Inhalt der Lootbox muss gleichwertig sein. Er darf weder weniger noch mehr wert sein. Es stellt sich hieran die Frage, wie der Wert der Spielgegenstände bestimmt wird. Sofern ein alternativer Direktkauf oder ein Erwerb über einen internen oder externen Markt möglich ist, richtet sich der Wert hiernach.[108]

Schwieriger ist die Wertbestimmung, wenn kein Erwerb abseits der Lootboxen möglich ist. Man müsste auf den subjektiven Wert abstellen, den der angestrebte Spielgegenstand für den jeweiligen Spieler hätte.[109] Zu berücksichtigen ist dabei, dass diese Gegenstände gerade wegen der fehlenden Direkterwerbsmöglichkeit für Spieler besonders wertvoll sind.[110]

Der Anbieter kann jedoch das subjektive Wertempfinden aller Spieler gar nicht wissen. Es liegt allerdings auch in seiner Hand, dass ein Direkterwerb der Gegenstände nicht möglich ist. In der Abwägung zwischen dem Geschäftsmodell und dem Spielerschutz, kommt daher letzterem der Vorrang

107 *Busch*, (Fn. 11), S. 196.
108 AaO., S. 197.
109 AaO., S. 200 f.
110 AaO., S. 197.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu, da der Anbieter jederzeit einen Direkterwerb ermöglichen könnte, mit dem sich der Wert der Lootbox feststellen ließe.

Eine Alternative zum Direkterwerb wäre es, dem Spieler die Wahl zu lassen, ob er die Lootbox erwerben möchte, nachdem er den Inhalt kennt.[111] Hierbei darf der Spieler allerdings auch keinen Einsatz leisten, um die Berechtigung zu erhalten den Inhalt zu sehen, da es sich ansonsten lediglich um ein zweistufiges System handeln würde, welches wieder die beschrieben Anforderung erfüllen müsste.

3. Gewinnermittlung

Je nachdem, wie die Lootbox den Gewinn ermittelt, handelt es sich bei der Spielmechanik um ein virtuelles Warenautomatenspiel oder eine Sofortauslosungen im Internet.

Beide Gewinnermittlungsarten eint die kurzfristige Ergebnisbekanntgabe. Sie haben auf Spieler einen ähnlichen Einfluss.[112] Trotz unterschiedlicher Spielmechaniken können sie in der Darstellung ähnlich ausgestaltet sein.[113] Ein mögliches Unterscheidungskriterium sind die für eine Lotterie kennzeichnenden Merkmale der hohen Gewinnsumme bei sehr niedriger Gewinnwahrscheinlichkeit.[114]

Sinnvoller erscheint es jedoch auf die Spielmechanik abzustellen. Während bei Sofortauslosungen der Gewinn bereits vor dem Kauf des Loses feststeht, wird der Gewinn bei einem Automatenspiel erst mit Spielstart ermittelt. Für den Spieler ist allerdings nicht erkennbar, ob der Gewinn im Vorhinein oder erst während des Spiels ermittelt wurde. Bei Sofortauslosungen handelt es sich zudem um ein Serienspiel,[115] so dass es eine limitierte Anzahl an Losen gibt und bei Kauf aller Lose auch alle Preise gewonnen werden. Bei Automatenspielen hingegen ist die Wahrscheinlichkeit für jedes Spiel identisch. Anhand dieses zweiten Kriteriums lassen sich auch Lootboxen für den Spieler klar differenzieren. Sofern die Gesamtanzahl der Spielgegenstände begrenzt ist und es sich somit um einen schrumpfenden

111 FIFA hat jüngst sog. Vorschau-Packs eingeführt, die genau dies ermöglichen.
112 GGL, (Fn. 8), S. 22.
113 AaO.
114 AaO., S. 106.
115 AaO., S. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Preispool handelt,[116] handelt es sich um Sofortausspielungen im Internet.[117] Dabei geht es nicht um die Gesamtanzahl der Spielgegenstände in dem Spiel, sondern um die Gesamtanzahl im Rahmen der konkreten Auslosung. Sofern dies nicht der Fall ist, handelt es sich um ein virtuelles Warenautomatenspiel.

C. Unzulässigkeit von virtuellen Warenspielen

Unabhängig von der Gewinnermittlung der Lootbox sind virtuelle Warenspiele derzeitig für private kommerzielle Anbieter unzulässig.

I. Sofortausspielung im Internet

Hinsichtlich der Sofortausspielung im Internet stellt sich die Frage, ob diese von der Zulässigkeit von Sofortlotterie umfasst ist. Hierfür spricht der Wortlaut von § 3 Abs. 3 GlüStV, nach dem die Vorschriften für Lotterien auch für Ausspielungen gelten. Hiergegen könnte aus systematischer Sicht jedoch angeführt werden, dass in § 12 Abs. 1 GlüStV beide Spielformen nebeneinander genannt werden. Dies lässt sich dadurch entkräften, dass auch § 18 GlüStV lediglich von Lotterien spricht und unumstritten hierunter auch Ausspielungen fallen. Im Ergebnis spricht daher vieles dafür, dass Sofortausspielungen im Internet auch grundsätzlich zulässig sind.

Gem. § 22 Abs. 2 GlüStV müssten die Länder diese gesondert zugelassen haben.[118] Derzeit betreiben 11 Bundesländer Sofortlotterien im Internet.[119] Zulässig sind allerdings nur der Eigenvertrieb und die Vermittlung.[120]

Die Sofortausspielung im Internet nach § 22 Abs. 2 GlüStV fällt allerdings unter das staatliche Lotteriemonopol und somit die Voraussetzungen nach §§ 12 ff. GlüStV. Da selbst die kleine Lotterie nach § 18 Nr. 2 GlüStV vorsieht, dass der Reinertrag für gemeinnützige, kirchliche oder mildtätige Zwecke

116 *Busch*, (Fn. 11), S. 179 f.
117 Ähnlich *Schwiddessen*, CR 2018, 444 (452).
118 GGL, (Fn. 8), S. 103.
119 Vgl. Auflistung unter: https://www.lotto.de/rubbellose, zuletzt abgerufen am: 07.05.2023.
120 GGL, (Fn. 8), S. 36. Dies führte dazu, dass in der Anfangsphase bspw. Westlotto die Onlinerubbellose physisch abgebildet hat. Mittlerweile wurde hierfür aber auch ein elektronisches Verfahren gefunden.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

verwandt werden muss, ergibt sich für private kommerzielle Anbieter hier kein Geschäftsmodell.

II. Virtuelles Warenautomatenspiel

Der GlüStV differenziert grundsätzlich zwischen Geld- und Warenspiel. § 22a GlüStV verbietet zwar nicht ausdrücklich Warenspiele. Notwendig ist aber nach § 22a Abs. 5 GlüStV ein Gewinn in Euro. Auch § 6j GlüStV, der sich auf § 22a GlüStV bezieht, spricht nur vom Geldgewinn. Ziel dahinter war es nicht, Warengewinne auszunehmen. Vielmehr hatte der Gesetzgeber sich nur mit der Zulassung von virtuellen Geldspielen beschäftigt.[121]

Dem könnte entgegengehalten werden, dass § 3 Abs. 1a S. 1 GlüStV für virtuelle Automatenspiele die Nachbildung terrestrischer Automatenspiele vorsieht und für diese Warenspiele gem. § 2 SpielV zugelassen sind. Der Gesetzgeber wollte die SpielV aber explizit nicht im selben Umfange für Angebote im Internet übernehmen, sondern eine eigenständige spieler- und anbieterbezogenen Regulierung vornehmen.[122]

Sofern ein Glücksspiel im Internet nicht unter den Numerus Clausus von § 4 Abs. 4 S. 1 GlüStV fällt, ist es gem. § 4 Abs. 4 S. 2 GlüStV verboten. In der Begründung stellt der Gesetzgeber klar, dass es sich hierbei um eine abschließende Auflistung handelt und es abseits dessen beim Verbot bleibt.[123]

Folglich sind virtuelle Warenautomatenspiele derzeit unzulässig.

D. Zusammenfassung

Lootboxen fallen unter den Glücksspielbegriff. Die virtuellen Spielgegenstände sind Waren mit nicht unerheblichem Vermögenswert i.S.d. GlüStV. Auf die Verkehrsfähigkeit kommt es nicht an. Ein Totalverlustrisiko ist nicht notwendig. Ein Glücksspiel kann bei Immaterialgüterwarenspielen auch dann vorliegen, wenn das Spiel eine reine Gewinnmöglichkeit vorsieht.

Je nach Spielmechanik handelt es sich bei der Lootbox entweder um eine Sofortauslosung im Internet oder um ein virtuelles Warenautomatenspiel.

121 AaO., S. 76 f.
122 AaO., S. 31.
123 AaO., S. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Abgrenzungskriterium ist, ob es sich um einen vor dem Einsatz feststehenden schrumpfenden Preispool handelt. Aufgrund des staatlichen Lotteriemonopols können private kommerzielle Anbieter keine Sofortauslosung im Internet durchführen. Virtuelle Warenautomatenspiele sind unzulässig, da § 22a GlüStV nur Geldspiele zulässt.

Nach derzeitiger Rechtslage sind somit Lootboxen im Anwendungsbereich des GlüStV unzulässig und es besteht ein dringender Reformbedarf.

Aus dem Anwendungsbereich des GlüStV fallen Lootboxen, sofern für sie nur ein unerhebliches Entgelt gezahlt wird oder der Inhalt gleichwertig ist. Jedenfalls nicht mehr unerheblich sind Lootboxen, die 0,20 Euro kosten. Ferner liegt keine Unerheblichkeit vor, wenn ein Spieler mehr als 5 Euro pro Stunde, 15 Euro pro Tag oder den Kaufpreis des Spiels ausgibt. Sofern der Kaufpreis des Spieles unterhalb von 15 Euro liegt, beträgt das Gesamtlimit 15 Euro. Der Inhalt der Lootbox ist gleichwertig, wenn die Summe der Gegenstandswerte dem Kaufpreis der Lootbox entspricht. Sofern die Wertfeststellung nicht über einen alternativen Direktkauf oder ein Erwerb über einen internen oder externen Markt möglich ist, ist der Inhalt nicht gleichwertig.

https://doi.org/10.5771/9783748939962-73 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY