

3. Gaming, Gambling & eSport – glücksspielrechtliche Herausforderungen am Beispiel von Lootboxen und eSport-Wetten

Andreas H. Woerlein

Das eSport-Recht wird inzwischen zielbewusst als Querschnittsmaterie bezeichnet,¹ da aus dem „Sport der digitalen Generation“² zahlreiche Rechtsprobleme entstanden sind, die den unterschiedlichsten Rechtsgebieten zugeordnet werden können.³ Politische Aufmerksamkeit erhält dabei, aus Gründen des Spieler- und Jugendschutzes, regelmäßig auch das Glücksspielrecht.⁴ Kernelement der rechtspolitischen Debatte ist dabei die glücksspielrechtliche Zulässigkeit von Wetten auf eSport-Events.⁵ Die Praxisrelevanz dieser Kontroverse ergibt sich u.a. aus einer zunehmenden Kooperation namhafter eSport-Clans mit etablierten Glücksspielanbietern.⁶ Dabei wird längst nicht mehr nur der leistungsorientierte eSport, sondern auch das Gaming im Allgemeinen immer öfter in Verbindung mit illegalem Glücksspiel gebracht.

1 So etwa *Fischinger*, *SpoPrax* 2023, 63 (63); *Bareuther*, *SpoPrax* 2022, 425 (426); *Nothelfer*, *LR* 2020, 266 (271).

2 So *Falk/Puppe*, in: Breuer/Görllich, *eSport – Status quo und Entwicklungspotenziale*, Wiesbaden 2020, S. 35.

3 Siehe hierzu – neben der rechtlichen Spannweite des vorliegenden Tagungsbandes – statt vieler *Baumann*, *SpoPrax* 2023, 40 ff., zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen im eSport; *Alvermann*, *SpoPrax* 2022, 337 ff., zur Gemeinnützigkeit im eSport; *Ruppert*, *SpuRt* 2020, 106 ff., zur Strafbarkeit von Doping im eSport; *ders.*, *CR* 2019, 691 ff., zum Einsatz von Cheatbots im eSport; *Francken/Nothelfer/Schlotthauer*, *NZA* 2019, 865 ff., zu Arbeitnehmerfragen im professionellen eSport; *Hentsch*, *MMR* 2018, Beilage Heft 8, 3 ff., zu Urheberrechten der Publisher im eSport; *Hilgert/Eickhoff*, *MMR* 2018, Beilage Heft 8, 16 ff., zum Jugendschutz im eSport.

4 So führt der Glücksspielstaatsvertrag der Länder in seinen gleichrangigen Zielen explizit auf, dass ein ausreichender „Jugend- und Spielerschutz zu gewährleisten“ ist, vgl. § 1 S. 1 Nr. 3 GlüStV 2021.

5 Siehe hierzu etwa *Brüggemann*, *ZfWG* 2020, 204 (205 f., 210); *Kubicicel*, *ZfWG* 2021, 123 ff.; *Maties/Nothelfer*, *ZfWG* 2021, 128 ff.; *Woerlein*, *SpoPrax* 2021, 206 ff.; *ders.*, *Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette*, Baden-Baden 2022, S. 87 ff.; *Nothelfer/Petschinka*, *SpoPrax* 2022, 20 ff.; *Jakob*, *SpoPrax* 2022, 168 ff.

6 Vgl. *Woerlein*, *SpoPrax* 2021, 206 (207); *Nothelfer/Petschinka*, *SpoPrax* 2022, 20 (20).

Nachvollziehbar wird deshalb bereits von der „fortschreitenden Vermischung von Gambling und Gaming“⁷ gesprochen. Prominentestes Beispiel dieser ungewollten Fusion ist das Angebot von Lootboxen in Computer- oder Videospielen durch Publisher bzw. Konsolenhersteller.⁸ Auf beide Probleme wird eingegangen, um konkrete Handlungs- und Novellierungsvorschläge zu präsentieren.

A. Begriffsbestimmung

Bislang sind zumindest die Begriffe „Gaming“ und „eSport“ gesetzlich nicht legaldefiniert.⁹ Dies macht eine anfängliche Begriffsbestimmung als grundlegenden Ausgangspunkt für die weitere wissenschaftliche Untersuchung erforderlich. Gleichzeitig gilt es bereits an dieser Stelle herauszuarbeiten, was die gegenwärtige Abgrenzung zwischen den Begriffen „Gaming“ und „Gambling“ derart verkompliziert hat und wie einer weiter voranschreitenden Vermengung der durch die Begriffe beschriebenen (Rechts-)Materie entgegengewirkt werden kann.

I. Gaming gleich Gambling?

Obwohl im englischen Sprachgebrauch die Begriffe „Gaming“ und „Gambling“ uneinheitlich verwendet werden und etwa die Bezeichnung „Gaming-Law“ generell das Glücksspielrecht meint,¹⁰ hat sich hierzulande

7 So Bringmann/Mittermeier/Löcken, ZfWG 2023, 140 (140); siehe auch Nothelfer/Petschinka, SpoPrax 2022, 20 (20), „In der gesellschaftlichen Diskussion ist eSport untrennbar mit dem Thema Glücksspiel verwoben.“

8 Siehe hierzu etwa Schippel, ZfWG 2017, 481 ff.; ders., WRP 2018, 409 ff.; Ehinger/Schadomsky, K&R 2018, 145 ff.; Zimmermann/Franzmeier, ZfWG 2018, 528 ff.; Nickel/Feuerhake/Schelinski, MMR 2018, 586 ff.; Hopf, ZUM 2019, 8 ff.; Maties, NJW 2020, 3685 ff.; Wittig, MMR 2023, 180 ff.; Bringmann/Mittermeier/Löcken, ZfWG 2023, 140 ff.; Spitz/Woerlein, IMGL-Magazine 2023, 38 ff.; Woerlein, MMR-Aktuell 2023, 456999.

9 Siehe hierzu etwa die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU zum „Vorhaben der Bundesregierung zu Games und E-Sport, Drucksache 20/4533 v. 18.11.2022, S. 3 (Antwort auf Frage 4), „Den Begriff ‚E-Sport‘ hat die Bundesregierung nicht allgemeingültig definiert.“

10 Vgl. hierzu etwa IMGL, <https://www.imgl.org/about/> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023); Gaming in Germany, <https://www.gamingingermany.com/> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

ein einheitliches Begriffsverständnis etabliert. Während „Gaming“ grundsätzlich mit Glücksspiel assoziiert und auch als solches übersetzt wird, versteht man unter dem Ausdruck „Gaming“ allgemein das Spielen von Video- und Computerspielen (Games) durch Menschen.¹¹ Bei den sog. „Games“ handelt es sich wiederum um „interaktive elektronische Werke, die auf einer Spielidee beruhen.“¹² Beide Begrifflichkeiten sind gesetzlich bislang nicht positiviert. Anders hingegen beim Gambling bzw. Glücksspiel, das seit 2004 unverändert in § 3 Abs. 1 S. 1 LottStV (bis 2008)¹³ bzw. § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV (seit 2008) legaldefiniert ist. Ausgehend von § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV 2021 ist von einem Glücksspiel auszugehen, „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.“¹⁴

Was einst – vor allem aufgrund eines geldwerten Einsatzes und einer Gewinnchance auf der einen und virtuellen Spielwelten auf der anderen Seite – auseinandergehalten werden konnte, wird seit einigen Jahren durch eine permanente Weiterentwicklung und Expansion der beiden Wirtschaftssektoren im digitalen Raum immer unübersichtlicher. Getrieben von einem nachvollziehbaren wirtschaftlichen Interesse, haben sich die Gaming- und die Gambling-Branche – teilweise bewusst, teilweise unbewusst – aufeinander zubewegt.¹⁵ Dabei hat der Glücksspielsektor vor allem im Online-Bereich auf mit Videospielen vergleichbare Animationen oder gar eigene digitale Welten zurückgegriffen. Gleichzeitig haben Publisher immer häufiger auf Lootbox-Angebote gesetzt und glücksspielähnliche Mechaniken in ihre Videospiele eingebaut. Hierdurch konnten in den letzten Jahren Rekordumsätze mit In-Game-Käufen erzielt werden.¹⁶

11 Vgl. <https://www.styleranking.de/influencer-marketing-wiki/gaming> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

12 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Unionsfraktion, Drucksache 20/4533, S. 3 (Antwort auf Frage 3), mit Verweis auf die Förderrichtlinie „Computerspielförderung des Bundes“ v. 28.08.2020.

13 Der LottStV 2004 (in Kraft getreten am 01.07.2004) wurde durch den ersten GlüStV 2008 (in Kraft getreten am 01.01.2008) ersetzt; der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 wurde beibehalten und blieb seitdem unverändert.

14 Ausführlich zu den einzelnen Merkmalen des Glücksspiels siehe etwa *Woerlein*, Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette, Baden-Baden 2022, S. 51 ff. m.w.N. *Hamacher*, in: *Hamacher/Krings/Otto*, Glücksspielrecht (1. Aufl. 2022), § 3 GlüStV Rn. 5 ff.

15 Ähnlich zumindest bzgl. des wirtschaftlichen Interesses der Publisher *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (140), „Auf der Suche nach neuen Erlösquellen vermischen Anbieter von Videospielen immer mehr die Grenzen zwischen Unterhaltungsspiel („Gaming“) und Glücksspiel („Gambling“).“

Eine Abgrenzung zwischen Gaming und Gambling kann demnach bislang nur über die drei zentralen Merkmale des in § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV festgesetzten Begriffsverständnisses vorgenommen werden. Eine Subsumtion hierunter erfordert eine Zufallsabhängigkeit, eine Entgeltlichkeit sowie den Erwerb einer Gewinnchance. Liegt eines der – in ihrer Reichweite und Auslegungen höchst umstrittenen – Merkmale nicht vor, findet der GlüStV keine Anwendung.

II. eSport

Während das vom Gambling abzugrenzende Gaming das große Ganze beschreibt, handelt es sich bei eSport um einen leistungsorientierten Bestandteil des Gamings,¹⁷ wobei allgemein geltende Grenzen nicht abschließend gezogen werden können. Obgleich die flächendeckende Implementierung des eSports auf Bundes- und Landesebene – trotz zahlreicher politischer Bekenntnisse¹⁸ – weiter auf sich warten lässt, existieren bereits erste gesetzliche Positivierungen (vgl. § 22 Nr. 5 BeschV¹⁹ und § 15 Abs. 3 RennwLottDV²⁰). Eine Legaldefinition des elektronischen Sports sucht man dabei bislang jedoch vergebens.²¹

16 So lag der Umsatz der In-Game-Käufe in Deutschland allein im Jahr 2021 bei rund 4,24 Mrd. Euro, vgl. <https://www.business-on.de/gamingindustrie-womit-wird-der-meiste-umsatz-generiert.html> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

17 In diese Richtung auch *Daum*, *SpoPrax* 2023, 96 (99) m.w.N.

18 Auf Bundesebene etwa Koalitionsvertrag (2018) zwischen CDU, CSU u. SPD, 19. Legislaturperiode, S. 48 Z. 2167–2171, „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.“; bereits etwas verhaltener, aber ebenfalls positiv Koalitionsvertrag (2021) zwischen SPD, Grüne u. FDP, S. 123, „Wir wollen den Games-Standort stärken und die Förderung verstetigen. Wir [...] machen E-Sport gemeinnützig.“; auf Landesebene bislang Koalitionsvertrag Mecklenburg-Vorpommern (2021) zwischen SPD u. Linke, S. 30; Koalitionsvertrag Rheinland-Pfalz (2021) zwischen SPD, Grünen u. FDP, S. 149; Koalitionsvertrag Sachsen-Anhalt (2021) zwischen CDU, SPD u. FDP, S. 29; Koalitionsvertrag Schleswig-Holstein (2022) zwischen CDU u. Grünen, S. 86 f.; Koalitionsvertrag Nordrhein-Westfalen (2022) zwischen CDU u. Grünen, S. 129; Koalitionsvertrag Niedersachsen (2022) zwischen SPD u. Grünen, S. 99 bzw. 109; Koalitionsvertrag Berlin 2023 zwischen CDU u. SPD, S. 79.

19 Ergänzt durch die Verordnung zur Änderung der Beschäftigungsverordnung und der Aufenthaltsordnung v. 23.03.2020 (BGBl. I S. 655 (656)), seitdem unverändert.

Obwohl der Diskurs hinsichtlich einer universellen Begriffsbestimmung des eSports lebhaft geführt wird²² und noch keine abschließende Einigung erzielt werden konnte, können zwei Beobachtungen festgehalten werden:

Zum einen ist für die Schaffung rechtlicher Bestimmungen, die den eSport betreffen, bislang keine gesetzlich festgesetzte Definition erforderlich gewesen.²³ Zum anderen hat sich zumindest in der Szene selbst das Begriffsverständnis des eSport-Bund Deutschland e.V. (ESBD) in einem nicht unerheblichen Umfang etabliert und wurde im parlamentarischen und rechtswissenschaftlichen Diskurs immer wieder zitiert.²⁴ Ausgehend von § 3 Nr. 2 der Vereinssatzung des ESBD²⁵ ist unter dem Begriff eSport „der unmittelbare Wettkampf zwischen menschlichen Spielern und Spielerinnen unter Nutzung von geeigneten Video- und Computerspielen an verschiedenen Geräten und auf digitalen Plattformen unter festgelegten Regeln“ zu verstehen. Ungeachtet der Kritik, die auch diese begriffliche Festlegung erfährt,²⁶ erweist sie sich für den rechtspolitischen Diskurs als tauglich, um ein Mindestmaß an Orientierung herzustellen.

20 BT-Drucksache 19/28400 v. 13.04.2021, S. 32; hierzu etwa *Brüggemann/Nothelfer*, *SpoPrax* 2021, 116 ff.

21 So auch *Maties/Nothelfer*, *ZfWG* 2021, 128 (129); *Daum*, *SpoPrax* 2023, 96 (96).

22 Hierzu statt vieler *Pusch*, *npoR* 2019, 53 ff.; *Maties*, *eSport-Recht – Politik, Praxis und Wissenschaft im Dialog*, S. 19 ff.; *Daum*, *SpoPrax* 2023, 96 ff.

23 Dies zeigen die beiden gesetzlichen Regelungen des § 22 Nr. 5 BeschV sowie § 15 Abs. 3 RennwLottDV.

24 Aus der politischen Debatte etwa Bundesrat, Drucksache 110/20 v. 05.03.2020, Verordnung zur Änderung der Beschäftigungsverordnung und Aufenthaltsverordnung, S. 27; ESBD, Stellungnahme v. 04.10.2019 zum Referentenentwurf für eine Verordnung zur Änderung der Beschäftigungsverordnung und der Aufenthaltsverordnung, S. 3; ESBD, Stellungnahme v. 06.02.2019 zur Drucksache 17/3578, Landtag von Nordrhein-Westfalen, Stellungnahme 17/1166, S. 2.; aus der rechtswissenschaftlichen Literatur u.a. *Pusch*, *npoR* 2019, 53 (54); *Kubiciel*, *ZfWG* 2021, 123 (125); *Woerlein*, *Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette*, Baden-Baden 2022, S. 88.

25 Satzung des ESBD e.V. in der Fassung v. 04.12.2020, abrufbar unter <https://esportbund.de/wp-content/uploads/2021/01/20201204-Satzung-des-eSport-Bund-Deutschland.pdf> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

26 Kritisch hierzu etwa *Nothelfer/Petschinka*, *SpoPrax* 2021, 26 (26 f.).

III. Zwischenergebnis

Die Begriffe „Gaming“ und „eSport“ sind längst in unserem alltäglichen Sprachgebrauch angekommen. Und obwohl die meisten eine grobe Vorstellung davon haben, was die beiden Begriffe zu umschreiben versuchen, können juristische Argumentationen bislang nicht auf einer entsprechenden gesetzlichen Legaldefinition aufbauen. Wenngleich die ersten gesetzlichen Positivierungen des eSports ohne Legaldefinition ausgekommen sind, zeigt sich, dass deren Fehlen letztlich wohl mitursächlich für eine bislang unzureichende rechtliche Implementierung des eSports ist. Selbiges dürfte, zumindest hinsichtlich einer mangelnden Regulierung, auch auf das Gaming zutreffen. Insbesondere im Glücksspielrechtlichen Kontext resultiert hieraus ein fehlender Gegenpol zu dem in seiner Auslegung umstrittenen § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV.

Die rechtliche Prüfung erstreckt sich nicht auf eine potenzielle Subsumtion unter die Begriffe eSport, Gaming oder Gambling, sondern beschränkt sich bislang allein darauf, ob ein Glücksspiel i.S.d. GlüStV vorliegt oder nicht. Aus dieser Problematik resultiert die folgende Erkenntnis: Mittel- bis langfristig müssen die in Rede stehenden Begrifflichkeiten legaldefiniert werden, um ein Mindestmaß an Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen. Dies gilt speziell vor dem Hintergrund, dass die zu regulierende Rechtsmaterie angesichts signifikanter technischer Fortschritte wie etwa dem Metaverse²⁷ oder der Blockchain-Technologie²⁸ stetig komplexer wird. Ein erster wichtiger Schritt wäre deshalb bereits mit einem bundes- bzw. landespolitischen Bekenntnis hinsichtlich vorhandener Begriffsverständnisse²⁹ getan.

27 Siehe hierzu etwa *Kaulartz/Schmid/Müller-Eising*, RDt 2022, 521 ff., dabei eine rechtliche Einführung in die mit dem Metaverse einhergehenden Rechtsprobleme gebend.

28 Zu den technischen und rechtlichen Grundlagen siehe etwa *Weiss*, NJW 2022, 1343 (1343 f.).

29 Neben der damit einhergehenden politischen Anerkennung könnte etwa bei einem Bekenntnis zu dem eSport-Begriffsverständnis des ESD von einer Branchenlegitimation des Verständnisses ausgegangen werden.

B. Wetten auf eSport-Events

Lange Zeit blieb der Markt bzw. das Angebot von Wetten auf eSport-Events in seinem Gesamtvolumen derart gering, dass der Gesetzgeber nachvollziehbar keine regulatorische Notwendigkeit sah, tätig zu werden. Durch die Corona-Pandemie entstand um den ohne Zuschauer auskommenden eSport jedoch ein regelrechter Hype und vor allem private Wettanbieter bauten die Produktpalette im eSport-Bereich erheblich aus.³⁰ Unter Geltung des damaligen GlüStV³¹ waren Wetten auf eSport-Events jedoch generell unzulässig und damit illegal. Glücklicherweise waren die für die Glücksspielregulierung zuständigen Länder zu diesem Zeitpunkt just mit der Ausarbeitung des „Staatsvertrages zur Neuregulierung des Glücksspielwesens in Deutschland“³² befasst und hätten auf die angezeigte Entwicklung marktdäquat reagieren können.

I. Glücksspielstaatsvertrag 2021

Die Verwendung des Konjunktivs lässt jedoch erahnen, dass der von den Ländern verfolgte Ansatz weder marktdäquat noch zielführend war. Vielmehr sah der neue GlüStV 2021 „weder ein generelles Verbot noch eine ausdrückliche Erlaubnis für Wetten auf ‚E-Sport‘-Ereignisse“ vor.³³ Stattdessen ist seitdem „von der Behörde im Rahmen des Erlaubnisverfahrens für Wetten nach § 21 Abs. 5 [GlüStV] zu prüfen, ob es sich bei dem jeweils zu bewettenden Ereignis um Sport handelt, wobei die Behörde sich hierbei fachlich von einem Sportbeirat beraten lassen kann und betroffene Verbände

30 Siehe hierzu etwa Kubiciel, ZfWG 2021, 123 (123); Maties/Nothelfer, ZfWG 2021, 128 (134); Hilf/Umbach, ZfWG 2021, 247 (249), dabei neben der pandemiebedingten Verlagerung des Wettangebotes aber „auch auf sich wandelnde Interessen junger Erwachsener“ abstellend, „die den Aufstieg des eSports miterlebt haben.“

31 Bis zum 30.06.2021 galt der GlüStV 2012 mit den ratifizierten Änderungen des GlüStV 2020.

32 Zur Ratifizierung siehe etwa Baden-Württemberg: G. v. 04.02.2021 (GBl. S. 120), Bek. v. 12.07.2021 (GBl. S. 660); Bayern: Bek. v. 09.03.2021 (GVBl. S. 97), Bek. v. 03.05.2021 (GVBl. S. 288); Hamburg: G. v. 17.02.2021 (HmbGVBl. S. 75), Bek. v. 06.05.2021 (HmbGVBl. S. 346); Niedersachsen: G. v. 17.03.2021 (Nds. GVBl. S. 134); Nordrhein-Westfalen: Bek. v. 28.04.2021 (GV. NRW. S. 459), Bek. v. 18.05.2021 (GV. NRW. S. 649); Rheinland-Pfalz: G. v. 21.12.2020 (GVBl. S. 767), Bek. v. 11.05.2021 (GVBl. S. 308).

33 Erläuterungen zum GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3443, S. 51.

(z.B. Verbände, in denen die Beteiligten des zu bewettenden Ereignisses organisiert sind) angehört werden können.“³⁴ Obgleich im Rahmen des angezeigten Anhörungsverfahrens grundsätzlich wohl auch die Eingliederung der bislang drei bestehenden eSport Bundes- und Landesverbände möglich gewesen wäre,³⁵ wurde hiervon bislang kein Gebrauch gemacht. Anbieter von eSport-Wetten wurden schon in der Übergangsphase des GlüStV 2021 als unzuverlässig eingestuft, weshalb sämtliche eSport-Wettangebote auf den Internetseiten der mittlerweile konzessionierten Anbieter spätestens im Herbst 2020 verschwunden sind.

Begründen lässt sich dies vor allem mit der von Behördenseite vertretenen Auffassung, dass eSport offiziell nicht als Sport anerkannt ist. Die neu gegründete Gemeinsame Glücksspielbehörde der Länder (GGL), die seit dem 01.07.2021 als Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) in Halle (Saale) auf- bzw. ausgebaut wird, hat sich zu Beginn des Jahres 2023 die höchst umstrittene Auffassung³⁶ des bis zum 31.12.2022 zuständigen RP Darmstadt zu eigen gemacht. Das RP Darmstadt wiederum hatte seinerzeit ohne erkennbare eigenständige Ermessensausübung und entgegen der nach wie vor herrschenden Meinung der Literatur³⁷ die Auslegung des Deutschen Olympischen Sportbundes³⁸ adaptiert. Unter Verweis auf den bis heute hitzig geführten Streit um die Anerkennung des eSports als Sport, gilt es an dieser Stelle festzuhalten, dass mit einer offiziellen Anerkennung des eSports als Sport in naher Zukunft – insbesondere in der auf Landesebene zu führenden glücksspielrechtlichen Debatte – nicht zu rechnen ist.

34 Erläuterungen zum GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3443, S. 51.

35 Ausführlich hierzu *Woerlein*, *SpoPrax* 2021, 206 ff.

36 Kritisch etwa *Brüggemann*, *ZfWG* 2020, 204 (205); *Maties/Nothelfer*, *ZfWG* 2021, 128 (134).

37 Für eine Anerkennung des eSport als Sport u.a. *Holzhäuser/Bagger/Schenk*, *SpuRt* 2016, 94 (98); *Rapani/Kotanko/Sallegger*, *ZfWG* 2020, 13 (19); Koalitionsvertrag 2018 (CDU, CSU und SPD), 19. Legislaturperiode, S. 48; *Froböse*, Ist eSport richtiger Sport, abrufbar unter <https://eatsmarter.de/blogs/ingo-froboese/ist-esport-richtiger-sport#> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023); *Ortmanns*, 7 Gründe, warum eSport Sport ist, abrufbar unter <https://sportbusiness-blog.de/update-2020-7-grunde-warum-esport-sport-ist> (zuletzt einsehen am 30.04.2023); *Woerlein*, Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette, Baden-Baden 2022, S. 91; in diese Richtung auch *Frey/Pommer*, *MMR* 2018, Beilage Heft 8, 7 (12); *Schippel*, *ZfWG* 2019, 127 (130); *Bagger v. Grafenstein*, *MMR* 2018, Beilage Heft 8, 20 (22 ff.), dabei differenziert auf eine Einordnung des eSports als Sport eingehend.

38 Siehe die Positionierung des DOSB, <https://www.dosb.de/ueber-uns/esport> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

II. Legalisierungsmöglichkeit

Mit Blick auf die verhärteten Fronten im Kampf um die Zulässigkeit von Wetten auf eSport-Events soll deshalb einmal mehr auf die Möglichkeit einer an § 90a BGB angelehnten Gleichbehandlungsregelung verwiesen werden.³⁹ Danach wären eSport-Events von der Definition des Sportereignisses (vgl. § 3 Abs. 1 S. 5 GlüStV 2021)⁴⁰ nicht erfasst, auf sie wären die für Sportwetten geltenden Vorschriften jedoch entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.⁴¹ Um diesen bestehenden Ansatz weiterzuentwickeln und der komplexen Systematik des GlüStV vollumfänglich Rechnung zu tragen, erscheint es sinnvoll, neben der aufgegriffenen Ergänzung der vertraglichen Begriffsbestimmungen in § 3 Abs. 1 GlüStV 2021, komplettierende Novellierungen für § 21 Abs. 5 GlüStV 2021 sowie § 27g GlüStV 2021 vorzuschlagen. Die staatsvertraglichen Normen bzgl. des erlaubnisfähigen Wettprogramms wurden mittels § 21 Abs. 1, Abs. 1a u. Abs. 4 GlüStV 2021 weiterentwickelt,⁴² um ein konkurrenzfähiges legales Wettangebot zu schaffen. Zudem gilt der Erlaubnisvorbehalt nach § 21 Abs. 5 S. 1 GlüStV 2021. Um das zulässige Angebot um die stetig beliebter werdenden eSport-Wetten auszuweiten und auch künftig konkurrenzfähig zu bleiben, sollte die Möglichkeit der beratenden Rolle von (e)Sport-Verbänden bzw. (e)Sport-Beiräten in § 21 Abs. 5 S. 2 GlüStV n.F.⁴³ explizit in den GlüStV aufgenommen und von der GGL als gängige Praxis adaptiert werden.

Der hierdurch u.a. indizierte eSportbeirat sollte neben seiner beratenden Tätigkeit eine Liste zulässiger eSport-Wettangebote erarbeiten, auf die die GGL in entsprechenden Erlaubnissen verweisen kann, wie dies de lege lata § 21 Abs. 5 S. 3 GlüStV 2021 vorsieht. Auf die Möglichkeit der Einsetzung weiterer Gremien – wie z.B. Sportbeiräte – wird ferner ausdrücklich in den Erläuterungen zu § 27g GlüStV 2021 hingewiesen.⁴⁴

39 So bereits *Woerlein*, Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette, Baden-Baden 2022, S. 91; *ders./Seckelmann*, ZfWG 2022, 410 (414 f.).

40 § 3 Abs. 1 S. 5: „Ein Sportereignis ist ein sportlicher Wettkampf zwischen Menschen nach definierten Regeln.“

41 *Woerlein*, Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette, Baden-Baden 2022, S. 91.

42 Erläuterungen zum GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3443, S. 41.

43 Siehe hierzu den ausformulierten Novellierungsvorschlag am Ende des Beitrages, § 21 Abs. 5 S. 2 GlüStV n.F.

44 Vgl. Erläuterungen zum GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3443, S. 178.

Die Regelung des § 27g GlüStV 2021 sollte mithin um § 27g S. 2 GlüStV n.F.⁴⁵ ergänzt werden, der zum Ausdruck bringt, dass die Organe der GGL (im Einzelnen der Verwaltungsrat sowie der Vorstand) durch eine Verankerung in der entsprechenden Satzung weitere Gremien vorsehen können, die dabei zwar keine Organe der Anstalt selbst bilden, aber beratend tätig werden können. Bei der Besetzung des Gremiums sollten neben der rechtswissenschaftlichen Forschung⁴⁶ auch die Suchtforschung⁴⁷ sowie Vertreter der eSport-⁴⁸, Sport-⁴⁹ und Gaming-Szene⁵⁰ berücksichtigt werden. Nur so kann eine ausreichende glücksspielstaatsvertragliche Implementierung des eSports gelingen.

III. Zwischenergebnis

Wetten auf eSport-Events wären über die angezeigte Gleichbehandlungsregelung vom regulatorischen Anwendungsbereich des GlüStV als Sportwetten *sui generis* erfasst. Eine Novellierung in Form der vorgeschlagenen Normen (§ 3 Abs. 1 S. 6 u. 7 GlüStV n.F., § 21 Abs. 5 S. 2 GlüStV n.F. u. § 27g S. 2 GlüStV n.F.) würde dabei einen ausreichenden regulatorischen Rahmen schaffen und nachhaltig zu einem konkurrenzfähigen legalen Wettangebot

45 Siehe hierzu den ausformulierten Novellierungsvorschlag am Ende des Beitrages, § 27g S. 2 GlüStV n.F.

46 Dabei ist etwa an die Forschungsstelle für eSport-Recht der Universität Augsburg, siehe hierzu <https://www.esport-recht.de> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023) und das Kompetenzzentrum eSport der Universität Hannover, siehe hierzu <https://www.iri.uni-hannover.de/de/forschung/kesh/> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023) zu denken.

47 Hierbei sei etwa auf die Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim verwiesen, <https://gluecksspiel.uni-hohenheim.de> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

48 Dabei wären die Interessen der bislang drei gegründeten eSport-Verbände auf Landes- und Bundesebene entsprechend zu bündeln, vgl. hierzu eSport-Bund Deutschland e.V., <https://esportbund.de> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023); E-Sport Landesverband Schleswig-Holstein, <https://e-sport.sh> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023); Landesverband für E-Sport Nordrhein-Westfalen, <https://e-sport.nrw/> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

49 Hierbei würde sich insbesondere ein Vertreter des Landessportbundes NRW, <https://www.lsb.nrw> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023) eignen, da dieser die Gründung des eSport-Verbandes NRW konstruktiv mitbegleitet hat; zu begrüßen wäre hierbei etwa die Wahl des Präsidiumsmitgliedes *Jens Wortmann*.

50 Dabei ist sicherlich an den Verband der deutschen Games-Branche (game), <https://www.game.de> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023) zu denken, wobei auch weiterhin fraglich ist, ob sich der game-Verband künftig auf einen glücksspielrechtlichen Diskurs einlässt und diesen gar in einem entsprechenden Gremium mitgestaltet.

beitragen. Ein weiterer praxistauglicher Aspekt der angedachten Novellierung ist der Umstand, dass sie keine Legaldefinition des eSports erforderlich macht, da der GlüStV auch Sportwetten reguliert, ohne den Begriff des „Sports“ selbst näher zu bestimmen. In den Erläuterungen wird diese vom Gesetzgeber bewusst getroffene Entscheidung damit begründet, dass der Begriff des „Sports“ nur so einer notwendigen „Auslegung zugänglich“ bleibe und dem „regelmäßigen Wandel“ des Begriffsverständnisses ausreichend Rechnung getragen werden könne.⁵¹ Unabhängig davon, ob dieser Ansatz zu überzeugen vermag, kann festgehalten werden, dass die Länder mit der staatsvertraglichen Implementierung des eSports zeitnah vergleichbar verfahren könnten, um auch hinsichtlich der eSport-Wetten endlich einen ausreichenden Jugend- und Spielerschutz i.S.d. § 1 S. 1 Nr. 3 GlüStV 2021 zu realisieren und um auf künftige Entwicklungen zu regieren.

C. Angebot von Lootboxen durch Publisher bzw. Konsolenhersteller

Insbesondere aus finanziellen Beweggründen sind Lootboxen für Publisher und Konsolenhersteller in den vergangenen Jahren immer attraktiver geworden.⁵² Laut dem Marktforschungsinstitut Juniper Research soll sich der weltweite Umsatz im Jahr 2025 bereits auf über 20 Mrd. USD belaufen.⁵³ Auch in Deutschland werden seit einigen Jahren Umsätze in Milliardenhöhe erwirtschaftet.⁵⁴ Die politisch Verantwortlichen haben diese Entwicklung beobachtet und dabei, aufgrund der teilweise minderjährigen Konsumenten, regelmäßige Forderungen nach einer Regulierung des Marktes verlautbaren lassen. Allein passiert ist reichlich wenig. Abgesehen von vereinzelten Gesetzesvorhaben, wie etwa einer praxisfernen Novellierung des Jugendschutzgesetzes (JuSchG),⁵⁵ tut sich der Gesetzgeber schwer damit, einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen. Und obgleich eine Glücksspiel-

51 Erläuterungen zum GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3443, S. 51.

52 Siehe hierzu etwa *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114 (114); *Zimmermann/Franzmeier*, ZfWG 2018, 528 (529).

53 Vgl. [https://www.juniperresearch.com/press/video-game-loot-boxes-to-generate-over-\\$20-billion](https://www.juniperresearch.com/press/video-game-loot-boxes-to-generate-over-$20-billion) (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

54 Allein für das Jahr 2021 lag dieser bei rund 4,24 Mrd. Euro, vgl. <https://www.business-on.de/gamingindustrie-womit-wird-der-meiste-umsatz-generiert.html> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

55 Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendschutzgesetzes vom 09.04.2021, BGBl. I 2021, Nr. 16, S. 742; kritisch hierzu etwa game-Verband PM v. 04.03.2021, abrufbar unter

rechtliche Einordnung der Lootboxen bislang politisch wohl nicht mehrheitsfähig war, existiert nun eine erste österreichische Entscheidung des Bezirksgerichts Hermagor,⁵⁶ die Lootboxen als illegales Glücksspiel einordnet. Dies wiederum wirft die Frage auf, ob Lootboxen vom Anwendungsbereich des GlüStV erfasst sind.

I. Lootboxen als Glücksspiel i.S.d. GlüStV?

Bei Lootboxen handelt es sich um „virtuelle Kisten, die entgeltlich erworben werden können und eine zufällige Auswahl von unterschiedlich seltenen, virtuellen Gegenständen für ein Computerspiel enthalten.“⁵⁷ Ob die digitalen „Beutekisten“⁵⁸ vom Anwendungsbereich des GlüStV erfasst sind, hängt entscheidend von der Frage ab, ob sie ein Glücksspiel nach dem nationalen Verständnis darstellen. Wie im Kontext der Begriffsbestimmung bereits angezeigt, ist nach § 3 Abs.1 S.1 GlüStV (2021) dann von einem Glücksspiel auszugehen, „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.“ Die Subsumtion unter den nationalen Glücksspielbegriff erfordert mithin eine Zufallsabhängigkeit, eine Entgeltlichkeit bzw. einen geldwerten Einsatz sowie den Erwerb einer Gewinnchance. Auf die ebenfalls notwendige Öffentlichkeit des Glücksspiels sowie die Spielbezogenheit⁵⁹ soll im Nachfolgenden nicht weiter eingegangen werden, da bei einem Angebot von Lootboxen in Video- oder Computerspielen durch Publisher bzw. Konsolenhersteller unstrittig davon ausgegangen werden kann.

<https://www.game.de/grosse-koalition-verpasst-chance-fuer-einen-modernen-jugendschutz/> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

56 Bezirksgericht Hermagor, Urteil vom 26.02.2023 (bislang unveröffentlicht).

57 Nickel/Feuerhake/Schelinski, MMR 2018, 586 (586); ähnlich auch Bringmann/Mittermeier/Löcken, ZfWG 2023, 140 (141), „Bei Lootboxen [...] handelt es sich um virtuelle Behältnisse, die entgeltlich erworben werden können und einen oder mehrere Gegenstände, wie Skins, Waffen oder Ausrüstungsgegenstände enthalten, die der Spieler im Spiel nutzbar machen kann.“

58 Im rechtspolitischen Diskurs hat sich neben der Bezeichnung „Lootboxen“ auch der Begriff „Beutekisten“ etabliert; aus der Literatur etwa Wittig, MMR 2023, 180 (181 Fn. 1); Maties, NJW 2020, 3685 (3685); Krainbring/Röll, ZfWG 2018, 235 (235); aus der Politik statt vieler Herbert Woerlein (SPD), Bayerischer Landtag, Protokollauszug 117. Plenum v. 29.11.2017, S. 8.

59 Zu beiden Merkmalen siehe Woerlein, Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette, Baden-Baden 2022, S. 54.

1. Zufallsabhängigkeit

Das BVerwG beschreibt einen Zufall als „das Wirken unberechenbarer, der Einwirkung der Interessenten entzogener Kausalitäten“.⁶⁰ Welche virtuellen Gegenstände der Käufer einer Lootbox letztlich genau erhält, wird in dem von Anbieterseite determinierten Algorithmus festgeschrieben.⁶¹ Auf diesen hat der Spieler selbst keinerlei Einfluss, weshalb ihm ein mögliches auf Geschicklichkeit basierendes Einwirken verwehrt bleibt. Damit kann im Zusammenhang mit Lootboxen grundsätzlich von einer Zufallsabhängigkeit im erforderlichen Sinne ausgegangen werden, was sich mit der ganz herrschenden Auffassung der Literatur⁶² hierzu deckt.

2. Entgeltlichkeit

Hinsichtlich des Merkmals der Entgeltlichkeit ist zunächst ein geldwerter Einsatz geboten, der ferner die Erheblichkeitsschwelle überschreitet. Vom Anwendungsbereich des GlüStV können demnach nur solche Lootboxen erfasst sein, deren Erwerb entgeltlich erfolgt. Das Zwischenschalten sog. „In-Game-Währungen“, zur Anschaffung virtueller Gegenstände bei Spielen wie FIFA (Ultimate Team) oder Call of Duty (Modern Warfare), könnte der gebotenen Entgeltlichkeit entgegenstehen, da Geld unidirektional in Points, Credits oder Coins umgewandelt wird. Ein Umtausch der einmal erworbenen In-Game-Währung ist grundsätzlich ausgeschlossen.⁶³ Gleichwohl wird in der Literatur überwiegend auf eine Umgehungsgefahr hingewiesen.⁶⁴ Denn erlaube das Zwischenschalten einer In-Game-Währung die Umgehung der für ein Glücksspiel geforderten Entgeltlichkeit, könnten sich z.B. illegale Anbieter von Online-Glücksspielen stets auf diesen Um-

60 BVerwG, Urteil vom 17.05.1955 – I C 133.53, BVerwGE 2, 110 (111) = NJW 1955, 1451 (1451).

61 So auch *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (238).

62 *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (237); *Schippel*, WRP 2018, 409 (411); *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (587); *Maties*, NJW 2020, 3685 (3689 Rn. 34); *Busch*, Rechtliche Beurteilung von Mikrotransaktionen und Lootboxen, Göttingen 2022, S. 179; *Woerlein*, Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette, Baden-Baden 2022, S. 65; *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (141); *Woerlein*, MMR-Aktuell, 456999.

63 Ebenfalls darauf hinweisend *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (143); *Busch*, Rechtliche Beurteilung von Mikrotransaktionen und Lootboxen, Göttingen 2022, S. 187.

64 So im Ergebnis auch *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (143), „Würde die glücksspielrechtliche Einordnung trotz wirtschaftlicher Identität anders ausfallen,

stand berufen und entsprechende Maßnahmen der Glücksspielaufsicht entgegenhalten. Es lässt sich mithin vertreten, dass der Einsatz von In-Game-Währungen – trotz der angezeigten Bedenken – der Entgeltlichkeit i.S.d. § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV nicht entgegensteht.

Dem darüber hinaus erforderlichen Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle wurde durch Literatur und Rechtsprechung kein hoher Grenzwert gesetzt. Denn eine Unerheblichkeit wurde ganz überwiegend nur bis zu einem Betrag von 50 Cent angenommen.⁶⁵ Obgleich es Angebote von Lootboxen gibt, deren Einzelpreise unterhalb dieser Erheblichkeitsschwelle zu verorten sind, kann im Rahmen einer wohl übertragbaren kumulativen Gesamtbetrachtung, wie sie der BGH etwa beim Pokerspiel vorgenommen hat,⁶⁶ durchaus davon ausgegangen werden, dass ein Gamer nicht nur eine Lootbox, sondern mehrere erwirbt. Dies wiederum führt dazu, dass die wohl herrschende – dabei aber keinesfalls unumstrittene⁶⁷ – Auffassung der Literatur mit einer entsprechenden Argumentation die Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle annimmt.⁶⁸

[...] würde das Entgeltkriterium ad absurdum geführt.“; ebenso *Busch*, Rechtliche Beurteilung von Mikrotransaktionen und Lootboxen, Göttingen 2022, S. 187.

65 In der Literatur etwa *Becker*, ZfWG 2012, 229 (230 f.); *Blaue*, ZUM 2011, 119 (122); *Lober/Neumüller*, MMR 2010, 295 (296); *Bolay*, MMR 2009, 669 (670); in der Rechtsprechung etwa BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201 (206 Rn. 66); OLG München, Beschluss vom 22.12.2005 – 6 W 2181/05, MMR 2006, 225 (225); LG Freiburg, Urteil vom 12.05.2005 – 3 S 308/04, MMR 2005, 547 (547); abweichend hiervon u.a. *Kleinschmidt*, MMR 2004, 654 (657) 1,89 €; *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142 (145) 2,50 €; siehe hierzu auch *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB-Komm., § 284 Rn. 8 m.w.N.

66 BGH, Urteil vom 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201 (208 Rn. 79), „Denn es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Spieler auf ein einzelnes Spiel beschränke. Den Regulierungen des Glücksspielrechts liegt eine empirisch gestützte Einschätzung zu Grunde, dass ein Spielteilnehmer typischerweise gerade nicht geringfügige Verluste hinnehme und das Spiel beende, sondern sich erhoffe, durch eine Fortsetzung des Spiels den Verlust nicht nur wieder auszugleichen, sondern darüber hinaus den von Anfang an erhofften Gewinn zu erzielen.“

67 Siehe hierzu etwa *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588), „Es ist nicht ersichtlich, dass ein Spieler nach dem Öffnen einer Lootbox im Regelfall sofort eine zweite erwirbt. Vor diesem Hintergrund ist die Begründung für eine kumulative Anknüpfung also nicht ohne weiteres übertragbar.“

68 So etwa *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (238); *Schwiddeßen*, CR 2018, 444 (459); *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588), in diese Richtung auch *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (142).

Ferner wird u.a. im vorliegenden Kontext überwiegend angemerkt, dass bei einem Kauf von Lootboxen kein Verlustrisiko bzw. kein Risiko eines Totalverlusts angenommen werden kann.⁶⁹ Hierbei ist anzumerken, dass der GlüStV das Kriterium des Verlustrisikos nicht ausdrücklich vorschreibt. Allerdings ist das Erfordernis, im Gegensatz zu vielen anderen Glücksspielrechtlichen Fragestellungen, u.a. höchstrichterlich durch den BGH beschieden worden.⁷⁰ Eine Auseinandersetzung mit dem Merkmal des Verlustrisikos ist mithin geboten und auch im Rahmen einer an § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV orientierten Prüfung eines Angebotes zwingend erforderlich.

Das Verlustrisiko bzw. das Risiko des Totalverlusts beschreibt die einem gewöhnlichen Glücksspiel innewohnende Gefahr, trotz eines erheblichen Einsatzes keine Gegenleistung zu erhalten.⁷¹ Während der Spieler etwa beim Roulette bei einem Einsatz von 50,- Euro auf Rot immer das Risiko eingeht, bei Schwarz oder der Null, alles zu verlieren, erhält der Gamer beim Kauf von Lootboxen stets eine vorher bekannte Anzahl digitaler Gegenstände zur Verwendung in dem jeweiligen Video- oder Computerspiel⁷².

Während der Spieler beim Glücksspiel beständig die Intention hat, einen finanziellen Gewinn zu erzielen, investiert der Gamer sein Geld in digitale Gegenstände, um seine Chancen auf ein Vorankommen im Spiel zu erhöhen oder einfach nur, um seinen Avatar optisch umzugestalten bzw. aufzuwerten. Selbstverständlich ist der Gamer dabei auch von der Hoffnung getrieben, einen möglichst seltenen virtuellen Gegenstand zu erhalten. Die Erwartung ist dabei aber grundsätzlich nicht von der Idee bestimmt, einen seltenen Spieler (z.B. bei FIFA Ultimate Team) direkt nach dem Erwerb gewinnbringend auf entsprechenden Märkten⁷³ zu veräußern, sondern diesen selbst im Spiel gegen andere einzusetzen. Der Gamer bezahlt in einem solchen Fall Geld für ein gesteigertes Spielerlebnis und gerade nicht für ein Glücksspiel i.S.d. GlüStV.

69 So etwa *Schippel*, WRP 2018, 409 (410); *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588); *Seckelmann/Woerlein*, ZfWG 2021, 339 (341 f.); andere Ansicht *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (142 f.).

70 BGH, Urteil vom 29.09.1986 – 4 StR 148/86, NJW 1987, 851 (852) = BeckRS 1986, 1059; BGH, Urteil vom 08.08.2017 – 1 StR 519/16, NStZ 2018, 335 (336); auf die Verwaltungsakzessorietät des, den beiden Entscheidungen zugrunde liegenden, § 284 StGB sei ergänzend hingewiesen, hierzu etwa *Kruis*, NVwZ 2012, 797 ff.

71 *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588).

72 So auch game-Verband, Positionspapier zu Lootboxen in Games v. 11.10.2019, S. 6, abrufbar unter <https://www.game.de/wp-content/uploads/2018/01/2019-10-11-game-Positionspapier-Lootboxen.pdf> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

Im Rahmen der Diskussion um das Erfordernis eines Totalverlusts wird von Teilen der Literatur auf die vermeintliche Gefahr einer drohenden Umgehung hingewiesen. So könnten Anbieter von Glücksspielen dem regulatorischen Korsett des GlüStV entfliehen, indem sie im Falle eines verlorenen Einsatzes dem betroffenen Spieler schlicht eine geringe Gegenleistung garantieren.⁷⁴ Dem hält *Busch* nachvollziehbar entgegen, dass „diese Kritik am Kernproblem des Gegenarguments vorbei[geht]“, denn „auch bei herkömmlichem Glücksspiel ist ein Einsatz abzulehnen, wenn der Spieler für seinen Einsatz stets einen gleichwertigen Gegenwert erhält.“⁷⁵ Und obgleich diese Beanstandung nur einen Unterfall des breiten Diskurses abdeckt, wird richtigerweise auf den Umstand verwiesen, dass der Gamer beim Kauf einer Lootbox stets einen (vergleichbaren) Gegenwert in Form digitaler Gegenstände erhält.

Dies dürfte letztlich auch der Hauptgrund dafür sein, dass der Gesetzgeber Lootboxen (egal in welcher Ausgestaltung) bislang nicht als Glücksspiel i.S.d. nationalen Begriffsverständnisses eingeordnet hat, obwohl er hierzu mehrfach die Gelegenheit hatte.⁷⁶ Zudem wurden die gesetzgebenden Länder durch zahlreiche Stellungnahmen im Entwurfsstadium des aktuellen GlüStV auf die Lootbox-Problematik aufmerksam gemacht.⁷⁷ Dennoch finden sich weder im ratifizierten Vertragstext noch in den umfassenden Erläuterungen zum GlüStV 2021⁷⁸ zielführende Bestimmungen bzgl. der Regulierung von Lootboxen.⁷⁹

73 Siehe hierzu die Ausführungen zu der Problematik der Sekundärmärkte unter (C / I / 3).

74 So etwa die Argumentation von *Klenk*, GewA 2019, 222 (224); *Rehder*, ZfWG 2021, 358 (363); *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (142).

75 *Busch*, Rechtliche Beurteilung von Mikrotransaktionen und Lootboxen, Göttingen 2022, S. 192.

76 Neben dem GlüStV 2021 ist dabei auch an den GlüStV 2020 (vgl. Landtag von Baden-Württemberg, Mitteilung der Landesregierung v. 19.03.2019, Drucksache 16/5894) sowie das Vorhaben des nicht in Kraft getretenen GlüStV 2018 (vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Vorlage v. 27.01.2017, Drucksache 18/0122) zu denken.

77 Siehe hierzu etwa Verbandsanhörung zu dem Entwurf des GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3090, S. 107, 123, 163, 282, 284, 327, 353 u. 461.

78 Vgl. Erläuterungen zum GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3443, S. 1–203.

79 Einzig auf die unzureichenden und knappen Erläuterungen im Zusammenhang mit den Begriffsbestimmungen sei hingewiesen, vgl. Erläuterungen zum GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3443, S. 50.

Zutreffend geht die herrschende Meinung deshalb davon aus, dass ein Verlustrisiko bzw. das Risiko eines Totalverlustes bei Lootboxen nicht besteht und dies eine Subsumtion unter den Glücksspielbegriff verhindert.⁸⁰

3. Erwerb einer Gewinnchance

Zu guter Letzt erfordert ein Glücksspiel nach dem nationalen Begriffsverständnis die Möglichkeit eines nicht unerheblichen Gewinnes.⁸¹ Zwischen dem geldwerten Einsatz und dem Erwerb einer Gewinnchance ist dabei ferner ein Unmittelbarkeitszusammenhang notwendig.⁸² Bei den virtuellen Beutekisten kommt es hierbei entscheidend darauf an, ob der virtuelle Inhalt der jeweiligen Lootboxen einen Vermögenswert besitzt.⁸³ Dies kann wiederum nur in solchen Fällen angenommen werden, in denen virtuelle Gegenstände aus Lootboxen rechtswirksam und gesondert übertragen werden können. Hinsichtlich der Möglichkeit einer gesonderten Übertragung gilt es, auf folgende Aspekte hinzuweisen: Sofern erworbene digitale Gegenstände innerhalb eines Spiels nur gesammelt und nicht übertragen werden können, ist der Erwerb einer Gewinnchance im erforderlichen Sinne ausgeschlossen.⁸⁴ Zu beachten ist der Sonderfall, in dem eine separate Übertragung einzelner virtueller Gegenstände nicht möglich, sondern vielmehr die Übertragung des gesamten Spieleraccounts erforderlich ist. Fälschlicherweise wird hierbei vereinzelt angenommen, dass auch in einem solchen Fall ein entsprechender Gegenstandswert erzielt werden könne.⁸⁵ Neben einem fehlenden normierbaren (Sekundär-)Markt dürfte

80 So auch *Ehinger/Schadomsky*, K&R 2018, 145 (146); *Schippel*, WRP 2018, 409 (410); *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (588); game-Verband, Positionspapier zu Lootboxen in Games v. 11.10.2019, S. 6; *Seckelmann/Woerlein*, ZfWG 2021, 339 (341 f.); *Woerlein*, Die rechtliche Zukunft der Online-Sportwette, Baden-Baden 2022, S. 66; *Spitz/Woerlein*, IMGL-Magazine 2023, 38 (41); *Woerlein*, MMR-Aktuell 2023, 456999; andere Ansicht etwa *Rehder*, ZfWG 2021, 358 (363); *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (142).

81 *Hambach/Liesching*, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, § 284 StGB Rn. 26 m.w.N.

82 *Nolte*, in: Becker/Hilf/Nolte/Uwer, Glücksspielregulierung, § 3 GlüStV Rn. 15; das Merkmal des „Unmittelbarkeitszusammenhangs“ soll der Übersicht halber erst – und nur – an dieser Stelle der Prüfung diskutiert werden.

83 So auch *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (589).

84 Ebenso *Maties*, NJW 2020, 3685 (3689 Rn. 33); *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (142).

85 So etwa *Zimmermann/Franzmeier*, ZfWG 2018, 528 (530).

es hierbei aber bereits an dem geforderten Unmittelbarkeitszusammenhang mangeln.⁸⁶ Ist die gesonderte Übertragbarkeit möglich, muss ferner ein rechtswirksamer Erwerb des digitalen Gegenstandes realisiert werden können. Zu differenzieren ist, auf welchem Markt die Transaktion erfolgt. Schafft der Anbieter der Lootboxen selbst einen Marktplatz, auf dem die erworbenen Gegenstände gehandelt bzw. verkauft werden können, existiert unstreitig ein Marktwert.⁸⁷ Problematisch ist jedoch die Konstellation, in der ein Publisher bzw. Konsolenhersteller⁸⁸ in seinen AGB den Verkauf und die Abtretung der virtuellen Gegenstände explizit ausgeschlossen hat. Unstreitig dürfte auch hier der Grundsatz gelten, dass sich ein Anbieter allein durch in den AGB festgesetzte Verbote nicht seiner Verantwortung entziehen kann.⁸⁹ Andererseits muss es für Publisher und Konsolenhersteller aber die Möglichkeit geben, sich exkulpieren zu können. Ab wann der Anbieter von Lootboxen aber das vorliegend Notwendige getan hat, ist in der Literatur umstritten⁹⁰ und bis dato gerichtlich nicht geklärt. Folgende Aspekte müssen hierbei Berücksichtigung finden:

Die wirksame Einbeziehung von AGB in Verträge wird in den §§ 305 ff. BGB geregelt. Unstreitig entfalten die in den AGB der Anbieter vorgesehenen Bestimmungen generell nur für denjenigen Wirkung, der sie bei Vertragsschluss akzeptiert hat. Ist der Verkauf und die Abtretung der digitalen Güter durch AGB ausgeschlossen und zwei Gamer – von denen zumindest der spätere Verkäufer die AGB akzeptiert hat – schließen auf einem verbotenen Zweitmarkt einen Kaufvertrag über einen aus dem Spiel stammenden Gegenstand bzw. über den gesamten Spielaccount, ist der rechtswirksame Erwerb und damit auch der Erwerb einer Gewinnchance i.S.d. GlüStV ausgeschlossen. Das zwischen dem Anbieter der Lootboxen und dem späteren Verkäufer in den AGB vereinbarte Abtretungsverbot (§§ 413, 399 Var. 2 BGB) verhindert eine wirksame Übertragung des virtuellen Gegenstandes an den potenziellen Käufer.⁹¹

86 Ebenso *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (142 Fn. 43), wonach „kein genereller, typisierbarer Verkaufsmarkt existieren dürfte.“

87 So im Ergebnis auch *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (144); *Maties*, NJW 2020, 3685 (3689 Rn. 33); *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (589).

88 Der Kaufvertrag bzgl. der Lootboxen kommt in der Regel zwischen Gamer und Konsolenhersteller zustande.

89 So auch *Maties*, NJW 2020, 3685 (3689 Rn. 37).

90 Siehe hierzu etwa *Ehinger/Schadomsky*, K&R 2018, 145 (146); *Krainbring/Röll*, ZfWG 2018, 235 (239); *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (589); *Klenk*, GewA 2019, 222 (223); *Maties*, NJW 2020, 3685 (3689 Rn. 33, 37); *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (144).

Mithin sind Anbieter von Lootboxen zunächst angehalten, die angezeigten Verbote in ihren AGB festzusetzen. Dies allein dürfte einer Subsumtion unter den GlüStV zwar entgegenstehen, verhindert jedoch nicht, dass tatsächlich zahlreiche verbotene Übertragungen erfolgen. Nachvollziehbar wird deshalb zusätzlich ein aktives Vorgehen der Anbieter gegen Übertragungen der virtuellen Gegenstände gefordert.⁹² Wann genau durch welches Vorgehen der Anbieter eine vollständige Entlastung im rechtlichen Sinne angenommen werden kann, dürfte künftig von Gerichten zu klären sein. Bis dahin sollten Publisher und Konsolenhersteller aber weitreichende Konzepte ausgearbeitet und umgesetzt haben, um vor Gericht ein ausreichendes und aktives Unterbinden der unerlaubten Zweitmärkte nachweisen zu können. Keinesfalls sollten die Anforderungen an einen solchen Nachweis der Anbieter aber unverhältnismäßig hoch sein. Würde dies doch über die Tatsache hinwegtäuschen, dass der Hype um irrationale monetäre Aufwendungen primär durch Streamer und Influencer und nicht durch Publisher erzeugt wird.⁹³

4. Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung können Lootboxen grundsätzlich nicht unter den Glücksspielbegriff des § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV (2021) subsumiert werden. Sowohl die notwendige Entgeltlichkeit als auch der Erwerb einer Gewinnchance sind – unter den angezeigten Umständen – abzulehnen. Dies schließt freilich nicht aus, dass einzelne Ausgestaltungen von Lootboxen in Video- oder Computerspielen doch als Glücksspiel im erforderlichen Sinne eingeordnet werden können, was aber den unwahrscheinlichen Fall voraussetzt, dass der Gamer tatsächlich solche Lootboxen erwerben kann, in denen teilweise gar keine virtuellen Gegenstände enthalten

91 So im Ergebnis auch *Nickel/Feuerhake/Schelinski*, MMR 2018, 586 (589), da sich die virtuellen Gegenstände „nicht rechtssicher verwerten“ lassen.

92 So etwa *Maties*, NJW 2020, 3685 (3689 Rn. 37), „Ein Publisher sollte sich den Glücksspielregeln nicht entziehen können, indem er Handel mit ‚Loot‘ formal verbietet, aber faktisch ermöglicht und duldet. Nur wenn er es verbietet und gegen Übertragungen vorgeht, ist dem genügt.“

93 Siehe etwa <https://www.ingame.de/news/streaming/montanablack-only-a-hobby-cs-go-counter-strike-kanal-kisten-opening-messer-shooter-youtube-buxtehude-92262320.html> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023); dennoch kritisch bzgl. der Verantwortung von Publishern *Bringmann/Mittermeier/Löcken*, ZfWG 2023, 140 (144).

sind (sog. „echte Nieten“)⁹⁴ und von Anbieterseite entweder ein eigener Marktplatz geschaffen und der Handel aktiv gefördert oder der verbotene Handel auf einem Zweitmarkt geduldet wird.

II. Urteil des Bezirksgerichts Hermagor

Zumindest der aktuelle rechtspolitische Diskurs im Zusammenhang mit Lootboxen ist dem ersten deutschsprachigen Urteil aus Hermagor vom Februar 2023 geschuldet,⁹⁵ das Lootboxen als Glücksspiel i.S.d. österreichischen Glücksspielgesetzes (GSpG) eingestuft hat. Prozessgegenstand – in der mittlerweile rechtskräftigen Entscheidung – waren die Lootboxen von FIFA (Ultimate Team) des bekannten Publishers Electronic Arts (EA). Da die Kaufverträge über die sog. „FIFA-Packs“ aber nicht mit dem Publisher EA, sondern mit dem Konsolenhersteller selbst geschlossen wurden, verklagte der Gamer im vorliegenden Fall Sony (Interactive Entertainment) erfolgreich auf Rückzahlung von knapp 340,- Euro.⁹⁶ Überraschend stellte das Gericht in Kärnten knapp darauf ab, dass „die digitalen Fußballspieler auf einem Zweitmarkt gehandelt würden und dadurch eine Gewinnerzielung möglich sei.“⁹⁷ Den Verstoß gegen die AGB des Anbieters erkannte das Bezirksgericht zwar, hielt diesen jedoch für unerheblich. Wohl auch deswegen, weil kein ausreichender Parteivortrag bzgl. eines aktiven Vorgehens gegenüber dem tatsächlich bestehenden Markt vorgetragen wurde. Aufgrund der territorialen Grenzen des GSpG bzw. des GlüStV hat zudem keine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Risiko eines Totalverlusts stattgefunden. Das Urteil aus Hermagor gibt somit zwar Antworten auf zahlreiche Rechtsfragen, nur eben nicht auf die nach dem nationalen Verständnis entscheidenden.

94 Auf den Umstand, dass es bei Lootboxen grundsätzlich keine „echten Nieten“ gibt, wies *Kubiciel*, ZRP 2019, 200 (203) bereits hin; dennoch wird der Begriff „Niete“ im Zusammenhang mit Lootboxen teilweise irreführend verwendet, siehe etwa *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114 (115).

95 Bezirksgericht Hermagor, Urteil vom 26.02.2023 (bislang unveröffentlicht).

96 Vgl. Redaktion beck-aktuell v. 03.03.2023, becklink 2026334.

97 Zit. nach Redaktion beck-aktuell v. 03.03.2023; <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/oesterreichisches-gericht-stuft-lootboxen-als-illegales-gluecksspiel-ein> (zuletzt eingesehen am 30.04.2023).

III. Zwischenergebnis und Handlungsempfehlung

Eine Übertragung der Rechtsprechung aus Österreich auf das nationale Rechtsverständnis scheidet mithin aus.⁹⁸ Dennoch sollte die politische Debatte bzgl. der Lootboxen im Zusammenhang mit dem Jugend- und Spielerschutz nicht unterschätzt werden. Da von parlamentarischer Seite in den vergangenen Jahren kein ausreichender regulatorischer Rahmen für das immer größer und vielfältiger werdende Angebot von Lootboxen geschaffen wurde und eine Abgrenzung von Gaming und Gambling – wie angezeigt⁹⁹ – derzeit ausschließlich über § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV (2021) erfolgt, ist eine rechtliche Bewertung von Lootboxen als Glücksspiel durch ein nationales Gericht nicht gänzlich ausgeschlossen. Aufgrund der mittlerweile unbestreitbaren Nähe von Gaming zu Gambling sollte sich der oben vorgeschlagene eSportbeirat¹⁰⁰ auch mit der (glücksspiel-)rechtlichen Einordnung von Lootbox-Angeboten befassen, um einen tatsächlichen Jugend- und Spielerschutz i.S.d. § 1 S. 1 Nr. 3 GlüStV zu gewährleisten.

Neben der inhaltlichen Ausrichtung des geforderten eSportbeirates und einer damit einhergehenden regelmäßigen Anhörung durch die GGL ist gegenüber den Anbietern von Lootboxen in Deutschland folgende Handlungsempfehlung auszusprechen: Aufgrund einer nachvollziehbaren politischen Brisanz der Thematik müssen Branchenvertreter in einen Dialog mit Politik und Glücksspielregulierung eintreten, um ein für alle in Rede stehende Interessen befriedigendes Ergebnis zu finden. Bei der Ausarbeitung interner Konzepte zur Vermeidung einer Subsumtion des eigenen Angebotes unter den Glücksspielbegriff müssen Publisher und Konsolenhersteller beachten, dass ein regelmäßiger Gewinn seltener virtueller Gegenstände (z.B. Skins, Waffen oder Spieler) möglich sein sollte.

Hierbei sei nochmals an die Macht der Streamer und Influencer erinnert. Wenn Streamer mehrere zehntausend Euro für Lootboxen ausgeben und danach ein Video auf YouTube hochladen, um zu verdeutlichen, wie unwahrscheinlich der Gewinn eines seltenen virtuellen Gegenstandes ist,¹⁰¹

98 So im Ergebnis auch *Spitz/Woerlein*, IMGL-Magazine 2023, 38 (41); *Woerlein*, MMR-Aktuell 2023, 456999.

99 Siehe hierzu die Ausführungen unter (A / I u. III).

100 Siehe hierzu die Ausführungen unter (B / II u. III).

101 Vgl. etwa <https://www.ingame.de/news/streaming/montanablack-only-a-hobby-kanal-youtube-csgo-counter-strike-kanal-kisten-opening-messer-shooter-youtube-buxtehude-92262320.html>; entsprechendes Video abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=dhzLD8ITp9c> (zuletzt eingesehen am 15.05.2023).

erzeugt dies unstreitig weiteren Druck auf die politisch Verantwortlichen und kann mittelfristig zu weitreichenden Verboten führen.

Kurzum: Es muss künftig in den einschlägigen Lootbox-Angeboten – rein statistisch – möglich sein, sich mit einem überschaubaren Geldbetrag einen nicht unerheblichen Vorteil im jeweiligen Spiel zu erkaufen. Zudem sollten Anbieter regelmäßig auf die in den AGB festgesetzten Verbote hinweisen und anzeigen, dass nachgewiesene Verstöße u.a. zur Sperrung des eingerichteten und/oder des verkauften Nutzerkontos führen können. Schließlich sollten Publisher eine kleine Gruppe von verantwortlichen Personen im Unternehmen benennen, die für ein aktives Unterbinden des Verkaufes von Loot auf verbotenen Zweitmärkten zuständig sind. Diese Mitarbeiter können in Zivilprozessen gegenüber dem Konsolenhersteller als Zeugen im Verfahren geladen werden und umfangreich auf sämtliche Aktivitäten im Unternehmen hinweisen, die darauf schließen lassen, dass der Anbieter ein am Jugend- und Spielerschutz orientiertes Angebot forciert und aktiv Maßnahmen ergreift, um dies umzusetzen.

D. Fazit und ausformulierter Novellierungsvorschlag

Weder Lootboxen noch eSport-Wetten unterliegen aktuell der Regulierung des GlüStV. Während dies bei Lootboxen nachvollziehbar an einer Subsumtion unter § 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV scheitert, verursacht allein die offizielle Anerkennung des eSports als Sport eine Legalisierung entsprechender Wetten. Da eine Einordnung von Lootboxen derzeit eine unzulässige Ausweitung des nationalen Glücksspielbegriffs zur Konsequenz hätte, die fehlende Erlaubnis von eSport-Wetten aber an der derzeitigen Marktrealität vorbeigeht, entfaltet die vorgeschlagene Gesetzesnovelle ganz überwiegend Wirkung für eSport-Wetten. Lootboxen sollen von dem eSportbeirat – aufgrund des angezeigten Diskurses – dennoch beobachtet und bewertet werden. Demnach ergibt sich folgender Novellierungsvorschlag für den GlüStV. Hinsichtlich seiner Begründung kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden:

§ 3 Abs. 1 S. 6 u. 7 GlüStV n.F.¹⁰²

Ein Sportereignis ist ein sportlicher Wettkampf zwischen Menschen nach definierten Regeln. *„eSport-Events sind hiervon nicht erfasst. Auf sie sind die für Sportwetten geltenden Vorschriften jedoch entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.“*

§ 21 Abs. 5 S. 2 GlüStV n.F.¹⁰³

Sportwetten dürfen nur angeboten werden, wenn diese nach Art und Zuschnitt zuvor von der zuständigen Behörde erlaubt worden sind. *„Im Rahmen der Entscheidungsfindung hinsichtlich der Zulässigkeit eines Wettangebotes können Sport- und eSportverbände oder ein ggf. eingesetzter Sport- oder eSportbeirat angehört werden.“*

§ 27g S. 2 GlüStV n.F.¹⁰⁴

Organe der Anstalt sind der Verwaltungsrat und der Vorstand. *„In der Satzung können weitere Gremien (z.B. Beiräte wie ein Sport- oder eSportbeirat) vorgesehen werden, die dabei jedoch keine Organe der Anstalt sind und lediglich beratend tätig werden.“*¹⁰⁵

102 Hier wurde der gegenwärtige Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 5 GlüStV 2021 vorangestellt; aus dem bisherigen § 3 Abs. 1 S. 6 GlüStV 2021 würde durch die Ergänzung der vorgeschlagenen Sätze § 3 Abs. 1 S. 8 GlüStV n.F.

103 Durch die Ergänzung des vorliegenden Satzes käme § 21 Abs. 5 GlüStV n.F. auf acht Sätze.

104 Aus § 27g GlüStV 2021 würde § 27g S. 1 GlüStV n.F., der um einen weiteren Satz ergänzt würde.

105 Die Formulierung ist angelehnt an die Erläuterungen zu § 27g GlüStV 2021, Landtag Nordrhein-Westfalen, Vorlage 17/3443, S. 178, „In der Satzung können weitere Gremien (z.B. Beiräte wie ein Sportbeirat) vorgesehen werden, welche jedoch keine Organe der Gemeinsamen Glücksspielbehörde der Länder sind.“

