

August 2018

13. Jahrg.

71732

Seite 201-336

# ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht  
*European Journal of Gambling Law*

# 3/4

- Prof. Dr. Jörg Ennuschat*  
201 Glücksspielregulierung in Deutschland – fit für die Zukunft?
- Prof. Dr. Jörg Ennuschat*  
202 Gesetzgeberische Optionen zur Regulierung von Online-Casinos
- Prof. Dr. Marc Liesching, Dr. Wulf Hambach und Robert Schippel, LL.M.*  
208 Fantasy Sport Games – Geschicklichkeits- oder Glücksspiele?
- Prof. Dr. Gerhard Meyer*  
213 Prävention der Glücksspielsucht in Norwegen: Ein Vorbild für die Reform des Glücksspielstaatsvertrages
- Dr. Thomas Bronder*  
219 Einteilung der Spiele mit Gewinnmöglichkeit
- Dr. Thomas Gohrke und Karsten Köhler*  
231 Konzessionsbescheide sind keine Konzessionsverträge nach § 105 GWB
- Dr. Jonas Krainbring und Marcus Röhl*  
235 Zur glücksspielrechtlichen Bewertung von Beutekisten (Lootboxen)
- Bastian Philipp Kläner*  
241 EuGH ante portas? Zur Anwendbarkeit unionsrechtlicher Grundfreiheiten im Bereich inländischer Spielhallenregulierung
- Martin Reeckmann*  
247 Die Rechtsprechung zum Recht der Spielhallen seit Ende 2016
- 253 Erlaubnisse für die Veranstaltung von Online-Glücksspielen dürfen nicht nur inländische Casino-Betreiber erhalten  
EuGH, Ur. v. 28.2.2018 – C-3/17 – Sporting Odds Ltd
- 262 Aufstellen von Geldausgabeautomaten in Spielhallen ist kein Zahlungsdienst  
EuGH, Ur. v. 22.3.2018 – C-568/16 – Rasool
- 266 Erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde bezüglich Mindestspieldauer von Online-Casinospielen  
BVerwG, Beschl. v. 23.1.2018 – 8 B 28.17
- 268 Zur Strafbarkeit der Manipulation von Geldspielgeräten durch Veränderung der Gerätesoftware  
BGH, Beschl. v. 17.1.2018 – 4 StR 305/17
- Sonderbeilage 3/2018:  
Symposium Glücksspiel 2018 der Forschungsstelle Glücksspiel an der Universität Hohenheim

## Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

## Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

*f) Kündigung oder Rücknahme/Widerruf*

Ein Konzessionsvertrag kann – wenn er nicht einvernehmlich aufgehoben wird – vorzeitig nur durch außerordentliche Kündigung beendet werden. Erlaubnisbescheide unterliegen dagegen der Möglichkeit einer Rücknahme oder eines Widerrufs nach § 48, 49 VwVfG und damit einem gänzlich anderen Regime.

*e) Rechtsweg*

Die Überprüfung von Inhalten und Auswahlentscheidungen betreffend Glücksspielrechtlicher Erlaubnisse fällt weiterhin in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Selbst in Fällen der Ausleihe des GWB für das Verfahren zur Erlaubniserteilung durch einzelne Länder kann die Zuständigkeit der Vergabekammer und OLG-Vergabesenate nicht begründet werden, weil die Regelungskompetenz für die Justiz Gegenstand der konkurrierenden Zuständigkeit ist (Art. 74 Abs. 1 S. 1 GG) und der Bund seine Kompetenz u. a. im GWB für Vergabenachprüfungen ausgeübt hat. Es ist demnach nicht möglich, das Vergabeverfahren den Nachprüfungsinstanzen des förmlichen Vergabeverfahrens zu übertragen und die sonstigen inhaltlichen Fragen als materielles Ordnungsrecht bei den Verwaltungsgerichten zu belassen. Die im Streitfall zu klärenden Fragen (z. B. Bestand und Umfang einer öffentlich-rechtlichen Betriebspflicht) sind untrennbar und der Rechtsweg daher – nicht nur wegen der Sachnähe – einheitlich bei den Verwaltungsgerichten.

**III. Zusammenfassung**

Glücksspielrechtliche Konzessionsbescheide sind keine Konzessionsverträge nach § 105 GWB, sondern verwaltungsrechtliche Erlaubnisse, die auf Antrag und nach Ab-

schluss eines Verwaltungsvergabeverfahrens nach landesgesetzlichen Grundlagen erteilt werden. Das förmliche Konzessionsvergaberecht, das u. a. auf eine wirtschaftliche Beschaffung durch Verträge ausgerichtet ist, kommt nicht zur Anwendung. Die DKR hat nur dafür gesorgt, dass die bisher von den Zivilgerichten übernommene Überprüfung des Abschlusses zivilrechtlicher Konzessionsverträge nun den Vergabenachprüfungsinstanzen zugewiesen sind. Die Länder tun gut daran, dieses besondere förmliche (Vertrags-) Vergaberecht auch nicht für Bescheide „auszuleihen“, denn die gravierenden Unterschiede lassen eine friktionsfreie Übertragung nur schwerlich zu.

**Summary**

*Concession notices under gaming law do not constitute concession agreements according to § 105 German Act against Restraints of Competition (GWB); instead, they are permits under administrative law which are issued upon request after an administrative contract award procedure has been completed in accordance with the underlying state law. Formal concession award law, which is aimed at – inter alia – procuring services economically by contract, does not apply. The DKR relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts has merely resulted in the conclusion of concession agreements under civil law being now reviewed by the contract award review authorities, rather than by the civil courts. The German states are well advised not to “borrow” this special, formal (contract) award law for notices because a analogous application without friction is hardly possible due to the significant differences.*

Dr. Jonas Krainbring, Freiburg, und Marcus Röll, Heidelberg\*

## Zur Glücksspielrechtlichen Bewertung von Beutekisten (Lootboxen)

*Zum Ende des Jahres 2017 hat es der Begriff „Lootbox“ geschafft, auch außerhalb des Bereichs der Videospiele für Interesse zu sorgen. Dabei wird neben Fragen des Spieldesigns immer wieder die Frage aufgeworfen, inwiefern hier ein Glücksspiel vorliegt. Der Beitrag soll der Frage nachgehen, ob dieses in der Videospielebranche mittlerweile weitverbreitete Phänomen tatsächlich ein (unerlaubtes) Glücksspiel darstellt.*

**I. Einführung**

Der Begriff „Lootbox“ lässt sich als „Beutekiste“ übersetzen.<sup>1</sup> Eine Lootbox stellt eine virtuelle Kiste dar, in welcher der Spieler besondere Belohnungen wie Skins,<sup>2</sup> digitale Sammelbilder, Waffen oder ähnliches erhält. Dabei weiß der Spieler vor dem Öffnen der Box nicht, was diese enthält. Eine Lootbox ist somit in dieser Hinsicht vergleichbar mit

einem Päckchen Panini-Bilder oder Karten für ein Sammelkartenspiel wie Magic The Gathering.<sup>3</sup>

Aktuell lassen sich Lootboxen insbesondere in den beliebten Spielen Overwatch von Blizzard Entertainment und Destiny 2 von Activision/Bungie (dort: „Loot Chest“) finden. Aber auch das „Ultimate Team“ der FIFA-Serie von EA Sports lässt sich in diese Kategorie einstufen.<sup>4</sup> Hauptgrund für das einleitend erwähnte mediale Interesse<sup>5</sup> war jedoch

\* Auf Seite III erfahren Sie mehr über die Autoren.

1 Im Folgenden soll wegen der einheitlichen Sprachweise von Lootbox bzw. Lootboxen gesprochen werden.

2 Kleidung oder ähnliches für einen virtuellen Charakter.

3 Zu den Unterschieden zu diesen wird noch Stellung genommen.

4 Und war möglicherweise sogar der erste Vertreter dieser Form der Monetarisierung.

5 S. nur <http://www.spiegel.de/netzwelt/games/lootboxen-in-destiny-2-und-co-kistenweise-reibach-machen-a-1161424.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018); <http://www.sueddeutsche.de/digital/lootboxen-mit-diesem-prinzip-zocken-hersteller-computerspieler-ab-1.3799804>

die Test-(Beta-)Version des Spiels „Star Wars Battlefront II“ von Electronic Arts/DICE. Der Hersteller reagierte hier auf die Entrüstung der Öffentlichkeit mit einer (einstweiligen) Rücknahme dieser Mechanik aus dem Spiel.<sup>6</sup>

Der Erwerb von Lootboxen erfolgt dabei regelmäßig auf zwei Arten. Zum einen erhält der Spieler für bestimmte Leistungen im Spiel derartige Boxen (oder Spielwährung, um sich diese Boxen zu kaufen). Zum anderen aber besteht die Möglichkeit, zusätzliche Lootboxen zu erwerben. Hierzu kann der Spieler je nach Spiel echtes Geld verwenden (so z. B. im Falle von Overwatch) oder muss sich zunächst von echtem Geld Spielwährung kaufen (z. B. bei Destiny 2), welche er dann für Lootboxen umsetzen kann. Zwischenzeitlich sind ebenfalls Guthabekarten als Prepaid-Varianten für derartige Spielwährungen im Einzelhandel erhältlich.

Als Monetarisierungsstrategie wird innerhalb der Spiele versucht, die Spieler zum Kauf von Lootboxen zu motivieren. Hierzu wird etwa die Möglichkeit geboten, Inhalte deutlich schneller als durch bloßes Spielen möglich zu erlangen, oder es werden zeitlich limitierte Sonderaktionen angeboten, bei denen der Spieler zwingend Lootboxen kaufen muss, wenn er alle Inhalte erwerben möchte.<sup>7</sup>

Hier wird somit Spielern – oft Jugendlichen – ein deutlicher Anreiz gegeben, Geldbeträge – wenn auch im Einzelfall jeweils geringe – auszugeben, um digitale Gegenstände zu erhalten, von denen Sie die Identität zuvor nicht wissen. Was tatsächlich erlangt wird, hängt überwiegend vom Zufall ab. Gerade aufgrund dieser Zufallsabhängigkeit wird nun vielerorts die Frage aufgeworfen, ob es sich vorliegend nicht um ein Glücksspielangebot handelt.<sup>8</sup> So will nicht nur Belgien Lootboxen europaweit aus diesem Grund verbieten lassen;<sup>9</sup> auch aus dem US-Bundesstaat Hawaii ist von dessen Repräsentanten Chris Lee zu vernehmen, dass in der Verwendung von Lootboxen im benannten Star Wars-Spiel ein „Star Wars-themed online casino“ zu sehen sei.<sup>10</sup> In Deutschland prüft offenbar die Kommission für Jugendschutz der Landesmedienanstalten unter Hinweis auf eine (zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Beitrags noch) nicht veröffentlichte Studie der Universität Hamburg das Verbot von „Lottoboxen“. Auch hier scheint laut Presseberichten der Hinweis auf zumindest einen „glücksspielartigen Charakter“ der Lootboxen den Ausschlag zu geben.<sup>11</sup>

Die Beantwortung der Frage, ob Lootboxen Glücksspiel darstellen, ist also nicht nur von erheblicher Aktualität; sie stellt für die Anbieter auch einer Frage von wirtschaftlich massiver Bedeutung dar. Zudem würde im Hinblick auf § 284 StGB sogar eine Strafbarkeit für die Anbieter wegen der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels im Raum stehen.

Im Folgenden soll daher zunächst in Kürze aufgezeigt werden, wie der Begriff Glücksspiel im deutschen Recht gesetzlich definiert und durch die Rechtsprechung interpretiert wird. Dann wird im Folgenden anhand der einzelnen Merkmale dargestellt, inwiefern sich das Anbieten von Lootboxen unter diesen subsumieren lässt.

## II. Was ist Glücksspiel?

Der Begriff des Glücksspiels ist in Deutschland an verschiedenen Stellen gesetzlich erwähnt und wurde dort jeweils durch die Rechtsprechung weiter konkretisiert.

### 1. Strafrechtliche Definition

Zum einen lässt sich in § 284 Strafgesetzbuch (StGB) die Norm finden, wonach die Veranstaltung eines öffentlichen Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis unter Strafe gestellt wird.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist notwendige Voraussetzung des Glücksspiels, dass die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten bzw. Kenntnissen und der Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Spielers, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall abhängt.<sup>12</sup> In seiner Kettenbrief-Entscheidung aus dem Jahr 1986 hat der BGH diese Norm hinsichtlich des Begriffs des Einsatzes derart konkretisiert, dass die Chance auf den zufällig zu erlangenden Gewinn durch Erbringung eines nicht unerheblichen Einsatzes erworben wird.<sup>13</sup> Dieser Einsatz wird dann verstanden als jede Leistung, „die erbracht wird in der Hoffnung, im Falle des ‚Gewinnens‘ eine gleiche oder höherwertige Leistung zu erhalten“. Damit sind nicht erfasst, Beiträge die ein Spieler zahlt, die ohnehin stets verloren sind, wie z. B. Eintrittsgelder.<sup>14</sup>

### 2. Glücksspielrechtliche Definition

Eine Legaldefinition lässt sich zudem unter § 3 Abs. 1 des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) finden. Demnach liegt ein Glücksspiel dann vor,

„wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist.“<sup>15</sup>

Bei dieser Definition stellte sich die Frage, ob hier ein Unterschied zur strafrechtlichen Wertung vorliege, da eine

(zuletzt abgerufen am 5.3.2018); <http://www.gamestar.de/artikel/lootboxen-belgische-gluecksspielkommission-nimmt-star-wars-battlefront-2-und-overwatch-ins-visier,3322299.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018)

6 <https://www.ea.com/de-de/games/starwars/battlefront/battlefront-2/news/pre-launch-update> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

7 So z. B. das sogenannte „Dawning“-Event bei Destiny 2; zur Lootbox-Kontroverse hierbei vgl. <https://www.polygon.com/2017/12/22/16811582/destiny-2-the-dawning-holiday-loot-box-community-outrage> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

8 <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Battlefront-2-Belgien-haelt-Lootboxen-fuer-Gluecksspiel-und-will-dagegen-vorgehen-3897657.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018); <http://www.gamestar.de/artikel/lootboxen-analyst-der-spielaufsicht-von-australien-sieht-gluecksspiel-als-gegeben-an,3322622.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018); <https://www.wired.de/collection/business/apple-zwingt-loot-box-anbieter-zu-transparenz> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018); s. ebenfalls die Ausführungen der USK unter <http://www.usk.de/service/lootboxen-und-jugendschutz/> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018): „Gute Frage, und keine, die wir einfach beantworten können.“

9 [http://www.chip.de/news/Lootboxen-verbieten-werden\\_128014506.html](http://www.chip.de/news/Lootboxen-verbieten-werden_128014506.html) (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

10 <http://www.telegraph.co.uk/gaming/news/hawaii-crack-predatory-loot-boxes-video-games/> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

11 <https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article173165689/Lootboxen-Wie-Computerspiele-suechtig-und-schliesslich-arm-machen.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

12 Zuletzt: BGH, 8.8.2017 – 1 StR 519/16, ZfWG 2017, 502 ff; sowie u. a. m. w. N.: BGH, 28.11.2002 – 4 StR 260/02.

13 BGH, v. 29.9.1968 – 4 StR 148/86 = BGHSt 34, 171–180; s. auch BGH, 8.8.2017 – 1 StR 519/16 –, Rn. 12, juris, ZfWG 2017, 502 ff.

14 BGH, 29.9.1986 – 4 StR 148/86, Rn. 16, juris = BGHSt 34, 171–180.

15 Diese Definition wurde übernommen aus § 3 Lotteriestaatsvertrag.

Erheblichkeit des gezahlten Entgelts (anders als beim Begriff „Einsatz“) gerade nicht gefordert wird.<sup>16</sup>

### 3. Einheitlicher Glücksspielbegriff

Mit seiner Entscheidung in Sachen „Super-Manager“ hat das Bundesverwaltungsgericht<sup>17</sup> klargestellt, dass der Glücksspielbegriff in den gewerberechtlichen Vorschriften nicht weiter gefasst werden kann als der im Rahmen von § 284 StGB geltende Begriff.<sup>18</sup> Unter diesem einheitlichen Glücksspielbegriff müsse somit auch das Entgelt im Sinne des Einsatzes verstanden werden. Dies ergebe sich aus dem Sinn und Zweck des § 1 GlüStV, die Spielsucht zu bekämpfen, den Jugendschutz zu gewährleisten und vor Begleitkriminalität zu schützen. Zudem müssten das Entgelt und der Erwerb der Chance in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen. Schon aus praxisorientierten Gründen soll dieser Definition bei der folgenden Untersuchung der Vorrang gewährt werden.

### III. Verlangen eines Entgelts

Soll ein Glücksspiel vorliegen, müsste somit zunächst ein „Entgelt“ bzw. „nicht unerheblicher Einsatz“ vorliegen.

a) Dabei stellt sich hierbei zuvorderst die Frage, ob überhaupt ein Entgelt gezahlt wird. Dies ist nur in den Fällen, in welchen die Lootbox unmittelbar mit Geldmitteln bezahlt wird, unproblematisch zu bejahen. Fraglich ist dies jedoch in den Fällen, in welchen der Spieler den Kauf entweder mittels einer Prepaid-Karte oder mit Spielwährung kauft. In diesem wurde das „reelle“ Geld bereits mit dem Erwerb der Karte oder der Spielwährung aufgewendet und ist damit für den Spieler nur noch für den Erwerb von Spielgegenständen verfügbar. Der Spieler kann sich aber nicht nur Lootboxen, sondern auch andere Waren wie Skins, neue Level oder Waffen kaufen, bei deren Erwerb der Zufall keine Rolle spielt. Das vom Spieler aufgewendete „Echtgeld“ fließt also nicht unmittelbar dem Erwerb einer (eventuellen) Gewinnchance zu. Es könnte somit an der Konnexität zwischen dem gezahlten Entgelt und dem Erwerb einer Gewinnchance fehlen.

b) Wie oben dargestellt, wird weiter gefordert, dass die Gewinnchance gerade aus dem gezahlten Entgelt erwächst;<sup>19</sup> es kommt darauf an, dass ein Entgelt als unmittelbare Gegenleistung für den Erwerb einer Gewinnchance geleistet wird.<sup>20</sup> Als Einsatz ist ein Vermögenswert anzusehen, der bewusst für die Beteiligung an der Gewinnchance geopfert wird und in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Gewinnchance steht; ein in jedem Fall verlorener Betrag, der mit dem eigentlichen Spiel nichts zu tun hat, sondern lediglich die Mitspielberechtigung gewährt, ist davon nicht erfasst.<sup>21</sup> Das bedeutet, dass die Leistung in der Hoffnung erbracht werden muss, im Falle des „Gewinns“ eine gleiche oder höherwertige Leistung zu erhalten, und mit der Befürchtung, dass sie im Falle des „Verlierens“ dem Gegenspieler oder dem Veranstalter anheimfällt.<sup>22</sup> Irrelevant ist, wie das Entgelt von dem Vertragspartner verwendet wird. Ob der Gewinn aus dem Entgelt finanziert wird oder durch einen Sponsor zur Verfügung gestellt wird, ist für die rechtliche Beurteilung nicht erheblich.<sup>23</sup>

Eine Konnexität könnte somit vorliegend dann angenommen werden, wenn der Einsatz der Prepaid-Karte oder Spielwährung als Einsatz eines Vermögenswerts gesehen

werden kann. Bei einer Prepaid-Karte lässt sich ein solcher Vermögenswert relativ leicht begründen. Die Karte kann für den auf ihr vorhandenen Wert unproblematisch an Dritte weiterveräußert werden. Der auf ihr verfügbare Wert hat somit einen klar fassbaren wirtschaftlichen Wert. Soweit durch den Kauf einer Lootbox dieser Wert reduziert wird, verringert sich gleichzeitig das verfügbare Vermögen des Spielers, da er die Karte nun zu einem entsprechend geringeren Wert weiterverkaufen kann. Dies stellt aber somit einen wirtschaftlich feststellbaren Einsatz dar.

Problematisch ist die Feststellung aber bei einem Einsatz von Spielwährung. Hier ist ein Verkauf regelmäßig entsprechend den AGB der Anbieter ausgeschlossen. Zudem kann der Spieler diese nicht nur zu unterschiedlichen Preisen – abhängig von der Menge – erwerben, sondern auch durch das bloße Spielen des Spiels erwerben. Einer Einheit Spielwährung kann somit faktisch kein feststellbarer wirtschaftlicher Wert zugeschrieben werden. Dies ist insbesondere deswegen von Relevanz, da die zitierte Rechtsprechung fordert, dass der Spieler den Einsatz erbringt, in Hoffnung etwas von gleichem oder höherem Wert zu erwerben. Lässt sich aber schon dem Einsatz kein fester Wert zuschreiben, so wird kaum zu ermitteln sein, ob der erhoffte Gewinn wirtschaftlich gleichwertig oder höher ist.

Allerdings erscheint dieses Problem nur auf den ersten Blick als Ausschluss eines feststellbaren Wertes des Einsatzes. Tatsächlich ist es so, dass auf diversen online-Seiten Spielwährung zu Echtgeld-Preisen angekauft wird. Dies mag zwar gegen die AGB der Anbieter verstoßen, eine Nichtigkeit des Verkaufs ist jedoch nicht festzustellen. Damit aber besteht ein tatsächlicher wirtschaftlicher Wert der Spielwährung. Der Einsatz ist somit letztlich als wirtschaftliche Größe messbar. Da der Verkauf der Währung zudem „nur“ gegen AGB verstößt und nicht gegen eine gesetzliche Regelung lässt sich der Sachverhalt auch nicht auf die strafrechtlich diskutierte Fragestellung zum Vermögensschaden beim Verlust einer illegalen Ware<sup>24</sup> – z. B. Drogen<sup>25</sup> – übertragen. Da der Einsatz dieses wirtschaftlichen Werts auch stets unmittelbar mit dem Erwerb der Lootbox zusammenhängt, ist auch die Konnexität stets zu bejahen. Dass hier die Verfügung über einen Echtgeldbetrag teilweise weit vor dem Erwerb der Lootbox liegt, ist aus diesem Grund nicht als Problem zu sehen.

c) Damit aber liegt in allen hier benannten Fällen ein Einsatz von wirtschaftlichem Wert vor, welcher unmittelbar

16 So z. B. Dietlein/Hüsken, in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. § 3 GlüStV, Rn. 6.

17 BVerwG, 16.10.2013 – 8 C 21/12, ZfWG 2014, 95 ff.; ebenso BVerwG, 22.1.2014 – 8 C 26/12, ZfWG 2014, 202 ff.

18 A. A. zuvor u. a. vertreten: Dietlein/Hüsken (Fn. 16), Rn. 5; Hüsken, GewArch 2010, 336; VGH Bayern, 7.2.2012 – 10 CS 11.1212 (Hausverlosung), ZfWG 2012, 132 ff.; OVG NRW, 12.7.2012 – 13 B 734/12, ZfWG 2012, 285; dementsgegen Vorinstanz zur BVerwG: VGH Baden-Württemberg, 23.5.2012 – 6 S 389/11 (Fußballmanager), ZfWG 2012, 279 ff.; sowie u. a. OVG Thüringen, 12.3.2010 – 3 EO 513/10; OVG RLP, 15.9.2009 – 6 A 10199/09, ZfWG 2009, 413.

19 BVerwG, 22.1.2014 – 8 C 26/12, ZfWG 2014, 202, 203.

20 BVerwG, 22.1.2014 – 8 C 26/12, ZfWG 2014, 202, 203; BVerwG, 16.10.2013 – 8 C 21/12 –, Rn. 22, juris.

21 BGH, 29.9.1986 – 4 StR 148/86 –, Rn. 15 ff., juris.

22 BGH, 29.9.1986 – 4 StR 148/86 –, Rn. 15 ff., juris.

23 Vgl. BVerwG, 16.10.2013 – 8 C 21/12 –, Rn. 22, juris; OVG Nordrhein-Westfalen, 12.7.2012, ZfWG 2012, 285 (286 f.).

24 Zum Sach- und Streitstand Hefendehl, in: Münchener Kommentar StGB, 2. Aufl. 2013, § 263 StGB, Rn. 353 ff.; BGH, 30.7.2013 – 2 StR 150/13 –, Rn. 4, juris.

25 BGH, 4. 9.2001 – 1 StR 167/01 –, Rn. 9, juris.

für den Erwerb einer Gewinnchance aufgewendet wird. Dieser Einsatz muss jedoch entsprechend der eingangs zitierten Rechtsprechung von einiger Bedeutung sein. Hierbei stellt sich die Frage, wann ein Entgelt einen nicht unerheblichen Vermögenswert aufweist.<sup>26</sup> Im Strafrecht wird dieses Erfordernis darin begründet, dass es unverhältnismäßig erscheint, bei nur geringwertigen Einsätzen die Schwelle der Strafbarkeit bereits als überschritten anzusehen (ultima ratio).<sup>27</sup> Im Verwaltungsrecht dient die Erheblichkeitsschwelle zur Abgrenzung zum bloßen Unterhaltungsspiel.<sup>28</sup> Der Rechtsprechung und der strafrechtlichen Kommentarliteratur lassen sich keine exakten Schwellenwerte entnehmen: Die genannten Beträge schwanken zwischen 0,50 € und 20,00 €. <sup>29</sup> Insbesondere der BGH hielt Teilnahmeentgelte von höchstens 0,50 € unter Hinweis auf die „üblichen Portokosten“ sowie die Regelung des § 8a Abs. 1 S. 6 RStV für unerheblich.<sup>30</sup>

Bei der Entscheidung über die Erheblichkeit wird jedoch nicht nur den aufgewendeten Geldbetrag an sich, sondern zudem auch auf die potentielle Einsatzmöglichkeit abzustellen sein; d. h. in welcher Frequenz Einsätze getätigt werden können und damit insgesamt die Überschreitung der Bagatellgrenze möglich wird.<sup>31</sup> Daher könnten denklösig auch Kleinstbeträge von unter 0,50 € die Erheblichkeitsschwelle überschreiten, wenn das Spielkonzept gerade auf eine mehrfache Teilnahme ausgerichtet ist. Eine Gegenmeinung in der Literatur hält dagegen das Abstellen auf die potentielle Mehrfachteilnahme für unzulässig. Sie verweist auf den für Gewinnspiele geltenden § 8a RStV i. V. m. § 8 Abs. 1 der Satzung der Landesmedienanstalten über Gewinnspielsendungen und Gewinnspiele: Der Gesetzgeber wollte Call-in-Gewinnspiele legalisieren und dabei sollte die Aufforderung der Mehrfachteilnahme unterbunden werden (vgl. § 8 Abs. 1 der Gewinnspielsatzung, die auf Grundlage von § 8a i. V. m. § 46 Abs. 1 Satz 1 und § 58 Abs. 3 RStV erlassen wurde: „Die Aufforderung zu wiederholter Teilnahme ist unzulässig“), die tatsächliche Mehrfachteilnahme wird jedoch nicht als unzulässig eingestuft.<sup>32</sup> Dieser Ansicht kann jedoch im Hinblick auf die *ratio* des GlüStV wie auch der des Strafrechts nicht gefolgt werden.<sup>33</sup> Es macht keinen Unterschied, ob durch einmalige Spielteilnahme oder durch eine Spielkonzeption, die den Anreiz zur Mehrfachteilnahme setzt, die Erheblichkeitsschwelle übertreten wird. In beiden Fällen kann der Spieler einen erheblichen Betrag verlieren, und in letzterem Fall ist der Suchtfaktor sogar noch größer. Das Bekämpfen der Spielsucht ist gemäß § 1 Nr. 1 GlüStV gerade eines der gleichrangigen Ziele des Staatsvertrags. Daher kann es aus teleologischer Sicht keinen Unterschied machen, auf welche Art und Weise die Erheblichkeitsschwelle übertreten wird, denn nach der Zielsetzung des GlüStV sollen die in ihm enthaltenen Regulierungen in beiden Fällen Anwendung finden. Der BGH hat unter Hinblick auf „anderweitige unterhaltende“ – d. h. nicht das Glücksspiel betreffende – Veranstaltungen in diesem Zusammenhang einen möglichen Verlust von mehr als 10,00 € innerhalb einer Stunde als einen Hinweis für Glücksspiel gedeutet.<sup>34</sup>

Für Lootboxen stellt sich die Frage der Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle nicht nur im Hinblick auf die Kosten der jeweiligen Lootbox, sondern auch hinsichtlich der Verfügbarkeit, d. h. in welcher Wiederholungsrate eine solche erworben werden kann.

Nun mag der Erwerb einer Lootbox unterhalb der relevanten Schwelle für die Feststellung eines Glücksspiels liegen. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass der Verkauf von Lootboxen in nahezu allen Fällen auf den Erwerb gleich mehrerer Boxen angelegt ist. So erhält der Spieler Rabatte beim Kauf mehrerer Boxen<sup>35</sup> oder es ist unmöglich, alle gewünschten Güter einer Sonderserie mit einer Lootbox zu erhalten.<sup>36</sup> Erhält der Spieler in der Lootbox nicht, was er sich erhofft hat, so fühlt er sich schon aus Gründen der gerade auch im Glücksspielbereich relevanten Verlustaversion<sup>37</sup> dazu verleitet, weitere Kisten zu erwerben, da ansonsten das für die erste Box aufgewendete Geld „sinnlos“ aufgewendet worden wäre. Hier liegt somit eine Situation vor, die sich in keiner Weise mit dem Sachverhalt der Super-Manager-Entscheidung vergleichen lässt, bei welcher für den Spieler faktisch kein Grund bestand, den Einstiegsbetrag mehrfach zu entrichten. Damit aber kann der Spieler beim Erwerb von Lootboxen in kurzer Zeit erhebliche Summen an Geld einsetzen. Der vom BGH angesprochene Betrag von 10,00 € pro Stunde<sup>38</sup> wird dabei deutlich überschritten. Betrachtet man diese Punkte, so lässt sich letztlich auch eine Erheblichkeit des Einsatzes feststellen.

#### IV. Zufallsabhängigkeit des Gewinns

Weiter muss für die Annahme von Glücksspiel wie oben aufgezeigt die Entscheidung über Gewinn und Verlust vor allem vom Zufall abhängen. Zufallsabhängigkeit liegt dann vor, wenn sich die Wahrscheinlichkeit des Gewinns durch individuelle Anstrengung nicht wesentlich steigern lässt.<sup>39</sup> Die Entscheidung über den Inhalt der Box erfolgt hier aufgrund eines vom Anbieter festgelegten Algorithmus, welcher dem Spieler unbekannt ist. Er weiß beim Kauf der Box nicht, ob er die erhofften Gegenstände erhält und hat hierauf auch keinerlei Einfluss. Damit aber ist eine Zufallsabhängigkeit vorliegend unproblematisch gegeben.

#### V. Erlangen eines wirtschaftlich gleich- oder höherwertigen Gewinns

Damit stellt sich nun die Frage, ob der erbrachte Einsatz auch in der Hoffnung erbracht wird, einen Gewinn von gleichem oder höheren wirtschaftlichen Wert zu erlangen. Dies ist nicht ohne Weiteres zu bejahen, da anders als beispielsweise die eingangs erwähnten Panini-Sammelbilder oder Magic The Gathering-Spielkarten keine greifbaren

26 Fischer, StGB, 64. Aufl., § 284, Rn. 5.

27 Krehl, in: Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2008, § 284 StGB, Rn. 12.

28 Vgl. Bolay/Pfütze, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Glücksspielrecht in den Medien, § 3 GlüStV, Rn. 6.

29 VGH Bayern, 25.9.2011 – 10 BV 10.1176 –, Rn. 20, juris; Liesching, ZfWG 2009, 320, 321 m. w. N. Vgl. zum Streitstand Krehl (Fn. 27), Rn. 12.

30 Vgl. BGH, 28.9.2011 – I ZR 92/09 –, Rn. 69, juris.

31 Vgl. BGH, 28.9.2011 – I ZR 93/10 –, Rn. 79, juris; OLG Düsseldorf, 23.9.2003 – 20 U 39/03 –, Rn. 34, juris; Mintas, ZfWG 2009, 82, 84 f.

32 Bolay, MMR 2009, 669, 672; Liesching, MMR 2009, 485, 486.

33 Im Ergebnis auch Fischer, CR 2014, 587, 590 f.

34 BGH, 8.8.2017 – 1 StR 519/16 –, Rn. 13, juris.

35 S. die Preisdarstellung unter <https://us.shop.battle.net/en-us/product/overwatch-loot-box> (zuletzt abgerufen am 3.3.2018).

36 S. das bereits erwähnte „Dawning“-Event in Destiny 2 (Fn. 7).

37 S. nur Kahneman/Tversky, *Econometrica* 47 (1979), 263 ff.

38 BGH, 8.8.2017 – 1 StR 519/16 –, Rn. 13, juris.

39 BGH, 18.4.1952 – 1 StR 739/51 = BGHSt 2, 274, 276; Fischer (Fn. 26) § 284 StGB Rn. 4 m. w. N.

Güter erworben werden, für die ohne Weiteres ein Markt besteht, an welchem diese gehandelt werden können. So ist es für den Panini-Sammler grundsätzlich möglich, für ihn uninteressante – weil doppelte – Sammelbilder gegen die gewünschten Bilder zu tauschen oder diese Bilder an interessierte Sammler weiterzuverkaufen. Limitierungen bestehen hier nicht.

Der Spieler erwirbt dagegen durch das Öffnen von Lootboxen lediglich einen digitalen Gegenstand.<sup>40</sup> Wird das Spiel nicht mehr vom Hersteller angeboten/unterstützt oder verliert der Spieler seinen Zugang zum Spiel – zum Beispiel, weil er beim Manipulieren (Cheaten) erwischt wurde – so verlieren die erlangten Gegenstände sofort vollständig ihren Wert.

Ebenfalls erscheinen die Gegenstände oft kaum handelbar, da die Anbieter keinen entsprechenden Markt zum Austausch oder Verkauf dieser anbieten. Darüber hinaus ist auch hier der Verkauf über AGB regelmäßig ausgeschlossen.

Zum Teil wird nun in der Literatur vertreten, bei den zu erlangenden Gütern sei bezüglich deren Wert zwischen sogenannten funktionellen und dekorativen Gütern zu unterscheiden.<sup>41</sup> Funktionelle Güter seien dabei solche, die dem Spieler einen Vorteil im Spiel verschaffen können<sup>42</sup> – also Waffen und ähnliche Gegenstände; dekorative Güter sind Skins oder Konzeptzeichnungen von Spielfiguren, also Güter ohne Einfluss auf das Spielgeschehen selbst.<sup>43</sup> Dabei wird nur bei funktionellen Gütern ein Wert im oben beschriebenen Sinne angenommen; bei dekorativen Gütern fehle es dagegen an einer Gewinnchance.<sup>44</sup>

Diese Ansicht erscheint jedoch nicht überzeugend. Bei der Frage nach einem Gewinn muss letztlich nach der aktuell herrschenden Rechtsprechung festgestellt werden, inwiefern das Erlangte einen realen wirtschaftlichen Wert hat. Wie weit hier eine bloße Nutzbarkeit für das Spiel besteht, ist bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Werts irrelevant. Die von Fischer zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Fun Games<sup>45</sup> kann hier diesen Wert nicht begründen. Das Bundesverwaltungsgericht stellt in dieser Rechtsprechung darauf ab, dass dem Spieler – wenn auch gegebenenfalls über einen Punktwert – der Einsatz zurückgewährt werden kann, wobei die Punkte dem eingesetzten Geld entsprechen. Bei funktionellen Gütern lässt sich dies aber nur feststellen, wenn man den Gütern den wirtschaftlichen Wert zumessen will, welcher gerade im Rahmen der Fragestellung bestimmt werden soll. Das Argument ist somit ein Zirkelschluss.

Einen wirtschaftlichen Wert kann man jedoch sicherlich dann feststellen, wenn die in den Lootboxen befindlichen Gegenstände auch über die Zahlung eines festen Betrags in einem eigenen Marktplatz im Spiel erworben werden können.<sup>46</sup> Der Erhalt des Gegenstandes in der Lootbox erspart dem Spieler in diesem Fall Aufwendungen für den Erwerb mit Echtgelt und ist somit als Vermögenszuwachs zu bewerten. Problematischer ist es dagegen, wenn weder der Erwerb der Güter noch der Handel hiermit vom Anbieter ermöglicht und erlaubt wird. Trotz dieser Verbote lässt sich nun aber schon bei einfachen Google-Suchen schnell eine Vielzahl an Plattformen finden, die mit virtuellen Gütern Handel betreiben. Auf das sogenannte „skin gambling“<sup>47</sup> – also die Nutzung von Skins und ähnlichen Gütern als virtuelle Währung für die Teilnahme an Glücksspielen – sei hier nur am Rande verwiesen. Eine wirtschaftliche Nutzung der erlangten digitalen Güter ist somit oft – wenn auch über

einen Schwarzmarkt – leicht möglich. Der Spieler erlangt in diesem Fall einen Wert, den er aufgrund des allgemein zugänglichen Marktes für ihn einen realisierbaren Wert inne hat. Dieser Wert ist für den Spieler bei einer bilanziellen Wertung<sup>48</sup> als eigenes Vermögen zu verbuchen. Damit aber ließe sich zunächst von einem wirtschaftlichen Wert ausgehen. Auch hier gilt zudem wieder der Hinweis, dass die aus dem strafrechtlichen Vermögensbegriff bekannte Diskussion zur Erfassung von widerrechtlich erworbenen Vermögenspositionen nicht übertragbar ist, da die Verfügungsbeschränkung nur vertraglich zwischen den Parteien wirkt und eine Verfügung daher rechtlich nicht missbilligt ist.

Hier wird jedoch von Hertl/Kowalski<sup>49</sup> vertreten, bei einem vertraglichen Ausschluss des Weiterverkaufs den entstehenden Vermögenswert dem Hersteller nicht zuzurechnen. Im Rahmen der rechtlichen Bewertung sei somit gegenüber dem Hersteller nicht von einem wirtschaftlich werthaltigen Gewinn auszugehen. Eine derartige Einschränkung kann jedoch nicht überzeugen. Zunächst ist die Frage nach einer wirtschaftlichen Werthaltigkeit keine solche, die einer Zuordnung zugänglich ist, sondern eine objektiv zu beantwortende, will man nicht eine Form der personalen Vermögenslehre<sup>50</sup> vertreten.<sup>51</sup> Ebenfalls ist den Herstellern dieser Schwarzmarkt durchaus bekannt; sie wissen von der wirtschaftlichen Bedeutung für die Spieler. Auch ist der Markt von einer derartigen Größe, dass hier nicht nur von einem wirtschaftlichen Wert für einen beschränkten Personenkreis ausgegangen werden kann, sondern diese Nutzungsmöglichkeit sich für alle Spieler gleichmäßig darstellt. Eine Zurechenbarkeit kann daher einzig im Rahmen der strafrechtlichen Wertung von Relevanz werden, im Hinblick auf die Kenntnis der Hersteller vom Schwarzmarkt wird man hier aber zumindest von einem dolus eventualis bezüglich des Vorliegens eines geldwerten Gewinns ausgehen können.

Ebenfalls nicht überzeugend ist die Ansicht Schippels,<sup>52</sup> wonach ein Gewinn bei einem virtuellen Gegenstand nicht gegeben sei, da kein Gewinn im Sinne eines Geldgewinns vorliege, so dass allenfalls ein Unterhaltungsspiel festge-

40 Hier wäre eigentlich der Begriff „Nutzungsrecht an Daten“ korrekter.

41 Fischer, CR 2014, 587 ff.

42 Fischer, CR 2014, 587, 952 ff.

43 Fischer, CR 2014, 587, 951 f.

44 Fischer, CR 2014, 587, 952.

45 BVerwG, 30.3.2007 – 6 B 13.07.

46 Hierauf stellen auch ab Hertl/Kowalski, <https://www.lto.de/recht/hint-ergruende/h/videospiele-computer-konsole-lootboxen-gluecksspiel-mikrotransaktionen-ingame-kaeufe/> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018), nicht gesehen von der Antwort der Landesregierung Brandenburg zur kleinen Anfrage Nr. 3229, LT-Drs. 6/8234.

47 Näher hierzu [https://en.wikipedia.org/wiki/Skin\\_gambling](https://en.wikipedia.org/wiki/Skin_gambling) (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

48 Hierzu Hefendehl (Fn. 24), Rn. 29 ff.; ders., Vermögensgefährdung und Expektanzen, 1994, S. 166 ff.; BVerfG, 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u. a.

49 Hertl/Kowalski (Fn 46); in diese Richtung auch Schwiddessen, <http://www.gamestar.de/artikel/lootboxen-als-gluecksspiel-das-sagt-der-anwalt,3321951,seite3.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018); Solmecke, <http://www.giga.de/extra/videospielkultur/specials/lootboxen-gluecksspiel-oder-nicht-ein-anwalt-gibt-antwort/page/3/> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018); Schippel, CR 2017, 728, 732; Ehinger/Schadomsky, K&R 2018, 145, 146.

50 Vertreten vor allem von Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S. 34 ff.

51 Zur Ablehnung dieser Lehre statt vieler s. Krainbring, Spenden- und Bettelbetrug?, 2015, S. 58 ff. m. w. N.

52 Schippel, ZfWG 2017, 481, 489; ders., WRP 2018, 409, 410: hier wird zunächst zwar korrekter Weise von einem „geldwerten Gewinn“ gesprochen, dann jedoch der Geldgewinn wieder hervorgehoben.

stellt werden könne. Das Abstellen gerade auf einen Geldgewinn stellt aber deutlich überzogene Anforderungen an den Glücksspielbegriff. Dies ergibt sich schon aus § 33h Nr. 3 GewO, welcher deutlich davon ausgeht, dass Unterhaltungsspiele mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33d GewO auch Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB sein können. Zudem würde mit einer solchen Argumentation auch die Verlosung von Fahrzeugen oder „Haus-Verlosungen“<sup>53</sup> unabhängig vom Einsatz kaum mehr als Glücksspiel subsumiert werden können. Eine derartige Wertung steht somit im deutlichen Widerspruch zur aktuellen Rechtslage. Aus welchen Gründen eine ungeschriebene Einschränkung auf einen Geldgewinn erforderlich sein soll, wird zudem ebenfalls nicht ausgeführt.

Dementsprechend ist ein wirtschaftlicher Wert der in einer Lootbox befindlichen Güter vorliegend anzunehmen, solange ein leicht zugänglicher Markt für den Handel mit den in den Kisten befindlichen Gegenständen vorhanden ist.

## VI. Erheblichkeit des Gewinns

Dieser Gewinn müsste – analog zum Einsatz – nun ebenfalls als „erheblich“ eingestuft werden können. Folgt man der oben dargelegten bilanziellen Betrachtungsweise, so ist bei aktuellen Kaufpreisen von bis zu 61.000 \$ für einen einzigen Waffen-Skin<sup>54</sup> die Erheblichkeit unproblematisch festzustellen.

## VII. Ergebnis und Ausblick

Nach der hier vertretenen Ansicht lässt sich somit bereits nach dem aktuell herrschenden Verständnis die Verwendung von Lootboxen (jedenfalls) in ihren häufigsten Varianten regelmäßig als Angebot von Glücksspiel bewerten.<sup>55</sup> Dies hat für die Anbieter weitreichende Konsequenzen. Im Hinblick auf die unklare Rechtslage und die sich momentan wohl noch in der Überzahl befindlichen Stimmen, die einen Gewinn im Sinne der geschilderten Anforderungen ablehnen,<sup>56</sup> erscheinen hier zwar für die Anbieter aus strafrechtlicher Sicht zunächst keine Konsequenzen zu drohen, da ein Strafgericht mit bei Feststellung eines Glücksspiels durchaus unter Verweis auf die Rechtsprechung und die bisherigen Veröffentlichungen einen unvermeidbaren Verbotssirrtum, § 17 S. 1 StGB, annehmen könnten. Gerade im Hinblick auf die momentan auch öffentlich geführte Diskussion ist dies jedoch nicht zwingend. Dies gilt insbesondere für Anbieter, die erst jetzt in diesen Geschäftsbereich einsteigen möchten.

Unabhängig aber von der Strafbarkeit des Anbieters droht in jedem Fall die Untersagung des Angebots von Behörden-seite. Ist der Anbieter hierauf nicht vorbereitet, so wird ihm sein Geschäftsmodell von einem Tag auf den anderen unterbunden, ohne dass eine Alternative bereitsteht. Hier drohen erheblich finanzielle Einbußen.

Kommt man zu dem vorliegenden Ergebnis, stellt sich jedoch die Frage, ob nicht auch die erwähnten Sammelkarten-Spiele und Panini-Bilder als Glücksspiel zu bewerten wären. Tatsächlich werden alle Panini-Sticker aber (angeblich) gleich oft gedruckt.<sup>57</sup> Damit hat aber jeder Sticker wirtschaftlich gesehen den selben Wert. In einem Pack erhält der Sammler somit stets Gegenstände von identischem Wert. Der Kaufpreis für die Aufkleber ist somit tatsächlich als Kaufpreis zu bewerten und nicht als Einsatz. Selbst,

wenn der Spieler einen Sticker nicht verwenden kann, so kann er diesen auf dem Zweitmarkt zu seinem Wert umsetzen. Auch bei Sammelkartenspielen kennt der Spieler regelmäßig vorher die Zusammensetzung der einzelnen Pakete, so dass er weiß, wie viele normale, ungewöhnliche und seltene Karten er beispielsweise erhalten wird.<sup>58</sup> Entsprechend liegt bei diesen Ausgestaltungen kein Glücksspiel vor, da der wirtschaftliche Wert des Erlangten nicht vom Zufall abhängt, sondern stets identisch ist.

Selbst aber, wenn man das Vorliegen eines Glücksspiels aufgrund des fehlenden Gewinns ablehnen will, stellt sich die Frage, ob das Angebot von Lootboxen unverändert noch für deutlich längere Zeit möglich sein wird. Wie eingangs dargestellt, wird weltweit – auch in Deutschland – politisch zumindest eine strenge Reglementierung von Lootboxen gefordert. Bedenkt man zudem, dass das Kriterium des „wirtschaftlich gleich- oder höherwertigen“ Gewinns sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, sondern ein von der Rechtsprechung herangezogenes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal darstellt, wäre sogar eine entsprechende Anpassung durch bloße Klarstellung der Rechtsprechung denkbar. Eine eigene Gesetzesänderung wäre nicht erforderlich.

Gerade, wenn man dabei das geschützte Rechtsgut des § 284 StGB ansieht, erscheint eine solche Klarstellung auch folgerichtig. Nach herrschender Meinung ist dies in der staatlichen Kontrolle einer „Kommerzialisierung der Glücksspielleidenschaft“ zu sehen.<sup>59</sup> Aber auch andere Rechtsgüter wie das Vermögen des Einzelnen oder die Gesundheit der Spieler<sup>60</sup> werden als Rechtsgüter angesehen. Unabhängig von der Frage, inwiefern in der staatlichen Kontrolle der Kommerzialisierung der Spielleidenschaft tatsächlich ein Rechtsgut gesehen werden kann, so lassen sich jedenfalls die benannten Rechtsgüter Vermögen und Gesundheit der Spieler aus dieser Figur herauslesen. Soweit der Schutz der Spielergesundheit – also insbesondere die Suchtprävention – angesprochen wird, so ist die Frage nach einem tatsächlichen Gewinn irrelevant; es kommt vielmehr darauf an, ob der Spieler aufgrund der typischen Methoden des Glücksspiels in die Gefahr gerät, dem Spiel zu verfallen. Diese Gefahr kann aber auch unabhängig von einem Gewinn bestehen.

Differenzierter ist die Frage hinsichtlich des Vermögensschutzes zu beantworten. Nimmt man den Spieler als verantwortliche Person ernst, so kann er solange nicht nur frei über sein Vermögen verfügen, sondern auch mit Angeboten zur Verfügung motiviert werden, wie er dies eigenverantwortlich tut,<sup>61</sup> will man keiner paternalistischen Gesetzge-

53 BGH, 15.3.2011 – 1 StR 529/10.

54 <http://www.pcgameshardware.de/Counter-Strike-Global-Offensive-Spiel-20444/News/Waffenskin-wechselt-fuer-mehr-als-61000-US-Dollar-den-Besitzer-1249416/> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

55 So auch *Scheyhing*, ZfWG 2018, 114, 116 f, allerdings über eine Erfassung als „anderes Spiel“ gem. § 33d GewO.

56 *Heril/Kowalski* (Fn 46); *Schwiddessen*, (Fn. 49); *Solmecke*, (Fn. 49); *Schippel*, ZfWG 2017, 481, 489; *Ehinger/Schadomsky*, K6R 2018, 145, 146.

57 So Unternehmenssprecherin *Froehler*, in: <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/panini-wm-sticker-millionen-stichprobe-zeigt-ungleichverteilung-a-975517.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

58 Vgl. hier die Auflistungen unter [https://mtg.gamepedia.com/Booster\\_pack](https://mtg.gamepedia.com/Booster_pack) (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

59 *Fischer* (Fn. 26), Rn. 2 m. w. N.

60 BVerwG, 28.3.2001 – 6 C 2/01 –, Rn. 39, juris = BVerwGE 114, 92–103.

61 So auch *Hohmann*, in: Münchener Kommentar StGB (Fn. 24), § 284 Rn. 1.

bung das Wort reden. Folgt man der Ansicht, nach welcher der Inhalt der Lootbox keinen wirtschaftlichen Wert hat, so würde der Spieler schon beim Kauf der Box wissen, dass er sein Vermögen um den Kaufpreis vermindert. Bei einem voll mündigen Spieler wäre diese Vermögensminderung auch als eigenverantwortlich zu bezeichnen, so dass ein Bedürfnis für eine Reglementierung nicht bestünde.<sup>62</sup>

Tatsächlich aber gilt dies eben nur für eigenverantwortliche Spieler. Spieler, die aufgrund einer Sucht ihr Kaufverhalten nicht vollumfassend kontrollieren können, fehlt aber gerade diese Eigenverantwortlichkeit.<sup>63</sup> Das Gleiche gilt für Jugendliche (welche zu einer der großen Zielgruppen der Spiele mit Lootboxen zählen). Zum Schutz dieser Personen erscheint es folglich grundsätzlich zu rechtfertigen, illegales Glücksspiel allgemein zu reglementieren. Das Vermögen der Spieler ist aber letztlich noch stärker betroffen, wenn man davon ausgehen will, ein wirtschaftlicher Gewinn sei nicht möglich. Die Verluste der Spieler würden in diesem Fall im Vergleich zum Spiel mit Gewinnmöglichkeit noch deutlich schneller anwachsen. Das Merkmal der Hoffnung auf einen wirtschaftlich identischen oder höheren Gewinn erscheint letztlich vor allem aus der Sicht nachvollziehbar, dass man Spielen ohne finanzielle Gewinnmöglichkeit nicht dieselben Suchtbefriedigungsgrade zuschreiben wollte, wie den klassischen Geldgewinnspielen. Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass auch bei derartigen Angeboten hohe suchtrelevante Anreize vorhanden sind. So kann lässt sich deutlich ein Design-Element feststellen, dass einer sog. Skinner-Box<sup>64</sup> zumindest ähnlich ist. Teleologisch erscheint somit eine Erfassung von Lootboxen als Glücksspiel ebenfalls als stimmig.

Gerade mit Blick auf die aktuelle – auch politisch – Debatte, ist daher eine zeitnahe Regulierung zu erwarten. Die Anbieter sollten sich somit in jedem Fall auf kommende Änderungen der Rechtslage einstellen und schon aus Gründen der rechtlichen Sicherheit ihre Angebote anpassen. Hier ist insbesondere zu raten, einen Sekundärmarkt schon technisch unmöglich oder jedenfalls schwer erreichbar zu machen, indem einzelne Gegenstände zumindest nicht unabhängig vom Nutzerkonto handelbar sind. Auch dürfen diese nicht im Spiel – zum Beispiel durch Fallenlassen – getauscht werden können. Dies könnte eine Handelbarkeit und somit einen wirtschaftlichen Wert der Gegenstände

ausschließen und somit das Angebot jedenfalls nach geltender Rechtslage legal ausgestalten. Zudem ist zu raten, die einzelnen Gegenstände in gleichmäßiger Wahrscheinlichkeit auszugeben und jede Box mit Gegenständen entsprechend auszugestalten. Dies würde zwar den Erhalt einzelner Gegenstände zufällig erscheinen lassen; der wirtschaftliche Wert wäre jedoch sogar auf dem Sekundärmarkt – solange nicht bestimmte Gegenstände für das Spiel deutlich sinnvoll sind und somit von den Spielern in geringerem Umfang auf den Markt gebracht werden – unabhängig von den spezifischen erlangten Gegenständen einheitlich. Damit aber läge ein Glücksspiel nicht vor.

In Erwartung einer kommenden Regulierung sollten sich die Anbieter zudem darauf einstellen, dass Spiele mit Lootbox-Elementen nur noch an Spieler über 18 Jahre verkauft werden dürfen. Auch ist zu erwarten, dass die Wahrscheinlichkeit, bestimmte Gegenstände zu erlangen, ausdrücklich genannt werden muss. Maßnahmen, wie die von Blizzard in China, wonach Lootboxen nur noch als angebliche Belohnung für den Erwerb von Spielwährung (die in diesem Umfang vollkommen wertlos ist), ausgegeben werden,<sup>65</sup> erscheinen aufgrund des klaren Umgehungscharakters nicht zielführend. Hier ist jede Maßnahme im Einzelfall zu prüfen.

### Summary

*There has been a lot of discussion recently whether so-called "loot boxes" in video games can be classified as gambling. The authors argue for this subsumption as long as there is a way to monetize the items gained from a loot box. Irrespective of this result, a change in law and/or jurisdiction appears to be likely in the near future. Even without the impending criminal charges it appears strongly advisable for loot box providers to check their offering and prepare for such changes.*

62 Zu der dogmatisch vergleichbaren Fragestellung die der Spendener-schleichung s. *Krainbring* (Fn. 51), S. 165 ff.

63 Dies findet keine Berücksichtigung bei *Hohmann* (Fn. 60), Rn. 1.

64 Hierzu *Eckardt*, Kernprobleme in der Geschichte der Psychologie, S. 131

65 <https://www.gamesindustry.biz/articles/2017-06-06-blizzard-avoids-chinas-loot-box-laws-by-selling-in-game-currency> (zuletzt abgerufen am 5.3.2018).

Bastian Philipp Kläner, Bremen\*

## EuGH ante portas? Zur Anwendbarkeit unionsrechtlicher Grundfreiheiten im Bereich inländischer Spielhallenregulierung

### I. Einleitung

Die Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes gelten gemeinhin als große Errungenschaft der europäischen Integration im 20. Jahrhundert und erfreuen sich bei Bürgern<sup>1</sup> und Politik<sup>2</sup> allen europafeindlichen Tendenzen der letzten Jahre zum Trotz großer Akzeptanz und Beliebtheit. Politischen Entscheidungsträgern und exekutiven Akteuren der öffentlichen Verwaltung im Bereich der nationalen

Glücksspielregulierung in der BRD dürften die konsequente Durchsetzung der Grundfreiheiten des Binnenmarktes sei-

\* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 Standard-Eurobarometer 85, Frühjahr 2016, Zustimmung zu Binnenmarkt und Grundfreiheiten 79 %, Stand Herbst 2015, Quelle: [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

2 Hier bspw. Rede des Bundespräsidenten Frank-Walter Steinmeier anlässlich des Besuchs des Europäischen Parlaments in Straßburg am 4.4.2017.