

59 Allerdings hat der Löschantragsteller noch die Möglichkeit, im Rahmen eines möglichen Beschwerdeverfahrens neue Löschanträge in das Verfahren einzubringen, sofern das BPatG dies für sachdienlich erachten sollte. Aus Praxissicht ist einem Löschantragsteller also zu empfehlen, im Rahmen eines

Löschanverfahrens alle nur denkbaren Löschanträge ins Feld zu führen, nicht zuletzt um zu verhindern, dass das DPMA oder das BPatG einen Löschantrag nur deshalb zurückweisen, weil der Löschantragsteller seinen Löschantrag nicht auf alle denkbaren Schutzhindernisse gestützt hat.

RA Robert Schippel, LL.M., München\*

## Sind Lootboxen Glücksspiel?

Zu den glücksspielrechtlichen Aspekten der Beutekisten in Online-Games

### INHALT

#### I. Einleitung

#### II. Rechtliche Würdigung

1. Legaldefinition eines Glücksspiels im Sinne des GlüStV
2. Fehlen der Tatbestandsvoraussetzung „auf entgeltlichen Gewinn gerichtet“
3. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung des Einsatzes im Sinne der Legaldefinition?
  - a) Vorliegen eines Einsatzes
  - b) Möglicher Verlust des Einsatzes durch den Gamer?
4. Zufallsbezogenheit bei Lootboxen
5. Zwischenergebnis
6. Gewinnwahrscheinlichkeiten von Lootboxen als Ausdruck eines Glücksspiels?

#### III. Zusammenfassung

#### I. Einleitung

- 1 Virtuelle Güter kommen in vielen Online-Games vor, wobei deren Erwerb z. B. mittels In-App-Käufen, vor allem im Rahmen von „Free-to-play“ bzw. „Freemium“-Geschäftsmodellen, für die meisten Nutzer von Online-Games ein bekanntes Phänomen sind.<sup>1)</sup> Ansonsten finanzieren sich solche „Freemium“-Online-Games nur noch durch die Einblendung von Werbung in den Spielen.<sup>2)</sup> Lootboxen (auch als virtuelle Beutekisten bezeichnet) sind virtuelle Kisten die virtuelle Gegenstände enthalten, die dann in einem Online-Game verwendet werden können.
- 2 Hintergrund des zusätzlichen Erwerbs virtueller Güter ist der Wunsch vieler Spieler, Ausrüstungsgegenstände bzw. Fähigkeiten zu erlangen und um damit oder gerade deswegen Zeit zu sparen.<sup>3)</sup> Dabei geht es um unterschiedliche virtuelle Güter, wie Waffen, Werkzeuge oder Bodenschätze oder auch Vorteile in Online-Games, wie etwa taktische Vorteile eines Avatars oder eine Spielbeschleunigung.<sup>4)</sup> Im Regelfall stehen diese virtuellen

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 518.

1) *Hermes*, GRUR-Prax 2013, 400; *Degmair*, K&R 2013, 213, 216; *Sabellek/Heinemeyer*, CR 2012, 719, 724; zu In-App-Käufen: *Spengler*, WRP 2015, 1187.  
 2) *Baumgartner/Ewald*, Apps und Recht, 2. Aufl. 2016, Rn. 36; *Hermes*, GRUR-Prax, 2013, 400.  
 3) *Büchner*, Die rechtlichen Grundlagen der Übertragung virtueller Güter, 2011, S. 30.  
 4) *Fischer*, CR 2014, 587, 588; *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 2017, S. 845.

Güter entweder dauerhaft als sog. „Non-Consumables“ (z. B.: Landkarten bzw. weitere Level) zur Verfügung oder das virtuelle Gut wird als „Consumable“ (z. B.: Spielwährung) mit der Benutzung verbraucht.<sup>5)</sup>

Allerdings wird im Gegensatz zu anderen virtuellen Gegenständen der Erwerb von Lootboxen,<sup>6)</sup> aufgrund zweier Merkmale in die Nähe des Glücksspielrechts gerückt.

Erstens wird ein Element des Zufalls unterstellt, soweit der Spieler des Online-Games nach Zahlung eines Einsatzes (in Echtgeld oder Spielwährung) durch das Öffnen der virtuellen Kiste erfährt, welchen virtuellen Gegenstand er soeben erworben hat.

Zweitens wird ein glücksspielrechtliches Element vermutet, weil der Erwerb einzelner herausragender virtueller Güter (mittels der virtuellen Beutekisten) von entsprechenden Wahrscheinlichkeiten in einem Online-Game abhängig ist.

Dieser Beitrag soll sich diesen virtuellen Beutekisten aus der glücksspielrechtlichen Perspektive widmen.

#### II. Rechtliche Würdigung

##### 1. Legaldefinition eines Glücksspiels im Sinne des GlüStV

Die Legaldefinition von Glücksspiel in § 3 Abs. 1 GlüStV setzt sich aus drei Tatbestandsvoraussetzungen zusammen. Kumulativ muss erstens ein auf einen geldwerten Gewinn gerichtetes Spiel gegeben sein, bei dem zweitens ein nicht unerheblicher, entgeltlicher Einsatz geleistet wird sowie drittens der Gewinn vom Zufall abhängen muss.<sup>7)</sup>

Ausgehend von dieser Legaldefinition ist jede weitere Prüfung vorzunehmen.

##### 2. Fehlen der Tatbestandsvoraussetzung „auf entgeltlichen Gewinn gerichtet“

Schon an erster Stelle der Prüfung fehlt es bei Lootboxen an einer Tatbestandsvoraussetzung der ordnungsrechtlichen Legaldefinition. Prinzipiell fallen nur Spiele unter den Glücksspieltatbestand des § 3 Abs. 1 GlüStV welche die Aussicht auf einen größte-

5) *Zdanowiecki*, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 4), S. 846.

6) *Fischer*, CR 2014, 581.

7) *Bahr*, Glücks- und Gewinnspielrecht, 2. Aufl. 2007, 10.

## Schippel, Sind Lootboxen Glücksspiel?

ren Gewinn bieten. Ein Spiel ist eine Handlung oder Beschäftigung auf freiwilliger Basis. Dabei unterwirft sich der Spieler den im Wege von Nutzungs- oder Lizenzbedingungen vereinbarten Regeln eines Games zu seiner eigenen Unterhaltung.<sup>8)</sup>

**10** Eine Abgrenzung von Online-Games zu Glücksspielbezügen findet nur in der Literatur statt, wobei eine Differenzierung (zwischen Glücks- und Unterhaltungsspielen) durch ein Abstellen auf objektive Kriterien vorgenommen wird.<sup>9)</sup> Soweit der in Aussicht stehende Vermögenswert unbeachtlich ist, ist der Anwendungsbereich eines Unterhaltungsspiels eröffnet.<sup>10)</sup> Der reine Handel mit virtuellen Gütern und etwaige daraus erzielte Gewinne (in Echtgeld) sollen aufgrund der dann hinzutretenden finanziellen Dimension einer Glücksspielrechtlichen Würdigung nicht offenstehen.<sup>11)</sup> Als Glücksspiele sind dann nur solche anzusehen, die eine Aussicht auf einen größeren Gewinn bieten.

**11** Lootboxen stehen in Online-Games aber nicht für einen entgeltlichen Gewinn des Spielers, sondern sind ein wirtschaftliches Steuerungselement des Game-Publishers. Auch die Perspektive des Spielers vermittelt diesem durch den Erwerb der virtuellen Kisten (zumal ein Online-Game keinen Geldgewinn verspricht) keine auf einen entgeltlichen Gewinn gerichtete Erfahrung, sondern vielmehr einen unmittelbaren Vermögensabfluss.

### 3. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung des Einsatzes im Sinne der Legaldefinition?

#### a) Vorliegen eines Einsatzes

**12** Unter dem Begriff des Einsatzes wird eine Leistung des Spielteilnehmers verstanden. Prinzipiell unterscheidet sich der Begriff des erheblichen Einsatzes im Sinne des Sonderordnungsrechts des GlüStV nicht mehr vom Begriff des Entgelts im strafrechtlichen Sinne nach § 284 Abs. 1 StGB.<sup>12)</sup> Erheblich ist ein Einsatz oder Entgelt frühestens ab 0,50 EUR.<sup>13)</sup>

**13** Lootboxen werden im Regelfall gegen Echtgeld (d. h. im Wege des Real Money Trading) oder gegen Spielwährung (die wiederum gegen Echtgeld erworben worden ist) erlangt. Käufe von Lootboxen mittels Echtgeld d. h. in Form von Mikrotransaktionen kleinerer realer Geldbeträge, (welches regelmäßige und entscheidende Bestandteile der Finanzierung der Online-Games darstellen)<sup>14)</sup> sind im Zweifelsfall unter den Begriff des Einsatzes subsumierbar, weil ein erheblicher Betrag geleistet wird.

**14** Ein Argumentationsansatz das Spielwährung keinen Einsatz darstellt, ist im Zweifel abwegig. Spielwährung in einem Umfang die notwendig wäre, um Lootboxen zu erwerben, ist nur selten und unter massiver persönlicher Spielzeit erreichbar. Daher dürfte der Kauf von Spielwährung gegen Echtgeld der Regelfall sein. Eine Argumentation, wonach hier mangels realem Wert der Spielwährung kein Einsatz vorliegt, dürfte im Einzelfall angesichts eines Echtgelderwerbs der Spielwährung ebenso nicht zielführend sein, da die Spielwährung letztlich durch Echtgeld erworben wurde und so mittelbar ein erheblicher Beitrag vorliegt.

**15** An dieser Stelle könnte jedoch auch noch argumentiert werden, dass (wenn auch selten bzw. nur unter einem immensen Einsatz von Spielzeit) Lootboxen einfach erspielt werden könnten und

sich damit die rechtliche Prüfung eines Glücksspiels schon mangels Einsatz (d. h. keiner oder nur ein unerheblicher Einsatz, unterhalb von 0,50 Euro) erübrigt. Dann würde sich nur bei dieser Argumentation ein Einsatz in Zweifel ziehen lassen.

#### b) Möglicher Verlust des Einsatzes durch den Gamer?

Der Einsatz wird weiterhin im Regelfall dadurch charakterisiert, dass dieser in der Hoffnung erbracht wird, im Gegenzug eine gleich- oder höherwertige Leistung zu erhalten. Auf der anderen Seite wird aber von vornherein der Verlust des Einsatzes zugunsten des Veranstalters oder Dritten als Ergebnis in Kauf genommen.<sup>15)</sup>

Üblich ist es, dass in Lootboxen ein virtueller Gegenstand enthalten ist. Dabei ist aber der virtuelle Wert innerhalb des Games unterschiedlich groß. Solange aber im Umkehrschluss ein Einsatz geleistet wird, für den ein virtuelles Gut aus der virtuellen Kiste erlangt wird, steht eine Komponente der Tatbestandsvoraussetzung des nicht unerheblichen, entgeltlichen Einsatzes – der Verlust des Einsatzes – in Frage.

Wenn eine Zahlung geleistet wird und im Gegenzug dafür etwas erlangt wird, ist hier ein Ansatz für eine vollkommen andere rechtliche Bewertung gegeben. Statt eines Glücksspiels wäre der konkrete Fall (Zahlung eines Einmalbetrages zur Erlangung eines virtuellen Guts) zivilrechtlich entweder als Rechtskauf im Sinne des §§ 453 Abs. 1 2. Alt, 433 BGB (bei Zahlung von Echtgeld)<sup>16)</sup> oder als Tausch gemäß § 480 BGB (bei Zahlung mittels fiktiver Währungen) anzusehen.<sup>17)</sup>

Damit lässt sich die Glücksspielrechtliche Fragestellung bei Lootboxen gar nicht aufrechterhalten. Im Gegensatz zu klassischen Glücksspielen manifestiert sich in Online-Games aufgrund einer Gegenleistung beim Erwerb virtueller Güter nicht das (Total-) Risiko des Verlusts eines Einsatzes.

### 4. Zufallsbezogenheit bei Lootboxen

Zufall kann als das Wirken unberechenbarer, dem Einfluss aller im Regelfall Beteiligten entzogener Ursachen bezeichnet werden.<sup>18)</sup> Es ist von entscheidender Bedeutung, ob der reine Zufall (d. h. der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse)<sup>19)</sup> oder spezielle Fertigkeiten des Spielers Einfluss auf den Spielausgang nehmen können. Ansatzpunkte für eine vertiefte Betrachtung sind zum einen die Gewichtung des Zufallselements und zum anderen die Einflussnahmemöglichkeiten des Einzelspielers.

Die in Lootboxen enthaltenen virtuellen Güter sind im Regelfall bereits im Online-Game hinterlegt und werden durch einen Zufallsgenerator einem Spieler zugewiesen. D. h. es liegt ein zufälliges Element vor. Auf diese Mechanismen hat der Spieler im Regelfall keinen Einfluss, weswegen der reine Zufall über das in der Kiste enthaltene virtuelle Gut schon vor dem Öffnen einer Kiste entscheidet.

8) Nolte, in: Becker/Hilf/Nolte/Uwer, Glücksspielregulierung, 2017, § 3 GlüStV, Rn. 13.

9) Rauda, Recht der Computerspiele, 2013, S. 168 f.; Diegmann/Hoffmann/Ohlmann, Praxishandbuch für das gesamte Spielrecht, 2008, Rn. 9.

10) Rauda (Fn. 9), S. 168 f.; Diegmann/Hoffmann/Ohlmann (Fn. 9), Rn. 9.

11) Schippel, CR 2017, 728, 732.

12) Fischer, CR 2014, 587, 589.

13) Bolay/Pfütze, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, 2014, § 3 GlüStV, Rn. 12 m. w. N.; Stulz-Hermstadt, GRUR-Prax 2012, 39.

14) Hermes, GRUR-Prax 2013, 400; Sabellek/Heinemeyer, CR 2012, 719, 724.

15) Fischer, CR 2014, 587, 589.

16) Bayerischer Landtag, Drucksache 15/8486, S. 13; Schapiro, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 4), S. 562; Haberstumpf, NJOZ 2015, 793, 800; Psczolla, Onlinespielrecht – Rechtsfragen im Zusammenhang mit Onlinespielen und virtuellen Parallelwelten, 2008, S. 83.

17) Wemmer/Bodensiek, K&R 2004, 432, 436; Schapiro, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 4), S. 562.

18) Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 3 GlüStV, Rn. 3.

19) Bolay/Pfütze, in: Streinz/Liesching/Hambach (Fn. 13), § 3 GlüStV, Rn. 14; Fischer, CR 2014, 587, 591.

### 5. Zwischenergebnis

22 Mangels des Vorliegens von zwei Tatbestandsvoraussetzungen ist eine Einbeziehung von Beutekisten in eine Glücksspielregulierung fernliegend. Daran ändern auch theoretische Gewinnwahrscheinlichkeiten bei einzelnen Inhalten nichts.

### 6. Gewinnwahrscheinlichkeiten von Lootboxen als Ausdruck eines Glücksspiels?

23 Obwohl festgestellt wurde, dass Lootboxen kein Glücksspiel sind, gibt es Stimmen, die aufgrund der Wahrscheinlichkeiten einzelne virtuelle Inhalte mittels Lootboxen zu erlangen, ebene virtuelle Kisten als Glücksspiel ansehen wollen. Zwar sind Gewinnwahrscheinlichkeiten ein nicht unwesentlicher Bestandteil von Glücksspielen und sind im Regelfall vor Erteilung einer Erlaubnis mitzuteilen.<sup>20)</sup> Allerdings stehen solche Gewinnwahrscheinlichkeiten auf zweiter Stufe eines glücksspielrechtlichen Verfahrens nach der ersten Stufe, der Frage, ob ein Glücksspiel vorliegt.

### III. Zusammenfassung

24 Da ein gänzlicher Glücksspielbezug durch das Fehlen von Tatbestandsvoraussetzungen bei Lootboxen regelmäßig auszuschließen ist, könnten sie Elemente eines Geschicklichkeitsspiels sein. Geschicklichkeitsspiele, welche wiederum Glücksspiele ausschließen, sind gegeben, soweit das Geschick eines Spielers, d. h. seine geistigen oder körperlichen Fähigkeiten sowie sein eingesetzter Grad an Aufmerksamkeit, maßgeblich für die Entscheidung über Gewinn oder Verlust sind. Ausgenommen von der vorgenannten Definition sind jedoch Konstellationen, in denen die Geschicklichkeitserfordernisse bewusst so hoch skaliert wurden, dass damit de facto wieder der Zufall über den Eintritt eines Ereignisses entscheidet.<sup>21)</sup> Generell ist für die Beurteilung der jeweiligen Situation als Maßstab der Durchschnittsspieler zugrunde zu legen.<sup>22)</sup> Außerdem ist es maßgeblich von Bedeutung, inwieweit ein durchschnittlicher Spieler mittels tatsächlicher Handlungsmöglichkeiten Einfluss auf den Ausgang des Spiels nehmen kann.<sup>23)</sup> Relevantes Abgrenzungskriterium von Geschicklichkeitsspielen ist daher immer ein ausschlaggebendes Element aus dem Bereich vorhandener Kenntnisse oder Fähigkeiten des Spielers.<sup>24)</sup> Wenn Lootboxen auch erspielt werden könnten, dies aber auch von den Fähigkeiten eines Spielers abhängt, dann liegt eine Ausrichtung der Online-Games auf ein Geschicklichkeits-/Unterhaltungsspiel vor. Dies wiederum würde dem weiteren Argumentationsansatzpunkt eröffnen, dass Lootboxen keine Glücksspiele sein können, da sich Geschicklichkeits- und Glücksspiele gegenseitig ausschließen.

25 Im Übrigen geht die juristische Literatur zum Thema Handel mit virtuellen Gütern (die letztlich artverwandt zu angebotenen Lootboxen ist) im Ergebnis davon aus, dass der Handel im Regelfall nicht unter die Regulierung des Glücksspielrechts fallen wird.<sup>25)</sup> Wichtig ist auf jeden Fall eine Einzelfallbetrachtung, z. B. wenn das Online-Game aufgrund besonders innovativer Elemente, ggf. doch glücksspielrechtliche Aspekte aufweist. Beispiele für eine mögliche Glücksspielbezogenheit virtueller Güter wurden bereits aufgezeigt.<sup>26)</sup>

20) Schippel, ZfGW 2016, 315, 318.

21) Lober/Neumüller, MMR 2010, 295, 296.

22) Dietlein/Hüsken, in: Hecker/Dietlein/Ruttig (Fn. 18), § 3 GlüStV, Rn. 4.

23) Lober/Neumüller, MMR 2010, 295, 296.

24) Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Fn. 18), § 3 GlüStV, Rn. 3 f.

25) Backu, ITRB 2007, 13; Fischer, CR 2014, 587, 594; Schippel, CR 2017, 728, 733; Schippel, ZfGW 2017, 481, 489.

26) Meyer, ZfWG 2015, 409; Schippel, ZfWG 2017, 481.

Obwohl Lootboxen schon in der deutschen Tagespresse Niederschlag mit der Forderung gefunden haben, diese Glücksspielrechtlich zu regulieren,<sup>27)</sup> erscheint eine Einbeziehung von Lootboxen in das Sonderordnungsrecht der Glücksspielregulierung nicht sachgerecht. Im europäischen Rahmen hat sich u. a. die UK Gambling Commission dahingehend positioniert, dass Lootboxen kein Glücksspiel sind.<sup>28)</sup> 2017 wurde in Malta eine Verordnung erlassen, die sich der Regulierung von Geschicklichkeitsspielen (in Form von Online Skill Games) widmete. Hintergrund dieser Regulierung ist u. a. die Tendenz von Online-Games, geldwerte Gegenstände zum Inhalt zu haben bzw. Online-Games, die das Geld von Spielern auf virtuellen Konten vorhalten, gewidmet hat.<sup>29)</sup> Dagegen wird in Deutschland immer öfter die Tendenz ersichtlich,<sup>30)</sup> solche Vorgänge in die Nähe des Glücksspielrechts zu rücken und dieses Rechtsgebiet zu einem Verbraucherschutzgesetz umzuwidmen.

Das Glücksspielrecht greift, wie oben dargelegt, nicht. Das Telemediengesetz hat dahingehend keine Regelungsinhalte. Das Jugendschutzrecht ist im Online-Bereich mit durch den JMStV im Bereich der elektronischen Kommunikations- und Informationsmedien,<sup>31)</sup> d. h. entsprechend § 2 Abs. 1 JMStV auch bei Online-Angebote reguliert,<sup>32)</sup> gleichfalls nicht einschlägig. Der gesetzliche Jugendschutz mit seinem Ziel, Kindern und Jugendlichen die Entfaltung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu ermöglichen,<sup>33)</sup> und somit einen Schutz vor Suchtgefahren, körperlicher Gewalt und Missbrauch aber auch Gefährdungen hinsichtlich Gesundheit und Ideologie zu ermöglichen,<sup>34)</sup> geht angesichts der geschilderten Gesetzesziele in eine andere Richtung. Zuletzt kommt letztlich nur noch das UWG – bedingt durch die „Runes of Magic“-Entscheidungen des BGH – in Betracht. In beiden Entscheidungen wurde zumindest teilweise Werbung bezüglich virtuellen Gütern gegenüber Minderjährigen einer Überprüfung unterworfen.<sup>35)</sup>

Für das erweiterte Dienstleistungsangebot in Online-Games (wie Lootboxen) gibt es jedoch bislang weder eine digitale Agenda noch ein einschlägiges Rechtsgebiet oder Gesetz, das zur Anwendung kommen könnte.

Wünschenswert wäre hier im allseitigen Interesse eine Verbraucherschutzlösung, die von Vertretern der Games-Anbieter und der Politik angestrebt werden sollte. Diese würde es sowohl Anbietern von Online-Games als auch Verbrauchern erlauben, Dienstleistungen anzubieten bzw. zu nutzen, um keine Partei einseitig zu benachteiligen. Eine solche Lösung könnte schlussendlich bundesseitig regulatorisch am besten an das bestehende TMG angebunden werden, womit der Regelungsinhalt für Telemedien-Sachverhalte stärker konzentriert werden würde.

27) von Au, „Mit diesem Prinzip zocken Hersteller Computerspieler ab“, Süddeutsche Zeitung, Online-Ausgabe vom 20.12.2017, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/digital/lootboxen-mit-diesem-prinzip-zocken-hersteller-computerspieler-ab-1.3799804>.

28) UK Gambling Commission, Pressemitteilung vom 24.11.2017, abrufbar unter: <http://www.gamblingcommission.gov.uk/news-action-and-statistics/news/2017/loot-boxes-within-video-games.aspx>.

29) W. Hambach/Scictuna, Timelaw News 1/2017, S. 5 f.; abrufbar unter: <http://www.timelaw.de/de/2017/01/30/time-law-news-01-2017/>.

30) Fink/Zeiseler, „Von Gaming zum Gambling?“, Artikel vom 16.08.2016, abrufbar unter <http://www.taz.de/Gluecksspiel-im-Internet/15325377/>.

31) Kuß/Schmidtman, K&R 2012, 782, 785.

32) Liesching, Beck'scher Online-Kommentar JMStV, 2017, § 5 JMStV, Rn. 3; Schüttel, in: Taeger (Hrsg.), Digitale Evolution – Herausforderungen für das Informations- und Medienrecht, 2010, S. 411.

33) Schüttel, in: Taeger (Fn. 32), S. 409.

34) Schüttel, in: Taeger (Fn. 32), S. 410.

35) Schippel, WRP 2017, 1444, 1448.