

INFORMATIONENRECHT

DATENSCHUTZ – E-COMMERCE – GEISTIGES EIGENTUM – MEDIEN

September 2022 / Heft 3, Seiten 245–388 (10. Jahrgang)

- 245 Hass im Netz – (Un-)Wirksame Bekämpfung 5-4-9-1 Null?
250 Kurznachrichten und -beiträge (zusammengestellt von Peter Burgstaller)

Aufsätze

- 253 Europäische Auftragsverarbeiter im internationalen Datentransfer
Christine Burgstaller
259 Die Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften – Aufgaben, Befugnisse
und deren Grenzen
Stephan Briem
265 The Unknowable – Das urheberrechtliche Pastiche als unbekanntes Wesen
Clemens Thiele
270 „LOOTBOXEN“
Urim Bajrami / Lukas Pachschwöll

Judikaturspiegel

- 283 Sammlung ausgewählter informationsrechtlicher Entscheidungen österreichischer,
deutscher und europäischer Spruchkörper (ZIIR-Slg 2022/44 – 2022/78)

Judikatur

- 291 Datenschutzrecht
309 E-Commerce Recht
335 Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht
348 Persönlichkeits- und Medienrecht

EuGH Vorlagefragen

Service-Teil

Heräusgeberredaktion: P. Burgstaller, C. Thiele
Herausgeber: T. Höhne, A. Wiebe

„LOOTBOXEN“

Eine rechtliche Betrachtung nach Österreichischem Recht (Teil 1) und Schweizer Recht (Teil 2)

Das Phänomen „Lootboxen“ beschäftigt unsere Gesellschaft nunmehr schon seit einigen Jahren. So kommt fast jede Person, die sich für digitale Anwendungen interessiert, notgedrungen damit in Berührung: Sei es durch Videospiele, durch Handy-Applikationen oder einfach durch Medienberichte. Während manche Menschen Lootboxen lieben, kann wohl getrost gesagt werden, dass der Großteil der Spieler*innen (entgeltlichen) Lootboxen eher ablehnend gegenübersteht. Nachstehend folgt eine Darstellung des Themas nach österreichischem Recht; in der nächsten Ausgabe wird dazu die Rechtslage in der Schweiz dargestellt.

Deskriptoren: Lootbox; Glückspielvertrag; Ausspielung; Steuerrecht; Credits; Echtgeld; Items; Loot Crate; Glücksspielmonopol.

Normen: §§ 879, 1267, 1269, 1270, 1272, 1432 ABGB; §§ 2 Abs 1 Z 1, 3, 12a, 21 GSpG; § 168 StGB; § 3a Abs 13 UstG.

Von Urim Bajrami und Lukas Pachschröll

TEIL 1:

1. Überblick

Nachdem der öffentliche Diskurs zu Lootboxen mittlerweile jedoch wieder ein wenig abgeflaut ist, ist zu konstatieren, dass die Literatur zu Lootboxen relativ rar ist und sich in der juristischen Praxis immer wieder Unsicherheiten idZ herauskristallisieren. Zudem erweisen sich die Fragestellungen iZm Lootboxen für die Gaming-Industrie wohl nach wie vor als „Elefant im Raum“, der potenziell in der Lage ist, eine ganze Lawine an Problemen loszutreten (man denke hier insb an mögliche Spielerrückforderungen). Aus diesen Gründen haben wir uns dazu entschlossen, in Zusammenarbeit mit unseren geschätzten Schweizer Kollegen David Bundi¹ und Nicola Zehnder² eine etwas umfangreichere Abhandlung zu Lootboxen zu verfassen, die als Zweiteiler erscheinen und sowohl die österreichische (in dieser Ausgabe) als auch die schweizerische Rechtslage (in der nächsten Ausgabe) darstellen wird. Naturgemäß wird in

den Beiträgen das Hauptaugenmerk auf die öffentlich- bzw glücksspielrechtliche Qualifikation gelegt; es wird jeweils aber auch eine zivil- (Stichwort: Klagbarkeit) sowie steuerrechtliche Einordnung vorgenommen.

2. Begriff und Natur der Lootboxen

Bevor diese Arbeit die rechtlichen Fragestellungen genauer beleuchten und herausarbeiten kann, ist es erforderlich, der Phrase „Lootbox“ eine Bedeutung zu geben, da naturgemäß eine juristische Arbeit (auch) von ihren Definitionen lebt. Nachdem der Begriff „Lootbox“ ein so unbestimmter und weiter ist, wird die Beschreibung desselben entsprechend etwas länger ausfallen. Dabei wird insb auch auf praktische Aspekte eingegangen, da das Verständnis betreffend Lootboxen und Prognosen bezüglich der weiteren Entwicklung ohne diese nicht möglich erscheinen.

Der Terminus „Lootbox“ (seltener auch „Loot Crate“ genannt; eine deutsche Übersetzung wäre etwa „Beutekiste“) ist als Gattungsbegriff für virtuelle Schatzkisten zu verstehen, welche in verschiedensten virtuellen Anwendungen, insb Spielen, integriert sind.³

Diese virtuellen Schatzkisten, welche durchaus mit dem System von Sammelstickern vergleichbar sind, können alle möglichen, zufälligen virtuellen Gegenstände enthalten – sehr oft sind dies kosmetische Items („Skins“), teils handelt es sich aber auch um spezielle Waffen, Fähigkeiten, Charaktere etc, welche der die Lootbox öffnenden Person einen temporären oder permanenten Spielvorteil gewähren. Lootboxen gibt es in allen Variationen, einige können kostenlos, andere bspw nur durch

1 David Bundi Mlaw, PWC Switzerland.

2 Nicola Zehnder Mlaw, Attorney-at-Law, PWC Switzerland.

3 Vgl C. Rapanilj. Kotanko in R. Zillner (Hrsg), Kommentar zum Glücksspielgesetz und ausgewählte Fragen des Wettensrechts (2021) § 1 Rz 48.

mit Echtgeld bezahlte „Schlüssel“ geöffnet werden. Besonders oft sind Lootboxen im Bereich des sog. „Mobile Gaming“ vorzufinden, also bei Spieleanwendungen auf Mobiltelefonen.

Da es somit nicht „die eine“ Lootbox gibt, ist es nicht möglich, Form und Farbe einer Lootbox in dieser Arbeit zu bestimmen. Allerdings lebt eine juristische Arbeit – wie bereits erwähnt – gerade auch von ihren Definitionen, ohne welche sie nicht auskommt: Die kleinsten gemeinsamen Nenner einer Lootbox sind uE, dass (i) die Lootbox in eine virtuelle Anwendung integriert ist und *nicht eigenständig* bzw. als *bloße Nebenleistung* eines Spieletitels besteht – dieses Erfordernis der Akzessorietät von Lootboxen stellt dem Wesen nach die Abgrenzung zu online durchgeführten, originären⁴ Glücksspielen, Wetten und Gewinnspielen sicher; sowie (ii) ein gewisses Zufallselement bezüglich des Gewinns vorliegt – dieses dient der Abgrenzung zu sog. „Mikrotransaktionen“ – bei Lootboxen weiß der/die Spieler*in nämlich vor dem Öffnen der Lootbox nicht (genau⁵), welches Item er/sie erhalten wird. Mitunter kann dieses Zufallselement dazu führen, dass der/die Spieler*in für ein einzelnes Item unzählige Lootboxen öffnen und folglich hohe Geldbeträge aufwenden muss, um den gewünschten Gegenstand zu erhalten.

Doch weswegen sollte jemand Echtgeld für zufällige digitale Items ausgeben, die in vielen Fällen gar nicht wiederverkauft werden können? Kosmetische Items (Skins) scheinen in erster Linie die Eitelkeit der Spieler*innen zu stimulieren – so wie man im echten Leben in der Öffentlichkeit gut gekleidet sein möchte, geben sich viele Spieler*innen nicht mit den kostenlos vom Publisher (also die das Spiel herausgebende Entität) zur Verfügung gestellten (metaphorischen) „Jutesäcken zum Überstreifen“ zufrieden. Mitunter kommt es sogar vor, dass Spieler*innen mit gewöhnlichen Skins vom/von der Gegner*in verhöhnt werden – und das virtuelle Schlachtfeld eher an ein Mode-Show-Off erinnert als an eine kompetitive Arena. Allgemein gilt der Grundsatz: Je exklusiver und seltener ein Skin, desto lieber möchte man damit gesehen werden. Bei Items, die einen Spielvorteil gewähren, liegt die Intention ohnehin auf der Hand: Der

Mensch spielt, um zu gewinnen – im virtuellen Raum verhält sich dies nicht anders.

Für Publisher sind Lootboxen eine durchwegs lukrative Einnahmequelle: So werden mit Spielen nicht einmalig Umsätze erzielt, sondern neuer Content kann gestückelt und damit relativ teuer an Konsument*innen verkauft werden.⁶ Das Geschäftsmodell „Lootboxen“ funktioniert dermaßen gut, dass manche Anwendungen, va im Bereich des „Mobile Gaming“, sich ausschließlich mittels dieser finanzieren: Die Anwendung selbst ist kostenlos; das Öffnen von Lootboxen und damit die Chance auf bessere Items und Skins ist jedoch kostenpflichtig. Manche Spiele setzen weitgehend das kostenpflichtige Öffnen von Lootboxen voraus, um diese überhaupt kompetitiv betreiben zu können.

Lootboxen sind bei den Spieler*innen umstritten und können gewissermaßen als Fluch und Segen zugleich angesehen werden: Einerseits sorgen einige zahlungswillige Spieler*innen dafür, dass immer neue Contents kreiert werden bzw. teilweise ganze Anwendungen von der Community kostenlos genutzt werden können (sog. „Free2Play“); andererseits wird der spielerische Wettbewerb freilich verzerrt, wenn die Investition von Geld zu Spielvorteilen führt (sog. „Pay2Win“).

Das wohl bekannteste Beispiel für ein fehlgeschlagenes Lootboxen-System ist der im Jahr 2017 vom Studio *Electronic Arts* veröffentlichte Titel „Star Wars Battlefront II“ – hier hatte der Publisher einen Mechanismus geplant, nach welchem sich Spieler*innen entweder durch (doch einige) geleistete Spielstunden Charaktere mit speziellen Fähigkeiten (zB *Darth Vader*) freischalten konnten, oder sie nahmen einfach Geld in die Hand und investierten dieses in Lootboxen. Nachdem sich das schon vor Release eröffnete Trommelfeuer an negativer Kritik hartnäckig hielt, wurde das Lootboxen-System im März 2018 schließlich grundlegend überarbeitet.⁷

Viele Lootboxen ermöglichen mit dem ihnen inhärenten Zufallselement eine neue Ebene der Anwendung, welche für Spannung und Kurzweile sorgt. Der Glücksspielcharakter wird oftmals durch die Animationen bei der Öffnung unterstrichen – Glücksräder⁸ und virtuelle Slot

4 „Originär“ deswegen, da Lootboxen zwar nicht als Glücksspiel im herkömmlichen Sinne anzusehen sind (kein Online-Casino), unter gewissen Voraussetzungen aber durchaus den Tatbestand von (verbotenem) Glücksspiel erfüllen können (s unten Punkt 3.3.).

5 Es ist nicht unüblich, dem/der Spieler*in zu zeigen, welche Items er/sie potenziell gewinnen kann, um einen Anreiz zum Öffnen der Lootbox zu schaffen.

6 Das Forschungsunternehmen *Juniper Research* geht davon aus, dass bis zum Jahr 2025 der jährliche mit Lootboxen generierte Umsatz von dzt ca USD 15 Milliarden auf einen Betrag von etwa USD 20 Milliarden ansteigen wird – vgl *D. Kaufmann*, Lootboxen: Im Jahr 2025 werden laut einer Studie 20 Milliarden US-Dollar generiert, [https://www.play3.de/2021/03/09/lootboxen-im-jahr-](https://www.play3.de/2021/03/09/lootboxen-im-jahr-2025-werden-laut-einer-studie-20-milliarden-us-dollar-generiert/)

[2025-werden-laut-einer-studie-20-milliarden-us-dollar-generiert/](https://www.play3.de/2021/03/09/lootboxen-im-jahr-2025-werden-laut-einer-studie-20-milliarden-us-dollar-generiert/) [6.12.2021].

7 Vgl *D. Link*, Star Wars Battlefront 2 – der Sci-Fi Shooter ist jetzt komplett frei von Lootboxen, <https://www.pcgames.de/Star-Wars-Battlefront-2-2017-Spiel-60678/News/Lootboxen-Update-EA-Electronic-Arts-1333410/> [13.12.2021].

8 Ein Beispiel hierfür ist die (kostenlose) Lootbox im *Diamond Casino & Resort* in GTA Online, vgl *Kill-the-Game*, GTA 5 Online spin the Lucky Wheel of The Diamond Casino & Resort (complete rewards list to claim), <https://kill-the-game.com/gta-5-online-spin-the-lucky-wheel-of-the-diamond-casino-resort-complete-rewards-list-to-claim/> [6.12.2021].

Machines⁹ sind durchaus geläufige Randomizer; teilweise ist die Öffnung begleitet von Feuerwerksanimationen u.Ä., was freilich an einen Casinobesuch erinnert. Mit farbenfrohen visuellen und akustischen Reizen wird ein Belohnungseffekt erzielt, welcher die Spieler*innen ermuntert, weiterhin bzw. mehr Geld einzusetzen. Oft sind die gewonnenen Items tatsächlich (sehr) viel Geld wert¹⁰ und können gehandelt werden.

Abgesehen von der bereits oben erwähnten Verzerrung des spielerischen Wettbewerbs wird idZ insb. kritisiert, dass mittels (va. kostenpflichtiger) Lootboxen Glücksspiel in die Wohnzimmer der Familien getragen wird, was insb. für minderjährige Spieler*innen eine erhebliche Gefahr darstellen kann.¹¹ Dies ist der Grund, weswegen einige Staaten Lootboxen bereits mit strengen Regularien überzogen haben (zB. Niederlande, Belgien, China)¹² und weitere Staaten einen solchen Schritt zumindest erwägen (allen voran die USA)¹³. In den letzten Jahren ist zudem eine Zunahme von Medienberichten über Spielerrückforderungen eingesetzter Geldwerte zu beobachten.¹⁴ Der Prozessfinanzierer „Padronus“ etwa strengt seit geraumer Zeit – im Kielwasser der glücksspielrechtlichen Spielerklagen¹⁵ – ein Sammelverfahren gegen diverse Publisher in Österreich wegen entgeltlicher Lootboxen an¹⁶ und bewirbt dieses ua. auch intensiv auf der Social-Media-Plattform „Facebook“.

3. Glücksspielrechtliche Einordnung von Lootboxen

Auch in Österreich macht man sich offensichtlich bereits Gedanken, ob und wie Lootboxen reguliert werden sollen.¹⁷ Solange allerdings keine expliziten gesetzlichen

Regelungen geschaffen werden, muss der/die Rechtsanwender*in die bereits bestehenden Rechtsnormen auf Lootboxen anwenden. Ein überaus gewichtiger Baustein ist hier das Glücksspielgesetz (GSpG)¹⁸, welches das Glücksspiel in Österreich regelt.

Vorab sollte klargestellt werden: (Online-)Videospiele unterfallen *per se nicht* dem Glücksspielgesetz. Für Lootboxen kann diese Einordnung nicht ohne Weiteres geteilt werden: Hier muss jede Lootbox anhand verschiedener Parameter eigens geprüft werden. Sollte ein Videospiele Lootboxen beinhalten, welche den Tatbestand des verbotenen Glücksspiels erfüllen, so ist das Videospiele selbst grds. legal, die darin enthaltenen Lootboxen sind allerdings widerrechtlich.

Auch sollte an dieser Stelle erwähnt werden, dass nachfolgend die Meinung der Verfasser dieser Arbeit dargestellt wird und diese nicht zwingend mit der rechtlichen Einordnung der österreichischen Behörden und Gerichte übereinstimmen muss. IdZ ist freilich hervorzuheben, dass es bis dato nur sehr wenige Aussagen öffentlicher Stellen zu Lootboxen gibt. So meinte etwa der damalige Sprecher des Finanzministeriums, *Johannes Pasquali*, in einem im Dezember 2017 durchgeführten Interview im Hinblick auf kostenpflichtige Lootboxen: „Bei solchen Games stellt sich primär die rechtliche Frage, ob diese in die Glücksspieldefinition fallen, ob also der Anteil an den zufallsbedingten Elementen so maßgeblich ist, dass vorherrschende Geschicklichkeitselemente in den Hintergrund treten. Das ist nur durch ein Sachverständigen-gutachten feststellbar und wohl für jedes Spiel erforderlich“; anschließend ergänzte *Pasquali*, es sei bisher kein „begründeter Verdacht zu vorherrschenden Glücksspieleigenschaften solcher Spiele“ gegeben.¹⁹

9 Ein passendes Beispiel lieferte hier das – mittlerweile überarbeitete – Lootboxen-System von *Rocket League* mit einer Anlehnung an eine Slot Machine; vgl. *CompilationClips*, Best Accelerator Crates Opening Rocket League, <https://www.youtube.com/watch?v=4sWwgMQ0uT4> [6.12.2021].

10 CS:GO ist ein gutes Beispiel dafür, dass virtuelle Items einen Wert von zehntausenden EUR erzielen können, vgl. *CSGOPEDIA*, The most expensive cs:go skins: guns, knives, and stickers, <https://csgopedia.com/most-expensive-cs-go-skins/> [6.12.2021].

11 Vgl. *U. Bajrami/L. Pachschwöll*, Lootboxen: Werden Glücksspiele Videospiele gefährlich ähnlich? *ZfIR* 2019, 70.

12 Vgl. *D. Molke*, Lootboxen – Verbot tritt in den Niederlanden in Kraft, hohe Geldstrafen möglich, <https://www.gamepro.de/artikel/lootboxen-in-den-niederlanden-wird-das-verbot-jetzt-umgesetzt-3331422.html#:~:text=Lootboxen%20stehen%20in%20der%20Kritik,und%20deshalb%20in%20Ordnung%20sind> [13.12.2021]; *T. Ritter*, Lootboxen in China – Gewinnchancen müssen ab sofort offengelegt werden, <https://www.gamestar.de/artikel/lootboxen-in-china-gewinnchancen-muessen-ab-sofort-offengelegt-werden-3313480.html> [13.12.2021].

13 Vgl. *A. Bertits*, US-Anti-Lootbox-Gesetz könnte große Auswirkungen auf Spieleindustrie haben, <https://www.pcgames.de/Spielmarkt-Thema-117280/News/usa-lootbox-pay2win-gesetz-1282791/> [13.12.2021]; US-Gesetzesentwurf „S. 1629 – A bill to regulate certain pay-to-win microtransactions and sales of loot boxes in interactive digital entertainment products, and for other purposes (116th

Congress 2019-2020)“, abrufbar unter <https://www.congress.gov/bills/116/congress/senate/bills/1629/text> [13.12.2021].

14 Vgl. *esports.com*, FIFA 21: EA droht nächste Klage wegen Lootboxen, <https://www.sport.de/news/ne4218260/fifa-21-ca-droht-naechste-klage-wegen-lootboxen-im-ultimatc-team/> [13.12.2021].

15 Vgl. *Wiener Zeitung*, Wer verliert, kann klagen, <https://www.wienerzeitung.at/themen/recht/recht/2097968-Wer-verliert-kann-klagen.html> [13.12.2021].

16 Vgl. *Padronus*, Zahlungen für Lootboxen zurückholen, <https://www.padronus.at/lootboxen> [4.12.2021].

17 Vgl. *Parlamentarischer Entschließungsantrag der Abgeordneten E. Holzleitner*, 151/A(E) 27. GP; *J. Winter*, Online-Games: Lootboxen-Verbot für Österreich gefordert, <https://www.profil.at/oesterreich/online-games-lootboxen-verbot-oesterreich-10753017> [13.12.2021]; *DerStandard*, Regierung plant Regulierung von Lootboxen und Online-Spielzeit in Österreich, <https://www.derstandard.at/story/200012444112/regierung-plant-regulierung-von-lootboxen-und-online-spielzeit-in-oesterreich> [15.12.2021].

18 Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz – GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung BGBl. 1989/620.

19 *Z. Wilhelm*, Lootboxen: Die Glücksspielfalle, die alle überrumpelt hat, <https://www.derstandard.de/story/2000069395167/lootboxen-die-gluecksspielfalle-die-alle-ueberrumpelt-hat> [13.12.2021].

3.1. Einführung in das Glücksspielrecht

Nach Maßgabe des GSpG ist ein Glücksspiel „ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt“ (§ 1 Abs 1 GSpG). Vereinfacht ausgedrückt: Welches spezifische Item der/die Spieler*in erhält bzw ob er/sie überhaupt eines erhält, muss stärker vom Zufall als vom Können des Spielers/der Spielerin* abhängen, damit von Glücksspiel iSd GSpG gesprochen werden kann. Ist dieses Zufallselement nicht erfüllt, so handelt es sich um ein sog Geschicklichkeitsspiel, das nicht dem GSpG unterfällt.²⁰ Kann also der/die Spieler*in durch Wissen, Kraft, Kombinationsfähigkeit, Schnelligkeit, Gedächtnisleistung uÄ²¹ das Spielergebnis stärker beeinflussen als dies der Zufall tut, so spricht man nicht mehr von Glücksspiel. Allerdings erklärt der Gesetzgeber in § 1 Abs 2 GSpG einige Spiele *ex lege* zu Glücksspielen; dies sind „Roulette, Beobachtungroulette, Poker, Black Jack, Two Aces, Bingo, Keno, Baccarat und Baccarat chemin de fer und deren Spielvarianten.“ Unerheblich im Hinblick auf die Glücksspieleigenschaft ist, ob das Spiel entgeltlich oder unentgeltlich angeboten wird.²² Zu der eben genannten Kategorie der Geschicklichkeitsspiele gehören insb Sport- und Gesellschaftswetten, die von den Landesgesetzgebern im jeweiligen Wettengesetz²³ geregelt werden. Diese sind von In-Game-Käufen (sog „Mikrotransaktionen“) wiederum dadurch abzugrenzen, dass der Zufall im Hinblick auf das Spielergebnis hier durchaus eine Rolle spielt (aber eben nicht die beherrschende). Eine klassische Sportwette wäre etwa, welche Mannschaft das bevorstehende Fußballspiel gewinnt; ein Beispiel für eine Gesellschaftswette, welche Farbe der Hut der Queen beim nächsten Auftritt hat oder welche Partei die kommende Wahl gewinnt.²⁴ Freilich ist ob des doch großen Zufallscharakters – insb bei Gesellschaftswetten – die Abgrenzung zu Glücksspielen fließend.

Nachdem die Geschicklichkeit bei (unter das Glücksspielmonopol fallenden) Lootboxen in der Praxis kaum eine Rolle spielt, wird das Wettensrecht in dieser Arbeit in weiterer Folge nicht mehr berücksichtigt, sondern der Fokus auf jene (auch in der Praxis bei weitem bedeut-

sameren) Lootboxen gelegt, welche dem Regelungskreis des GSpG unterfallen.

Wie weithin bekannt, ist der Glücksspielmarkt in Österreich nicht liberalisiert, sondern monopolisiert (man spricht hier vom „Glücksspielmonopol des Bundes“ gem § 3 GSpG): Für Lotterien (sowie elektronische Lotterien – davon erfasst ist sämtliches Online-Glücksspiel) wird eine Einzel-Konzession (§§ 14 ff GSpG) vergeben, welche seit 1986 von der *Österreichischen Lotterien GmbH* gehalten wird.²⁵ Daraus erklärt sich auch, weswegen das Glücksspiel (im Gegensatz zum Wettensrecht) Bundeskompetenz ist: Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG²⁶ normiert, dass Gesetzgebung und Vollziehung im Bereich des Monopolwesens Bundessache ist. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Betrieb ortsfester Spielbanken (Casinos) in §§ 21 ff GSpG geregelt ist; die dzt zwölf (lizenzunterworfenen) Standorte in Österreich betreibt allesamt die *Casinos Austria AG*.²⁷

Der Gesetzgeber entschied sich laut ErläutRV für eine derart starke Beschränkung der Marktwirtschaft, weil Glücksspiele erhebliche negative Auswirkungen und Gefahren in sich bergen, gleichzeitig aber der natürliche Spieltrieb des Menschen einem gänzlichen Verbot von Glücksspielen entgegensteht.²⁸

3.2. Begriff der Ausspielung

Nicht alle Glücksspiele unterfallen jedoch dem Glücksspielmonopol des Bundes gem § 3 GSpG.²⁹ Eine Lootbox greift vielmehr nur dann in rechtswidriger Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes ein, wenn sie in Form einer verbotenen Ausspielung gem § 2 Abs 4 GSpG angeboten wird. Eine solche Ausspielung ist nach Maßgabe von § 2 Abs 1 GSpG ein **nicht bewilligtes** (und gem § 4 GSpG nicht vom Glücksspielmonopol ausgenommenes, s unten Punkt 3.4.) Glücksspiel, (i) das von einem/einer **Unternehmer*in** veranstaltet, organisiert, angeboten oder zugänglich gemacht wird; (ii) bei dem iZm der Teilnahme ein **vermögenswerter Einsatz** erbracht wird; und (iii) bei dem ein **vermögenswerter Gewinn** in Aussicht gestellt wird. Diese drei Tatbestandsmerkmale müssen kumulativ vorliegen und werden nachfolgend näher erläutert.

20 Vgl *Rapani/Kotanko* in Zillner (FN 1) § 1 Rz 22 ff.

21 Vgl *Rapani/Kotanko* in Zillner (FN 1) § 1 Rz 31.

22 Vgl *Rapani/Kotanko* in Zillner (FN 1) § 1 Rz 18 – die Entgeltlichkeit spielt jedoch bei der Frage, ob das Glücksspiel erlaubterweise angeboten werden darf, eine wichtige Rolle (s unten Punkt 3.2.2.).

23 Für Wien wäre das etwa das *Gesetz über den Abschluss und die Vermittlung von Wetten (Wiener Wettengesetz)* I.GBl 26/2016. Zu beachten ist, dass nur einige Bundesländer Gesellschaftswetten reglementieren.

24 *N. Aquilina* in Zillner (FN 1) IV. Rz 3.

25 Vgl etwa Presseaussendung *Casinos Austria AG/Österreichische Lotterien GmbH*, Österreichische Lotterien feiern 30 Jahre, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20160826_OTSO055/oesterreichische-lotterien-feiern-30-jahre-bild [13.12.2021].

26 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1/1930.

27 Vgl *Casinos Austria AG*, <https://www.casinos.at/casinos> [17.12.2021].

28 ErläutRV 1067 BlgNR 17. GP 15.

29 Zu den Ausnahmen s unten Punkt 3.4.

3.2.1. Unternehmerische Durchführung

§ 2 Abs 1 Z 1 GSpG normiert, dass ein Glücksspiel nur dann eine Ausspielung sein kann, wenn es unternehmerisch durchgeführt wird, also von einem/einer Unternehmer*in veranstaltet, organisiert, angeboten oder zugänglich gemacht wird. Gem § 2 Abs 2 GSpG ist Unternehmer*in, „wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“

Diese Legaldefinition des Unternehmers/der Unternehmerin orientiert sich laut ErläutRV an jener des § 2 UStG 1994³⁰ und ist überaus weit gefasst – so sind insb nicht nur das Anbieten selbst, sondern auch diverse Hilfsleistungen dazu erfasst.³¹ Folglich werden auch Publisher, welche entsprechende Lootboxen anbieten, üblicherweise problemlos als Unternehmer*innen zu qualifizieren sein.

3.2.2. Vermögenswerter Einsatz

§ 2 Abs 2 Z 2 GSpG wiederum besagt, dass eine Ausspielung nur dann vorliegen kann, wenn Spieler*innen oder dritte Personen „eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen“. Somit legt der Gesetzgeber auch dem Begriff des Einsatzes schon dem Wortlaut nach eine relativ weite Bedeutung zugrunde: Enthalten ist nicht nur Geld (auf die Höhe kommt es hierbei nicht an), sondern jegliche Form vermögenswerter Leistungen³² – maßgeblich ist allerdings, dass der/die Spieler*in diesen Einsatz auch verlieren können muss, sprich, ein vermögensrechtlicher Verlust definitionsgemäß eintreten können muss.³³ Verliert man bspw nur Zeit, so ist das Tatbestandsmerkmal des vermögenswerten Einsatzes nicht erfüllt und folglich liegt auch keine (verbotene) Ausspielung vor. Demnach ist Spielzeit ebenso wenig als vermögenswerte Leistung zu qualifizieren wie Zeit, welche man etwa für das Ansehen von (aufgezwungenen) Werbeeinschaltungen aufwendet.

IZm Lootboxen ist es durchaus üblich, vorher Echtgeld in eine Spielwährung umzutauschen (bspw in Schlüssel oder Credits); in diesem Fall ist jedenfalls die Spielwäh-

rung als vermögenswerte Leistung zu qualifizieren. Die Argumentation, dass eine Spielwährung keine vermögenswerte Leistung darstellen würde, muss fehlgehen: So entspricht das Wechseln in eine Spielwährung in Casinos der täglichen Praxis (Stichwort: Token), wodurch – wenn auch indirekt – Echtgeld iZm der Teilnahme erbracht wird.³⁴

Viele Spiele verwenden im Hinblick auf Lootboxen ein Mischsystem: Lootboxen können durch im Spiel unentgeltlich freischaltbare Schlüssel/Credits sowie durch gekaufte Schlüssel/Credits geöffnet werden. Die bloße Möglichkeit, die Lootboxen auch ohne Geldeinsatz freischalten zu können, ändert jedoch nichts an der spielrechtlichen Einschätzung: Sobald Spiele den Einsatz von Geld auch nur anbieten, ist das Tatbestandsmerkmal des Einsatzes erfüllt.

Sollte der Publisher Lootboxen respektive deren Schlüssel bzw Credits in einem Bundle mit einem kaufbaren DLC³⁵ bzw einer sonstigen Mikrotransaktion vertreiben, kommt es uE auf einen eigenständigen wirtschaftlichen Zweck an: Sind die Lootboxen bzw deren Schlüssel tatsächlich eine kostenlose Zugabe zu einem DLC/ einer Mikrotransaktion, so ist das Tatbestandselement des Einsatzes gem § 2 Abs 2 Z 2 GSpG nicht erfüllt. Muss der/die Spieler*in für ein Bundle-Angebot allerdings mehr zahlen als für den DLC/die Mikrotransaktion alleine (bspw ist der DLC für EUR 50 erhältlich, inkl 30 Schlüssel, allerdings zum Aktionspreis von EUR 60), dann handelt es sich sehr wohl um einen vermögenswerten Einsatz iSd GSpG. Auch Kleinstbeträge erfüllen das Tatbestandsmerkmal der vermögenswerten Leistung.

Theoretisch wäre es auch möglich, das Öffnen von Lootboxen von der Angabe personenbezogener Daten abhängig zu machen.³⁶ Diesen liegt zwar grds ein monetärer Wert inne – nach Meinung von Erlacher³⁷ sowie Bresich/Posch³⁸ verlangt jedoch der spielrechtliche Begriff des „Einsatzes“, dass aufseiten der Spieler*innen tatsächlich ein vermögensrechtlicher Verlust eintreten kann.³⁹ Ein solcher ist bei der Preisgabe von personenbezogenen Daten allerdings nicht ersichtlich, da der Vermögensstand des Spielers/der Spielerin* gänzlich unverändert bleibt. Ein Schaden entstünde uU nur, wenn mit den Daten (in eklatanter Weise) entgegen den

30 Bundesgesetz über die Besteuerung der Umsätze (Umsatzsteuergesetz 1994 – UStG 1994) BGBl 663/1994.

31 ErläutRV 658 BlgNR 24, GP 5.

32 Vgl Rapani/Kotanko in Zillner (FN 1) § 2 Rz 28.

33 Vgl P. Erlacher, Glücksspielgesetz² (1997) 13; glA R. Bresich/G. Posch in G. Strejcek/R. Bresich, GSpG 1989² (2011) § 2 Rz 11.

34 Vgl Bajrami/Pachschwöll (FN 9) 74.

35 DLC ist eine Abkürzung der englischsprachigen Bezeichnung „Downloadable Content“.

36 In dieser Arbeit wird hierbei nicht auf die datenschutzrechtlichen Problemstellungen wie bspw das Koppelungsverbot gem Art 7 Abs 4 DSGVO eingegangen.

37 Erlacher (FN 31) 13.

38 Vgl Bresich/Posch in Strejcek/Bresich (FN 31) § 2 Rz 11.

39 Vgl A. Stadler/L. Pachschwöll in Zillner (FN 1) VOR § 58 Rz 45.

Bestimmungen der DSGVO⁴⁰ verfahren würde – was allerdings üblicherweise nicht anzunehmen ist. So ist gerade im Lichte der äußerst strengen Reglementierung der DSGVO zu konstatieren, dass ein Publisher nur in sehr engen Grenzen rechtmäßig Datenverarbeitungen vornehmen darf. Zudem wird ja der Person, welche in die Verarbeitung einwilligt, ein ganzes Bündel an Rechten zur Verfügung gestellt, mittels derer sie Einfluss auf die weitere Verarbeitung ihrer Daten nehmen kann – man denke hier etwa an das Recht auf Widerruf der Einwilligung nach Art 7 Abs 3 DSGVO.

3.2.3. Vermögenswerter Gewinn

Das letzte der drei kumulativen Tatbestandselemente ist schließlich der Gewinn gem § 2 Abs 2 Z 3 GSpG. Dieser ist dann gegeben, „wenn eine vermögenswerte Leistung [für die Teilnahme am Glücksspiel] in Aussicht gestellt wird“. Das Vorliegen eines vermögenswerten Gewinns ist somit in jenen Fällen anzunehmen, in welchen der Gewinn mit einem (wenn auch noch so geringen) monetären Wert beziffert werden kann.

Wie oben bereits beschrieben, setzt ein Einsatz voraus, dass der/die Spieler*in etwas verlieren können muss – spiegelbildlich setzt der Gewinn voraus, dass der/die Spieler*in eine Chance auf einen *tatsächlichen* Wertgewinn haben muss. Ist die Gewinnwahrscheinlichkeit auf alle Gegenstände gleich hoch – gibt es also keine Gewichtung (bspw von „gewöhnlich“ bis „legendär“) – so kann es sich uMn schon definitionsgemäß nicht um einen Gewinn handeln. Dies ist auch der Grund, wieso Überraschungseier, Panini-Sammelsticker und Kaugummiautomaten nicht als Glücksspiel zu qualifizieren sind: Der Gewinngegenstand ist zwar zufällig, jedoch ist der Wert im Vorhinein bestimmt (alle Gegenstände kommen grds gleich oft vor). Ausschlaggebend ist hier nicht der subjektive, sondern der objektive Wert: Wenn im eigenen Panini-Sammelalbum nur noch ein Sticker fehlt, mag dieser fehlende Sticker durchaus einen sehr hohen subjektiven Wert aufweisen; der objektive Wert ist dennoch ident mit dem jedes anderen Sammelstickers. Somit bedarf der Gewinn jedenfalls einer wertmäßigen Gewichtung – im Bereich der digitalen Güter kann dieses Erfordernis nur durch verschiedene Seltenheitsgrade verwirklicht werden.⁴¹

Während weiters im analogen Bereich die Auslegung der Wortfolge „vermögenswerte Leistung“ wenig Schwierigkeiten bereitet (tatsächlich ist hier nämlich so gut wie jeder Gewinn eine „vermögenswerte Leistung“), ist der Befund im digitalen Bereich nicht so einfach zu stellen: So entbrannten Diskussionen darüber, inwiefern digitale Güter überhaupt „vermögenswert“ sein können; teilweise wurde die Veräußerbarkeit des Gewinns als Kriterium herangezogen⁴², weshalb also nur vermögenswert sei, was (unmittelbar) gehandelt und zu Geld gemacht werden kann. Dieser Ansicht ist uE nicht beizupflichten: Auch wenn Items auf manchen Plattformen grds nicht übertragen werden können, verbleibt dennoch die Möglichkeit, den Account zu veräußern, mit welchem das jeweilige Item gewonnen wurde (der Verkauf von Accounts geschieht durchaus regelmäßig, dies ist also keine Seltenheit). Demnach können Items jedenfalls nachträglich über diesen Weg zu vermögenswerten Gewinnen gemacht werden.⁴³ Selbst wenn man diesen Umstand außer Acht lässt, ist doch zu konstatieren, dass der Gesetzgeber eine einfache „Veräußerbarkeit“ nicht fordert, sondern eben nur eine „vermögenswerte Leistung“. Wird die Vermögenswertigkeit der Leistung nicht schon dadurch augenscheinlich, dass die Spieler*innen bereit sind, Echtgeld aufzuwenden, um an diese Items zu kommen? Ob diese Items dann letzten Endes leicht handelbar sind oder schwierig, macht uE keinen Unterschied.

3.3. Zwischenergebnis

Auf Basis der eben getätigten Ausführungen lassen sich einige Voraussetzungen extrapolieren, die iZm Lootboxen kumulativ das Vorliegen eines lizenzpflichtigen Glücksspiels bedingen (sofern es nicht unter einen Ausnahmetatbestand fällt – was bei Lootboxen ohnehin kaum jemals zutrifft, s sogleich Punkt 3.4.):⁴⁴

- **Unternehmerisches Handeln:** Der Publisher muss durch das Anbieten von Lootboxen selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen ausüben; Gewinnabsicht ist nicht erforderlich.
- **Zufall:** Der/Die Spieler*in darf vor Öffnen der Lootbox nicht (genau) wissen, welches Item er/sie erhalten wird. Andernfalls handelt es sich um eine sog Mikrotransaktion. Entscheidend ist, dass der Zufall (gegenüber dem Können) überwiegt.

40 VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1; Kurzzitat: DSGVO 2016/679 ABl L 2016/119, 1.

41 Vgl Bajrami/Pachschwöll (FN 9) 74 f.

42 Vgl M. Sumper/L. Zechner, Lootboxen (virtuelle Schatzkisten) in Online-Videospielen aus der Sicht des Glücksspielrechts, RdW 2019, 126.

43 Vgl T. Schmitt/E. Steiner, Lootboxen: Glücksspiel in Computerspielen?, ccolex 2019, 398; Bajrami/Pachschwöll (FN 9) 74.

- **Echtgeld:** Der/Die Spieler*in muss – egal in welcher Form – Echtgeld (andere Vermögenswerte werden bei Lootboxen ohnehin nicht vorkommen) für das Öffnen oder Kaufen der Lootbox ausgeben (können – Angebot von Glücksspiel ist ausreichend). Kann der/die Spieler*in die Lootbox nur durch Zeit freischalten, unterfällt dies nicht dem Glücksspielmonopol.
- **Gewinne mit unterschiedlichen Seltenheitsgraden:** Von einem „Gewinn“ kann nur dann gesprochen werden, wenn es Items mit objektiv höherem Wert und solche mit objektiv geringerem Wert gibt.

Bei **kumulativem** Vorliegen dieser vier Voraussetzungen wird die Lootbox in Form einer Ausspielung gem § 2 Abs 1 GSpG durchgeführt, welche grds dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegt.

Genauer gesagt handelt es sich bei Lootboxen um „*Ausspielungen, bei denen die Spielteilnahme unmittelbar durch den Spieler über elektronische Medien erfolgt und die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig herbeigeführt sowie über elektronische Medien zur Verfügung gestellt wird*“ (§ 12a GSpG).

Das Tatbestandselement der „zentralseitigen Herbeiführung“ bedeutet, dass die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig (*ergo* auf einem Server) erfolgen muss.⁴⁴ Diese Eigenschaft hebt diese sog „elektronischen Lotterien“ (der Begriff ist etwas missverständlich, denn erfasst sind nicht bloß „Lotterien“ i.e.S., sondern grds jede Form von online durchgeführten Glücksspielen) von herkömmlichen Glücksspielautomaten gem § 2 Abs 3 GSpG ab, welche mittels eigener mechanischer respektive elektronischer Vorrichtungen dezentral die Entscheidung über das Spielergebnis treffen. Mit herkömmlichen Glücksspielautomaten werden folglich keine elektronischen Lotterien gem § 12a GSpG veranstaltet.⁴⁵ Selbiges gilt natürlich auch für offline durchgeführte Casinospiele. Werden Casinospiele dahingegen online durchgeführt, so sind sie sehr wohl als elektronische Lotterien zu qualifizieren.

Folglich ist eine Lootbox eine Unterform der Ausspielung, eine sog „elektronische Lotterie“, deren Durchführung nur auf Basis der Lotterien-Einzelkonzession gestattet ist, welche seit 1986 von der *Österreichischen Lotterien GmbH* gehalten wird. Ein Publisher bietet durch das Implementieren solcher Lootboxen in Spielertiteln mangels einer entsprechenden Bewilligung gem §§ 14 ff GSpG bzw mangels einer Ausnahme gem § 4 GSpG (s sogleich) eine verbotene Ausspielung gem § 2 Abs 4 GSpG an, welche gegen das Glücksspielmonopol des Bundes gem § 3 GSpG verstößt.

3.4. Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol

Auch wenn das Vorliegen der oben normierten Voraussetzungen eine verbotene Ausspielung mit hoher Wahrscheinlichkeit indiziert, muss aufgrund des Ausnahmekatalogs des § 4 GSpG dennoch nicht zwingend ein Verstoß gegen das Glücksspielmonopol gegeben sein. Vorausgeschickt sei an dieser Stelle, dass im Falle von Lootboxen grds keine der infrage kommenden Ausnahmen greift und diese hier deswegen eher der Vollständigkeit halber dargestellt werden:

Für Lootboxen bedeutsam könnte in der Theorie die Ausnahme des § 4 Abs 1 GSpG sein, welcher zufolge Glücksspiele nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegen, wenn sie nicht als Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG veranstaltet werden (§ 4 Abs 1 Z 1 GSpG) und „*bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge*“ (§ 4 Abs 1 Z 2 lit a GSpG) oder „*nur einmalig zur Veräußerung eines körperlichen Vermögensgegenstandes durchgeführt werden*“ (§ 4 Abs 1 Z 2 lit b GSpG).

Bei dem Gesetzestext ist die Betonung auf das Wort „und“ zu legen – es darf sich demnach von vornherein nicht um eine Ausspielung handeln, wenn man sich auf diese Ausnahme berufen möchte. Andernfalls ist es aus rechtlicher Sicht irrelevant, ob die Ausspielung nur zum Zeitvertreib und um geringe Beträge durchgeführt wird – solange die Lootbox als Ausspielung zu qualifizieren ist, bleibt es beim Verstoß gegen das Glücksspielmonopol.⁴⁶ § 4 Abs 2 und 3 GSpG wiederum stellen auf ein Spiel mit Glücksspielautomaten ab – wie schon oben festgestellt, ist ein Glücksspielautomat gem § 2 Abs 3 GSpG definitionsgemäß mit eigenen mechanischen respektive elektronischen Vorrichtungen ausgestattet, mit welchen dezentral die Entscheidung über das Spielergebnis getroffen werden. Bei einer zentralseitigen Herbeiführung jedoch, wie es bei Lootboxen der Fall ist, liegt eine elektronische Lotterie gem § 12a GSpG vor, für welche die Ausnahmen des § 4 Abs 2 und 3 GSpG nicht gelten.

Auch die Ausnahme nach § 4 Abs 5 GSpG für Glückshäfen, Juxausspielungen und Tombolaspiele ist nicht einschlägig – auch wenn der Gesetzgeber hier grds nicht zwischen Online- und Offline-Bereich unterscheidet (erwähnt sei, dass der Regelungsrahmen für eine lizenzierte Durchführung von Lotterien ohne Erwerbzweck gem § 32 ff GSpG wohl eine Online-Durchführung ohnehin nicht ermöglichen dürfte)⁴⁷, steht sowohl die 4.000-EUR-Schranke pro Kalenderjahr als auch die zwingend wohl-tätige oder karitative Widmung der Einnahmen der An-

44 Vgl *Aquilina* in Zillner (FN 1) § 12a Rz 3.

45 Vgl *Aquilina* in Zillner (FN 1) § 12a Rz 3.

46 AM wohl *Schmitt/Steiner* (FN 41) 398.

47 Vgl *L. Pachschwöll/A. Stadler* in Zillner (FN 1) § 36 Rz 37–43.

wendbarkeit dieser Ausnahme auf das Lootboxen-Modell entgegen. Folglich wird § 4 Abs 5 GSpG im Bereich der Lootboxen kaum jemals greifen.

Letztlich ist auch die Ausnahme des § 4 Abs 6 GSpG (Auspielungen mit Kartenspielen in Turnierform) im Hinblick auf Lootboxen nicht einmal in theoretischen Konstellationen erfolversprechend: Denn Auspielungen über elektronische Medien sind *ex lege* nicht von der Ausnahme erfasst.

Demnach verstoßen Lootboxen, die in Form einer Auspielung gem § 2 GSpG durchgeführt werden, so gut wie immer gegen das Glücksspielmonopol. Nachfolgend werden die rechtlichen Konsequenzen eines solchen Verstoßes genauer erläutert.

3.5. Rechtliche Konsequenzen der glücksspielrechtlichen Qualifikation

Je nachdem, wie die rechtliche Qualifizierung einer Lootbox ausfällt (ob sie also als Auspielung gem § 2 GSpG anzusehen ist oder nicht), sind unterschiedliche (steuer-)rechtliche Folgen denkbar. Diese Arbeit wird die wichtigsten Konsequenzen aufgreifen und nachstehend ausführen. Natürlich wird aufgrund des oftmals grenzüberschreitenden Elements auch Unionsrecht schlagend: Zwar könnte etwa ein Publisher uE aufgrund der vorrangigen Anwendbarkeit des Unionsrechts (insb der Niederlassungsfreiheit gem Art 49 AEUV⁴⁸ und der Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 AEUV) mit einer entsprechenden Glücksspiellizenz eines anderen EU-Mitgliedstaats einige der nachfolgend aufgeworfenen Risiken vermeiden, da das österreichische Glücksspielmonopol in seiner jetzigen Form gegen das Unionsrecht verstößt⁴⁹. Nachdem es sich hier allerdings um eine sehr theoretische Herangehensweise handelt, wird das Unionsrecht in weiterer Folge ausgeblendet (schließlich wird sich dzt kaum je ein Publisher um eine Glücksspiellizenz für seine Lootboxen bemühen, da dies als Eingeständnis gesehen werden könnte).

3.5.1. Verwaltungsstrafrechtliche Konsequenzen

Ist eine Lootbox als verbotene Auspielung gem § 2 Abs 4 GSpG respektive als „elektronische Lotterie“

gem § 12a GSpG zu qualifizieren, so setzt sich der Publisher grds einem juristischen Risiko aus. Auch wenn das Finanzministerium (bzw seit BGBl I 104/2019 das Finanzamt Österreich) in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde uW vollzugstechnisch bis dato nicht gegen Publisher aktiv wurde, bedeutet das nicht, dass sich dieser Befund nicht jederzeit zum Nachteil der Publisher ändern könnte:

Denn nach Maßgabe des GSpG ist verwaltungsstrafrechtlich mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 60.000 zu belangen, wer eine illegale Lootbox in seinem Spiel anbietet bzw sich unternehmerisch beteiligt. Dem genauen Gesetzeswortlaut zufolge kann bestraft werden, „*wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Auspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt*“ (§ 52 Abs 1 GSpG). Die Wortfolge „*Teilnahme vom Inland aus*“ bedeutet, dass die Spielteilnahme *tatsächlich* auf dem Staatsterritorium der Republik Österreich stattfinden muss, was in weiterer Folge voraussetzt, dass das jeweilige Spiel in Österreich zugänglich ist bzw sich das Spielangebot (auch) auf den österreichischen Markt hin ausrichtet (dies ist wohl gerade aufgrund des Internets bei allen Spielen zu bejahen, welche auf den üblichen Plattformen erhältlich sind).⁵⁰ Eine standortbezogene IP-Sperre für Österreich würde die Verwaltungsstrafbarkeit jedoch uE beseitigen, selbst wenn Spieler*innen diese bspw mittels eines VPN⁵¹ umgehen.⁵²

Von dieser Norm sind allerdings nicht nur die Publisher selbst betroffen, sondern uU auch Plattformen, auf welchen die Spiele erworben und gespielt werden können: Erwirbt man die Lootboxen oder dazugehörige Schlüssel bspw über den *PlayStation Store* oder *Steam*, so wird das nicht lizenzierte Glücksspiel unternehmerisch zugänglich gemacht. Hier ist uE nicht von einer bloßen Förderungshandlung (§ 52 Abs 1 Z 6 GSpG) auszugehen, da die Plattform von den Einsätzen der Spieler*innen unmittelbar profitiert. Ohne die Plattform könnten die Lootboxen vielfach auch gar nicht angeboten werden: Der *PlayStation Store* bietet nicht nur den (oft exklusiven) Zugang zum Spieletitel an, sondern über diesen werden auch die Einsätze in Form des PlayStation-Guthabens ab-

48 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union BGBl III 86/1999.

49 Vgl F. Leidenmühler, Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, MR 2016, 295 ff; C. Lanser, In dubio pro Vorlagepflicht, ecoloex 2016, 1030 ff; A. Grof, Monopolkompetenz des EuGH in Fragen der Vereinbarkeit von innerstaatlichem Recht mit Unionsrecht vs. Kompatibilitätsprüfungsmonopol nationaler Höchstgerichte: Grundbedingungen für ein Harmonisierungsmodell, SPRW 2016, 110 und 116; A. Grof, Unionsrechtskompatibilität: Keine Bindung an

Höchstgerichte – insb nicht bei Judikaturdivergenz (zB Glücksspielmonopol)?!, ecoloex 2016, 739 – vgl LVwG OÖ 22.12.2012, LVwG-411653/5/Gf/Mu mwN.

50 Vgl A. Grof in Zillner (FN 1) §§ 52–52f Rz 17 f.

51 Mit einem sog VPN (hierbei handelt es sich um eine Abkürzung der englischsprachigen Bezeichnung „Virtual Private Network“), können vereinfacht ausgedrückt länderspezifische IP-Sperren umgangen werden, indem der/die Nutzer*in einen Standort in einem anderen Staat vortäuscht.

52 Vgl Grof in Zillner (FN 1) §§ 52–52f Rz 18.

gewickelt, welches in weiterer Folge in Spielguthaben umgetauscht wird. UE vermag diesen Befund auch der Ausschluss der Verantwortlichkeit beim Hosting fremder Inhalte nach Maßgabe des § 16 ECG⁵³ nicht zu ändern, da die jeweiligen Plattformen Verträge mit den Publishern schließen und durchaus positive Kenntnis vom Inhalt der Spiele und somit vom Bestehen von (illegalen) Lootboxen haben. Bei bekannteren Spieletiteln, die ohnehin das Gros der Lootboxen-Umsätze lukrieren, wird zudem wohl niemand der in der Branche verantwortlichen Personen ernsthaft behaupten können, er/sie wisse nichts von der Geschäftemacherei mit Lootboxen.

Mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 22.000 ist gem § 52 Abs 1 Z 9 GSpG zu bestrafen, wer eine verbotene Auspielung bewirbt oder deren Bewerbung ermöglicht. Diese Bestimmung könnte insb für Streamer*innen relevant sein, welche diesen illegalen Lootboxen auf ihren Kanälen Raum geben bzw dem Öffnen einer solchen Lootbox eine positive Konnotation verleihen. Denn der Werbegriff ist überaus weit zu verstehen: Nicht nur Werbung im eigentlichen (wirtschaftlichen) Sinne soll nach Ansicht des VwGH darunterfallen, sondern insb auch sonstige, nicht wirtschaftliche Maßnahmen, die Menschen auf andere Weise beeinflussen.⁵⁴ Jedenfalls aber muss der Effekt der Bewerbung im Inland eintreten (was wohl die Strafbarkeit vieler – va internationaler – Streamer*innen ausschließt).⁵⁵

Auch nach Ansicht von *Bresich/Klingenbrunner/Posch* ist der entsprechende Tatbestand weit zu verstehen: Demnach seien weitergehende Überlegungen, inwiefern eine Maßnahme als Werbung zu qualifizieren ist, oft entbehrlich, da jede positive Äußerung über illegales Glücksspiel die Absicht verfolge, Personen zur Teilnahme zu animieren – nachdem der Tatbestand auch nicht auf die Bewerbung durch gewisse Personen abstellt (zB Veranstalter*in des Glücksspiels), könne ihn eben jede Person erfüllen, ob er/sie nun davon profitiert oder nicht.⁵⁶

Für herkömmliches/originäres Glücksspiel mögen die Ausführungen von *Bresich/Klingenbrunner/Posch* zur Werbung zutreffen, bei Lootboxen allerdings, welche – wie oben beschrieben – nur akzessorisch bestehen und als Nebenleistung zu Spieletiteln zu betrachten sind, empfiehlt sich ein etwas differenzierterer Ansatz. So müssten uF die Anpreisungen des Streamers/der Streamerin* eine gewisse Qualität erreichen, bspw die an Zu-

seher*innen eines Streams gerichtete direkte oder mehrmalige, nachdrückliche indirekte Aufforderung zu entsprechenden Einsatzleistungen. Das bloße (kostenpflichtige) Öffnen einer nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Lootbox während eines Streams kann jedenfalls noch nicht als Werbung angesehen werden, auch wenn dadurch bei einigen Zusehern/Zuseherinnen ein „wohlwollendes Interesse“ an der Lootbox geweckt oder gefördert werden könnte.

Freilich setzt auch das Verwaltungsstrafrecht eine subjektive Tatseite voraus, wobei grds bloße Fahrlässigkeit ausreicht, um eine Strafbarkeit zu begründen. Nachdem in den letzten Jahren weltweit diskutiert wurde, dass gewisse Lootboxen als Glücksspiel zu qualifizieren sind und gegen das jeweils nationale Recht verstoßen, kann man den Beteiligten wohl sogar zumindest einen Eventualvorsatz unterstellen – demnach halten die Beteiligten es ernstlich für möglich und finden sich damit ab, dass sie gegen ein nationales Glücksspielgesetz verstoßen. Allerdings werden gerade viele Amateur-Streamer*innen weder (bedingt) vorsätzlich noch fahrlässig handeln, wenn sie dem Gesetz zuwiderlaufende Lootboxen bewerben; natürlich ist es geboten, die subjektive Tatseite im Einzelfall zu prüfen.

3.5.2. Strafrechtliche Konsequenzen?

Gem § 168 Abs 1 StGB⁵⁷ ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, „[w]er ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, [...] es sei denn, daß bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.“

Aufgrund der Subsidiaritätsbestimmung des § 52 Abs 3 GSpG, wonach eine Handlung, die sowohl einen Verstoß gegen die Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 GSpG als auch gegen die Strafnorm nach § 168 StGB darstellt, ausschließlich nach ersterer zu beurteilen ist, verbleibt kaum ein Anwendungsbereich für das Strafrecht.⁵⁸ Erfasst sind etwa noch Hütchenspiele oder die gewerbsmäßige Spielteilnahme⁵⁹; also Handlungen, die iZm Loot-

53 Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG) BGBl I 152/2001.

54 VwGH 23.11.2001, 99/02/0287; vgl R. *Bresich/A. Klingenbrunner/G. Posch* in Strejcek/Bresich (FN 31) § 52 Rz 38.

55 Vgl *Grof* in Zillner (FN 1) §§ 52–52f Rz 54.

56 *Bresich/Klingenbrunner/Posch* in Strejcek/Bresich (FN 31) § 52 Rz 39; glA *Grof* in Zillner (FN 1) §§ 52–52f Rz 55.

57 Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 60/1974.

58 *K. Kirchbacher* in F. Höpfel/E. Ratz, WK² StGB § 168 Rz 1/2 (Stand 1.12.2018, rdb.at).

59 Vgl *Kirchbacher* in Höpfel/Ratz (FN 56) Rz 8a ff (Stand 1.7.2013, rdb.at).

boxen eher nicht vorkommen. Folglich sind uE **keine strafrechtlichen Risiken** iZm dem Anbieten einer gegen das GSpG verstoßenden Lootbox ersichtlich, wodurch weitere Ausführungen unterbleiben können.

3.5.3. Umsatzsteuerrechtliche Konsequenzen

Die Qualifizierung als Glücksspiel bleibt auch in abgabenrechtlicher Hinsicht nicht folgenlos. Zum besseren Verständnis wird hier zunächst die abgabenrechtliche Einordnung einer Lootbox dargestellt, welche **nicht** als Ausspielung iSd § 2 Abs 1 GSpG zu qualifizieren ist (spricht, das Glücksspielmonopol des Bundes nicht verletzt) und erst in einem zweiten Schritt wird der Fall, dass die Lootbox in Form einer Ausspielung gem § 2 Abs 1 GSpG durchgeführt wird, abgabenrechtlich behandelt.

Ein entgeltlicher Erwerb von Lootboxen unterliegt einem synallagmatischen Verhältnis, das als Leistungsaustausch im umsatzsteuerrechtlichen Sinne angesehen werden kann, wodurch – sofern der Publisher die Unternehmer*inneneigenschaft gem § 2 Abs 1 UStG aufweist und die jeweiligen Voraussetzungen im Hinblick auf eine wirtschaftliche Tätigkeit gegeben sind – die Leistung letztendlich **umsatzsteuerbar** ist.⁶⁰ Lootboxen wären ohne Informationstechnologie nicht möglich und sie generieren Umsätze automatisiert über das Internet unter minimaler menschlicher Beteiligung – durch Anh II Nr 4 MwSt-SystRL⁶¹ sind (Online-)Glücksspiele und Lotterien exemplarisch als elektronisch erbrachte Dienstleistung anzusehen, für welche bei B2C-Umsätzen (wie dies bei Lootboxen der Fall ist) die Leistungsartregel des § 3a Abs 13 UStG gilt.⁶² Demnach wird für Lootboxen, welche **nicht** in Form einer Ausspielung gem § 2 Abs 1 GSpG durchgeführt werden, eine Umsatzsteuer iHv 20 % fällig.

Ist eine Lootbox wiederum als Ausspielung gem § 2 Abs 1 GSpG zu qualifizieren, sieht § 6 Abs 1 Z 9 lit d sublit aa UStG für mit Ausspielungen gem § 2 Abs 1 GSpG unmittelbar verbundene Umsätze eine **Steuerbefreiung** vor.⁶³ Das bedeutet jedoch nicht, dass für diese Lootboxen keine Abgaben zu leisten sind – vielmehr wird dann die Glücksspielabgabe gem § 57 Abs 2 GSpG schlagend. Dieser Bestimmung zufolge beträgt „[f]ür Ausspielungen gemäß § 12a (elektronische Lotterien), an denen die Teilnahme vom Inland aus erfolgt [...] die Glücksspielabgabe 40 vH der Jahresbruttospieleinnahmen.“ Die Jahresbruttospieleinnahmen wiederum sind festgelegt

als Differenz zwischen Einsätzen und ausgezahlten Gewinnen eines Kalenderjahres (§ 57 Abs 5 GSpG).

Dies ist der Status quo aus umsatzsteuerrechtlicher Sicht – aus praktischer Sicht darf freilich bezweifelt werden, ob Publisher für Lootboxen tatsächlich eine Glücksspielabgabe leisten. Aber besonders auch die steuerrechtliche Seite zeigt auf, dass die glücksspielrechtliche Qualifikation für Lootboxen bedeutsame „Nebenschauplätze“ eröffnet, die für Publisher durch- aus zusätzliche (finanzielle) Risiken bergen.

3.5.4. Zivilrechtliche Konsequenzen

Werden Lootboxen in Form einer Ausspielung angeboten, für welche *keine* dafür erforderliche Konzession vorliegt, so ergeben sich natürlich (auch) zivilrechtliche Fragen und Probleme. Während sich dieses Kapitel insb auf die Rückforderung von Einsätzen infolge des Vorliegens nicht konzessionierten Glücksspiels fokussiert, nimmt der unten nachfolgende Punkt 4. („Zivilrechtliche Einordnung von Lootboxen“) eine umfassendere zivilrechtliche Qualifizierung von Lootboxen vor.

Gerade in den letzten Jahren sind **Spielerrückforderungen** iVm nicht lizenziertem Glücksspiel nicht nur medial in den Mittelpunkt gerückt, sondern auch die Höchstgerichte (insb der OGH)⁶⁴ wurden mehrfach damit befasst. Nachdem es sich bei Lootboxen, welche in Form einer Ausspielung durchgeführt werden, typischerweise um – wie bereits oben erwähnt – elektronische Lotterien gem § 12a GSpG handelt und Lootboxen aus rechtlicher Sicht keinen Unterschied zu herkömmlichem/originärem Online-Glücksspiel aufweisen, sind die Ausführungen der Gerichte auch für Lootboxen von Interesse. Exemplarisch herangezogen sei eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2017⁶⁵, welche zwar Automaten-glücksspiel zum Gegenstand hatte – der OGH illustriert in dieser Entscheidung allerdings anschaulich, wie er illegales Glücksspiel rechtlich qualifiziert. So führte der OGH aus:

„Die Durchführung einer Ausspielung ohne Konzession stellt ein verbotenes Glücksspiel dar. Nach der Rechtsprechung sind jene Spiele iSd § 1174 Abs 2 ABGB verboten und damit nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB, die den in § 168 Abs 1 StGB und in § 1 Abs 1 GSpG angeführten Charakter haben, bei denen also Gewinn und Verlust ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängen.“⁶⁶

60 Sumper/Zechner (FN 40) 129.

61 RL (EG) 112/2006 des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl 2006/347 1; Kurzzitat: MwSt-SystRL (EG) 112/2006 ABl 2006/347 1.

62 Sumper/Zechner (FN 40) 129.

63 Vgl Sumper/Zechner (FN 40) 129.

64 OGH 28.3.2017, 4 Ob 30/17s; OGH 3.5.2017, 4 Ob 71/17w; OGH 29.5.2017, 6 Ob 124/16b; OGH 27.7.2017, 4 Ob 124/17i mwN.

65 OGH 29.5.2017, 6 Ob 124/16b.

66 OGH 29.5.2017, 6 Ob 124/16b Punkt 5.

Der OGH nimmt also eine Nichtigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB⁶⁷ an, wenn eine Ausspielung ohne entsprechende Konzession durchgeführt wird.⁶⁸ Das würde uE auch auf Lootboxen zutreffen, die als Ausspielung zu qualifizieren sind: Der zugrunde liegende Vertrag wäre somit mit Nichtigkeit belastet. Die in der Praxis freilich sehr wichtige Frage, was dies *in concreto* für die Spielerschaft bedeutet, beantwortete der OGH ebenso:

„Was auf der Grundlage eines unerlaubten und damit unwirksamen Glücksvertrags gezahlt wurde, ist rückforderbar. Verbotene Spiele erzeugen nicht einmal eine Naturalobligation. Der Verlierer kann die bezahlte Spielschuld zurückfordern, ohne dass dem die Bestimmung des § 1174 Abs 1 Satz 1 ABGB oder § 1432 ABGB entgegensteht, weil die Leistung nicht ‚zur Bewirkung‘ der unerlaubten Handlung, sondern als ‚Einsatz‘ erbracht wurde. Den Rückforderungsanspruch zu verweigern, würde dem Zweck der Glücksspielverbote widersprechen. Bereicherungsschuldner ist derjenige, dem der Spieler die Einsätze in Erfüllung mit ihm geschlossener, ungültiger Glücksspielverträge geleistet hat.“⁶⁹

Somit kann ein/eine Spieler*in nach der Entscheidung des OGH jedenfalls die für eine dem Glücksspielmonopol unterfallende Lootbox geleisteten Zahlungen rückfordern. Die Nichtigkeit ist allerdings keine „Einbahnstraße“: So bedingt die Nichtigkeit des Vertrags, dass grds auch kein Grund besteht, auf Basis dessen der/die Spieler*in den (durch die Lootbox erworbenen) digitalen Gegenstand verwenden darf. Demnach könnte der Publisher den/die Spieler*in von der Nutzung jener digitalen Inhalte ausschließen, welche ihm/ihr durch die Öffnung derartiger Lootboxen gewährt wurde.

Im selben Jahr stellte der OGH in einer weiteren Entscheidung fest, dass sich der/die Spieler*in für seine/ihre Rückforderung einerseits auf das Bereicherungsrecht stützen kann, andererseits steht dem/der Spieler*in das Schadenersatzrecht zur Seite, da ein Verstoß gegen das Glücksspielmonopol letztlich eine Schutzgesetzverletzung gem § 1311 ABGB ist.⁷⁰

4. Zivilrechtliche Einordnung von Lootboxen

Abseits der soeben dargestellten glücksspielrechtlichen Einordnung und deren Folgen ist für das Verständnis betreffend Lootboxen freilich auch die zivilrechtliche

Qualifizierung von Interesse. An dieser Stelle ist vorab zu erwähnen, dass das ABGB den Anwendungsfall „Lootboxen“ nicht vorhersehen konnte und sich deswegen auch kein einschlägiger Tatbestand auffinden lässt. Daher muss man Lootboxen mittels dynamischer Interpretation unter die bestehenden Rechtsnormen einzuordnen versuchen:

So sind uE Lootboxen nicht zu behandeln wie Gewinnspiele oder Preisausschreiben: Diese qualifiziert der OGH – uMn wohl aus konsumentenschutzrechtlichen Überlegungen⁷¹ – nämlich relativ großzügig als Auslobung gem § 860 ABGB. IdZ kommt es nach Meinung des OGH grds nicht auf ein aleatorisches Moment an⁷², da Lootboxen ganz andere Ziele verfolgen (Lootboxen lassen sich keinesfalls beschreiben als eine „nicht an bestimmte Personen gerichtete Zusage einer Belohnung für eine Leistung oder einen Erfolg“ – § 860 ABGB). Zudem verlangen viele Lootboxen tatsächlich einen vermögenswerten Einsatz, welcher sich nicht mit (den zwingend kostenlos durchgeführten) Gewinnspielen und Preisausschreiben vereinbaren lässt. Folglich handelt es sich bei einer Lootbox nicht um eine (klagbare) Auslobung gem § 860 ABGB.

Vielmehr sind Lootboxen als Glücksverträge (icS) gem §§ 1267 ff ABGB zu qualifizieren⁷³ – dass der Gesetzgeber den Anwendungsfall „Lootbox“ und insb dessen digitale Durchführung in §§ 1267 ff ABGB nicht gesondert berücksichtigt hat, schadet diesem Befund keineswegs. Ein Glücksvertrag gem §§ 1267 ff ABGB liegt vor, wenn „die Hoffnung eines noch ungewissen Vorteiles versprochen und angenommen wird“ (§ 1267 ABGB). In diesem Sinne hat der OGH in seiner Jud klargestellt, dass „[g]emeinsames Tatbestandselement aller Glücksverträge [...] die Hoffnung auf einen noch ungewissen Vorteil [ist]. Ungewiss ist nicht die Höhe und das Ausmaß des Vorteils, sondern sein Eintritt.“⁷⁴

Von Interesse ist hier insb die Auslegung der „Hoffnung eines noch ungewissen Vorteils“: Kann man (auch wenn der OGH die Ungewissheit der Höhe des Vorteils offenbar für nicht maßgeblich hält) bei beliebig replizierbaren digitalen Gütern von einem „Vorteil“ sprechen, wenn man Items in der niedrigsten Seltenheitsstufe (zB „gewöhnlich“) erhält? Üblicherweise werden gewöhnliche Gegenstände seitens der Spieler*innen nicht einmal als Gewinn wahrgenommen; oftmals überwiegt sogar der Ärger, weil das virtuelle Depot einmal mehr mit

67 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 946/1811.

68 Vgl auch H. Mayer, Staatsmonopole (1976) FN 144.

69 OGH 29.5.2017, 6 Ob 124/16b Punkt 5.

70 OGH 27.7.2017, 4 Ob 124/17i; vgl auch Pachschwöll/Stadler in Zillner (FN 1) § 36 Rz 34.

71 Stadler/Pachschwöll in Zillner (FN 1) VOR § 58 Rz 52–58.

72 RIS-Justiz RS0015889, zuletzt OGH 25.10.2011, 9 Ob 89/10v; vgl auch Stadler/Pachschwöll in Zillner (FN 1) VOR § 58 Rz 47 ff.

73 Vgl A. Legat/G. Leissler, Glücksspielgesetz-Novelle 2019: Bedarf zur Regulierung von Lootboxen?, eCollex 2019, 401.

74 OGH 7.8.2007, 4 Ob 135/07t = SZ 2007/121.

wertlosen Gegenständen angefüllt wird, welche sich weder zu Geld machen lassen, noch sonst brauchbar sind. Folglich darf ohnehin bezweifelt werden, dass es sich bei „gewöhnlichen“ Gegenständen überhaupt um einen Vorteil handelt, wodurch die Mehrheit der Lootboxen faktisch „Nieten“ sind und Lootboxen einen Musterfall der Glücksverträge darstellen. Bei der rechtlichen Beurteilung von Lootboxen darf nicht vergessen werden, dass dem ABGB Glücksverträge iZm der Gewährung von Nutzungsrechten an digitalen Inhalten grds fremd sind. Es lässt sich letztlich jedoch nicht bestreiten, dass die rechtliche Einordnung von Lootboxen in das Rechtssystem der Glücksverträge auch aus teleologischer Sicht absolut naheliegend erscheint.

Im Rahmen der oben erwähnten Entscheidung hat der OGH zudem weiter ausgeführt: „Das Wesen eines aleatorischen synallagmatischen Vertrags besteht darin, dass von vornherein nicht gesagt werden kann, ob sich der Vertrag im Endergebnis – betrachtet man ihn für sich alleine – für den einen oder für den anderen Teil vorteilhaft auswirken wird.“⁷⁵

Bei entgeltlichen Lootboxen handelt es sich uMn somit unstrittig um entgeltliche Glücksverträge ieS gem § 1267 ABGB. Die rechtliche Einordnung unentgeltlicher Lootboxen ist ähnlich: Bei diesen besteht keine Ungewissheit ob des Eintritts, sondern nur ob der Höhe des Vorteils. Ferner liegt bei unentgeltlichen Lootboxen kein synallagmatisches Verhältnis vor, da nur der Publisher eine Leistung zur Verfügung stellt. Andererseits steht freilich auch bei unentgeltlichen Lootboxen das aleatorische Moment im Zentrum.

Somit handelt es sich bei Lootboxen uE in jedem Fall um einen (un)entgeltlichen Glücksvertrag ieS gem § 1267 ABGB. Die Glücksverträge zerfallen nach Maßgabe des § 1269 ABGB in mehrere Unterarten; für Lootboxen infrage kommen die „Wette“ gem § 1270 ABGB sowie das „Spiel“ gem § 1272 ABGB.

Die Wette differenziert sich vom Spiel durch den Zweck: Bei der Wette geht es darum, einen Meinungsstreit auszutragen bzw eine Behauptung zu bekräftigen; das Spiel verfolgt hingegen einen hedonistischen Zweck – hier stehen Unterhaltung und Gewinnerzielung im Vordergrund.⁷⁶ Demnach wird das Gros der Lootboxen als Spiel einzuordnen sein. Im Grunde ist eine Unterscheidung allerdings entbehrlich, da gem § 1272 ABGB beide Unterformen demselben rechtlichen Regime unterliegen.⁷⁷

Die zivilrechtlichen Folgen des Vorliegens eines Glücksvertrags ieS sind folgende: Gem § 1268 ABGB kann bei den genannten Glücksverträgen keine Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis* gem § 934 ABGB) geltend gemacht werden, wohl aber ist eine Berufung auf Wucher gem § 879 Abs 2 Z 4 ABGB möglich.⁷⁸ Insgesamt ist die Klagbarkeit bei Glücksverträgen sehr eingeschränkt: Gem § 1271 ABGB iVm § 1274 ABGB bedürfte es einer staatlichen Genehmigung der Publisher, dass die Gewinne klagbar sind.⁷⁹ Zwar hat der OGH idZ judiziert, dass diese Einschränkung ihrem Zweck nach nur für jene Glücksverträge gelte, die „den gesunden Menschenverstand“ vernebeln bzw „schädliche Leidenschaften“ hervorrufen.⁸⁰ UE verhält sich eine Lootbox in dieser Hinsicht allerdings nicht anders als herkömmliches/originäres Online-Glücksspiel – wie oben beschrieben, ähnelt sogar die optische und akustische Ausgestaltung der Lootboxen einem Casinobesuch.

Somit haben die Spieler*innen mangels einer staatlichen Genehmigung grds keine Möglichkeit, ihren Gewinn einzuklagen (prinzipiell auch dann nicht, wenn bspw durch einen technischen Fehler kein Gewinn auf das virtuelle Depot des Spielers/der Spielerin übertragen wird). Zu den zivilrechtlichen Konsequenzen (insb der Rückforderung der Einsätze) im Falle des Anbietens einer konzessionspflichtigen Lootbox ohne entsprechender Glücksspiellizenz s Punkt 3.5.4. oben.

75 OGH 7.8.2007, 4 Ob 135/07t = SZ 2007/121.

76 A. Bayer/G. Nowotny in A. Kletečka/M. Schauer ABGB-ON^{1.05} § 1272 Rz 1; vgl auch OGH verstSen 30.10.1998, 1 Ob 107/98m = SZ 71/183.

77 H. Krejci/E. Böbler in P. Rummel/M. Lukas, ABGB⁴ § 1274 Rz 17 (Stand 1.6.2019, rdb.at); K. Wolff in H. Klang V² (1954) 994.

78 Krejci/Böbler in Rummel/Lukas (FN 75) § 1274 Rz 105 (Stand 1.6.2019, rdb.at).

79 Krejci/Böbler in Rummel/Lukas (FN 75) § 1274 Rz 85 (Stand 1.6.2019, rdb.at); Wolff in Klang (FN 75) 1005.

80 OGH 25.10.2011, 9 Ob 89/10v.

5. Ausblick zu Lootboxen

Die gegenständliche Arbeit zeigt, dass bei Lootboxen dzt noch Vieles im Ungewissen liegt. Einerseits fehlen explizite gesetzliche Vorgaben, wodurch Normen zur Anwendung gelangen, welche möglicherweise nicht immer zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen. Andererseits mangelt es bislang auch an Jud, weswegen nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, wie die Gerichte Lootboxen letzten Endes juristisch einordnen werden.

Es wird sich allerdings in den nächsten Jahren weisen (müssen), wie mit Lootboxen verfahren werden soll: So erfordert die unter Punkt 2. kurz angesprochene, von Lootboxen ausgehende Gefahr für die Entwicklung Minderjähriger jedenfalls ein staatliches Einlenken. Denn viele Spielertitel zielen gerade auf diese besonders vulnerable Personengruppe ab und es gilt zu befürchten, dass damit tatsächlich der Grundstein für den Einstieg in das Glücksspiel gelegt werden könnte. Ein so niederschwelliges Angebot von Glücksspielen bzw an Glücksspiel angelehnten Mechanismen unterläuft uMn die Ziele, die der Gesetzgeber mit dem GSpG verfolgt.

Verschärft wird diese Problematik freilich dadurch, dass viele Publisher aufgrund des großen wirtschaftlichen Potenzials von Lootboxen nach wie vor mit der weiteren Implementierung von Lootboxen zumindest liebäugeln und deswegen mangels gesetzlicher Regulie-

rung auch künftig zahlreiche Anwendungen erscheinen werden, die Lootboxen enthalten. Denn solange die Geschäftspraktik „Lootbox“ relativ risikoarm und gewinnbringend betrieben werden kann, werden sich viele Publisher dieser bedienen.

Es wird sich zeigen, wie die Gerichte die ersten Rückforderungsklagen im Hinblick auf Lootboxen entscheiden werden. UE besitzt – gerade auch für die Mitbewerber – insb das Lauterkeitsrecht das Potenzial, im Hinblick auf Lootboxen Fakten zu schaffen (man denke insb an Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch iSd Generalklausel des § 1 UWG⁸¹).

Hinweis auf die 4. Ausgabe der ZiIR:

Wie bereits eingangs erwähnt, werden Herr David Bundi und Herr Nicola Zehnder in der 4. Ausgabe die schweizerische Rechtslage von Lootboxen unter dem Titel „Gaming, Lootboxen und die Schweizer Rechtsordnung“ darstellen.

Korrespondenz:

Lukas Pachschwöll, juristischer Mitarbeiter bei der Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH, Wien, lukas.pachschwoell@sv.law;
Mag. Urim Bajrami, Rechtsanwalt und Partner bei der Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH, Wien, urim.bajrami@sv.law

81 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG BGBl 448/1984.