

Glücksspiel und Lootboxen

Spielverluste: Rückforderung?

Glücksspielgesetz-Nov 2019

Wohnungsverwertung durch Untervermietung
Kündigung? Verwendungsanspruch?

EuGH

Zur Verzugspauschale

Fremde Marke

Post-Sale-Verwendung

Goldene Reisepässe

Und blecherne

Verpflichtung freier Dienstnehmer

Zum Datengeheimnis

Konzernhaftung nach der

DSGVO

Prague Rules

Vs IBA Rules

Tatort Internet

Für Weltpolizei oder Dorfgendarm?

Glücksspielgesetz-Novelle 2019: Bedarf zur Regulierung von

Lootboxen? *„Lootboxen“ und Glücksspiel – eine heftig diskutierte Kombination. Mit dem steigenden Verbreitungsgrad von Lootboxen gerät die Frage vermehrt in den Fokus, ob Lootboxen Gemeinsamkeiten mit dem Glücksspiel aufweisen und damit reguliert gehören. Vor allem das Spieldesign könnte Lootboxen als glücksspielrechtliche Auspielung erscheinen lassen. Ein Fall für die Glücksspielgesetz-Novelle 2019?*

ALEXANDER LEGAT / GÜNTHER LEISSLER

A. Lootboxen: Versuch einer Definition

Lootboxen sind eine gesellschaftliche Erscheinung, nicht aber ein vom Gesetzgeber geschaffenes Rechtsinstitut. Demgemäß ermangelt es an einer gesetzlichen Definition von Lootboxen. Dem Grunde nach folgen Lootboxen aber einem stets einheitlichen Erscheinungsbild. Wie schon an anderer Stelle in diesem Heft beschrieben,¹⁾ bilden Lootboxen im Prinzip eine Erweiterung in einem Computerspiel, die dem Spieler Vorteile im Spiel oder generell eine Steigerung des Spielerlebnisses ermöglichen soll. So bspw die Erwerbsmöglichkeit von zusätzlichen – per Zufall zugewiesen – Waffen oder die Eröffnung eines weiteren Spiellevels. Dabei kann der Spieler aber diese Erweiterung bzw die „Qualität“ der Waffe, und damit uU den Ausgang des Spiels, weder steuern noch gezielt „kaufen“. Vielmehr ist es im Regelfall vom Zufall geprägt, ob oder wie spektakulär die erworbene Waffe, der durch die Lootbox zugeteilte Zutrittschlüssel oder die neu freigeschaltete Spielebene ist. Regelmäßig hat der Zugang zu diesen Möglichkeiten eine entgeltliche Komponente. Somit bestimmt der Zufall die Lootbox, ihre Nutzung ist mit einer vermögensrechtlichen Leistung verknüpft, dem „Einsatz“ des Spielers. Er kann sich mitunter zwar durch ein erhöhtes Entgelt eine verbesserte „Erwerbchance“ erkaufen, aber der konkrete Ausgang ist dem Zufall vorbehalten. Der „Einsatz“ mag in virtueller Währung oder auch in realer Währung bestehen. Sollte das durch die Lootbox Erworbene de facto eine vermögensrechtliche Gegenleistung darstellen oder in Aussicht stellen (in anderen Worten: einen „Gewinn“ darstellen), beginnen sich glücksspielrechtliche Fragen zu stellen.

B. Lootboxen und Regulierung: die Motivation

Warum wird nun hinterfragt, ob für Lootboxen ein ausreichender Regulierungsrahmen besteht? Um dies zu verstehen, sollte man sich den Gedanken der Glücksspielregulierung vor Augen halten. Sie ist als Schutz vor einer über das Maß hinaus spielenden Gesellschaft zu verstehen. Durch Regulierung des Glücksspiels soll der Gefahr der pathologischen

Glücksspielsucht begegnet und der Spielteilnehmer vor übermäßigen Spieleinsätzen geschützt werden.

Eine Suchtgefahr wird zweifelsfrei den Computerspielen beschieden. Nur beispielhaft ist hierzu auf eine Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen zu verweisen, welche Computer- und Videospiele ein bedeutsames Abhängigkeitspotential attestiert.²⁾ Kombiniert man die Suchtgefahr, die von Computerspielen ausgeht, mit der Einsatzleistung zur Aktivierung von in Computerspielen eingebetteten Lootboxen, so ergibt sich ein zum Glücksspiel ähnlicher Schutzgedanke. Der Spieler soll vor einem Abhängigkeitsverhältnis und exzessiven Einsätzen geschützt werden.

C. Am Horizont: Glücksspielgesetz- Novelle 2019

Erst jüngst wurde wieder von Seite des Gesetzgebers bekräftigt, dass im Jahr 2019 eine Novelle des Glücksspielgesetzes geplant ist. Ein maßgeblicher Punkt der Novelle soll in einer verschärften Bekämpfung des illegalen Glücksspiels bestehen. Der Spielbetreiber wird demgemäß den Nachweis erbringen müssen, dass das von ihm angebotene Spiel kein illegales Glücksspiel darstellt.³⁾ Diese Bestrebung des Gesetzgebers ist begrüßenswert, birgt aber zugleich Brisanz für Lootboxen. Denn auch wenn Lootboxen zweifelsohne nicht den Inbegriff des Glücksspiels darstellen, so tragen sie dennoch die Suchtgefahr des Glücksspiels in sich. Auch für sie gilt es daher, einen interessenausgleichenden Regulierungsrahmen zu finden.

Dr. Alexander Legat ist Leiter der Rechtsabteilung bei Novomatic AG; Dr. Günther Leissler ist Rechtsanwalt bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

- 1) Siehe *Schmitt/Steiner*, Lootboxen: Glücksspiel in Computerspielen? in diesem Heft S 395.
- 2) https://kfn.de/wp-content/uploads/Forschungsberichte/FB_108.pdf (abgefragt am 25. 3. 2019).
- 3) <https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/staatssekretaer-gluecksspielgesetz-novelle-sicher-noch-heuer-67391281> (abgefragt am 25. 3. 2019).

D. Rechtliche Ausprägung

1. Allgemeines

Um von Glücksspiel iSd Glücksspielgesetzes (GSpG)⁴⁾ zu sprechen, bedarf es dem Grunde nach zweier Voraussetzungen. Es muss sich um (i) ein Spiel handeln, (ii) dessen Ausgang ausschließlich oder überwiegend zufallsbestimmt ist.⁵⁾ Relevant ist aber nicht der Begriff des Glücksspiels allein, sondern auch jener der Ausspielung,⁶⁾ um in den Regelungsbereich des GSpG zu gelangen. Denn Glücksspiele in Form einer Ausspielung unterliegen, jedenfalls dem Glücksspielmonopol und deren Veranstaltung bedarf einer Konzession oder einer Bewilligung.⁷⁾ Inwieweit nun Lootboxen dem Ausspielungsbegriff unterliegen ist von komplexen glücksspielrechtlichen Abgrenzungsfragen geprägt.⁸⁾ Das Glücksspielrecht ist eine Querschnittsmaterie zwischen Verwaltungs-,⁹⁾ Zivil-¹⁰⁾ und Strafrecht,¹¹⁾ was eine umfassende Beurteilung der Sach- und Rechtsfragen bei neuen Spielformen, wie eben auch bei Lootboxen ungleich schwieriger macht.

Kritisch erscheint insb die Frage, ob der Spieler dabei iS einer Ausspielung einen Einsatz leistet, um im Gegenzug eine vermögenswerte Leistung (einen Gewinn) zu erlangen.¹²⁾ Mit anderen Worten: Kann man bei Lootboxen davon sprechen, dass der Spieler Einsatz leistet um einen glücksspielrechtlichen „Gewinn“ zu erhalten? Schließlich geht es ihm um das gesamthafte Spielerlebnis, die Lootbox mag aus seiner Perspektive von nur untergeordneter Rolle sein. Teils wird schon ein „loses Synallagma“ für ausreichend erachtet um von einem Einsatz im glücksspielrechtlichen Sinn zu sprechen. Ein materieller Leistungsaustausch sei nicht unbedingt erforderlich, ein Synallagma auf der „psychologischen Ebene“ würde genügen.¹³⁾ Dem widerspricht aber der eindeutige Wortlaut des GSpG. Es gibt nämlich keinen „psychologischen“ Glücksspielbegriff. Das rechtliche Synallagma besteht aufgrund der entgeltlichen Leistungsbeziehung zwischen Einsatz und Gewinn pro Spiel.¹⁴⁾

Die Unsicherheit, ob Bezahlvorgängen für Lootboxen ein solches Synallagma unterstellt werden kann, rückt nun eine Besonderheit des GSpG in den Mittelpunkt. So knüpft das Glücksspielmonopol nicht ausschließlich an die Frage, ob ein Glücksspiel in Form einer Ausspielung veranstaltet wird. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, greift das Glücksspielmonopol, wenn das Glücksspiel nicht bloß zum Zeitvertreib oder um geringe Beträge durchgeführt wird.¹⁵⁾

Mit anderen Worten: Gemäß dieser „Bagatell- bzw. Unterhaltungsausnahme“ bedürfen Glücksspiele zum bloßen Zeitvertreib und um geringe Beträge keiner glücksspielrechtlichen Bewilligung. Dies aber auch nur dann, wenn schon dem Grunde nach keine Ausspielung vorliegt. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung. Gem § 4 Abs 1 Z 1 und 2 a GSpG darf keine Ausspielung vorliegen *und* das Glücksspiel darf nur zum Zeitvertreib und um geringe Beträge veranstaltet sein. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.¹⁶⁾ Hintergrund dessen ist, dass diese Ausnahme auf den Privatbereich

abstellt und privates Glücksspiel entkriminalisieren soll. Unternehmerisches Glücksspiel soll von dieser Ausnahme daher dem Grunde nach nicht umfasst sein.¹⁷⁾

Mit Blick auf die Glücksspielgesetz-Novelle 2019 rückt daher diese Bagatell- bzw. Unterhaltungsausnahme des § 2 Abs 2 Z 2 a GSpG in den Mittelpunkt. Denn an ihr hängt es, ob Lootboxen dem Glücksspiel unterliegen. Ist sie nicht erfüllt, sind jegliche Überlegungen zum Ausspielungsbegriff (und den damit verbundenen Unsicherheiten zum glücksspielrechtlichen Synallagma) müßig und das Glücksspielmonopol würde jedenfalls greifen.

2. Die Ausnahme des § 4 Abs 1 Z 2 a GSpG: der Hintergrund

Die in § 4 Abs 1 Z 2 a GSpG verankerte Bagatell- bzw. Unterhaltungsausnahme verlangt danach, dass das in Rede stehende Spiel zum bloßen Zeitvertreib und nur um geringe Beträge durchgeführt wird. Sie ist einer gleichlautenden Ausnahme zum Straftatbestand des § 168 StGB nachgebildet (vgl § 168 Abs 1 StGB: „[. . .], es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.“). Zur Auslegung des § 4 Abs 1 Z 2 a GSpG erscheint es insofern sachgerecht, auf die zu § 168 StGB ergangene Judikatur Bezug zu nehmen.

So hat sich der OGH in der Vergangenheit mit der Frage auseinandergesetzt, unter welchen Umständen des Spielbetriebs diese gesetzliche Unterhaltungsausnahme überschritten wird. Er vermeint, dass die Frage, ob nur um einen geringen Beitrag gespielt wird, grundsätzlich am Einzelspiel zu orientieren sei. Anderes würde aber gelten, wenn der Spielveranstalter vorsätzlich „Serienspiele“¹⁸⁾ veranlasst oder im konkreten Fall zu solchen Serienspielen Gelegenheit bietet.¹⁹⁾

3. Rechtlicher Zusammenhang

Es gilt nun, die aufgezeigte Judikatur, welche letztlich unter Beurteilung von Glücksspielautomaten er-

4) BGBl 1989/620 idGF.

5) § 1 Abs 1 GSpG.

6) § 2 Abs 1 GSpG.

7) Vgl § 2 Abs 4 GSpG.

8) Hierzu auch *Schmitt/Steiner*, in diesem Heft S 395.

9) Das GSpG.

10) §§ 1267 ff ABGB.

11) § 168 StGB.

12) Vgl § 2 Abs 1 Z 2 und 3 GSpG; s *Schmitt/Steiner*, in diesem Heft S 395.

13) *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz² (2011) § 2 GSpG Rz 9.

14) Vgl bspw § 5 Abs 5 (a) Z 1–3.

15) § 4 Abs 1 Z 2 a GSpG; vgl diesbezüglich zu Objektverlosungen und Poker: <https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/gesetzliche-grundlagen/gspg-faq.html> (abgefragt am 25. 3. 2019).

16) *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz² § 4 GSpG Rz 4.

17) *Strejcek/Bresich*, Glücksspielgesetz² § 4 GSpG Rz 4 unter Verweis auf ErläutRV 658 BlgNR 24 GP 6.

18) Anmerkung: Das bedeutet, es werden keine einzelnen und für sich getrennten Ausspielungen mit jeweiligen Einsatz und Gewinn pro Spiel angeboten.

19) OGH 14. 12. 1982, 9 Os 137, 138/82.

gangen ist, in einen Zusammenhang mit Lootboxen zu setzen. Zunächst pönalisiert § 52 Abs 1 Z 1 GSpG unerlaubte Ausspielungen. § 52 Abs 3 GSpG normiert, dass bei gleichzeitiger Verwirklichung eines Verwaltungsstraftatbestands unter dem GSpG und dem gerichtlichen Tatbestand des § 168 StGB die Strafsanktion unter dem GSpG zu erfolgen habe. Dies war nicht immer so. In § 52 Abs 2 GSpG idF BGBl I 2012/12 war vorgesehen, dass bei Einsätzen von mehr als € 10,- die Sanktionen des GSpG subsidiär sind und jene des § 168 StGB greifen sollen. Dies hat letztlich bedeutet, dass es an der Einsatzhöhe des Spielers lag, ob die Sanktionen des GSpG oder jene des StGB zur Anwendung gelangen. Dieses Konzept erachtete der VfGH für verfassungswidrig, weil damit gegen das Doppelbestrafungsverbot verstoßen werde.²⁰⁾ Als Folge dessen wurde der nunmehrige § 52 Abs 3 GSpG durch das Abgabenänderungsg 2014 (BGBl I 2014/13) eingefügt und darin die grundsätzliche Subsidiarität des § 168 StGB gegenüber dem Sanktionsregime des § 52 GSpG verankert.²¹⁾

Was bedeutet all dies für die Beurteilung von Lootboxen? Die Antwort liegt in der Gleichheit des Tatgeschehens. Die Erwägungen des VfGH und die daraus resultierte Reaktion des Gesetzgebers beruhen auf dem Gedanken, dass durch ein und dieselbe Tathandlung sowohl ein Tatbestand unter dem GSpG wie auch unter dem StGB ausgelöst werden kann. Auch wenn schließlich durch § 52 Abs 3 GSpG eine Harmonisierung dessen herbeizuführen versucht wurde, kennen doch beide Normen die gleiche, dargelegte Bagatell- bzw Unterhaltungsausnahme. Angesichts der beiden Normen zugrunde liegenden, gleichwertigen gesetzgeberischen Ausrichtung liegt der Schluss nahe, dass die vom OGH unter § 168 StGB zur Bagatell- bzw Haushaltsausnahme entwickelten Gedanken von den HöchstG auch auf jene des § 4 Abs 1 Z 2a GSpG übertragen werden könnten.

4. Regulierungsbedarf für Lootboxen?

Der OGH hat der Ansicht Ausdruck verliehen, dass von Relevanz ist, wenn vom Spieleveranstalter Rahmenbedingungen geschaffen werden, die über den bloßen Zeitvertreib bzw über geringe Einsatzleistungen hinausgehen.²²⁾ Für Lootboxen bedeutet das: Die Gestaltung des Computerspiels steht im Vordergrund. Maßgebliche Bedeutung wird dem Design zukommen, welches den Einsatz, die Bedeutung und die Ausgestaltung der Lootbox im Rahmen des Computerspiels bestimmt. Denn das Spieldesign wird wohl iS der Diktion des OGH als die „Rahmenbedingung“ für den Einsatz der Lootboxen anzusehen sein.

Allerdings war die zitierte Rsp nicht nur von Erwägungen zum objektiven, sondern auch zum subjektiven Tatbestand des § 168 StGB geprägt. Letzterer kann aber etwa bei Designern von Lootboxen zu hinterfragen sein. Schließlich wird ein Gamedesigner beim Design seines Games oftmals nicht die Absicht hegen, durch Lootboxen einen Vermögensvorteil zu generieren.²³⁾ Durch die Lootboxen möchte er regel-

mäßig wohl seinem Computerspiel nur einen höheren „Interessantheitsgrad“ verleihen. Komplexe Fragen, etwa zum Verbots- bzw Rechtsirrtum sind vorprogrammiert. Wie immer wird es aber gerade auch hier auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Wenn etwa das Spieledesign die Lootboxen und deren Bedeutung für den Spielerfolg prominent in den Vordergrund rückt, insb wenn bei realistischer Erwartungshaltung nur die Inanspruchnahme mehrerer Lootboxen einen Spielerfolg erwarten lassen, so wird deren Beurteilung als glücksspielrechtliche „Rahmenbedingungen“ oder als mögliches „Serienspiel“ anders lauten als bspw ein Spieldesign, in dem Lootboxen ein „add on“ darstellen und das Spielvergnügen durch deren Inanspruchnahme oder Nichtinanspruchnahme nicht substantiell beeinflusst wird.

All dies zeigt: Es herrscht Rechtsunsicherheit. Schon jetzt gibt es kritische Stimmen, die sich grundsätzlich gegen die „Serienspielbetrachtung“ richten, da diese letztlich an den subjektiven Gegebenheiten beim Veranstalter festmacht.²⁴⁾ Gerade die Betrachtung von Lootboxen zeigt, dass deren Beurteilung als „Serienspiel“ nahezu ausschließlich an subjektiven, vornehmlich vom Designer des Computerspiels getroffenen Merkmalen festzumachen wäre.

E. Lootboxen im Licht der Glücksspielgesetz-Novelle 2019

Die aufgezeigten rechtlichen Unsicherheiten unterstreichen den Regulierungsbedarf für Lootboxen. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund sind in Europa bereits Initiativen zu deren Regulierung ergriffen worden, so etwa durch die Dutch Games Association.²⁵⁾

Für den österr Gesetzgeber bietet die Glücksspielgesetz-Novelle 2019 eine Chance, Rechtssicherheit zu schaffen. So könnte die derzeit bestehende „Bagatell- bzw Haushaltsausnahme“ des § 4 Abs 1 Z 2a GSpG adaptiert werden. Dies unter gleichzeitiger Anpassung des Begriffs des Unternehmers iSd § 2 Abs 2 GSpG. Denn offen ist, ob der Entwickler oder der Anbieter des Computerspiels als Unternehmer im glücksspielrechtlichen Sinn qualifiziert wird. Bejaht werden kann der Unternehmerbegriff wohl, wenn etwa über eine Onlineplattform gespielt bzw über diese entgeltlich Zugriffe auf diverse Lootboxen zur Verfügung gestellt werden. Auch die Frage, unter welchen Umständen die Bereitstellung eines Com-

20) VfGH 13. 6. 2013, B-422/2013-9.

21) Hierzu: *Kirchbacher in Höpffel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB² § 168.

22) Vgl in diesem Sinn: OGH 14. 12. 1982, 9 Os 137, 138/82; auch: OGH 3. 10. 2002, 12 Os 49/50, 22. 8. 1991, 15 Os 27/91.

23) Zur gesteigerten Vorsatzform der Absicht bei § 168 StGB (nicht aber wohl einschlägig bei § 52 Abs 1 Z 1 GSpG): *Kirchbacher in Höpffel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB² § 168 Rz 16.

24) *Kirchbacher in Höpffel/Ratz*, Wiener Kommentar zum StGB² § 168 Rz 13.

25) https://dutchgamesassociation.nl/news/persbericht_gamesindustriestatement (abgefragt am 25. 3. 2019); vgl hingegen eine jüngst ergangene Aussendung des polnischen Finanzministeriums, wonach Lootboxen den Glücksspielbegriff nicht erfüllen: <https://gamblingcompliance.com> (abgefragt am 25. 3. 2019).

puterspiels mit Lootboxen als eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen durch Glücksspiel qualifizieren soll, kann einer gesetzlichen Klärung zugeführt werden.

Alternativ könnte der Ausspielungsbegriff mit Blick auf Lootboxen spezifiziert werden. Denn ist die Ausspielung erfüllt, so greift die „Bagatell- bzw Haushaltsausnahme“ nicht. Hierzu wäre vor allem der Begriff des glücksspielrechtlichen „Synallagmas“ für Lootboxen genauer zu definieren. Denn die Einsatzleistung bei Lootboxen ist ungleich variabler. So stehen der „klassischen“ Geldleistung verschiedenste Typen der Einsatzleistung gegenüber, von virtuellen Währungen bis hin zur Einsatzleistung durch Werbekonsum.²⁶⁾

Egal, welches Vorgehen der Gesetzgeber wählt, wichtig ist, eine abgestimmte Regelung zu schaffen. Abseits der Novelle des GSpG bietet aber schon die derzeit geltende Rechtslage einen interimistischen Lösungsansatz. So sieht § 1 Abs 2 GSpG vor, dass der Bundesminister für Finanzen aus Rechtssicherheitsgründen durch Verordnung festlegen kann, welche Spiele als Glücksspiele zu bezeichnen sind. Inso-

fern bestünde auch am Verordnungsweg Raum, Lootboxen in das Gefüge der Glücksspielregulierung einzugliedern.

26) Hierzu auch: *Schmitt/Steiner*, in diesem Heft S 395.

SCHLUSSTRICH

- *Nach derzeitiger Rechtslage können Lootboxen, wenn sie zufallsbestimmte „Gewinne“ gegen Entgelt versprechen, bei entsprechender Ausgestaltung als glücksspielrechtliche Ausspielung angesehen werden.*
- *Die Unsicherheit der bestehenden Rechtslage gebietet eine Anpassung des Ausspielungsbegriffs oder der bestehenden „Bagatell- bzw Haushaltsausnahme“ des § 4 Abs 1 Z 2 a GSpG.*
- *Die anstehende Glücksspielgesetz-Novelle 2019 würde Gelegenheit zur Schaffung einer zeitgemäßen Regulierung bieten.*